



Entscheid ist noch
nicht rechtskräftig.

Referenz/Aktenzeichen: 952-11-048

Bern, 16. Februar 2012

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: [...]

(Gesuchstellerin)

und **swissgrid AG**, Regulierung, Dammstrasse 3, 5070 Frick

(Verfahrensbeteiligte)

betreffend Gesuch um Kostenverfügung und Rückerstattung betreffend SDL-Kosten der Jahre 2009 und 2010 (Kraftwerkstarif)



Inhaltsverzeichnis

I Sachverhalt	3
II Erwägungen	5
1 Zuständigkeit	5
2 Parteien	5
3 Kostenverfügung und Rückerstattungsgesuch	6
3.1 Ausgangslage	6
3.1.1 Kein Wiedererwägungsgesuch	6
3.1.2 Anspruch auf Erlass einer Kosten- und Leistungsverfügung	7
3.2 Erlass einer Kostenverfügung (Rechtsbegehren 1)	7
3.2.1 Kostentragungspflicht	8
3.2.2 Kostenverfügung und akzessorische Normenkontrolle	9
3.2.3 Tarifverfügungen als Zwischenverfügungen	10
3.3 Rückerstattung der Akontobeträge (Rechtsbegehren 2)	10
3.3.1 Formell rechtskräftige Verfügung	10
3.3.2 Unter Vorbehalt geleistete Akontozahlungen	11
3.4 Verzinsungspflicht (Rechtsbegehren 3)	12
4 Fazit	12
5 Gebühren	12
III Entscheid	13
Rechtsmittelbelehrung	14



I Sachverhalt

- 1 Am 6. März 2009 erliess die ElCom im Rahmen der Tarifprüfung für die Netznutzung auf Netzebene 1 (Übertragungsnetz) und die Systemdienstleistungen eine Verfügung (Tarifverfügung 2009, Ref. 952-08-005), worin sie für das Jahr 2009 gestützt auf Artikel 31b Absatz 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) den Tarif für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL) für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 Megawatt (MW, sog. Kraftwerkstarif) auf 0.45 Rappen/kWh festlegte. Die swissgrid AG als nationale Netzgesellschaft und somit Betreiberin des schweizerischen Übertragungsnetzes gemäss Artikel 18 ff. des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (StromVG; SR 734.7) wurde verpflichtet, bei diesen Kraftwerken eine Erhebung der effektiv erzeugten Bruttoenergie vorzunehmen und die genehmigten anrechenbaren SDL-Kosten individuell nachzubelasten bzw. gutzuschreiben (vgl. Dispositivziffer 3 der Verfügung).
- 2 Mit Verfügung vom 4. März 2010 legte die ElCom für das Jahr 2010 den Kraftwerkstarif für allgemeine SDL auf 0.42 Rappen/kWh fest (Tarifverfügung 2010, Ref. 952-09-131). Die swissgrid AG wurde wiederum verpflichtet, eine Erhebung der erzeugten Bruttoenergie vorzunehmen und die SDL-Kosten individuell abzurechnen (vgl. Dispositivziffer 5 der Verfügung). In Bezug auf den Kraftwerkstarif stützte sich die ElCom bei beiden Verfügungen auf Artikel 31b Absatz 2 StromVV. Diese Bestimmung besagt, dass die nationale Netzgesellschaft den Teil der Kosten für SDL, der mit dem in Artikel 31b Absatz 1 StromVV festgelegten Tarif von 0.4 Rappen/kWh nicht gedeckt werden kann, den Betreibern dieser Kraftwerke (≥ 50 MW) anteilmässig individuell in Rechnung zu stellen hat.
- 3 Gegen die Verfügung der ElCom vom 6. März 2009 haben mehrere am erstinstanzlichen Verfahren vor der ElCom beteiligte Kraftwerksbetreiber Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Im Piloturteil vom 8. Juli 2010 (A-2607/2009) stellte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle fest, Artikel 31b Absatz 2 StromVV sei gesetzes- und verfassungswidrig und deshalb nicht anwendbar. Artikel 31b Absatz 1 StromVV sei insofern gesetzeswidrig, als er bestimme, dass den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern nur ein Tarif für allgemeine SDL zu höchstens 0.4 Rappen/kWh in Rechnung gestellt werden könne. Das Bundesverwaltungsgericht hob entsprechend die Ziffer 2 Satz 2 sowie die Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der ElCom vom 6. März 2009 mit Bezug auf die Beschwerde führenden Kraftwerke auf. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab (Dispositivziffer 1 des Urteils). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist unangefochten geblieben und somit in Rechtskraft erwachsen.
- 4 Gegen die Tarifverfügung 2010 wurde von einzelnen am erstinstanzlichen Verfahren beteiligten Parteien ebenfalls Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Die entsprechenden Verfahren sind derzeit sistiert.
- 5 Die Gesuchstellerin war in beiden Verfahren vor der ElCom Partei und hat gegen die Tarifverfügungen 2009 und 2010 keine Beschwerde erhoben. Auch weitere Kraftwerke haben die Verfügungen nicht mit Beschwerde angefochten. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht Artikel 31b Absatz 2 StromVV als gesetzes- und verfassungswidrig erklärt hat, haben einzelne dieser Kraftwerke die ElCom ersucht, die Tarifverfügungen 2009 und 2010 in Wiedererwägung zu ziehen. Auf Gesuche um Wiedererwägung in dieser Sache ist die ElCom jeweils nicht eingetreten, mit der Begründung, die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung seien nicht gegeben und das Bundesverwaltungsgericht habe keine Nichtigkeit der entsprechenden Dispositivziffern der Tarifverfügungen 2009 und 2010 festgestellt (vgl. Verfügungen vom 13. Januar 2011, Verfügung vom 17. Februar 2011 und Verfügung vom 17. März 2011, abrufbar unter www.elcom.admin.ch → Dokumentation → Verfügungen → Netzzugang / Netznutzung /



Systemdienstleistungen, sowie Newsletter 01/2011 der ECom vom 13. Januar 2011, abrufbar unter www.elcom.admin.ch → Dokumentation → Newsletter).

- 6 Nachdem die Gesuchstellerin gegen die Tarifverfügungen 2009 (Ref. 952-08-005) und 2010 (Ref. 952-09-131) weder eine Beschwerde erhoben noch ein Wiedererwägungsgesuch gestellt hatte und die Verfahrensbeteiligte eine Rückzahlung der geleisteten Akontobeiträge abgelehnt hatte (vgl. act. 1, Beilagen 1 und 2), stellte die Gesuchstellerin am 30. Juni 2011 bei der ECom ein Gesuch mit den folgenden Rechtsbegehren (act. 1):

1. *Es sei eine Kostenverfügung zu erlassen und darin festzuhalten, dass die Kostentragungspflicht der Gesuchstellerin bezüglich der der swissgrid entstandenen SDL-Kosten für die Jahre 2009 und 2010 CHF 0 (null) beträgt;*
2. *Es sei die swissgrid zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Betrag von CHF [...] zuzüglich bis 31. Mai 2011 aufgelaufener Zinsen im Betrage von CHF [...] sowie zuzüglich Zins in der Höhe von 5 % auf CHF [...] seit 31. Mai 2011 zu leisten;*
3. *unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der swissgrid.*

Im Gesuch weist die Gesuchstellerin ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei ihrem Gesuch nicht um ein Wiedererwägungsgesuch bezüglich der Tarifverfügungen 2009 und 2010 handle (act. 1, Rz. 6 und 18). Es handle sich hingegen um ein Gesuch um Erlass einer Kostenverfügung (Rechtsbegehren 1) und um Erlass einer Leistungsverfügung (Rechtsbegehren 2) betreffend die Rückerstattungsforderung gegenüber der swissgrid AG (vgl. act. 1, Überschrift vor Rz. 2 ff.).

- 7 Mit Schreiben vom 12. Juli 2011 änderte die Gesuchstellerin Ziffer 2 des Rechtsbegehrens wie folgt ab (act. 2):

„Es sei die swissgrid zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Betrag von CHF [...] (inkl. MWSt) zuzüglich bis 31. Mai 2011 aufgelaufener Zinsen im Betrage von CHF [...] sowie Zins in der Höhe von 5 % auf CHF [...] seit 31. Mai 2011 zu leisten.“

- 8 Mit Schreiben vom 15. Juli 2011 teilte die ECom den Parteien die Eröffnung eines Verfahrens nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) mit (act. 5 und 6). Gleichzeitig wurde die Verfahrensbeteiligte eingeladen, zu den Anträgen der Gesuchstellerin eine Stellungnahme einzureichen (act. 6).

- 9 Mit Stellungnahme vom 30. September 2011 liess sich die Verfahrensbeteiligte zum Gesuch vernehmen und stellte folgende Anträge (act. 11):

1. *Hinsichtlich der Beurteilung, ob der Gesuchstellerin ein Rückerstattungsanspruch für die geleisteten Akonto-Zahlungen für Systemdienstleistungen der swissgrid AG zusteht, verzichtet die swissgrid ag ausdrücklich auf einen Antrag.*
2. *Im Falle einer Gutheissung des Gesuchs seien Verzugszinsen, falls überhaupt, erst ab dem Zeitpunkt der gehörigen Mahnung, das heisst ab Einreichung des Gesuchs vom 30. Juni 2011, geschuldet. Die ECom habe diesbezüglich von Amtes wegen eine rechtsgleiche Behandlung der mit Akonto-Zahlungen belasteten Kraftwerke zu gewährleisten.*
3. *Der swissgrid ag seien unabhängig vom Verfahrensausgang keine Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuerlegen.*



- 10 Am 27. Oktober 2011 reichte die Gesuchstellerin Bemerkungen zur Stellungnahme der Verfahrensbeeteiligte vom 30. September 2011 ein (act. 15), wozu sich die Verfahrensbeeteiligte mit Eingabe vom 28. November 2011 wiederum vernehmen liess (act. 19). Dazu reichte die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 12. Dezember 2011 Bemerkungen ein (act. 21), zu welchen sich die Verfahrensbeeteiligte mit Eingabe vom 6. Januar 2012 äusserte (act. 23). Der Schriftenwechsel wurde mit einem Antwortschreiben der Gesuchstellerin vom 13. Januar 2012 (act. 25) abgeschlossen. Dieses Schreiben wird der Verfahrensbeeteiligte zusammen mit der vorliegenden Verfügung zur Kenntnis gebracht.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 11 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 StromVG 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 unter anderem zuständig für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG).
- 12 Zwischen der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten ist eine Streitigkeit entstanden, die sich auf die Rückzahlung der Akontobeträge bezieht, die von der Gesuchstellerin zur Anrechnung an ihren effektiven Anteil an den SDL-Kosten gemäss Artikel 31b Absatz 2 StromVV geleistet wurden. Diese Akontobeträge wurden gestützt auf die Tarifverfügungen 2009 und 2010 der ElCom geleistet.
- 13 Die ElCom ist somit zur Beurteilung dieser Streitigkeit zuständig. Sie erlässt diese Verfügung auf ausdrücklichen Antrag der Gesuchstellerin.

2 Parteien

- 14 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Nach Artikel 48 Absatz 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist, und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.
- 15 Die vorliegende Verfügung wird auf Antrag der Gesuchstellerin erlassen und berührt in Bezug auf die gestellten Rechtbegehren deren Rechte und Pflichten. Die Gesuchstellerin ist Verfügungsadressatin und somit Partei.
- 16 Die swissgrid AG ist die nationale Netzgesellschaft gemäss Artikel 18 ff. StromVG und somit Betreiberin des schweizerischen Übertragungsnetzes. Sie hat unter anderem die Systemdienstleistungen sicherzustellen (Art. 20 Abs. 2 Bst. b StromVG). Ihr ist daher ebenfalls Parteistellung einzuräumen.



3 Kostenverfügung und Rückerstattungsgeuch

3.1 Ausgangslage

- 17 Die Gesuchstellerin betreibt ein Kraftwerk mit einer elektrischen Leistung von mehr als 50 MW. Die Gesuchstellerin legt dar, die Verfahrensbeteiligte habe im März 2009 begonnen, gestützt auf Artikel 31b Absatz 2 StromVV den Kraftwerksgesellschaften mit einer elektrischen Leistung von mehr als 50 MW und damit auch der Gesuchstellerin unter dem Titel SDL Akontobeträge zu fakturieren (act. 1, Rz. 31). Diese Rechnungen habe die Gesuchstellerin unter einem Vorbehalt bezahlt (vgl. act. 1, Rz. 32 und 35). Diese von der Gesuchstellerin geleisteten Akontobeträge würden sich ohne Zinsen auf insgesamt CHF [...] inkl. MwSt. belaufen (act. 1, Beilage 14; act. 2).
- 18 Die Gesuchstellerin führt weiter aus, durch die Erklärung der Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit von Artikel 31b Absatz 20 StromVV durch das Bundesverwaltungsgericht sei die Situation eingetreten, welche sich die Gesuchstellerin bei der Leistung von Akontozahlungen unter dem Titel SDL vorbehalten hätte (act. 1, Rz. 39). Eine Rückerstattungsforderung der Gesuchstellerin für die geleisteten Akonti vom 26. Mai 2011 habe die Verfahrensbeteiligte mit Schreiben vom 26. Juni 2011 abgelehnt, mit der Begründung, die Tarifverfügungen 2009 und 2010 seien für die Gesuchstellerin in Rechtskraft erwachsen (act. 1, Beilagen 1 und 2).
- 19 Die Verfahrensbeteiligte bestätigt diesen Sachverhalt sowie die Summe der geleisteten Akontobeträge in ihrer Stellungnahme vom 30. September 2011 (act. 11). Die Akontobeträge beruhten auf der Rechnungsstellung der Verfahrensbeteiligten gemäss den von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen (vgl. act. 11, Rz. 23). Aus den eingereichten Unterlagen geht denn auch hervor, dass die Verfahrensbeteiligte für die Monate vom Januar 2009 bis und mit Dezember 2010 Akontobeträge unter dem Titel Allgemeine Systemdienstleistungen in Rechnung gestellt hat (act. 1, Beilagen 6, 8, 10 und 14).

3.1.1 Kein Wiedererwägungsgeuch

- 20 Die Gesuchstellerin macht geltend, das vorliegende Geuch stelle kein Wiedererwägungsgeuch betreffend die Tarifverfügungen 2009 und 2010 dar. Mit dem Geuch werde nicht die Aufhebung oder Änderung der Tarifverfügungen 2009 und 2010 beabsichtigt. Die Tarifverfügungen hätten keine Verpflichtung zu einer Geldleistung zum Gegenstand, womit die Gesuchstellerin auch nicht zu einer Geldleistung verpflichtet worden sei (act. 1, Rz. 7). Eine Behandlung des Gesuchs als Wiedererwägungsgeuch käme deshalb einer formellen Rechtsverweigerung gleich (vgl. act. 1, Rz. 6 ff.).
- 21 Der explizite Hinweis der Gesuchstellerin, dass es sich nicht um ein Wiedererwägungsgeuch handle, beruht auf der Tatsache, dass die EICom in anderen Verfahren (insbesondere 952-10-044 und 952-10-049) Gesuche um Rückerstattung von SDL-Akonti als Wiedererwägungsgeuche behandelt hat und darauf nicht eingetreten ist (vgl. act. 1, Rz. 18).
- 22 Die Tarifverfügungen 2009 und 2010 sind in Bezug auf die Gesuchstellerin formell rechtskräftig geworden. Formelle Rechtskraft bedeutet, dass die Verfügung mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann und das Verfahren sein Ende gefunden hat. Mit Eintritt der formellen Rechtskraft wird die Verfügung rechtsbeständig sowie vollstreckbar. Rechtsbeständigkeit bedeutet, dass eine formell rechtskräftige Verfügung (und das darin geregelte Rechtsverhältnis) nur unter bestimmten Voraussetzungen abgeändert werden darf (vgl. dazu Pierre TSCHANNEN/Ulrich ZIMMERM/Markus MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, § 31 Rz. 5 ff.). Eine Möglichkeit, eine



formell rechtskräftige Verfügung abzuändern, ist die Wiedererwägung. Eine solche lehnt die Gesuchstellerin vorliegend ausdrücklich ab.

- 23 Jene Punkte, die bereits Gegenstand der Tarifverfügungen 2009 und 2010 sind und damit bereits geregelt wurden, können vorliegend nicht erneut behandelt und Gegenstand einer neuen Verfügung bilden (vgl. Luzius SCHMID, Die Rechtskraft des negativen Verwaltungsaktes, Diss. 1980, Bern, S. 16 ff.). Ansonsten könnte eine Situation entstehen, in welcher zum selben Sachverhalt und zur selben Frage zwei rechtsgültige, sich aber widersprechende Verfügungen vorliegen. Es gilt somit nachfolgend den Regelungsgegenstand dieser Tarifverfügungen zu beurteilen und zu prüfen, ob auf die gestellten Rechtsbegehren eingetreten werden kann.

3.1.2 Anspruch auf Erlass einer Kosten- und Leistungsverfügung

- 24 Die Gesuchstellerin macht zunächst geltend, am Erlass einer Kostenverfügung (Rechtsbegehren 1) sowie einer Leistungsverfügung (Rechtsbegehren 2) bestehe ein schutzwürdiges Interesse (act. 1, Rz. 10 ff.). Dadurch, dass die Tarifverfügungen und die Rückerstattungsgesuche unterschiedliche Regelungsgegenstände hätten, sei die Meinung der ElCom, mit den Tarifverfügungen sei die Frage der Rückerstattung bereits formell rechtskräftig entschieden, unhaltbar und stelle eine formelle Rechtsverweigerung dar (act. 1, Rz. 18). Eine verwaltungsrechtliche Pflicht zur Bezahlung von SDL-Kosten für die Jahre 2009 und 2010 sei mangels einer verfügungsmässigen Festlegung einer solchen Pflicht noch gar nicht entstanden und könne deshalb durch die Leistung von Akonti auch noch nicht untergehen (act. 1, Rz. 23). Vorliegend sei der Umfang der von der Gesuchstellerin zu tragenden SDL-Kosten für die Jahre 2009 und 2010 zu regeln. Das Interesse der Gesuchstellerin sei ferner aktuell und legitim (act. 1, Rz. 24). Es liege deshalb ein Rechtsverhältnis vor, welches durch Verfügung zu regeln sei (act. 1, Rz. 26).
- 25 Dass die ElCom vorliegend für den Erlass einer Verfügung zuständig ist, wurde bereits festgestellt. Ob die Verfahrensbeteiligte Anspruch auf Erlass einer Kosten- und Leistungsverfügung hat, ist nachfolgend zu prüfen.

3.2 Erlass einer Kostenverfügung (Rechtsbegehren 1)

- 26 Die Gesuchstellerin verlangt den Erlass einer Kostenverfügung bezüglich der Zahlungspflicht betreffend die SDL-Kosten gemäss Artikel 31b Absatz 2 StromVV für die Jahre 2009 und 2010. Als Begründung führt sie an, die Tarifverfügungen 2009 und 2010 seien keine Kostenverfügungen und würden deshalb keine Geldleistung festlegen (act. 1, Rz. 44 ff.). Bei der konkreten Festlegung der SDL-Kosten gemäss dem vorliegenden Gesuch müsse die ElCom sodann akzessorisch die Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit von Artikel 31b Absatz 2 StromVV berücksichtigen (act. 1, Rz. 68 ff.), wodurch die Zahlungspflicht der Gesuchstellerin null Franken betragen würde (act. 1, Rz. 76).
- 27 Die Verfahrensbeteiligte hat sich mangels einer eigenen, unmittelbaren Betroffenheit bei der Frage der Rückerstattung lediglich zur Verzinsung und den Kosten- und Entschädigungsfolgen geäußert. Betreffend die Pflicht zur Leistung von Akonti sowie zur Tragung von SDL-Kosten betrachtet die Verfahrensbeteiligte in Bezug auf die Gesuchstellerin die Tarifverfügungen 2009 und 2010 der ElCom als verbindlich (act. 11, Rz. 6 und 8). Die Verfahrensbeteiligte habe keine Kompetenz, Verfügungen zu erlassen, diese liege bei der ElCom (act. 11, Rz. 5 und 9 ff.). Es liege deshalb nicht im Ermessen bzw. in der Entscheidkompetenz der Verfahrensbeteiligten, von sich aus Rückerstattungen vorzunehmen (act. 11, Rz. 8). Dies obwohl die Verfügungen der ElCom keine konkreten Geldleistungen zum Gegenstand hätten und der Verfahrensbeteiligten die rechtlichen Vorbringen der Gesuchstellerin einleuchtend erscheinen würden (act. 11, Rz. 19).



3.2.1 Kostentragungspflicht

- 28 Es ist zunächst festzuhalten, dass die Tarifverfügungen 2009 und 2010 einen Tarif für SDL festlegen. Sodann gilt es zu präzisieren, dass die genannten Verfügungen im Zusammenhang mit den SDL *nicht nur* einen Tarif festlegen. Neben dem Akontoverrechnungssatz wurden auch Anpassungen des Kraftwerkstarifs verfügt. Die Tarifverfügungen sehen neben dem provisorischen Akontoverrechnungssatz ausdrücklich auch verbindliche, anhand der konkreten SDL-Kosten und der erzeugten Bruttoenergie vorzunehmende Abrechnungen für die betroffenen Kraftwerke vor, wobei die Abrechnungen unterjährig erfolgen können (vgl. Tarifverfügung 2009 Dispositivziffer 3 und Tarifverfügung 2010 Dispositivziffer 5).
- 29 Entgegen den Vorbringen der Gesuchstellerin legen also die Tarifverfügungen gegenüber den Kraftwerken sehr wohl eine Kostentragungspflicht fest. Für das Bestehen einer solchen macht es rechtlich keinen Unterschied, ob sich die Kostentragungspflicht auf einen definitiven Tarif oder wie vorliegend auf den Akontoverrechnungssatz inklusive Anpassungen des Tarifs stützt. Der Begriff „Tarifverfügungen“ ist vor diesem Hintergrund denn auch leicht irreführend, lässt er doch den Eindruck entstehen, dass es in diesen Verfügungen ausschliesslich um die Tarife geht. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie gesagt, wurde nämlich für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von ≥ 50 MW die grundsätzliche Pflicht zur Bezahlung von SDL-Kosten verbindlich statuiert. Die Festlegung des Akontoverrechnungssatzes und die sodann vorzunehmenden Abrechnungen sind in diesem Lichte lediglich als die logische Folge der Feststellung, dass Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von ≥ 50 MW in den Jahren 2009 und 2010 mit SDL-Kosten zu belasten sind, zu betrachten.
- 30 Daran vermag auch die von der Gesuchstellerin zitierte Rechtsprechung, die sich mit der Frage der aufschiebenden Wirkung und der Bestimmung der Höhe des Streitwerts auseinandersetzt, und insbesondere die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren A-2619/2009 vom 15. Juni 2009 nichts zu ändern. Das Bundesverwaltungsgericht hielt darin fest, dass die Tarifverfügung 2009 als eine Verfügung zu qualifizieren ist, mit der ein Tarif festgelegt, herabgesetzt oder genehmigt wird. Diese Beurteilung hat das Bundesverwaltungsgericht vorgenommen, um die Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen. Es kam dabei zum Schluss, dass die Tarifverfügung keine Geldleistung zum Gegenstand habe und die aufschiebende Wirkung deshalb nicht wiederhergestellt werden könne. Mit der Frage, ob mit der Tarifverfügung auch eine Kostentragungspflicht statuiert wird, hat es sich hingegen nicht auseinandergesetzt. Inwiefern also mit der Feststellung, dass es sich nicht um eine Geldleistung handle, gleichzeitig etwas über die Kostentragungspflicht gesagt ist, ist nicht ersichtlich.
- 31 Unklar ist auch, was die Gesuchstellerin zum Beispiel aus BGE 99 Ib 215 E. 4, wonach die aufschiebende Wirkung dazu diene, dem Beschwerdeführer die Zahlungspflicht einer Schuld zu ersparen, welche noch nicht rechtskräftig feststeht, zu ihren Gunsten ableiten möchte. Der bundesgerichtliche Sachverhalt betrifft einen vermeintlichen Schuldner, der im Gegensatz zur Gesuchstellerin gegen die Zahlungspflicht Beschwerde erhoben hat. Dadurch reduziert sich die Frage wiederum auf das Bestehen einer Geldleistung im Sinne von Artikel 55 Absätze 1 und 2 VwVG. Diese ist, wie zuvor bereits festgestellt wurde, für das Vorhandensein einer Kostentragungspflicht aber irrelevant. Auch die übrigen Ausführungen der Gesuchstellerin zur Einordnung von Tarifverfügungen, zu den Geldleistungen oder den vermögensrechtlichen Leistungen (vgl. insbesondere act. 1, Rz. 48) vermögen im Lichte des Gesagten die in den Tarifverfügungen 2009 und 2010 statuierte Kostentragungspflicht nicht in Frage zu stellen.
- 32 Die Gesuchstellerin macht im Übrigen geltend, die Verfahrensbeteiligte habe die Dispositivziffern der Tarifverfügungen 2009 und 2010 betreffend Kraftwerkstarif selbst angefochten. Die Verfahrensbeteiligte hat die Tarifverfügungen zwar unter anderem in Bezug auf Dispositivziffer 1 (Tarif Netznutzung



Netzebene 1), Dispositivziffer 2 bzw. 4 (Tarif für allgemeine SDL) und Dispositivziffer 3 bzw. 5 (Kraftwerkstarif) der Verfügung angefochten. Dispositivziffer 3 bzw. 5 betreffend Kraftwerkstarif soll allerdings nicht aufgehoben sondern nur abgeändert werden. Der Verfahrensbeteiligten geht es bezüglich Kraftwerkstarif um die Abrechnungsmodalitäten bzw. um die Vermeidung von Unterdeckungen. Darauf weist sie auch in ihrer Stellungnahme vom 30. September 2011 (act. 11, Rz. 7) hin. Darauf, dass die Verfahrensbeteiligte in Bezug auf die Gesuchstellerin die Tarifverfügungen 2009 und 2010 als verbindlich betrachtet, deutet nicht zuletzt die Tatsache hin, dass sie die Akontobeträge der Gesuchstellerin in Rechnung gestellt hat (vgl. act. 19, Rz. 7).

3.2.2 Kostenverfügung und akzessorische Normenkontrolle

- 33 Aufgrund ihrer Ausführungen geht die Gesuchstellerin davon aus, dass im Zusammenhang mit den SDL-Kosten die ElCom nebst einer Tarifverfügung stets auch eine Kostenverfügung zu erlassen habe. Die Gesuchstellerin macht denn auch geltend, ein Verwaltungsträger habe eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung grundsätzlich mittels Verfügung zu regeln. Vorliegend handle es sich ferner um eine Geldleistung, die einzig kraft öffentlichen Rechts und somit dem Staat geschuldet sei. Die SDL-Kosten würden deshalb aus Sicht der Kraftwerke eine öffentliche Abgabe darstellen. Artikel 31b Absatz 2 StromVV stelle in dieser Konstellation den generell-abstrakten Rechtssatz dar, den es mittels Verfügung zu konkretisieren gelte (vgl. act. 1, Rz. 62 ff.).
- 34 Dem kann nicht gefolgt werden. Die ElCom hätte nur dann erneut verfügungsmässig einzugreifen, wenn im Rahmen der konkreten Berechnung der SDL-Kosten Streitigkeiten entstehen würden. Eine solche Verfügung dürfte sodann nur Fragen umfassen, die nicht bereits in einer vorangehenden Verfügung (namentlich in den Tarifverfügungen 2009 und 2010) verbindlich behandelt wurden. Dies wird aber vorliegend von der Gesuchstellerin eben gerade verlangt. Mit der angebehrten Kostenverfügung soll erneut die Kostentragungspflicht der Gesuchstellerin im Lichte der Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit von Artikel 31b Absatz 2 StromVV beurteilt werden, obschon darüber bereits (für die Gesuchstellerin rechtskräftige) Verfügungen, nämlich die Tarifverfügungen 2009 und 2010, existieren. Wie bereits dargelegt, wurde mit den Tarifverfügungen 2009 und 2010 nebst dem Akontoverrechnungssatz auch die Pflicht zur Zahlung der effektiven, anhand (allenfalls unterjähriger) Abrechnungen zu ermittelnden SDL-Kosten festgelegt. Die Verfahrensbeteiligte hatte gestützt darauf die effektiven SDL-Kosten sowie die pro Kraftwerk erzeugte Bruttoenergie zu ermitteln und den sich aus den geleisteten Akonti und den effektiven SDL-Kosten ergebenden Saldo den Kraftwerken zu belasten bzw. gutzuschreiben.
- 35 Eine zusätzliche Verfügung der ElCom wäre aufgrund des Gesagten somit nur dann denkbar, wenn sich weiterführende Fragen beispielsweise zur Menge der erzeugten Bruttoenergie stellen würden. Im Rahmen einer solchen Verfügung könnten allerdings nur diese Punkte thematisiert werden, während die eigentliche Pflicht zur Tragung von SDL-Kosten nicht erneut behandelt werden dürfte.
- 36 Eine akzessorische Normenkontrolle von Artikel 31b Absatz 2 StromVV fällt in Bezug auf diejenigen Kraftwerke, die gegen die Tarifverfügungen 2009 und 2010 keine Beschwerde erhoben haben (wie dies für die Gesuchstellerin der Fall ist), somit ausser Betracht. Eine andere Beurteilung würde vorliegend einer Umgehung der gesetzlichen Rechtsmittelfristen gleichkommen und zu deren Bedeutungslosigkeit führen. Würde man den Tarifverfügungen ferner keine Verbindlichkeit in Bezug auf die Pflicht zur Zahlung von SDL-Kosten zusprechen, würde sich die Frage stellen, welche rechtliche Bedeutung bzw. welche Rechtswirkungen die Tarifverfügungen 2009 und 2010 denn noch hätten, wenn sie mittels einer anders lautenden Kostenverfügung jederzeit nachträglich in Frage gestellt werden könnten. Sie würden zu reinen Empfehlungen oder Mitteilungen verkommen, was nicht der Fall sein kann. Das den Tarifverfügungen 2009 und 2010 eine rechtliche Bedeutung zukommt zeigen auch die verschie-



denen dagegen erhobenen Beschwerden und Urteile des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. u. a. Pilotentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-2607/2009 vom 8. Juli 2010).

3.2.3 Tarifverfügungen als Zwischenverfügungen

- 37 Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, die Tarifverfügungen 2009 und 2010 seien lediglich als selbständig eröffnete Zwischenverfügungen zu betrachten und als solche gar noch nicht rechtskräftig und somit auch erst in einer Endverfügung anfechtbar, wollte man wie die ElCom davon ausgehen, dass in den Tarifverfügungen auch ein Grundsatzentscheid über die Kostenanlastung getroffen worden sei. Die von der ElCom zu erlassende Kostenverfügung würde diese Endverfügung darstellen, im Rahmen derer die Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit von Artikel 31b Absatz 2 StromVV geprüft werden müsse (act. 1, Rz. 54).
- 38 Zwischenverfügungen sind Verfügungen, welche das Verfahren nicht abschliessen, sondern bloss einen Schritt zur Verfahrenserledigung darstellen. Typischerweise handelt es sich dabei um Verfügungen über die Zuständigkeit oder den Ausstand (Felix UHLMANN in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 5 Rz. 63). Gemäss dem von der Gesuchstellerin zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 sind Zwischenverfügungen organisatorische Instrumente auf dem Weg zur Endverfügung. Eine Zwischenverfügung hat somit zwei Eigenschaften: Sie ist ein *organisatorisches* Element und stellt lediglich eine *Zwischenetappe* im Hinblick auf eine Endverfügung dar.
- 39 Ein organisatorisches Element kann in den Tarifverfügungen 2009 und 2010 in Bezug auf die SDL-Kosten nicht ausgemacht werden. Ferner verlangt eine Tarifverfügung wie gesagt nicht zwingend den Erlass einer weiteren Verfügung. Da Tarife generell immer auf einer Prognose beruhen, sind spätere Nachkalkulationen anhand der definitiven Zahlen systeminhärent. Auch daraus kann deshalb nicht geschlossen werden, bei den Tarifverfügungen 2009 und 2010 handle es sich um blosser Zwischenverfügungen.
- 40 Bezeichnend ist schliesslich auch die Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Beschwerden gegen die Tarifverfügung 2009 diese Frage nicht thematisiert hat. Mindestens hätte es nämlich das Vorhandensein eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils prüfen müssen, wäre es von Zwischenverfügungen ausgegangen (vgl. Art. 46 VwVG). Die Tarifverfügungen 2009 und 2010 stellen somit keine Zwischenverfügungen dar.

3.3 Rückerstattung der Akontobeträge (Rechtsbegehren 2)

3.3.1 Formell rechtskräftige Verfügung

- 41 Mit Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2003 (2A_320/2002) bringt die Gesuchstellerin vor, öffentlich-rechtliche Leistungen, die aus nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Gründen oder im Irrtum über die Leistungspflicht erfolgt seien, könnten vom leistenden Gemeinwesen oder vom leistenden Privaten zurückgefordert werden, sofern das Gesetz nichts anderes vorsehe. Aufgrund der Umstände stehe der Gesuchstellerin die Rückerstattung der geleisteten Akontozahlungen zu, zumal die Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit von Artikel 31b Absatz 2 StromVV im Rahmen des Rückerstattungsgehalts vorfrageweise festzustellen sei (act. 1, Rz. 77 ff).
- 42 Wie bereits im Rahmen des ersten Rechtsbegehrens ausgeführt wurde, ist vorliegend die Kostentragungspflicht für die Akonti sowie der effektiven SDL-Kosten mit den Tarifverfügungen 2009 und 2010 in Bezug auf die Gesuchstellerin rechtskräftig festgelegt worden. In diesem Sinne sind denn auch die



von der Gesuchstellerin zitierten Urteile nicht mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbar: Dort werden insbesondere Sachverhalte beschrieben, in denen gegen die eine Kostentragungspflicht statuierenden Verfügungen ein Rechtsmittel erhoben wurde, was die Gesuchstellerin gegen die Tarifverfügungen 2009 und 2010 gerade nicht getan hat.

- 43 Beruht eine Zahlung auf einer hoheitlichen Verfügung, kann der öffentlich-rechtliche Rückforderungsanspruch nur durchgesetzt werden, wenn die Verfügung innert Frist mit Hilfe eines Rechtsmittels beseitigt werden kann. Wird die Aufhebung der Verfügung nicht erreicht oder in dieser Hinsicht nichts unternommen, so kann der Rückerstattungsanspruch wegen der entgegenstehenden Rechtskraft der Verfügung nicht mehr durchgesetzt werden; dies auch, wenn die Leistung materiell wirklich rechtswidrig ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4523/2009 vom 7. Januar 2010, E. 1.3.3).
- 44 Dass die Tarifverfügungen keine selbständig eröffneten Zwischenverfügungen sind (vgl. act. 1, Rz. 79), wurde schliesslich bereits abgehandelt (vgl. oben Rz. 38 ff).

3.3.2 Unter Vorbehalt geleistete Akontozahlungen

- 45 Die Gesuchstellerin hat die Bezahlung der Akontobeträge gegenüber der Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 2. April 2009 (act. 1, Beilage 7) mit einem Vorbehalt verbunden. Ob sich der angebrachte Vorbehalt nicht nur auf die Höhe der SDL-Kosten bezog, ist fraglich. Ferner ergibt sich die Pflicht der Gesuchstellerin zur Bezahlung des Kraftwerktarifs aus den formell rechtskräftigen Tarifverfügungen. Diese öffentlich-rechtliche Pflicht kann von der Gesuchstellerin nicht mit einem Vorbehalt ausgeräumt werden.
- 46 Die Gesuchstellerin legt mit Hinweis auf BGE 102 Ib 45 und BVGE 2009/5, E. 2.2.2 dar, dass eine Praxisänderung grundsätzlich nicht zur Folge habe, dass eine der früheren Praxis entsprechende rechtskräftige Festsetzung von öffentlichen Abgaben aufgehoben oder neu anfechtbar würde. Dies könne nur dann der Fall sein, wenn entweder die frühere Verwaltungspraxis wirksam angefochten oder die öffentlich-rechtliche Forderung unter Vorbehalt bezahlt wurde (act. 1, Rz. 87 und 88).
- 47 Zunächst ist festzuhalten, dass sich die von der Gesuchstellerin zitierte Praxis auf die Bezahlung und Rückerstattung von Steuern und insbesondere der Mehrwertsteuer bezieht. Gemäss Bundesgericht hat bei einer *Selbstveranlagungssteuer* als rückforderbare Schuld zu gelten, was ein Steuerpflichtiger aufgrund einer von ihm eingereichten Selbstdeklaration unter Vorbehalt bezahlt hat (vgl. 2A.320/326/2002, E. 3.4.2). Inwiefern dieses System der Selbstdeklaration von Steuern, die keinen hoheitlichen Akt darstellt (vgl. BGE 102 Ib 45 E. 1b), auf die Bezahlung von SDL-Kosten Anwendung finden kann, ist nicht ersichtlich und legt die Gesuchstellerin nicht dar. Bei den SDL-Kosten handelt es sich nicht um selbstdeklarierte Steuern. Zur Kostenanlastung liegen wie bereits ausgeführt rechtskräftige Tarifverfügungen vor. Ferner ist gemäss Bundesgericht die Rückerstattung von nicht geschuldeten Mehrwertsteuern nur dann möglich, wenn die Bezahlung nicht aufgrund eines rechtskräftigen Entscheids erfolgt ist (vgl. BVGE 2009/5, E. 2.2.1).
- 48 Die Gesuchstellerin hat aber die Akontobeträge aufgrund der für sie rechtskräftigen Tarifverfügungen 2009 und 2010 bezahlt. In diesem Sinne vermag der Vorbehalt für sich allein noch keinen Rückerstattungsanspruch zu begründen. Das rechtliche Instrument, eine Verfügung anzufechten, ist die Beschwerde. Ein Zahlungsvorbehalt vermag eine Beschwerde nicht zu ersetzen.



3.4 Verzinsungspflicht (Rechtsbegehren 3)

- 49 Aufgrund der Ergebnisse kann auf eine Behandlung der Vorbringen der Gesuchstellerin zur Verzinsungspflicht der geleisteten Akontobeträge (vgl. act. 1, Rz. 99 ff.) verzichtet werden.

4 Fazit

- 50 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Tarifverfügungen 2009 und 2010 der Gesuchstellerin neben der Pflicht, der nationalen Netzgesellschaft unter dem Titel SDL-Kosten Akontozahlungen leisten zu müssen, auch eine Kostentragungspflicht bezüglich der effektiven SDL-Kosten für die Jahre 2009 und 2010 auferlegt haben. Eine Beurteilung der Rechtsbegehren um Erlass einer Kostenverfügung sowie um Rückerstattung der Akontobeträge würde nichts anderes als die Neuurteilung der mit den Tarifverfügungen 2009 und 2010 bereits verbindlich festgelegten Kostentragungspflicht für SDL bedeuten.
- 51 Auf das vorliegende Gesuch kann folglich nicht eingetreten werden.

5 Gebühren

- 52 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).
- 53 Die ElCom hat die Gesamtkosten nach Aufwand ermittelt. Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebührenansätze in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Dadurch ergibt sich in der Summe eine Gebühr von [...] Franken.
- 54 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst hat (Art. 1 Abs. 3 GebV-En LV.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Die Gesuchstellerin hat diese Verfügung durch ihr Gesuch verursacht. Die Gebühren werden ihr daher vollständig auferlegt.



III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Auf das Gesuch der [...] vom 30. Juni 2011 wird nicht eingetreten.
2. Die Gebühr für die Behandlung dieses Gesuchs beträgt [...] Franken. Sie wird vollständig der [...] auferlegt.
3. Diese Verfügung wird der [...] sowie der swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 16. Februar 2012

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- swissgrid AG, Regulierung, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick



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.