Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-2617/2009

Urteil vom 14. Juli 2011

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz),
Richter Christoph Bandli, Richterin Kathrin Dietrich, Richter Lorenz Kneubühler, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Christian Kindler.

Parteien

Kraftwerke Oberhasli AG (KWO), 3862 Innertkirchen, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Walter Streit, LL.M., Gesellschaftsstrasse 27, Postfach 6858, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

swissgrid ag, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick,
Beschwerdegegnerin,

und

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kosten und Tarife 2009 für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen.

Sachverhalt:

Mit Datum vom 23. Mai 2008 veröffentlichte die nationale Netzgesellschaft swissgrid ag (swissgrid) als Betreiberin des schweizerischen Übertragungsnetzes für elektrische Energie (Netzebene 1) die Kosten und Tarife 2009 für die Netzebene 1.

Am 26. Juni 2008 gab die Eidgenössische Elektrizitätskommission (El-Com) bekannt, sie überprüfe die Tarife des Übertragungsnetzes von Amtes wegen. Vorgängig hatten bereits verschiedene Netzbetreiber und Endverbraucher gegen diese Tarife Gesuche um Absenkung bei der ElCom eingereicht.

In der Folge legte die ElCom mit Verfügung vom 6. März 2009 insbesondere die Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1 (Dispositiv-Ziff. 1), für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL) für Netzbetreiber und direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Endverbraucher (Dispositiv-Ziff. 2) und für allgemeine SDL für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW (Dispositiv-Ziff. 3) neu fest. Die Verfügung wurde der swissgrid und den übrigen beteiligten Parteien (Übertragungsnetzeigentümer, Netzbetreiber und Endverbraucher mit Ausspeisepunkten vom Übertragungsnetz sowie Betreiber von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW) eröffnet.

Mit Eingabe vom 23. April 2009 erhebt die Kraftwerke Oberhasli AG (KWO; Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt die Rechtsbegehren, die Ziffer III.3 (Dispositiv-Ziff. 3) der Verfügung der ElCom vom 6. März 2009 (angefochtene Verfügung) sei aufzuheben und den Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW seien keine Kosten für SDL anzulasten. Eventuell sei die Ziffer III.3 der Verfügung der ElCom aufzuheben und die Sache sei mit der Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, eine den Vorgaben von Art. 14 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) entsprechende Belastung von Endverbrauchern mit allgemeinen SDL-Kosten anzuordnen. Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin insbesondere aus, die Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Verfügung

ergebe sich weitgehend aus der Tatsache, dass sie sich auf Art. 31b der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) abstütze, d.h. auf eine Verordnungsbestimmung, die gesetz- und verfassungswidrig sei. So bestehe für die Überwälzung von SDL-Kosten auf Kraftwerkbetreiber keine genügende formell-gesetzliche Grundlage. Weil die im Sinne von Art. 31b Abs. 2 StromVV verfügte Kostenanlastung stark in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin eingreife und erhebliche finanzielle Folgen habe, bedürfte sie nach Art. 164 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) einer klaren Grundlage im formellen Gesetz. Daran ändere entgegen der Vorinstanz auch nichts, dass es sich bei der umstrittenen Verordnungsregelung um eine Übergangsbestimmung handle. Zudem widerspreche die Belastung der Kraftwerke mit SDL-Kosten klar dem in Art. 14 Abs. 2 StromVG verbindlich festgeschriebenen Ausspeiseprinzip und könne auch nicht als verursachergerechte Anlastung von individuellen Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG betrachtet werden. Ferner sei u.a. auch die Unterscheidung zwischen Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW und solchen mit einer Leistung von weniger als 50 MW sachlich nicht nachvollziehbar.

In ihrer Vernehmlassung vom 11. Juni 2009 beantragt die ElCom (Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde. Nachfrager nach einem sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netz seien nicht nur die Endverbraucher. Auch die Kraftwerke seien für die Elektrizitätsverteilung auf dieses Netz angewiesen und hätten mit der Einspeisung bzw. Nichteinspeisung einen Einfluss auf die Netzstabilität. Kraftwerksausfälle seien ein Hauptgrund, weshalb (positive) Regelleistung vorgehalten werden müsse. Ein solcher Kraftwerksausfall könne auch bei der Beschwerdeführerin eintreten. Die Gesetzgebung sei zudem generell-abstrakt und könne daher die individuell-konkreten Verhältnisse nicht berücksichtigen. Die ElCom habe sich in ihrer Verfügung an die Vorgaben von Art. 31b StromVV gehalten und diesen Artikel gemäss den Vorgaben des Gesetzgebers auf den konkreten Einzelfall angewendet. Mit Bezug auf die Frage der Gesetzmässigkeit von Art. 31b StromVV werde auf die entsprechenden Ausführungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen.

Die Beschwerdeführerin bestätigt mit ihren Schlussbemerkungen vom

8. Juli 2009 die gestellten Rechtsbegehren und die Ausführungen in ihrer Beschwerde vom 23. April 2009.

Mit Instruktionsverfügung vom 19. Februar 2010 bezieht das Bundesverwaltungsgericht die swissgrid als Beschwerdegegnerin ins vorliegende Verfahren ein und gibt ihr Gelegenheit, die Akten einzusehen und eine allfällige Stellungnahme einzureichen.

Die swissgrid hält in ihrer Stellungnahme vom 19. April 2010 fest, die Mehrheit der Beschwerdeführenden in diesem bzw. in den anderen Verfahren bringe im Wesentlichen gleiche oder ähnliche Rügen vor, wobei diese in weiten Teilen auch den Einwänden entsprächen, welche sie selbst in ihrer eigenen Beschwerde vom 21. April 2009 gegen die Verfügung der ElCom vom 6. März 2009 vorgebracht habe.

Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ElCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG).

2.
Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat als beteiligte

Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Betreiberin von mehreren Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW (vgl. Art. 31b Abs. 2 StromVV und Anhang 2 der angefochtenen Verfügung) von der Verfügung besonders betroffen. Sie ist damit zur Beschwerde legitimiert. Wie den Ausführungen in der Beschwerdeschrift bei genauer Betrachtung zu entnehmen ist, führt die KWO – trotz einzelnen missverständlichen Formulierungen selbst in den Rechtsbegehren – nur für sich selber Beschwerde. Sie wäre denn auch nicht berechtigt, stellvertretend für andere Kraftwerksbetreiber oder gar alle betroffenen Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW Beschwerde zu erheben.

3.
Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

Anzufügen ist an dieser Stelle, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 23. April 2009 lediglich die Dispositiv-Ziff. 3 der vorinstanzlichen Verfügung vom 6. März 2009 angefochten hat. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit einzig die Überprüfung des Tarifs 2009 für allgemeine SDL, wie die Beschwerdeführerin selber konkretisiert hat. Nicht Streitgegenstand bilden dagegen die Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1 (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.8).

4.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition, das heisst auch auf eine allfällig unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts hin, ebenso auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Sodann amtet die Vorinstanz in einem höchst technischen

Bereich, in dem Fachfragen sowohl im Bereich der Stromversorgung als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Ihr steht dabei – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches "technisches Ermessen" zu. In diesem Rahmen darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 133 II 35 E. 3, BGE 132 II 257 E. 3.2, BGE 131 II 13 E. 3.4, BGE 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen; BVGE 2009/35 E. 4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.155).

5.
Die Beschwerdeführerin bringt in materieller Hinsicht vor, Art. 31b Abs. 2 StromVV sei in verschiedener Hinsicht gesetz- und verfassungswidrig. So bestehe für die Überwälzung von SDL-Kosten auf Kraftwerkbetreiber keine genügende formell-gesetzliche Grundlage, weshalb Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben sei. Weil die aufgrund von Art. 31b Abs. 2 StromVV verfügte Kostenanlastung ausserordentliche finanzielle Folgen habe, bedürfte sie gemäss Art. 164 Abs. 1 BV einer Grundlage im formellen Gesetz. Die Belastung der Kraftwerke mit SDL-Kosten widerspreche zudem klar dem in Art. 14 Abs. 2 StromVG festgeschriebenen Ausspeiseprinzip und könne auch nicht als verursachergerechte Anlastung von individuellen Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG betrachtet werden.

5.1. Die Vorinstanz hält in ihrer Verfügung dagegen, aus Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG ergebe sich, dass es zulässig sei, Kosten individuell in Rechnung zu stellen. Das StromVG gehe nicht davon aus, dass die gesamten Betriebs- und Kapitalkosten eines Netzes den Endverbrauchern angelastet würden. Die individuelle Anlastung von Kosten an Kraftwerke verstosse demzufolge nicht gegen das in Art. 14 Abs. 2 StromVG vorgesehene Ausspeiseprinzip. Schon Art. 15 Abs. 1 StromVV sehe vor, gewisse Kosten individuell in Rechnung zu stellen. Diese individuelle Zuordnung der Kosten sei im Rahmen der Vernehmlassung weitgehend unbestritten gewesen. Die individuelle Anlastung von Kosten an Kraftwerke widerspreche auch nicht dem Prinzip der Aufgliederung der Elektrizitätstarife in einen Anteil für die Netznutzung und in einen solchen für die Energielieferung. Kraftwerke hätten ebenfalls Einfluss auf einen sicheren Netzbetrieb. Falle ein Kraftwerk aus, müsse Regelenergie ins Elektrizitätsnetz eingespiesen

werden. Art. 4 Abs. 1 Bst. g StromVG nenne als SDL zum Beispiel ausdrücklich die Schwarzstart- und Inselbetriebsfähigkeit von Erzeugern. Es entspreche dem Grundsatz der Verursachergerechtigkeit, dass diese Kosten individuell angelastet würden. Dieser Grundsatz sei in der Stromversorgungsgesetzgebung zentral und werde verschiedentlich genannt.

Der Ausfall eines Kraftwerks mit höherer elektrischer Leistung verursache in der Regel höhere Kosten für Regelenergie als der Ausfall eines Kraftwerks mit kleinerer Leistung. Aus diesem Grund sei es angebracht, nur grössere Kraftwerke mit SDL-Kosten zu belasten. Die Grenze von 50 MW erscheine damit als sachlich gerechtfertigt. Selbst wenn Art. 31b Abs. 2 StromVV gegen den Grundsatz des staatlichen Handelns nach Treu und Glauben verstossen würde, hätte dies nicht zur Folge, dass diese Verordnungsbestimmung nicht anwendbar wäre.

Bei der Festlegung der Rechtsetzungsstufe (Gesetz oder Verordnung) seien die Wichtigkeit, das Flexibilitätsbedürfnis und die Eignung der rechtsetzenden Behörde zu beachten. Das Flexibilitätsbedürfnis lasse eine Regelung auf Verordnungsstufe zu. Bei Art. 31b Abs. 2 StromVV handle es sich um eine Übergangsbestimmung, welche nur für die Jahre 2009 bis 2013 gelte. Betroffen seien etwa 70 Kraftwerke. Die finanzielle Bedeutung sei zwar nicht gering, aber mit 0.45 Rappen/kWh im Verhältnis zu den aktuellen schweizerischen und europäischen Grosshandelspreisen, den mit der Produktion erzielten Erlösen und den Energiepreisen der Endverbraucher mit Grundversorgung von durchschnittlich 8 Rappen/kWh vertretbar. Hinzu komme, dass beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung die Exekutive kraft ihrer Kompetenz zur Regelung des Inkrafttretens auch das Übergangsrecht umfassend ordnen könne. Der politische Wille des Parlaments sei gewesen, die Tariferhöhungen rückgängig zu machen, insbesondere im Bereich der SDL. Um diesen politischen Willen umzusetzen, habe der Bundesrat am 12. Dezember 2008 eine Revision der StromVV verabschiedet. Art. 31b Abs. 2 StromVV beruhe auf einem breiten Konsens.

5.2. Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Werden Rechtssetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber (im Bund insbesondere an den Bundesrat) übertragen, spricht man von Gesetzesdelegation. Der Gesetzgeber ermächtigt damit im formellen Gesetz die Exekutive zum Erlass von

gesetzesvertretenden Verordnungen. Reine Vollziehungsverordnungen sind dagegen kein Delegationsfall, denn für den Erlass solcher Vorschriften verfügt der Bundesrat über eine verfassungsunmittelbare Kompetenz (vgl. Art. 182 Abs. 2 BV; PIERRE TSCHANNEN, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar [Kommentar BV], Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 34 zu Art. 164; THOMAS SÄGESSER, in: Kommentar BV, Rz. 17 zu Art. 182).

5.2.1. Die Gesetzesdelegation gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (Art. 164 Abs. 1 und 2 BV; BGE 128 I 113 E. 3c; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1751/2006 vom 25. März 2009 E. 2.2). Delegiert das Gesetz beispielsweise die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an den Verordnungsgeber, so muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe selber festlegen (Urteil des Bundesgerichts 2C_729/2008 vom 3. März 2009 E. 3.1 mit Hinweisen, publiziert in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2010, S. 280 ff.).

5.2.2. Das Bundesverwaltungsgericht kann auf Beschwerde hin vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle). Der Umfang der Kognitionsbefugnis hängt dabei davon ab, ob es sich um eine unselbständige oder aber um eine selbständige Verordnung handelt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.177). Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen, die sich wie hier auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft das Bundesverwaltungsgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken,

ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern (Urteile des Bundesgerichts 2C_246/2009 vom 22. März 2010 E. 7.1, 2C_735/2007 vom 25. Juni 2008 E. 4.2 und 2A.142/2005 vom 24. November 2005 E. 3.1; BGE 130 I 26 E. 2.2.1, je mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1751/2006 vom 25. März 2009 E. 2.4).

5.3.

5.3.1. Der Strompreis für die Stromabnehmer setzt sich aus den Kosten für die Stromproduktion, für die Netznutzung hinsichtlich der Stromübertragung, Stromverteilung und Stromeinspeisung (Stromtransport), den Abgaben an die Gemeinwesen sowie dem Unternehmensgewinn zusammen (ROLF H. WEBER/ANNJA MANNHART, Neues Strompreisrecht Kontrollkriterien und Kontrollmethoden für Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und -entgelte, in: ZBl 2008, S. 457). Das Netznutzungsentgelt ist demnach ein Bestandteil des Strompreises. Die Stromgesetzgebung bestimmt, dass das Entgelt für die Netznutzung die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen darf (Art. 14 Abs. 1 StromVG; sog. Kostendeckungsprinzip). Es ist von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten (Art. 14 Abs. 2 StromVG; sog. Ausspeiseprinzip). Endverbraucher sind Kunden, welche Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen. Ausgenommen hiervon ist der Elektrizitätsbezug für den Eigenbedarf eines Kraftwerks sowie für den Antrieb von Pumpen in Pumpspeicherkraftwerken (Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG). Für die Festlegung der Netznutzungstarife ist gemäss Art. 14 Abs. 3 StromVG Folgendes zu beachten:

– Die Netznutzungstarife haben einfache Strukturen aufzuweisen und sollen die von den Endverbrauchern verursachten Kosten widerspiegeln (Bst. a).

– Die Netznutzungstarife müssen unabhängig von der Distanz zwischen Ein- und Ausspeisepunkt ermittelt werden (Bst. b).

– Pro Spannungsebene und Kundengruppe im Netz des Netzbetreibers ist der Netznutzungstarif einheitlich zu gestalten (Bst. c).

– Die Einrechnung individuell in Rechnung gestellter Kosten ist nicht zulässig (Bst. d).

– Netznutzungstarife haben zu einer effizienten Elektrizitätsverwendung beizutragen (Bst. e).

Als anrechenbare Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 1 StromVG gelten die Betriebs- und Kapitalkosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes. Sie beinhalten einen angemessenen Betriebsgewinn. Als Betriebskosten gelten die Kosten für die mit dem Betrieb der Netze direkt zusammenhängenden Leistungen. Dazu zählen insbesondere die Kosten für SDL sowie für den Unterhalt der Netze (Art. 15 Abs. 1 und 2 StromVG).

SDL sind die für den sicheren Betrieb der Netze notwendigen Hilfsdienste. Diese umfassen insbesondere Systemkoordination, Bilanzmanagement, Primärregelung, Schwarzstart- und Inselbetriebsfähigkeit von Erzeugern, Spannungshaltung (inkl. Anteil Blindenergie), betriebliche Messungen und Ausgleich der Wirkverluste (Art. 4 Abs. 1 Bst. g StromVG). Gemäss Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie (BFE) vom 5. Dezember 2008 zur revidierten StromVV handelt es sich bei den SDL vor allem um Energiereserven, die für Kraftwerksausfälle oder Konsumschwankungen bereitgehalten werden müssen.

5.3.2. Für eine transparente Zuweisung der Netzkosten werden die Übertragungs- und Verteilnetze in vier Spannungs- und drei Transformationsebenen und damit in sieben Netzebenen aufgeteilt (vgl. VERBAND SCHWEIZERISCHER ELEKTRIZITÄTSUNTERNEHMEN [VSE], Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Marktmodell für die elektrische Energie – Schweiz, Grundsatzdokument zur Regelung der zentralen Aspekte der Organisation des Strommarktes Schweiz, Ausgabe 2009 [MMEE–CH 2009], Ziff. 4.1.2 [1] und [2], abrufbar unter www.strom.ch). Das Übertragungsnetz umfasst die Netzebene 1 und wird als Elektrizitätsnetz definiert, das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient und in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben wird (Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG). Das Verteilnetz umfasst die Netzebenen 2 bis 7 und ist gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. i StromVG ein Elektrizitätsnetz hoher, mittlerer oder niederer Spannung zum Zwecke der Belieferung von Endverbrauchern oder

Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Art. 14 und Art. 15 StromVG enthalten Bestimmungen zur Berechnung der Netznutzungsentgelte sämtlicher Netzebenen (wenn der Gesetzgeber von den Netzbetreibern spricht, sind damit sowohl die Verteilnetzbetreiber wie auch die Übertragungsnetzbetreiberin gemeint; vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 [Botschaft StromVG], BBl 2005 1646 i.V.m. BBl 2005 1651 und ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, § 4 Rz. 25).

Nach Art. 15 Abs. 4 Bst. a und b StromVG legt der Bundesrat die Grundlagen fest zur Berechnung der Betriebs- und Kapitalkosten und zur einheitlichen und verursachergerechten Überwälzung der Kosten sowie der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen. Dabei ist der Einspeisung von Elektrizität auf unteren Spannungsebenen Rechnung zu tragen.

5.3.3. Die Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes ist in Art. 15 StromVV geregelt. Grundsätzlich werden die Kosten gemäss Abs. 1 bis 3 auf drei Arten überwälzt (vgl. Erläuternder Bericht des BFE zum Vernehmlassungsentwurf der StromVV vom 27. Juni 2007 [Erläuternder Bericht StromVV]): Abs. 1 regelt die individuell in Rechnung gestellten Kosten (individueller SDL-Tarif) und Abs. 2 die von allen rund 900 Netzbetreibern in der Schweiz getragenen Kosten für die SDL (allgemeiner SDL-Tarif). Abs. 3 ist Grundlage für die Überwälzung der Kosten an die rund 40 direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Verteilnetzbetreiber und an die Endverbraucher. Die Beschwerdegegnerin stellt den überwälzten Kostenblock den einzelnen Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern gestützt auf einen für die Regelzone Schweiz einheitlichen Netznutzungstarif in Rechnung (Netznutzungstarif).

Von Interesse ist im vorliegenden Fall die Überwälzung der Kosten für allgemeine SDL gemäss Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVV (vgl. Ziff. 2 und 3 des Dispositivs sowie E. 4.3.4.3 und 4.3.4.4 der angefochtenen Verfügung) – im Gegensatz zur Überwälzung der Kosten für individuelle SDL gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. a StromVV. Für die Jahre 2009 bis 2013 wurde bezüglich der Überwälzung der allgemeinen SDL die Übergangsbestimmung von Art. 31b StromVV geschaffen. Die fraglichen Bestimmungen lauten wie folgt:

- Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVV, "Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes" (in der Fassung vom 12. Dezember 2008, AS 2008 6467, in Kraft seit 1. Januar 2009):

[2]Sie [Anm.: die nationale Netzgesellschaft, d.h. die Beschwerdegegnerin] stellt den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der Endverbraucher folgende Kosten in Rechnung:

a. die Kosten für Systemmanagement, Messdatenmanagement, Schwarzstart- und Inselbetriebsfähigkeit von Erzeugern, Spannungshaltung, Primärregelung und die Anteile der Leistungsvorhaltung für die Sekundär- und Tertiärregelung, welche nicht einer Bilanzgruppe zugeordnet werden können. Die ElCom legt jährlich den Höchstbetrag fest;

- Art. 31b StromVV, "Systemdienstleistungen" (eingefügt mit der Revision vom 12. Dezember 2008, AS 2008 6467, in Kraft seit 1. Januar 2009):

[1]Die nationale Netzgesellschaft stellt in den Jahren 2009-2013 den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der Endverbraucher die Kosten für Systemmanagement, Messdatenmanagement, Schwarzstart und Inselbetriebsfähigkeit von Erzeugern, Spannungshaltung, Primärregelung und die Anteile der Leistungsvorhaltung für die Sekundär- und Tertiärregelung, welche nicht einer Bilanzgruppe zugeordnet werden können, zu höchstens 0,4 Rappen pro kWh in Rechnung.

[2]Sie stellt 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.

6.

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass ihr gestützt auf Art. 31b Abs. 2 StromVV Kosten für allgemeine SDL angelastet werden können. Das StromVG (insbes. dessen Art. 14) biete hierfür keine genügende gesetzliche Grundlage. Die diesbezüglich erforderlichen Abklärungen, wer in Bezug auf das Netznutzungsentgelt Zahlungspflichtiger ist, was unter den individuell in Rechnung gestellten Kosten gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG zu verstehen ist und was die Gesetzesdelegation

gemäss Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG umfasst, hat das Bundesverwaltungsgericht bereits angestellt: In seinem 1. Piloturteil (A-2607/2009) zu den Strompreisen 2009 vom 8. Juli 2010, welches rechtskräftig geworden und amtlich publiziert ist (BVGE 2010/49), hat es die vorstehend aufgeworfenen Rechtsfragen als materieller Hauptteil in den E. 8 bis 12 schon beantwortet. Es liegen hier keine zusätzlichen Gesichtspunkte vor, die noch einer separaten Prüfung bedürften. Nachfolgend werden der Vollständigkeit halber und mit Blick auf den Kostenteil und das Dispositiv einzig die auf die vorliegende Situation angepassten Schlussfolgerungen des Bundesverwaltungsgerichts, wie sie im erwähnten Grundsatzurteil gezogen worden sind, wiedergegeben.

6.1. Die fragliche Gesetzesdelegation ist in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten (Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG), beschränkt sich auf die Überwälzung der Kosten und damit auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet. Sodann sind die wichtigen Regelungen – wie insbesondere die Bestimmung des grundsätzlich zahlungspflichtigen Endverbrauchers – im StromVG selber enthalten (Art. 14 und Art. 15 StromVG). Der Gesetzgeber hat somit nicht etwa in verfassungswidriger Weise dem Verordnungsgeber die Kompetenz übertragen, betreffend die nicht individuell anrechenbaren Kosten neue Zahlungspflichtige einzuführen, sondern an ihn lediglich die Aufgabe delegiert, die Überwälzung der Kosten auf den Endverbraucher zu regeln. Diese Gesetzesdelegation ist zulässig (vgl. nebst vorne E. 5.2.1 f. auch Botschaft StromVG, BBl 2005 1681). Das Bundesverwaltungsgericht kann deshalb Art. 31b StromVV uneingeschränkt auf seine Gesetz- und Verfassungsmässigkeit überprüfen.

6.2. Art. 31b Abs. 2 StromVV belastet die Betreiber von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW mit dem Teil der Kosten der SDL, der mit dem nach Art. 31b Abs. 1 StromVV festgelegten Tarif nicht gedeckt werden kann. Art. 31b Abs. 1 StromVV betrifft die allgemeinen SDL, weshalb den Betreibern von Kraftwerken mit Art. 31b Abs. 2 StromVV Kosten für allgemeine SDL auferlegt werden. Diese sind als nicht individuell anrechenbare Kosten Teil des Netznutzungsentgelts. Auch wenn Art. 31b Abs. 2 StromVV bestimmt, dass den Kraftwerken die Kosten für allgemeine SDL gemäss ihrem Anteil an der Bruttoenergieerzeugung individuell in Rechnung zu stellen sind, ändert dies nichts daran, dass es sich bei den Kosten für allgemeine SDL nicht um individuelle Kosten handelt. Gemäss dem Konzept des StromVG können aber nur direkt am Übertragungsnetz angeschlossene

Endverbraucher oder in einem ersten Schritt Verteilnetzbetreiber, welche die Möglichkeit haben, die Kosten der allgemeinen SDL auf nicht direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Endverbraucher (ev. über einen weiteren Verteilnetzbetreiber) zu überwälzen, mit Kosten für allgemeine SDL belastet werden. Mit andern Worten ist eine Überwälzung der Kosten für allgemeine SDL jeweils nur dort gewährleistet und zulässig, wo vertragliche Beziehungen zwischen den einzelnen Akteuren betreffend die Netznutzung bestehen (Übertragungsnetzbetreiber und direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Endverbraucher, Übertragungsnetzbetreiber und Verteilnetzbetreiber, Verteilnetzbetreiber und Verteilnetzbetreiber sowie Verteilnetzbetreiber und Endverbraucher).

Die Betreiber von Kraftwerken können die Kosten für die allgemeinen SDL – im Gegensatz zu den Verteilnetzbetreibern – nicht an die Endverbraucher überwälzen, da zwischen den Betreibern von Kraftwerken und den Endverbrauchern keine vertragliche Beziehung betreffend die Netznutzung besteht (vgl. MMEE-CH 2009, Ziff. 2.3, insbesondere Ziff. 2.3.2). Indem Art. 31b Abs. 2 StromVV neu auch Betreiber von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW mit Kosten für allgemeine SDL individuell belastet, verstösst er somit gegen das Ausspeiseprinzip von Art. 14 Abs. 2 StromVG. Zudem ist die Bestimmung, wer das Netznutzungsentgelt letztlich zu entrichten hat, eine wichtige rechtsetzende Bestimmung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV und muss bzw. müsste (bei einer abweichenden Neuformulierung) zwingend im formellen Gesetz verankert sein. Art. 31b Abs. 2 StromVV ist demnach gesetz- und verfassungswidrig und kann nicht zur Anwendung gelangen.

6.3. Das Argument der Vorinstanz, es sei aufgrund von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG zulässig, den Kraftwerken individuell Kosten anzulasten, ist – wie die Beschwerdeführerin richtig darlegt – nicht stichhaltig. Diese Aussage ist zwar korrekt, verkennt aber, dass es im vorliegenden Fall nicht um die Anlastung von individuellen Kosten, sondern um die Belastung der Kraftwerke mit allgemeinen SDL im Sinne von Art. 15 Abs. 2 Bst. a bzw. Art. 31b StromVV geht. Diese allgemeinen SDL sind als Betriebskosten Teil des Netznutzungsentgelts (Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 und 2 StromVG). Die von der Vorinstanz angeführten individuell in Rechnung gestellten Kosten gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG sind dagegen gerade nicht Bestandteil des Netznutzungsentgelts.

6.4. Weiter bringt die Vorinstanz vor, dass auch Kraftwerke einen Einfluss auf den sicheren Netzbetrieb hätten. Falle ein Kraftwerk aus, müsse Regelenergie ins Elektrizitätsnetz eingespeist werden. Es entspreche dem Grundsatz der Verursachergerechtigkeit, dass diese Kosten individuell angelastet würden. Werde die Regelleistung ausschliesslich von den Endverbrauchern bezahlt, habe der Kraftwerksbetreiber keinen Anreiz, Ausfälle zu vermeiden. Auch das Flexibilitätsbedürfnis lasse eine Regelung auf Verordnungsstufe zu. Da es sich bei Art. 31b Abs. 2 StromVV um eine befristete Übergangsbestimmung handle, sei der Eingriff weniger intensiv. Zudem beruhe er auf einem breiten Konsens.

Diese Ausführungen der Vorinstanz sind zwar allesamt nachvollziehbar. So trifft es insbesondere zu, dass Sinn und Zweck von Art. 31b StromVV sein sollte, die Kosten für SDL verursachergerecht zu verrechnen, damit die angekündigten Strompreiserhöhungen gedämpft werden könnten (vgl. Medienmitteilung des BFE vom 5. Dezember 2008). Sie ändern jedoch nichts an der Tatsache, dass für neue Zahlungspflichtige bzw. die Einführung einer neuen Kategorie von Zahlungspflichtigen des Netznutzungsentgelts gestützt auf Art. 164 Abs. 1 BV eine Grundlage im formellen Gesetz erforderlich ist (vgl. vorne E. 6.2). Ein Abweichen vom Erfordernis der Gesetzmässigkeit aus Gründen der Praktikabilität – das BFE hält in seiner Medienmitteilung vom 5. Dezember 2008 fest, die Massnahmen gemäss revidierter StromVV seien "einfach zu vollziehen" und würden zu einer "kurzfristig wirksamen Strompreisreduktion" führen – ist nicht zulässig. Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber in Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG nicht etwa den Verordnungsgeber in verfassungswidriger Weise ermächtigt, in Bezug auf das Netznutzungsentgelt zusätzliche Zahlungspflichtige neben den Endverbrauchern gemäss Art. 14 Abs. 2 StromVG festzulegen.

Die ElCom bringt mit Betonung auf den Charakter von Art. 31b StromVV als Übergangsbestimmung schliesslich noch vor, die Exekutive könne beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung kraft ihrer Kompetenz zur Regelung des Inkrafttretens auch das Übergangsrecht umfassend ordnen und verweist dazu auf BGE 106 Ia 256 f. Auch daraus kann die Vorinstanz jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, da der Verordnungsgeber im vorliegenden Fall über seine ihm übertragene Kompetenz zur Regelung der Überwälzung der Kosten in Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG hinausgegangen ist und mit den Betreibern von Kraftwerken in der StromVV neue Zahlungspflichtige bzw. eine neue Kategorie von Zahlungspflichtigen betreffend das Netznutzungsentgelt

eingeführt hat. Dagegen enthält die Übergangsregelung in BGE 106 Ia 254 E. 2c keine grundsätzlichen Rechtssätze im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV.

6.5. Das Bundesverwaltungsgericht kommt zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Betreiberin mehrerer Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW nicht mit Kosten für allgemeine SDL belastet werden kann. Deshalb ist Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung, soweit sie betreffend, aufzuheben. Entsprechend muss auf die zusätzlichen – insbesondere verfassungsrechtlichen – Rügen der Beschwerdeführerin nicht weiter eingegangen werden. Da die Belastung von Kraftwerken mit Kosten für allgemeine SDL aufgrund der heutigen Gesetzesgrundlagen an sich nicht zulässig ist, erübrigt sich schliesslich auch die Prüfung, ob die Grenze von 50 MW sachlich gerechtfertigt sein könnte und ob die Vorinstanz *diesbezüglich* den Untersuchungsgrundsatz verletzt hätte.

7.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 31b Abs. 2 StromVV gegen Art. 164 Abs. 1 BV und Art. 14 Abs. 2 StromVG verstösst, mit andern Worten verfassungs- und gesetzwidrig ist und damit nicht angewendet werden kann. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist somit gutzuheissen und Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 6. März 2009 – soweit die Beschwerdeführerin betreffend – aufzuheben.

8.
Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da die Beschwerdeführerin wie auch die Beschwerdegegnerin obsiegt, während der unterliegenden Vorinstanz nach Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt werden können, werden keine Verfahrenskosten erhoben. Demnach ist der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils vollumfänglich zurückzuerstatten.

Der vollständig obsiegenden Beschwerdeführerin steht eine Parteientschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter

der Beschwerdeführerin hat keine Honorarnote eingereicht, weshalb die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung für das gesamte Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist auf Fr. 4'500.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und der vollumfänglich unterliegenden Vorinstanz aufzuerlegen. Der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 6. März 2009 mit Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils vollumfänglich zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

3.
Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.-- zugesprochen, welche ihr durch die Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten ist.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr……..; Gerichtsurkunde)

– das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

André Moser Christian Kindler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Frist steht still vom 15. Juli bis und mit dem 15. August 2011 (Art. 46 Abs. 1 Bst. b BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 15. Juli 2011