



Referenz/Aktenzeichen: 212-00034 (alt: 952-11-085)

Bern, 16. Januar 2014

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: **Axpo Power AG**, Parkstrasse 23, 5400 Baden
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stefan Rechsteiner, VISCHER AG, Schützen-
gasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich

(Gesuchstellerin)

gegen **Swissgrid AG**, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick

(Gesuchsgegnerin)

betreffend Verzugszinsen auf der Rückerstattung der für das Jahr 2010 geleisteten ITC-Mindererlös-Akontozahlungen



I Sachverhalt

A.

- 1 In ihrer Verfügung vom 4. März 2010 betreffend "Kosten und Tarife für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen" (212-00005 [alt: 952-09-131]) hielt die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) in Dispositiv-Ziffer 12 Folgendes fest:

„Die swissgrid AG hat die Mindererlöse aus dem ITC¹ im Umfang von voraussichtlich rund [...] Franken [...] den Vertragsparteien von internationalen Energiebezugs- und Lieferverträgen nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG gemäss dem verursachten Mindererlös anzulasten. Massgebend sind die tatsächlichen Mindererlöse.“

- 2 Die Dispositiv-Ziffer 12 wurde der Axpo Power AG (vormals Axpo AG, nachfolgend Gesuchstellerin) als Vertragspartei eines internationalen Energiebezugs- und Liefervertrages nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG (nachfolgend LTC²-Halter) ungeschwärzt eröffnet.
- 3 Die Gesuchstellerin focht die Verfügung der ElCom vom 4. März 2010 nicht an.

B.

- 4 Mit Eingabe vom 10. Oktober 2011 stellte die Gesuchstellerin bei der ElCom folgende Rechtsbegehren (act. 1):

- „1. Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin weder für das Jahr 2010 noch für die Folgejahre die Bezahlung von ITC-Mindererlösen schuldet;*
- 2. **eventualiter** zu Ziff. 1 sei der mit Schreiben vom 14. Juli 2011 durch die Gesuchsgegnerin in Rechnung gestellte (und unter Vorbehalt bezahlte) Betrag auf das gesetzlich zulässige Mass zu senken;*
- 3. die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin den Betrag von CHF [...] zuzüglich Zins zu 5 % (ab 18. November 2010 auf einen Betrag von CHF [...]) und ab 28. September 2011 auf einen Betrag von CHF [...]) zurückzuerstatten;*
- 4. unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“*

Die Gesuchstellerin bestritt in der Begründung ihrer Anträge die Rechtmässigkeit der Überwälzung von ITC-Mindererlösen an sich.

- 5 Zudem stellte sie in derselben Eingabe folgende Verfahrensanträge:

- „1. Das vorliegende Gesuch sei umgehend der Gesuchsgegnerin zuzustellen;*

¹ ITC: Inter TSO-Compensation; TSO: Transmission System Operator.

² LTC: Long Term Contract. Internationale Energiebezugs- und Lieferverträge nach Art. 17 Abs. 2 StromVG.



2. *das vorliegende Verfahren sei bis zum Vorliegen des ersten rechtskräftigen Entscheids in einem Beschwerdeverfahren gegen Dispositivziffer 12 der Verfügung der ElCom vom 4. März 2010 zu sistieren;*
3. *es sei nach Vorliegen des ersten rechtskräftigen Entscheids in einem Beschwerdeverfahren gegen Dispositivziffer 12 der Verfügung der ElCom vom 4. März 2010 ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen;*
4. *das ITC-Agreement 2010 sei aus den Akten beizuziehen oder durch die Gesuchsgegnerin zu edieren und der Gesuchstellerin zur Einsichtnahme zuzustellen. Nach erfolgter Einsichtnahme sei der Gesuchstellerin eine angemessene Frist zur Ergänzung ihres Gesuchs einzuräumen.“*

- 6 Mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 eröffnete das Fachsekretariat der ElCom (Fachsekretariat) ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) und sistierte das neu eröffnete Verfahren gemäss Antrag der Gesuchstellerin (act. 2 und 3).

C.

- 7 Das Bundesverwaltungsgericht hob in seinen Urteilen vom 20. März 2013 (A-2842/2010 und A-2844/2010) und in seinem Urteil vom 20. Juni 2013 (A-2876/2010) die Dispositiv-Ziffer 12 der Verfügung der ElCom vom 4. März 2010 (212-00005 [alt: 952-09-131]) mit Bezug die dortigen Beschwerdeführerinnen auf. Es stellte fest, dass Artikel 14 Absatz 3 letzter Satz StromVV i.V.m. Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c erster Satz StromVV gesetzes- und verfassungswidrig ist.

D.

- 8 Am 16. Oktober 2013 hob das Fachsekretariat die Sistierung im vorliegenden Verfahren auf. Es wies zudem darauf hin, dass zur Umsetzung der vorgenannten Bundesverwaltungsgerichtsurteile ein Verfahren betreffend Kostentragungspflicht für ITC-Mindererlöse in den Jahren 2010, 2011 und 2012 (212-00062 [alt: 952-13-031]) eröffnet worden sei und im vorliegenden Verfahren daher nur das Rechtsbegehren 3 der Gesuchstellerin betreffend die Zinsfrage behandelt werde. Die Gesuchstellerin erhielt die Möglichkeit, ihre Eingabe vom 10. Oktober 2011 anzupassen (act. 4 und 5).

E.

- 9 In ihrer Eingabe vom 4. November 2013 hielt die Gesuchstellerin an ihren ursprünglich gestellten Anträgen fest und begründete ihr Begehren betreffend die Zinszahlung (act. 6).
- 10 Mit Schreiben vom 6. November 2013 ersuchte das Fachsekretariat die Gesuchstellerin um Beantwortung der Frage, wann sie die Gesuchsgegnerin erstmals unmissverständlich zur Rückerstattung der unter Vorbehalt geleisteten Akontozahlungen aufgefordert hatte. Zudem wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, entsprechende Belege einzureichen (act. 7).
- 11 Mit Eingabe vom 21. November 2013 beantwortete die Gesuchstellerin die gestellte Frage und reichte entsprechende Belege ein (act. 9).



F.

- 12 Mit Verfügung vom 28. November 2013 stellte die ElCom im Verfahren 212-00062 (alt: 952-13-031) betreffend Kostentragungspflicht für ITC-Mindererlöse in den Jahren 2010, 2011 und 2012 unter anderem mit Bezug auf die Gesuchstellerin fest, dass ihr keine ITC-Mindererlöse angelastet werden dürfen. Zudem wies sie die Gesuchsgegnerin an, der Gesuchstellerin die bereits bezahlten ITC-Mindererlös-Akontozahlungen rückzuerstatten.

G.

- 13 Am 9. Dezember 2012 wurde die Gesuchsgegnerin aufgefordert, zu den Eingaben der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (act. 10).
- 14 Am 6. Januar 2014 nahm die Gesuchsgegnerin Stellung zu den Eingaben der Gesuchstellerin und beantragte, im Verfügungsdispositiv sei ausdrücklich festzuhalten, dass die Unterdeckung, welche ihr durch die gegebenenfalls zu leistende Verzugszinszahlung entstehen könnte, in den Folgejahren in den allgemeinen Tarif für die Netznutzung der Netzebene 1 einzurechnen sei. Im Übrigen stellte sie sich auf den Standpunkt, dass die Zahlung unter Vorbehalt keine Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen begründe (act. 11).
- 15 Auf die Ausführungen der Parteien in ihren Eingaben wird nachfolgend in den Erwägungen eingegangen.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 16 Gemäss Artikel 22 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die ElCom die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind.
- 17 Die ElCom erlässt diese Verfügung auf Gesuch hin. Zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin ist streitig, in welcher Höhe Verzugszinsen auf dem Rückerstattungsbetrag für die von der Gesuchstellerin für das Jahr 2010 geleisteten ITC-Mindererlös-Akontozahlungen geschuldet sind.
- 18 Die vorliegend zu beurteilende Frage, in welcher Höhe Verzugszinsen auf dem Rückerstattungsbetrag für von der Gesuchstellerin für das Jahr 2010 geleisteten ITC-Mindererlös-Akontozahlungen geschuldet sind, steht in Zusammenhang mit der Kostentragungspflicht für ITC-Mindererlöse. Die Kostentragungspflicht für ITC-Mindererlöse wiederum steht in Zusammenhang mit den Kosten der Netznutzung durch grenzüberschreitende Lieferungen (Art. 16 StromVG). Es handelt sich daher um eine Streitigkeit im Sinne von Artikel 22 StromVG. Die ElCom ist damit für diesen Entscheid zuständig.



2 Parteien und rechtliches Gehör

2.1 Parteien

- 19 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.
- 20 Die Gesuchstellerin hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Verfahren ist streitig, in welcher Höhe Verzugszinsen auf dem Rückerstattungsbetrag für die von der Gesuchstellerin für das Jahr 2010 geleisteten ITC-Mindererlös-Akontozahlungen geschuldet sind. Damit ist die Gesuchsgegnerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Auch die Gesuchsgegnerin hat daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

2.2 Rechtliches Gehör

- 21 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (vgl. Sachverhalt Ziffer 4 ff.). Damit wurde das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

3 Verfahrensanhträge und Verfahrensgegenstand

- 22 Den Verfahrensanhträgen 1 bis 3 (vgl. vorstehend Rz. 5) kam das Fachsekretariat nach, indem es die Eingabe der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 zustellte und das Verfahren gleichzeitig sistierte (act. 2 und 3). Nach dem Ergehen der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. März 2013 (A-2842/2010 und A-2844/2010) sowie vom 20. Juni 2013 (A-2876/2010) hob das Fachsekretariat die Sistierung des vorliegenden Verfahrens auf und gab der Gesuchstellerin die Möglichkeit, ihre ursprüngliche Eingabe anzupassen (act. 4). Den Verfahrensanhträgen 1 bis 3 wurde somit stattgegeben.
- 23 In ihrem vierten Verfahrensanhtrag stellt die Gesuchstellerin das Begehren, das ITC-Agreement 2010 sei aus den Akten beizuziehen oder durch die Gesuchsgegnerin zu edieren und der Gesuchstellerin zur Einsichtnahme zuzustellen. Nach erfolgter Einsichtnahme sei der Gesuchstellerin eine angemessene Frist zur Ergänzung ihres Gesuchs einzuräumen.
- 24 Gemäss Artikel 33 Absatz 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen. Massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen (WALDMANN BERNHARD/BICKEL JÜRG, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Artikel 33 Rz. 14; siehe auch Verfügung der ElCom vom 11. Februar 2010, 952-09-005, Rz. 23 f.).
- 25 Aus den Randziffern 34 ff. sowie 92 der Eingabe der Gesuchstellerin vom 10. Oktober 2011 (act. 1) ergibt sich, dass die Gesuchstellerin das ITC-Agreement 2010 beiziehen möchte, um zu begründen, dass sie weder für das Jahr 2010 noch für die Folgejahre die Bezahlung von ITC-Mindererlösen schuldet und ihr die Gesuchsgegnerin entsprechend den bereits bezahlten Akonto-Betrag für ITC-Mindererlöse zurückzuerstatten habe.



- 26 Mit Verfügung vom 28. November 2013 (212-00062 [alt: 952-13-031]) stellte die ElCom fest, dass der Gesuchstellerin keine ITC-Mindererlöse angelastet werden dürfen (Dispositiv-Ziffern 1 bis 3). Zudem wies die ElCom die Gesuchsgegnerin in Dispositiv-Ziffer 5 an, der Gesuchstellerin [...] Franken für bezahlte ITC-Mindererlöse zurückzubezahlen. Die im vorliegenden Verfahren gestellten Rechtsbegehren 1 und 3, welche den im Verfahren 212-00062 (alt: 952-13-031) gestellten Anträgen entsprechen, wurden somit mit Ausnahme der Zinsfrage gutgeheissen. Die Zinsfrage wurde in Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung der ElCom vom 28. November 2013 in das vorliegende Verfahren überwiesen.
- 27 Im vorliegenden Verfahren ist folglich nur noch festzulegen, in welcher Höhe die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin Zins auf dem Rückerstattungsbetrag von [...] Franken schuldet.
- 28 Beweismittel dienen dazu, den Sachverhalt zu erstellen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Der Sachverhalt für die Beurteilung der Zinsfrage ist nicht umstritten. Umstritten ist vielmehr, welcher Zeitpunkt für den Beginn des Zinsenlaufs massgeblich ist (vgl. nachfolgend 37 ff.). Dabei handelt es sich nicht um eine Sachverhaltsfrage. Ein Beizug des ITC-Agreements 2010 kann folglich nichts zur Erstellung des Sachverhaltes beitragen. Der Verfahrensantrag 4 wird daher abgewiesen.

4 Zinsen

4.1 Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Leistung von Verzugszinsen

- 29 Eine Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen ist zu bejahen, unabhängig davon, ob die in Rechnung gestellten Kosten privater oder öffentlich-rechtlicher Natur sind. Rechtsprechung und Lehre anerkennen seit langem, dass auch für öffentlich-rechtliche Geldforderungen ein Verzugszins geschuldet ist, sofern dies nicht durch besondere gesetzliche Regelung ausgeschlossen ist (BGE 101 Ib 252 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 2C_191/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. März 2011, A-6509/2010, E. 10.7; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 756).
- 30 Im Übrigen kam das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 29. November 2011 zum Schluss, dass auf dem Rückerstattungsbetrag für irrtümlicherweise von einer Kraftwerksbetreiberin geleistete SDL-Akontozahlungen grundsätzlich Verzugszinsen geschuldet sind, falls sich die Gesuchsgegnerin in Schuldnerverzug befindet (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. November 2011, A-2619/2009, E. 5).
- 31 Somit ist die Gesuchsgegnerin im vorliegenden Zusammenhang verpflichtet, Verzugszinsen zu leisten, falls die hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind, was nachfolgend zu prüfen ist.

4.2 Fälligkeit der Rückerstattungsforderungen

- 32 Die Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen setzt einerseits die Fälligkeit der Forderung (vgl. sogleich, Rz. 33) und andererseits die Inverzugsetzung des Schuldners voraus (BGE 129 III 535 E. 3.2; vgl. nachfolgend, Rz. 40).
- 33 Fälligkeit ist eine Eigenschaft der Forderung. Sie bedeutet, dass die Gläubigerin die Leistung einfordern und im Fall der Nichtleistung einklagen darf. Vor der Fälligkeit kann der Schuldnerverzug nicht eintreten und es besteht insofern auch keine Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationen-



recht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 2156 ff.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012, Rz. 65.05).

- 34 Gemäss Artikel 75 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) wird eine Forderung sofort fällig, falls die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses in abweichender Weise bestimmt ist. Aufgrund der Rechtsprechung ergibt sich, dass die Gesuchstellerin für das Jahr 2010 ITC-Mindererlös-Akontozahlungen ohne Rechtsgrund geleistet hat (vgl. vorne, Rz. 7 und 26). Insofern ist die Fälligkeit jeweils im Zeitpunkt der Zahlung der einzelnen Rechnungen für ITC-Mindererlöse durch die Gesuchstellerin eingetreten. Von diesem Moment an entstand im entsprechenden frankenmässigen Umfang ein Rückerstattungsanspruch der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin.

4.3 Höhe des Zinssatzes bei Verzugszinsforderungen

- 35 In ihrer Eingabe vom 10. Oktober 2011 beantragt die Gesuchstellerin, dass zur Berechnung der geschuldeten Verzinsung auf der Rückerstattung für die ITC-Mindererlös-Akontozahlungen ein Zinssatz von 5 Prozent zu verwenden sei (act. 1).
- 36 In der Stromversorgungsgesetzgebung findet sich keine Bestimmung zur Höhe des Zinssatzes bezüglich einer Geldforderung im Falle des Schuldnerverzugs. Folglich beträgt der Zinssatz im Zusammenhang mit der Rückerstattung von nicht geschuldeten ITC-Mindererlös-Akontozahlungen in analoger Anwendung von Artikel 104 Absatz 1 OR 5 Prozent. Auch das Bundesverwaltungsgericht ging in einem Urteil vom 29. November 2011 davon aus, dass in Bezug auf die Rückerstattungen von Akontozahlungen für den SDL-Kraftwerkstarif mit einem Verzugszinssatz von 5 Prozent zu rechnen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. November 2011, A-2619/2009, E. 5).

4.4 Massgeblicher Zeitpunkt für den Beginn des Zinsenlaufs

- 37 Die Gesuchstellerin fordert Verzugszinsen ab dem jeweiligen Zahlungsdatum der ITC-Mindererlös-Akontorechnungen (act. 1 Rz. 79; act. 6; act. 9). In ihrer Eingabe vom 4. November 2013 führt die Gesuchstellerin dazu aus, aus BGE 95 I 258, Erwägung 3, ergebe sich, dass der Verzug bei öffentlich-rechtlichen Forderungen mit der Bezahlung eintrete, wenn diese unter dem Vorbehalt der Rückforderung geleistet würden. Die Gesuchstellerin habe ihre Akontozahlungen am 18. November 2010 und am 28. September 2011 unter dem Vorbehalt der Rückforderung geleistet. Die Verzinsung laufe folglich ab diesen Daten (act. 6).
- 38 In ihrer Eingabe vom 6. Januar 2014 führt die Gesuchsgegnerin aus, ihrer Auffassung nach könne eine Verzinsung frühestens im Zeitpunkt der gehörigen Mahnung geschuldet sein. Die Zahlung unter Vorbehalt begründe keine Pflicht ihrerseits zur Zahlung von Verzugszinsen (act. 11).
- 39 In der Stromversorgungsgesetzgebung findet sich keine Regelung zum massgeblichen Zeitpunkt für den Beginn des Zinsenlaufs im Falle des Schuldnerverzugs. Hieraus ergibt sich, dass vorliegend die diesbezüglichen Regelungen des Obligationenrechts analog zu berücksichtigen sind (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. November 2011, A-2619/2009, E. 5).
- 40 Verzugszins ist in direkter oder – sofern es sich um eine öffentlich-rechtliche Forderung handelt – in analoger Anwendung von Artikel 102 Absatz 1 OR grundsätzlich vom Zeitpunkt an ge-



schuldet, in dem der Gläubiger den Schuldner mahnt. Die Mahnung ist eine empfangsbedürftige Willensäusserung. Mit der Mahnung wird der Schuldner in Verzug gesetzt. (WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Anton K. Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, Rz. 9 zu Art. 102). Aus einer Mahnung muss neben der unmissverständlichen Aufforderung an den Schuldner zur Leistung auch klar hervorgehen, in welchem Umfang der Gläubiger die Mahnung ausspricht. Mit der Mahnung muss die zu erbringende Leistung so genau bezeichnet werden, dass der Schuldner erkennt, was der Gläubiger fordern will. Geht es um eine Geldforderung, ist deren Höhe in der Regel zu beziffern. Auf eine Bezifferung in der Mahnung selbst kann jedoch zum Beispiel verzichtet werden, wenn damit auf eine früher zugestellte, den Geldbetrag enthaltende Rechnung verwiesen wird (BGE 129 III 535 E. 3.2; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 2709).

- 41 Im von der Gesuchstellerin zitierten Bundesgerichtsentscheid steht die Rückzahlung von Wehrdienstersatz zuzüglich Verzugszinsen zur Diskussion (BGE 95 I 258). Der betreffende Entscheid wurde im Jahr 1969 – folglich vor über 40 Jahren – erlassen. Dabei handelt es sich um einen Einzelfallentscheid in einem spezifischen Normenbereich, der vom Bundesgericht für andere Bereiche bislang nicht bestätigt wurde. Eine konstante bundesgerichtliche Praxis, welche den Beginn des Zinsenlaufs in einer Konstellation wie der vorliegenden im Sinne der Auffassung der Gesuchstellerin festlegen würde, ist somit nicht gegeben. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, lässt sich der zitierte Entscheid mit der herrschenden Lehre zu den Voraussetzungen einer Mahnung im Rechtssinne nicht vereinbaren.
- 42 Eine Mahnung setzt eine unmissverständliche Erklärung des Gläubigers an den Schuldner voraus, worin dieser die unverzügliche Erfüllung verlangt (vgl. vorne, Rz. 40). Eine Zahlung unter Vorbehalt kann nicht so gedeutet werden, dass der Gläubiger den entsprechenden Geldbetrag in demselben Moment, in dem er die Zahlung vornimmt, vom Schuldner zurückverlangen würde. Wenn ein Geldbetrag unter Vorbehalt gezahlt wird, so ist vielmehr gerade ungewiss, ob der Leistende zu einem späteren Zeitpunkt die Rückerstattung verlangen wird. Eine Zahlung, bei der sich der Leistende ausdrücklich eine spätere Rückerstattung vorbehält, kann somit nicht als Mahnung im Sinne von Artikel 102 Absatz 1 OR aufgefasst werden. Da ein derartiger Vorbehalt keinen Schuldnerverzug auslöst, kann aus einem Stillschweigen des Schuldners diesbezüglich nichts zu Gunsten des Gläubigers abgeleitet werden.
- 43 So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Aus den Schreiben vom 1. November 2010 sowie vom 28. September 2011 (act. 1 Beilagen, 9 und 14), auf welche die Gesuchstellerin ihre Argumentation stützt, geht nicht hervor, dass die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin unmissverständlich dazu aufgefordert hätte, ihr ITC-Mindererlös-Akontozahlungen zurückzuerstatten. Die Gesuchstellerin teilt darin lediglich mit, dass die Bezahlung der Rechnungen vom 4. Oktober 2010 bzw. 13. Juli 2011 unpräjudiziell, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht sowie unter dem Vorbehalt der Rückforderung zuzüglich Zinsen erfolgt sei. Demnach machte die Gesuchstellerin eine mögliche Durchsetzung der Rückerstattungsleistung von zum damaligen Zeitpunkt ungewissen künftigen Ereignissen abhängig, welche die Gesuchsgegnerin willentlich nicht beeinflussen konnte. Schon allein aus diesem Grund ist der Schuldnerverzug durch den erklärten Vorbehalt ausgeschlossen.
- 44 Überdies lassen sich die Schreiben vom 1. November 2010 sowie vom 28. September 2011 nicht so interpretieren, dass die Gesuchstellerin damit angekündigt hätte, dass sie die zur Diskussion stehenden Rückerstattungsbeträge nach Vorliegen eines entsprechend lautenden Entscheids zu ihren Gunsten in jedem Fall auf dem Rechtsweg durchsetzen werde. Stattdessen



war die Gesuchstellerin zu diesem Zeitpunkt offenbar unsicher, ob die von der Gesuchsgegnerin in Rechnung gestellten Beträge effektiv geschuldet waren. Die Gesuchstellerin wollte mit diesem Schreiben wohl primär verhindern, dass die Gesuchsgegnerin nach einem allfälligen zu ihren Ungunsten ausfallenden Gerichtsentscheid die Rückerstattung mit dem Argument zu verweigern versucht hätte, dass sie die betreffenden Zahlungen ohne Rechtsgrund und irrtumsfrei geleistet habe.

- 45 Ob die Gesuchstellerin die ITC-Mindererlös-Akontozahlungen für das Jahr 2010 unter Vorbehalt leistete, ist für den Beginn des Zinsenlaufs folglich nicht relevant.
- 46 Die Gesuchstellerin weist in ihrer Eingabe vom 21. November 2013 darauf hin, dass der Grundsatz der Verzinsung zu Unrecht bezahlter öffentlich-rechtlicher Leistungen auch im Steuerbereich (vgl. Art. 162 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer; SR 642.11) gelte. Der auf die zurückzuerstattende Leistung geschuldete Rückerstattungs zins berechne sich nach Artikel 5 der Verordnung über Fälligkeit und Verzinsung der direkten Bundessteuer (SR 642.124), wobei der Rückerstattungs zins auf die Zeitdauer zwischen dem Datum des Zahlungseingang bis zum Datum der Rückerstattung zu berechnen sei. Auch in diesem Fall sei eine „unmissverständliche Aufforderung zur Rückzahlung“ für den Verzinsungsanspruch nicht relevant (act. 9).
- 47 Aus der von der Gesuchstellerin zitierten Spezialregelung des Bundessteuerrechts kann kein allgemein gültiger öffentlich-rechtlicher Grundsatz abgeleitet werden, wonach für die Bestimmung der Höhe von auf einer Rückerstattungs forderung geschuldeten Verzugszinsen zwingend das Datum des ursprünglichen Zahlungseingangs beim vermeintlichen Gläubiger berücksichtigt werden müsste. Im Steuerrecht ist es systemimmanent, dass sich zwischen der provisorischen und der definitiven Veranlagungsverfügung Differenzen ergeben, welche nachträglich auszugleichen sind. Falls es sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass ein Steuerpflichtiger zu viel eingezahlt hat, wird ihm die entsprechende Differenz nachträglich zurückerstattet (Art. 162 Abs. 3 DBG). Zurückzuerstattende Steuerbeträge werden, wenn seit der Zahlung mehr als 30 Tage verflossen sind, vom Zeitpunkt der Zahlung an verzinst (Art. 168 Abs. 3 DBG). Der Gesetzgeber hat für diesen Fall bewusst darauf verzichtet, in Bezug auf die Zinspflicht des Staates auf eine Mahnung oder ein anderes spezifisches, den Zinsenlauf auslösendes Ereignis abzustellen, wie dies für einen Schuldnerverzug erforderlich wäre. Vorausgesetzt ist stattdessen, dass ein Zahlungszwang aufgrund einer definitiven oder provisorischen Rechnung bestanden hat und deshalb bei verspätetem Zahlungseingang ein Verzugszins *erhoben worden wäre*. Insofern wird in Artikel 168 DBG gerade nicht eine Verzugszinskonstellation abgehandelt. Konsequenterweise spricht Artikel 5 der ausführenden Verordnung über Fälligkeit und Verzinsung der direkten Bundessteuer vom 10. Dezember 1992 (SR 642.124) in diesem Zusammenhang ausdrücklich von „Rückerstattungs zins“ und nicht von Verzugszins.
- 48 Die von der Gesuchstellerin zitierte, sehr spezifische Bestimmung des Bundessteuerrechts wurde bewusst für steuerrechtliche Konstellationen geschaffen. Auf andere Normenbereiche – etwa das Stromversorgungsrecht – kann sie hingegen nicht angewendet werden.
- 49 Die Gesuchstellerin macht in ihrer Eingabe vom 21. November 2013 zudem geltend, sie habe die Gesuchsgegnerin mit ihrem Gesuch vom 10. Oktober 2011 an die ElCom unmissverständlich zur Rückzahlung der ITC-Akontozahlungen aufgefordert. Sodann habe sie die Gesuchsgegnerin betrieben. Der entsprechende Zahlungsbefehl sei der Gesuchsgegnerin am 28. Oktober 2011 vom zuständigen Betreibungsamt zugestellt worden (act. 9).



- 50 Das gerichtliche Geltendmachen einer Forderung stellt eine Art der Mahnung dar, wobei der Verzug mit der Zustellung der Rechtsschrift beim Schuldner eintritt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. November 2011, A-2619/2009, E. 5). In der Lehre und Rechtsprechung ist ausserdem anerkannt, dass der Zustellung des Zahlungsbefehls die Wirkungen einer Mahnung zukommen und der Schuldner dadurch in Verzug gesetzt wird (Peter GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 2706; INGEBORG SCHWENZER, a.a.O., Rz. 65.08).
- 51 Die Gesuchstellerin reichte mit Datum vom 10. Oktober 2011 bei der ElCom ein Gesuch ein, in welchem sie die Gesuchsgegnerin zur Rückzahlung der ITC-Akontozahlung aufforderte. Dieses Gesuch ging bei der ElCom am 11. Oktober 2011 ein (act. 1). Die Gesuchstellerin stellte der Gesuchsgegnerin eine Kopie dieses Gesuchs zu. Es ist davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin diese Kopie am 11. Oktober 2011 erhielt. Ausserdem führte die Gesuchstellerin bezüglich des Entgelts für ITC-Mindererlöse ein Betreibungsverfahren gegen die Gesuchstellerin. Der entsprechende Zahlungsbefehl wurde der Gesuchsgegnerin am 28. Oktober 2011 vom zuständigen Betreibungsamt zugestellt (act. 9, Beilage).
- 52 Somit ist die Eingabe der Gesuchstellerin vom 10. Oktober 2011 für den Beginn des Zinsenlaufs hinsichtlich der geltend gemachten Verzugszinsforderungen zu berücksichtigen. Nach der Zustellung gerät der Schuldner nach Ablauf einer angemessenen Reaktionszeit in Verzug (vgl. hierzu eingehend: FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung und Kritik, Diss. Freiburg 1988, a.a.O., S. 40 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 227). Im Falle der Mahnung tritt der Verzug ab dem Tag nach ihrem Eintreffen beim Schuldner ein (WOLFGANG WIEGAND, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 104). Da davon auszugehen ist, dass die Gesuchsgegnerin diese Kopie am 11. Oktober 2011 erhielt (vgl. vorstehend Rz. 51), befand sie sich mit Bezug auf die Rückerstattung der für das Jahr 2010 geleisteten ITC-Mindererlös-Akontozahlungen ab dem 12. Oktober 2011 in Schuldnerverzug.

4.5 Letzter Tag der Verzugszinspflicht

- 53 Die Zinspflicht besteht bis zum Erlöschen der Hauptforderung (Akzessorietät). Weil Geldschulden bei bargeldloser Zahlung mit der Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers getilgt sind, endet der Zinsenlauf am Tag vor der Gutschrift (ROLF H. WEBER, in: Heinz Hausheer [Hrsg.], Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 108 zu Art. 68-96 OR; Basler juristische Mitteilungen [BJM] 1960, S. 6).
- 54 Mit Verfügung vom 28. November 2013 wies die ElCom die Gesuchsgegnerin im Verfahren 212-00062 (alt: 952-13-031) betreffend Kostentragungspflicht für ITC-Mindererlöse in den Jahren 2010, 2011 und 2012 an, der Gesuchstellerin die bereits bezahlten ITC-Mindererlös-Akontozahlungen rückzuerstatten.
- 55 Nach Kenntnis der ElCom hat die Gesuchsgegnerin die Forderung bisher noch nicht rückerstattet. Somit hat die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin auf dem ausstehenden Betrag von [...] ab 12. Oktober 2011 Verzugszinsen von 5 Prozent zu bezahlen.

4.6 Eintarifierung der zu bezahlenden Verzugszinsen

- 56 Die Gesuchsgegnerin beantragt in ihrer Eingabe vom 6. Januar 2014, im Dispositiv der zu erlassenden Verfügung sei ausdrücklich festzuhalten, dass sie die Unterdeckung, welche ihr



durch allfällige zu leistende Zinszahlungen zugunsten der Gesuchstellerin entstehe, in den Folgejahren in den allgemeinen Netznutzungstarif der Netzebene 1 einrechnen dürfe (act. 11).

- 57 In seinem Urteil vom 7. Oktober 2013 führte das Bundesverwaltungsgericht in den Erwägungen aus, bei Verzugszinsen handle es sich nicht um anrechenbare Kapitalkosten. Zur Frage, ob Verzugszinsen unter gewissen Voraussetzungen anrechenbare Betriebskosten sein können, äusserte sich das Bundesverwaltungsgericht hingegen nicht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Oktober 2013, A-2487/2012, E. 8.5.5).
- 58 Grundsätzlich geht die ElCom davon aus, dass es sich bei Verzugszinsen nicht um anrechenbare Kosten im Sinne von Artikel 15 StromVG handelt. Wenn ein Unternehmen im Elektrizitätsbereich eine Dienstleistung bezieht, hierfür eine Rechnung erhält, diese nicht bezahlt und schliesslich vom Gläubiger dieser Forderung im entsprechenden Umfang in Verzug gesetzt wird, ist kein Grund ersichtlich, wieso die aufgrund der angefallenen Verzugszinsen geschuldeten Zusatzkosten anrechenbar sein sollen. Für die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes (Art. 15 Abs. 1 StromVG) wären solche Kosten gerade nicht erforderlich. Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine derartige Konstellation. Vielmehr stellte sich erst im Nachhinein aufgrund eines entsprechend lautender Bundesverwaltungsgerichtsurteile heraus, dass die Gesuchstellerin für das Jahr 2010 gegenüber der Gesuchsgegnerin ITC-Akontozahlungen ohne Rechtsgrund erbrachte.
- 59 Das Bundesverwaltungsgericht hob in seinen Urteilen vom 20. März 2013 (A-2842/2010 und A-2844/2010) und in seinem Urteil vom 20. Juni 2013 (A-2876/2010) die Dispositiv-Ziffer 12 der Verfügung der ElCom vom 4. März 2010 (212-00005 [alt: 952-09-131]) mit Bezug die Beschwerdeführerinnen auf. Es stellte fest, dass Artikel 14 Absatz 3 letzter Satz StromVV i.V.m. Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c erster Satz StromVV gesetzes- und verfassungswidrig ist.
- 60 Mit Verfügung vom 28. November 2013 stellte die ElCom im Verfahren 212-00062 (alt: 952-13-031) betreffend Kostentragungspflicht für ITC-Mindererlöse in den Jahren 2010, 2011 und 2012 unter anderem mit Bezug auf die Gesuchstellerin fest, dass ihr keine ITC-Mindererlöse angelastet werden dürfen. Zudem wies sie die Gesuchsgegnerin an, der Gesuchstellerin die bereits bezahlten ITC-Mindererlös-Akontozahlungen rückzuerstatten.
- 61 Aufgrund dieser besonderen Umstände ist die Gesuchsgegnerin ausnahmsweise berechtigt, die sich aus der vorliegenden Verfügung ergebenden Kosten in den Folgejahren in den allgemeinen Tarif für die Netznutzung der Netzebene 1 einzurechnen.

5 Gebühren

- 62 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 CHF pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 63 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] CHF pro Stunde (ausmachend [...] CHF), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] CHF pro Stunde (ausmachend [...] CHF) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] CHF pro Stunde (ausmachend [...] CHF). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] CHF.



- 64 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]).
- 65 Die Gesuchstellerin hat ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht und darin diverse Rechtsbegehren gestellt. Durch die Bearbeitung dieses Gesuchs sind bei der ElCom Kosten entstanden, welche abzugelten sind. Aufgrund des vorliegenden Ergebnisses ist die Gesuchstellerin nur teilweise obsiegend beziehungsweise die Gesuchsgegnerin lediglich teilweise unterliegend.
- 66 Aufgrund der konkreten Verhältnisse rechtfertigt es sich deshalb, der Gesuchstellerin einen Drittel (ausmachend [...] CHF) und der Gesuchsgegnerin zwei Drittel (ausmachend [...] CHF) der angefallenen Verfahrenskosten aufzuerlegen.

6 Parteientschädigung

- 67 In ihrem Gesuch macht die Gesuchstellerin Parteikosten geltend (act. 1).
- 68 Weder die Stromversorgungsgesetzgebung noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m.w.H.: BGE 132 II 47 E. 5.2). Aus diesem Grund wird vorliegend keine Parteientschädigung gesprochen.



III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der Axpo Power AG ab dem 12. Oktober 2011 einen Verzugszins von 5 Prozent auf den Betrag von [...] CHF zu leisten.
2. Die Swissgrid AG darf die sich aus Dispositivziffer 1 ergebenden Kosten in den Folgejahren in den Tarif der Netzebene 1 einrechnen.
3. Der Verfahrensantrag 4 der Axpo Power AG bezüglich Beizug des ITC-Agreement 2010 wird abgewiesen.
4. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] CHF. Davon werden [...] CHF der Axpo Power AG und [...] CHF der Swissgrid AG auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
5. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
6. Die Verfügung wird der Axpo Power AG und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.



Bern, 16. Januar 2014

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer ElCom

Versand:

Zu eröffnen:

- Axpo Power AG, Parkstrasse 23, 5400 Baden, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stefan Rechsteiner, VISCHER AG, Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich
- 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, 9023 St. Gallen, einzureichen. Die Frist steht still:

- a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.