Verfahrensbeteiligte

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}

2C 969/2013

2C 985/2013

Urteil vom 19. Juli 2014

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Präsident Zünd,
Bundesrichter Seiler,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichter Stadelmann,
Gerichtsschreiber Winiger.

Verfahrensbeteiligte
2C 969/2013
Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom, Effingerstrasse 39, 3003 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Swissgrid AG,
Beschwerdegegnerin,

ewz Übertragungsnetz AG,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marcel Meinhardt,
BKW Energie AG,
vertreten durch Dr. Jürg Borer und David Mamane,
BKW Übertragungsnetz AG,
vertreten durch Dr. Jürg Borer und David Mamane,
Alpiq AG,
vertreten durch Frau lic.iur. Mariella Orelli und Frau lic.iur. Edith Blunschi, Rechtsanwältinnen,
Alpiq Suisse SA,
vertreten durch Frau lic.iur. Mariella Orelli und Frau lic.iur. Edith Blunschi, Rechtsanwältinnen,
Kernkraftwerk-Beteiligungsgesellschaft AG,
vertreten durch Frau lic.iur. Mariella Orelli und Frau lic.iur. Edith Blunschi, Rechtsanwältinnen,
Axpo Power AG, vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, lic.iur. Michael Waldner, Rechtsanwälte,
EGL Grid AG, vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, lic.iur. Michael Waldner, Rechtsanwälte,
Kernkraftwerk Leibstadt AG,
vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, lic.iur. Michael Waldner, Rechtsanwälte,
Axpo Trading AG,
vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, lic.iur. Michael Waldner, Rechtsanwälte,

Kernkraftwerk Gösgen-Däniken AG,
vertreten durch Frau lic.iur. Mariella Orelli und Frau lic.iur. Edith Blunschi, Rechtsanwältinnen,

2C 985/2013
Swissgrid AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom, Effingerstrasse 39, 3003 Bern,
Beschwerdegegnerin,

ewz Übertragungsnetz AG,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marcel Meinhardt,
BKW Energie AG, vertreten durch Dr. Jürg Borer und David Mamane, Rechtsanwälte,
BKW Übertragungsnetz AG, vertreten durch Dr. Jürg Borer und David Mamane, Rechtsanwälte,
Alpiq AG,
vertreten durch Frau lic.iur. Mariella Orelli und Frau lic.iur. Edith Blunschi, Rechtsanwältinnen,
Alpiq Suisse SA,
vertreten durch Frau lic.iur. Mariella Orelli und Frau lic.iur. Edith Blunschi, Rechtsanwältinnen,
Kernkraftwerk-Beteiligungsgesellschaft AG, vertreten durch Frau lic.iur. Mariella Orelli und Frau lic.iur. Edith Blunschi, Rechtsanwältinnen,

Axpo Power AG, vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, lic.iur. Michael Waldner, Rechtsanwälte,
EGL Grid AG, vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, lic.iur. Michael Waldner, Rechtsanwälte,
Kernkraftwerk Leibstadt AG, vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, lic.iur. Michael Waldner, Rechtsanwälte,
Axpo Trading AG, vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, lic.iur. Michael Waldner, Rechtsanwälte,
Kernkraftwerk Gösgen-Däniken AG,
vertreten durch Frau lic.iur. Mariella Orelli und Frau lic.iur. Edith Blunschi, Rechtsanwältinnen,

Gegenstand
Kosten und Tarife 2011 für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I, vom 19. September 2013.

Sachverhalt:

A.

A.a. Am 3. Mai 2010 veröffentlichte die nationale Netzgesellschaft Swissgrid AG (Swissgrid) als Betreiberin des schweizerischen Übertragungsnetzes für elektrische Energie (Netzebene 1) die Kosten und Tarife 2011 für die Netznutzung der Netzebene 1 und für die Systemdienstleistungen. Mit Schreiben vom 19. Mai 2010 gab die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) gegenüber Swissgrid, den Übertragungsnetzeigentümern, den Netzbetreibern, den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern und den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW bekannt, sie überprüfe die Kosten und Tarife 2011 der Netzebene 1 von Amtes wegen.

A.b. Am 11. November 2010 verfügte die ElCom u.a. wie folgt:

"1. Die Tarife 2011 für die Netznutzung der Netzebene 1 werden ab 1. Januar 2011 auf folgende Beträge festgelegt:

a) Arbeitstarif: 0.15 Rappen/kWh

b) Leistungstarif: 23’500 Franken/MW

c) Grundtarif pro gewichteter Ausspeisepunkt: 225’000 Franken.

(...)

9. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt (...) Franken. (...) Franken werden der Verfügungsadressatin auferlegt, (...) Franken gemäss folgender Tabelle den Übertragungsnetzeigentümern.

(...) ”

Die verfügten Tarife beruhten u.a. darauf, dass die ElCom die Betriebskosten der Swissgrid nur im Umfang von 51.8 Mio. Franken anerkannte, während die Swissgrid 58.5 Mio. Franken geltend gemacht hatte.

B.

Am 15. Dezember 2010 erhob die Swissgrid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung der ElCom; soweit letztinstanzlich noch streitig, stellte sie folgende Rechtsbegehren:

”1. Ziffer 1 des Dispositivs sei aufzuheben und
a) es sei festzustellen, dass die vorgenommene Kürzung der budgetierten Betriebskosten der Beschwerdeführerin für das Jahr 2011 zu Unrecht erfolgte und die effektiven Betriebskosten für das Jahr 2011 erst nach Vorliegen der effektiven Zahlen (ex post) im Jahr 2012 zu prüfen sind (...).”
Sodann beantragte sie die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens ”Kosten und Tarife für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen” für das Jahr 2009. Das Bundesverwaltungsgericht sistierte antragsgemäss das Verfahren und nahm es am 29. Januar 2013 wieder auf.
Mit Urteil vom 19. September 2013 erkannte das Bundesverwaltungsgericht u.a. wie folgt:

”1. (...)

2. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Dispositivziffern 1 und 9 der Verfügung vom 11. November 2010 werden mit Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben. Die Angelegenheit wird zur Überprüfung der Netznutzungstarife gemäss Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 11. November 2010 und zur Neuverlegung der Gebühren im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3. Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 7’500.- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 25’000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 17’500.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. (...).”

In den Erwägungen führte das Bundesverwaltungsgericht aus, auf das Begehren, die effektiven Betriebskosten für das Jahr 2011 erst nach Vorliegen der effektiven Zahlen (ex post) im Jahr 2012 zu prüfen (Rechtsbegehren Ziff. 1.a in fine) könne mangels eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten werden, da die ElCom inzwischen auf Ersuchen der Swissgrid ein Verfahren betreffend Deckungsdifferenzen des Jahres 2011 eröffnet habe (vgl. angefochtener Entscheid E. 1.3). Die von der ElCom anerkannten Betriebskosten seien um 3,3 Mio. Franken zu erhöhen, so dass sich die insgesamt anzurechnenden Betriebskosten für das Tarifjahr 2011 auf 55.1 Mio. Franken beliefen. Ob diese Erhöhung Auswirkungen auf die Höhe der verfügten Netznutzungstarife habe, werde die ElCom zu überprüfen haben (vgl. angefochtener Entscheid E. 7.7).

C.

C.a. Die ElCom erhebt am 18. Oktober 2013 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Verfahren

2C 969/2013) mit dem Antrag, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und die Verfügung der ElCom vom 11. November 2010 sei zu bestätigen.

C.b. Die Swissgrid erhebt am 23. Oktober 2013 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Verfahren 2C 985/2013) mit dem Antrag, Ziff. 2 des angefochtenen Urteils sei insoweit aufzuheben, als die ElCom damit im Sinne der Erwägungen angewiesen werde, die Netznutzungstarife unter Anrechnung von Plan-Betriebskosten der Swissgrid in der Höhe von Fr. 55,1 Mio. zu überprüfen. Es seien stattdessen anrechenbare Plan-Betriebskosten in der Höhe von 58 Mio. Franken für die Überprüfung der Netznutzungstarife zu berücksichtigen. Ferner beantragt sie die Aufhebung von Ziff. 3 des angefochtenen Urteils und Neuverteilung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten.

C.c. Die Swissgrid beantragt im Verfahren 2C 969/2013 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die ElCom repliziert.

C.d. Die ElCom beantragt im Verfahren 2C 985/2013, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Swissgrid repliziert.

C.e. Das eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), das Bundesverwaltungsgericht und die übrigen Beteiligten verzichten in beiden Verfahren auf Vernehmlassungen.

Erwägungen:

1.

Die beiden Beschwerden richten sich gegen den gleichen Entscheid und betreffen die gleichen Parteien. Es rechtfertigt sich deshalb, die Verfahren zu vereinigen und die Beschwerden in einem einzigen Urteil zu erledigen (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP).

2.

Gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts in Anwendung des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig (Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG).

3.

Die Vorinstanz ist auf das bei ihr erhobene Rechtsbegehren, die effektiven Betriebskosten für das Jahr 2011 erst nach Vorliegen der effektiven Zahlen (ex post) im Jahr 2012 zu prüfen, nicht eingetreten. Insoweit wird der vorinstanzliche Entscheid nicht angefochten. Streitgegenstand ist damit nur noch die Höhe der anrechenbaren Betriebskosten als Grundlage für die Netznutzungstarife für das Jahr 2011.

4.

Die Beschwerde ist zulässig gegen End- und Teilentscheide (Art. 90 und 91 BGG), gegen Zwischenentscheide jedoch nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 oder 93 BGG.

4.1. Eine Endverfügung liegt vor, wenn das Verfahren prozessual abgeschlossen wird. Zwischenverfügungen schliessen demgegenüber das Verfahren vor einer Behörde nicht ab, sondern stellen lediglich einen Zwischenschritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung dar (BGE 135 II 30 E. 1.3.1 S. 34; 135 V 141 E. 1.4.4 S. 146). Für die verfahrensrechtliche Qualifizierung eines angefochtenen Erkenntnisses unter dem Gesichtspunkt der Art. 90 ff. BGG ist nicht dessen formelle Bezeichnung entscheidend, sondern sein materieller Inhalt (BGE 136 V 131 E. 1.1.2 S. 134; 135 II 30 E. 1.3.1 S. 33).

4.2. Ausgangspunkt der vorliegenden Streitigkeit ist eine Verfügung, mit welcher die ElCom am 11. November

2010 - soweit hier noch streitig - die Tarife für die Netznutzung der Netzebene 1 ab 1. Januar 2011 festgelegt hat. Das Bundesgericht hat derartige Verfügungen als Endentscheide qualifiziert (Urteil 2C 25/2011 und 2C 58/2011 vom 3. Juli 2012 E. 1.1 und 1.5, nicht publ. in: BGE 138 II 465; 2C 367/2012 vom 20. November 2012 E. 1.1). Anders verhält es sich nur, wenn die ElCom im Voraus einen (provisorischen) Tarif festlegt und gleichzeitig anordnet, dass der Netzbetreiber in der Folge die effektiven Kosten zu erheben und die daraus resultierenden Kosten nachzubelasten habe; in einem solchen Fall handelt es sich um eine Zwischenverfügung, da sie zwangsläufig von einem Hauptverfahren gefolgt wird und somit nicht nur inhaltlich, sondern auch prozessual ein Konnex zwischen der provisorischen und der definitiven Tariffestlegung hergestellt wird (Urteile 2C 450/2012 und 2C 412/2012 vom 27. März 2013, E. 1.4.3; 2C 572/2012 und 2C 573/2012 vom 27. März 2013 E. 3.4.3). Dies ist aber in Bezug auf die hier streitigen Tarifkomponenten nicht der Fall.

4.3. Der angefochtene Entscheid weist die Sache "zur Überprüfung der Netznutzungstarife gemäss Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 11. November 2010" an die ElCom zurück. Ein Rückweisungsentscheid gilt als Zwischenentscheid, auch wenn dabei gewisse materielle Teilaspekte entschieden werden (BGE 134 II 124 E. 1.3 S. 127; 133 V 477 E. 4 S. 480 ff.). Ausnahmsweise gelten auch Rückweisungsentscheide als Endentscheide, nämlich dann, wenn der unteren Instanz, an welche die Sache zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt und die Rückweisung bloss der (rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient; diesfalls liegt ein Endentscheid vor (BGE 134 II 124 E. 1.3 S. 127). Das Bundesgericht hat verschiedentlich Rückweisungsentscheide des Bundesverwaltungsgerichts an die ElCom zur Neuüberprüfung der Netznutzungstarife als Zwischenentscheide qualifiziert (Urteile 2C 744/2013 vom 30. August 2013; 2C 548/2013 und 2C 549/2013 vom 19. Juni 2013; 2C 1254/2012 vom 19. Dezember 2012).

4.4. Die Swissgrid macht geltend, vorliegend gehe es nur noch um eine rechnerische Umsetzung. Nach Art. 14 Abs. 1 StromVG darf das Entgelt für die Netznutzung die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen. Anrechenbare Kosten sind u.a. die Kosten für die mit dem Betrieb der Netze direkt zusammenhängenden Leistungen (Art. 15 Abs. 1 und 2 StromVG). Die anrechenbaren Kosten der nationalen Netzgesellschaft werden (nach Abzug der gemäss Art. 15 Abs. 1 und 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]in Rechnung gestellten Kosten) nach einem in Art. 15 Abs. 3 StromVV definierten Schlüssel auf Arbeitstarif, Leistungstarif und Grundtarif pro Ausspeisepunkt umgerechnet. Wird ein einzelner Parameter der Eingangsrechnung geändert, so ergibt sich - unter sonst gleichen Bedingungen - die Auswirkung auf die in Art. 15 Abs. 3 StromVV genannten Tarifkomponenten aus einer rein arithmetischen Umrechnung (Urteil 2C 572/2012 vom 27. März 2013 E. 3.6). Der angefochtene Entscheid ist deshalb ein Endentscheid.

5.

Näher zu prüfen bleibt im Folgenden die Legitimation der Beschwerdeführer:

5.1. ElCom (Verfahren 2C 969/2013).

5.1.1. Die ElCom beruft sich auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG. Diese Bestimmung ermächtigt zur Beschwerde "die Bundeskanzlei, die Departemente des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die ihnen unterstellten Dienststellen, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann". Die Bundeskanzlei und die Departemente sind damit in ihrem Aufgabenbereich ohne besondere Ermächtigung zur Beschwerde befugt, sofern ein zureichendes Interesse an der Beurteilung der aufgeworfenen Probleme besteht (BGE 135 II 338 E. 1.2.1 S. 342), unterstellte Dienststellen aber nur, wenn das Bundesrecht es vorsieht. Mit "Bundesrecht" im Sinne von Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG ist kein formelles Gesetz verlangt; eine Verordnung genügt (vgl. Urteil 2C 861/2013 vom 11. November 2013 E. 1, nicht publ. in: BGE 140 II 74; BGE 139 V 429 E. 1.3 S. 431; 134 II 201 E. 1.1 S. 203; Urteil 2C 678/2012 vom 17. Mai 2013 E. 1.3, in: ASA 82 S. 69). Doch muss die Beschwerdebefugnis in einer Rechtsnorm festgelegt sein. Die blosse Tatsache, dass eine Behörde oder Dienststelle in einem bestimmten Aufgabenbereich zuständig ist oder Aufsichtsbefugnisse wahrnimmt, ermächtigt sie noch nicht zur Beschwerde (vgl. BGE 136 V 106 E. 3.2 S. 109
ff.; 127 II 32 E. 2c S. 37). Bundesorgane, die den Departementen nicht unterstellt sind, können sich von vorn-

herein nicht auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG berufen, sondern allenfalls auf lit. d (Urteil 2A.325/2006 vom 13. Februar 2007 E. 2.3, nicht publ. in: BGE 133 II 104, zu Art. 103 lit. b aOG; WALDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Rz. 50 zu Art. 89 BGG); im Unterschied zu Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG bzw. Art. 103 lit. c aOG wird hier aber ein formelles Gesetz verlangt (vgl. BGE 138 V 339 E. 2.3 S. 341; 134 V 53 E. 2.2 S. 56 f.; Urteil 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 E. 2.4; vgl. z.B. Art. 20 Abs. 2 ENSIG [SR 732.2]für das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat; Art. 84 Abs. 2 HMG [SR 812.21]für das Schweizerische Heilmittelinstitut; Art. 54 Abs. 2 FINMAG [SR 956.1]für die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht).

5.1.2. Die ElCom ist eine vom Bundesrat bestellte Kommission, die in ihren Entscheiden keinen Weisungen vom Bundesrat und vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation unterliegt und von den Verwaltungsbehörden unabhängig ist (Art. 21 Abs. 1 und 2 StromVG). Sie ist administrativ dem Generalsekretariat des UVEK zugewiesen (Art. 16 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation vom 6. Dezember 1999 [OV-UVEK; SR 172.217.1]). Sie überwacht die Einhaltung des StromVG, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug dieses Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Im Einzelnen sind ihre Aufgaben in Art. 22 Abs. 2-6 StromVG sowie in zahlreichen Bestimmungen der StromVV genannt. Eine Ermächtigung zur Erhebung der Beschwerde an das Bundesgericht ist jedoch nirgends festgelegt.

5.1.3. Aus den dargelegten Grundlagen ergibt sich, dass die ElCom nicht dem UVEK unterstellt ist und daher von vornherein nicht unter lit. a von Art. 89 Abs. 2 BGG fallen kann, sondern höchstens unter lit. d. Eine gesetzliche Ermächtigung zur Beschwerdeführung ist jedoch nicht ersichtlich.

5.1.4. Die ElCom kann sich zur Beschwerdeführung auch nicht auf die allgemeine Legitimation nach Art. 89 Abs. 1 BGG berufen. Zwar kann dieses an sich auf Private zugeschnittene Beschwerderecht auch Gemeinwesen zustehen, wenn diese entweder gleich oder ähnlich wie Private betroffen sind oder wenn sie durch einen Entscheid bei der Wahrung ihnen anvertrauter hoheitlicher Aufgaben und Befugnisse in spezifischer, qualifizierter Weise betroffen sind. Dagegen genügt ein bloss allgemeines Interesse an der richtigen Rechtsanwendung nicht (BGE 140 I 90 E. 1.2 S. 93 ff.; 138 II 506 E. 2.1.1 S. 508; je mit Hinweisen). Das gilt erst recht für Organe der Eidgenossenschaft, welche in Wahrnehmung ihrer Aufgaben verfügt haben: Wird diese Verfügung von einer Rechtsmittelinstanz aufgehoben oder abgeändert, so steht der unteren Instanz dagegen kein Beschwerderecht gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG zu (BGE 136 V 106 E. 3.1 S. 108 f.; 134 II 45 E. 2.2.1 S. 47; 127 II 32 E. 2e und f S. 38 f.; Urteil 1C 542/2010 vom 14. Februar 2011 E. 3.2).

5.1.5. Auf die Beschwerde der ElCom kann daher mangels Legitimation nicht eingetreten werden.

5.2. Swissgrid (Verfahren 2C 985/2013).

5.2.1. Die Swissgrid kann sich zur Legitimation auf Art. 89 Abs. 1 BGG berufen. Danach ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Die Voraussetzungen nach lit. a und b sind ohne Weiteres erfüllt. Mit dem Erfordernis des schutzwürdigen Interesses (lit. c) ist grundsätzlich ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse gemeint (BGE 137 II 40 E. 2.1 S. 41). Das Bundesgericht verzichtet ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 139 I 206 E. 1.1; 136 II 101 E. 1.1 S. 103; 135 I 79 E. 1.1 S. 81).

5.2.2. Streitgegenstand sind die von der ElCom am 11. November 2010 verfügten Netznutzungstarife für das Tarifjahr 2011. Diese wurden sofort anwendbar, weil die ElCom in ihrer Verfügung einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen hat und dagegen keine Beschwerde erhoben wurde. Die Tarife beruhen auf Plan-Kosten, die von den tatsächlich angefallenen Kosten zu unterscheiden sind. Die tatsächlich angefalle-

nen und anrechenbaren Kosten werden erst im nachhinein endgültig festgelegt und allfällige Differenzbeträge in den Folgejahren ausgeglichen (vgl. Art. 19 Abs. 2 StromVV; Weisung 1/2012 vom 19. Januar 2012 der ElCom "Deckungsdifferenzen aus den Vorjahren"; BGE 137 III 522 E. 1.5 S. 527; Urteile 2C 572/2012 vom 27. März 2013 E. 3.4.3; 2C 367/2012 vom 20. November 2012 E. 3.6). Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat die ElCom inzwischen ein Verfahren betreffend Deckungsdifferenzen des Jahres 2011 eröffnet, in welchem die effektiv im Jahre 2011 bei der Beschwerdeführerin angefallenen Betriebskosten überprüft werden. Die ElCom hat dieses Verfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss (u.a.) des vorliegenden Verfahrens sistiert mit der Begründung, das Beschwerdeverfahren betreffend Kosten und Tarife (u.a.) des Jahres
2011 stehe zum Deckungsdifferenzverfahren in einem sachlichen Zusammenhang; mehrere der noch offenen Fragen würden einen Einfluss auf die verfügten anrechenbaren Kosten 2011 haben; um die Deckungsdifferenzen zwischen den gestützt auf das Basisjahr (2009) verfügten anrechenbaren Kosten 2011 und den Ist-Kosten 2011 zu berechnen, müssten sowohl die verfügten anrechenbaren Kosten des Basisjahres als auch die Systematik der Berechnung der Deckungsdifferenzen rechtskräftig entschieden sein (vgl. Zwischenverfügung der ElCom vom 13. Mai 2013, Rz. 18-20). Es besteht damit ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Streitsache, damit das sistierte Deckungsdifferenzverfahren wieder aufgenommen und zu Ende geführt werden kann.

5.2.3. Auf die Beschwerde der Swissgrid ist daher einzutreten.

6.

Das Bundesgericht prüft frei und von Amtes wegen die Anwendung des Bundesrechts (Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen oder auf entsprechende Rüge hin berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG).

7.

7.1. In die Netznutzungstarife fliessen u.a. die anrechenbaren Betriebskosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes ein (Art. 14 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 StromVG). Als Betriebskosten gelten die Kosten für die mit dem Betrieb der Netze direkt zusammenhängenden Leistungen. Dazu zählen insbesondere die Kosten für Systemdienstleistungen sowie für den Unterhalt der Netze (Art. 15 Abs. 2 StromVG).

7.2. Die Swissgrid hatte eigene Betriebskosten von 58.5 Mio. Franken geltend gemacht. Die ElCom hatte in ihrer Verfügung vom 11. November 2010 nur 51.8 Mio. Franken angerechnet. Die Differenz von 6.7 Mio. Franken ergab sich (nebst kleineren, von der Swissgrid selber im Verlauf des Verfahrens vorgenommenen Reduktionen) aus zwei Gründen: Einerseits reduzierte die ElCom die geltend gemachten Kosten für Due Diligence von 5.9 Mio. Franken auf 3.0 Mio. Franken. Andererseits verneinte sie geltend gemachte zusätzliche Mitarbeiterressourcen von 3.3 Mio. Franken (33.7 Vollzeitstellen). Die Vorinstanz anerkannte demgegenüber die zusätzlichen veranschlagten Mitarbeiterressourcen von 3.3 Mio. Franken. In Bezug auf die Kosten für Due Dilgence akzeptierte die Vorinstanz (wie bereits die ElCom), dass die Vorbereitung der gemäss Art. 33 Abs. 4 StromVG vorgesehenen Überführung des Übertragungsnetzes auf die Swissgrid bei dieser vorübergehend zu höheren Kosten führt. Sie erachtete jedoch den Umfang der geltend gemachten Kosten als nicht nachgewiesen. Die Swissgrid habe aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen; es sei nichts daran auszusetzen, wenn die ElCom ermessensweise Kosten von (nur) 3.0 Mio.
Franken (anstelle der geltend gemachten 5.9 Mio. Franken) angerechnet habe.

7.3. Die Swissgrid bringt vor, sie habe bei der Tarifkalkulation aufgrund von Plankosten einen erheblichen Ermessens- und Beurteilungsspielraum, den die ElCom (und in der Folge das Bundesverwaltungsgericht) zu respektieren habe. Es bestehe kein Hierarchieverhältnis zwischen der ElCom und ihr; die Aufsichtstätigkeit der ElCom sei auf eine Kontrolle der Gesetzmässigkeit beschränkt. Sie - die Swissgrid - verfüge über einen autonomen Entscheidungsspielraum. Das Gesetz sehe für die Netznutzungstarife keine präventive Genehmi-

gungspflicht vor; es sei problematisch, wenn die ElCom im Voraus aufgrund von blossen Schätzungen einen vom Netzbetreiber festgelegten Tarif absenke. Sie dürfe eine solche Absenkung nur anordnen, wenn die Kostenposition das Kriterium der Notwendigkeit nicht erfülle oder in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Nutzen stehe. Die Vorinstanzen hätten unzulässigerweise eine Ermessensprüfung vorgenommen. Die Frage einer Verletzung der Mitwirkungspflicht stelle sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht, da es nicht um Sachverhaltsermittlungen gehe. Nachträglich habe sich herausgestellt, dass sich die tatsächlichen Kosten für Due Diligence auf rund 6,2 Mio. Franken beliefen, was belege, dass die
Kostenschätzungen keinesfalls unangemessen gewesen seien.

7.4. Die Vorbringen der Swissgrid sind in grundsätzlicher Hinsicht zutreffend: Verantwortlich für die Festlegung der Netznutzungstarife sind die Netzbetreiber (Art. 18 Abs. 1 StromVV). Eine präventive Genehmigung der Tarife ist im Gesetz nicht vorgesehen (BGE 138 II 465 E. 8.6.4 S. 496). Die ElCom überwacht die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug dieses Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Sie ist insbesondere zuständig für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte und kann Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen (Art. 22 Abs. 2 lit. b StromVG). Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, dass die ElCom nur bei Gesetzesverstössen einzugreifen hat und sich nicht in das Ermessen der Netzbetreiber einmischen kann (Urteil 2C 367/2012 vom 20. November 2012 E. 2.2 und 3.4.1). Zur Gesetzmässigkeit der Netzkosten gehört freilich auch, dass diese kostenbasiert sind und der Betriebsgewinn der Netzbetreiber "angemessen" ist (Art. 15 Abs. 1 StromVG). Überhöhte Netzkosten bzw. unangemessen hohe Betriebsgewinne sind folglich gesetzwidrig und können zu einer Absenkung der Tarife durch die ElCom führen (zit. Urteil 2C 367/2012
E. 3.4.1).

Die ElCom trägt grundsätzlich die Untersuchungspflicht (Art. 12 VwVG) und die Begründungs- und Beweislast für die Rechtfertigung ihrer Anordnungen. Die Untersuchungspflicht der Behörde wird jedoch ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien, soweit sie selbständige Begehren stellen (Art. 13 Abs. 1 lit. b VwVG) oder soweit ihnen eine besondere Auskunfts- oder Offenbarungspflicht obliegt (Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG), was für die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft in Bezug auf die Anwendung des StromVG zutrifft (Art. 25 Abs. 1 StromVG). Diese Mitwirkungspflicht der Parteien erstreckt sich insbesondere auf Tatsachen, welche eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben können (BGE 138 II 465 E. 8.6.4 S. 497 mit Hinweisen).

7.5. Die ex ante verfügten Tarife beruhen auf Plankosten. Die Abgrenzung zwischen Sachverhalts- und Ermessensfragen ist bei der Planung künftiger Kosten bisweilen heikel: Diese beruhen teilweise auf Schätzungen, bei denen ein Ermessensspielraum besteht. Doch basieren auch Schätzungen über künftige Kosten soweit möglich auf aktuellen Fakten; insoweit geht es um Sachverhaltsfragen, die von der ElCom und vom Bundesverwaltungsgericht überprüfbar sind und für welche die Regeln über die Feststellung von Sachverhaltsfragen gelten mit Einschluss der Bestimmungen über die Mitwirkungspflichten.

7.6. Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid haben Drittunternehmen insgesamt vier Detailkonzepte für die Durchführung einer rechtlichen, steuerlichen, finanziellen und technischen Due Diligence-Prüfung erstellt. Für die Durchführung der technischen Due Diligence sei ein Kostenvorschlag von 1.1 bis 1.4 Mio. Franken gemacht worden; für die übrigen drei Detailkonzepte habe aber die Swissgrid keine detaillierte Kostenschätzung vorgelegt; für die steuerliche und finanzielle Due Diligence sei eine detaillierte Kostenschätzung erst im Rahmen der konkreten Offertabgabe vorgesehen gewesen, für die rechtliche Due Diligence die bereits erfolgte Kostenschätzung geschwärzt worden. Die Swissgrid habe weder vor der ElCom noch im Beschwerdeverfahren die anrechenbaren Kosten vollständig offen gelegt. Die insgesamt geltend gemachten Kosten von 5.9 Mio. Franken seien daher nicht nachzuvollziehen.

7.7. Die Swissgrid bringt nur unsubstantiiert vor, sie habe verschiedentlich Einsicht und Erklärungen zu den angesetzten Kosten gegeben und umfangreiche Unterlagen zu den Hintergründen und Zusammenstellungen für die geplanten Betriebskosten eingereicht. Sie macht aber nicht geltend, sie habe entgegen den Feststellungen im angefochtenen Entscheid detaillierte Kostenschätzungen vorgelegt. Vom Fehlen solcher Schätzungen ist daher

auszugehen (vgl. E. 6 hiervor). Damit war es der ElCom und dem Bundesverwaltungsgericht nicht möglich, die Gesetzmässigkeit der geltend gemachten Kosten zu überprüfen. Die Swissgrid legt auch nicht dar, dass und weshalb es ihr nicht möglich gewesen sein soll, gleich wie im Detailkonzept für die technische Due Diligence auch für die anderen Konzepte vergleichbare Kostenschätzungen vorzulegen. Mit Recht hat deshalb die Vorinstanz eine Verletzung der Mitwirkungspflicht angenommen. Unter diesen Umständen war die ElCom nicht in der Lage zu beurteilen, ob die geltend gemachten Aufwendungen kostenbasiert sind, so dass sie mit Recht ermessensweise einen Betrag festgesetzt hat.

7.8. Schliesslich macht der von der Swissgrid geltend gemachte Umstand, dass sich nachträglich die Kosten für Due Diligence im Rahmen ihrer Schätzung bewegt hätten, die angeordnete Reduktion noch nicht gesetzwidrig: Einerseits ist die Zulässigkeit dieses Vorbringens im Lichte von Art. 99 BGG fraglich; andererseits steht nicht fest, dass diese Kosten vollumfänglich anrechenbar sind (im Unterschied zur Situation im Urteil 2C 367/2012 vom 20. November 2012 E. 3.5). Dies wird im Differenzdeckungsverfahren erst noch zu beurteilen sein.

7.9. Daraus ergibt sich, dass die Beschwerde der Swissgrid abzuweisen ist.

8.

Die unterliegende Swissgrid trägt die Kosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die ElCom trägt keine Kosten (Art. 66 Abs. 4 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verfahren 2C 969/2013 und 2C 985/2013 werden vereinigt.

2.
Auf die Beschwerde der ElCom (Verfahren 2C 969/2013) wird nicht eingetreten.

3.
Die Beschwerde der Swissgrid (Verfahren 2C 985/2013) wird abgewiesen.

4.
Die Gerichtskosten von Fr. 20’000.– werden der Swissgrid auferlegt.

5.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, und dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. Juli 2014

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Winiger