



Referenz/Aktenzeichen: 221-00404

Bern, 06.03.2018

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Antonio Taormina (Vizepräsident), Laurianne Altwegg, Matthias Finger, Sita Mazumder

in Sachen: [...]

(Beschwerdeführer)

gegen **Pronovo AG (ehemals Swissgrid AG)**, Dammstrasse 3, 5070 Frick

(Vorinstanz)

betreffend Verfügung der Swissgrid AG vom 10. November 2017 betreffend definitive Höhe der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) ab dem 1. Januar 2018 (KEV-Projekt [...]); Kategorisierung der Photovoltaikanlage

Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt	3
II	Erwägungen	4
1	Zuständigkeit	4
2	Parteien und rechtliches Gehör	4
2.1	Parteien	4
2.2	Rechtliches Gehör	5
3	Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	5
3.1	Argumente des Beschwerdeführers	5
3.2	Argumente der Pronovo AG	5
4	Anwendbares Recht	6
5	Verletzung des rechtlichen Gehörs durch fehlende Begründung	6
6	Keine Heilung der Gehörsverletzung	8
7	Fazit	9
8	Gebühren	9
III	Entscheid	10
IV	Rechtsmittelbelehrung	11

I Sachverhalt

- 1 [...] (nachfolgend: Beschwerdeführer) betreibt die Photovoltaik-Anlage «PV [...]» (KEV-Projekt [...]), mit einer Leistung von [...] kWp und mit Standort in [...]. Die Inbetriebnahmemeldung ist bei der Swissgrid AG mit Poststempel vom 3. Dezember 2008 eingegangen, worauf die Swissgrid AG die Anlage als angebaut qualifiziert und den definitiven Vergütungssatz mit Verfügung vom 15. Dezember 2008 auf [...] Rp./kWh festgesetzt hat (act. 4). Mit Bescheid vom 11. Mai 2011 wurde die Anlage von der Swissgrid AG neu als integriert kategorisiert und der Vergütungssatz auf [...] Rp./kWh festgesetzt, da die Kategorisierung der Anlage im Bescheid vom 15. Dezember 2008 auf einem formellen Anmeldefehler beruhte (act. 4).
- 2 Mit Verfügung vom 10. November 2017 hat die Swissgrid AG die Einstufung der Anlage auf «angebaut» geändert und hat die Vergütung auf [...] Rp./kWh abgesenkt (act. 1).
- 3 Mit Schreiben vom 17. November 2017 hat der Beschwerdeführer bei der ElCom eine Beschwerde gegen diese Verfügung eingereicht. Er beantragt, die Swissgrid AG anzuweisen, auch ab 1. Januar 2018 den Vergütungssatz für integrierte Anlagen auszuzahlen (act. 1). Bei der ElCom sind rund 200 derartige Beschwerden eingetroffen. Dieses Verfahren wird als Pilotverfahren durchgeführt.
- 4 Das Fachsekretariat der ElCom hat dem Beschwerdeführer und der Pronovo AG in der Folge mit Schreiben vom 26. Januar 2018 mitgeteilt, dass es ein Beschwerdeverfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) eröffnet hat. Es hat der Vorinstanz eine Kopie der Beschwerde zur Stellungnahme bis zum 26. Februar 2018 zugestellt (act. 2).
- 5 Die Pronovo AG hat mit Eingabe vom 26. Februar 2018 zur Streitigkeit Stellung genommen und folgende Anträge gestellt:

 «1. Die Beschwerde sei abzuweisen.

 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.»
- 6 Dem Beschwerdeführer wurde die Eingabe der Pronovo AG am 27. Februar 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 5).
- 7 Auf die übrigen Elemente des Sachverhalts wird, soweit nötig, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 8 Gemäss Artikel 74 Absatz 5 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) beurteilt die ElCom Streitigkeiten, die aus Verfahren entstanden sind, bei denen die Zuständigkeitsordnung nach bisherigem Recht galt, sofern sie nach der bisherigen Ordnung zuständig war.
- 9 Der Beschwerdeführer hat am 17. November 2017 bei der ElCom eine Beschwerde eingereicht.
- 10 Die ElCom beurteilt gemäss Artikel 25 Absatz 1^{bis} aEnG (Stand 01.01.2017) Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten (Art. 7, 7a, 15b und 28a aEnG; Stand 01.01.2017).
- 11 Vorliegend ist streitig, ob eine PV-Anlage gemäss Anhang 1.2 Ziffer 2 der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV; SR 730.01; Stand 01.01.2011) als angebaut oder integriert einzustufen ist. Dabei handelt es sich um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen nach Artikel 25 Absatz 1^{bis} aEnG (Stand 01.01.2017). Die Vorinstanz hat ihre Verfügung im Jahr 2017 erlassen. Damit ist die Zuständigkeit der ElCom zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit gegeben.
- 12 Das Bundesgericht hat am 21. Juni 2017 entschieden, dass die Bescheide der Vorinstanz zur kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Artikel 5 VwVG sind (Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juni 2017, 1C_532/2016, E. 2.3.2). Die ElCom behandelt die Eingabe des Beschwerdeführers vom 17. November 2017 daher als Beschwerde nach Artikel 44 ff. VwVG (Art. 47 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m Art. 25 Abs. 1^{bis} aEnG [Stand 01.01.2017]).
- 13 Gemäss Artikel 63 Absatz 1 Buchstabe c EnG ist die Vollzugsstelle für den Vollzug der Einspeisevergütung nach bisherigem Recht zuständig. Die Vollzugsstelle übt ihre Zuständigkeit ab ihrer Errichtung aus (Art. 74 Abs. 4 EnG). Die Pronovo AG als Vollzugsstelle wurde am 6. November 2017 im Handelsregister eingetragen (www.zefix.ch). Somit ist nicht mehr die Swissgrid AG, sondern die Pronovo AG als ihre Rechtsnachfolgerin Vorinstanz.
- 14 Die Beschwerde wurde zudem fristgerecht (Art. 50 Abs. 1 VwVG) und formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereicht, weshalb darauf einzutreten ist.

2 Parteien und rechtliches Gehör

2.1 Parteien

- 15 Zur Beschwerde ist gemäss Artikel 48 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.
- 16 Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Swissgrid AG teilgenommen. Gemäss Verfügung der Swissgrid AG vom 10. November 2017 wird die PV-Anlage des Beschwerdeführers neu als angebaut eingestuft und der Beschwerdeführer soll ab dem 1. Januar 2018 einen tieferen

Vergütungssatz erhalten. Damit ist der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und er hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung.

2.2 Rechtliches Gehör

- 17 Dem Beschwerdeführer und der Vorinstanz (als Rechtsnachfolgerin der Swissgrid AG) wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingabe des Beschwerdeführers wurde der Vorinstanz zur Stellungnahme unterbreitet. Überdies wurde die Stellungnahme der Vorinstanz dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt. Die vom Beschwerdeführer und der Vorinstanz vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der nachfolgenden Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör gewahrt (Art. 29 VwVG).

3 Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

3.1 Argumente des Beschwerdeführers

- 18 Der Beschwerdeführer bringt vor, dass seine Anlage am 5. September 2007 ans Netz ging und somit eine der ersten Anlagen war, die ab 1. Januar 2009 in Genuss der KEV kam (act. 1). Er habe sich vor dem Bau der Anlage beim Bundesamt für Energie beraten lassen, welche Kriterien eine PV-Anlage erfüllen müsse, um in die Kategorie „integriert“ zu fallen. Er habe den Rat erhalten, die Anlage auf das bestehende Welleternit-Dach zu montieren. Diese übernehme somit die Funktion eines Unterdachs. Bedingung sei erstens, dass die Anlage das ganze Dach bedecke und zweitens, dass die Anlage als Regenwasser führende Schicht zu funktionieren habe. Diese Bedingungen seien gemäss beiliegenden Fotos erfüllt. Sein Solardachsystem „MegaSlate“ bestehe aus Modulen, die sich überlappen wie herkömmliche Dachziegel. Das oben angebrachte Blech reiche über den First und garantiere somit, dass kein Wasser unter den Modulen durchflüsse. Abgesehen davon könnten die darunterliegenden Faserzementplatten wegen all der Schraubenlöcher höchstens noch die Funktion eines Unterdachs übernehmen. Die Swissgrid AG habe mit Bescheid vom 8. Oktober 2008 die definitive Höhe der KEV für integrierte Anlagen mitgeteilt. Es sei im Rahmen der Rechtssicherheit nicht akzeptabel, dass dieselbe Behörde ein paar Jahre später genau das Gegenteil beschliesse und so einseitig den laufenden Vertrag breche. Insbesondere die Begründung mit der ungenügenden Dokumentation sei für einen solchen Entscheid unzureichend.

3.2 Argumente der Pronovo AG

- 19 Die Vorinstanz macht erstens geltend, scheinintegrierte Anlagen seien als angebaut zu kategorisieren (act. 4). Sie bezieht sich dabei auf das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 17. September 2015 (A-4730/2014, E. 6.3). Die Richtlinien kostendeckende Einspeisevergütung [KEV], Art. 7a EnG, Photovoltaik, Anhang 1.2 EnV des BFE vom 2009 und 2010 seien inhaltlich über die in der jeweiligen Fassung der EnV vorgesehene Definition von integrierten Anlagen hinausgegangen und seien am 1. Januar 2014 ersetzt und aufgehoben worden.
- 20 Zweitens bestreite der Beschwerdeführer nicht, dass die Anlage auf das bestehende Dach montiert worden sei. Somit liege eine scheinintegrierte Anlage vor. Die betroffene Anlage sei mit Bescheid vom 11. Mai 2011 betreffend die Höhe der KEV unter Anwendung der mittlerweile revidierten Praxis als integriert kategorisiert worden. Es handle sich somit um eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung, die in Verletzung von Rechtsvorschriften erlassen worden sei.

- 21 Die Vorinstanz bringt drittens vor, die KEV sei als eine Subvention, genauer als Finanzhilfe zu qualifizieren, weshalb für die Beurteilung dieser Fragen das Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990 (Stand am 1. Januar 2016, SR 616.1) zu berücksichtigen sei. Vorliegend liege zwar ein Widerrufsgrund nach Artikel 30 Absatz 1 SuG vor, jedoch seien die Voraussetzungen für einen Verzicht auf einen Widerruf nach Artikel 30 Absatz 2 SuG gegeben. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit erscheine es daher angebracht, die Verfügung nicht rückwirkend zu widerrufen, sondern pro futuro anzupassen.
- 22 Schliesslich macht die Vorinstanz geltend, der Beschwerdeführer mache in seiner Eingabe keine Behauptungen zu einem allfälligen Vertrauensschaden. Eine Entschädigung aus Vertrauensschutz werde daher bestritten. Ausserdem würde die Übervergütung im vorliegenden Fall [...] Franken betragen (dem Beschwerdeführer seien während [...] Jahren und [...] Monaten [...] Rp./kWh zu viel vergütet worden). Ein Schaden würde daher ohnehin nur vorliegen, wenn die allfälligen Mehrkosten des Beschwerdeführers diese Übervergütung übersteigen würden.

4 Anwendbares Recht

- 23 Grundsätzlich sind diejenigen Normen anwendbar, die im Zeitpunkt gelten, in welchem sich der massgebliche Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. WIEDERKEHR RENÉ in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 1, Bern 2012, Rz. 783 ff., siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6840/2015 vom 21. Dezember 2016, E. 3.1.2).
- 24 Die angepasste Inbetriebnahmemeldung für die vorliegende PV-Anlage ist bei der Swissgrid AG mit Poststempel vom 13. April 2011 eingegangen (act. 1). Im Folgenden sind deshalb die Bestimmungen zur KEV aus dem alten Energiegesetz (aEnG) und aus der alten Energieverordnung (aEnV) mit Stand 1. Januar 2011 massgebend.
- 25 Neue Verfahrensbestimmungen sind in der Regel sofort und in vollem Umfang anwendbar, sofern mit dem neuen Recht keine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen wird (vgl. WIEDERKEHR, Rz. 813 ff.). Die ElCom wendet folglich bezüglich der Verfahrensfragen das heute geltende Recht (siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6840/2015 vom 21. Dezember 2016, E.3.1.2) und, sofern das heute geltende Recht auf das aEnG verweist, das aEnG in der Fassung vom 1. Januar 2017 an.

5 Verletzung des rechtlichen Gehörs durch fehlende Begründung

- 26 Nach Artikel 29 Absatz 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 2010) sowie Artikel 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Teilaspekte dieses Anspruchs werden in Artikel 11, 18, 30-33 und 35 Absatz 1 VwVG geregelt.
- 27 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Bei Verletzung des rechtlichen Gehörs ist die Verfügung grundsätzlich aufzuheben, unabhängig davon, ob diese inhaltlich richtig ist oder nicht (BGE 135 I 279, E. 2.6.1). Der Beschwerdeführer muss nicht nachweisen, dass die Verfügung bei Gewährung des rechtlichen Gehörs inhaltlich anders ausgefallen wäre (DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Basel 2014, Rz. 1982).
- 28 Die wesentlichen Inhalte des Anspruchs auf rechtliches Gehör umfassen die vorgängige Anhörung vor Erlass einer Verfügung, die Mitwirkungsrechte bei der Beweiserhebung, das Akteneinsichtsrecht, das Recht auf Vertretung und Verbeiständung sowie das Recht auf Begründung

(BGE 129 II 497, E. 2.2; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, Rz. 1173). Wird eine Verfügung ungenügend begründet, ist folglich der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (DUBEY / ZUFFEREY, Rz. 949; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz.1038 und 1070; BGE 141 I 60, E. 3.3).

- 29 Die Begründung einer Verfügung muss so abgefasst sein, „dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. [...] In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich der Entscheid stützt“ (BGE 134 I 83, E. 4.1; BGE 121 I 54, E. 2c). Die Begründung muss Aufschluss geben über die für die Behörde massgeblichen Tatsachen und rechtlichen Normen (UHLMANN FELIX / SCHILLING-SCHWANK ALEXANDRA, in: Waldmann / Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 35 Rz. 10 mit weiteren Hinweisen).
- 30 Die Anforderungen an die Begründungsdichte richten sich nach den konkreten Umständen. Eine besonders eingehende Begründung ist erforderlich, wenn ein Entscheid schwer in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift (z.B. Anordnung Ausschaffungshaft), wenn komplexe Rechts- oder Sachverhaltsfragen zu beurteilen sind, wenn der Behörde ein weiter Ermessensspielraum zusteht oder wenn von einer konstanten Praxis der Gesetzesanwendung abgewichen wird. Bei Massenverfügungen (z.B. im Steuerrecht) lässt das Bundesgericht Hinweise auf die angewandte Norm und formelhafte Begründungen genügen (RHINOW RENÉ ET AL., Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, Rz. 347 f.).
- 31 Vorliegend hat die Swissgrid AG dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 10. November 2017 (act. 1, Anhang 2; act. 4, Anhang 21) zum neuen Vergütungssatz lediglich folgendes mitgeteilt: „Aufgrund der im Oktober 2017 erfolgten Überprüfung der Integriertheit der PV-Anlage PV [...] informieren wir Sie nachstehend über die Anpassung der Kategorie und des Vergütungssatzes, die ab dem 1. Januar 2018 in Kraft tritt“. Anschliessend hat die Swissgrid AG die Leistung der Anlage von [...] kWp und den neuen, definitiven Vergütungssatz von [...] Rp./kWh aufgeführt. Das Verfügungsdispositiv lautet wie folgt: „Der definitive Vergütungssatz für die aus Ihrer Anlage ins Netz eingespeiste Elektrizität, beträgt [...] Rp./kWh. Dieser Tarif gilt ab dem 01.01.2018“. Die Verfügung umfasst mit Adresse und Rechtsmittelbelehrung lediglich zwei Seiten (act. 1). Im Begleitbrief vom 15. November 2017 zu dieser Verfügung weist die Swissgrid zudem darauf hin, dass die vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen nicht genügend aussagekräftig seien, um die Einstufung zu kontrollieren und dass der Beschwerdeführer im Schreiben vom 15. September 2017 über die Konsequenzen bei einer ungenügenden Dokumentation orientiert worden sei (act. 1).
- 32 Mit Verfügung vom 11. Mai 2011 wurde dem Beschwerdeführer eine definitive Vergütung von [...] Rp./kWh zugesprochen und in der Folge über mehrere Jahre ausbezahlt. Die Reduktion auf [...] Rp./kWh bedeutet über die Vergütungsdauer von 25 Jahren (siehe zur Vergütungsdauer Art. 7a Abs. 2 Bst. c aEnG, Art. 3d Abs. 2 aEnV, Anhang 1.2 Ziff. 4.2 Bst. b aEnV; Stand 01.01.2011) eine erhebliche finanzielle Einbusse. Es liegt ein nicht unerheblicher Eingriff in die Rechtsstellung des Beschwerdeführers vor. Die zu beurteilenden Rechts- und Sachverhaltsfragen sind eher komplex. Als erstes wäre zu begründen gewesen, ob es sich um eine integrierte, angebaute oder scheinintegrierte Anlage handelt (siehe dazu z.B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Januar 2017, A-4809/2016, E. 4 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Juni 2017, A-195/2016, E. 2 ff.). Neben der Frage, ob ein Widerruf resp. eine Anpassung pro futuro vorgenommen werden muss oder nicht und ob diese gestützt auf das Energie-, das Subventionsgesetz oder das allgemeine Verwaltungsrecht zu prüfen ist, wäre sodann gegebenenfalls die Frage zu beantworten gewesen, ob und mit welchem Betrag ein allfälliger Vertrauensschaden bei schein-

integrierten Anlagen zu entschädigen und zu verzinsen ist. Das Bundesverwaltungsgericht verlangt zum Vertrauensschaden, dass der effektiv angefallene Mehraufwand festzustellen und entsprechend zu vergüten ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. September 2015, A-4730/2014, E. 6 ff.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Januar 2017, A-4809/2016, E. 6; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Juni 2017, A-195/2016, E. 4.4.2).

- 33 Nach dem Gesagten hätte die Swissgrid AG ihre Verfügung eingehend begründen müssen. Dem Beschwerdeführer war es aufgrund der fehlenden Begründung nicht möglich, sich über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft zu geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die ElCom weiterzuziehen. Hätte die Swissgrid AG ihren Entscheid eingehender begründet, hätte der Beschwerdeführer unter Umständen bei der ElCom zusätzliche Fotografien einreichen können, welche über die Bauweise der PV-Anlage Aufschluss geben und er hätte gegebenenfalls Anträge auf Vergütung des Vertrauensschadens stellen können.
- 34 Selbst wenn auf die geringeren Anforderungen für Massenverfügungen abgestellt würde, wären die Anforderungen an die Begründung nicht erfüllt. Die Swissgrid AG begründet in der angefochtene Verfügung weder die Qualifikation der Anlage, noch nennt sie eine gesetzliche Grundlage, welche eine Anpassung der Verfügung erlauben würde, noch die gesetzliche Grundlage für den neuen Vergütungssatz, noch äussert sie sich zum Vertrauensschutz.
- 35 Aus diesen Erwägungen folgt, dass die Swissgrid AG durch die fehlende Begründung der Verfügung den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt hat (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 ff. VwVG und Art. 35 Abs. 1 VwVG). Ob neben dem Recht auf Begründung weitere Aspekte des Anspruchs auf rechtliches Gehör verletzt worden sind (insbesondere Mitwirkungsrechte bei der Beweiserhebung), kann vorliegend offen bleiben.
- 36 Da der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur ist, resultiert daraus die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, unabhängig von ihrer materiellen Richtigkeit. Es bleibt zu prüfen, ob dieser Verfahrensmangel im Beschwerdeverfahren vor der ElCom zu heilen ist.

6 Keine Heilung der Gehörsverletzung

- 37 In Ausnahmefällen kann die Gewährung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren nachgeholt und die Verletzung geheilt werden (KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE / BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 548).
- 38 Eine Heilung der Gehörsverletzung ist ausnahmsweise zulässig, wenn keine besonders schwere Verletzung und keine Häufung von Verfahrensfehlern vorliegen. Die Beschwerdeinstanz muss zudem über die gleiche Überprüfungsbefugnis verfügen, wie die vorhergehende Instanz. Die Praxis verlangt zum Teil zusätzlich, dass die Heilung für den Betroffenen keine weiteren Nachteile nach sich zieht, als den Verlust einer Beschwerdeinstanz (vgl. DUBEY / ZUFFEREY, Rz. 1988).
- 39 Von einer an sich möglichen Heilung kann insbesondere abgesehen werden, wenn die Vorinstanz das rechtliche Gehör systematisch verletzt hat: „(...) eine erstinstanzliche Behörde darf nicht darauf vertrauen, dass von ihr missachtete Verfahrensrechte systematisch nachträglich geheilt werden, ansonsten die gerade für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehenen prozessualen Garantien ihren Sinn verlieren (...)“ (BGE 126 II 111, E. 6b.aa; WALDMANN BERNHARD/BICKEL JÜRG, in: Waldmann / Weissenberger, Art. 29 Rz. 126). Eine Heilung soll gemäss Praxis nicht vorgenommen werden, wenn die Gehörsverletzung nicht auf einem Versehen beruht, sondern von der Vorinstanz bewusst in Kauf genommen wird. Der Sinn der Heilung besteht nicht darin, vermeidbare Versäumnisse der Vorinstanz auf Beschwerdeebene zu beheben und diese damit von einer sorgfältigen Verfahrensführung zu entbinden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom

26.10.2007, D-5684/2007, E. 4.4; WALDMANN /BICKEL, in: Waldmann / Weissenberger, Art. 29 Rz. 140). Zudem soll keine Heilung vorgenommen werden, wenn sich die Gehörsverletzung möglicherweise auf den materiellen Entscheid ausgewirkt hat. Sofern es keinen formalistischen Leerlauf mit unnötiger Verfahrensverzögerung bedeutet, die Verfügung aufzuheben, ist die Behörde nicht verpflichtet, eine Heilung vorzunehmen (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 548 ff.).

- 40 Wie vorn gesehen, ist aus der angefochtenen Verfügung kein Ansatz einer Begründung ersichtlich. Es fehlen auch jegliche Verweise auf die angewendeten Normen. Bei der ElCom sind rund 200 ähnlich gelagerte Beschwerden eingegangen. Die Swissgrid AG hat also das rechtliche Gehör systematisch verletzt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist derart offensichtlich, dass davon ausgegangen werden muss, dass die Swissgrid AG die Verletzung bewusst in Kauf genommen hat. Es ist schliesslich nicht auszuschliessen, dass sich die fehlende Begründung auf den materiellen Entscheid ausgewirkt hat, wäre doch die Swissgrid AG bei einer Auseinandersetzung mit den materiellen Bestimmungen zu Beginn des erstinstanzlichen Verfahrens – und nicht erst anlässlich des Schriftenwechsels vor der Beschwerdeinstanz – möglicherweise zum Schluss gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Anpassung des Vergütungssatzes pro futuro nicht gegeben sind.
- 41 Sieht die ElCom vorliegend von der Heilung ab und hebt die Verfügung der Swissgrid AG vom 10. November 2017 auf, bedeutet dies keinen formalistischen Leerlauf zulasten des Verfügungsadressaten. Mit Aufhebung der Verfügung vom 10. November 2017 gilt weiterhin die Verfügung der Swissgrid AG vom 11. Mai 2011, welche die Vergütung auf [...] Rp./kWh festsetzt. Selbst wenn die Pronovo AG das Verfahren nochmals aufnehmen sollte, ist wie bereits erwähnt nicht ausgeschlossen, dass sie bei eingehender materieller Prüfung zum Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Anpassung des Vergütungssatzes pro futuro nicht gegeben sind.
- 42 Die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Heilung sind vorliegend nicht erfüllt.

7 Fazit

- 43 Die angefochtene Verfügung vom 10. November 2017 wurde nicht begründet. Damit wurde das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Dieser Mangel kann nicht im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Die Beschwerde vom 17. November 2017 wird gutgeheissen. Die Verfügung der Swissgrid AG vom 10. November 2017 wird aufgehoben.

8 Gebühren

- 44 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, werden gemäss Artikel 63 Absatz 1 VwVG in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Beschwerde von [...] vom 17. November 2017 wird gutgeheissen. Die Verfügung der Swiss-grid AG vom 10. November 2017 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Gebühren erhoben.
3. Die Verfügung wird [...] und der Pronovo AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 06.03.2018

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- Pronovo AG, Dammstrasse 3, 5070 Frick

Mitzuteilen an:

- Bundesamt für Energie (BFE), 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 (Art. 66 Abs. 2 EnG, Art. 22a und 50 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).