



Urteil vom 2. Mai 2013

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter André Moser, Richterin Marianne Ryter,
Gerichtsschreiber Lars Birgelen.

Parteien

Kernkraftwerk Leibstadt AG, Eigen, 5325 Leibstadt,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stefan Rechsteiner und
Rechtsanwalt lic. iur. Michael Waldner, VISCHER AG,
Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kosten und Tarife 2011 für die Netznutzung Netzebene 1
und Systemdienstleistungen.

Sachverhalt:**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.

B.

Mit Schreiben vom 19. Mai 2010 gab die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) gegenüber swissgrid, den Übertragungsnetzeigenthümern, 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. Die Kernkraftwerk Leibstadt AG nahm am 13. Oktober 2010 zu den Prüfergebnissen der ElCom Stellung.

C.

In der Folge legte die ElCom (nachfolgend: Vorinstanz) mit Verfügung vom 11. November 2010 für das Jahr 2011 insbesondere die allgemeinen Tarife für die Netznutzung der Netzebene 1 fest (Ziff. 1 des Dispositivs). In Ziff. 8 des Dispositivs wies sie die swissgrid an, den Bilanzgruppen, welchen die Kernkraftwerke Gösgen und Leibstadt zugeordnet sind, je die von ihnen verursachten Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung in Rechnung zu stellen, wobei die während der Revision der genannten Kraftwerke vorzunehmende Reduktion der Leistungsvorhaltung massgebend sei. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung (Ziff. 10 des Dispositivs). Die Verfügung wurde der swissgrid und den übrigen beteiligten Parteien (vgl. Bst. B) eröffnet.

D.

Mit Eingabe vom 15. Dezember 2010 erhebt die Kernkraftwerk Leibstadt AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt die ersatzlose Aufhebung von Dispositivziffer 8 der Verfügung der Vorinstanz vom 11. November 2010. In prozessualer Hinsicht stellt sie unter anderem den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde in Bezug auf Dispositivziffer 8.

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, die Anlastung von Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung auf die Bilanzgruppen, denen die Kernkraftwerke Leibstadt und Gösgen

angehören, sei verfassungswidrig und finde weder in Art. 14 Abs. 3 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) noch in Art. 15 Abs. 1 Bst. b der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) eine genügende (gesetzliche) Grundlage. Darüber hinaus verletze eine Kostenauflegung auf bloss zwei Kraftwerke bzw. deren Bilanzgruppenverantwortliche den Grundsatz der Rechtsgleichheit sowie die Wirtschaftsfreiheit der Betroffenen.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 21. Februar 2011 weist das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab und sistiert das Verfahren vorerst bis zum rechtskräftigen Abschluss der ebenfalls vor ihm anhängigen Beschwerdeverfahren betreffend Kosten und Tarife 2009 für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 20. März 2012 hebt das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung von Amtes wegen auf.

G.

In ihrer Vernehmlassung vom 7. Mai 2012 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Die Anlastung der Kosten für die Ausgleichsenergie inkl. Anteile der Leistungsvorhaltung für die Sekundär- und Tertiärregelung auf Bilanzgruppen gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV sei gesetzeskonform, handle es sich doch um individuell in Rechnung gestellte Kosten für individuelle Systemdienstleistungen (SDL), welche nach Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG von der Festlegung des Netznutzungstarifs auszuschliessen seien. Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV sei so auszulegen, dass die Kosten für die Anteile der Leistungsvorhaltung für Sekundär- und Tertiärregelenergie nicht Bestandteil des Ausgleichsenergietarifs seien, sondern entweder individuell verursachergerecht zugeordnet würden oder in den Tarif für allgemeine SDL einflössen.

H.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 7. Mai 2012 beantragt swissgrid (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) mit Verweis auf ihren (ursprünglich) gleichlautenden Antrag (ersatzlose Aufhebung der Dispositivziffer 8 der Verfügung der Vorinstanz vom 11. November 2010) im von ihr selber beim Bundesverwaltungsgericht angehobenen Beschwerdeverfahren die Gutheissung der Beschwerde.

I.

Mit Replik vom 19. Juni 2012 hält die Beschwerdeführerin an ihrem Rechtsbegehren fest. Soweit die Netzregelung zu den von der Beschwerdegegnerin zu erbringenden SDL gehöre, seien die dadurch entstehenden Kosten gemäss dem Ausspeiseprinzip (Art. 14 Abs. 2 StromVG) als Teil der Netzkosten von den Endverbrauchern zu tragen. Eine individuelle Anlastung von Netzkosten auf andere Akteure dürfe nur gestützt auf eine formell-gesetzliche Grundlage erfolgen, welche von Kantonen, Gemeinden oder Energieversorgungsunternehmen ausserhalb des StromVG zu schaffen sei. Die auf diese Weise allenfalls individuell in Rechnung gestellten Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG seien gerade nicht Gegenstand einer "Überwälzung" gemäss Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG und würden demnach auch nicht von dieser Delegationsnorm erfasst. Die Vorhaltekosten für die mittelfristige Netzregelung müssten gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV in die Preise für die Ausgleichsenergie einfließen.

J.

In ihrer Duplik vom 2. August 2012 macht die Vorinstanz geltend, der Gesetzgeber habe bei Erlass von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG ausdrücklich an Stromproduzenten gedacht. Demnach sei für eine individuelle Anlastung von Kosten für die Vorhaltung von Tertiärregelleistung an die Bilanzgruppen keine zusätzliche, über Art. 14 Abs. 3 Bst. d und Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG hinausgehende Grundlage auf Gesetzesstufe erforderlich.

K.

Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf die Einreichung einer Duplik.

L.

In ihren Schlussbemerkungen vom 3. September 2012 unterstreicht die Beschwerdeführerin, dass Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG weder einen Auftrag noch eine gesetzliche Grundlage enthalte, um irgendjemandem irgendwelche Kosten anzulasten.

M.

Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheiderelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die ElCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichtes. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG).

1.2 Die Vorinstanz hat in Dispositivziffer 8 der angefochtenen Verfügung die Beschwerdegegnerin angewiesen, den Bilanzgruppen, welchen die Kernkraftwerke Gösgen und Leibstadt zugeordnet sind, je die von ihnen verursachten Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung in Rechnung zu stellen, wobei die während der Revision der genannten Kraftwerke vorzunehmende Reduktion der Leistungsvorhaltung massgebend sei.

1.2.1 Der Entscheid über die (bloss) grundsätzliche Kostenpflicht der beiden betroffenen Bilanzgruppen gemäss Dispositivziffer 8 ist als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 46 VwVG zu qualifizieren, handelt es sich doch um einen materiellrechtlichen Grundsatzentscheid, der bloss einen Teilaspekt einer Streitsache beantwortet (vgl. Urteile des Bundesgerichtes 2C_450/2012 vom 27. März 2013 E. 1.3.2 sowie E. 1.4.3, 2C_412/2012 vom 27. März 2013 E. 1.3.2 sowie E. 1.4.3 und 2C_572/2012 vom 27. März 2013 E. 3.3.2 sowie E. 3.4.3). Gegen eine solche selbständig eröffnete Zwischenverfügung ist die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachender Nachteil bewirken kann *oder* wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (vgl. Art. 46 Abs. 1 Bst. a und Bst. b VwVG). Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird (vgl. E. 9 ff.), ist eine Pflicht der Bilanzgruppe, welcher die Beschwerdeführerin angehört, zur Übernahme von Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung zu verneinen. Mit der Gutheissung der Beschwerde ist demnach ein sofortiger Endentscheid möglich und es kann ein erheblicher Aufwand an Zeit und Kosten vermieden werden (vgl. auch FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Wald-

mann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 46 N 21, wonach Zwischenverfügungen, welche eine materiellrechtliche Vorfrage beantworten, in der Regel über die Voraussetzung von Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG anfechtbar sein dürften). Auf die Beschwerde ist somit – vorbehaltlich der Legitimation der Beschwerdeführerin (vgl. sogleich E. 1.2.2) – aus Gründen der Prozessökonomie einzutreten.

1.2.2 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Art. 2 Abs. 1 Bst. e StromVV definiert "Bilanzgruppe" als rechtlicher Zusammenschluss von Teilnehmern am Elektrizitätsmarkt, um gegenüber der Beschwerdegegnerin eine gemeinsame Mess- und Abrechnungseinheit innerhalb der Regelzone Schweiz zu bilden. Die Bilanzgruppe schliesst mit der Beschwerdegegnerin einen Vertrag ab und bezeichnet einen beteiligten Teilnehmer, der sie gegenüber der Beschwerdegegnerin und Dritten vertritt (sog. Bilanzgruppenverantwortlicher [BGV]; vgl. Art. 23 Abs. 3 und Abs. 4 StromVV). Da die Beschwerdegegnerin nur mit den BGV in einem direkten Vertragsverhältnis steht (vgl. Standard-Bilanzgruppenvertrag der swissgrid, Version 1.0, vom 5. August 2008) und diese die jeweilige Bilanzgruppe ihr gegenüber im eigenen Namen vertreten (MICHAEL WALDNER, Funktion und Rechtsnatur des Stromlieferungsvertrages im liberalisierten Strommarkt, AJP 2010, S. 1314), auferlegt die Beschwerdegegnerin in der Praxis den BGV die strittigen Vorhaltekosten. Unmittelbar ins Recht gefasst wird somit – so auch das Verständnis der Vorinstanz – die A._____ AG als BGV der Bilanzgruppe, welcher die Beschwerdeführerin zugeordnet ist. Diese ist demnach – neben der Beschwerdegegnerin – ebenfalls materielle Verfügungsadressatin, deren Rechtsstellung durch den Entscheid direkt beeinträchtigt wird (vgl. VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 48 N 24).

Dritte, welche gleichgeartete Interessen wie der Verfügungsadressat verfolgen, können unter Umständen daran interessiert sein, eine den Verfügungsadressaten belastende Verfügung anzufechten. Zu einer solchen Anfechtung sind Dritte jedoch nur dann legitimiert, wenn sie ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Verfügung haben und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Bezie-

hung zur Streitsache stehen. Soweit der belastete Verfügungsadressat jedoch auf eine Anfechtung verzichtet, ist die Drittbeschwerde zugunsten des Adressaten nicht zulässig, da der Dritte etwas anstreben würde, was seiner Dispositionsbefugnis entzogen ist und nur dem Verfügungsadressaten selber zusteht. Blosser Rückwirkungen, welche eine Verfügung auf ein Vertragsverhältnis zwischen dem Verfügungsadressaten und dem Dritten zeitigen kann, begründen in der Regel noch kein schutzwürdiges Anfechtungsinteresse des Dritten; für die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache wird praxisgemäss verlangt, dass die Drittperson einen unmittelbaren Nachteil erleidet (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N 34 f.). Das schutzwürdige Interesse kann allgemein sowohl rechtlicher als auch bloss tatsächlicher Natur sein, d.h. es genügt, wenn rein tatsächliche, praktische, wirtschaftliche, ideelle oder andere Interessen der beschwerdeführenden Person verletzt werden (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.65). Die A. _____ AG hat als (Mit-) Verfügungsadressatin im parallelen, derzeit noch sistierten Beschwerdeverfahren A-8642/2010 Dispositivziffer 8 der Verfügung der Vorinstanz vom 11. November 2010 ebenfalls angefochten. Da – falls nicht bereits geschehen – davon auszugehen ist, dass sie als BGV die ihr angelasteten Vorhaltekosten der Beschwerdeführerin weiterverrechnen wird (vgl. zumindest bzgl. der Rücküberwälzung des Ausgleichsenergiesikos auf die Bilanzgruppenmitglieder: WALDNER, a.a.O., S. 1317), ist diese als Drittbetroffene von der Anordnung in Dispositivziffer 8 mehr als jedermann betroffen und hat ein unmittelbares und eigenes tatsächliches Interesse an deren ersatzlosen Aufhebung. Nachdem sie zusätzlich am vorinstanzlichen Verfahren (als Partei) teilgenommen hat und mit ihrem Antrag unterlegen ist, mithin auch formell beschwert ist, ist sie zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.3 Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist demnach 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 Sachverhaltes hin, ebenso auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen.

Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichtes bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Sodann amtiert die Vorinstanz in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl im Bereich der Stromversorgung als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Ihr steht dabei – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches "technisches Ermessen" zu. In diesem Rahmen darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 133 II 35 E. 3, BGE 132 II 257 E. 3.2, BGE 131 II 13 E. 3.4, BGE 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen; BVGE 2009/35 E. 4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.155).

3.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die von der Vorinstanz angeordnete Anlastung von Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung auf die Bilanzgruppe, der sie angehöre, sei verfassungs- und gesetzeswidrig.

3.1 Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Werden Rechtsetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber (im Bund insbesondere auf den Bundesrat) übertragen, spricht man von Gesetzesdelegation. Der Gesetzgeber ermächtigt damit im formellen Gesetz die Exekutive zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen. Reine Vollziehungsverordnungen sind dagegen kein Delegationsfall, denn für den Erlass solcher Vorschriften verfügt der Bundesrat über eine verfassungsunmittelbare Kompetenz (vgl. Art. 182 Abs. 2 BV; Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 8.3 mit Hinweisen auf die Literatur [publiziert in: BVGE 2010/49]; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 408a mit Hinweisen).

3.1.1 Die Gesetzesdelegation gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn ent-

halten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (Art. 164 Abs. 1 und Abs. 2 BV; BGE 134 I 322 E. 2.6 und BGE 128 I 113 E. 3c; statt vieler: Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-3035/2011 vom 1. März 2012 E. 5.1.1 und A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 8.3.1 je mit Hinweisen). Delegiert das Gesetz beispielsweise die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an den Verordnungsgeber, so muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe selber festlegen (Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV; Urteil des Bundesgerichtes 2C_729/2008 vom 3. März 2009 E. 3.1 mit Hinweisen, publiziert in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 5/2010, S. 280 ff.).

3.1.2 Das Bundesverwaltungsgericht kann auf Beschwerde hin vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle). Der Umfang der Kognitionsbefugnis hängt dabei davon ab, ob es sich um eine unselbständige oder aber um eine selbständige Verordnung handelt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.177). Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft das Bundesverwaltungsgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichtes, sich zu deren wirt-

schaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern (Urteile des Bundesgerichtes 2C_246/2009 vom 22. März 2010 E. 7.1, 2C_735/2007 vom 25. Juni 2008 E. 4.2 und 2A.142/2005 vom 24. November 2005 E. 3.1; BGE 133 V 42 E. 3.1, BGE 131 II 562 E. 3.2 und BGE 130 I 26 E. 2.2.1, je mit weiteren Hinweisen; statt vieler: Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-3479/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.4 und A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 8.3.2 je mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 408a mit Hinweisen).

4.

Die Stromgesetzgebung bestimmt, dass das Entgelt für die Netznutzung die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen darf (Art. 14 Abs. 1 StromVG; sog. Kostendeckungsprinzip). Es ist von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten (Art. 14 Abs. 2 StromVG; sog. Ausspeiseprinzip). Für die Festlegung der Netznutzungstarife gilt es gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG unter anderem zu beachten, dass individuell in Rechnung gestellte Kosten auszuschliessen sind. Als anrechenbare (Netz-) Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 1 StromVG gelten die Betriebs- und Kapitalkosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes. Sie beinhalten einen angemessenen Betriebsgewinn (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 SDL sowie für den Unterhalt der Netze (Art. 15 Abs. 2 StromVG). Der Bundesrat legt die Grundlagen fest zur einheitlichen und verursachergerechten Überwälzung der Kosten sowie der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen. Dabei ist der Einspeisung von Elektrizität auf unteren Spannungsebenen Rechnung zu tragen (Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG).

5.

Die Vorinstanz stützt sich bei der von ihr verfüigten Anlastung von Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung auf die Bilanzgruppe, welcher die Beschwerdeführerin zugeordnet ist, auf Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV ab. Die Formulierung dieser Bestimmung lautet wie folgt:

Art. 15 Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes

¹ Die nationale Netzgesellschaft [Anm.: die Beschwerdegegnerin] stellt individuell in Rechnung:

(...)

b. den Bilanzgruppen die Kosten für die Ausgleichsenergie (inklusive Anteile der Leistungsvorhaltung für die Sekundär- und Tertiärregelung) und das Fahrplanmanagement, die sie verursacht haben;

(...)

6.

In einem ersten Schritt ist der vom Verordnungsgeber in Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV eingeführte Ausdruck "Leistungsvorhaltung für die Tertiärregelung" genauer zu definieren.

6.1 Nach Störeintritten trägt die Primärregelung innerhalb von Sekunden zur Wiederherstellung des Gleichgewichtes zwischen Produktion und Verbrauch im Stromnetz bei. Der Einsatz der Sekundärregelung beginnt nach wenigen Sekunden und ist typischerweise nach fünfzehn Minuten abgeschlossen. Wird die Regelleistungsabweichung auch nach diesen fünfzehn Minuten nicht beseitigt, wird die Sekundärregelung von der Tertiärregelung abgelöst. Die Tertiärregelleistung ist vor allem notwendig, um grössere, länger andauernde Regelabweichungen, insbesondere nach Kraftwerksausfällen oder unvorhergesehenen, lang anhaltenden Laständerungen, auszugleichen; die positive Tertiärregelleistung wird durch regelfähige Kraftwerke erbracht, welche entsprechende Leistungsreserven vorhalten müssen, um im Bedarfsfall innerhalb des vorgegebenen Zeitraums zusätzliche Leistung über einen längeren Zeitraum liefern zu können (vgl. "Die im StromVG stipulierte Reservehaltung", Bericht des Bundesrates in Beantwortung des Postulates 08.3757 der UREK-N vom 10. November 2008 [Bericht Reservehaltung], S. 7 f., sowie swissgrid, Überblick Systemdienstleistungen vom 12. April 2010, Version 1.0 [Überblick SDL], S. 4 f.). Im von der Beschwerdegegnerin herausgegebenen "Glossar für die Regeln des Schweizer Strommarktes", 1. Auflage 2010, Version 1.0 (Glossar Strommarkt, abrufbar unter: www.strom.ch), S. 22, wird Tertiärregelreserve definiert als "jene Leistung, die automatisch oder manuell für die Tertiärregelung eingesetzt werden kann, um eine angemessene Sekundärregelreserve sicherzustellen".

6.2 Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. g StromVG sind SDL "die für den sicheren Betrieb der Netze notwendigen Hilfsdienste. Diese umfassen insbesondere Systemkoordination, Bilanzmanagement, Primärregelung, Schwarzstart- und Inselbetriebsfähigkeit von Erzeugern, Spannungshaltung (inkl. Anteil Blindenergie), betriebliche Messungen und Ausgleich der Wirkverluste". Regelenenergie wird umschrieben als "automatischer oder von Kraftwerken abrufbarer Einsatz von Elektrizität zur Einhaltung des geplanten Elektrizitätsaustausches und zur Gewährleistung des sicheren Netzbetriebes" (Art. 4 Abs. 1 Bst. e StromVG). Die SDL schliessen die Bereitstellung von Regelenenergie im Allgemeinen ein, also nicht nur die Primär-, sondern auch die Sekundär- und Tertiärregelung (vgl. Bericht Reservehaltung, S. 6; Art. 20 Abs. 2 Bst. b Satz 1 StromVG; siehe auch Überblick SDL,

S. 3). Die dafür benötigten Kraftwerkskapazitäten sind von der Beschwerdegegnerin als nationale Netzgesellschaft zu beschaffen (Art. 20 Abs. 2 Bst. b Satz 2 StromVG). Gemäss Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie (BFE) vom 5. Dezember 2008 zur revidierten StromVV handelt es sich bei den SDL *vor allem* um Energiereserven, die für Kraftwerksausfälle oder Konsumschwankungen bereitgehalten werden müssen.

6.3 Die Vorhaltung von (positiver) Tertiärregelleistung gehört somit nach dem Verständnis von Gesetz- und Verordnungsgeber zu den SDL. Da der Bundesrat die dadurch entstehenden Kosten in Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV zumindest teilweise den Bilanzgruppen *individuell* in Rechnung stellen will, sind diese im entsprechenden Umfang den *individuellen* SDL-Kosten zuzurechnen (vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-2812/2010 vom 11. Februar 2013 E. 5.4.2.2 sowie E. 5.4.3 bzw. A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 8.5 sowie E. 9.2, gemäss welchen Art. 15 Abs. 1 StromVV – im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 2 StromVV [allgemeiner SDL-Tarif] – den individuellen SDL-Tarif regelt und unter die [insbesondere gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG] individuell in Rechnung gestellten Kosten die individuellen SDL fallen).

6.4 Daran ändert auch nichts, dass in der Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 (Botschaft StromVG, BBl 2005 1619 f.) für die Bereitstellung der benötigten Energie zwischen kurz-, mittel- und langfristiger Reservehaltung und Lieferung unterschieden wird: Gemäss dem Erläuternden Bericht des BFE zum Entwurf des StromVG vom 30. Juni 2004 und zum Entwurf der Revision des Elektrizitätsgesetzes (Regelung für den grenzüberschreitenden Stromhandel) (Erläuternder Bericht StromVG), S. 27 f., fallen die Primär-, Sekundär- und Tertiärreserve nämlich unter die kurzfristige Reservehaltung (umschrieben als Verfügbarkeit von Leistung und Energie im Sekundenbereich bis zu einem Tag). Bei diesem Begriffsverständnis muss aber auf die von der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Replik vom 19. Juni 2012 erstmals aufgestellte Behauptung, die Kosten der mittelfristigen Netzregelung (im Erläuternden Bericht StromVG, S. 29, definiert als Elektrizitätsversorgung für den Zeitraum von einem Tag bis zu fünf Jahren) gehörten (im Gegensatz zu denjenigen der kurzfristigen Netzregelung) nicht zu den SDL-Kosten, nicht weiter eingegangen werden.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass den Bilanzgruppen bzw. letztlich ihr als Kraftwerksbetreiberin gestützt auf Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV keine Kosten für die Leistungsvorhaltung von positiver Tertiärregelenergie angelastet werden können, da es hierfür an einer (formell-) gesetzlichen Grundlage fehle.

Der Gesetzgeber sei mit der Verankerung des Ausspeiseprinzips in Art. 14 Abs. 2 StromVG bewusst zugunsten der Einspeiser (sprich der Produzenten) vom Verursacherprinzip abgewichen. Die Endverbraucher hätten daher grundsätzlich die gesamten (in das Netznutzungsentgelt einfließenden) Netzkosten zu bezahlen, während eine Kostenanlastung auf die Produzenten nicht vorgesehen sei. Aus Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG ergebe sich nicht, welche Kosten an wen individuell in Rechnung zu stellen seien, sondern nur, wie mit diesen individuell in Rechnung gestellten Kosten umzugehen sei. Der Gesetzgeber sei mit dieser Bestimmung davon ausgegangen, dass eine individuelle Anlastung von Netzkosten auf andere Akteure als Endverbraucher einzig gestützt auf eine separate gesetzliche Grundlage zulässig sei, welche durch Bund, Kantone, Gemeinden und gegebenenfalls Energieversorgungsunternehmen – ohne entsprechende Verpflichtung – ausserhalb des StromVG zu schaffen sei. Die "individuell in Rechnung gestellten Kosten" im Sinne von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG bildeten nicht Gegenstand der Kostenüberwälzung gemäss der Delegationsnorm von Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG. Wenn der Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 3 Bst. a StromVG und in Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG auf die "Verursachung" Bezug nehme, beziehe sich diese einzig auf die Kostenanlastung im Verhältnis zwischen den Endverbrauchern, welche gemäss Ausspeiseprinzip die alleinigen Träger der Netzkosten seien. Unter "Überwälzung" im Sinne von Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG sei die Anlastung aller "anrechenbaren Kosten" im Sinne von Art. 15 Abs. 1 StromVG auf die Endverbraucher als einzige Kostenträger zu verstehen.

Darüber hinaus sei der BGV, welcher seine Bilanzgruppe gegenüber der Beschwerdegegnerin vertrete, im Gegensatz zu den Bilanzgruppenmitgliedern selber gar kein Netznutzer und somit auch kein Verursacher von Netzkosten (insbesondere auch nicht von Vorhaltekosten für Tertiärregelleistung). Netzkosten, welche von Dritten verursacht würden, dürften daher ausserhalb des Ausgleichsenergiemechanismus nicht gestützt auf das Verursacherprinzip auf ihn überwälzt werden. Wenn überhaupt,

müsste eine individuelle Kostenanlastung auf die Kernkraftwerke Leibstadt und Gösgen als jeweilige Verursacher erfolgen; eine solche verstiesse jedoch gegen das in Art. 14 Abs. 2 StromVG verankerte Ausspreizprinzip. Dessen ungeachtet handle es sich bei den von der Vorinstanz dem BGV auferlegten Vorhaltekosten für Tertiärregelleistung nicht um im rechtlichen Sinn individuell zurechenbare Kosten, sondern lediglich um eine abstrakte, rechnerische bzw. sich aufgrund von vertraglichen Vereinbarungen der Beschwerdegegnerin ergebende Grösse.

7.2 Die Beschwerdegegnerin stellt ebenfalls das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage für eine individuelle Anlastung von Tertiärregelreservekosten auf ein einzelnes Kraftwerk bzw. formell auf die betreffende Bilanzgruppe in Frage, da eine Kostenbelastung der Produzenten dem gesetzlich vorgegebenen Ausspreizprinzip widerspreche.

7.3 Die Vorinstanz hält in ihrer Verfügung dagegen, zwar sei eine Kostenanlastung auf die Bilanzgruppen im StromVG nicht ausdrücklich vorgesehen. Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG lege jedoch fest, dass gewisse Kosten individuell angelastet werden könnten. Da es sich bei der Leistungsvorhaltung für die Sekundär- und Tertiärregelung um individuelle SDL handle, bilde die in Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG angeführte "verursachergerechte Überwälzung" eine hinreichend bestimmte formellgesetzliche Grundlage für eine (individuelle) Kostenanlastung auf die Bilanzgruppen.

In ihren Stellungnahmen vor dem Bundesverwaltungsgericht macht sie weiter geltend, die Verursachergerechtigkeit gelte nicht nur zwischen den verschiedenen Endverbrauchergruppen, sondern sei ein allgemeiner Grundsatz der Stromversorgungsgesetzgebung, welcher in verschiedenen Bestimmungen konkretisiert werde. Da die Beschwerdegegnerin nur mit dem BGV der Bilanzgruppen, welchen die Kernkraftwerke Gösgen und Leibstadt zugeordnet seien, in einem direkten Vertragsverhältnis stehe, würden die Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung vorab diesem angelastet und anschliessend in der Regel über einen Bilanzgruppenanschlussvertrag auf die einzelnen Bilanzgruppenmitglieder überwält. Kostenträger gegenüber der Beschwerdegegnerin sei somit der BGV. Nachdem unbestritten sei, dass die Bilanzgruppen über den Preis für die Ausgleichsenergie Kosten der Tertiärregelung zu tragen hätten, hätten die Endverbraucher schon heute nach Art. 14 Abs. 2 StromVG nicht sämtliche anrechenbaren Kosten eines effizienten Netzbetriebes zu entrichten. Individuelle SDL – um welche es sich bei der Leistungsvorhaltung für Sekundär- und Tertiärregelung handle – seien als individuell in

Rechnung gestellte Kosten gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG von der Festlegung des Netznutzungstarifs auszuschliessen. Es gehe weder aus dem StromVG noch aus dessen Materialien hervor, dass der Gesetzgeber bewusst von jeglicher Anlastung von Netzkosten auf Produzenten abgesehen habe. Vielmehr würden in der Botschaft zu Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG als Beispiel für individuell angerechnete Kosten sogar ausdrücklich Kosten für SDL genannt, welche von den Netzbetreibern für unabhängige Erzeuger bzw. Einspeiser erbracht würden.

8.

Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (vgl. zu diesem auch im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatz Art. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungstitel des ZGB, Bern 2003, N. 6 zu Art. 1). Ist der Text nicht ohne Weiteres klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, historische und teleologische) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden; dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Im Sinne eines pragmatischen Methodenpluralismus ist es abzulehnen, einzelne Auslegungsmethoden einer hierarchischen Prioritätenordnung zu unterstellen (vgl. BGE 131 III 33 E. 2 und BGE 130 II 202 E. 5.1).

Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiert. Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen – wie dem vorliegenden – muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden. Dabei ist eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, wegen der erst vor kurzer Zeit in Kraft getretenen Stromversorgungsgesetzgebung kaum möglich. Es gilt somit insgesamt, die mit den Normen verbundenen Zweckvorstellungen (ratio legis) zu ermitteln (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-2812/2010 vom 11. Februar 2013 E. 5.3 und A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 9.3.1).

9.

Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG delegiert an den Bundesrat die Befugnis, die Grundlagen zur einheitlichen und verursachergerechten Überwälzung der Kosten sowie der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen festzulegen.

9.1 Mit der "Überwälzung" von Kosten ist vom Wortlaut her deren Weitergabe an eine andere Person zu verstehen. Sie setzt daher im Anwendungsbereich von Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG begriffsnotwendig voraus, dass die Netzkosten zuerst einem Akteur auf dem Strommarkt angelastet werden und von diesem anschliessend einem Dritten weiterverrechnet werden können. Individuell in Rechnung gestellte Kosten werden dagegen von Anfang an dem jeweiligen Kostenträger auferlegt. Dieses Verständnis deckt sich auch mit der italienischen Fassung von Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG, in welcher von "traslazione" (deutsch: Übertragung) die Rede ist, während der französische Text wenig aussagekräftig von "répercussion" (deutsch: Auswirkung) spricht.

9.2 Gemäss den Gesetzesmaterialien (vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005 1654) hat der Bundesrat nach Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG die Grundlagen zur einheitlichen und verursachergerechten Überwälzung der Kosten sowie der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen auf die verschiedenen Spannungsebenen zu erarbeiten, "soweit eine direkte Zuordnung auf die Netznutzer (d.h. nach Art. 14 Abs. 3 Bst. d individuell den Netznutzern in Rechnung gestellte Kosten) nicht möglich ist". Die Ausführungen des historischen Gesetzgebers lassen demnach darauf schliessen, dass er mit dieser Bestimmung die Kosten, welche einem Netznutzer (zu dessen Definition vgl. E. 10.2) direkt angelastet werden (können), gerade nicht erfassen wollte.

9.3 Auch eine systematische Auslegung von Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG führt zu keinem anderen Ergebnis: Art. 15 StromVG trägt den Titel "Anrechenbare Netzkosten". Unter die anrechenbaren Netz- bzw. Betriebskosten, welche Bestandteil des Netznutzungsentgeltes bilden (vgl. E. 4), fallen nur die allgemeinen, nicht aber die individuellen SDL (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-2812/2010 vom 11. Februar 2013 E. 5.4.3 sowie A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 9.2 in fine). Handelt es sich mithin – wie bei den vorliegend im Streite stehenden Kosten der Leistungsvorhaltung für die Tertiärregelung nach Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV – um individuelle SDL-Kosten (vgl. E. 6.3), können diese von der Delegationsnorm gemäss Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG

gar nicht erfasst werden. Ohnehin schliesst Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG die individuell in Rechnung gestellten Kosten von der Berechnung des Netznutzungstarifes ausdrücklich aus; sie können daher keine "anrechenbare Netzkosten" und – als Folge davon – keine "Kosten" im Sinne von Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG sein.

9.4 Aus dem Konzept des StromVG ergibt sich, dass unter der Überwälzung im Sinne von Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG in Bezug auf die nicht individuell anrechenbaren Kosten lediglich eine Weiterverrechnung der Kosten, die der Beschwerdegegnerin entstanden sind, über die Verteilnetzbetreiber auf die Endverbraucher zu verstehen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 9.3.5). Im Glossar Strommarkt, S. 14, wird die Kostenwälzung denn auch als Methode für die Zuweisung der Netzkosten auf einen der beiden Kostenträger "Endverbraucher einer Netzebene" oder "nachgelagerte Netzebene" in Abhängigkeit der jeweiligen Energie- und Leistungswerte definiert. Sinn und Zweck von Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG besteht mit anderen Worten darin, den Bundesrat zu ermächtigen, den im StromVG verankerten Grundsatz der Weitergabe der Netzkosten über die verschiedenen Spannungsebenen auf den Endverbraucher als letztlich Zahlungspflichtigen (vgl. sogleich E. 10 ff.) auf Verordnungsebene umzusetzen und zu konkretisieren. Davon nicht erfasst sind die individuell in Rechnung gestellten Kosten, welche den jeweiligen Zahlstellen – ohne dass eine anschließende Überwälzung auf Dritte gesetzlich vorgesehen wäre – direkt angelastet werden.

9.5 Als Zwischenfazit ist demnach festzuhalten, dass die in Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV gegenüber den Bilanzgruppen vorgesehene individuelle Rechnungsstellung von Kosten der Leistungsvorhaltung für die Tertiärregelung in Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG keine hinreichende (formell-) gesetzliche Grundlage findet.

10.

Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG sieht vor, dass bei der Festlegung der Netznutzungstarife individuell in Rechnung gestellte Kosten auszuschliessen sind. In einem nächsten Schritt ist nun zu untersuchen, ob allenfalls gestützt auf diese Gesetzesbestimmung eine direkte Kostenanlastung auf Bilanzgruppen zulässig ist.

10.1 Die in Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG gewählte Formulierung ist sehr unbestimmt gehalten und lässt offen, wer genau die "individuell in Rech-

nung gestellten Kosten" zu tragen hat und welche Kosten darunter fallen. Auch die französische ("les tarifs d'utilisation du réseau doivent exclure les coûts facturés individuellement") und die italienische Fassung des Gesetzestextes ("i tariffari non devono includere costi fatturati individualmente") tragen nicht zur Klärung bei.

10.2 Gemäss den Gesetzesmaterialien soll Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG präzisieren, dass bereits *den Netznutzern* in Rechnung gestellte Kosten nicht Teil des Netznutzungstarifs sind (Botschaft StromVG, BBl 2005 1652). Im Glossar Strommarkt, S. 18, wird "Netznutzer" definiert als "Akteur, der Elektrizität in das Übertragungsnetz oder das Verteilnetz einspeist oder daraus entnimmt". Diese Begriffsbestimmung lässt darauf schliessen, dass der historische Gesetzgeber – entgegen seiner ursprünglichen Absicht (vgl. Art. 12 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 des Vernehmlassungsentwurfes des StromVG vom 30. Juni 2004 [VEStromVG], wonach über individuelle Netzkosten- und Netzanschlussbeiträge *der Endverbraucher* finanzierte Vermögenswerte bei der Berechnung des Netznutzungsentgeltes auszunehmen sind) – gewisse Netzkosten sowohl den Endverbrauchern als Ausspeiser (vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG; siehe auch Balancing Concept Schweiz, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz [Hrsg: Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE)], BC-CH, Ausgabe 2012 [BC-CH 2012], Ziff. 3.3.9, sowie Marktmodell für die elektrische Energie – Schweiz, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz [Hrsg: VSE], MMEE-CH, Ausgabe 2011 [MMEE-CH 2011], Ziff. 4.2.3.3, jeweils abrufbar unter www.strom.ch) als auch den Produzenten, mithin den Kraftwerksbetreibern, als Einspeiser (vgl. Glossar Strommarkt, S. 19 und S. 11; siehe auch BC-CH 2012, Ziff. 3.3.6, sowie MMEE-CH 2011, Ziff. 4.2.3.1) direkt in Rechnung stellen wollte. Die Bilanzgruppen (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. e StromVG sowie E. 1.2.2 hiervor) bzw. deren jeweiliger BGV, welcher gegenüber der Beschwerdegegnerin lediglich für die ständige Ausgeglichenheit der Leistungsbilanz in der von ihm geführten Bilanzgruppe und die ordnungsgemässe Fahrplanabwicklung verantwortlich ist (vgl. BC-CH 2012, Ziff. 3.3.3), waren hingegen offenbar nicht als Zahlungspflichtige vorgesehen.

Zusätzlich führt die Botschaft StromVG (BBl 2005 1652) als Beispiele für individuell angerechnete Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG die Kosten für den Netzanschluss und die Netzverstärkungen von Liegenschaftseigentümern sowie unabhängigen Produzenten und die Kosten für bestimmte SDL, welche von den Netzbetreibern für unabhängige Erzeuger bzw. Einspeiser erbracht werden, an. Dies lässt zwar den

Schluss zu, dass die Kosten für gewisse SDL den Produzenten individuell angelastet werden können; von einer individuellen Rechnungsstellung an Bilanzgruppen (wie in Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV vorgesehen und von der Vorinstanz in Dispositivziffer 8 der angefochtenen Verfügung angeordnet) ist aber auch hier nicht die Rede.

10.3 In Art. 14 Abs. 2 StromVG wird als Grundsatz festgehalten, dass das Netznutzungsentgelt von den *Endverbrauchern* je Ausspeisepunkt zu entrichten ist. Zahlungspflichtige des Netznutzungsentgeltes sind demnach – vorbehältlich der individuell angerechneten Kosten gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG – grundsätzlich die stromverbrauchenden Endverbraucher (vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005 1652; Art. 9 StromVV; MMEE-CH 2011, Ziff. 4.1.1; anders noch Art. 12 Abs. 4 VESTromVG, welcher allgemeiner den Netznutzer als Kostenpflichtiger einführen wollte). Andere Kostenträger werden im (hier interessierenden) "3. Kapitel: Netznutzung, 2. Abschnitt: Netzzugang und Netznutzungsentgelt" des StromVG nicht aufgeführt. Wohl sieht das StromVG von seiner Grundkonzeption her vor, dass die Verteilnetzbetreiber (zumindest vorübergehend) die Kosten für die (allgemeinen) SDL zu bezahlen haben. Eine solche Kostenanlastung steht jedoch nicht im Widerspruch zum Ausspeiseprinzip gemäss Art. 14 Abs. 2 StromVG, können doch diese Kosten anschliessend von ihnen auf die unteren Spannungsebenen und letztlich auf die Endverbraucher überwältzt werden (vgl. bereits E. 9.4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 9.3.5 in fine).

10.4 Bei den individuell in Rechnung gestellten Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG kann es sich nur um solche Kosten handeln, die einem bestimmten Akteur eindeutig zugeordnet werden können. Die individuellen Kosten sollen demnach demjenigen Akteur, der sie verursacht hat, jeweils direkt in Rechnung gestellt werden. Der Zweck dieser Bestimmung erschöpft sich folglich darin, zu verhindern, dass die Kosten zweimal – einmal individuell und einmal pauschal über das Netznutzungsentgelt – berechnet werden (Botschaft StromVG, BBl 2005 1652; ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, § 4 Rz. 62; Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-2812/2010 vom 11. Februar 2013 E. 5.4.2.1 sowie A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 9.2).

10.5 Eine Auslegung von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG ergibt somit, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung zwar eine individuelle Anlastung von Netzkosten auf gewisse Akteure des Strommarktes vorgesehen, den

Kreis der davon Betroffenen jedoch im StromVG nicht umschrieben und insbesondere die Bilanzgruppen bzw. ihre BGV nicht als Kostenträger bezeichnet hat. Der Bundesrat hat mithin in Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV mit den Bilanzgruppen eine neue Kategorie von Zahlungspflichtigen eingeführt, welche (etwa im Gegensatz zu den Endverbrauchern) auf Gesetzesstufe so nicht vorgesehen ist. Da es sich beim Kreis der Kostenpflichtigen um eine wichtige rechtsetzende Bestimmung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV handelt (vgl. E. 3.1.1), wäre dieser aber zwingend und abschliessend in einem Gesetz im formellen Sinn zu bestimmen. Ob dabei die konkrete Umsetzung auf Stufe Kanton oder Gemeinde (vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005 1618), im StromVG oder in einem anderen Bundesgesetz zu erfolgen hätte, kann an dieser Stelle offen gelassen werden (vgl. dazu auch BGE 138 I 454 E. 3.6.5).

10.6 Bei diesem Ergebnis kann im Übrigen auch dahingestellt bleiben, ob – wie das Bundesverwaltungsgericht in einem Obiter dictum (vgl. Urteil A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 10.2) bejahend festgehalten hat – den Kraftwerksbetreibern aufgrund von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG individuell Kosten angelastet werden können. Denn für das vorliegende Verfahren ist einzig entscheidend, dass gegenüber *den Bilanzgruppen* (vgl. den Wortlaut in Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV sowie in der angefochtenen Dispositivziffer 8) keine individuelle Rechnungsstellung von Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung erfolgen kann. Daran ändert nichts, dass diese Kosten von ihnen bzw. vom BGV de facto den Produzenten, welche der entsprechenden Bilanzgruppe angehören, weiterverrechnet werden dürften (vgl. E. 1.2.2).

11.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV weder in Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG noch in Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG eine genügende formell-gesetzliche Grundlage findet und gegen Art. 164 Abs. 1 BV verstösst, mit anderen Worten verfassungs- und gesetzeswidrig ist (betreffend Art. 15 Abs. 1 Bst. a StromVV ausdrücklich noch offen gelassen: Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-2812/2010 vom 11. Februar 2013 E. 5.6). Bei diesem Ergebnis ist auf die Einwände der Beschwerdeführerin betreffend die konkrete Anwendung von Art. 15 Abs. 1 Bst. b StromVV nicht weiter einzugehen.

12.

Ungeachtet vorstehender Ausführungen ist noch auf Folgendes hinzuweisen:

12.1 Die Vorinstanz hat mit Dispositivziffer 8 der angefochtenen Verfügung die Beschwerdegegnerin angewiesen, den Bilanzgruppen, welchen die Kernkraftwerke Gösgen und Leibstadt zugeordnet sind, die Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung im Umfang der während der Revision der genannten Kraftwerke vorzunehmenden Reduktion der Leistungsvorhaltung in Rechnung zu stellen. Begründet wird die Beschränkung auf die Bilanzgruppen der beiden besagten Kraftwerke damit, dass die Beschwerdegegnerin nur während deren Revision tatsächlich eine Reduktion der vorgehaltenen Menge positiver Tertiärregelleistung vornehme bzw. vorgenommen habe. Die Kernkraftwerke Gösgen und Leibstadt stellten denn aufgrund ihrer vergleichsweise grossen Leistung auch ein Sonderfall dar: Werde bei der Berechnung der notwendigen Gesamtregelleistung nämlich eines dieser beiden Kraftwerke bzw. dessen Ausfallwahrscheinlichkeit vernachlässigt, resultiere ein deutlich geringerer Bedarf an Leistungsvorhaltung.

12.2 Die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) als Gebot sachgerechter Differenzierung verbietet den rechtsanwenden Behörden, zwei tatsächlich gleiche Situationen ohne sachlichen Grund rechtlich unterschiedlich zu behandeln (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 23 Rz. 11). Die Vorinstanz hat eine individuelle Kostenanlastung auf andere Bilanzgruppen als auf diejenigen, welchen die Beschwerdeführerin und das Kernkraftwerk Gösgen angehören, offenbar einzig deshalb nicht verfügt, weil die Beschwerdegegnerin bei der Revision anderer Kraftwerke resp. der vorübergehenden Ausserbetriebnahme grosser Endverbraucher keine Reduktion der Vorhaltemenge vornimmt bzw. vorgenommen hat, so dass bei diesen eine eindeutige Zuordnung ihres Anteils an der Leistungsvorhaltung nicht möglich ist. Die fehlende Ermittlung des durch die Stilllegung anderer Kraftwerke bzw. grosser Endverbraucher möglichen Reduktionspotentials bei der vorgehaltenen Menge positiver Tertiärregelleistung stellt jedoch kein hinreichender sachlicher Grund für eine Benachteiligung der beiden ins Recht gefassten Bilanzgruppen gegenüber den anderen Bilanzgruppen dar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sämtliche Kraftwerke in der Regelzone Schweiz ausfallen können und alle Grossverbraucher unvorhergesehene Laständerungen verursachen, mithin den Abruf von Tertiärregelleistung bewirken können. Eine rechtsgleiche Behandlung sämtlicher Bilanzgruppen würde daher voraussetzen, dass – wenn überhaupt (vgl. E. 9 ff.) – ihnen allen die Kosten der Leistungsvorhaltung für positive Tertiärregelung anteilmässig und verursachergerecht angelastet werden. Ist eine individuelle Zuordnung der Anteile an der ins-

gesamt vorgehaltenen Menge je Bilanzgruppe jedoch nicht möglich, ist darauf gänzlich zu verzichten. Auch aus diesem Grund ist die angefochtene Dispositivziffer 8 mit Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben.

13.

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde folglich gutzuheissen und Ziff. 8 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung – soweit die Beschwerdeführerin betreffend – aufzuheben.

14.

Bei diesem Verfahrensausgang gelten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin als im Hauptpunkt obsiegend, so dass ihnen grundsätzlich keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG e contrario). Die Beschwerdeführerin hat allerdings Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 1'000.- für den Erlass der Zwischenverfügung vom 21. Februar 2011, mit welcher ihrem Antrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht entsprochen wurde, zu tragen. Die Vorinstanz hat trotz ihres Unterliegens im Hauptpunkt keine Verfahrenskosten zu entrichten (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

15.

Obsiegende Parteien erhalten eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE).

15.1 Da die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht hat, ist die ihr zustehende Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE): Es wurde ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt und die Einarbeitung in die Thematik des vorliegenden Beschwerdeverfahrens erforderte einen gewissen zeitlichen Aufwand. Die Argumente in den Rechtsschriften wiederholen sich jedoch teilweise. Zudem wurde der Antrag der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 21. Februar 2011 abgewiesen. Hinzu kommt, dass gestützt auf die aufzuhebende Dispositivziffer 8 der angefochtenen Verfügung künftig sicherlich Vermögensinteressen der Beschwerdeführerin berührt gewesen wären, es vorliegend jedoch um die Grundsatzfrage ging, ob die Belastung der Bilanzgruppe, welcher die Beschwerdeführerin an-

gehört, mit Kosten für die Vorhaltung von positiver Tertiärregelleistung an sich rechtmässig ist und nicht bereits um eine konkrete ziffernmässige Belastung. Daher handelt es sich nicht um eine typische Streitigkeit mit Vermögensinteressen bzw. mit exaktem Streitwert (vgl. Art. 10 Abs. 3 VGKE). Es erscheint mithin angemessen, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 30'000.- (inkl. Auslagen und MwSt.) zuzusprechen. Diese Entschädigung ist ihr in Anwendung von Art. 64 Abs. 2 VwVG nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils durch die Vorinstanz zu entrichten.

15.2 Der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin sind keine verhältnismässig hohen Kosten entstanden, hat sie doch lediglich die Beschwerdeschrift aus dem von ihr selber beim Bundesverwaltungsgericht angehobenen Beschwerdeverfahren als Beschwerdeantwort eingereicht. Es ist daher von der Zusprechung einer Parteientschädigung abzusehen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und Dispositivziffer 8 der Verfügung der ElCom vom 11. November 2010 in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben.

2.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 1'000.- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 15'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 14'000.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Post- oder Bankverbindung anzugeben.

3.

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 30'000.- (inkl. Auslagen und MwSt.) zugesprochen. Diesen Betrag hat ihr die Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auszurichten.

4.

Der Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 952-10-017; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich

Lars Birgelen

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: