



Referenz/Aktenzeichen: 231-00030, 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: **BKW Energie AG**, Viktoriaplatz 2, 3000 Bern 25

**(Verfahrensbeteiligte)**

und **Swissgrid AG**, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick

**(Verfügungsadressatin)**

betreffend Wiedererwägung der Verfügung der ECom vom 14. April 2011,  
Nachbelastung der BKW Energie AG als Verteilnetzbetreiberin mit SDL-Kosten  
im Tarifjahr 2009



# I Sachverhalt

## A.

- 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) im Dispositiv unter anderem folgendes fest:
- 2 *„2. Der Tarif 2009 für allgemeine Systemdienstleistungen wird ab 1. Januar 2009 auf 0.77 Rappen/kWh festgelegt. Davon werden 0.40 Rappen/kWh den Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie angelastet.*
- 3 *3. 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 Rappen/kWh (...).“*
- 3 Die Verfahrensbeteiligte erhob gegen die Dispositivziffern 2 und 3 der Verfügung vom 6. März 2009 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde.
- 4 Im Nachgang an die Verfügung vom 6. März 2009 stellte die Verfügungsadressatin der Verfahrensbeteiligten für SDL-Kosten im Jahr 2009 verschiedene Akontorechnungen. Diese Rechnungen wurden von der Verfahrensbeteiligten bezahlt.
- 5 Mit Urteil vom 11. November 2010 hob das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte Dispositivziffer 2 Satz 2 und Dispositivziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009 auf. In den Erwägungen führte das Bundesverwaltungsgericht aus, aufgrund der Beschwerdebegründung ergebe sich, dass die Verfahrensbeteiligte den in Dispositivziffer 2 Satz 1 für allgemeine SDL festgelegten Tarif von 0.77 Rappen/kWh nicht bestritten habe. Sie habe lediglich gerügt, dass von diesen 0.77 Rappen/kWh bloss 0.4 Rappen/kWh den Verteilnetzbetreibern und den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern angelastet werden dürfen. Aus diesem Grund werde Dispositivziffer 2 Satz 1 der Verfügung vom 6. März 2009 ihr gegenüber nicht aufgehoben (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. November 2010, A-2606, E. 16.10).
- 6 Die Verfahrensbeteiligte erhob gegen das betreffende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht Beschwerde. Sie beanstandete unter anderem, das Bundesverwaltungsgericht habe es versäumt, durch entsprechende reformatorische Anordnungen sicherzustellen, dass aus der reinen Aufhebung der Verfügung vom 6. März 2009 für sie letztlich keine Doppelbelastung entstehe. In diesem Zusammenhang trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein, da Rückabwicklungsmodalitäten in Zusammenhang mit SDL nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens gewesen seien (Urteil 2C\_25/2011, 2C\_58/2011 des Bundesgerichts vom 3. Juli 2012 E. 1.4).
- 7 Am 21. Januar 2011 erstattete die Verfügungsadressatin der Verfahrensbeteiligten in Zusammenhang mit den für das Jahr 2009 als Kraftwerksbetreiberin geleisteten SDL-Akontozahlungen einen Betrag von [...] CHF (act. 1, Beilage 4). Einen Betrag von [...] CHF, den die Verfahrensbeteiligte ebenfalls in diesem Zusammenhang geleistet hatte, behielt die Verfügungsadressatin jedoch zurück. Bei dieser Summe handelte es sich um eine Nachbelastung der Verfahrensbeteiligten als Verteilnetzbetreiberin mit 0.37 Rappen/kWh (0.77 Rp/kWh abzüglich 0.4 Rp./kWh).



## B.

- 8 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 – nicht jedoch die Verfahrensbeteiligte – führten gegen diese Verfügung Beschwerde.
- 9 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.
- 10 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).
- 11 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.
- 12 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.

## C.

- 13 Mit Eingabe vom 16. Oktober 2013 (act. 1) stellte die Verfahrensbeteiligte folgende Rechtsbegehren:

*„1. Die Swissgrid sei anzuweisen, der BKW die einbehaltenen Akontozahlungen an die Kosten für Systemdienstleistungen 2009 im Umfang von [...] CHF vollumfänglich zurückzuerstatten zuzüglich Zins seit 21. März 2011.*

*Eventualiter zu 1:*

*Die Verfügung der EICom vom 14. April 2011 (925-09-004) sei in Bezug auf die Gesuchstellerin in Wiedererwägung zu ziehen und die Swissgrid sei anzuweisen, die von der BKW als Kraftwerksbetreiberin geleisteten Kosten für Systemdienstleistungen*



*2009 vollumfänglich zurückzuerstatten, indem die der BKW als Netzbetreiberin nachbelastete Differenz im Umfang von [...] CHF zu den vollen SDL-Kosten zuzüglich Zins seit 21. März 2011 ausbezahlt ist;*

*2. Über die Höhe des Zinses sei im Rahmen des von der EICom von Amtes wegen eröffneten Verfahrens 231-00029 zu befinden.*

*3. Die Swissgrid sei zu ermächtigen, die Rückerstattung der SDL-Akontozahlungen an die BKW für das Jahr 2009 in den Folgejahren in den SDL-Tarif der Netzebene 1 einzurechnen.“*

14 Mit Schreiben vom 22. November 2013 äusserte sich die Verfügungsadressatin zur Eingabe der Verfahrensbeteiligten (act. 4). Darin beantragte die Verfügungsadressatin, im Dispositiv einer allenfalls zu erlassenden neuen Verfügung sei ausdrücklich festzuhalten, dass sie berechtigt sei, die sich aus der Rückerstattung der Nachbelastung sowie einer gegebenenfalls zu entrichtenden Zinszahlung ergebende Deckungsdifferenz in den SDL-Tarif der Folgejahre einzurechnen.

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

## **II Erwägungen**

### **1 Zuständigkeit**

16 Gemäss Artikel 22 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die EICom die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die EICom 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).

17 Vorliegend zieht die EICom die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte in Wiedererwägung und erlässt eine neue Verfügung. Als verfügende Behörde ist die EICom auch für die Prüfung einer Wiedererwägung von Amtes wegen zuständig.

### **2 Parteien und rechtliches Gehör**

#### **2.1 Parteien**

18 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.

19 Vorliegend steht die Kostentragungspflicht der Verfahrensbeteiligten als Verteilnetzbetreiberin für SDL im Jahr 2009 zur Diskussion. Im Falle einer Wiedererwägung der Verfügung vom 14. April 2011 könnte die Verfügungsadressatin im Rahmen einer entsprechend lautenden neuen Verfügung zur vollständigen Rückerstattung der von der Verfahrensbeteiligten für das Jahr



2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen angewiesen werden. Damit sind sowohl die Verfahrensbeteiligte 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**

- 20 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Verfügungsadressatin wurde aufgefordert, sich zur Eingabe der Verfahrensbeteiligten vom 16. Oktober 2013 (act. 1) zu äussern und reichte am 22. November 2013 eine Stellungnahme ein (act. 4). Die betreffende Eingabe wurde der Verfahrensbeteiligten am 27. November 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 5). 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**

- 21 In ihrer Eingabe vom 16. Oktober 2013 äussert sich die Verfahrensbeteiligte dahingehend, dass die Frage, ob für bestimmte Unternehmen eine individuelle Zahlungspflicht für SDL-Kosten bestehe, weder in der Verfügung vom 6. März 2009 noch in der Verfügung vom 14. April 2011 Verfahrensgegenstand gewesen sei. Weder das Bundesgerichtsurteil vom 27. März 2013 respektive die diesem Urteil zugrunde liegende Verfügung vom 14. April 2011 noch das Bundesverwaltungsgerichtsurteil vom 11. November 2010 respektive der Inhalt der Verfügung vom 6. März 2009 würden die ECom daran hindern, die Verfügungsadressatin zur vollständigen Rückerstattung der von der Verfahrensbeteiligten für das Jahr 2009 geleisteten SDL-Akontozahlungen – inklusive der zurückbehaltenen Nachbelastung – anzuweisen. Die Verfügung vom 6. März 2009 sowie der darauf basierende Beschwerdeentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. November 2010 könnten lediglich als Grundlage für die Akontotarifzahlungen für SDL im Jahr 2009 gelten. Bezüglich der individuellen Zahlungspflicht für die effektiv im Jahr 2009 angefallenen SDL-Kosten würden diese Entscheide wie auch die Verfügung vom 14. April 2011 hingegen keine endgültigen Anordnungen enthalten. Gestützt auf Artikel 22 StromVG sei es rechtlich zwingend, dass die ECom die Verfügung vom 14. April 2011 entsprechend zu ergänzen habe, damit das Verfahren „SDL-Kosten 2009“ bezüglich der Verfahrensbeteiligten abgeschlossen werden könne (act. 1, Rz. 13).
- 22 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 Jahr 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. Das Bundesgericht weist ausdrücklich darauf hin, dass es sich nicht nur bei Dispositivziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009 um einen Zwi-



schenentscheid handle. Dies treffe vielmehr auch in Bezug auf Ziffer 2 zu. Der SDL-Tarif von 0.77 Rappen/kWh habe nur provisorische Geltung, bis die effektiven Kosten bekannt seien (Urteil 2C\_572/2012, 2C\_573/2012 des Bundesgerichts vom 27. März 2013 E. 3.4.3).

- 23 Weiter führt das Bundesgericht in den Erwägungen des erwähnten Urteils aus, dass die Verfügung der EICom vom 14. April 2011 (231-00011; alt: 925-04-009) 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 0.77 Rappen/kWh getreten sei, sondern nur den Gesamtbetrag der anrechenbaren SDL-Kosten. Die EICom habe in dieser Verfügung jedoch festgehalten, dass die Verfügungsadressatin die definitive Abrechnung erstellen könne, sobald der Totalbetrag der SDL-Kosten bekannt sei. Die EICom gehe somit offenbar davon aus, dass sie nur noch über die anrechenbare Gesamtsumme eine (End-)Verfügung zu erlassen habe, nicht aber über den Betrag in Rappen/kWh beziehungsweise über die von den einzelnen Unternehmen zu bezahlenden Beträge. Das 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).
- 24 Die Ausführungen des Bundesgerichts verdeutlichen, dass die grundsätzliche SDL-Kostentragungspflicht von Netzbetreibern und Kraftwerksbetreibern für SDL im Jahr 2009 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 mehr 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. Somit bleibt weiterhin massgeblich, wer welche Dispositivziffern der Zwischenverfügung vom 6. März 2009 angefochten hat.
- 25 Die Verfahrensbeteiligte erhob gegen die Zwischenverfügung vom 6. März 2009 erfolgreich Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht hob in seinem Urteil vom 11. November 2010 die Dispositivziffern 2 Satz 2 und 3 der Verfügung vom 6. März 2009 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte auf. Da die Endverfügung vom 14. April 2011 im Dispositiv lediglich die Höhe der im Jahr 2009 angefallenen SDL-Kosten genehmigte, ist für die Frage der Zahlungspflichtigen für SDL-Kosten die Zwischenverfügung vom 6. März 2009 beizuziehen. Der in Dispositivziffer 2 Satz 2 festgesetzte maximale SDL-Tarif für Verteilnetzbetreiber und direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Endverbraucher von 0.4 Rappen/kWh gilt aufgrund des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. November 2010 für die Verfahrensbeteiligte nicht mehr.
- 26 Dies führt in der Konsequenz dazu, dass die Verfahrensbeteiligte als Verteilnetzbetreiberin im Jahr 2009 den *vollen* allgemeinen SDL-Kosten zu bezahlen hat. Andere gegen die Verfügung vom 6. März 2009 Beschwerde führenden Netzbetreiber, die darin zusätzlich als Kraftwerksbetreiber zur Tragung von SDL-Kosten angehalten wurden, fochten lediglich Dispositivziffer 3 dieser Verfügung an. Diesen wurde im Jahr 2009 lediglich ein Tarif von 0.4 Rappen/kWh in Rechnung gestellt.
- 27 Die Verfahrensbeteiligte hätte die sich für sie aufgrund des Bundesverwaltungsgerichtsurteils vom 11. November 2010 ergebenden Konsequenzen in Zusammenhang mit der Verpflichtung





zur Tragung des vollen SDL-Tarifs 2009 mit einer Beschwerde gegen die Verfügung vom 14. April 2011 anfechten können, was sie jedoch unterlassen hat.

### 3.2 Wiedererwägung von Amtes wegen

- 28 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 Verfahrensbeteiligte gegen die Verfügung vom 14. April 2011 keine Beschwerde führte, ist deren Inhalt für diese formell rechtskräftig geworden.
- 29 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, Rz. 11 zu Artikel 66). 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).
- 30 Die Verfügung vom 14. April 2011 ist in Bezug auf die von der Verfahrensbeteiligten als Verteilnetzbetreiberin im Jahr 2009 zu tragenden SDL-Kosten zweifellos unrichtig. Die Verfügungsadressatin war berechtigt, die sich durch die Rückerstattung von SDL-Akontozahlungen ergebende Unterdeckung in den SDL-Tarif der Folgejahre einzurechnen. Dies führt dazu, dass die Verfahrensbeteiligte – wie alle weiteren Netzbetreiber – zur Kompensation der Ausfälle der Verfügungsadressatin über Rückerstattungszuschläge in den Jahren 2011 und 2014 bereits mit einem entsprechend höheren SDL-Tarif belastet wird. Die Aufrechterhaltung der Verfügung vom 14. April 2011 hätte zur Folge, dass sie über diese Zuschläge hinaus *zusätzlich* mit SDL-Kosten belastet würde. Dadurch würde sie gegenüber anderen Netzbetreibern ungleich behandelt.
- 31 Für eine Wiedererwägung spricht insbesondere, 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 Bundesgerichtsurteils vom 27. März 2013 im Nachhinein herausgestellt hat, noch die Möglichkeit gehabt, die Frage der Zahlungspflichtigen für SDL im Jahr 2009 aufgrund der geltenden Rechtslage zu beurteilen. Des Umstands, dass ihre Anordnungen bezüglich SDL in der Verfügung vom 6. März 2009 lediglich provisorischen Charakter hatten, war sich die ECom zum Verfügungszeitpunkt jedoch nicht bewusst. Andernfalls hätte sie die Stromversorgungsgesetzgebung korrekt angewandt und in der Verfügung vom 14. April 2011 festgehalten, dass sämtliche im betreffenden Jahr entstandenen SDL-Kosten von den Verteilnetzbetreibern und den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern zu tragen sind, ohne dass hieraus Mehrfachbelastungen für einzelne Unternehmen respektive deren Endverbraucher resultieren dürfen.
- 32 Vor diesem sehr speziellen Hintergrund rechtfertigt es sich, die Verfügung vom 14. April 2011 in Wiedererwägung zu ziehen und zu prüfen, ob diese in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte zu widerrufen ist.



- 33 Vorliegend hat die Verfahrensbeteiligte in Bezug auf die Verfügung vom 14. April 2011 eventua-  
liter ein Gesuch um Wiedererwägung gestellt (act. 1, Rz. 21-36). Da die ECom die Verfügung  
vom 14. April 2011 von Amtes wegen in Wiedererwägung zieht, kann darauf verzichtet werden,  
auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Frage, ob ausreichende Rückkommens-  
gründe für ein Eintreten auf ihr Wiedererwägungsgesuch gegeben sind, näher einzugehen.

### 3.3 Änderungsgründe

- 34 Weiter ist zu prüfen, ob ausreichende Gründe vorhanden sind, um die Verfügung vom 14. April  
2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte abzuändern.
- 35 In ihrer Eingabe vom 16. Oktober 2013 führt die Verfahrensbeteiligte aus, die Tatsache, dass  
die Verfügungsadressatin sie für das Jahr 2009 als Verteilnetzbetreiberin mit allgemeinen  
SDL-Kosten nachbelastet habe, führe in Kombination mit dem beim SDL-Tarif 2011 entrichteten  
Rückabwicklungszuschlag sowie einem noch zu erhebenden Rückabwicklungszuschlag beim  
SDL-Tarif 2014 zu einer ungerechtfertigten Schlechterstellung der Endverbraucher im Netzge-  
biet der Verfahrensbeteiligten gegenüber allen übrigen Endverbrauchern in der Schweiz. Durch  
die Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit des ehemals geltenden Artikels 31b StromVV habe  
die Fehlerhaftigkeit der Verfügung vom 14. April 2011 eine wesentliche Bedeutung. Es liege  
demnach eine ursprünglich unrichtige Rechtsanwendung vor. Die Verfügung enthalte schwer-  
wiegende materielle Mängel, welche zu einem stossenden und dem Gerechtigkeitsgefühl zuwi-  
der laufenden Ergebnis führen würden. Im Ergebnis würden dadurch die Endverbraucher im  
Netzgebiet der Verfahrensbeteiligten gegenüber den Endverbrauchern aller anderen Netz-  
betreiber in der Schweiz diskriminiert, wobei es an einer sachlichen Begründung für diese Un-  
gleichbehandlung fehle (act. 1, Rz. 8).
- 36 Die Verfügungsadressatin äussert sich in ihrer Vernehmlassung dahingehend, dass die Kosten  
für allgemeine SDL nach dem gesetzlichen Ausspeiseprinzip von den Endverbrauchern zu be-  
zahlen seien. Die vorliegende Problematik der Nachbelastung sei eine Folge der für die Verfah-  
rensbeteiligte massgeblichen Urteilsdispositive des Bundesgerichts und des Bundesverwal-  
tungsgerichts für das Tarifjahr 2009 sowie der Verfügung der ECom vom 14. April 2011 gewe-  
sen. Der Umgang mit der Nachbelastung liege damit ausserhalb eines eigenständigen Ent-  
scheidungs- respektive Verantwortungsbereichs der Verfügungsadressatin, weshalb sie diesbe-  
züglich einen neutralen Verfahrensstandpunkt einnehme (act. 4, S. 1).
- 37 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 Rechtssicherheit und dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts vorzunehmen. Die Behörde hat eine Verfügung aufzuheben, wenn der Grundsatz der Gesetzmässigkeit oder ein anderes öffentliches Interesse dafür spricht und diese Interessen insgesamt gewichtiger sind als jene der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (AUGUST MÄCHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Artikel 58 N 10).
- 38 Für eine Wiedererwägung spricht, dass die Verfügung der ECom vom 14. April 2011 im Nachhinein betrachtet mit erheblichen formellen Mängeln behaftet ist. Die ECom hat in den Erwägungen 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 für SDL sei demgegenüber nicht Verfahrensgegenstand, da diese bereits in der Verfügung vom 6. März 2009 rechtskräftig festgelegt worden sei. Die Einschränkung des Verfahrensgegenstands wurde sämtlichen Parteien bereits bei der Verfahrenseröffnung mitgeteilt (vgl. Verfügung der EICom 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 Unternehmen, 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.

- 39 Hinzu kommt, dass bei Aufrechterhaltung der Verfügung vom 14. April 2011 die Verfahrensbeteiligte im Rahmen der Endabrechnung in Zusammenhang mit den effektiv im Jahr 2009 angefallenen SDL-Kosten noch einmal nachbelastet werden müsste. Beim in der Verfügung vom 6. März 2009 festgesetzten SDL-Tarif von 0.77 Rappen/kWh handelt es sich um einen provisorischen Akontotarif (vgl. vorne, Rz. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**). Dies bedeutet, dass der volle SDL-Tarif für die Verfahrensbeteiligte nicht 0.77 Rappen/kWh beträgt, sondern aufgrund der effektiv im Jahr 2009 angefallenen SDL-Kosten zu bestimmen wäre. Dies hätte zur Folge, dass die Verfahrensbeteiligte gegenüber anderen Netzbetreibern *zusätzlich* belastet würde; dies, obwohl nie eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Kostenauflegung bestanden hat.
- 40 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 Vertrauensschutzzinteressen an der Aufrechterhaltung der Verfügung vom 14. April 2011 kann daher keine überwiegende Bedeutung zukommen.
- 41 Somit überwiegen die Gründe, um die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte in Wiedererwägung zu ziehen und betreffend die Frage ihrer SDL-Kostentragungspflicht im Jahr 2009 als Verteilnetzbetreiberin eine neue Verfügung zu erlassen.

### 3.4 Widerruf und neue Verfügung

- 42 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, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 714).
- 43 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. An-



lässlich 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 Verteilnetzbetreibern respektive deren Endverbrauchern und den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern zu bezahlen (Art. 14 Abs. 2 StromVG sowie 15 Abs. 2 und 16 Abs. 1 StromVV). Die Verfahrensbeteiligte darf gegenüber den übrigen Netzbetreibern nicht zusätzlich mit SDL-Kosten belastet werden. Vielmehr hat sie – wie die übrigen Netzbetreiber – die sich bei der Verfügungsadressatin durch die Rückerstattung von SDL-Akontozahlungen ergebende Unterdeckung über den SDL-Tarif 2011 sowie künftige SDL-Tarife zu entrichten.

- 44 Vor diesem Hintergrund ist die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte aufzuheben. Die Verfügungsadressatin ist anzuweisen, ihr die einbehaltenen Akontozahlungen an die Kosten für Systemdienstleistungen im Jahr 2009 im Umfang von [...] CHF (act. 1, Beilage 5) vollumfänglich zurückzuerstatten.

#### **4 Antrag der Verfahrensbeteiligten auf Leistung von Verzugszinsen**

- 45 In ihrer Eingabe vom 16. Oktober 2013 (act. 1) fordert die Verfahrensbeteiligte, dass ihr die Verfügungsadressatin die zurückbehaltene Nachbelastung für SDL-Akontozahlungen 2009 zuzüglich Zins seit 21. März 2011 zurückzuerstatten habe. Über eine allfällige Verzinsung – sowohl im Grundsatz als auch über die Höhe – wird im Verfahren 231-00029 entschieden. Damit soll eine möglichst rasche Rückerstattung der Nachbelastung erreicht werden.

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

- 46 Die Verfügungsadressatin beantragt in ihrer Eingabe vom 22. November 2013, im Dispositiv der zu erlassenden Verfügung sei ausdrücklich festzuhalten, dass sie die Unterdeckung, welche ihr durch eine allfällige Rückerstattung der gegenüber der Verfahrensbeteiligten zurückbehaltenen Nachbelastung entstehe, in den Folgejahren in den allgemeinen SDL-Tarif einrechnen dürfe (act. 4, S. 2).
- 47 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).
- 48 Vorstehend wurde bereits erwähnt, dass Kosten für SDL aufgrund der geltenden Gesetzeslage von den Verteilnetzbetreibern und den direkt am Übertragung angeschlossenen Endverbrauchern zu tragen sind (vgl. vorne, Rz. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**). Mit vorliegender Verfügung wird die Verfügungsadressatin angewiesen, die Verfahrensbeteiligte für das Jahr 2009 nicht mit der Differenz zum vollen SDL-Tarif nachzubelasten und ihr die geleisteten SDL-Akontozahlungen vollständig zurückzuerstatten. Insofern entsteht bei der Verfügungsadressatin nach der Rückerstattung in entsprechendem frankemässigen Umfang eine



Unterdeckung. Die Verfügungsadressatin ist berechtigt, diesen Betrag in den SDL-Tarif der Folgejahre einzurechnen.

## **6 Konsequenzen in Bezug auf Dispositivziffer 2 Satz 1 der Verfügung vom 6. März 2009**

- 49 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 [Hrsg.], a.a.O., Rz. 2 f. zu Artikel 45).
- 50 Vorliegend wird die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte aufgehoben (vgl. nachfolgend, Dispositivziffer 1). In Dispositivziffer 2 wird die Verfügungsadressatin angewiesen, der Verfahrensbeteiligten die einbehaltenen Akontozahlungen an die Kosten für Systemdienstleistungen 2009 vollumfänglich zurückzuerstatten. Dadurch wird die anderslautende provisorische Anordnung in Dispositivziffer 2 Satz 1 der Verfügung vom 6. März 2009 hinfällig. Die betreffende Dispositivziffer wird durch die vorliegende neue Verfügung ersetzt (vgl. ANDREA PFLEIDERER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Rz. 44 zu Artikel 58). Ihre formelle Aufhebung ist somit nicht erforderlich.

## **7 Gebühren**

- 51 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 100 bis 250 CHF pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 52 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.
- 53 Vorliegend zieht die EICom die Verfügung vom 14. April 2011 in Bezug auf die Verfahrensbeteiligte 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 EICom vom 14. April 2011 wird in Bezug auf die BKW Energie AG in Wiedererwägung gezogen.
2. Die Swissgrid AG wird angewiesen, der BKW Energie AG die einbehaltenen Akontozahlungen an die Kosten für Systemdienstleistungen im Jahr 2009 im Umfang von [...] CHF vollumfänglich zurückzuerstatten.
3. Über alle Anträge betreffend Verzinsung wird im Verfahren 231-00029 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. Es werden keine Gebühren erhoben.
6. Die Verfügung wird der BKW Energie AG 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:

- BKW Energie AG, Generalsekretariat, Herr Stefan Witschi, Herr Marco Clivio, Viktoriaplatz 2, 3000 Bern 25
- 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.