



Urteil vom 29. November 2011

Besetzung

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

Parteien

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

gegen

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

Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kosten und Tarife für die Netznutzung Netzebene 1 und
Systemdienstleistungen.

Sachverhalt:**A.**

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.

B.

Am 26. Juni 2008 gab die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) 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 EiCom eingereicht.

C.

In der Folge legte die EiCom mit Verfügung vom 6. März 2009 insbesondere die Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1 (Ziffer 1), für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL) für Netzbetreiber und direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Endverbraucher (Ziffer 2) und für allgemeine SDL für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 Megawatt (MW, Ziffer 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.

D.

Mit Eingabe vom 22. April 2009 erhebt die Energiedienst Holding AG (Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Aufhebung der Verfügung der EiCom (Vorinstanz) vom 6. März 2009 in Bezug auf den Tarif für allgemeine Systemdienstleistungen für das in Anhang 2 der Verfügung genannte Grenzkraftwerk Laufenburg (Rechtsbegehren 1) sowie die Rückzahlung durch swissgrid AG allenfalls angesichts des Entzugs der aufschiebenden Wirkung bereits geleisteter Teilsummen des SDL-Tarifs für das Grenzkraftwerk Laufenburg zuzüglich 5% Verzugszins ab dem jeweiligen Zahlungseingang der Teilsummen bei swissgrid AG (Rechtsbegehren 3). In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (Rechtsbegehren 2).

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, sie speise die von ihrem Grenzkraftwerk Laufenburg erzeugte elektrische Energie vollständig in die deutsche Regelzone der Energie Baden-Württemberg AG (EnBW) ein und versorge damit Endverbraucher in dieser deutschen Regelzone mit Elektrizität. Da das Kraftwerk nicht der von swissgrid AG betriebenen Regelzone Schweiz angehöre, handle es sich um einen deutschen Sachverhalt und komme nicht schweizerisches, sondern einzig deutsches Recht zur Anwendung. Die Vorinstanz habe nicht die Kompetenz, deutsche Sachverhalte zu beurteilen; auch fehle es an der Rechtsgrundlage für eine Kostenerhebung. Ferner rügt sie, Art. 31b Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71), auf den die Vorinstanz ihre Verfügung stütze, verstosse gegen die Grundsätze der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen. Die Verfügung verletze das Verursacherprinzip und das Gleichbehandlungsgebot. Schliesslich werde die Schwelle von 50 MW bei Abstellen auf die Wasserkraftkonzessionen nicht erreicht.

Am 4. Mai 2009 präzisiert die Beschwerdeführerin, dass sie die Ziffern 3 und 12 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009 anfechte.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Juni 2009 weist das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und damit eine Aufhebung von Ziffer 12 der angefochtenen Verfügung ab.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 3. Juli 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie habe sich für die Abgrenzung der Zuständigkeit an die bestehenden Staatsverträge gehalten und deren Kriterien auch auf Grenzkraftwerke angewandt, für die keine Staatsverträge bestehen. Die Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Laufenburg vom 12. August 1986 sehe keine Freiheit von Gebühren, Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Beschränkungen für die Energie, die einem Staat zukomme, aber auf dem Gebiet des anderen Staates erzeugt werde, vor. Zudem handle es sich bei vorliegendem Sachverhalt nicht um die Belieferung von Endkunden, sondern um die Energieerzeugung durch Kraftwerke. Schliesslich weise die Statistik der Wasserkraftanlagen der Schweiz (WASTA), die auf Eigendeklarationen der Kraftwerksbetreiber beruhe, für das Kraftwerk Laufenburg eine

elektrische Leistung von 53 MW auf, die somit über der Schwelle von 50 MW liege.

G.

Im Rahmen eines weiteren Schriftenwechsels hält die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. August 2009 an ihren Darlegungen fest, während die Vorinstanz mit Schreiben vom 26. August 2009 auf eine weitere Stellungnahme verzichtet.

H.

Mit Verfügung vom 19. Februar 2010 bezieht das Bundesverwaltungsgericht die swissgrid AG, die nationale Netzgesellschaft, als Beschwerdegegnerin ins Verfahren ein und gibt ihr anschliessend Gelegenheit, die Akten einzusehen und eine allfällige Stellungnahme einzureichen. Die Beschwerdegegnerin nimmt am 19. April 2010 Stellung und betont die Wichtigkeit, dass die verschiedenen offenen Fragen rasch gerichtlich geklärt werden. Sie äussert sich insbesondere zu den Wert- und Kostenberechnungen, nicht aber dazu, ob das Kraftwerk der Beschwerdeführerin unter das schweizerische Recht fällt und auch nicht zur Pflicht der Kraftwerksbetreiber, Kosten für Systemdienstleistungen zu tragen.

I.

Am 6. Juni 2011 reicht die Beschwerdeführerin eine Wiedererwägungsverfügung der EICom vom 17. März 2011 ein, aus der hervorgeht, dass sich der Transformator Laufenburg (CH, 220 kV) – Laufenburg (D, 110 kV) nach neuer Auffassung der Vorinstanz in der Regelzone Deutschland befindet und nicht zum schweizerischen Übertragungsnetz gehört.

J.

Die Vorinstanz weist in ihrer Stellungnahme vom 7. Juli 2011 darauf hin, dass sich die neue Verfügung zur Abgrenzung des Übertragungsnetzes vom Verteilnetz äussere, während es beim vorliegenden Beschwerdeverfahren um die Frage gehe, ob das Kraftwerk der Beschwerdeführerin den entsprechenden Tarif zu bezahlen habe. Die neue Verfügung habe daher keinen Einfluss auf das hängige Verfahren und es gäbe auch keinen Grund für eine Wiedererwägung der angefochtenen Verfügung vom 6. März 2009. Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Stellungnahme.

K.

Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten und die sich in den Akten befindlichen Schriftstücke wird im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie entscheiderelevant sind.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1. 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 ECom 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 Stromversorgungsgesetz vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7]).

1.2. 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 ist Adressatin der angefochtenen Verfügung, hat als beteiligte Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist vom Inhalt der Verfügung besonders betroffen. Sie ist damit zur Beschwerde legitimiert.

1.3. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

2.

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 indessen 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

Entscheidet. 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; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.155).

3.

Die Rüge der fehlenden Zuständigkeit bzw. der fehlenden Rechtsgrundlage für eine Kostenerhebung ist als erstes zu prüfen, da sich eine weitere materielle Prüfung der Beschwerde erübrigen kann, wenn sich diese Rüge als begründet erweisen sollte.

3.1. Gegenstand der angefochtenen Verfügung vom 7. März 2009 sind die Kosten und Tarife für die Netznutzung Netzebene 1 und SDL. Die Beschwerdeführerin ist von dieser Verfügung als Betreiberin eines Kraftwerks betroffen und ficht deren Ziffer 3 an. Diese lautet:

"Der Tarif 2009 für Systemdienstleistungen für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW gemäss Anhang 2 dieser Verfügung beträgt ab 1. Januar 2009 0.45 Rappen/kWh. Die swissgrid AG hat bei diesen Kraftwerken eine Erhebung der effektiv erzeugten Bruttoenergie durchzuführen. Sie hat nach Vorliegen der tatsächlichen SDL-Kosten der ECom einen Bericht zur Genehmigung vorzulegen. Die swissgrid AG hat die von der ECom genehmigten anrechenbaren SDL-Kosten den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW individuell nachzubelasten oder gutzuschreiben. Diese Abrechnung kann unterjährig erfolgen."

3.2. Gemäss der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 Bst. g StromVG sind SDL die für den sicheren Betrieb der Netze notwendigen Hilfsdienste. Sie zählen zu den Betriebskosten des Elektrizitätsnetzes und bilden einen Bestandteil des Entgelts für dessen Nutzung (Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 Abs. 2 StromVG). Die SDL umfassen insbesondere Systemkoordination,

Bilanzmanagement, Primärregelung, Schwarzstart- und Inselbetriebsfähigkeit von Erzeugern, Spannungshaltung (inkl. Anteil Blindenergie), betriebliche Messungen und Ausgleich der Wirkverluste. Die Vorinstanz stützt die Ziffer 3 ihrer Verfügung auf Art. 31b Abs. 2 StromVV; es handelt sich gemäss dessen Absatz 1 um 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. Diese Kostenfaktoren stellen gemäss Art. 15 Abs. 2 StromVV sogenannte allgemeine SDL dar, die pro kWh verrechnet und nicht individuell in Rechnung gestellt werden (vgl. BVGE 2010/49 E. 9.2 am Ende, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2661/2009 vom 24. August 2011 E. 5.4.3). Diese Kosten sind gemäss Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG einheitlich und verursachergerecht zu überwälzen.

3.3. Es ist somit festzustellen, dass es sich beim verfügbaren Tarif um ein Entgelt für die Netznutzung handelt, sei es als Kraftwerk, das elektrische Energie einspeist, sei es als Endverbraucher elektrischer Energie. Der streitige Teil des Entgelts ist nach der effektiv erzeugten Bruttoenergie zu entrichten und beträgt für die Beschwerdeführerin 0.45 Rappen pro kWh. Damit ein Entgelt geschuldet ist, muss das Netz demnach auch tatsächlich genutzt werden, weil andernfalls das betreffende Kraftwerk gar nicht (stromerzeugender) Nutzer des kostenpflichtigen Netzes und erst recht nicht Verursacher der Kosten für den Betrieb dieses Netzes sein kann.

Die Beschwerdeführerin macht insofern geltend, sie würde ihre elektrische Energie gar nicht in die Regelzone der swissgrid AG einspeisen, sondern in eine deutsche Regelzone. Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. f StromVG ist eine Regelzone ein Gebiet, für dessen Netzregelung die nationale Netzgesellschaft verantwortlich ist. Die Regelzone wird physikalisch durch Messstellen festgelegt.

Die Vorinstanz stellt sich in der Begründung der angefochtenen Verfügung, Ziffer 4.3.4.4.2 am Ende, auf den Standpunkt, sie stelle gemäss ihrer Verfügung vom 30. Oktober 2008 auf die Regelzonenzugehörigkeit ab und habe den entsprechenden Sachverhalt der Schweiz zugeordnet. Beim vorliegenden Sachverhalt gehe es jedoch nicht um die Belieferung von Endverbrauchern, sondern um die Energieerzeugung durch Kraftwerke. Zudem existierten für diese

Energieerzeugung (also die Energieerzeugung in Grenzgewässern) Staatsverträge, welche bestimmten, dass der schweizerische Anteil an der erzeugten Energie so zu behandeln sei, wie wenn er in der Schweiz erzeugt worden wäre. Auf Grenzkraftwerke sei eine einheitliche Lösung anzuwenden. Zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin bringt die Vorinstanz vor, es seien auch andere Abgrenzungskriterien denkbar und wiederholt die beiden letztgenannten Argumente.

3.4. Mit der neuen Verfügung der Vorinstanz vom 17. März 2011 hat sie festgestellt, dass der Transformator Laufenburg – entgegen ihrer früheren Auffassung – nicht in der schweizerischen Regelzone liegt. Das Bundesverwaltungsgericht hat keine Veranlassung, diese nunmehr unbestrittene Sachverhaltsfeststellung in Frage zu stellen. Damit steht aber auch fest, dass sich die Pflicht der Beschwerdeführerin, für ihr Kraftwerk Netznutzungskosten zu tragen, jedenfalls nicht mehr mit dem Abstellen auf die Regelzonenzugehörigkeit begründen lässt.

3.5. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 29 der Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Laufenburg vom 12. August 1986, wonach die gewonnene elektrische Energie je zur Hälfte auf die Schweiz und auf das Land Baden-Württemberg entfällt, kostenpflichtig ist.

Die Beschwerdeführerin macht insofern geltend, dass sich diese Bestimmung einzig auf die Produktion, nicht aber den Absatz der elektrischen Energie beziehe. Die gesamte im Kraftwerk Laufenburg erzeugte elektrische Energie speise sie in das deutsche Elektrizitätsnetz, nämlich in die Regelzone EnBW, ein und bezahle dort die Netznutzung. Sie nutze kein schweizerisches Elektrizitätsnetz und beziehe auch keine schweizerischen SDL. Zudem macht sie geltend, dass sie von der Beschwerdegegnerin als Stromimporteurin behandelt und der Regelung von Art. 17 StromVG unterstehen würde, wenn sie die im Grenzkraftwerk Laufenburg erzeugte elektrische Energie in der Schweiz absetzen wollte. Diese Sachverhaltsvorbringen sind unbestritten geblieben. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet es daher als erwiesen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Kraftwerk Laufenburg weder das Schweizerische Übertragungsnetz im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG noch SDL für die schweizerischen Elektrizitätsnetze, also auch nicht der Verteilnetze (Art. 4 Abs. 1 Bst. i StromVG) nutzt oder SDL verursacht.

Wie unter E. 3.2 festgestellt worden ist, zählen die Kosten für SDL zu den Betriebskosten der Elektrizitätsnetze (Art. 15 Abs. 2 StromVG), diese wiederum stellen anrechenbare Kosten dar, die einen Teil des Netznutzungsentgelts ausmachen (vgl. Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 StromVG). Die Pflicht, solche Kosten zu tragen bzw. ein Entgelt zu leisten, setzt demnach voraus, dass das schweizerische Elektrizitätsnetz überhaupt in irgend einer Weise genutzt wird. Für das Grenzkraftwerk Laufenburg ist jedoch dessen Nutzung nach dem Gesagten weder behauptet noch nachgewiesen, weshalb kein Netznutzungsentgelt geschuldet ist. Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung in Verbindung mit Anhang 2 Ziffer 73 ist daher mit Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben.

4.

Im Übrigen wäre Ziffer 3 der angefochtene Verfügung auch nicht auf die Beschwerdeführerin anzuwenden und die Beschwerde insofern gutzuheissen, weil gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Verpflichtung der Kraftwerksbetreiber, einen Teil der Kosten für allgemeine Systemdienstleistungen zu tragen (Art. 31*b* Abs. 2 StromVV), keine genügende gesetzliche Grundlage hat, was nachfolgend kurz zu wiederholen ist.

4.1. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem rechtskräftigen Piloturteil vom 8. Juli 2010 (BVGE 2010/49) erkannt, dass Art. 15 Abs. 4 StromVG zulässigerweise Rechtsetzungskompetenzen an den Bundesrat delegiert, wobei sich dies auf die Überwälzung der Kosten und damit auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt. 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 jedoch an den Verordnungsgeber lediglich die Aufgabe delegiert, die Überwälzung der Kosten auf den Endverbraucher zu regeln, nicht aber neue Zahlungspflichtige für die nicht individuell anrechenbaren Kosten einzuführen. Eine Gesetzesdelegation in diesem engen Rahmen ist zulässig (vgl. BVGE 2010/49 E. 9.3 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2661/2009 vom 24. August 2011 E. 5.3.1 f. und 6.1. Vgl. auch Botschaft StromVG, BBl 2005 1681).

4.2. Mit Art. 31*b* Abs. 2 StromVV werden den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW derjenige Teil der Kosten der SDL auferlegt, der mit dem nach Art. 31*b* Abs. 1 StromVV

festgelegten Tarif nicht gedeckt werden kann. Hierbei handelt es sich um allgemeine 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 (vgl. oben, E. 3.2). 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 gerade nicht um individuelle Kosten handelt. Gemäss dem Konzept des StromVG können aber einzig direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Endverbraucher und 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 (Art. 14 StromVG). 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).

Demgegenüber können die Betreiber von Kraftwerken 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, Ziffer 2.3, insbesondere Ziffer 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 (vgl. hierzu: BVGE 2010/49 E. 10.1, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2661/2009 vom 24. August 2011 E. 6.2). Die darauf gestützte, in Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung

vom 6. März 2009 auferlegte Verpflichtung ist daher auch aus diesem Grund in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben.

4.3. Da die Beschwerde demnach gutzuheissen ist, soweit auf sie einzutreten ist, erübrigt sich eine Prüfung der weiteren materiellen Fragen, namentlich ob das Grenzkraftwerk Laufenburg die Grenze von 50 MW erreicht oder nicht.

5.

Die Beschwerdeführerin beantragt zusätzlich, die allenfalls von ihr bereits bezahlten SDL-Beträge bzw. Entschädigungen seien mit Verzugszins zurückzuerstatten. Weil sich diese Folge allein aus der Guttheissung des ersten Rechtsbegehrens noch nicht direkt (wohl aber indirekt) ergibt und es sich dabei zudem um ein Leistungsbegehren handelt, ist das Interesse der Beschwerdeführerin an diesem zusätzlichen Antrag gegeben. Da dem Bundesverwaltungsgericht keine Angaben darüber vorliegen, ob überhaupt, und gegebenenfalls wann Beträge in welcher Höhe bezahlt worden sind, kann jedoch nur über den Grundsatz der Rückzahlungspflicht entschieden werden.

Angesichts der ersatzlosen Aufhebung von Ziffer 3 des Dispositivs der vorinstanzlichen Verfügung besteht effektiv ein vollständiger Rückzahlungsanspruch der Beschwerdeführerin auf SDL-Beträge, die sie wegen des Entzugs der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, der mit Zwischenverfügung vom 15. Juni 2009 vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden ist, allenfalls bereits bezahlt hat (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2605/2009 vom 14. Juli 2011 E. 7).

Auch eine Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen ist zu bejahen, unabhängig davon, ob die in Rechnung gestellten Kosten privater oder öffentlich-rechtlicher Natur sind. Rechtsprechung und Lehre anerkennen seit langem, dass auch für öffentlich-rechtliche Geldforderungen ein Verzugszins geschuldet ist, sofern dies durch besondere gesetzliche Regelung nicht ausgeschlossen ist (BGE 101 Ib 252 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 2C_191/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6509/2010 vom 22. März 2011 E. 10.7; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 756). Verzugszins ist in direkter oder – sofern es sich um eine öffentlich-rechtliche Forderung handelt – in analoger Anwendung von Art. 102

Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) geschuldet vom Zeitpunkt an, in dem der Gläubiger den Schuldner mahnt, wobei eine Mahnung eine empfangsbedürftige Erklärung ist (WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, OR I, Basel 2007, N. 9 zu Art. 102). Das gerichtliche Geltendmachen einer Forderung stellt eine Art der Mahnung dar, wobei der Verzug mit der Zustellung der Rechtsschrift eintritt. Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 19. Februar 2010 ins Verfahren einbezogen. Die Beschwerdeschrift wurde ihr anschliessend mit Verfügung vom 2. März 2010 zugestellt und ist ihr am 3. März 2010 zugegangen. Für die bis zu diesem Zeitpunkt allenfalls geleisteten Zahlungen beginnt der Verzug somit am 3. März 2010, für danach bezahlte Beträge am Datum des Zahlungseinganges. Der Verzugszins beträgt gemäss oder analog Art. 104 Abs. 1 OR 5% (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für ausländische Entschädigungen vom 17. Dezember 1998, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 63.45 E. 5).

6.

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG), wobei das Mass des Unterliegens von den in der konkreten Beschwerde gestellten Rechtsbegehren abhängt. Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrem Rechtsbegehren betreffend ihrer Kostenpflicht für SDL und grundsätzlich auch mit ihrem Rechtsbegehren auf Rückerstattung samt Verzugszins von allenfalls bereits geleisteten Zahlungen. Hingegen wurde ihr Verfahrensantrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenverfügung vom 15. Juni 2009 abgewiesen. Insgesamt unterliegt sie damit zu etwa einem Viertel. Die Beschwerdegegnerin hat keine konkreten Anträge zur vorliegenden Beschwerde gestellt, sondern ihr Interesse an einer baldigen Klärung der verschiedenen Fragen, insbesondere auch derjenigen zur Kostenpflicht der Kraftwerksbetreiber für SDL betont. Von einem Unterliegen kann bei ihr demzufolge nicht gesprochen werden. Die Vorinstanz hat die Abweisung aller Anträge der Beschwerdeführerin beantragt und unterliegt demzufolge, soweit den Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin entsprochen wird, also zu drei Vierteln. Ihr werden gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt, während der Beschwerdeführerin ein Viertel der auf Fr. 4'000.— festzusetzenden Verfahrenskosten, also Fr. 1'000.— auferlegt werden. Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von

Fr. 3'000.— zu verrechnen; der Rest ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

7.

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässige Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei nur teilweisem Obsiegen ist die Entschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei. Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der Akten fest, wenn keine Kostennote eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die gekürzte Parteientschädigung wird auf Fr. 4'500.— (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) festgesetzt und der Vorinstanz zur Bezahlung auferlegt. Der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 6. März 2009 sowie Anhang 2 Ziffer 73 werden mit Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben.

3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, allfällige von der Beschwerdeführerin geleistete Zahlungen für SDL-Kosten gemäss Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 6. März 2009 der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten, zuzüglich 5 % Verzugszins ab 3. März 2010 oder, sofern der Zahlungseingang später erfolgt ist, ab Zahlungseingang bei der Beschwerdegegnerin.

4.

Von den Verfahrenskosten werden Fr. 1'000.— der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Vorschuss von Fr. 3'000.—

verrechnet; der Restbetrag von Fr. 2'000.— ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Hierzu hat die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht ihre Post- oder Bankverbindung anzugeben.

5.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.— (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entrichten.

6.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 952-08-005; Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

André Moser

Bernhard Keller

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., Art. 90 ff. und Art. 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Frist steht still vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 Abs. 1 Bst. c BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: