



Gegenstandslos
infolge Vergleichs vor
Bundesverwaltungsgericht.

Referenz/Aktenzeichen: 952-09-127

Bern, 14. Dezember 2009

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Hans Jörg Schötzau (Vizepräsident), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Matthias Finger, Werner K. Geiger

in Sachen: [...]

(Gesuchstellerin 1, Konzessionärin)

und [...]

(Gesuchstellerin 2, Konzessionsgemeinden)

betreffend Kosten für Systemdienstleistungen (SDL)

Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom
Effingerstrasse 39, CH-3003 Bern
Tel. +41 31 322 58 33, Fax +41 31 322 02 22
info@elcom.admin.ch
www.elcom.admin.ch



I Sachverhalt

A.

- 1 [...] haben verschiedene Gemeinden im Gebiet [...] zuhanden der [...] Wasserrechtsverleihungen für [...] schweizerische und [...] internationale Gefällsstufe zur Erzeugung elektrischer Energie erteilt (act. 1, Beilagen 6 und 7). Die Gemeinden bilden für die mit der Wasserrechtsverleihung zusammenhängenden Fragen eine Korporation des öffentlichen Rechts [...].
- 2 Die Wasserrechtsverleihungen wurden in der Folge konkretisiert durch den Energieversorgungsvertrag von [...] (act. 1, Beilage 9), welcher später vom Energieversorgungsvertrag von [...] abgelöst wurde (act. 1, Beilage 10). Dieser gilt bis heute.
- 3 Gemäss Artikel 8 der Wasserrechtsverleihungen (act. 1, Beilagen 6 und 7) erstellt, betreibt und unterhält [...] auf eigene Kosten sämtliche Übertragungs- und Verteilanlagen bis zu den Hausanschlüssen in den Gemeinden. Gleichzeitig bestimmt Artikel 8 der Wasserrechtsverleihungen (act. 1, Beilagen 6 und 7), [...] habe den Gemeinden über die ganze Konzessionsdauer Gratis- und Vorzugsenergie in folgendem Umfang zu leisten:

Energieart	Menge		Preis Rp./kWh	
	in kW	in Mio. kWh	Sommer (Mai–Okt.)	Winter (Nov.–Apr.)
Gratisenergie Konzessionsgemeinden	[...]	[...]	gratis	gratis
Gratisenergie [...]	[...]	[...]	gratis	gratis
Vorzugsenergie I	[...]	[...]	[...]	[...]
Vorzugsenergie II	[...]	[...]	[...]	[...]

- 4 [...] teilt die Energiemengen der Gratis- und Vorzugsenergie (I) auf die Konzessionsgemeinden auf und diese versorgen als Wiederverkäufer-Gemeinden direkt die Endverbraucher über das Elektrizitätsnetz [...]. Die Konzessionsgemeinden sind innerhalb ihrer Gemeindegebiete in der Verwertung dieser Energie nicht beschränkt. Ausgeschlossen ist aber die Abgabe von Energie an gewerbliche und industrielle Betriebe mit einem Anschlusswert von grösser gleich 100 kW. Solche Betriebe sind der Belieferung durch [...] vorbehalten (vgl. Art. 8 der Wasserrechtsverleihungen; act. 1, Beilagen 6 und 7).

B.

- 5 Mit Schreiben vom 9. April 2009 reichten [...] und [...] bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (EiCom) ein gemeinsames Gesuch ein. Dabei beantragten sie, es sei festzustellen, wer die Kosten für die Systemdienstleistungen im Netzgebiet [...] zu tragen habe, bzw. ob [...] berechtigt sei, die Kosten für die Systemdienstleistungen den Gemeinden bzw. deren Endkunden zu überwälzen. Die Verfahrenskosten seien zwischen den Parteien hälftig zu teilen; jede Partei übernehme ihre Anwaltskosten (act. 1, S. 2).



- 6 Dem Schreiben vom 9. April 2009 waren zwei separate Anhänge beigelegt, in denen die Parteien ihre jeweilige Position darlegten. Diese Positionspapiere wurden jeweils in Unkenntnis der Argumente der Gegenpartei verfasst und dem Gesuch beigelegt (act. 2 und act. 3).

C.

- 7 Mit Brief vom 4. Mai 2009 teilte das Fachsekretariat der ECom den Gesuchstellerinnen mit, es habe ein Verfahren nach Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) eröffnet. Gleichzeitig wurden die Gesuchstellerinnen eingeladen, bis am 4. Juni 2009 eine Stellungnahme zum Positionspapier der Gegenpartei einzureichen (act. 6 und act. 7). Mit Schreiben vom 19. Mai 2009 [...] act. 8) und vom 4. Juni 2009 [...] act. 9) reichten die Gesuchstellerinnen fristgerecht ihre Stellungnahmen ein.

D.

- 8 Mit Schreiben vom 1. September 2009 hat das Fachsekretariat der ECom [...] aufgefordert, bis am 2. Oktober 2009 zum besseren Verständnis des Sachverhalts zwei Fragen zu beantworten (act. 12). Nach einer Fristerstreckung bis am 16. Oktober 2009 hat die Konzessionärin mit Schreiben vom 9. Oktober 2009 zu den Fragen Stellung genommen (act. 15).

E.

- 9 Diese Stellungnahme wurde den Konzessionsgemeinden zur Kenntnis zugestellt (act. 17). Auf Gesuch der Konzessionsgemeinden (act. 18) und nach Rücksprache mit der Konzessionärin (act. 19) hat die ECom den Konzessionsgemeinden ein ursprünglich als Geschäftsgeheimnis deklariertes Dokument unter Hinweis auf die Vertraulichkeit zugestellt (act. 20).

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 10 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die ECom ist insbesondere zuständig für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG).
- 11 Die ECom erlässt diese Verfügung auf Gesuch der Parteien. Vorliegend handelt es sich um einen Streitfall über die Kostentragung für Systemdienstleistungen. Die Kosten für Systemdienstleistungen bilden Bestandteil des Netznutzungsentgelts (vgl. auch Rz. 32). Über Streitfälle zum Netznutzungsentgelt entscheidet gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG die ECom. Sie ist damit für diesen Entscheid zuständig.



2 Parteien und rechtliches Gehör

2.1 Parteien

- 12 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.
- 13 Die Gesuchstellerinnen haben bei der EICom ein gemeinsames Gesuch eingereicht. Sie sind somit materielle Verfügungsadressatinnen. Ihnen kommt daher Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu.

2.2 Rechtliches Gehör

- 14 Den Parteien wurde das Positionspapier der jeweiligen Gegenpartei zur Stellungnahme unterbreitet. Die vorgebrachten Punkte werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wurde den Gesuchstellerinnen das rechtliche Gehör gewährt (Art. 31 VwVG).

3 Vorbringen der Parteien

- 15 Die Parteien stellen folgende gemeinsame Rechtsbegehren (act.1, S. 2):
1. Es sei festzustellen, wer die Kosten für die Systemdienstleistungen im Netzgebiet [...] zu tragen habe beziehungsweise ob [...] berechtigt sei, die Kosten für die Systemdienstleistungen den Gemeinden bzw. deren Endkunden zu überwälzen.
 2. Die Verfahrenskosten seien zwischen den Parteien hälftig zu teilen. Jede Partei übernehme ihre Anwaltskosten.
- 16 Die Parteien halten ausdrücklich fest, individuell den Kraftwerken in Rechnung gestellte Systemdienstleistungen nach Artikel 31b Absatz 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) seien nicht Gegenstand ihres Gesuchs (act. 1, S. 2 f.).

3.1 Gesuchstellerin 1 (Konzessionärin)

- 17 Die Konzessionärin beantragt, es sei festzustellen, dass die Kosten für die Systemdienstleistungen in ihrem Netzgebiet von den Konzessionsgemeinden beziehungsweise von deren Endkonsumenten zu tragen seien (act. 8, S. 2).
- 18 Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, Artikel 43 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG; SR 721.80) verschaffe der Konzessionärin ein wohl erworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers. Die der Konzessionärin auferlegten wirtschaftlichen Leistungen seien wesentliche Bestandteile der Konzession. Die Kosten für Systemdienstleistungen seien jedoch ein Resultat aktueller Entwicklungen, welche zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung nicht Inhalt des verhandelten Leistungspakets gewesen sind. Als Ausfluss einer neuen gesetzlichen Regelung könne daher die Kostentragung für Systemdienstleistungen nicht ohne Weiteres dem bestehenden Konzessionsverhältnis zugerechnet werden (act. 2, S. 2 f.).



- 19 Bei den heutigen Systemdienstleistungen handle es sich zudem um Leistungen, welche in diesem Umfang bisher nicht erbracht werden mussten (act. 2, S. 2 f. und act. 8, S. 2 ff.). In ihren Antworten mit Schreiben vom 9. Oktober 2009 hält die Konzessionärin fest, die vorliegend zu beurteilenden Kosten für die Systemdienstleistungen gemäss Artikel 31b Absatz 1 StromVV würden sich jährlich auf durchschnittlich [...] Franken belaufen und seien mit Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung neu hinzu gekommen (act. 15, S. 8). Gleichzeitig belaufen sich die jährlichen Kosten für die Energiemengen, welche [...] vom [...] zur Versorgung der Konzessionsgemeinden bereitgestellt und geliefert werden, gemäss Angaben der Konzessionärin auf durchschnittlich [...] Franken (act. 15, S. 7 f.).
- 20 Ferner argumentiert die Konzessionärin, der Gesetzgeber habe mit Artikel 15 Absatz 2 StromVG die Kosten für Systemdienstleistungen den Endverbrauchern überwälzen wollen (act. 8, S. 4 f.).

3.2 Gesuchstellerin 2 (Konzessionsgemeinden)

- 21 Die Konzessionsgemeinden beantragen, es sei festzustellen, die Konzessionärin habe die Kosten für die Systemdienstleistungen zu tragen und sei nicht berechtigt, diese den Konzessionsgemeinden beziehungsweise deren Endkunden zu überwälzen (act. 3, S. 9).
- 22 Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die für den sicheren Netzbetrieb notwendigen Hilfsdienste seien keine durch das Inkrafttreten des StromVG bedingte Neuerscheinungen. Früher seien diese im All-Inclusive-Tarif enthalten gewesen. Heute müssten die Systemdienstleistungen gesondert berechnet und in Rechnung gestellt werden. Die Kosten für die bereits vor Konzessionsabschluss bestehenden und nach Vertragsschluss regelmässig erbrachten Systemdienstleistungen seien damit bereits Bestandteil der damaligen Konzessionsverhandlungen gewesen (act. 3, S. 6 und act. 9, S. 3).
- 23 Im Weiteren würden die vereinbarten Gratis- und Vorzugsleistungen unter Artikel 14 Absatz 5 StromVG fallen und dürften daher durch Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt nicht berührt werden. Eine Abwälzung der Kosten auf die Konzessionsgemeinden sei im vorliegenden Fall gesetzeswidrig (act. 3, S. 6 f. und act. 9, S. 4). Die Doktrin zu den wohlerworbenen Rechten werde durch den Gesetzgeber mit Artikel 14 Absatz 5 StromVG gleichsam ausser Kraft gesetzt (act. 9, S. 4).
- 24 Schliesslich argumentieren die Konzessionsgemeinden, die Parteien hätten die Energie für die gesamte Konzessionsdauer zu den exakt definierten Mengen und den verbindlich vereinbarten Fixpreisen vertraglich festgelegt. Vorbehalte zu dieser Regelung seien nicht vereinbart worden (act. 3, S. 4).

4 Eintreten

- 25 Die Parteien beantragen bei der EICom den Erlass einer Feststellungsverfügung (act. 1, S. 2).
- 26 Die zuständige Behörde kann auf Begehren hin über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 25 Abs. 1 VwVG). Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt ein schutzwürdiges Interesse des Gesuchstellers voraus (Art. 25 Abs. 2 VwVG).
- 27 Ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse kann sich aus tatsächlichen, wirtschaftlichen oder ideellen Interessen ergeben. Dabei gilt grundsätzlich, dass die gesuchstellende Person ohne die Feststellung des Bestands, des Nichtbestands oder des Umfangs öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten



nachteilige Massnahmen treffen oder günstige Massnahmen unterlassen würde (BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Christoph Auer, Markus Müller, Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 Rz. 11).

- 28 Vorliegend geht es um die Klärung von grundlegenden Rechten und Pflichten in einem längerfristigen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis. Bei den in Frage stehenden Systemdienstleistungskosten handelt es sich zudem um hohe Beträge. Damit haben die Gesuchstellerinnen ein schutzwürdiges wirtschaftliches Interesse an der Feststellung der rechtlichen Verhältnisse.
- 29 Auf das Feststellungsbegehren ist daher einzutreten.

5 Materielle Beurteilung

- 30 Gemäss den Wasserrechtsverleihungen (act. 1, Beilagen 6 und 7, jeweiliger Art. 8) und dem ausführenden Energieversorgungsvertrag von [...] (act. 1, Beilage 10) zwischen den Konzessionsgemeinden und der Konzessionärin „erstellt, betreibt und unterhält [die Konzessionärin] auf eigene Kosten sämtliche Übertragungs- und Verteilanlagen [...] bis zu den Hausanschlüssen in den „Gemeinden“ [...], exkl. Hausinstallationen und Verbrauchseinrichtungen“. Die Kantone bezeichnen die Netzgebiete der auf ihrem Gebiet tätigen Netzbetreiber (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Der Kanton [...] hat die Netzgebiete noch nicht bezeichnet. Gegenwärtig versorgt jedoch die Konzessionärin die Gemeindegebiete der Konzessionsgemeinden (act. 22). Im Zusammenhang mit dem Begriff der Netzbetreiberin nach der Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen vom 7. November 2001 (NIV; SR 734.27) qualifizierte im Übrigen auch das Bundesgericht die Konzessionärin als Netzbetreiberin (Urteil des Bundesgerichts 2A.629/2005 vom 23. März 2006, E. 2.4), wobei der Begriff des Netzbetreibers in der NIV nicht deckungsgleich mit demjenigen der Stromversorgungsgesetzgebung ist (vgl. Art. 2 Abs. 3 NIV).
- 31 Die Gesuchstellerin 1 nimmt damit verschiedene Rollen ein: als Konzessionärin, als Netzbetreiberin und als Kraftwerksbetreiberin. Da der Kraftwerkstarif gemäss Artikel 31b Absatz 2 StromVV nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist, können sich die vorliegenden Erwägungen auf die Gesuchstellerin 1 als Netzbetreiberin und Konzessionärin beschränken.
- 32 Systemdienstleistungen sind die für den sicheren Betrieb der Netze notwendigen Hilfsdienste (Art. 4 Abs. 1 Bst. g StromVG). Die Kosten für Systemdienstleistungen gelten gemäss Artikel 15 Absatz 2 StromVG als Betriebskosten, diese wiederum als anrechenbare Kosten und damit Teil des Netznutzungsentgelts (Art. 15 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 StromVG). Das Netznutzungsentgelt und damit auch die Kosten für Systemdienstleistungen werden grundsätzlich den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt in Rechnung gestellt (Art. 14 Abs. 2 StromVG).
- 33 Gemäss Artikel 14 Absatz 5 StromVG werden die im Zusammenhang mit geltenden Wasserrechtsverleihungen (Konzessionsverträge) vereinbarten Leistungen, insbesondere die Energielieferungen, durch die Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt nicht berührt. Diese Bestimmung fand erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen Eingang ins Stromversorgungsgesetz. Gemäss dem Votum des damaligen Kommissionssprechers geht es bei dieser Regelung insbesondere darum, „dass Lieferungen von Gratisenergie bzw. Vorzugsenergie, zum Beispiel an Gemeinden, nicht mit dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes neu mit einem Entgelt für die Netznutzung belastet werden“ (AB 2006 S 846).
- 34 Bei den vorliegenden Vereinbarungen zwischen den Konzessionsgemeinden und der Konzessionärin handelt es sich um Wasserrechtsverleihungen (act. 1, Beilagen 6 und 7). Diese regeln bereits die



Abgabe von Gratis- und Vorzugsenergie (jeweils Art. 8 der Wasserrechtsverleihungen). Der ausführende Energieversorgungsvertrag von [...] (act. 1, Beilage 6) konkretisiert die Wasserrechtsverleihungen allgemein und auch bezüglich der Energieabgabe (Art. 6 des Energieversorgungsvertrags von [...]). Die vorliegenden Vereinbarungen sind damit Wasserrechtsverleihungen im Sinne von Artikel 14 Absatz 5 StromVG.

- 35 Strittig ist die Tragung der Kosten für Systemdienstleistungen gemäss Artikel 31b Absatz 1 StromVV. Diese belaufen sich nach Angaben der Konzessionärin auf [...] Franken (act. 15, S. 10). Wie bereits in Rz. 32 ausgeführt, sind Systemdienstleistungen Teil des Netznutzungsentgelts. Vorliegend handelt es sich also um eine Bestimmung über das Netznutzungsentgelt, welche gemäss Artikel 14 Absatz 5 StromVG die im Zusammenhang mit geltenden Wasserrechtsverleihungen (Konzessionsverträge) vereinbarten Leistungen nicht berühren darf.
- 36 Es ist daher zu fragen, welches im vorliegenden Konzessionsverhältnis die hier in Frage stehenden vereinbarten Leistungen sind. Die Parteien haben die Lieferung einer gewissen Menge Gratisenergie, einer gewissen Menge Vorzugsenergie zu einem bestimmten Tarif (Vorzugsenergie I) sowie einer unbeschränkten Menge Vorzugsenergie zu einem bestimmten Tarif (Vorzugsenergie II) vereinbart. Diese vereinbarten Leistungen dürfen nun gemäss Artikel 14 Absatz 5 StromVG durch die Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt nicht berührt werden. Damit dürfen den Konzessionsgemeinden durch die Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt keine Mehrkosten entstehen. Folglich müssen die Gemeinden immer noch Gratisenergie zum Tarif null und Vorzugsenergie zu den festgelegten Tarifen erhalten. Die Tragung von Kosten für Systemdienstleistungen durch die Konzessionsgemeinden würde diese vertraglich festgelegten Leistungen schmälern.
- 37 Die Konzessionärin bringt vor, bei den Systemdienstleistungen handle es sich um eine Neuerscheinung, welche bei Vertragsschluss noch nicht in diesem Masse existierte.
- 38 Die Kosten für Systemdienstleistungen fielen in gewissem Masse schon vor dem Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung an. Sie wurden damals grundsätzlich vom Netzbetreiber bezahlt, mussten jedoch nicht separat ausgewiesen werden (All-Inclusive-Tarif). Es handelt sich daher nicht um einen neuen Bestandteil der anfallenden Kosten.
- 39 Die Konzessionärin hält zudem fest, die Systemdienstleistungskosten und die Anforderungen an die Gewährleistung der Netzsicherheit seien mit Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung beträchtlich gestiegen. Die Systemdienstleistungen seien heute umfassender und qualifizierter und würden zu Mehrkosten führen (act. 15, insbesondere S. 11). Ob die von der Konzessionärin geltend gemachten Mehrkosten von [...] Franken korrekt sind, kann offen bleiben (act. 15, S. 8). Die Frage ist für die vorliegende Beurteilung nicht von Bedeutung.
- 40 Es ist richtig, dass die Systemdienstleistungen heute umfassender erbracht werden und dies zu Mehrkosten führt. Die Variabilität der Kosten steht jedoch der vertraglichen Vereinbarung nicht entgegen. Im Gegenteil sind variable Kosten in Form eines entgangenen Gewinns für die Konzessionärin bei einer solchen Vereinbarung systemimmanent. Sie trägt folglich das Risiko von Kostenschwankungen. Im Übrigen ist am Rande darauf hinzuweisen, dass den Aktionären der Konzessionärin in den letzten Jahren dank steigender Marktpreise für Energie und besserer Absatzmöglichkeiten an den Strombörsen auch neue Erlösmöglichkeiten entstanden sind.
- 41 Weiter führt die Konzessionärin aus, Artikel 43 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG; SR 721.80) verschaffe ihr ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers. Die dem Konzessionär auferlegten wirtschaftlichen Leistungen seien zudem wesentlicher Bestandteil der Konzession.



- 42 Die Konzession verleiht dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsakts ein wohlerworbenes Recht auf Benutzung des Gewässers (Art. 43 Abs. 1 WRG). Dieses wohlerworbene Recht umfasst auch den Schutz vor Änderungen durch neues Recht. Das wohlerworbene Recht kann damit durch spätere Gesetze grundsätzlich nicht aufgehoben oder eingeschränkt werden, sondern bleibt hinsichtlich seiner Substanz dem Recht unterstellt, das zur Zeit seiner Begründung galt (RICCARDO JAGMETTI, Energierecht, Basel 2005, Rz. 4503).
- 43 Das wohlerworbene Recht gilt für die Substanz des Rechts. Dazu gehört neben der Konzessionsdauer und der konzidierten Wassermenge auch die Höhe des Wasserzinses. Dieser kann während der Konzessionsdauer nur angepasst werden, wenn dies in der Konzession speziell vorgesehen ist (JAGMETTI, Rz. 4504 ff.).
- 44 Artikel 48 Absatz 1 und Artikel 54 Buchstabe f WRG erwähnen den Wasserzins und die Pflicht zur Energieabgabe separat (vgl. auch JAGMETTI, Energierecht, Rz. 4547). Artikel 55 Buchstabe d WRG erwähnt die Gratis- und Vorzugsenergie als fakultativen Inhalt der Konzession. Ebenfalls sehen die Vereinbarungen einen Zins und daneben Gratis- und Vorzugsenergie vor.
- 45 Vorliegend geht es nicht um den Wasserzins, sondern um die Lieferung von Gratis- und Vorzugsenergie. Auch wenn dies zur Substanz des Rechts gehören würde: Die Vereinbarung zur Lieferung von Gratis- und Vorzugsenergie zu fest bestimmten Tarifen beinhaltet, dass die effektive Gegenleistung aufgrund der schwankenden Marktpreise (entgangener Gewinn) variiert. Der tatsächliche Wert der Gegenleistung hängt stets davon ab, zu welchem Preis die Konzessionärin die Energie am Markt hätte anbieten können. Das Nutzungsrecht wird damit durch die Änderung der äusseren Bedingungen, also insbesondere die Dynamik der Preise, grundsätzlich nicht beeinträchtigt. Der Vertrag verlieh der Konzessionärin nie Schutz vor Änderung der Kostenstrukturen.
- 46 Ferner bringt die Konzessionärin vor, nach dem Willen des Gesetzgebers seien die Mehrkosten für die Systemdienstleistungen gemäss Artikel 15 Absatz 2 StromVG über das Netznutzungsentgelt an die Endverbraucher weiterzugeben (act. 8, S. 4 f.). Diese Aussage stimmt im Grundsatz. Jedoch wollte der Gesetzgeber mit Artikel 14 Absatz 5 StromVG gerade nicht, dass bestehende Konzessionsvereinbarungen durch Bestimmungen zum Netznutzungsentgelt – wie sie Artikel 15 Absatz 2 StromVG darstellt – beeinträchtigt werden. Der Gesetzgeber hat damit Artikel 14 Absatz 5 StromVG bewusst als Spezialregelung erlassen.
- 47 Aus all diesen Gründen ist daher festzustellen, dass auf Grundlage der Stromversorgungsgesetzgebung die Kosten für Systemdienstleistungen im vorliegenden Konzessionsverhältnis von der Konzessionärin zu tragen sind. Die Konzessionärin ist also nicht berechtigt, diese Kosten den Konzessionsgemeinden beziehungsweise deren Endverbrauchern zu überwälzen.
- 48 Eine Anpassung der Wasserrechtsvereinbarungen könnte vorliegend allenfalls über die *clausula rebus sic stantibus* in Betracht gezogen werden. Die Anwendung dieses Prinzips auf Konzessionen hat das Bundesgericht bis zum heutigen Zeitpunkt offen gelassen (Urteil des Bundesgerichts 2A.432/2005 vom 18. Juli 2009, E. 3.5). Streitigkeiten zwischen der Verleihungsbehörde und dem Konzessionär entscheidet jedoch gemäss Artikel 71 WRG grundsätzlich die zuständige kantonale Gerichtsbehörde oder das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation. Die ECom ist mithin für die Beurteilung nicht zuständig.



6 Gebühren

- 49 Die EICom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 50 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken.
- 51 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Die Gesuchstellerinnen haben diese Verfügung durch Einreichen ihres gemeinsamen Gesuchs zu gleichen Teilen veranlasst. Die Gebühren sind daher von den Gesuchstellerinnen je hälftig zu tragen. Dies entspricht auch dem Antrag der Parteien (act. 1, S. 2). Damit ergibt sich für die Konzessionärin und die Konzessionsgemeinden eine Gebühr von je [...] Franken.



III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass die Kosten für die Systemdienstleistungen als Teil des Netznutzungsentgelts im Netzgebiet [...] nach der Stromversorgungsgesetzgebung von der Konzessionärin [...] zu tragen sind. Die Konzessionärin ist nicht berechtigt, die Kosten für Systemdienstleistungen den Konzessionsgemeinden oder deren Endverbrauchern zu überwälzen.
2. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird den Gesuchstellerinnen je zur Hälfte (ausmachend [...] Franken) auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
3. Die Verfügung wird den Gesuchstellerinnen mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 14. Dezember 2009

Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- [...]



Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, einzureichen. Die Frist steht still:

- a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.