



Referenz/Aktenzeichen: 231-00011 (alt: 925-09-004)

Bern, 12. Dezember 2013

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:

Kraftwerk Birsfelden AG, Hofstrasse 82, 4127 Birsfelden

vertreten durch Advokat Dr. Pascal Leumann, LEXPARTNERS.MCS, Advokaten & Notare, Kirchplatz 16, Postfach 916, 4132 Muttenz 1

(Verfahrensbeteiligte 1)

ALSTOM (Schweiz) AG, Brown Boveri Strasse 7, 5401 Baden

(Verfahrensbeteiligte 2)

Azienda Electrica Ticinese, Viale Officina 10, 6500 Bellinzona

(Verfahrensbeteiligte 3)

Electricité de la Lienne SA, Rue de l'Industrie 43, 1951 Sion

(Verfahrensbeteiligte 4)

Verfahrensbeteiligte 3 und 4 vertreten durch Rechtsanwältinnen lic. iur. Mariella Orelli und Dr. Nadine Mayhall, Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, Postfach 314, 8037 Zürich



Schweizerische Bundesbahnen SBB, Hochschulstrasse 6, 3000 Bern 65
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Merker, Baur Hürlimann AG, Ober-
stadtstrasse 7, 5400 Baden

(Verfahrensbeteiligte 5)

und

Swissgrid AG, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick

(Verfügungsadressatin)

betreffend

Wiedererwägung der Verfügung der EICom vom 14. April 2011,
Kostentragungspflicht für allgemeine SDL im Jahr 2009



I Sachverhalt

- 1 In der Verfügung vom 6. März 2009 im Verfahren 212-00004 (alt: 952-08-005) betreffend Kosten und Tarife für die Netznutzung der Netzebene 1 und Systemdienstleistungen (SDL) hielt die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) in Dispositivziffer 3 folgendes fest:
„Der Tarif 2009 für Systemdienstleistungen für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW gemäss Anhang 2 dieser Verfügung beträgt ab 1. Januar 2009 0.45 Rp./kWh (...).“
- 2 In Anhang 2 der erwähnten Verfügung wurden die Verfahrensbeteiligten als Kraftwerksbetreiberinnen mit einer elektrischen Mindestleistung von 50 MW aufgeführt. Sie erhoben gegen Ziffer 3 des Verfügungsdispositivs keine Beschwerde.
- 3 Im Nachgang an die Verfügung vom 6. März 2009 stellte die Verfügungsadressatin den Verfahrensbeteiligten für SDL-Kosten im Jahr 2009 verschiedene Akontorechnungen. Diese Rechnungen wurden von den betreffenden Kraftwerksgesellschaften bezahlt.
- 4 In ihrer Verfügung vom 14. April 2011 (231-00011; alt: 925-09-004) setzte die EiCom die definitiven SDL-Kosten im Jahr 2009 fest. 19 Kraftwerksgesellschaften – jedoch nicht die Verfahrensbeteiligten – führten gegen diese Verfügung Beschwerde.
- 5 Die 19 Beschwerde führenden Kraftwerksgesellschaften beantragten unter anderem die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, soweit diese sie überhaupt betreffe. Weiter sei festzustellen, dass sie als Betreiberinnen von Kraftwerken mit einer elektrischen Mindestleistung von 50 MW für das Jahr 2009 nicht mit SDL-Kosten belastet werden dürften beziehungsweise Artikel 31b Absatz 2 der Stromversorgungsverordnung 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) seit Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 i.S. Gommerkraftwerke AG in Bezug auf sie nicht mehr angewendet werden dürfe.
- 6 Mit Urteil vom 9. Mai 2012 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der betreffenden Kraftwerksgesellschaften im Sinne der Erwägungen gut, soweit es darauf eintrat, und wies die Angelegenheit zur Fortsetzung des Verfahrens an die EiCom zurück. In den Erwägungen führte das Bundesverwaltungsgericht aus, bei der Verfügung vom 6. März 2009 handle es sich nicht lediglich um eine Zwischenverfügung, sondern um einen verbindlichen Endentscheid über die SDL-Kostentragungspflicht im Jahr 2009. Dispositivziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009 habe für all jene Kraftwerksgesellschaften Gültigkeit, welche diesbezüglich keine Beschwerde geführt hätten. Die EiCom sei zu Recht auf Wiedererwägungsgesuche von Kraftwerksgesellschaften nicht eingetreten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Mai 2012, A-3103/2011, E. 4).
- 7 Die betreffenden 19 Kraftwerksgesellschaften fochten das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vor Bundesgericht an. Sie beantragten unter anderem, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, soweit das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde nur im Sinne der Erwägungen gutgeheissen habe und soweit es auf die Beschwerde nicht eingetreten sei. Zudem sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen für das Jahr 2009 nicht mit SDL-Kosten belastet werden dürfen.



8 Das Bundesgericht hiess mit Urteil vom 27. März 2013 (2C_572/2012, 2C_573/2012) die Beschwerde der betreffenden 19 Kraftwerksgesellschaften gut und hob Dispositivziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009 in Bezug auf die Beschwerdeführerinnen auf.

A.

9 Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 12. Juni 2013 (act. 1) im Verfahren 231-00020 (alt: 925-13-001) beantragte die Verfahrensbeteiligte 1 unter anderem, dass ihr sämtliche im Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen zuzüglich Zinsen von 5 Prozent ab dem jeweiligen Zahlungseingang bei der Verfügungsadressatin zurückzuerstatten seien. Überdies stellte die Verfahrensbeteiligte 1 ein Gesuch um Wiedererwägung der Verfügung der EICom vom 14. April 2011.

10 Mit Schreiben vom 1. Oktober 2013 (act. 2-7) teilte das Fachsekretariat der EICom den Parteien mit, dass es beabsichtige, bei der EICom in Bezug auf die Verfahrensbeteiligten die Wiedererwägung der Verfügung vom 14. April 2011 zu beantragen. Es sei vorgesehen, die Verfügungsadressatin im Rahmen einer neuen Verfügung zur Rückerstattung der von den betreffenden Unternehmen für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen anzuweisen. Überdies wurde den Parteien mitgeteilt, dass im Dispositiv der neuen Verfügung festgehalten werden solle, dass die Verfügungsadressatin die sich aus den Rückerstattungen ergebenden Kosten in den Folgejahren in den SDL-Tarif der Netzebene 1 einrechnen könne. Die Verfahrensbeteiligten und die Verfügungsadressatin wurden eingeladen, sich bis zum 30. Oktober 2013 zum beabsichtigten Vorgehen des Fachsekretariats zu äussern. Zudem wurde die Verfügungsadressatin aufgefordert, zu den Rechtsbegehren der Verfahrensbeteiligten 1 bis zum 30. Oktober 2013 eine Stellungnahme einzureichen.

11 Mit Schreiben vom 16. Oktober 2013 (act. 8) teilte die Verfahrensbeteiligte 2 mit, sie sei mit dem beabsichtigten weiteren Vorgehen des Fachsekretariats einverstanden, weshalb sie zum momentanen Stand des Verfahrens auf eine Stellungnahme verzichte.

12 Am 24. Oktober 2013 reichte die Verfahrensbeteiligte 5 eine Stellungnahme zu den Akten und stellte darin folgende Rechtsbegehren:

„Wiedererwägungsweise seien die Verfügung der EICom vom 14. April 2011 und die Verfügung vom 6. März 2009 in Bezug auf die Gesuchstellerin aufzuheben, soweit diese darin verpflichtet werde, als Betreiberin eines Kraftwerks für das Tarifjahr 2009 allgemeine Systemdienstleistungskosten zu bezahlen“ (act. 9).

13 Am 29. Oktober 2013 liess sich die Verfahrensbeteiligte 1 zum Schreiben des Fachsekretariats vom 1. Oktober 2013 vernehmen (act. 10). Sie hielt an ihren mit Eingabe vom 12. Juni 2013 gestellten Rechtsbegehren fest.

14 In ihren Eingaben vom 29. Oktober 2013 (act. 11) respektive 30. Oktober 2013 (act. 12) begrüsst die Verfahrensbeteiligten 3 und 4 das vom Fachsekretariat in Aussicht gestellte Vorgehen in Bezug auf die Rückerstattung von für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen. Sie forderten, dass ihnen die Verfügungsadressatin die ursprünglich geleisteten Akontobeträge zuzüglich Zins zurückzuerstatten habe.

15 Mit Schreiben vom 30. Oktober 2013 (act. 13) reichte die Verfügungsadressatin eine Stellungnahme ein. Darin äusserte sich die Verfügungsadressatin dahingehend, dass die EICom von Amtes wegen zu prüfen habe, ob in Bezug auf Kraftwerksbetreiberinnen, welche sich weder



gegen die Verfügung vom 6. März 2009 noch gegen die Verfügung vom 14. April 2011 zur Wehr setzten, die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung und damit für eine Rückerstattung der im Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen erfüllt seien. In jedem Fall sei im Dispositiv einer allfällig zu erlassenden Verfügung ausdrücklich festzuhalten, dass die Verfügungsadressatin berechtigt sei, die sich aus den Rückerstattungen ergebende Deckungsdifferenz in den SDL-Tarif der Folgejahre einzurechnen.

- 16 Auf die Ausführungen der Parteien in ihren Eingaben wird nachfolgend in den Erwägungen eingegangen.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 17 Gemäss Artikel 22 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die ECom 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).

- 18 Mit Schreiben vom 1. Oktober 2013 wurde den Verfahrensbeteiligten und der Verfügungsadressatin mitgeteilt, dass geprüft werde, ob die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die SDL-Kostentragungspflicht der beteiligten Parteien in Wiedererwägung zu ziehen ist (act. 2-7). Als verfügende Behörde ist die ECom auch für die Prüfung einer Wiedererwägung von Amtes wegen zuständig.

2 Parteien und rechtliches Gehör

2.1 Parteien

- 19 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.
- 20 Vorliegend steht die SDL-Kostentragungspflicht im Jahr 2009 von nicht gegen die Verfügungen vom 6. März 2009 und 14. April 2011 Beschwerde führenden Kraftwerksbetreiberinnen zur Diskussion. Im Falle einer Wiedererwägung der Verfügung vom 14. April 2011 könnte die Verfügungsadressatin im Rahmen einer entsprechend lautenden neuen Verfügung zur Rückerstattung der für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen angewiesen werden. Damit sind sowohl die Verfahrensbeteiligten als auch die Verfügungsadressatin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Sie haben daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.



2.2 Rechtliches Gehör

- 21 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Sie wurden eingeladen, sich zum vom Fachsekretariat der ECom in Aussicht gestellten weiteren Vorgehen zu äussern und machten von dieser Möglichkeit auch Gebrauch (act. 8-13). Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wurde das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

3 Wiedererwägung der ECom-Verfügung vom 14. April 2011

3.1 Inhalt der Verfügung vom 14. April 2011

- 22 In ihren Stellungnahmen vom 29. und 30. Oktober 2013 weisen die Verfahrensbeteiligten 3 und 4 darauf hin, dass ihrer Auffassung nach eine Anweisung der Verfügungsadressatin zur Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen direkt erfolgen könne, ohne dass hierfür die Verfügung vom 6. März 2009 oder die Verfügung vom 14. April 2011 in Wiedererwägung gezogen werden müssten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung äussere sich lediglich die Verfügung vom 6. März 2009 zur SDL-Kostentragungspflicht von Kraftwerksbetreibern. Darin würden die betreffenden Unternehmen jedoch nicht verpflichtet, einen bestimmten Geldbetrag an die Verfügungsadressatin zu leisten. Die Verfügung der ECom vom 14. April 2011 bilde sodann die rechnerische Umsetzung der Verfügung vom 6. März 2009, verpflichte die Kraftwerksbetreiber jedoch ebenso wenig zu einer Geldleistung an die Verfügungsadressatin. Den Betrag, den die Verfahrensbeteiligten der Verfügungsadressatin überwiesen hätten, sei damit nicht formell rechtskräftig festgesetzt worden (act. 11 und 12).
- 23 Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts gelten Verfügungen, mit denen Tarife festgelegt beziehungsweise genehmigt oder allenfalls abgeändert werden, grundsätzlich als Endverfügungen. In seinem Urteil vom 27. März 2013 äusserte sich das Bundesgericht im Rahmen einer Praxisänderung jedoch dahingehend, dass in Bezug auf die SDL-Tarife des Übertragungsnetzes im Jahr 2009 von diesem Grundsatz abzuweichen sei. Die ECom habe nämlich die Absenkung verfügt, bevor die effektiv anfallenden SDL-Kosten für das betreffende Tarifjahr bekannt gewesen seien. Sie habe gleichzeitig verfügt, dass die Verfügungsadressatin nach Vorliegen der tatsächlichen SDL-Kosten der ECom einen Bericht zur Genehmigung vorzulegen und die von der ECom genehmigten anrechenbaren SDL-Kosten den betroffenen Kraftwerksbetreibern individuell nachzubelasten oder gutzuschreiben habe. Der Tarif von 0.45 Rappen/kWh für Kraftwerksbetreiber mit einer elektrischen Mindestleistung von 50 MW gemäss der Tarifverfügung vom 6. März 2009 habe somit nur provisorisch Geltung, bis die effektiven Kosten bekannt seien. Demnach sei Ziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009 als Zwischenverfügung zu qualifizieren, die einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid – nämlich die definitive Festlegung der massgebenden SDL-Preise – darstelle (Urteil 2C_572/2012, 2C_573/2012 des Bundesgerichts vom 27. März 2013, E. 3.4.3).
- 24 Weiter führt das Bundesgericht in den Erwägungen des erwähnten Urteils aus, dass die Verfügung der ECom vom 14. April 2011 (231-00011; alt: 925-09-004) als Endentscheid über die grundsätzliche SDL-Kostentragungspflicht im Jahr 2009 zu betrachten sei. Zwar habe diese Verfügung nicht einen definitiven Tarif in Rappen/kWh festgelegt, der an die Stelle der in der Verfügung vom 6. März 2009 provisorisch festgelegten SDL-Tarifs getreten sei, sondern nur den Gesamtbetrag der anrechenbaren SDL-Kosten festgelegt. Die ECom habe in der betref-



fenden Verfügung jedoch festgehalten, dass die Verfügungsadressatin die definitive Abrechnung erstellen könne, sobald der Totalbetrag der SDL-Kosten bekannt sei. Die ECom gehe somit offenbar davon aus, dass sie nur noch über die anrechenbare Gesamtsumme eine Endverfügung zu erlassen habe, nicht aber über den Betrag in Rappen/kWh bzw. über die von den einzelnen Kraftwerkgesellschaften zu bezahlenden Beträge. Dies erscheine auch nicht nötig, denn diese Zahlen ergäben sich aus der genehmigten Gesamtsumme und aus der von der Verfügungsadressatin zu erhebenden effektiv erzeugten Bruttoenergie aufgrund einer rein arithmetischen Umrechnung. Die Verfügung vom 14. April 2011 stelle damit die mit der Zwischenverfügung vom 6. März 2009 in Aussicht gestellte Endverfügung dar (Urteil 2C_572/2012, 2C_573/2012 des Bundesgerichts vom 27. März 2013, E. 3.6).

- 25 Die Ausführungen des Bundesgerichts verdeutlichen, dass die grundsätzliche SDL-Kostentragungspflicht von Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Mindestleistung von 50 MW mit Erlass der Endverfügung vom 14. April 2011 festgelegt wurde. Dabei ist nicht entscheidend, dass sich die betreffende Verfügung zu dieser materiell-rechtlichen Grundsatzfrage im Dispositiv nicht explizit äusserte, da Entsprechendes bereits in der Zwischenverfügung vom 6. März 2009 angeordnet wurde. Mit Rechtskraft der Endverfügung vom 14. April 2011 wurden die diesbezüglichen provisorischen Anordnungen in der Zwischenverfügung verbindlich. Für die Verfahrensbeteiligten, die weder gegen die Verfügung vom 14. April 2011 noch gegen die Zwischenverfügung vom 6. März 2009 Beschwerde führten, wurde somit rechtskräftig verfügt, dass sie als Betreiberinnen von Kraftwerken mit einer elektrischen Mindestleistung von 50 MW zur Tragung von SDL-Kosten im Jahr 2009 verpflichtet sind.
- 26 Aufgrund dieser hoheitlichen Anordnung könnte die ECom die Verfügungsadressatin nur dann zur Rückerstattung der von den Verfahrensbeteiligten für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen verpflichten, falls die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf diese Unternehmen in Wiedererwägung gezogen und im Rahmen einer neuen Verfügung eine entsprechend lautende Anordnung erlassen wird.

3.2 Wiedererwägung von Amtes wegen

- 27 Formelle Rechtskraft tritt ein, wenn die Verfügung mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2006, Rz. 990). Da die Verfahrensbeteiligten gegen die Verfügung vom 14. April 2011 keine Beschwerde führten, ist deren Inhalt für diese formell rechtskräftig geworden.
- 28 Eine formell rechtskräftige Verfügung ist rechtsbeständig. Sie kann damit nur noch unter bestimmten Voraussetzungen einseitig durch die Verwaltung aufgehoben oder zum Nachteil des Adressaten abgeändert werden (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, § 31 Rz. 8). Die verfügende Behörde kann eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, in Wiedererwägung ziehen, wenn sie zweifellos unrichtig ist und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (KARIN SCHERRER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Artikel 66 N 11). Das Zurückkommen auf die Verfügung liegt im pflichtgemässen Ermessen der Verwaltungsbehörden (Andrea Pfeleiderer, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Rz. 8 zu Artikel 58).
- 29 Die Verfügung vom 14. April 2011 ist in Bezug auf die SDL-Kostentragungspflicht der Verfahrensbeteiligten im Jahr 2009 zweifellos unrichtig. Für eine Wiedererwägung spricht insbesonde-



re, dass im Zeitpunkt der Verfügung vom 14. April 2011 die vom Bundesverwaltungsgericht festgestellte Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit von Artikel 31b Absatz 2 StromVV bereits bekannt war. Die ECom hätte im Zeitpunkt der Verabschiedung dieser Verfügung – wie sich aufgrund des Urteils des Bundesgerichts vom 27. März 2013 im Nachhinein herausgestellt hat – noch die Möglichkeit gehabt, diese Frage aufgrund der geltenden Rechtslage zu beurteilen. Des Umstands, dass ihre Anordnungen bezüglich der grundsätzlichen SDL-Kostentragungspflicht in der Verfügung vom 6. März 2009 lediglich provisorischen Charakter hatten, war sich die ECom zum Verfügungszeitpunkt jedoch nicht bewusst. Andernfalls hätte sie die Stromversorgungs-gesetzgebung korrekt angewandt und in der Verfügung vom 14. April 2011 sämtliche SDL-Kosten des Jahres 2009 den Netzbetreibern und den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern auferlegt. Zudem würde die Aufrechterhaltung der Verfügung vom 14. April 2011 für die Verfahrensbeteiligten verglichen mit anderen Kraftwerksbetreibern zu einer teilwei-se erheblichen finanziellen Mehrbelastung führen.

- 30 Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, die Verfügung vom 14. April 2011 in Wiedererwägung zu ziehen und zu prüfen, ob diese gegenüber den Verfahrensbeteiligten zu widerrufen ist.
- 31 Da die ECom die Verfügung vom 14. April 2011 von Amtes wegen in Wiedererwägung zieht, kann darauf verzichtet werden, auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten 1 (act. 1, S. 3 ff.; act. 10, S. 1 ff.) und 5 (act. 9, Rz. 12 ff.) in Bezug auf das Vorhandensein von ausrei-chenden Rückkommensgründen für ein Eintreten auf ihre Wiedererwägungsgesuche näher ein-zugehen.

3.3 Änderungsgründe

- 32 Weiter ist zu prüfen, ob ausreichende Gründe vorhanden sind, um die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligten abzuändern.
- 33 Für die Änderung einer formell rechtskräftigen Verfügung bedarf es einer besonderen Rechtfertigung; dies gilt unabhängig davon, ob die betreffende Verfügung auf Gesuch hin oder von Amtes wegen in Wiedererwägung gezogen wird. Fehlt es – wie im vorliegenden Fall – an einer besonderen gesetzlichen Regelung, ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssi-cherheit und dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts vorzunehmen. Die Be-hörde hat eine Verfügung aufzuheben, wenn der Grundsatz der Gesetzmässigkeit oder ein an-deres öffentliches Interesse dafür spricht und diese Interessen insgesamt gewichtiger sind als jene der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (AUGUST MÄCHLER, in: Au-er/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zü-rich/St. Gallen 2008, Artikel 58 N 10).
- 34 Für eine Wiedererwägung spricht, dass die Verfügung der ECom vom 14. April 2011 im Nach-hinein betrachtet mit erheblichen formellen Mängeln behaftet ist. Die ECom hat in den Erwä-gungen dieser Verfügung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Gegenstand des Verfahrens einzig die Genehmigung des Totalbetrags der im Jahr 2009 angefallenen SDL-Kosten sei. Die grundsätzliche Kostentragungspflicht von Kraftwerksbetreibern für SDL sei demgegenüber nicht Verfahrensgegenstand, da diese bereits in der Verfügung vom 6. März 2009 rechtskräftig fest-gelegt worden sei. Auf die Argumentationen und entsprechend lautenden Rechtsbegehren mehrerer Verfahrensbeteiligter, wonach eine Anlastung von Kraftwerksbetreibern mit derartigen Kosten gesetzes- und verfassungswidrig sei und deshalb nicht erfolgen dürfe, wurde nicht ein-getreten. Die Einschränkung des Verfahrensgegenstands wurde sämtlichen Parteien bereits bei der Verfahrenseröffnung mitgeteilt (vgl. Verfügung der ECom vom 14. April 2011, Rz. 41 f.).



Aufgrund des Urteils des Bundesgerichts vom 27. März 2013 steht nun fest, dass die grundsätzliche SDL-Kostentragungspflicht im Jahr 2009 effektiv Gegenstand des Verfahrens 231-00011 (alt: 925-09-004) war beziehungsweise hätte sein sollen, da nach der Auffassung des Bundesgerichts Kraftwerksbetreibern, welche die Verfügung vom 6. März 2009 nicht angefochten hatten, diesbezüglich immer noch die Beschwerde gegen den im Rahmen der Verfügung vom 14. April 2011 gefällten Endentscheid offen stand.

- 35 Zu berücksichtigen ist vorliegend insbesondere, dass die Verfahrensbeteiligten 1 und 3 im Nachgang an das Pilot-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010, worin die Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit des SDL-Kraftwerkstarifs festgestellt wurde (A-2607/2009; BVGE 2010/49), aber noch vor Erlass der Verfügung vom 14. April 2011 in separaten Gesuchen bei der EICom die Rückerstattung der geleisteten SDL-Akontozahlungen verlangten. Diese Unternehmen gingen insofern aktiv gegen die ihnen auferlegte Kostentragungspflicht vor. Es ist davon auszugehen, dass sie die Verfügung vom 14. April 2011 angefochten hätten, wenn sie sich über deren wahre Bedeutung als Endverfügung zur Bestimmung der Zahlungspflichtigen für die im Jahr 2009 angefallenen SDL-Kosten bewusst gewesen wären.
- 36 Die Verfahrensbeteiligten 2, 4 und 5 reichten im Nachgang an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010 zwar keine Rückerstattungs Gesuche bei der EICom ein. Zugunsten dieser Kraftwerksbetreiberinnen kann jedoch angeführt werden, dass nach der damals vorherrschenden Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts und der EICom eine Anfechtung der grundsätzlichen SDL-Kostentragungspflicht von Kraftwerksbetreibern nach Rechtskraft der Verfügung vom 6. März 2009 nicht mehr als möglich erachtet wurde. Dies wurde von der EICom entsprechend nach aussen kommuniziert (vgl. z.B. Newsletter 01/2011 der EICom vom 24. Januar 2011; im Internet abrufbar unter < <http://www.elcom.admin.ch> > Dokumentation > Newsletter > Newsletter 2011).
- 37 Hinzu kommt, dass bei Aufrechterhaltung der Verfügung vom 14. April 2011 die Verfahrensbeteiligten im Rahmen der Endabrechnung in Zusammenhang mit den effektiv im Jahr 2009 angefallenen SDL-Kosten noch einmal nachbelastet werden müssten. Beim in der Verfügung vom 6. März 2009 festgesetzten SDL-Kraftwerkstarif von 0.45 Rappen/kWh handelt es sich um einen provisorischen Akontotarif. Da die SDL-Kostentragungspflicht für das Jahr 2009 für die Verfahrensbeteiligten nach Rechtskraft der Verfügung vom 14. April 2011 verbindlich geworden ist, bedeutet dies, dass der definitive SDL-Kraftwerkstarif für diese Unternehmen nicht 0.45 Rappen/kWh beträgt, sondern aufgrund der effektiv im Jahr 2009 angefallenen SDL-Kosten zu bestimmen ist. Dies hat zur Folge, dass die Verfahrensbeteiligten bei Durchsetzung der Verfügung vom 14. April 2011 gegenüber anderen Unternehmen der Strombranche noch einmal nachbelastet würden; dies, obwohl nie eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Kostenauflegung bestanden hat.
- 38 Die Interessen an der Durchsetzung des objektiven Rechts wiegen folglich schwer. Verglichen hierzu fallen die gegenläufigen Interessen an der Aufrechterhaltung der Verfügung vom 14. April 2011 weniger stark ins Gewicht. Im Bereich der Stromversorgung ist es systemimmanent, dass den Netzbetreibern in jedem Tarifjahr Deckungsdifferenzen entstehen, die in den Tarifen der Folgejahre auszugleichen sind (Art. 19 Abs. 2 StromVV). Insofern muss in diesem Sachgebiet grundsätzlich mit nachträglichen Belastungen aufgrund bereits abgeschlossener Sachverhalte gerechnet werden. Hinzu kommt, dass in Bezug auf die Zahlungspflichtigen für SDL nach Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung noch keine ständige Praxis existierte und diese Frage zuerst durch die Rechtsprechung geklärt werden musste. Allfälligen Vertrauensschutz-



interessen an der Aufrechterhaltung der Verfügung vom 14. April 2011 kann daher keine überwiegende Bedeutung zukommen.

- 39 Somit überwiegen die Gründe, um die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligten in Wiedererwägung zu ziehen und betreffend die Frage der SDL-Kostentragungspflicht der Verfahrensbeteiligten im Jahr 2009 eine neue Verfügung zu erlassen.

3.4 Widerruf und Anweisung zur Rückerstattung der für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen

- 40 Während unter Wiedererwägung das verfahrensmässige Zurückkommen auf eine Verfügung verstanden wird, stellt der Widerruf deren Ergebnis dar; nämlich die materielle Aufhebung oder Änderung des in Wiedererwägung gezogenen Aktes (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, a.a.O., Rz. 714).
- 41 In einem Grundsatzurteil vom 8. Juli 2010 in Bezug auf die Gommerkraftwerke AG (A-2607/2009; BVGE 2010/49) sowie in diversen gleichlautenden späteren Entscheiden betreffend weitere Unternehmen erkannte das Bundesverwaltungsgericht, dass Artikel 31b Absatz 2 StromVV, gestützt auf welchen die EICom am 6. März 2009 die SDL-Kostentragungspflicht von Kraftwerkgesellschaften provisorisch verfügt hatte, gesetzes- und verfassungswidrig sei. Anlässlich einer Revision der Stromversorgungsverordnung wurde Artikel 31b StromVV per 1. März 2013 im Übrigen auch formell ausser Kraft gesetzt (Amtliche Sammlung [AS] 2013 559). Mangels einer gesetzlichen Grundlage können Betreibern von Kraftwerken für das Jahr 2009 keine allgemeinen SDL-Kosten angelastet werden. Insofern sind die entsprechenden Kosten vollumfänglich von den Netzbetreibern und den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern zu bezahlen (Art. 14 Abs. 2 StromVG und 15 Abs. 2 StromVV).
- 42 Vor diesem Hintergrund ist die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligten aufzuheben. Die Swissgrid AG ist anzuweisen, der Kraftwerk Birsfelden AG, der ALSTOM (Schweiz) AG, der Azienda Elettrica Ticinese, der Electricité de la Lienne SA und den Schweizerischen Bundesbahnen SBB die für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen zurückzuerstatten.

4 Anträge der Verfahrensbeteiligten auf Leistung von Verzugszinsen

- 43 Mit Schreiben vom 12. Juni 2013 (act 1) beantragte die Verfahrensbeteiligte 1, dass ihr die Verfügungsadressatin in Zusammenhang mit den für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen Verzugszinsen zu erstatten habe (vgl. vorne, Rz. 9). Überdies forderten die Verfahrensbeteiligten 3 und 4 in ihren Stellungnahmen vom 29. und 30. Oktober 2013 (act. 11 und 12) Verzugszinsen (vgl. vorne, Rz. 14). Über die Anträge der betreffenden Parteien wird im Nachgang an die vorliegende Verfügung in separaten Verfügungen entschieden. Dadurch soll eine möglichst rasche Rückerstattung der für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen ermöglicht werden.



5 Eintarifierung von Rückerstattungskosten in den allgemeinen SDL-Tarif der Folgejahre

- 44 Die Verfügungsadressatin beantragt in ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2013, im Dispositiv der zu erlassenden Verfügung sei ausdrücklich festzuhalten, dass sie die Unterdeckung, welche ihr durch eine allfällige Rückerstattung der für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen entstehe, in den Folgejahren in den allgemeinen SDL-Tarif einrechnen dürfe (act. 13).
- 45 In der Vergangenheit erzielte Überdeckungen sind gemäss Artikel 19 Absatz 2 StromVV durch Senkung der Netznutzungstarife in der Zukunft zu kompensieren. Entsprechend können auch Unterdeckungen in den Folgejahren ausgeglichen werden (vgl. Weisung 1/2012 der ECom über Deckungsdifferenzen aus Vorjahren vom 19. Januar 2012; im Internet abrufbar unter < <http://www.elcom.admin.ch>. > Dokumentation > Weisungen > Weisungen 2012).
- 46 Vorstehend wurde bereits erwähnt, dass Kosten für SDL aufgrund der geltenden Gesetzeslage von den Netzbetreibern und den direkt am Übertragung angeschlossenen Endverbrauchern zu tragen sind (vgl. vorne, Rz. 41). Mit vorliegender Verfügung wird die Verfügungsadressatin angewiesen, den Verfahrensbeteiligten die für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen zurückzuerstatten. Insofern entsteht bei der Verfügungsadressatin nach diesen Rückerstattungen in entsprechendem frankenmässigen Umfang eine Unterdeckung. Die Verfügungsadressatin ist berechtigt, die Summe der von den Verfahrensbeteiligten ursprünglichen geleisteten SDL-Akontozahlungen in den SDL-Tarif der Folgejahre einzurechnen.

6 Konsequenzen in Bezug auf Dispositivziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009

- 47 In ihrer Eingabe vom 24. Oktober 2013 beantragt die Verfahrensbeteiligte 5, dass nicht nur die Verfügung vom 14. April 2011, sondern auch die Verfügung vom 6. März 2009 in Wiedererwägung zu ziehen sei. Dispositivziffer 3 der betreffenden Verfügung sei im Rahmen der neuen Verfügung aufzuheben, sofern diese eine Pflicht der Verfahrensbeteiligten 5 zur Tragung von SDL-Kosten beinhalte (act. 9).
- 48 Zwischenverfügungen geniessen keine materielle Rechtskraft und binden grundsätzlich lediglich die erlassende Behörde. Die beschränkte Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden wird durch die Prozessökonomie gerechtfertigt. Das Verfahren soll nicht übermässig in die Länge gezogen werden können. Ausserdem soll sich die Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nur einmal mit der Rechtssache befassen, und es soll verhindert werden, dass Zwischenentscheide überprüft werden, deren nachteilige Auswirkung für den Beschwerdeführer dahinfällt, wenn sein Hauptanliegen im Endentscheid gutgeheissen wird (FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BAR, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Rz. 2 f. zu Artikel 45).
- 49 Vorliegend wird die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligten aufgehoben (vgl. nachfolgend, Dispositivziffer 1). In Dispositivziffer 2 wird die Verfügungsadressatin zur Rückerstattung der von den Verfahrensbeteiligten für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen angewiesen. Dadurch wird die anderslautende provisorische Anordnung in Dispositivziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009 hinfällig. Die betreffende Dispositivziffer wird durch die vorliegende neue Verfügung ersetzt (vgl. ANDREA PFLEIDERER, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Rz. 44 zu Artikel 58). Ihre formelle Aufhebung ist somit nicht erforderlich. Der diesbezügliche Antrag der Verfahrensbeteiligten 5 ist abzuweisen.



7 Gebühren

- 50 Die ECom 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 100 bis 250 CHF pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 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]). Nach Artikel 3 Absatz 2 GebV-En können Gebühren aus wichtigen Gründen herabgesetzt oder erlassen werden.
- 52 Vorliegend zieht die ECom die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligten von Amtes wegen in Wiedererwägung und erlässt eine neue Verfügung. Aufgrund dieses Umstands wird auf die Erhebung einer Gebühr verzichtet.



III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Verfügung der ECom vom 14. April 2011 wird in Bezug auf die Kraftwerk Birsfelden AG, die ALSTOM (Schweiz) AG, die Azienda Elettrica Ticinese, die Electricité de la Lienne SA und die Schweizerischen Bundesbahnen SBB aufgehoben.
2. Die Swissgrid AG wird angewiesen, der Kraftwerk Birsfelden AG, der ALSTOM (Schweiz) AG, der Azienda Elettrica Ticinese, der Electricité de la Lienne SA und den Schweizerischen Bundesbahnen SBB die für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen zurückzuerstatten.
3. Über die Anträge der Kraftwerk Birsfelden AG, der Azienda Elettrica Ticinese und der Electricité de la Lienne SA betreffend Verzinsung wird in separaten Verfügungen entschieden.
4. Die Swissgrid AG kann die sich aus Dispositivziffer 2 ergebenden Kosten in den Folgejahren in den SDL-Tarif der Netzebene 1 einrechnen.
5. Der Antrag der Schweizerischen Bundesbahnen SBB betreffend Wiedererwägung der Verfügung vom 6. März 2009 und Aufhebung der diesbezüglichen Dispositivziffer 3 wird abgewiesen.
6. Es werden keine Gebühren erhoben.
7. Die Verfügung wird der Kraftwerk Birsfelden AG, der ALSTOM (Schweiz) AG, der Azienda Elettrica Ticinese, der Electricité de la Lienne SA, den Schweizerischen Bundesbahnen, SBB und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.



Bern, 12. Dezember 2013

Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer ECom

Versand:

Zu eröffnen:

- Advokat Dr. Pascal Leumann, LEXPARTNERS.MCS, Advokaten & Notare, Kirchplatz 16, Postfach 916, 4132 Muttenz 1
- ALSTOM (Schweiz) AG, Brown Boveri Strasse 7, 5401 Baden
- Rechtsanwältinnen lic. iur. Mariella Orelli und Dr. iur. Nadine Mayhall, Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, Postfach 314, 8037 Zürich
- Rechtsanwalt Dr. Michael Merker, Baur Hürlimann AG, Oberstadtstrasse 7, 5400 Baden
- Swissgrid AG, Regulierung, Herr Luca Baroni, Frau Andrea Kaiser, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick



IV Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, 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.

B.