Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 02
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. A-5452/2009
bac/scx
{T 0/2}

Zwischenverfügung vom 16. Februar 2010

In der Beschwerdesache

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Michael Merker,
Langhaus am Bahnhof 3, 5401 Baden,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. iur. Stefan Rechsteiner, lic. iur. Michael Waldner,
Rechtsanwältin Dr. iur. Azra Dizdarevic,
VISCHER Rechtsanwälte, Schützengasse 1,
Postfach 1230, 8021 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Tarifgestaltung, Begriff des Endverbrauchers,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Mit Eingabe vom 27. August 2008 beantragte die A._____ bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (ElCom) die Feststellung, dass sie als Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinne des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (StromVG, SR 734.7) gelte. Zudem beantragte sie den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

B.
Mit Zwischenverfügung vom 17. November 2008 verfügte die ElCom vorsorgliche Massnahmen derart, dass die B._____ die A._____ ab dem 1. Januar 2009 für die Dauer des Verfahrens weiterhin mit elektrischer Energie zu einem Preis von 10 Rp./kWh beliefern müsse.

C.
Mit Verfügung vom 25. Juni 2009 wies die ElCom das Gesuch der A._____ ab.

D.
Gegen diese Verfügung erhebt die A._____ (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 28. August 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie verlangt neben der Feststellung, sie sei Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinne des StromVG und neben dem Eventualbegehren, die B._____ sei zu verpflichten, ab dem 1. Januar 2009 jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum Tarif von 8.235 Rp./kWh zu liefern, die Anordnung folgender vorsorglicher Massnahmen:

"I. Vorsorgliche Massnahmen
1. Die B._____ sei zu verpflichten, der A._____ für die Dauer des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zum Einheitstarif von 8.88 Rp./kWh (ohne KEV) zu liefern; im Übrigen sei für die Dauer des Verfahrens weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 für anwendbar zu erklären.

2. Die mit dem Massnahmebegehren verbundene Tariferhöhung (8.88 Rp./kWh anstatt wie bisher 8.235 Rp./kWh) sei unter den Vorbehalt der Rückerstattung nach Abschluss des Verfahrens zu stellen.

3. Sollte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde abweisen, sei im Sinn einer vorsorglichen Massnahme über den Urteilszeitpunkt hinaus anzuordnen, dass die vorsorgliche Massnahme im Sinn von Ziff. I/1

hiervor auch für die Dauer der Rechtsmittelfrist an das Bundesgericht Geltung beansprucht."

E.

Mit Eingabe vom 9. Oktober 2009 stellt die B._____ (Beschwerdegegnerin) betreffend vorsorglicher Massnahmen folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Massnahmebegehren Ziff. 1 bis 3 seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.1. Eventualiter sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, die während der Verfahrensdauer benötigte Fahrplanenergie von der Beschwerdegegnerin zu beziehen und sämtliche mit der Energiebeschaffung zusammenhängenden Kosten (Beschaffungskosten) zuzüglich Netznutzungsentgelte gemäss Tarifblatt sowie die Systemdienstleistungen D._____ und die Abgabe KEV auf Basis zweiwöchentlicher Abrechnung mit einer Zahlungsfrist von zehn Tagen zu bezahlen; die Beschwerdegegnerin sei zu ermächtigen, ihre Lieferung bei Zahlungsverzug einzustellen. Im Übrigen sei für die Dauer des Verfahrens weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 für anwendbar zu erklären;

2.2. Die Beschaffungskosten nach Ziff. 2.1. seien zu ermitteln, indem die Beschwerdeführerin zum Voraus für eine Periode von jeweils drei Monaten Fahrpläne entsprechend einem zwischen der Beschwerdeführerin und C._____ verhandelten Subbilanzgruppenvertrag an die Beschwerdegegnerin liefert, worauf die Beschwerdegegnerin die entsprechende Fahrplanenergie im Markt ausschreibt. Für die Beschaffungskosten ist das jeweils günstigste Angebot massgeblich;

2.3. Die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, Ausgleichsenergierisiken und -kosten selber zu tragen;

2.4. Die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, die im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts bereits beschaffte Fahrplanenergie auf jeden Fall von der Beschwerdeführerin zu beziehen und zu bezahlen;

2.5. Für die Abwicklung der Beschaffung sei die Beschwerdeführerin zur monatlichen Zahlung eines Unkostenbeitrages von CHF 10'000.- an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten.

2.6. Die Beschwerdeführerin sei zur Zahlung einer Sicherheitsleistung oder wahlweise der Beibringung einer Bankgarantie in Höhe von CHF 3'000'000.- zu verpflichten.

3.1 Subeventualiter sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für die während der Dauer des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens nach deren Bedarf bezogene Elektrizität (Vollversorgung) zum Einheitstarif von 13 Rp./kWh auf Basis zweiwöchentlicher Abrechnung mit einer Zahlungsfrist von zehn Arbeitstagen zu bezahlen, wobei die Abrechnung allfälliger tatsächlicher Mehrkosten mit Ende des Verfahrens erfolgt; die Beschwerdegegnerin sei zu ermächtigen, ihre Lieferung bei Zahlungsverzug einzustellen; im Übrigen sei für die Dauer

des Verfahrens weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 für anwendbar zu erklären;

3.2. Die Beschwerdeführerin sei zur Zahlung einer Sicherheitsleistung oder wahlweise der Beibringung einer Bankgarantie in Höhe von CHF 3'000'000.- zu verpflichten.

4. Subsubeventualiter sei die Beschwerdeführerin zur Zahlung einer Sicherheitsleistung oder wahlweise der Beibringung einer Bankgarantie in Höhe von CHF 15'000'000.- zu verpflichten.

5. unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

F.
Mit Eingabe vom 10. November 2009 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und beantragte die Durchführung einer Referentenaudienz mit dem Ziel, über die vorsorglichen Massnahmen eine Einigung herbeizuführen. Zudem machte sie vergleichsweise Vorschläge betreffend Strompreis.

G.
Mit Zwischenverfügung vom 19. November 2009 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdegegnerin, bis am 4. Dezember 2009 zu den Preisvorschlägen der Beschwerdeführerin vom 10. November 2009 und zu ihrer Bereitschaft zu einer Vergleichsverhandlung Stellung zu nehmen.

H.
Am 4. Dezember 2009 erklärte sich die Beschwerdegegnerin mit der Durchführung einer Vergleichsverhandlung einverstanden, nahm Stellung zu den Preisvorschlägen der Beschwerdeführerin vom 10. November 2009 und machte ihrerseits Preisvorschläge.

I.
Mit Eingabe vom 7. Januar 2009 machte die Beschwerdegegnerin wiederum Vergleichsvorschläge für die Energielieferung für das Jahr 2009 und 2010.

J.
Am 8. Januar 2010 schlossen die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin eine Vergleichsvereinbarung bezüglich der Energielieferung für das Jahr 2009.

K.
An der Vergleichsverhandlung vom 11. Januar 2010 kam bezüglich des

Preises für die Energielieferung für das Jahr 2010 kein Vergleich zustande. Stattdessen vereinbarten die Parteien, dass das Bundesverwaltungsgericht über die vorsorgliche Belieferung der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Jahr 2010 entscheiden solle, falls bis am 21. Januar 2010 diesbezüglich zwischen ihnen keine Vereinbarung zustande komme.

L.
Mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2010 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Parteien auf, bis am 21. Januar 2010 eine Vereinbarung bezüglich der Energielieferung für das Jahr 2010 einzureichen, andernfalls das Gericht darüber entscheiden werde.

M.
Mit Eingabe vom 21. Januar 2010 macht die Beschwerdegegnerin Ergänzungen zum Protokoll des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf die Vergleichsverhandlung vom 11. Januar 2010 und stellt fest, dass keine Einigung betreffend das Jahr 2010 zustande gekommen ist und dass sie unverändert an den Rechtsbegehren betreffend vorsorgliche Massnahmen festhält. Zudem stellt sie den Antrag, es sei das folgende Angebot einer allfälligen vorsorglichen Massnahme zu Grunde zu legen:

> "Konsumangepasste Belieferung inkl. Ausgleichsenergie zu 8.85 Rp./kWh (exkl. MwSt.), ohne Netz, SDL, KEV und Blindenergie, welche allesamt effektiv gemäss den kommunizierten Netznutzungsentgelten 2010 vom 31. August 2009 berechnet werden. Bedingungen: Jahresprognose, Wochenprognose, Anpassung D-1/09.00 Uhr durch die Beschwerdeführerin, mindestens gleichwertige Fahrplanqualität wie im Jahr 2009; Meldung der Kaltschichten und planbaren Bezugsunterbrüche; fixe Bezugsverpflichtung sämtlicher elektrischer Energie vom 1.1.2010 bis 31.12.2010 ohne Präjudiz für die Frage der Grundversorgung bzw. Anerkennung einer Rechtspflicht, und Anwendbarkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Energielieferung 2008 der Beschwerdegegnerin."

Sie begründet dies damit, dass sie mit jeder weiteren Senkung des Energiepreises im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen Verluste erleiden würde und eine solche Verpflichtung zur Belieferung unter den Gestehungskosten unverhältnismässig sei.

N.
Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Eingabe vom 21. Januar 2010 nochmals ihr unpräjudizielles Vergleichsangebot von 9.644 Rp./kWh (ohne KEV; 10.094 – 0.45) auf und hält fest, dass sich die Parteien für das Jahr 2009 aussergerichtlich auf einen Tarif von 9.841 Rp./kWh

(ohne KEV, 10.291 – 0.45) geeinigt hätten und dass sich angesichts stark sinkender Börsenpreise auf Ende 2009 / Anfang 2010 eine weitere Erhöhung für das Jahr 2010 nicht rechtfertige. Zudem stellt sie klar, dass sie nach wie vor bereit sei, sich auf einen Ganzjahresbetrag 2010 verpflichten zu lassen, sofern die Kosten jene des Jahres 2009 wie zwischen den Parteien vereinbart nicht überschreiten würden.

O.
Die Beschwerdegegnerin stellt in ihrer Eingabe vom 22. Januar 2010 klar, dass ihr Vergleichsangebot vom 15. Januar 2010 nicht zur Disposition stehe.

P.
Auf die übrigen Ausführungen in den Rechtsschriften wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Die ElCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der am 28. August 2009 erhobenen Beschwerde und folglich auch zur Genehmigung der Vergleichsvereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen für das Jahr 2009 und zum Entscheid über die Anträge betreffend vorsorglicher Massnahmen für das Jahr 2010 zuständig (Art. 56 VwVG). Letzteres fällt in die Kompetenz des Instruktionsrichters (Art. 56 VwVG i.V.m. Art. 39 Abs. 1 VGG).

1.2 Im Rahmen der Prüfung der vorsorglichen Massnahmen erfolgt bloss eine summarische (prima facie) Prüfung der Sach- und

Rechtslage (BGE 130 II 149 E. 2.2, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6043/2007 vom 8. Oktober 2007 E. 3.3; ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.18).

2.
Angesichts der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts im Bereich des Stromversorgungsgesetzes ist die Vergleichsvereinbarung bezüglich des Strompreises für das Jahr 2009 summarisch auf ihre Zulässigkeit zu prüfen. Gemäss Art. 33b Abs. 4 VwVG macht die Behörde eine Vereinbarung der Parteien zum Inhalt ihrer Verfügung, sofern die Einigung nicht an einem Mangel im Sinne von Art. 49 VwVG leidet, d.h. keine Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, keine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und keine Unangemessenheit vorliegt.

2.1 Die Parteien haben dem Bundesverwaltungsgericht folgende Vergleichsvereinbarung vom 8. Januar 2010 eingereicht:

> "1. Entschädigung für die Energielieferung im Jahr 2009
> 1.1 Der Gesamtpreis für von B._____ gelieferte Energie in der Periode vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2009 beträgt durchschnittlich 10.291 Rp./kWh (exkl. MwSt., inkl. Ausgleichsenergie, NNE, SDL und KEV). A._____ verpflichtet sich, B._____ den ausstehenden Restbetrag der Rechnungen Oktober (Betrag von CHF 312'634.45 ausstehend) und November 2009 (Betrag von CHF 944'285.25 ausstehend) sowie für Dezember 2009 den noch ausstehenden Restbetrag von CHF 1'176'010.07 zu bezahlen,
> 1.2 Die Beträge gemäss Ziff. 1.1 im Total von CHF 2'432'929.77 sind innert zehn Tagen, die Dezember Rechnung innert 30 Tage Netto nach Inkrafttreten dieser Vereinbarung ohne Abzüge an B._____ zu zahlen.
>
> 2. Keine Nachforderungen
> Mit Abschluss dieser Vereinbarung sind die Parteien betreffend die im Jahr 2009 gelieferte Energie und Netznutzung vollständig auseinandergesetzt. Es bestehen keine weiteren Ansprüche zwischen den Parteien betreffend die Energielieferung und Netznutzung im Jahr 2009.
> Vorbehalten bleibt für den Fall der rechtskräftigen Bejahung des Grundversorgungsanspruches der A._____ gegenüber der B._____ die nachträgliche Überprüfung des Grundversorgungstarifes 2009 und

gegebenenfalls die entsprechende Nachforderung der B._____ Respektiv der Rückforderung der A._____.

3. Vollzug
Falls die Zahlung durch A._____ an B._____ nicht fristgerecht erfolgt, hat B._____ das Recht, von dieser Vereinbarung jederzeit ohne Entschädigungspflicht zurückzutreten.

4. Anwendbares Recht
Diese Vereinbarung untersteht materiellem Schweizer Recht.

5. Gerichtsstand
Für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung sind die ordentlichen Gerichte von X._____ zuständig.

6. Geheimhaltung/Kein Präjudiz
Die Parteien bewahren über den Inhalt dieser Vereinbarung Stillschweigen. Diese Vereinbarung erfolgt ohne Präjudiz für die laufende Verhandlung vor Bundesverwaltungsgericht für die Energielieferung im Jahr 2010 oder für allfällige weitere Verfahren vor Gerichten oder Behörden."

2.2 Aufgrund einer summarischen Überprüfung der Vereinbarung ergibt sich, dass diese bezüglich des Gesamtpreises für die Energielieferung im Jahr 2009 klar und verständlich ist. Insbesondere von Bedeutung ist, dass die Parteien für den Fall der rechtskräftigen Bejahung des Grundversorgungsanspruches der Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin die nachträgliche Überprüfung des Grundversorgungstarifs 2009 und gegebenenfalls die entsprechende Nachforderung der Beschwerdegegnerin beziehungsweise die Rückforderung der Beschwerdeführerin vorbehalten. Somit widerspricht die vorgelegte Vereinbarung Art. 49 VwVG nicht, ist daher in der vorgelegten Form nicht zu beanstanden, folglich zu genehmigen und zum Inhalt dieser Verfügung zu machen. Da die Vereinbarung nur den Gesamtpreis für das Jahr 2009 regelt, ist bezüglich des Jahres 2010 die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu prüfen.

3.
Vorsorgliche Massnahmen sind akzessorisch zur Hauptsache, d.h. sie können nur zum Schutz von Interessen angeordnet werden, die innerhalb des Streitgegenstands liegen (REGINA KIENER, in: VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 56, Rz. 8, HANSJÖRG SEILER, in: VwVG

Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 56, Rz. 13 und 37). Mit Blick auf die Funktion vorsorglicher Massnahmen muss dabei gelten, dass vorsorgliche Massnahmen darauf zu beschränken sind, die Wirksamkeit des Endergebnisses zu sichern (vgl. auch den Hinweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip bei ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR], Neue Folge, Band 116, 1997, II. Halbband, 1997, S. 346).

Würden vorliegend die vorsorgliche Versorgung der Beschwerdeführerin mit Strom durch die Beschwerdegegnerin und der Strompreis nicht verfügt, wäre die Beschwerdeführerin gezwungen, vorsorglich mit einem Dritten einen Stromlieferungsvertrag abzuschliessen. Prima facie ist nicht ausgeschlossen, dass dies als Markteintritt im Sinne von Art. 13 Abs. 1 StromVG und Art. 11 Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) betrachtet werden müsste. Würde die Beschwerdeführerin derart in den Markt gezwungen, würde die Wirksamkeit des Endentscheids im Falle einer Bejahung des Grundversorgungsanspruchs der Beschwerdeführerin vereitelt. Daraus ergibt sich, dass sich die beantragte Regelung der vorsorglichen Belieferung der Beschwerdeführerin mit Strom durch die Beschwerdegegnerin einschliesslich der Regelung des Strompreises darauf beschränkt, die Wirksamkeit eines möglichen Endergebnisses zu sichern, womit die Akzessorietät der verlangten vorsorglichen Massnahme zu bejahen ist.

4.
Beim Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist folgende Entscheidsystematik zu beachten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8624/2007 vom 15. Januar 2008 E. 5, dazu ausführlich HÄNER, a.a.O., S. 322 ff.): Zuerst bedarf es einer Entscheidprognose, dann ist nach dem Anordnungsgrund zu fragen und schliesslich muss die angeordnete Massnahme auf deren Verhältnismässigkeit hin geprüft werden. Dieser letzte Schritt erfordert insbesondere eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen.

4.1 Die Entscheidprognose vermindert die Gefahr, eine dem Endergebnis entgegen gesetzte Zwischenlösung zu treffen. Fällt die Prognose - positiv oder negativ - eindeutig aus, erübrigt sich in der

Regel ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen zum Erhalt des bestehenden Zustandes, weil ebenso gut sofort in der Sache selbst entschieden werden kann. Lässt die summarische Prüfung der massgeblichen Tatsachen und der Rechtslage die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung überwiegend oder doch eher wahrscheinlich erscheinen, spricht dies eher gegen den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Umgekehrt rechtfertigt sich eine Massnahme, wenn die Prüfung die Rechtmässigkeit als eher oder gar überwiegend unwahrscheinlich erscheinen lässt. Die Entscheidprognose hilft dann nicht weiter, wenn sich die verschiedenen Aspekte die Waage halten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8624/2007 vom 15. Januar 2008 E. 6; vgl. auch HÄNER, a.a.O., S. 325; vgl. auch SEILER, a.a.O., Art. 56, Rz. 28).

Vorliegend kann keine Entscheidprognose gestellt werden. So wird sich erst nach eingehender Prüfung herausstellen, ob die Beschwerdeführerin als Endverbraucherin mit Grundversorgung im Sinne des StromVG zu gelten hat. Die Hauptsachenprognose fällt somit weder zugunsten noch zuungunsten der Beschwerdeführerin aus. Es bleibt also zu prüfen, ob ein Anordnungsgrund vorliegt und ob sich die beantragte Versorgung der Beschwerdeführerin mit Strom durch die Beschwerdegegnerin unter den beantragten Bedingungen als verhältnismässig erweist.

4.2 Gemäss Praxis der Bundesbehörden müssen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zumindest überzeugende Gründe gegeben sein. Solche liegen vor, wenn ein schwerer, nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil droht, würde die Massnahme nicht unverzüglich angeordnet. Es kann diesbezüglich auch ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen (BGE 129 II 286 E. 3.1 und 127 II 132 E. 3).

4.2.1 Die Beschwerdeführerin macht als Anordnungsgrund geltend, sie könne sich nicht darauf verlassen, dass die Beschwerdegegnerin Strom liefern werde. Schliesse sie aber einen Vertrag mit einem Dritten ab, könne ihr von der Beschwerdegegnerin vorgehalten werden, dass sie von ihrem Wahlrecht gestützt auf Art. 13 Abs. 1 StromVG Gebrauch mache.

4.2.2 Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, es bestehe keine Dringlichkeit. Die Beschwerdeführerin habe ihre akute wirtschaftliche Gefährdung nie glaubhaft gemacht. Auch würden für die Einstellung

der Stromversorgung durch die Beschwerdegegnerin keine Anzeichen bestehen.

4.2.3 Vorliegend haben beide Parteien anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 11. Januar 2010 ihr grundsätzliches Interesse bestätigt, für das ganze Jahr 2010 Strom voneinander zu beziehen, bzw. zu liefern, allerdings ohne sich auf einen Strompreis einigen zu können. Wenn also vorliegend der Strompreis ab 1. Januar 2010 für die Dauer des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens nicht verfügt wird, besteht die Gefahr, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin keinen Strom liefert oder die Beschwerdeführerin den Strom nicht bezieht. Insbesondere der Beschwerdeführerin droht ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, wenn mangels feststehender Lieferungsbedingungen die Stromlieferung unterbleibt und sie gezwungen ist, einen Vertrag mit einem Dritten abzuschliessen (vgl. dazu E. 3). In Anbetracht dessen, dass dieser Fall jederzeit eintreten könnte, ist die Dringlichkeit zu bejahen.

4.3 Verhältnismässig ist eine Massnahme dann, wenn sie zur Beseitigung des Nachteils nicht nur geeignet, sondern insbesondere in sachlicher Hinsicht auch erforderlich ist, d.h. wenn die Beseitigung des Nachteils nicht mit einer milderen (vorsorglichen) Massnahme erreicht werden kann und die Interessen an der Anordnung der Massnahme die gegenüberstehenden Interessen der Beschwerdegegnerin überwiegt.

4.3.1 Vorliegend ist die vorsorgliche Verfügung der Stromlieferung einschliesslich der Lieferungsbedingungen wie dem Strompreis eine geeignete Massnahme, um die Belieferung der Beschwerdegegnerin mit Strom sicherzustellen, ohne dass diese von ihrem Wahlrecht gemäss Art. 13 Abs. 1 StromVG Gebrauch machen muss.

4.3.2 Was die Erforderlichkeit der Massnahme angeht, so kann der drohende Nachteil eines Stromausfalls oder eines unfreiwilligen Markteintritts für die Beschwerdeführerin nicht anders abgewendet werden als dadurch, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin weiterhin zu einem bestimmten Preis Strom liefert. Da sich die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin auf keinen Strompreis einigen konnten, gibt es kein milderes Mittel als die vorsorgliche Belieferung mit Strom zu einem bestimmten Preis vorsorglich zu verfügen. Fraglich ist somit lediglich, zu welchem Preis

und weiteren unerlässlichen Bedingungen die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin Strom zu liefern hat, was im Rahmen einer Interessenabwägung festzulegen ist.

4.3.3 Zur Festsetzung des Strompreises und weiterer Lieferungsbedingungen sind auf Seiten der Beschwerdeführerin die Interessen an der Belieferung mit Strom ohne Markteintritt sowie das Interesse an der Fortführung ihrer Unternehmung und auf der anderen Seite das Interesse der Beschwerdegegnerin an Stromlieferung gegen Entgelt wie auch der Schutz vor einem Verlustrisiko gegeneinander abzuwägen.

4.3.3.1 Die Beschwerdeführerin weist bezüglich des Preises nochmals auf ihr unpräjudizielles Vergleichsangebot von 9.644 Rp./kWh (ohne KEV; 10.094 – 0.45) hin und hält fest, dass sich die Parteien für das Jahr 2009 aussergerichtlich auf einen Tarif von 9.841 Rp./kWh (ohne KEV, 10.291 – 0.45) geeinigt hätten und dass sich angesichts stark sinkender Börsenpreise auf Ende 2009 / Anfang 2010 eine weitere Erhöhung für das Jahr 2010 nicht rechtfertige.

4.3.3.2 Die Beschwerdegegnerin dagegen macht in ihrer Eingabe vom 21. Januar 2010 geltend, die konsumangepasste Belieferung inkl. Ausgleichsenergie zu 8.85 Rp./kWh (exkl. MwSt.), ohne Netz, SDL, KEV und Blindenergie sei angemessen, denn mit einer weiteren Senkung des Energiepreises würde sie Verluste erleiden. Die ElCom als Fachbehörde habe in ihrem Verfügungsentwurf vom 14. Dezember 2009 im Verfahren Y._____ die zu erwartenden Bandenergiepreise für das Jahr 2010 auf 8.61 Rp./kWh geschätzt, wobei dieser Betrag noch keine Ausgleichsenergie enthalte. Rechne man 0.29 Rp./kWh für Ausgleichsenergie hinzu, ergebe die Schätzung der ElCom einen Energiepreis von 8.90 Rp./kWh inkl. Ausgleichsenergie. Hinzu komme eine angemessene Erhöhung für den hohen Anteil an teurer Peak-Energie der Beschwerdeführerin. Zudem weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass eine vorsorglich verfügte Senkung des von der Beschwerdegegnerin angebotenen Energiepreises unter Marktpreise im Falle einer Verneinung des Grundversorgungsanspruchs der Beschwerdeführerin nachträglich kaum rückgängig zu machen wäre.

4.3.3.3 Wägt man unter Berücksichtigung der vorgebrachten Argumente der Parteien die verschiedenen Interessen gegeneinander ab, ergibt sich das Folgende: Für das Jahr 2010 zeichnet sich zwar im

Moment eine Senkung des Strompreises ab, genaue Prognosen sind jedoch zurzeit nicht möglich. Daraus ergibt sich aber zumindest, dass eine Erhöhung über den von den Parteien für 2009 abgemachten Gesamtpreis von 10.291 Rp./kWh (exkl. MwSt., inkl. Ausgleichsenergie, NNE, SDL und KEV) aus der heutigen Sicht aufgrund einer summarischen Prüfung nicht angezeigt ist. Eine weitere Preissenkung ist jedoch wegen ungewisser Prognosen ebenfalls nicht zwingend. Was den Verweis der Beschwerdegegnerin auf den Verfügungsentwurf der ElCom vom 14. Dezember 2009 angeht, so handelt es sich lediglich um einen Entwurf und es können prima facie daraus ebenfalls keine eindeutigen Schlüsse für das Jahr 2010 gezogen werden. In Anbetracht dessen, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Eingabe vom 21. Januar 2010 eine konsumangepasste Belieferung inklusive Ausgleichsenergie zu 8.85 Rp./kWh (exkl. MwSt.), ohne Netz, SDL, KEV und Blindenergie fordert, die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 21. Januar 2010 nochmals ihren unpräjudiziellen Vergleichsvorschlag von 9.644 Rp./kWh (ohne KEV; 10.094 – 0.45) aufgeführt hat und damit 10.291 Rp./kWh (exkl. MwSt., inkl. Ausgleichsenergie, NNE, SDL und KEV) dazwischen liegen und angesichts der Tatsache, dass sich die Parteien für das Jahr 2009 bereits auf diesen Strompreis geeinigt haben, erscheint ein Gesamtpreis von 10.291 Rp./kWh (exkl. MwSt., inkl. Ausgleichsenergie, NNE, SDL und KEV) für das Jahr 2010 zumindest aufgrund einer summarischen Prüfung nicht unangemessen. Der Antrag 1 der Beschwerdeführerin vom 28. August 2009 und der Subeventualantrag 3.1 der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2009 sind daher teilweise gutzuheissen, aber bezüglich der Höhe des Gesamtpreises abzuweisen. Die Anträge 2.1 – 2.6 der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2009 und der Antrag der Beschwerdegegnerin vom 21. Januar 2010 sind grundsätzlich abzuweisen. Antrag 1 der Beschwerdegegnerin ist insofern gutzuheissen, als dass die Anträge 1- 3 der Beschwerdeführerin nicht vollumfänglich gutzuheissen sind.

Die Belieferung der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin zu einem Gesamtpreis von 10.291 Rp./kWh hat unter dem Vorbehalt der nachträglichen Kompensation unter den Parteien je nach Ausgang des vorliegenden Verfahrens in der Hauptsache zu gelten. Was die durch die Beschwerdegegnerin vorgebrachten Probleme der Rückabwicklung angeht, so sind die Parteien während der Dauer der vorsorglichen Massnahmen gehalten den Markt zu beobachten, um im Anschluss an den Entscheid in der Hauptsache im Falle einer

Verneinung des Grundversorgungsanspruchs der Beschwerdeführerin angemessen abrechnen zu können. Insofern ist Antrag 2 der Beschwerdeführerin gutzuheissen.

Was die Sicherheitsleistung anbelangt, so ist Folgendes festzuhalten: Grundsätzlich tragen sowohl die Beschwerdeführerin wie auch die Beschwerdegegnerin ein gewisses Geschäftsrisiko. Jedenfalls ist eine Kaution von Seiten der Beschwerdeführerin in der Höhe eines Zweiwochenbetreffnisses und eine Abrechnung auf zweiwöchentlicher Basis aufgrund einer summarischen Prüfung nicht unangemessen. Die Anträge 3.2 und 4 der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2009 sind daher abzuweisen.

Den Zahlungsverzug betreffend erscheint aufgrund summarischer Prüfung die Regelung der Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 als angemessen, wonach bei Überschreitung der Zahlungsfrist die Beschwerdegegnerin berechtigt ist, vom Verfalltag an einen um 1 Prozent über dem jeweiligen, ortsüblichen Zinssatz für die erste Hypothek liegenden Verzugszins zu berechnen. Der Subeventualantrag 3.1 vom 9. Oktober 2009 ist auch diesbezüglich abzuweisen.

Im Übrigen ist, wie von beiden Parteien beantragt, die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 für die Dauer des Verfahrens für anwendbar zu erklären, da einer Geltung dieser Vereinbarung aufgrund von Art. 49 VwVG prima facie zurzeit nichts entgegensteht. Insofern sind der Antrag 1 der Beschwerdeführerin vom 28. August 2009 und der Antrag 2.1 der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2009 gutzuheissen.

Vorsorgliche Massnahmen gelten grundsätzlich während der Dauer des Hauptverfahrens und fallen spätestens mit dem Entscheid in der Hauptsache dahin. Wird der Beschwerdeentscheid des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht angefochten, so ist dieses zuständig, um während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens allfällige vorsorgliche Massnahmen zu treffen (Art. 104 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]). Das Bundesverwaltungsgericht kann jedoch für die Dauer bis zu einer allfälligen Anfechtung beim Bundesgericht Massnahmen in seinen Entscheid in der Hauptsache aufnehmen (Seiler, a.a.O., Art. 56, Rz. 52; Kiener, a.a.O., Art. 56, Rz. 7). Ob es vorliegend angezeigt sein wird, Massnahmen über den Zeitpunkt des

bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheids in der Hauptsache hinaus bis zu einer allfälligen Anfechtung beim Bundesgericht gelten zu lassen, wird deswegen erst im Rahmen des Entscheids in der Hauptsache zu entscheiden sein. Auf den Antrag 3 der Beschwerdeführerin ist daher vorliegend nicht einzutreten.

4.3.3.4 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin zu verpflichten ist, der Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2010 für die Dauer des bundesverwaltungsrechtlichen Verfahrens jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu einem Gesamtpreis von 10.291 Rp./kWh (exkl. MwSt., inkl. Ausgleichsenergie, NNE, SDL und KEV) zu liefern, wobei nach dem Ausgang des Hauptverfahrens unter den Parteien abzurechnen ist. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Kaution in der Höhe eines Zweiwochenbetreffnisses zu leisten und die Parteien haben auf zweiwöchentlicher Basis abzurechnen. Im Übrigen hat, wie von beiden Parteien beantragt, für die Dauer des Verfahrens weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 zu gelten.

5.
Über die Kosten dieses Zwischenentscheids und eine allfällige Parteientschädigung ist im Entscheid über die Hauptsache zu entscheiden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die von den Parteien vorgelegte Vereinbarung vom 8. Januar 2010 betreffend die Entschädigung für die Energielieferung im Jahr 2009 wird genehmigt und bildet Bestandteil der vorliegenden Zwischenverfügung.

2.
Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2010 für die Dauer des bundesverwaltungsrechtlichen Verfahrens jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität zu einem Gesamtpreis von 10.291 Rp./kWh (exkl. MwSt., inkl. Ausgleichsenergie, NNE, SDL und KEV) zu liefern. Der Antrag 1 der Beschwerdeführerin vom 28. August 2009 und der

Subeventualantrag 3.1 der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2009 werden daher teilweise gutgeheissen, aber bezüglich der Höhe des Gesamtpreises abgewiesen. Die Anträge 2.1 – 2.6 der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2009 und der Antrag der Beschwerdegegnerin vom 21. Januar 2010 werden grundsätzlich und mit Ausnahme nachfolgender Präzisierung abgewiesen. Antrag 1 der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2009 wird insofern gutgeheissen, als dass die Anträge 1-3 der Beschwerdeführerin nicht vollumfänglich gutgeheissen werden.

3.
Die Belieferung der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin zu einem Gesamtpreis von 10.291 Rp./kWh steht unter dem Vorbehalt der nachträglichen Kompensation unter den Parteien je nach Ausgang des vorliegenden Verfahrens in der Hauptsache. Insofern wird Antrag 2 der Beschwerdeführerin gutgeheissen.

4.
Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, eine Kaution in der Höhe eines Zweiwochenbetreffnisses zu leisten. Die Abrechnung erfolgt auf zweiwöchentlicher Basis. Die Anträge 3.2 und 4 der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2009 werden abgewiesen.

5.
Subsidiär zu den mit dieser Verfügung erlassenen Massnahmen gilt weiterhin die Strompreisvereinbarung vom 7. Dezember 2006 während des bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens. Insofern werden der Antrag 1 der Beschwerdeführerin vom 28. August 2009 und der Antrag 2.1 der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2009 gutgeheissen.

6.
Über die Dauer der Massnahmen über den Zeitpunkt des bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheids in der Hauptsache hinaus bis zu einer allfälligen Anfechtung beim Bundesgericht, wird erst im Rahmen des Entscheids in der Hauptsache entschieden. Auf Antrag 3 der Beschwerdeführerin wird daher nicht eingetreten.

7.
Von den zutreffenden Ergänzungen der Beschwerdegegnerin vom 21. Januar 2010 zum Protokoll des Bundesverwaltungsgerichts

bezüglich der Vergleichsverhandlung vom 11. Januar 2010 wird Kenntnis genommen.

8.
Über die Verfahrenskosten für die vorliegende Zwischenverfügung und eine allfällige Parteientschädigung wird zusammen mit dem Urteil in der Hauptsache entschieden.

9.
Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 957-08-137; Einschreiben)

Der Instruktionsrichter: Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli Beatrix Schibli

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: