Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 02
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. A-2619/2009
moa/maj
{T 1/2}

Zwischenverfügung vom 15. Juni 2009

In der Beschwerdesache

Parteien

Energiedienst Holding AG, Baslerstrasse 44,
5080 Laufenburg,
vertreten durch Herr Michele Bernasconi,
Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich
und Frau Phyllis Scholl, Bär & Karrer AG,
Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Kosten und Tarife für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Mit Verfügung vom 6. März 2009 legte die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) unter anderem die Tarife 2009 für Systemdienstleistungen für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW fest (Ziff. 3 des Dispositivs). Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009 entzog die ElCom die aufschiebende Wirkung (Ziff. 12 des Dispositivs).

B.
Mit Eingabe vom 22. April 2009 erhebt die Energiedienst Holding AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung der ElCom (nachfolgend: Vorinstanz) vom 6. März 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. In prozessualer Hinsicht stellt sie den Antrag, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen.

C.
Mit Schreiben vom 4. Mai 2009 präzisiert die Beschwerdeführerin, dass sie die Ziff. 3 und 12 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009 anficht.

D.
Die Vorinstanz nimmt in ihrer Eingabe vom 15. Mai 2009 Stellung zum Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin.

E.
Mit Eingabe vom 12. Juni 2009 äussert sich die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 15. Mai 2009 betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Auf die 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. De-

zember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ElCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der am 22. April 2009 erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 [Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7]). Folglich hat es auch über den Verfahrensantrag betreffend die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (Art. 55 Abs. 3 VwVG) zu befinden. Letzteres fällt in die Kompetenz des Instruktionsrichters (Art. 55 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 39 Abs. 1 VGG).

2.
Als Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin ohne weiteres legitimiert, einen Verfahrensantrag zu stellen (Regina Kiener, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 55, N. 12).

3.
Der Beschwerde kommt im Allgemeinen von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Aufschiebende Wirkung besagt, dass die in einer Verfügung angeordnete Rechtsfolge vorläufig nicht eintritt, sondern bis zum Beschwerdeentscheid vollständig gehemmt wird. Zweck der aufschiebenden Wirkung ist es, die beschwerdeführende Person die nachteiligen Wirkungen der Verfügung solange nicht fühlen zu lassen, bis über deren Rechtmässigkeit entschieden ist (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 116f. Rz. 3.19).

4.
Sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat, kann die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung auf eine Geldleistung gerichtet, wenn sie den Adressaten zur Bezahlung eines Geldbetrages verpflichtet (vgl. BGE 111 V 56 E. 3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8198/2007 vom 21. Februar 2008 E. 2.1 mit Hinweis). Keine Verfügungen über eine Geldleistung sind Verfügungen, mit denen ein Tarif festgelegt, herabgesetzt oder genehmigt wird (Kiener, Kommentar VwVG, a.a.O.,

Art. 55, N. 19; HANSJÖRG SEILER, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2009, Art. 55, N. 86).

Die Rechtsmittelinstanz bzw. die instruierende Behörde kann jederzeit auf den Entscheid der Vorinstanz zurückkommen und die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin oder auch von Amtes wegen wiederherstellen, wenn die Voraussetzungen für den Entzug nicht oder nicht mehr gegeben sind (Art. 55 Abs. 3 VwVG). Beim Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sind die gleichen Kriterien massgebend wie bei deren Entzug, d.h. die Wiederherstellung muss durch ein hinreichendes Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Eine einmal entzogene aufschiebende Wirkung soll nicht leichthin wiederhergestellt werden (KIENER, a.a.O., Art. 55, N. 23).

5.
Die Vorinstanz hat in Ziff. 3 ihrer Verfügung vom 6. März 2009 die Tarife 2009 für Systemdienstleistungen für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW festgelegt. Die Festlegung von Tarifen stellt allgemein – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – keine Geldleistung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 VwVG dar. Der Beschwerde kann daher grundsätzlich die aufschiebende Wirkung entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG).

6.
Gemäss Rechtsprechung rechtfertigen nicht nur ganz aussergewöhnliche Umstände den Entzug der aufschiebenden Wirkung (BGE 129 II 289 E. 3.2). Immerhin muss die verfügende Behörde überzeugende Gründe dartun können. Sind solche vorhanden, ist weiter zu prüfen, ob die Massnahme verhältnismässig ist. Insbesondere sind die sich gegenüberstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Bei der Interessenabwägung steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Der Entscheid wird in der Regel auf den Sachverhalt abgestützt, der sich aus den Akten ergibt, ohne darüber hinausgehende zeitraubende Erhebungen anzustellen. Es handelt sich um einen sog. prima facie-Entscheid. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen, jedenfalls dann, wenn die Erfolgsprognose eindeutig ausfällt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 119 f. Rz 3.24 und 3.27 f.). Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf,

weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2).

7.
Im vorliegenden Fall legte die ElCom mit Verfügung vom 6. März 2009 insbesondere die Tarife 2009 für Systemdienstleistungen für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW fest (Ziff. 3 des Dispositivs). Die Beschwerdeführerin beantragt in der Hauptsache die Aufhebung der Ziff. 3. Sie bringt vor, dass es sich vorliegend um einen deutschen Sachverhalt handle, auf welchen deutsches Recht anwendbar sei. Die Vorinstanz habe keine Kompetenz, einen deutschen Sachverhalt zu beurteilen. Weiter verstosse die Verfügung gegen das Verursacher- und das Gleichbehandlungsprinzip. Auch sei bei Abstellen auf die Wasserkraftkonzession die Schwelle von 50 MW nicht erreicht.

Aufgrund der komplexen Materie bedürfen die sich stellenden Fragen einer eingehenderen Prüfung, als dies im Rahmen eines summarischen Entscheids möglich wäre. Eine eindeutige Hauptsachenprognose ist deshalb im jetzigen Zeitpunkt nicht möglich.

8.
In einem weiteren Schritt ist nach dem Anordnungsgrund zu fragen. Ein solcher liegt vor, wenn zumindest überzeugende Gründe für den Entzug gegeben sind (vgl. oben E. 6).

8.1 Die Vorinstanz führt insbesondere die sog. Kostenwälzung als Grund des Entzugs der aufschiebenden Wirkung ins Feld. Von der Netzebene 1 bis zur Netzebene 7 würden sich die Kosten für die Benutzung der verschiedenen Netze und damit Netzebenen summieren. Die zu wälzenden Kosten einer Netzebene würden sich durch Addition der wälzbaren Kosten dieser Netzebene und der Kosten, die aus der vorgelagerten Netzebene der eigenen Unternehmung gewälzt bzw. vom vorliegenden Netzbetreiber umgelegt werden, ergeben. Die von der Vorinstanz festgelegten Tarife für die Netzebene 1 würden sich auf alle nachgelagerten Abnehmer und schlussendlich auf alle Endverbraucher auswirken. In der Schweiz müssten rund 800 Elektrizitätsversorgungsunternehmungen bei einer Tarifänderung der Netzebene 1 ihre Tarife neu berechnen. Wichtig sei zudem, dass die neuen Regeln im Strommarkt möglichst schnell klar seien. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde liesse sodann insofern eine erhebliche Rechtsunsi-

cherheit entstehen, als dass die im Mai 2008 publizierten Tarife nicht mehr massgeblich sein könnten, da der Bundesrat mit Änderung der StromVV die Berechnungsgrundlagen geändert habe. Ein Rückgriff auf bisher gültige Tarife sei deshalb nicht mehr möglich. Auch bestehe die Gefahr, dass die Kraftwerksbetreiber möglicherweise nicht bereit wären, den Tarif für Systemdienstleistungen zu bezahlen, wenn der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukommen würde.

8.2 Die Beschwerdeführerin bringt neben dem Argument, dass es sich bei dem Tarif 2009 für Systemdienstleistungen um eine Geldleistung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 VwVG handle (vgl. dazu oben E. 5) und der pauschalen Behauptung, der Entzug der aufschiebenden Wirkung sei unverhältnismässig, keine weiteren Argumente vor, die für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sprechen würden.

8.3 Das Argument der Vorinstanz, im Falle der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde könne nicht auf die früher geltenden Tarife abgestellt werden, da diese noch anders berechnet worden seien, überzeugt. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hätte also nicht etwa zur Folge, dass die alte Regelung weiterhin gelten würde, sondern dass weder die alte noch die neue Regelung anwendbar wäre. Dies würde zu einer nur schwer hinzunehmenden Rechtsunsicherheit führen, was einen überzeugenden Grund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung darstellt. Auch wenn die Tarife 2009 erst mit Eintritt der Rechtskraft definitiv festgelegt sind, ist es doch in der Zwischenzeit sinnvoll über eine – je nach dem auch nur vorübergehende – Regelung zu verfügen.

9.
Weiter ist zu prüfen, ob der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die Vorinstanz verhältnismässig war (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung dürfte vorliegend geeignet und erforderlich sein, um während des laufenden Verfahrens eine gewisse Rechtssicherheit zu gewährleisten. Ob sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung tatsächlich rechtfertigt, entscheidet sich deshalb im Rahmen einer Interessenabwägung (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 613 ff.).

9.1 Das Interesse an einer gewissen Rechtssicherheit während des Verfahrens ist hoch einzuschätzen. Im Falle der Wiederherstellung der

aufschiebenden Wirkung könnte nämlich, wie bereits oben unter E. 8.3 ausgeführt, nicht auf die früheren Tarife abgestellt werden, da diese anders berechnet wurden.

9.2 Die Beschwerdeführerin vermag zudem in ihrer Beschwerde vom 22. April 2009 nicht darzulegen, inwiefern sie aufgrund der sofortigen Wirksamkeit der angefochtenen Verfügung in ihren Interessen einschneidend betroffen sein sollte. Zwar hat jede Beschwerdeführerin ein Interesse an der Abänderung der ihrer Ansicht nach unrechtmässigen Verfügung, ein darüberhinausgehendes Interesse macht die Beschwerdeführerin jedoch nicht geltend.

9.3 Das von der Vorinstanz angeführte Interesse der Branche an einer raschen Klärung der Regeln im Strommarkt spricht bloss für eine rasche (rechtskräftige) Entscheidung in der Hauptsache. Jedoch spricht das Interesse an einer verbindlichen Regelung zumindest während des Verfahrens gegen die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (vgl. oben E. 9.1).

9.4 Zudem besteht gemäss den Ausführungen der Vorinstanz die Möglichkeit einer nachträglichen Kompensation für den Fall, dass die festgelegten Tarife vom Bundesverwaltungsgericht nicht bestätigt würden. In diesem Zusammenhang wird auch die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage einer Verzinsung von allenfalls zu Unrecht bezahlten Teilsummen des Systemdienstleistungstarifs zu prüfen sein.

9.5 Hervorzuheben ist des Weiteren, dass von insgesamt 17 Beschwerden, die beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 6. März 2009 eingereicht wurden, nur gerade drei Beschwerdeführerinnen die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragt haben.

9.6 Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass eine gewisse Kontinuität im Verfahren beachtet und die entzogene aufschiebende Wirkung nicht leichthin wiederhergestellt werden sollte (Urteil des Bundesgerichts 6A.53/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2a).

9.7 Aufgrund dieser Ausführungen ergibt sich, dass die Nachteile im Falle einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung insgesamt überwiegen. Somit ist der Antrag der Beschwerdeführerin abzuweisen.

10.
Über die Kosten dieses Zwischenentscheides sowie eine allfällige Parteientschädigung wird im Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Der Antrag der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.
Über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung wird zusammen mit der Hauptsache entschieden.

3.
Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 952-08-005; Einschreiben mit Rückschein)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:	Die Gerichtsschreiberin:
André Moser	Jana Mäder

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: