



Referenz/Aktenzeichen: 212-00381

Bern, 21.11.2019

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Laurianne Altwegg (Vizepräsidentin), Christian Brunner, Matthias Finger, Dario Marty, Sita Mazumder, Andreas Stöckli

in Sachen: **1. BKW Energie AG**, Viktoriaplatz 2, 3013 Bern (BKW)
2. Kraftwerke Oberhasli AG, Grimselstrasse 19, 3862 Innertkirchen (KWO)
vertreten durch Rechtsanwalt Matthias Kaufmann, LL.M., Jurastrasse 4, Postfach, 5001 Aarau

(Gesuchstellerinnen 1 - 2)

gegen **Swissgrid AG**, Bleichemattstrasse 31, 5001 Aarau

(Gesuchsgegnerin)

betreffend Verrechnung der Kosten für Ausgleichsenergie nach Eingriff der Swissgrid in den Kraftwerkseinsatz der KWO am [...]

Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt	3
II	Erwägungen	5
1	Parteien und rechtliches Gehör	5
1.1	Parteien	5
1.2	Rechtliches Gehör	5
2	Zuständigkeit	5
3	Feststellungsinteresse	6
4	Gebühren	7
III	Entscheid	9
IV	Rechtsmittelbelehrung	10

I Sachverhalt

A.

- 1 Die Kraftwerke Oberhasli AG (KWO; Gesuchstellerin 2) speist ihre Energie physikalisch in die Leitung Robiei-Mettlen/Bickigen ins schweizerische Übertragungsnetz ein. Die Energie der KWO wird energiewirtschaftlich der Bilanzgruppe der BKW Energie AG (BKW; Gesuchstellerin 1) zugeordnet, wo sie in einer Subbilanzgruppe verbucht wird.
- 2 Das schweizerische Übertragungsnetz wird von der Swissgrid AG (Gesuchsgegnerin) als eine Regel- und Bilanzzone geführt. Für Abweichungen zwischen den einer Bilanzgruppe zugeordneten ein- und ausgespeisten Energiemengen verrechnet sie Ausgleichsenergie.

B.

- 3 Die Gesuchsgegnerin hat gemäss Darstellung der Gesuchstellerinnen im Zeitraum Mai bis Mitte Oktober 2018 [...] D-1-Warnungen für die Netzknoten Innertkirchen, Grimsel und Handeck abgegeben.
- 4 Am [...] publizierte die Gesuchsgegnerin eine D-2-Warnung für die Netzknoten Innertkirchen, Grimsel und Handeck für den [...], welche für die Gesuchstellerin 2 im Zeitraum [...] Uhr eine maximale Einspeisung von [...] MW vorsah. Gleichwohl reichte die Gesuchstellerin 2 am [...] einen Fahrplan ein, der für den fraglichen Zeitraum eine Einspeisung von maximal [...] MW vorsah. Gleichtags sandte die Gesuchsgegnerin den Gesuchstellerinnen eine D-1-Warnung für den [...] mit einer maximalen Einspeisung der KWO von [...] MW für den Zeitraum von [...] Uhr vor.
- 5 Am [...] informierte die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin 1 um [...] Uhr, dass die Gesuchstellerin 2 gemäss Fahrplan ab [...] Uhr über der Limite von [...] MW einspeist, woraufhin die Gesuchstellerin 1 versuchte, die nach einer Leistungsreduktion fehlende Energie am Markt zu beschaffen. Um [...] Uhr musste die Gesuchstellerin 2 ihr Fahrprogramm um [...] MW reduzieren. Um [...] Uhr wies die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin 2 an, die Einspeisung ab [...] Uhr von [...] MW auf [...] MW zu reduzieren. Anschliessend informierte die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin 1 über diese Anordnung. Da keine Ersatzproduktionskapazitäten zur Verfügung standen und der Markt illiquide war, war der Gesuchstellerin 1 eine Ersatzbeschaffung nicht mehr möglich, worauf deren Bilanzgruppe unausgeglichen war.
- 6 Die Gesuchsgegnerin stellte der Gesuchstellerin 1 daraufhin Rechnung für Ausgleichsenergie in der Höhe von [...] Euro.
- 7 Die Gesuchstellerin 1 akzeptierte die Abbuchung dieses Betrages vom Kontokorrent nicht und teilte der Gesuchsgegnerin mit, dass sie die Voraussetzung für die Verrechnung von Ausgleichsenergie als nicht erfüllt betrachte.
- 8 Eine Einigung konnte zwischen den Parteien nicht gefunden werden.

C.

- 9 Mit Eingabe vom 11. September 2019 stellten die Gesuchstellerinnen folgende Anträge:
 1. Es sei festzustellen, dass die Ursachen für den Netzengpass am [...] auf der Leitung Robiei-Mettlen/Bickigen und den aus diesem Grund erfolgten Eingriff der

Swissgrid in den Kraftwerkeinsatz der KWO ausschliesslich im Verantwortungsbereich der Swissgrid liegen und dass der anschliessende Einsatz von Ausgleichsenergie zum Ausgleich der betroffenen Bilanzgruppe der BKW die Folge der Verletzung gesetzlicher und vertraglicher Pflichten durch Swissgrid ist.

2. Es sei festzustellen, dass der Netzengpass am [...] auf der Leitung Robiei-Mettlen/Bickigen sowie der aus diesem Grund erfolgte Eingriff der Swissgrid in den Kraftwerkeinsatz der KWO mit anschliessendem Einsatz von Ausgleichsenergie zum Ausgleich der betroffenen Bilanzgruppe der BKW in keiner Weise durch die Gesuchstellerinnen verursacht wurde und insbesondere auch nicht auf die Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten durch die Gesuchstellerinnen zurückzuführen ist.
3. Demzufolge sei festzustellen, dass die Kosten der Ausgleichsenergie zur Deckung der durch den Eingriff der Swissgrid in den Kraftwerkeinsatz der KWO verursachten Unterdeckung in der Bilanzgruppe der BKW am [...] gemäss Art. 20 Abs. 2 Bst. b StromVG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV sowie den anwendbaren vertraglichen Grundlagen der BKW zu Unrecht in Rechnung gestellt und dem Kontokorrent der BKW belastet wurden.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Swissgrid

- 10 Die Eingabe der Gesuchstellerinnen wurde der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 20. September 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt.
- 11 Auf eine Vernehmlassung der Gesuchsgegnerin wurde verzichtet.

II Erwägungen

1 Parteien und rechtliches Gehör

1.1 Parteien

12 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.

13 Die Gesuchstellerinnen haben bei der ECom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie sind somit materielle Verfügungsadressatinnen. Ihnen kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Verfahren ist die Verletzung von Rechten und Pflichten zwischen den Gesuchstellerinnen und der Gesuchsgegnerin streitig. Damit ist die Gesuchsgegnerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Auch die Gesuchsgegnerin hat daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

1.2 Rechtliches Gehör

14 Die Eingabe der Gesuchstellerinnen wurde der Gesuchsgegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Auf das Einholen einer Stellungnahme wurde einstweilen verzichtet.

2 Zuständigkeit

15 Vorliegend stellen sich die Gesuchstellerinnen auf den Standpunkt, dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin 1 zu Unrecht Kosten für Ausgleichsenergie in Rechnung gestellt hat. Gemäss Artikel 15a des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) werden die Kosten für Ausgleichsenergie individuell in Rechnung gestellt. Kosten, die der Netzbetreiber individuell in Rechnung stellt, dürfen bei der Festlegung des Netznutzungsentgelts nicht berücksichtigt werden (Art. 14 Abs. 3^{bis} StromVG). Damit gehören die Kosten für Ausgleichsenergie nicht zum Netznutzungsentgelt. Die ECom ist aber zuständig für den Vollzug des StromVG allgemein und damit auch für Artikel 15a StromVG und dessen Ausführungsbestimmungen. Die Kostentragungspflicht für Ausgleichsenergie ergibt sich mithin aus dem StromVG und nicht aus einem Vertrag, was grundsätzlich im Zuständigkeitsbereich der ECom liegt.

16 Nach Artikel 5 Absatz 2 StromVV vereinbart die Netzgesellschaft mit den Netzbetreibern, Erzeugern und den übrigen Beteiligten auf einheitliche Weise die für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit zu treffenden Massnahmen, insbesondere eine Regelung des automatischen Lastabwurfs sowie der Produktionsanpassung bei Kraftwerken im Fall einer Gefährdung des stabilen Netzbetriebs. Pflichten aus diesen Vereinbarungen und die Überbindung von Kosten für Ersatzmassnahmen gemäss Artikel 5 Absatz 5 StromVV sind auf dem Zivilweg durchzusetzen.

17 Die Gesuchstellerinnen bringen weiter vor, das Verhalten der Gesuchsgegnerin verletze Bestimmungen des StromVG und der StromVV und die Vereinbarungen seien nicht StromVG-konform. Die ECom überwacht die Einhaltung der Stromversorgungsgesetzgebung (Art. 22 Abs. 1 StromVG), womit sie grundsätzlich zuständig ist für die Beurteilung, ob eine bestimmte Vereinbarung oder ein bestimmtes Verhalten eines Netzbetreibers mit der Stromversorgungsgesetzgebung konform ist.

- 18 Wie den Anträgen der Gesuchstellerinnen zu entnehmen ist, sei festzustellen, dass sowohl gesetzliche als auch vertragliche Pflichten berührt sind. In Bezug auf die Verletzung gesetzlicher Pflichten ist die Zuständigkeit der ECom gegeben. Für die Beurteilung der Verletzung vertraglicher Pflichten ist hingegen das Zivilgericht zuständig. Dadurch stellen sich Abgrenzungsprobleme und Koordinationsfragen.
- 19 Eine zuständige Verwaltungsbehörde ist unter gewissen Voraussetzungen berechtigt oder gar verpflichtet, zivilrechtliche Verhältnisse vorfrageweise zu prüfen. Dies kann der Fall sein, wenn ein zivilrechtlicher Akt Voraussetzung für die Vornahme einer verwaltungsrechtlichen Handlung ist oder sich ein Privatrechtsverhältnis auf die Beurteilung einer verwaltungsrechtlichen Frage auswirkt (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allg. Verwaltungsrecht, Bern 2014, § 18 Rz. 10). Es ist daher zu prüfen, ob die ECom die hier vorliegenden Fragen vorfrageweise überprüfen könnte.
- 20 Die ECom prüft zivilrechtliche Fragen dann vorfrageweise, wenn die zivilrechtliche Frage Auswirkungen auf die Anwendung des StromVG hat, wenn das Gesetz nichts anderes vorsieht und wenn kein rechtskräftiges Zivilurteil vorliegt.
- 21 Vorliegend stellen sich die zivilrechtlichen Fragen, ob die Parteien vertragliche Pflichten verletzt haben (Anträge 1 – 3). Zusätzlich ist zu klären, inwiefern gesetzliche Pflichten verletzt wurden. Die gesetzlichen Rechte und Pflichten werden durch das Stromversorgungsrecht geregelt. Darin sind auch die Grundsätze für die Kostentragung für Ausgleichsenergie vorgesehen. Die Beurteilung der zivilrechtlichen Frage, ob vertragliche Pflichten verletzt wurden und ob die Forderung zu Unrecht in Rechnung gestellt wurde, hat keinen Einfluss auf die Beurteilung der stromversorgungsrechtlichen Fragen. Umgekehrt haben die stromversorgungsrechtlichen Fragen einen Einfluss auf die Anwendung des Zivilrechts. Da zudem ausdrücklich die Zivilgerichtsbarkeit vorgesehen ist (Art. 5 Abs. 5 StromVV), ist eine gewisse Zurückhaltung hinsichtlich der vorfrageweisen Prüfung von zivilrechtlichen Fragen geboten.
- 22 Damit ergibt sich, dass die ECom – zumindest teilweise – nicht zuständig ist für die Beurteilung der gestellten Anträge. Dem Zivilgericht wird es sodann obliegen, die verwaltungsrechtlichen Fragen vorfrageweise zu beurteilen oder hierzu einen Amtsbericht bei der ECom einzuholen.

3 Feststellungsinteresse

- 23 Eine Feststellungsverfügung stellt den Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlich-rechtlicher Pflichten verbindlich fest. Sie dient nur der Klärung von Rechtsfragen, nicht der Tatsachenfeststellung. Zuständig für Feststellungsverfügungen ist die in der Sache zuständige Behörde. Wird durch die Feststellungsverfügung eine Frage vorentschieden, ist jene Behörde zuständig, welche später ohnehin (durch Leistungs- und Gestaltungsverfügung) entscheiden würde (AUER/MÜLLER/SCHINDLER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2018, Art. 25 Rz. 7 ff.).
- 24 Gemäss Artikel 25 Absatz 2 VwVG muss ein Gesuchsteller bei einem Begehren um Feststellungsverfügung ein schutzwürdiges Interesse nachweisen. Er muss belegen, dass das Risiko nachteiliger Dispositionen besteht und dass ein allfälliges künftiges Verhalten, dessen Rechtsfolgen zu klären sind, wahrscheinlich ist (AUER ET AL., Kommentar VwVG, Art. 25 Rz. 16). Kein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn ein Gesuchsteller seine Interessen ebenso gut durch den Erlass einer alsbald möglichen Leistungs- oder Gestaltungsverfügung wahren kann. Die Feststellungsverfügung ist damit subsidiär, wobei diese Subsidiarität nicht vorbehaltlos und absolut verstanden werden darf. Der Erlass einer Feststellungsverfügung darf wie bereits erwähnt etwa dann nicht verweigert werden, wenn die gesuchstellende Person vor dem Risiko nachteiliger Dispositionen bewahrt werden kann. Ebenso muss ein Feststellungsverfahren zulässig sein,

wenn damit grundlegende Fragen vorweg geklärt werden können und sich so ein eventuell aufwendiges Verfahren über Leistungs- oder Gestaltungsbegehren erübrigt (AUER ET AL., Kommentar VwVG, Art. 25 Rz. 16).

- 25 Die Gesuchstellerinnen bringen vor, die von der Gesuchsgegnerin zu Unrecht verrechneten Kosten für Ausgleichsenergie würden letztlich die Gesuchstellerin 2 belasten. Die Gesuchstellerin 1 sei vertraglich verpflichtet, ungerechtfertigte Forderungen mit den gebotenen Massnahmen abzuwehren. Daher hatten beide Gesuchstellerinnen ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung, mit der über die Rechtmässigkeit der Verrechnung der Kosten für Ausgleichsenergie entschieden werde. Zudem sei das schutzwürdige Interesse dann gegeben, wenn mit einer Feststellungsverfügung das Interesse besser gewahrt werden könne als mit einer Leistungs- oder Gestellungsverfügung. Dies gelte auch, wenn mit einer Feststellungsverfügung ein aufwendiges Verfahren, namentlich ein Zivilprozess über eine Leistungsklage, vermieden werden könne. Da die Gesuchsgegnerin die Ausgleichsenergie gestützt auf eine Vereinbarung verrechnet hat, unterlägen Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung grundsätzlich der Zuständigkeit der Zivilgerichte. Die ECom sei daher nicht zuständig über das Leistungsbegehren aus dieser Vereinbarung. Vorbehalten sei jedoch die Zuständigkeit der ECom zum Entscheid in Streitfällen über die Anwendung der Stromversorgungsgesetzgebung aus Verträgen im Zusammenhang mit der Nutzung des Übertragungsnetzes. Da der ECom die Zuständigkeit für eine Leistungsverfügung fehle, bleibe nur die Feststellungsverfügung, um in diesem Streitfall über die Rechtmässigkeit der Anwendung der Stromversorgungsgesetzgebung zu entscheiden.
- 26 Die Gesuchstellerinnen unterlassen es aufzuzeigen, inwiefern ohne Feststellungsverfügung der ECom das Risiko nachteiliger Dispositionen besteht. Solche nachteiligen Dispositionen sind für die ECom nicht ersichtlich. Zudem können die Gesuchstellerinnen ihre Interessen mindestens so gut mit einem Leistungsbegehren beim Zivilgericht wahrnehmen. Mit einer Feststellungsverfügung der ECom könnten allenfalls gewisse grundlegende Fragen aus stromversorgungsrechtlicher Sicht vorweg geklärt werden, wobei die Koordination der Beurteilung der verwaltungsrechtlichen und der zivilrechtlichen Fragen schwierig bliebe. Ein Verfahren über ein Leistungsbegehren lässt sich mit dem Feststellungsverfahren vor der ECom aber nicht vermeiden, kann die ECom doch eine Rückzahlung mangels Zuständigkeit nicht anordnen. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, weshalb ein Verfahren vor Zivilgericht aufwendiger sein sollte als ein Verwaltungsverfahren vor der ECom.
- 27 Damit ergibt sich, dass das Feststellungsinteresse der Gesuchstellerinnen nicht gegeben ist. Auf das Gesuch ist nicht einzutreten.

4 Gebühren

- 28 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 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 29 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken.

- 30 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]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3).
- 31 Vorliegend haben die Gesuchstellerinnen gemeinsam das Gesuch eingereicht, auf welches nicht eingetreten wird. Damit haben die Gesuchstellerinnen die Gebühren je zur Hälfte unter solidarischer Haftung gemeinsam zu tragen.

III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten.
2. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird den Gesuchstellerinnen unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
3. Die Verfügung wird der BKW Energie AG, der Kraftwerke Oberhasli AG und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 21.11.2019

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- BKW Energie AG, Viktoriaplatz 2, 3013 Bern
vertreten durch RA Matthias Kaufmann, LL.M., Jurastrasse 4, Postfach, 5001 Aarau
- Kraftwerke Oberhasli AG, Grimselstrasse 19, 3862 Innertkirchen
vertreten durch RA Matthias Kaufmann, LL.M., Jurastrasse 4, Postfach, 5001 Aarau
- Swissgrid AG, Bleichemattstrasse 31, 5001 Aarau

IV **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen (Art. 50 VwVG, Art. 23 StromVG). 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 (Art. 22a VwVG).

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 (Art. 52 Abs. 1 VwVG).