



Referenz/Aktenzeichen: 221-00372

Bern, 19.10.2017

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Antonio Taormina (Vizepräsident), Laurianne Altwegg, Anne Christine d'Arcy, Christian Brunner, Matthias Finger

in Sachen: [...]

(Gesuchstellerin)

gegen **CimArk SA**, Geschäftsstelle ProKilowatt, Rte du Rawyl 47, 1950 Sion

(Verfahrensbeteiligte 1)

Bundesamt für Energie, Geräte und wettbewerbliche Ausschreibungen, 3003 Bern

(Verfahrensbeteiligte 2)

betreffend Wettbewerbliche Ausschreibungen – Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme betreffend Verlängerung der Programmlaufdauer / Gegenstandslosigkeit des Verfahrens und Verfahrenskosten

Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt	3
II	Erwägungen	5
1	Zuständigkeit	5
2	Parteien und rechtliches Gehör	5
2.1	Parteien.....	5
2.2	Rechtliches Gehör	5
3	Gegenstandslosigkeit	5
4	Gebühren.....	6
5	Parteientschädigung	7
III	Entscheid	8
IV	Rechtsmittelbelehrung	9

I Sachverhalt

A.

- 1 Mit Datum vom 30. November 2011 veröffentlichte ProKilowatt die wettbewerblichen Ausschreibungen 2012 für Effizienzmassnahmen im Elektrizitätsbereich. Unterstützt werden damit Projekte und Programme, die möglichst kostengünstig zum sparsameren Stromverbrauch im Industrie- und Dienstleistungsbereich und in den Haushalten beitragen. Die Gesuchstellerin hat im Rahmen der wettbewerblichen Ausschreibungen das Programm [...] eingereicht und mit revidiertem Bescheid vom 20. August 2014 einen Zuschlag zur Förderung erhalten (act. 12, Beilage).
- 2 Die Verfahrensbeteiligte 1 ist für die operative Umsetzung des Förderprogramms ProKilowatt zuständig und betreibt die Geschäftsstelle (vgl. Internetauftritt der wettbewerblichen Ausschreibungen – aufzufinden unter www.bfe.admin.ch > Themen > Energieeffizienz > Wettbewerbliche Ausschreibungen > Was ist ProKilowatt?). Die Verfahrensbeteiligte 2 hat die strategische Führung von ProKilowatt inne und trifft alle prozessrelevanten Entscheide.

B.

- 3 Nachdem die Verfahrensbeteiligte 1 einen Antrag der Gesuchstellerin um Verlängerung der Laufdauer des Programms [...] mit E-Mail vom 2. Juni 2017 abgelehnt hatte (act. 4, Beilage), bestätigte die Verfahrensbeteiligte 2 die Nichtverlängerung mit undatiertem Bescheid (act. 4, Beilage).
- 4 Mit Eingabe vom 12. Juli 2017 sowie Nachträgen vom 2., 10. und 17. August 2017 gelangte die Gesuchstellerin an die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) und ersuchte darin um Aufhebung des undatierten Bescheids bei gleichzeitiger, allenfalls provisorisch bewilligter, Verlängerung der Programmlaufdauer bis Ende Dezember 2018, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Verfahrensbeteiligten 2 (act. 1). Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch im Wesentlichen damit, dass sie den Verlängerungsantrag schon im Februar 2017 gestellt habe, dass die Verfahrensbeteiligte 1 sie früher auf die Möglichkeit der Verlängerung bei Aussicht auf Zielerreichung aufmerksam gemacht habe, dass es gängige Praxis sei, die Laufdauer von Programmen zu verlängern, und schliesslich seien die angeführten Gründe für die Ablehnung nicht stichhaltig. Überdies sei die Beurteilung der definierten Ziele und Einsparungen ohne weiteres möglich, allerdings sei dies lediglich hinsichtlich der Auszahlung der Fördergelder von Relevanz, nicht aber in Bezug auf eine Verlängerung. Insgesamt bestehe zwischen den im Bescheid erwähnten Gründen für die Ablehnung und einer Verlängerung der Programmdauer kein Zusammenhang, weshalb der Bescheid aufzuheben sei (act. 1, 4, 6, 8).
- 5 Das Gesuch sowie die nachgereichten Eingaben der Gesuchstellerin wurden den Verfahrensbeteiligten 1 und 2 mit Schreiben vom 21. August 2017 zur Stellungnahme zugestellt (act. 9 – 11).
- 6 Mit Eingabe vom 30. August 2017 hat die Verfahrensbeteiligte 2 Stellung genommen und um Abweisung des Gesuchs ersucht. Sie begründet die vorläufige Ablehnung damit, dass grundsätzlich kein zwingender Anspruch auf eine Verlängerung bestehe. Gleichwohl entspreche es einer Praxis, dass Programme, bei denen Aussicht auf Zielerreichung und ordnungsgemässen Abschluss besteht, regelmässig verlängert werden. Bei keinem der bisher zu beurteilenden Gesuche war der ordnungsgemässe Abschluss der Programme in Frage gestellt oder wurde Einsicht in Unterlagen verweigert, weshalb es bei der Beurteilung der Verlängerungsgesuche lediglich noch um die zeitliche Komponente für die Anrechenbarkeit der Einsparungen gegangen sei. Auch gegenüber der Gesuchstellerin sei man offen für eine Verlängerung der Programmlaufdauer, allerdings könne mangels eingereicherter Unterlagen zurzeit nicht beurteilt werden, ob ein ordnungsgemässer Abschluss zu erwarten sei. Seit Dezember 2016 bestehen offene Rechnungen, die

aufgrund ungeklärter Fragen nicht ausbezahlt werden können. Solange diese Unklarheiten weiterbestehen, lehne man eine Verlängerung der Programmlaufdauer ab. Damit verhindere man, dass das finanzielle Risiko – auch für die Gesuchstellerin – weiter zunehme. Sollte die ECom das Gesuch dennoch gutheissen, dann sei dies mit der Auflage zu verbinden, dass die Gesuchstellerin gegenüber der Verfahrensbeteiligten 2 innert 30 Tagen volle Transparenz über die tatsächlich erbrachten Leistungen, Aufwände, Eigenleistungen sowie die Geldflüsse zu und von myclimate zu schaffen habe (act. 12).

7 Die Verfahrensbeteiligte 1 hat innert Frist keine Stellungnahme eingereicht.

C.

8 Am 14. September 2017 hat die ECom eine Verfügung mit folgendem Dispositiv erlassen:

1. *Der Antrag der [...] auf superprovisorische Massnahmen wird abgewiesen.*
2. *Die Programmdauer des Programms [...] wird vorsorglich bis Ende Januar 2018 verlängert.*
3. *Die [...] wird verpflichtet, die ordnungsgemässe Durchführung des Programms bis spätestens 18. Oktober 2017 nachzuweisen und der ECom die entsprechenden Unterlagen einzureichen.*
4. *Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken und wird mit dem Entscheid in der Hauptsache auferlegt.*
5. *Die Verfügung wird der [...], der Geschäftsstelle ProKilowatt und dem BFE mit eingeschriebenem Brief eröffnet.*

D.

9 Mit Eingabe vom 5. Oktober 2017 hat die Gesuchstellerin ihr Gesuch zurückgezogen (act. 17).

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

10 Vorliegend ist die Verlängerung der Dauer eines Programms im Rahmen der wettbewerblichen Ausschreibungen streitig. Gemäss Artikel 25 Absatz 1^{bis} des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG; SR 730.0) beurteilt die ECom Streitigkeiten im Zusammenhang mit Zuschlägen auf die Übertragungskosten (Art. 7, 7a, 15b und 28a). Die wettbewerblichen Ausschreibungen haben ihre gesetzliche Grundlage in Artikel 7a Absatz 3 und 4 sowie in Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe b EnG und ihre Kosten werden über Zuschläge auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes finanziert (Art. 7a Abs. 3 EnG i.V.m. Art. 15b Abs. 1 Bst. b EnG). Die ECom ist folglich für die Überprüfung von Bescheiden betreffend wettbewerbliche Ausschreibungen zuständig.

2 Parteien und rechtliches Gehör

2.1 Parteien

11 Das Verfahren vor der ECom richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021; vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. d VwVG sowie Art. 11 des Geschäftsreglements der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007; SR 734.74).

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 Gesuchstellerin hat bei der ECom Rekurs gegen den Bescheid der Verfahrensbeteiligten 2 eingereicht. Sie ersucht um Aufhebung des Bescheids, um Verlängerung der Programmdauer sowie um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu.

14 Die Verfahrensbeteiligte 1 ist für die operativen Aspekte des Förderprogramms ProKilowatt zuständig, während die Verfahrensbeteiligte 2 die strategische Führung verantwortet und die prozessrelevanten Entscheide fällt. Beide sind somit vom Ausgang des Verfahrens betroffen, womit auch ihnen Parteistellung nach Artikel 6 VwVG zukommt.

2.2 Rechtliches Gehör

15 Die Eingaben der Gesuchstellerin wurde den Verfahrensbeteiligten 1 und 2 zur Stellungnahme zugestellt. Ebenso wurde die von der Verfahrensbeteiligten 2 eingereichte Stellungnahme der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten 1 zugestellt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

3 Gegenstandslosigkeit

16 Die Gesuchstellerin hat mit Eingabe vom 5. Oktober 2017 mangels Notwendigkeit der Programmverlängerung den vorbehaltlosen Rückzug des Rekurses erklärt (act. 17).

- 17 Mit einem Rückzug, einer Anerkennung, einem Vergleich oder wegen nachträglichem Dahinfallen des Streitgegenstandes oder des Rechtsschutzinteresses wird ein Verfahren gegenstandslos (vgl. Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 72 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP; SR 273] und ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 1146).
- 18 Durch den Rückzug des Gesuchs ist das Verfahren gegenstandslos geworden. Die vorsorgliche Massnahme gemäss der Verfügung der ECom vom 14. September 2017 fällt somit dahin und das vorliegende Verfahren wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

4 Gebühren

- 19 Die ECom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 [StromVG; SR 734.7], Art. 24 Abs. 1 EnG, 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).
- 20 Für die Verfügung der ECom vom 14. September 2017 über die Gewährung der vorsorglichen Massnahme wurden Gebühren von 2'070 Franken festgesetzt. Die Verlegung der Gebühren wurde mit dem Entscheid in der Hauptsache in Aussicht gestellt.
- 21 Für die vorliegende Verfügung werden keine Gebühren in Rechnung gestellt.
- 22 Die Gebühren 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]). Wird das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben, werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat, da diese grundsätzlich als unterliegende Partei gilt (siehe ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, N 1173). Die Bestimmung derjenigen Partei, welche die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bewirkt hat, erfolgt nach materiellen Kriterien. Unerheblich ist, wer die formelle Prozesshandlung vornimmt, welche die Behörde unmittelbar zur Abschreibung veranlasst (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Auflage, Basel 2013, N 4.56).
- 23 Bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ist mit summarischer Begründung über die Verfahrenskosten zu befinden (vgl. Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 72 BZP).
- 24 Vorliegend hat die Gesuchstellerin die ECom um Verlängerung der Dauer des Programms [...] ersucht, weil ihr diese von den Verfahrensbeteiligten 1 und 2 nicht bewilligt wurde. Mit Stellungnahme vom 30. August 2017 hat die Verfahrensbeteiligte 2 Antrag auf Abweisung gestellt (act. 12). In der Verfügung vom 14. September 2017 wurde die Gesuchstellerin im Hinblick auf eine definitive Programmverlängerung verpflichtet, die ordnungsgemässe Durchführung des Programms bis spätestens 18. Oktober 2017 nachzuweisen und der ECom die entsprechenden Unterlagen einzureichen. Mit Eingabe vom 5. Oktober 2017 hat die Gesuchstellerin mangels Notwendigkeit den vorbehaltlosen Rückzug des Rekurses erklärt, ohne sich zu den Folgen des Rückzuges zu äussern oder Unterlagen über die ordnungsgemässe Durchführung des Programms einzureichen. Die Verfahrensbeteiligten 1 und 2 haben hinsichtlich der Verlängerung des Programms keine Zugeständnisse gemacht. Die Notwendigkeit bzw. Nichtnotwendigkeit der Verlängerung des Programms [...] ergibt sich für die Gesuchstellerin daraus, dass sie die vereinbarte Energieeinsparung zwischenzeitlich erzielt habe (act. 17).

- 25 Die Gesuchstellerin hat das vorliegende Verfahren eingeleitet und den Rückzug des Rekurses aus einem Beweggrund erklärt, der ausschliesslich in ihrem eigenen Einflussbereich liegt. Die Verfahrenskosten sind daher vollumfänglich der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

5 Parteientschädigung

- 26 Die Gesuchstellerin hat ihren Antrag unter Entschädigungsfolge gestellt.
- 27 Weder das StromVG, das EnG, die entsprechenden Verordnungen noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für die analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m.w.H.: BGE 132 II 47 E. 5.2). Aus diesem Grund wird vorliegend keine Parteientschädigung gesprochen.

III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Das Verfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Die Gebühren für das vorliegende Verfahren betragen 2'070 Franken und werden [...] auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
3. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
4. Die Verfügung wird [...], der Geschäftsstelle ProKilowatt und dem BFE mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 19.10.2017

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- CimArk SA, Geschäftsstelle ProKilowatt, Rte du Rawyl 47, 1950 Sion
- Bundesamt für Energie, Geräte und wettbewerbliche Ausschreibungen, 3003 Bern

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.