7 Öffentliche Werke – Energie – Verkehr
Travaux publics – Energie – Transports et communications
Lavori pubblici – Energia – Trasporti e comunicazioni

13

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i.S. La Commune de Lausanne und Services Industriels de Genève (SIG)
gegen swissgrid ag und Eidgenössische Elektrizitätskommission
A–3505/2011 vom 26. März 2012

Begehren um Rückerstattung von Akontozahlungen für Systemdienstleistungen (SDL). Rechtsnatur der Aufgabe der swissgrid, ein Übertragungsnetz zu betreiben und SDL bereitzustellen. Verfügungskompetenzen der swissgrid. Grundsatzurteil.

Art. 91 Abs. 1 BV. Art. 18 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 2 Bst. a und b StromVG.

Der Betrieb des Übertragungsnetzes und das Bereitstellen von SDL durch die swissgrid stellen keine Staatsaufgaben im Sinne einer Erfüllungsverantwortung dar. Der swissgrid kommt daher hinsichtlich der Anlastung von Kosten für SDL keine Verfügungskompetenz zu (E. 5).

Demande en restitution d'acomptes versés pour des prestations de services-système. Nature juridique des tâches de swissgrid, lesquelles consistent à exploiter un réseau de transport et à mettre à disposition les services-système. Compétences décisionnelles de swissgrid. Arrêt de principe.

Art. 91 al. 1 Cst. Art. 18 al. 3 et art. 20 al. 2 let. a et b LApEl.

L'exploitation du réseau de transport et la mise à disposition de services-système par swissgrid ne constituent pas des tâches publiques impliquant une responsabilité de l'exécution. Swissgrid ne dispose en conséquence d'aucune compétence décisionnelle lui permettant d'imputer les coûts des services-système (consid. 5).

Domanda di rimborso degli acconti versati per il pagamento delle prestazioni di servizio relative al sistema (PSRS). Natura giuridica del compito, assegnato a swissgrid di gestire una rete di trasporto e offrire PSRS. Potere decisionale di swissgrid. Sentenza di principio.

Art. 91 cpv. 1 Cost. Art. 18 cpv. 3 e art. 20 cpv. 2 lett. a e b LAEl.

La gestione di una rete di trasporto e l'approntamento di PSRS da parte di swissgrid non sono compiti pubblici che implicano una responsabilità di adempimento. Di conseguenza, swissgrid non dispone di alcun potere decisionale per quanto riguarda l'imputazione dei costi delle PSRS (consid. 5).

Mit Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 hat die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) die Tarife 2009 und 2010 unter anderem für Systemdienstleistungen (SDL) für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 Megawatt (MW) festgelegt (Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009 und Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 4. März 2010). Sie stützte sich bei der Festsetzung der Tarife jeweils auf Art. 31*b* Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71). Hiernach ist den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW jener Teil der Kosten für allgemeine SDL in Rechnung zu stellen, der nicht entsprechend Art. 31*b* Abs. 1 StromVV von den Verteilnetzbetreibern und den am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern getragen wird. Die Verfügungen blieben von Seiten der Commune de Lausanne (nachfolgend: Gemeinde Lausanne) und den Services Industriels de Genève (SIG) unangefochten.

Entsprechend den festgesetzten Tarifen hat die swissgrid ag (nachfolgend: swissgrid) der Gemeinde Lausanne und den SIG jeweils rückwirkend ab dem 1. Januar Akontorechnungen für das Erbringen von SDL gestellt, die bezahlt wurden.

Gegen die Verfügung vom 6. März 2009 hatten verschiedene Kraftwerksgesellschaften, nicht jedoch die Gemeinde Lausanne und die SIG, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Dieses erkannte in seinem Urteil A–2607/2009 vom 8. Juli 2010, dass Art. 31*b* Abs. 2 StromVV gesetzes- und verfassungswidrig sei. Demgemäss hob es in teilweiser Gutheissung der Beschwerde insbesondere Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009 mit Bezug auf die Beschwerdeführerin auf.

Bezug nehmend auf das erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ersuchten die Gemeinde Lausanne und die SIG die swissgrid um Rückerstattung sämtlicher in den Jahren 2009 und 2010 für SDL geleisteter Akontozahlungen. Die swissgrid wies die Forderung der Gemeinde Lausanne und der SIG ab. Dagegen wandten sich die Gemeinde Lausanne und die SIG mit als « Beschwerden » bezeichneten Eingaben an die ElCom und verlangten die Rückerstattung der für SDL geleisteten Akontozahlungen zuzüglich Verzugszins. Dabei vertraten sie die Auffassung, die Weigerung der swissgrid, geleistete Akontozahlungen zurückzuerstatten, stelle eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar.

Die ElCom nahm die Schreiben der Gemeinde Lausanne und der SIG als Begehren um Erlass einer Verfügung entgegen und wies deren Begehren mit Verfügungen vom 12. Mai 2011 ab. Sie hielt in formeller Hinsicht fest, die swissgrid sei jedenfalls im Anwendungsbereich von Art. 31*b* StromVV keine zum Erlass von Verfügungen ermächtigte Behörde. Die Weigerung der swissgrid, geleistete Akontozahlungen zurückzuerstatten, stelle demnach keine Verfügung dar und es sei das Verfahren vor der ElCom daher nicht als Beschwerde-, sondern als erstinstanzliches Verwaltungsverfahren zu führen.

Gegen die Verfügungen der ElCom vom 12. Mai 2011 lassen die Gemeinde Lausanne und die SIG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) am 20. Juni 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen. Sie beantragen übereinstimmend, es seien die Verfügungen der ElCom (nachfolgend: Vorinstanz) vom 12. Mai 2011 aufzuheben und es seien ihnen die für SDL geleisteten Akontozahlungen zurückzuerstatten. Eventualiter sei die Vorinstanz zu verpflichten, die Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 betreffend die Tarife 2009 und 2010 in Wiedererwägung zu ziehen.

In ihrer Begründung erheben die Beschwerdeführerinnen vorab formelle Rügen. Sie halten der Vorinstanz vor, sie habe ihre Begehren zu Unrecht in einem erstinstanzlichen Verfahren beurteilt. Die swissgrid (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) sei mit hoheitlichen Kompetenzen ausgestattet, wie insbesondere Art. 20 Abs. 2 Bst. c des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) zeige. Zudem sei der Transport von Energie als staatliche Aufgabe anzusehen. Die Beschwerdegegnerin handle mittels Verfügungen, wenn sie autoritativ Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerinnen festlege. Aus diesem Grund hätte

die Vorinstanz ihre Begehren im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens beurteilen müssen.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerden ab. Auf eine hiergegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil 2C_450/2012 vom 27. März 2013 nicht ein.

Aus den Erwägungen:

5.1 Die Beschwerdeführerinnen machen in formeller Hinsicht weiter geltend, die Vorinstanz habe fälschlicherweise kein Beschwerde-, sondern ein erstinstanzliches Verfahren auf Erlass einer Verfügung durchgeführt. In Tat und Wahrheit würden bereits die Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 8. beziehungsweise 11. November 2010 Verfügungen darstellen, sei doch die Weigerung der Beschwerdegegnerin, für SDL geleistete Akontozahlungen zurückzuerstatten, unmittelbar auf die Feststellung von ihnen obliegenden Pflichten gerichtet.

5.2 Die Beschwerdegegnerin ist nach Art. 20 Abs. 2 Bst. a StromVG zuständig für den Betrieb und die Überwachung des Übertragungsnetzes. In dieser Funktion hat die Beschwerdegegnerin auch SDL bereitzustellen, also die für den sicheren Betrieb der Netze erforderlichen Hilfsdienste (Art. 4 Abs. 1 Bst. g und Art. 20 Abs. 2 Bst. b StromVG; ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Stromversorgungsrecht, Bern 2009, § 5 N. 18). Die Kosten für SDL stellt die Beschwerdegegnerin jenen Akteuren individuell in Rechnung, die sie verursacht haben (Art. 15 Abs. 1 StromVV). Kosten für SDL, die keinem Akteur zugerechnet werden können, sind als Bestandteil des Netznutzungsentgelts grundsätzlich von den Endverbrauchern zu tragen (Art. 14 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 15 Abs. 2 StromVG). Hierzu stellt die Beschwerdegegnerin den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie Rechnung (Art. 15 Abs. 2 StromVV). Hinsichtlich der nicht individuell zurechenbaren Kosten für SDL sieht Art. 31*b* StromVV vor, dass diese den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern zu höchstens 0,4 Rappen pro Kilowattstunde (kWh) in Rechnung zu stellen seien. Die nicht gedeckten Kosten für SDL hätten die Betreiber von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW zu tragen.

Vor diesem Hintergrund ist nachfolgend zu prüfen, ob der Beschwerdegegnerin in Bezug auf den Betrieb des Übertragungsnetzes, woraus die

gerügte Anlastung von Kosten für SDL resultiert, die Befugnis zum Erlass von Verfügungen zukommt. Dies setzt in jedem Fall voraus, dass der Betrieb des Übertragungsnetzes – und damit zusammenhängend das Bereitstellen von SDL – eine staatliche Aufgabe darstellt. Liegt keine staatliche Aufgabe vor, kann der Beschwerdegegnerin auch keine Verfügungsbefugnis zukommen (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 20).

5.3 Weder das Bundesverwaltungs- noch das Bundesgericht haben sich in ihrer bisherigen Rechtsprechung zur Frage geäussert, ob der Betrieb des Übertragungsnetzes unter der Geltung des StromVG eine staatliche Aufgabe darstellt. Auch in der Literatur finden sich kaum diesbezügliche Stellungnahmen (vgl. aber immerhin ROLF H. WEBER/ANNJA MANNHART, Neues Strompreisrecht, Kontrollkriterien und Kontrollmethoden für Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und -entgelte, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2008, S. 459, die dafürhalten, der Gesetzgeber habe den Stromtransport durch Erlass des StromVG nicht zur Staatsaufgabe gemacht). Es ist daher nachfolgend durch Auslegung der in E. 5.2 genannten Gesetzesbestimmungen zu ermitteln, ob die Beschwerdegegnerin mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes eine staatliche Aufgabe erfüllt (vgl. PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 7 Rz. 40).

5.4

5.4.1 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Gesetzen, wie vorliegend dem StromVG, kommt den Materialien – bei noch kaum veränderten Umständen oder gewandeltem Rechtsverständnis – eine besondere Stellung zu (vgl. BGE 136 V 216 E. 5.1, BGE 135 II 78 E. 2.2; BVGE 2010/49 E. 9.3.1; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 101 und 121). Zu den

massgeblichen Materialien gehören insbesondere die Botschaft des Bundesrates und die parlamentarischen Beratungen (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 101–105).

5.4.2 Nach Art. 20 Abs. 2 StromVG betreibt und überwacht die Beschwerdegegnerin das Übertragungsnetz, jenes Elektrizitätsnetz also, das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient. Die Beschwerdegegnerin stellt auch die mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes zusammenhängenden SDL bereit, hat die Verantwortung für die Planung und die Kontrolle des gesamten Übertragungsnetzes und ordnet bei Gefährdung des stabilen Netzbetriebs die notwendigen Massnahmen an. Ob der Betrieb des Übertragungsnetzes aber eine staatliche Aufgabe ist, ergibt sich weder aus dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 StromVG noch aus den anderen Bestimmungen des StromVG. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdegegnerin nach Art. 18 Abs. 3 StromVG ein mehrheitlich Kantonen und Gemeinden gehörendes und damit ein öffentliches Unternehmen darstellt. Aus der parlamentarischen Debatte zum StromVG ergibt sich, dass hinter der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheitsbeteiligung von Kantonen und Gemeinden einzig das Bestreben steht, eine schweizerische Beherrschung der Beschwerdegegnerin sicherzustellen. So hielt Ständerat Rolf Schweiger fest, andernfalls bestehe die Gefahr, dass das strategisch wichtige Übertragungsnetz in ausländische Hände falle (Votum von Ständerat Rolf Schweiger, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2006 S 849; vgl. auch das Votum von Ständerat Carlo Schmid-Sutter für die Kommission, AB 2006 S 851 f., und die Voten der Nationalräte Sep Cathomas und Rolf Hegetschweiler, AB 2006 N 1764 f.; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 N. 10). Es darf aus der obligatorischen Mehrheitsbeteiligung der Kantone und Gemeinden somit nicht auf das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe geschlossen werden. Nachfolgend ist daher durch Beizug insbesondere der Entstehungsgeschichte festzustellen, ob eine staatliche Aufgabe vorliegt.

5.4.3 Der Bundesrat äussert sich in seiner Botschaft vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz (BBl 2005 1611 ff., nachfolgend: Botschaft zum StromVG) zum Betrieb des Übertragungsnetzes. Er hält fest, die bisherige Situation mit mehreren rechtlich selbständigen Übertragungsnetzbetreibern genüge den Anforderungen an die Versorgungssicherheit nicht mehr. Insbesondere fehle es an Transparenz, auch, weil das Übertragungsnetz als

natürliches Monopol keinem direkten Wettbewerb unterliege. Im Interesse eines sicheren Netzbetriebs und um einen diskriminierungsfreien Zugang zum Übertragungsnetz zu ermöglichen, müsse dieses von den übrigen, wirtschaftlichen Tätigkeiten im Bereich der Energieversorgung getrennt und der Betrieb des Übertragungsnetzes in einer unabhängigen, privatrechtlichen Gesellschaft zusammengeführt werden. Diese Trennung von natürlichem Monopol und wettbewerblicher Tätigkeit wirke auch dem Missbrauch von Marktmacht entgegen. Im Gesetz seien sodann die Aufgaben der Übertragungsnetzbetreiberin klar zu umschreiben (Botschaft zum StromVG, BBl 2005 1621 und 1658 f.).

Die Stossrichtung des Bundesrates hinsichtlich des Betriebs des Übertragungsnetzes ist in der parlamentarischen Beratung zum StromVG im Grundsatz übernommen worden (vgl. die Voten von Ständerat Rolf Schweiger, AB 2006 S 849, von Ständerat Carlo Schmid-Sutter für die Kommission, AB 2006 S 851 f., und von Nationalrat Ruedi Lustenberger für die Kommission, AB 2006 N 1768). Der Gesetzgeber wollte also den Betrieb des Übertragungsnetzes von der wettbewerblichen Tätigkeit trennen und in einem rechtlichen Monopol zusammenfassen. Dass das Monopol darüber hinaus auch ein staatliches sein soll, ergibt sich weder aus der Botschaft des Bundesrates zum StromVG noch aus der parlamentarischen Beratung. Dies ist deshalb bedeutsam, weil auf der Ebene des Bundes die Übertragung von Elektrizität jedenfalls bis zum Erlass des StromVG keine staatliche Aufgabe war (RENÉ SCHAFFHAUSER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 8 zu Art. 91 mit Hinweisen; STEFAN RECHSTEINER, Gutachten vom 27. November 2003 zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Errichtung einer schweizerischen Netzgesellschaft für die Übertragung von Elektrizität, S. 19, publiziert auf der Internetseite des Bundesamtes für Energie < http://www.bfe.admin.ch > Dokumentation > Publikationen > Datenbank allgemeine Publikationen, besucht am 21. März 2012). Hätten Bundesrat und Parlament dies zu ändern beabsichtigt, müsste sich ein entsprechendes Verständnis zumindest aus den Materialien zum StromVG ergeben, was jedoch nicht der Fall ist.

An diesem Ergebnis ändert nichts, dass in der Botschaft zum StromVG im Allgemeinen festgehalten ist, die Aufgaben und die hoheitlichen Kompetenzen der Übertragungsnetzbetreiberin würden im StromVG gesetzlich verankert. Gleiches gilt für zwei Einzelvoten im Nationalrat, die ebenfalls im Allgemeinen auf hoheitliche Aufgaben der Übertra-

gungsnetzbetreiberin hinweisen. Weder in der Botschaft zum StromVG noch in den parlamentarischen Beratungen sind mögliche hoheitliche Kompetenzen im Zusammenhang mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes näher konkretisiert. Allein aus dem Umstand, dass das Übertragungsnetz die oberste Netzebene bildet und dessen Funktionieren im öffentlichen Interesse liegt, darf nicht geschlossen werden, es handle sich um eine staatliche Aufgabe; nicht jedes öffentliche Interesse begründet eine staatliche Aufgabe im Sinne einer Erfüllungsverantwortung (FELIX HAFNER, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, in: Basler juristische Mitteilungen [BJM] 2004, S. 298; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 1 Rz. 14). Insgesamt betont der Bundesrat die Geltung des Subsidiaritätsprinzips auch im Bereich der Stromversorgung, was der wettbewerbsorientierten Grundausrichtung des StromVG entspricht (Botschaft zum StromVG, BBl 2005 1617). Ein ordnungspolitischer Grundentscheid darüber, ob eine Aufgabe inskünftig vom Staat erfüllt werden soll, ist nicht leichthin anzunehmen.

5.4.4 Diese Auslegung findet ihre Bestätigung in der verfassungsrechtlichen Ordnung. Gemäss Art. 91 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) erlässt der Bund zwar Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie. Eine derartige Gesetzgebungskompetenz impliziert aber für sich alleine noch nicht eine von staatlicher Stelle wahrzunehmende Aufgabe. So ist etwa im Bereich der Kernenergie, wo Art. 90 BV dem Bund ebenfalls eine (umfassende) Gesetzgebungskompetenz zuweist, der Bau und Betrieb von Kernkraftwerken unbestritten Sache privater Unternehmen. Demgegenüber äussert sich die Verfassung dort, wo sie dem Bund eine Erfüllungsverantwortung überträgt, klar. So hält Art. 63*a* Abs. 1 BV schlicht fest, dass der Bund Eidgenössische Technische Hochschulen betreibt. Damit wird bereits in der Verfassung eine – inhaltlich noch unbestimmte – Erfüllungsverantwortung des Staates begründet (SAMUEL KLAUS, DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, Diss. Zürich 2008, S. 285; vgl. auch Art. 83 Abs. 2 BV, wonach der Bund die Nationalstrassen baut, betreibt und unterhält; hierzu wiederum KLAUS, a.a.O., S. 283 f.). Im Übrigen ist die schweizerische Wirtschaftsverfassung von einem ordnungspolitischen Grundentscheid zu Gunsten einer wettbewerbsorientierten Privatwirtschaft getragen (vgl. Art. 94 BV). Mangels klarer Übertragung der Aufgabe zum Betrieb eines Übertragungsnetzes an den Bund – oder einen anderen Träger hoheitlicher Gewalt – ist es Sache der Energiewirtschaft, die Grundversorgung sicherzustellen (ebenso ROLF H. WEBER/BRIGITTA

KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, § 8 Rz. 212–216; vgl. auch den Bericht des Bundesrates « Grundversorgung in der Infrastruktur [Service public] » vom 23. Juni 2004 [BBl 2004 4597]).

5.5 Die Auslegung ergibt, dass der Betrieb des Übertragungsnetzes zwar im öffentlichen Interesse liegt und hierfür ein rechtliches Monopol geschaffen wird, jedoch keine staatliche Aufgabe darstellt (WEBER/ MANNHART, a.a.O., S. 459). Demnach handelt die Beschwerdegegnerin nicht hoheitlich und es kommt ihr keine Befugnis zum Erlass von Verfügungen zu. Das Rechtsverhältnis zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin ist vielmehr privatrechtlicher Natur und deren Ausgestaltung im Grundsatz Sache der Parteien. Daran ändert nichts, dass zufolge gesetzlicher Vorgaben regelmässig wenig Raum für eine privatautonome Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen verbleibt, so wie vorliegend in Bezug auf die Anlastung von Kosten für SDL. Diese Ambivalenz hat ihren Grund in der Konzeption des StromVG, das zum einen den Wettbewerb stärken, zum anderen die Monopolbereiche wie den Betrieb des Übertragungsnetzes jedoch regulieren will. Kommt der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Zusammenhang keine Verfügungskompetenz zu, hat die Vorinstanz die Begehren der Beschwerdeführerinnen zu Recht in einem erstinstanzlichen Verfahren geprüft und es erweisen sich die diesbezüglichen formellen Rügen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet.