



Entscheid ist noch
nicht rechtskräftig.

Referenz/Aktenzeichen: 952-10-044

Bern, 12. Mai 2011

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Hans Jörg Schötzau (Vizepräsident), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Werner K. Geiger

in Sachen: [...]

vertreten durch [...]

(Gesuchstellerin)

betreffend Rückerstattung aus zu hohen Akontozahlungen für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL)

3899582

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom
Effingerstrasse 39, CH-3003 Bern
Tel. +41 31 322 58 33, Fax +41 31 322 02 22
info@elcom.admin.ch
www.elcom.admin.ch



I Sachverhalt

A.

- 1 Am 6. März 2009 hat die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom eine Verfügung betreffend Kosten und Tarife für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen erlassen (Ref. 952-08-005). Dabei hat die ElCom Kosten für allgemeine Systemdienstleistungen gestützt auf Artikel 31b der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR. 734.71) den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW auferlegt (sog. Kraftwerkstarif). Davon betroffen war unter anderem auch die Gesuchstellerin. Ziffer 2 und Ziffer 3 der Verfügung lauten wie folgt:
 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. 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. Die swissgrid AG hat bei diesen Kraftwerken eine Erhebung der effektiv erzeugten Bruttoenergie durchzuführen. Sie hat nach Vorliegen der tatsächlichen SDL-Kosten der ElCom einen Bericht zur Genehmigung vorzulegen. Die swissgrid AG hat die von der ElCom genehmigten anrechenbaren SDL-Kosten den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW individuell nachzubelasten oder gutzuschreiben. Diese Abrechnung kann unterjährig erfolgen.
- 2 Gegen diese beiden Ziffern der Verfügung vom 6. März 2009 haben mehrere Kraftwerksbetreiber Beschwerde geführt. Die Gesuchstellerin war im Verfahren vor der ElCom Partei, hat jedoch kein Rechtsmittel gegen die Verfügung ergriffen.
- 3 Mit Urteil vom 8. Juli 2010 (A-2607/2009) erklärte das Bundesverwaltungsgericht Artikel 31b StromVV als gesetzes- und verfassungswidrig und hob Ziffer 2 Satz 2 und Ziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009 in Bezug auf die betreffende Beschwerdeführerin auf.

B.

- 4 Am 4. März 2010 hat die ElCom betreffend Kosten und Tarife 2010 für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen eine Verfügung erlassen (Ref. 952-09-131). Wiederum hat sie dabei Artikel 31b StromVV angewendet und den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW – unter anderem der Gesuchstellerin – Kosten für allgemeine Systemdienstleistungen angelastet. Ziffer 4 und 5 der Verfügung lauten wie folgt:
 4. Der Tarif 2010 für allgemeine Systemdienstleistungen wird ab 1. Januar 2010 auf 0.76 Rappen/kWh festgelegt. Davon werden 0.40 Rappen/kWh den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie angelastet.
 5. Der Tarif 2010 für Systemdienstleistungen für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW gemäss Anhang 2 dieser Verfügung beträgt ab 1. Januar 2010 0.42 Rappen/kWh. Dieser Tarif ist ab dem 1. Januar 2010 anzuwenden. Die swissgrid AG hat bei diesen Kraftwerken eine Erhebung der effektiv erzeugten Bruttoenergie durchzuführen. Sie hat nach Vorliegen der tatsächlichen SDL-Kosten der ElCom einen Bericht zur Genehmigung vorzulegen. Die swissgrid AG



hat die von der ElCom genehmigten anrechenbaren SDL-Kosten den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW individuell nachzubelasten oder gutzuschreiben. Diese Abrechnung kann unterjährig erfolgen.

- 5 Gegen diese beiden Ziffern der Verfügung vom 4. März 2009 haben wiederum mehrere Kraftwerksbetreiber Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Die Gesuchstellerin – wiederum Partei im Verfahren – hat darauf verzichtet, eine Beschwerde einzureichen. Die Beschwerdeverfahren sind derzeit sistiert.

C.

- 6 Aufgrund des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010 (A-2607/2009) hat die ElCom Artikel 31b StromVV ab diesem Zeitpunkt nicht mehr angewendet (siehe Verfügung vom 11. November 2010 betreffend Kosten und Tarife 2011 für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen).

D.

- 7 Mit Schreiben vom 9. Dezember 2010 hat die Gesuchstellerin vertreten durch ihren Rechtsbeistand bei der ElCom eine Beschwerde gegen die swissgrid AG betreffend Rückerstattung aus zu hohen Akontozahlungen für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL) eingereicht (act. 1).
- 8 Mit Schreiben vom 17. Dezember 2010 hat das Fachsekretariat der ElCom der Gesuchstellerin mitgeteilt, sie habe ein erstinstanzliches Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) eröffnet. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin Gelegenheit gegeben, ihre Rechtsschrift entsprechend zu ergänzen (act. 3).
- 9 Die swissgrid AG wurde ebenfalls mit Schreiben vom 17. Dezember 2010 über die Eröffnung eines erstinstanzlichen Verfahrens in Kenntnis gesetzt (act. 4).

E.

- 10 Mit Schreiben vom 4. Februar 2011 hat die Gesuchstellerin eine ergänzende Beschwerdeschrift eingereicht (act. 7).

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 11 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz; StromVG; SR 734.7) die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die ElCom 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).
- 12 Vorliegend prüft die ElCom auf Gesuch der Gesuchstellerin hin deren Anträge, welche sich auf die Verfügung vom 6. März 2009 sowie der Verfügung vom 4. März 2010 beziehen. Diese Verfügungen sind für die Gesuchstellerin formell rechtskräftig (vgl. Rz. 46). Unter gewissen Voraussetzungen kann



eine Behörde ihre Verfügungen trotz eingetretener Rechtskraft nachträglich ändern. Die ElCom war verfügende Behörde. Damit ist sie auch für die Behandlung der Anträge der Gesuchstellerin zuständig.

2 Parteien, Antrag und Begründung

2.1 Parteien

- 13 Die Gesuchstellerin hat eine Eingabe bei der ElCom eingereicht (act. 1 und act. 7). Die Gesuchstellerin ist materielle Verfügungsadressatin und Partei im Sinne von Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021). Die ElCom behandelt das vorliegende Verfahren nicht als ein Beschwerdeverfahren, sondern als ein Wiedererwägungsgesuch (vgl. Rz. 22 ff.). Entsprechend verwendet die ElCom den Begriff „Gesuchstellerin“ und nicht den Begriff „Beschwerdeführerin“ für die Bezeichnung der Partei.
- 14 Die mit Schreiben vom 9. Dezember 2010 und 4. Februar 2011 bei der ElCom eingereichten Beschwerden sind gegen die swissgrid AG gerichtet (act. 1 und act. 7). Da die ElCom die vorliegenden Eingaben nicht als Beschwerde, sondern als Wiedererwägungsgesuch zum Kraftwerkstarif behandelt (vgl. Rz. 22), ist die swissgrid AG nicht Adressatin der vorliegenden Verfügung und von ihr nicht betroffen. Folglich hat die swissgrid AG im vorliegenden Verfahren keine Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG.

2.2 Antrag und Begründung der Gesuchstellerin

- 15 Die Gesuchstellerin stellt in ihrer *ersten Eingabe* folgende Anträge (act. 1):
1. Es sei die Verfügung der swissgrid betreffend SDL-Restkostenverrechnung vom 8. November 2010 aufzuheben und wie folgt anzupassen: Der Beschwerdeführerin seien die unter dem Titel SDL-Kosten für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW bezahlten Beträge für allgemeine SDL-Kosten, nach Vorliegen der definitiven Schlussrechnung, in von der ElCom festzustellender Höhe zurückzuerstatten, zuzüglich angemessenem Verzugszins;
 2. Eventualiter sei die Verfügung der swissgrid betreffend SDL-Restkostenverrechnung vom 8. November 2010 aufzuheben und swissgrid sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin die unter dem Titel SDL-Kosten für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW bezahlten Beträge für allgemeine SDL-Kosten nach Vorliegen der definitiven Schlussrechnung, in von der ElCom festzustellender Höhe zurückzuerstatten, zuzüglich angemessenem Verzugszins;
 3. Sub-eventualiter sei festzustellen, dass swissgrid von der Beschwerdeführerin unter dem Titel SDL-Kosten für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW zu hohe Beträge für allgemeine SDL-Kosten verlangt hat, welche die swissgrid nach Vorliegen der definitiven Schlussrechnung, in von der ElCom festzustellender Höhe zurückzuerstatten hat, zuzüglich angemessenem Verzugszins;
- sowie den folgenden Verfahrensanträgen:
- a) Es sei dieses Verfahren zu sistieren, bis swissgrid einen Entscheid trifft, ob sie eine formell vollständige Verfügung betreffend SDL-Restkostenverrechnung erlassen wird;



- b) Es sei der Beschwerdeführerin im Nachgang an die Entscheidung von swissgrid eine angemessene Frist zur Einreichung einer ergänzenden Beschwerdeschrift im Sinn von Art. 53 VwVG anzusetzen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von swissgrid.

- 16 Die Gesuchstellerin bringt in ihrer ersten Eingabe vor, beim Schreiben der swissgrid AG vom 8. November 2010, wonach diese der Gesuchstellerin keine Rückerstattungen für zu viel bezahlte Akontozahlungen für allgemeine SDL-Kosten ausrichten werde, handle es sich materiell um eine Verfügung (act. 1, Rz. 2). Ihre Eingabe sei daher als Beschwerde zu behandeln (act. 1, Rz. 19). Die El-Com sei gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 StromVG sowie Artikel 47 Absatz 1 Buchstabe d VwVG zuständig zur Behandlung der eingereichten Beschwerde (act. 1, Rz. 10 ff.). Subeventualiter beantragt die Gesuchstellerin den Erlass einer Feststellungsverfügung (act. 1, Rz. 26 ff.).
- 17 In materieller Hinsicht bringt die Gesuchstellerin vor, da es sich bei den bezahlten Summen um Akontobeiträge handle, könne nicht eingewendet werden, dass sie von einer Rückerstattung der unter Bedingungen und Vorbehalten bezahlten SDL-Beiträge ausgeschlossen sei, weil sie gegen die Tarifverfügung 2009 keine Beschwerde geführt habe (act. 1, Rz. 40 und Rz. 43). Weiter beruft sich die Gesuchstellerin auf den Vertrauensschutz gemäss Artikel 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]. Die Zusage der swissgrid AG im Schreiben vom 9. Juni 2009 sei eine behördliche Zusicherung; die Voraussetzungen für den Vertrauensschutz in behördliches Handeln sei gegeben (act. 1, Rz. 44 ff. und Rz. 49 ff.). Ferner müsse aufgrund der übereinstimmenden Willenserklärung zwischen der Gesuchstellerin und der swissgrid AG von einem verbindlichen verwaltungsrechtlichen Vertrag ausgegangen werden (act. 1, Rz. 48).
- 18 In ihrer *ergänzenden Eingabe* stellt die Gesuchstellerin folgende Anträge (act. 7):
1. Es sei die Verfügung der swissgrid betreffend SDL-Restkostenverrechnung vom 8. November 2010 aufzuheben und stattdessen wie folgt zu entscheiden: Der Beschwerdeführerin seien die unter dem Titel SDL-Kosten für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW bezahlten Beträge für allgemeine SDL-Kosten im Umfang von CHF [...] zurückzuerstatten, zuzüglich Verzugszins zu 5% ab 5. Februar 2011;
 2. Eventualiter
 - i. sei festzustellen, dass swissgrid von der Beschwerdeführerin unter dem Titel SDL-Kosten für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW nicht geschuldete Beträge für allgemeine SDL-Kosten verlangt hat,
 - ii. sei festzustellen, dass swissgrid der Beschwerdeführerin CHF [...] zurückzuerstatten hat, zuzüglich Verzugszins zu 5% ab 5. Februar 2011;
- sowie den folgenden Verfahrensanträgen :
- a) Es sei in vorliegendem Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen;
 - b) Falls das vorliegende Verfahren nicht auf eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 2 Strom VG ausgerichtet ist, sei über die Art des vorliegenden Verfahrens mit einer anfechtbaren Verfügung zu entscheiden;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von swissgrid.



- 19 Zur Begründung bringt die Gesuchstellerin im Wesentlichen vor, bei dem von der ElCom festgelegten SDL-Tarif sowie bei dem von swissgrid zusätzlich geforderten Akontosatz von 0.35 Rappen/kWh handle es sich um blosser Akontobeiträge. Die endgültig von den Kraftwerken geschuldete Summe für SDL-Kosten würden zu keinem Zeitpunkt konkret bestimmt (act. 7, Rz. 12 f.). Weiter bringt die Gesuchstellerin vor, die Tarifverfügungen 2009 und 2010 seien teilweise nichtig. Die angefochtene Verfügung sei in verschiedener Hinsicht fehlerhaft und weise schwerwiegende Mängel auf (act. 7, Rz. 30). Im Abgaberecht würden an das Legalitätsprinzip besonders hohe Anforderungen bestehen; die massive finanzielle Belastung schränke die Gesuchstellerin zudem in ihrer Wirtschaftsfreiheit ein (act. 7, Rz. 33 ff.). Weiter seien die Interessen der Gesuchstellerin vom Umfang her ganz anders beschaffen als die Interessen von Netzbetreibern und/oder direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern und könnten diese daher kaum überwiegen (act. 7, Rz. 37).
- 20 Zusätzlich beruft sich die Gesuchstellerin auf den Vertrauensschutz gemäss Artikel 9 BV (act. 7, Rz. 43 ff.). Schliesslich müsse davon ausgegangen werden, dass zwischen ihr und der swissgrid AG ein verbindlicher verwaltungsrechtlicher Vertrag zustande gekommen sei (act. 7, Rz. 49 ff.). Eventuell sei von einem verbindlichen privatrechtlichen Vertrag auszugehen. Eine Nichtbezahlung geschuldeter Verbindlichkeiten seitens der swissgrid AG würde der Zwecksetzung gemäss Artikel 1 StromVG zuwiderlaufen (act. 7, Rz. 54 ff.).
- 21 Auf die Vorbringen der Gesuchstellerin wird in den materiellen Erwägungen eingegangen.

3 Natur des Verfahrens

- 22 In ihrer ergänzenden Eingabe beantragt die Gesuchstellerin, falls das vorliegende Verfahren nicht auf eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG in Verbindung mit Artikel 22 Absatz 2 StromVG ausgerichtet ist, sei über die Art des vorliegenden Verfahrens mit einer anfechtbaren Verfügung zu entscheiden (act. 7 Rz. 6). Gemäss der Gesuchstellerin stellt das Schreiben der swissgrid AG vom 8. November 2010, nach welchem keine Rückerstattungen für zu viel bezahlten Akontozahlungen für allgemeine SDL-Kosten ausgerichtet werden, eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG dar. Diese erfülle alle Voraussetzungen einer Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG, auch wenn sie die swissgrid AG nicht als solche bezeichnet hätte (act. 1, Rz. 1 und Rz. 20 ff.).
- 23 Gemäss Artikel 5 Absatz 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten (Bst. a), die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten (Bst. b), die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c) zum Gegenstand haben. Nach der Definition des Bundesgerichts ist eine Verfügung ein individueller, an den einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Dabei wirkt sich die Verfügung direkt auf die Behörde und den Verfügungsadressaten aus (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Bern 2000, S. 253 f. ; BGE 101 Ia 73 E. 3a S. 74).
- 24 Nach Literatur und Rechtsprechung müssen die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Verfügung kumulativ erfüllt sein: Wenn eine Voraussetzung nicht erfüllt wird, liegt auch keine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG vor (FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Artikel 5 Rz. 17). Es ist daher vorliegend zu prüfen, ob das Schreiben der swissgrid AG vom 8. November 2010 die Voraussetzungen von Artikel 5 VwVG erfüllt.



- 25 Eine Verfügung ist die Anordnung einer Behörde. Was im Bundesrecht unter einer Behörde verstanden wird, ist in Artikel 1 Absatz 2 VwVG geregelt. Gemäss Buchstabe e dieser Bestimmung können andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung als Behörden gelten, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen. Folglich können grundsätzlich auch Private Behörden sein und Unternehmen des öffentlichen Sektors je nach Aufgabenbereich als Behörde auftreten (FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Artikel 5 Rz. 22).
- 26 Die Gesuchstellerin bringt vor, dass die swissgrid AG gemäss Artikel 18 StromVG Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnehme. Zudem trete die swissgrid AG der Beschwerdeführerin gegenüber als übergeordnete Befehlsinstanz auf und schaffe autoritativ konkrete Zahlungspflichten zu Lasten der Beschwerdeführerin (act. 1 Rz. 20; act. 7 Rz. 46). Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Private bedarf einer formellgesetzlichen Grundlage (Art. 178 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]; Art. 2 Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG; SR 172.010]).
- 27 Nach der Lehre sind Privatrechtssubjekte nur ermächtigt, Verfügungen zu erlassen, wenn ein Gesetz ihnen diese Kompetenz einräumt. Auch eine dezentralisierte öffentlich-rechtliche Organisation, welche nicht in die Verwaltungshierarchie eingegliedert ist, braucht für den Erlass einer Verfügung eine gesetzliche Ermächtigung (PIERRE MOOR, Droit administratif, Band II, Bern 2002, S. 170). Es ist daher zu prüfen, ob im vorliegenden Fall eine Norm existiert, welche der swissgrid AG ausdrücklich die Kompetenz einräumt, Verfügungen im Bereich des Kraftwerkstarifs zu erlassen.
- 28 Die Gesuchstellerin führt nicht aus, gemäss welcher gesetzlichen Grundlage die swissgrid AG vorliegend ermächtigt sein soll, Verfügungen zum Kraftwerkstarif zu erlassen. Artikel 31b Absatz 2 StromVV sieht vor, dass die nationale Netzgesellschaft in den Jahren 2009–2013 den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW den Teil der Kosten der Systemdienstleistungen, der mit dem nach Absatz 1 festgelegten Tarif von 0.4 Rappen pro kWh nicht gedeckt werden kann, gemäss ihrem Anteil an der Bruttoenergieerzeugung individuell in Rechnung stellt. Diese Anordnung befindet sich auf Verordnungs- und nicht auf Gesetzesstufe. Sie regelt einzig die Modalitäten der Rechnungsstellung gegenüber den Kraftwerksbetreibern. Diese Kompetenz der swissgrid AG, den Kraftwerkstarif in Rechnung zu stellen, stellt keine Verfügungskompetenz dar. Im Weiteren sieht das Stromversorgungsgesetz keine ausdrückliche Kompetenz der swissgrid AG vor, Verfügungen im Bereich des Kraftwerkstarifs zu erlassen. Daraus folgt, dass für die swissgrid AG keine gesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Verfügungen im Bereich des Kraftwerkstarifs vorliegt.
- 29 Im Weiteren fliesst die Erhebung des Kraftwerkstarifs aus Artikel 31b StromVV und aus den Verfügungen der ElCom vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010. Diese Verfügungen sind für die Gesuchstellerin rechtskräftig. Eine formell rechtskräftige Verfügung regelt damit für die Gesuchstellerin bereits die Frage des Kraftwerkstarifs. Für eine Verfügung der swissgrid AG verbleibt damit kein Raum. Hätte zudem die swissgrid AG die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen im Bereich des Kraftwerkstarifs, hätte die ElCom sich nicht über diesen Tarif in ihren Verfügungen vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 äussern können. Artikel 22 Absatz 1 StromVG hält jedoch ausdrücklich die Kompetenz der ElCom fest, die Einhaltung des Gesetzes zu überwachen und die notwendigen Entscheide und Verfügungen zu erlassen.
- 30 Die swissgrid AG ist damit im Bereich des Kraftwerkstarifs keine zum Erlass von Verfügungen ermächtigte Behörde. Es erübrigt sich demnach, die restlichen Voraussetzung gemäss Artikel 5 VwVG zu prüfen. Folglich stellt das Schreiben der swissgrid AG vom 8. November 2010 keine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG dar. Entsprechend handelt es sich bei der Eingabe der Gesuchstellerin



auch um keine Beschwerde. Es handelt sich beim vorliegenden Verfahren vielmehr um ein erstinstanzliches Verfahren.

- 31 Die Gesuchstellerin stellt mit ihrem Subeventualantrag in der ersten Eingabe und in ihrem Eventualantrag in der ergänzenden Eingabe Feststellungsanträge (act. 1, act. 7). Gemäss Artikel 25 Absatz 1 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung erlassen. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Absatz 2 VwVG). Die Gesuchstellerin bringt dazu vor, sie sei direkt in ihren wirtschaftlichen Interessen berührt. Sie habe ein Interesse daran, dass entschieden werde, ob ihr die fraglichen Rückerstattungen zustehen oder nicht, zumal es sich um eine wesentliche Summe handle (act. 1 Rz. 29).
- 32 Es besteht zum Vornherein keine Rechtsungewissheit und mithin kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse, wenn eine Frage schon durch eine formell rechtskräftige Verfügung entschieden wurde. Ein Feststellungsgesuch soll nicht dazu dienen, die negativen Konsequenzen einer verpassten Beschwerdefrist auszuräumen (BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Artikel 25 Rz. 347). Vorliegend bestehen für die Gesuchstellerin bereits rechtskräftige Verfügungen, welche den Kraftwerkstarif regeln. Die Gesuchstellerin beantragt unter anderem, diese rechtskräftigen Verfügungen mittels Feststellungsverfügung abzuändern. Die beiden Verfügungen der ElCom vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 und damit die Regelung zum Kraftwerkstarif sind für die Gesuchstellerin mangels Einreichung einer Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig geworden. Folglich ist auf die Anträge der Gesuchstellerin um Erlass einer Feststellungsverfügung mangels Feststellungsinteresse im Sinne von Artikel 25 Absatz 2 VwVG nicht einzutreten.
- 33 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auf die Anträge der Gesuchstellerin, welche die Aufhebung der Verfügung der swissgrid AG auf dem Beschwerdeweg verlangen, sowie die Eventual- und Subeventualanträge auf Erlass einer Feststellungsverfügung nicht eingetreten wird. Die Eingaben der Gesuchstellerin vom 9. Dezember 2010 und vom 4. Februar 2011 (act. 1 und act. 7) stellen keine Beschwerden dar sondern Anträge um Aufhebung des Kraftwerkstarifs für Betreiber von Anlagen mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW gemäss Artikel 31b StromVV sowie den Ziffern 2 und 3 der Verfügung vom 6. März 2009 und Ziffern 4 und 5 der Verfügung vom 4. März 2010. Die ElCom kommt daher zum Schluss, dass es sich um ein Wiedererwägungsgesuch betreffend Verfügungen vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 und damit um ein erstinstanzliches Verfahren handelt, obwohl die Gesuchstellerin keinen formellen Antrag in diesem Sinne stellt.

4 Verfahrensanträge

4.1 Sistierung des Verfahrens

- 34 In ihrer ersten Eingabe beantragt die Gesuchstellerin, das Verfahren sei zu sistieren, bis die swissgrid AG einen Entscheid trifft, ob sie eine formell rechtskräftige Verfügung betreffend SDL-Restkostenverrechnung erlassen wird (act. 1, S. 2).
- 35 Wie oben bereits ausgeführt (Rz. 22 ff.) hat die swissgrid AG keine Kompetenz, im Bereich des Kraftwerkstarifs Verfügungen zu erlassen. Eine Verfügung der swissgrid AG ist daher nicht zu erwarten und eine Sistierung des Verfahrens nicht notwendig. Die ElCom kann die Eingabe der Gesuchstellerin im heutigen Zeitpunkt behandeln.



36 Der Antrag der Gesuchstellerin auf Sistierung des Verfahrens ist somit abzuweisen.

4.2 Nachfrist zur Einreichung einer ergänzenden Beschwerdeschrift

37 Ebenfalls in ihrer ersten Eingabe beantragt die Gesuchstellerin, ihr sei im Nachgang an die Entscheidung der swissgrid AG eine angemessene Frist zur Einreichung einer ergänzenden Beschwerdeschrift im Sinne von Artikel 53 VwVG anzusetzen (act. 1, S. 2).

38 Wie oben bereits ausgeführt ist die swissgrid AG nicht ermächtigt, Verfügungen im Bereich des Kraftwerkstarifs zu erlassen (Rz. 22 ff.). Eine Verfügung der swissgrid AG ist daher nicht zu erwarten. Es handelt sich folglich nicht um ein Beschwerdeverfahren, sondern um ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren. Artikel 53 VwVG sieht im Beschwerdeverfahren die Möglichkeit der Einreichung einer ergänzenden Beschwerdeschrift vor. Vorliegend handelt es sich jedoch um ein erstinstanzliches Verfahren.

39 Der Antrag der Gesuchstellerin zur Einreichung einer ergänzenden Beschwerdeschrift ist daher abzuweisen. Im Übrigen hat die ElCom der Gesuchstellerin bereits die Möglichkeit eingeräumt, im Nachgang zur Eröffnung eines erstinstanzlichen Verfahrens ihre Rechtsschrift zu ergänzen (act. 3).

4.3 Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels

40 In ihrer ergänzenden Eingabe beantragt die Gesuchstellerin, es sei im vorliegenden Verfahren ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen (act. 7, S. 2).

41 Vorliegend ist die Frage streitig, ob die ElCom gegenüber der Gesuchstellerin eine neue Regelung erlassen kann, welche die gegenüber der Gesuchstellerin rechtskräftigen Verfügungen vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 abändert. Wie bereits oben ausgeführt, ist die swissgrid AG im vorliegenden Verfahren nicht Partei (vgl. Rz. 14). Zudem erweist sich der Sachverhalt als liquid. Die ElCom hat daher keinen zweiten Schriftenwechsel angeordnet und die swissgrid AG wurde nicht zur Stellungnahme eingeladen. Folglich besteht für die Gesuchstellerin materiell auch nicht die Möglichkeit, zu Eingaben der swissgrid AG Stellung zu nehmen. Der Antrag der Gesuchstellerin ist daher abzuweisen.

42 Die ElCom hat im Übrigen mehrmals und auch im Rahmen von bereits erlassenen Verfügungen zum gleichen Thema (vgl. Verfügung der ElCom vom 14. Januar 2011 [952-10-045], welche zurzeit beim Bundesverwaltungsgericht angefochten ist [A-1175/2011] und Verfügungen der ElCom vom 17. Februar 2011 [952-11-002 und 952-11-003]) offiziell kommuniziert, dass der Kraftwerkstarif für diejenigen Parteien, welche gegen die Verfügungen der ElCom vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 keine Beschwerde geführt haben, weiterhin anwendbar bleibt.

4.4 Erlass einer anfechtbaren Verfügung zur Art des Verfahrens

43 In ihrer ergänzenden Beschwerdeschrift stellt die Gesuchstellerin den Antrag, falls das vorliegende Verfahren nicht auf eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG in Verbindung mit Artikel 22 Absatz 2 StromVG ausgerichtet ist, sei über die Art des vorliegenden Verfahrens mit einer anfechtbaren Verfügung zu entscheiden (act. 7, S. 2). Zur Begründung bringt die Gesuchstellerin vor, sie gehe davon aus, dass ihre Eingabe in einem Verfahren nach Artikel 5 VwVG in Verbindung mit Artikel 22 Absatz 2 StromVG entgegengenommen werde. Sollte die ElCom diesbezüglich eine abweichende Auffassung vertreten, beantrage sie den Erlass einer anfechtbaren Verfügung (act. 7, Rz. 6).



- 44 Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich vorliegend nicht um ein Beschwerdeverfahren, sondern um ein erstinstanzliches Verfahren (vgl. Rz. 22 ff.). Die ElCom äussert sich daher zu den Eingaben der Gesuchstellerin im Rahmen einer Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG und damit eines formellen Verfahrens gemäss VwVG. Die Frage der Natur des vorliegenden Verfahrens wird damit in der vorliegenden Verfügung implizit mitbehandelt.
- 45 Folglich ist der Antrag der Gesuchstellerin um Erlass einer anfechtbaren Verfügung gegenstandslos.

5 Wiedererwägungsgesuch

5.1 Allgemeines

- 46 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). Damit sind die beiden Verfügungen für die Gesuchstellerin, welche die Ziffern zum Kraftwerkstarif nicht innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Bundesverwaltungsgericht angefochten hat, formell rechtskräftig (vgl. auch Verfügung der ElCom vom 17. Januar 2011, 952-10-045, Rz. 14).
- 47 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). Für die Prüfung des vorliegenden Wiedererwägungsgesuchs gelten damit die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Voraussetzungen für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen.
- 48 Grundsätzlich kann eine Behörde auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückkommen, wenn sie feststellt, dass sich die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände seit Erlass der Verfügung geändert haben, so dass die Verfügung aus jetziger Sicht unrichtig erscheint (nachträgliche Fehlerhaftigkeit der Verfügung). Ein Rückkommen ist auch bei ursprünglicher Fehlerhaftigkeit einer Verfügung möglich (falsche Erhebung des Sachverhalts oder rechtlich unrichtige Würdigung des Sachverhalts; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, § 31 Rz. 19).
- 49 Nachfolgend ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob Rückkommensgründe vorliegen (Eintretensfrage). Liegen solche vor, ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob es Gründe für eine Änderung der Verfügung gibt.

5.2 Prüfung des Wiedererwägungsgesuchs

- 50 Bei einer Wiedererwägung auf Antrag einer Partei ist es Sache der Gesuchstellerin, das Vorliegen von Rückkommensgründen darzutun. Fehlen anerkannte Rückkommensgründe, ist das Wiedererwägungsgesuch als formloser Rechtsbehelf zu behandeln. Ein Wiedererwägungsgesuch ist grundsätzlich ein formloser Rechtsbehelf. Wenn gesetzlich nichts anderes vorgesehen ist, besteht in der Regel kein Anspruch auf Eintreten. Das Eintreten liegt im Ermessen der Behörde.



5.2.1 Vorliegen von Rückkommensgründen

- 51 In Praxis und Lehre sind folgende typische Rückkommensgründe anerkannt (vgl. zum Folgenden: PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, § 31 Rz. 36 ff.).
- 52 *Revisionsähnliche Gründe (Art. 66 VwVG):* Das Zurückkommen auf ursprünglich fehlerhafte Verfügungen ist aus revisionsähnlichen Gründen zulässig. Diese liegen vor, wenn ein Entscheid durch ein Verbrechen oder Vergehen beeinflusst wurde, wenn sich neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel ergeben oder wenn aktenkundige erhebliche Tatsachen oder bestimmte Begehren übersehen wurden. Revisionsähnliche Gründe sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich und werden von der Gesuchstellerin auch nicht geltend gemacht.
- 53 *Rückkommen wegen unrichtiger Rechtsanwendung:* Eine Verfügung kann wegen falscher Rechtsanwendung ursprünglich fehlerhaft sein. Falsche Rechtsanwendung ist jedoch grundsätzlich mittels Beschwerde geltend zu machen. Es gibt zwei Ausnahmen:
- *Dauerverfügungen (Wirkungen über eine längere Zeitspanne):* Die Verfügung 952-08-005 legt den Kraftwerkstarif gemäss Artikel 31b Absatz 2 StromVV für das Jahr 2009 fest, die Verfügung 952-09-131 für das Jahr 2010. Damit handelt es sich um einen zeitlich abgeschlossenen Sachverhalt. Es ist daher nicht von einer Dauerverfügung auszugehen.
 - *Schwerwiegende materielle Fehler:* Ein Zurückkommen auf urteilsähnliche Verfügungen ist ausnahmsweise zulässig, wenn die Verfügung schwerwiegende materielle Fehler hat und die unveränderte Aufrechterhaltung der Verfügung zu einem „stossenden und dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufenden Ergebnis“ führen würde. Dies ist vorliegend ebenfalls nicht der Fall. Es handelt sich zwar um relativ grosse finanzielle Belastungen der Kraftwerke. Jedoch ist die Belastung begrenzt auf die Jahre 2009 und 2010. Zudem deutet die Tatsache, dass die Gesuchstellerin keine Beschwerde gegen den Kraftwerkstarif erhoben hat – obwohl dieser bereits im Verfahren vor der ElCom umstritten war – darauf hin, dass die Belastung nicht als schwerwiegend wahrgenommen wird. Verwaltungsakte, die sich auf eine fehlende gesetzliche Grundlage stützen, sind grundsätzlich bloss anfechtbar (BGE 98 Ia 568 E. 4 S. 571 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2006, Rz. 951 ff.). Die Gesuchstellerin hat es jedoch unterlassen, eine Beschwerde einzureichen. Das Bundesverwaltungsgericht hat denn auch in seinem Urteil keine Nichtigkeit der entsprechenden Dispositivziffern festgestellt. Vielmehr hat es die entsprechenden Dispositivziffern explizit nur in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben. Den Verfügungen haftet damit kein schwerwiegender materieller Fehler an (vgl. auch Verfügung der ElCom vom 17. Januar 2011, 952-10-045, Rz. 21).
- 54 *Nachträgliche Änderung des Sachverhalts:* Der Sachverhalt hat sich nicht nachträglich geändert. Dies wird von der Gesuchstellerin auch nicht vorgebracht.
- 55 *Nachträgliche Änderung der Rechtslage:* Die Rechtslage hat sich nachträglich nicht geändert. Das Bundesverwaltungsgericht hat lediglich in einem Urteil die Anwendbarkeit von Artikel 31b StromVV in Bezug auf die betreffende Beschwerdeführerin ausgeschlossen.
- 56 Schliesslich besteht nach der bundesgerichtlichen Praxis aus Artikel 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ein Anspruch auf Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch, wenn sich die Umstände seit dem Entscheid wesentlich geändert haben



oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorbringt, die im Verfahren nicht bekannt waren.

- 57 Die Gesuchstellerin bringt keine neuen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel vor. Auch haben sich die Verhältnisse – in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht – seit der Verfügung nicht wesentlich geändert. In der Zwischenzeit hat lediglich das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf eine Beschwerdeführerin – ausgelöst durch deren Beschwerde – gewisse Ziffern der Verfügung vom 6. März 2009 aufgehoben.
- 58 Es liegen damit keine anerkannten Gründe vor, welche ein Rückkommen auf die Verfügung vom 6. März 2009 und die Verfügung vom 4. März 2010 rechtfertigen würden. Damit reduziert sich die Frage der vorliegenden Wiedererwägung auf einen formlosen Rechtsbehelf.

5.2.2 Wiedererwägungsgesuch als formloser Rechtsbehelf

- 59 Grundsätzlich ist bei einer Wiedererwägung zwischen dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts und der Rechtsgleichheit einerseits und dem Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (Interesse des Adressaten am Fortbestand der Verfügung) andererseits abzuwägen. Letztere fallen insbesondere bei einer Änderung zulasten von Betroffenen ins Gewicht (vgl. Urteil BVGer vom 23. Juni 2008, A-8636/2007, E. 4).
- 60 Vorliegend liesse sich argumentieren, eine Wiedererwägung der Ziffer 2 Satz 2 und Ziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009 sowie der Ziffer 4 Satz 2 und Ziffer 5 der Verfügung vom 4. März 2010 erfolge lediglich zu Gunsten der Gesuchstellerin beziehungsweise der Betreiber von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW. Diese Sichtweise greift jedoch zu kurz: Die fehlenden Zahlungen der Kraftwerke würden die Netzbetreiber und die direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbraucher belasten. Damit würde eine Wiedererwägung zwar zu Gunsten der Gesuchstellerin, jedoch zu Ungunsten der Netzbetreiber und der direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbraucher ausfallen. Fällt eine Wiedererwägung jedoch auch zu Lasten anderer Parteien aus, sind die Anforderungen an die Rückkommens- und Änderungsgründe im Sinne der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes höher anzusetzen.
- 61 Die Gesuchstellerin bringt vor, ihre Interessen seien vom Umfang her ganz anders beschaffen als die Interessen von Netzbetreibern und/oder direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern und könnten diese daher kaum überwiegen (act, 7, Rz. 37). Sie führt nicht weiter aus, inwieweit ihre Interessen mehr betroffen sind. Dies ändert nichts daran, dass eine Wiedererwägung zu Ungunsten der Netzbetreiber und den am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern ausfallen würde. Dies stellt an die Rückkommens- und Änderungsgründe höhere Ansprüche.
- 62 Auf das Wiedererwägungsgesuch ist daher nicht einzutreten (vgl. auch Verfügung der ElCom vom 17. Januar 2011, 952-10-045, Rz. 28).
- 63 In ihrer ergänzenden Eingabe bringt die Gesuchstellerin vor, die Verfügungen der ElCom vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 seien in verschiedener Hinsicht fehlerhaft, würden schwerwiegende Mängel aufweisen und stützten sich auf den in mehrfacher Hinsicht fehlerbehafteten Artikel 31b StromVV. Die Tarifverfügungen 2009 und 2010 würden sich daher in Bezug auf die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Zahlung von SDL-Akontobeiträgen als nichtig erweisen (act, 7, Rz. 30 ff. und Rz. 38). Es trifft zu, dass das Bundesverwaltungsgericht Artikel 31b StromVV als verfassungs- und gesetzeswidrig erklärt hat und die entsprechenden Ziffern der Verfügungen in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010, A-2607/2009). Das Bun-



des Verwaltungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, Artikel 31b StromVV sei nichtig. Daraus folgt, dass Artikel 31b StromVV nicht ab Inkrafttreten nichtig war und von der ElCom in ihren Verfügungen grundsätzlich angewendet werden konnte. Im Weiteren haben materiell fehlerhafte Verfügungen in der Regel nur die Anfechtbarkeit und nicht die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge (BVR 2000 S. 77 (83); PIERRE MOOR, Droit administratif, Band II, S. 321; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 981; MAX IMBODEN MAX/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1986, Entscheid Nr. 40, S. 243). Folglich hätten die Verfügungen der ElCom vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 für die Gesuchstellerin im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben werden können. Die Verfügungen der ElCom sind jedoch nicht nichtig.

- 64 Die Gesuchstellerin beruft sich am Rande auf das Gleichbehandlungsgebot: Die Gesuchstellerin werde unter Ungleichbehandlung gegenüber anderen Kraftwerksbetreibern in substantiellem Umfang belastet (act. 7, Rz. 36). Eine Ungleichbehandlung liegt nicht vor. Die Gesuchstellerin hat – anders als die beschwerdeführenden Kraftwerke – keine Beschwerde innerhalb der Rechtsmittelfrist eingereicht. Damit ist die Verfügung für sie – anders als für die beschwerdeführenden Kraftwerke – formell rechtskräftig geworden. Es handelt sich damit nicht um vergleichbare Sachverhalte. Das Gleichbehandlungsgebot verleiht den Anspruch, dass vergleichbare Sachverhalte von der gleichen Behörde rechtsgleich behandelt werden (REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 352). Vorliegend hat die ElCom im Rahmen der Verfügung alle Parteien gleich behandelt. Die Ungleichbehandlung wird dadurch verursacht, dass in Bezug auf die beschwerdeführenden Kraftwerke das Bundesverwaltungsgericht die betreffenden Dispositivziffern aufgehoben hat beziehungsweise voraussichtlich aufheben wird.
- 65 Weiter bringt die Gesuchstellerin vor, sie habe die Beträge unter Bedingungen und Vorbehalten entrichtet (act. 1, Rz. 40). Die Pflicht der Gesuchstellerin zur Bezahlung des Kraftwerkstarifs ergibt sich aus den formell rechtskräftigen Verfügungen der ElCom. Diese öffentlich-rechtliche Pflicht kann von der Gesuchstellerin nicht mit einem privaten Vorbehalt ausgeräumt werden. Dieser Vorbehalt hat demnach im öffentlichen Recht nicht eine mit dem Privatrecht vergleichbare Bedeutung.
- 66 Die Gesuchstellerin bringt zudem vor, die Anforderungen an das Legalitätsprinzip seien im Abgaberecht besonders hoch (act. 7, Rz. 33). Die Frage, ob es sich vorliegend überhaupt um eine öffentliche Abgabe handelt, kann hier offen gelassen werden. Das Argument der Gesuchstellerin deutet darauf hin, dass sie von einem schwerwiegenden materiellen Fehler in der Verfügung vom 6. März 2009 ausgeht. Ein solcher Fehler liegt jedoch nicht vor (vgl. Rz. 53). Die Missachtung des Gesetzmässigkeitsprinzips im Abgaberecht führt grundsätzlich nur zur Anfechtbarkeit des betreffenden Verwaltungsaktes (BGE 98 Ia 568 E. 5b S. 574). Insbesondere ist festzuhalten, dass auch das Bundesverwaltungsgericht die Dispositivziffern, welche sich auf Artikel 31b StromVV stützen, nur in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben hat. Es hat die entsprechenden Ziffern nicht als nichtig beurteilt.
- 67 Schliesslich argumentiert die Gesuchstellerin, durch die massive finanzielle Belastung werde sie in ihrer Wirtschaftsfreiheit beschränkt (Art. 27 BV). Eine solche Beschränkung sei nur auf Basis einer klaren formell-gesetzlichen Grundlage zulässig. Falls die Wirtschaftsfreiheit vorliegend überhaupt betroffen ist – was hier offen gelassen werden kann – und keine genügende gesetzliche Grundlage für einen Eingriff vorliegt, führte dies nur zur Anfechtbarkeit der ursprünglichen Verfügungen. Die Gesuchstellerin hat diese Verfügungen jedoch nicht angefochten.
- 68 Zusammenfassend liegen mithin keine Interessen vor, welche das Interesse an Rechtssicherheit und Vertrauensschutz – und damit das Interesse am Fortbestand der Verfügung – überwiegen.



5.3 Fazit

- 69 Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen kann auf eine Wiedererwägung nicht eingetreten werden.

6 Akontobeiträge

- 70 Die Gesuchstellerin bringt vor, bei den erhobenen Beträgen handle es sich um reine Akontobeiträge; die Höhe der abschliessenden Belastung werde durch die Tarifverfügungen nicht festgelegt (act. 7, Rz. 22 ff.). Diese Beiträge seien von der Gesuchstellerin daher auf provisorischer Basis bezahlt worden. Ihr müsse der Rechtsweg für die abschliessende Belastung durch allgemeine SDL-Kosten offen stehen (act. 7, Rz. 25 ff.).
- 71 Gemäss Ziffer 2 der Verfügung vom 6. März 2009 und Ziffer 4 der Verfügung vom 4. März 2010 werden den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern 0.40 Rp./kWh entsprechend der bezogenen elektrischen Energie angelastet. Die restlichen Kosten dürfen nicht den Endverbrauchern angelastet werden. Der Akontoverrechnungssatz für Systemdienstleistungen für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW wurde für das Jahr 2009 auf 0.45, für das Jahr 2010 auf 0.42 festgelegt. Der Gesuchstellerin werden zu einem späteren Zeitpunkt entsprechend den von der ElCom genehmigten tatsächlichen SDL-Kosten von der Swissgrid AG Zahlungen zurückerstattet oder nachbelastet. Diese Abrechnung kann nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Verfügungsdispositivs auch unterjährig erfolgen (Ziffer 3 der Verfügung vom 6. März 2009 und Ziffer 5 der Verfügung vom 4. März 2010). Die Swissgrid AG hat demnach in Vollzug der Verfügung der ElCom vom 6. März 2009 den Akontosatz entsprechend der voraussichtlich zu erwartenden SDL-Kosten für das Jahr 2009 unterjährig angepasst. Die definitive Abrechnung erfolgt nach Genehmigung der SDL-Kosten 2009 durch die ElCom.
- 72 Zur Genehmigung der gesamten SDL-Kosten 2009 hat die ElCom ein Verfahren eröffnet (925-09-004). Dieses Verfahren wurde mit Verfügung vom 14. April 2011 abgeschlossen (abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen). Auch die Gesuchstellerin hatte in diesem Verfahren Parteistellung. Der Rechtsweg gegen diese Verfügung steht ihr also offen. Gegenstand jenes Verfahrens war nicht die Anlastung der SDL-Kosten an die Betreiber von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW, sondern nur die Genehmigung des Totals der SDL-Kosten.
- 73 Damit wurde die Kostenanlastung für allgemeine Systemdienstleistungen für die Gesuchstellerin mit Verfügung vom 6. März 2009 und mit Verfügung vom 4. März 2010 bereits rechtskräftig verfügt. Auch die Modalitäten für die Anlastung allfälliger Zusatzkosten wurden dabei für die Gesuchstellerin rechtskräftig festgelegt. Die Verfügung vom 14. April 2011 ändert nichts an der Zahlungspflicht der Gesuchstellerin, sondern regelt nur die Genehmigung des Totals der tatsächlichen SDL-Kosten

7 Zusicherung

- 74 Die Gesuchstellerin beruft sich auf den Vertrauensgrundsatz (Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101; act. 1 Rz. 44 ff.). Sie beruft sich insbesondere auf die Aussage der swissgrid AG im Schreiben vom 9. Juni 2009 (act. 1, Beilage 5), dass im Fall eines rechtskräftigen Entscheides gegenüber swissgrid, welcher die Anwendung von Artikel 31b StromVV als nicht rechtmässig feststelle, allenfalls zu viel erhobene Akontobeiträge inklusive einer angemessenen Verzinsung zurück erstattet würde.



- 75 Der Grundsatz des Vertrauensschutzes fliesst als verfassungsmässiges Recht aus Artikel 9 BV. Private dürfen sich demnach auf behördliches Verhalten verlassen. So kann sich der Private unter gewissen Voraussetzungen auf amtliche Auskünfte und Zusicherungen, welche sich hinterher als unzutreffend erweisen, berufen, wie wenn sie richtig gewesen wären (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERMANN/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, § 22 Rz. 15).
- 76 Es ist bereits fraglich, ob die Aussage der swissgrid AG überhaupt eine Zusicherung zur Rückzahlung im vorliegenden Fall darstellt. Die Aussage spricht von einem „rechtskräftigen Entscheid gegenüber swissgrid“. Die Verfügungen vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 sind für die Gesuchstellerin rechtskräftig. Damit sind auch die entsprechenden Ziffern der Verfügungen, welche den Kraftwerkstarif in Anwendung von Artikel 31b StromVV festlegen, rechtskräftig. Es liegt daher kein rechtskräftiger Entscheid für die Gesuchstellerin vor, welcher feststellen würde, dass die Anwendung von Artikel 31b StromVV nicht rechtmässig ist. Die allgemeine Formulierung der swissgrid AG rührt wohl auch daher, dass sie vom Bundesverwaltungsgericht erst mit Zwischenverfügung vom 19. Februar 2010 in die hängigen Beschwerdeverfahren als Beschwerdegegnerin einbezogen wurde. Daher wusste die swissgrid AG auch erst zu diesem Zeitpunkt, welche konkreten Kraftwerke gegen den Kraftwerkstarif Beschwerde erhoben haben (vgl. etwa Zwischenverfügung vom 19. Februar 2010, A-2607/2009).
- 77 Für die Berufung auf Artikel 9 BV müsste es sich zusätzlich um eine behördliche Zusicherung handeln. Eine Behörde können auf Bundesebene auch Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung sein, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen (Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG).
- 78 Die Gesuchstellerin argumentiert, die Versorgungssicherheit stelle ein öffentliches Interesse dar, womit der Gesetzgeber der swissgrid AG die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe übertragen habe. Artikel 20 Absatz 2 StromVG weist der swissgrid AG gewisse Aufgaben zu. Eine blosse gesetzliche Verpflichtung von Privaten stellt für sich jedoch noch keine staatliche Aufgabe dar. Vielmehr liegt eine staatliche Aufgabe nur vor, wenn die Erfüllung der Aufgabe primär beim Staat liegt, der Staat diese Aufgabe aber auslagert und einem Privaten überträgt (PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, S. 79 f.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Weder Verfassung noch Gesetz sehen vor, dass der Staat die Energieversorgung des Landes vornimmt. Im Gegenteil ist nach Artikel 4 Absatz 2 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG; SR 730) die Energieversorgung Sache der Energiewirtschaft. Die swissgrid AG nimmt daher mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes keine übertragene öffentlich-rechtliche Aufgabe des Bundes wahr. Das blosse Handeln im öffentlichen Interesse begründet noch keine Staatsaufgabe. Die swissgrid AG ist daher auch keine Behörde und kann folglich über die Rückzahlung des Kraftwerkstarifs keine behördlichen Zusicherungen abgeben (vgl. auch vorne Rz. 28).

8 Verwaltungsrechtlicher Vertrag

- 79 Die Gesuchstellerin bringt vor, sie habe der swissgrid AG im Schreiben vom 27. März 2009 mitgeteilt, sie würde zusätzliche Akontozahlungen entrichten, wenn die swissgrid AG im Gegenzug versichere, dass bei Erfolg der Drittverfahren vor Bundesverwaltungsgericht gegen die Anwendung von Artikel 31b StromVG die Gesamtheit aller für SDL-Kosten geleisteter Beiträge zurückerstattet würde (vgl. act. 7, Beilage 10). Es ist vorab festzuhalten, dass der Wortlaut des Schreiben von „en cas de succès des recours déposé à l'encontre de l'application de l'article 31b OApEL“ spricht. Der Begriff Drittverfahren wird dabei nicht verwendet.



- 80 Die swissgrid AG hat in ihrem Schreiben vom 9. Juni 2009 festgehalten, dass man im Fall eines rechtskräftigen Entscheides gegenüber swissgrid, welcher die Anwendung von Artikel 31b StromVV als nicht rechtmässig feststelle, allenfalls zu viel erhobene Akontobeiträge inklusive einer angemessenen Verzinsung zurück erstatten werde (act. 1, Beilage 5). Da die Gesuchstellerin keine Beschwerde gegen die Verfügungen der ElCom vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 geführt hat, liegt kein rechtskräftiger Entscheid eines Gerichts vor. Vielmehr ist die Verfügung der ElCom für die Gesuchstellerin rechtskräftig geworden.
- 81 Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist eine Vereinbarung, welche auf übereinstimmender Willenserklärung beruht und ein konkretes Verwaltungsrechtsverhältnis regelt. Für das Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags ist die Rechtsnatur der Vertragsparteien grundsätzlich nicht wesentlich. Die Beteiligung eines Gemeinwesens an einem Vertrag heisst nicht, dass es sich automatisch um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag handelt; umgekehrt kann ein Vertrag unter Privaten allenfalls ein verwaltungsrechtlicher Vertrag darstellen, wenn ein Vertragspartner in Erfüllung einer ihm übertragenen Verwaltungsaufgabe handelt (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, § 33 Rz. 2 und Rz. 14).
- 82 Vorliegend handelt es sich nicht um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag. Die swissgrid AG nimmt keine ihr übertragene Verwaltungsaufgabe wahr (vgl. Rz. 78) und kann damit nicht einen verwaltungsrechtlichen Vertrag abschliessen. Zudem vollzieht die swissgrid AG mit der Rechnungsstellung die für die Gesuchstellerin rechtskräftige Verfügung. Eine solche sich aus der rechtskräftigen Verfügung ergebende Verpflichtung könnte per se nicht durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag abgeändert werden.

9 Privatrechtlicher Vertrag

- 83 Schliesslich bringt die Gesuchstellerin vor, das Schreiben der swissgrid AG in Verbindung mit ihrem eigenen Schreiben begründe einen privatrechtlichen Vertrag. Auch hier gilt unabhängig von der Frage, ob ein solcher Vertrag überhaupt entstanden ist, dass die Gesuchstellerin aufgrund einer rechtskräftigen Verfügung verpflichtet ist, den Kraftwerkstarif zu bezahlen. Eine solche öffentlich-rechtliche Pflicht kann nicht mittels privatrechtlicher Vereinbarung abgeändert werden (vgl. auch Rz. 65).
- 84 Die Gesuchstellerin bringt zudem vor, die Nichtbezahlung geschuldeter Verbindlichkeiten seitens der swissgrid AG würde der Zwecksetzung der Elektrizitätsgesetzgebung gemäss Artikel 1 StromVG zuwiderlaufen (act. 7, Rz. 57). Gemäss Artikel 1 Absatz 1 StromVG bezweckt das Stromversorgungs-gesetz die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen. Es wurde bereits erläutert, dass die Verpflichtung zur Bezahlung des Kraftwerkstarifs aus Artikel 31b StromVV und aus den Verfügungen der ElCom vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 folgt, welche für die Gesuchstellerin mangels Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig geworden sind. Folglich kann diese Verpflichtung nicht durch einen Vertrag, sei er verwaltungs- oder privatrechtlicher Natur, abgeändert werden. Selbst wenn die swissgrid AG sich vertragswidrig geweigert hätte, der Gesuchstellerin den Kraftwerkstarif zurückzuzahlen, ist der Zusammenhang mit den Zielen des StromVG nicht ersichtlich. Die Gesuchstellerin legt denn auch nicht genügend dar, inwieweit die sichere Elektrizitätsversorgung und der wettbewerbsorientierte Elektrizitätsmarkt gefährdet wäre.



10 Gebühren

- 85 Die ElCom 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).
- 86 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken.
- 87 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]). Die Gesuchstellerin hat diese Verfügung durch Einreichen ihres Gesuchs veranlasst. Die Gebühren sind daher von der Gesuchstellerin zu tragen.



III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Verfahrensanträge der Gesuchstellerin werden abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos sind.
2. Die Anträge der Gesuchstellerin werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde.
3. Auf das Wiedererwägungsgesuch wird nicht eingetreten.
4. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird der Gesuchstellerin auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
5. Die Verfügung wird der Gesuchstellerin mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 12. Mai 2011

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer ElCom

Versand:



Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]

Mitzuteilen an:

- swissgrid AG, Regulierung, 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, 3000 Bern 14, 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.