



Abteilung I
A-2607/2009
{T 1/2}

Urteil vom 8. Juli 2010

Besetzung

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

Parteien

Gommerkraftwerke AG, Michelhaus, Postfach 37,
3995 Ernen,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Borer,
Löwenstrasse 19, Postfach 1876, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

und

Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kosten und Tarife 2009 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 (ECom) 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 ECom eingereicht.

C.

In der Folge legte die ECom mit Verfügung vom 6. März 2009 insbesondere die Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1 (Dispositiv-Ziff. 1), für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL) für Netzbetreiber und direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Endverbraucher (Dispositiv-Ziff. 2) und für allgemeine SDL für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW (Dispositiv-Ziff. 3) neu fest. In Ziff. 13 des Dispositivs erhob die ECom für den Erlass der Verfügung Gebühren von insgesamt Fr. 278'991.--. Davon wurden gemäss einer detaillierten Liste Fr. 195'294.-- den Übertragungsnetzeigentümern belastet, worunter Fr. 37.-- der Gommerkraftwerke AG. Für Beträge unter 100 Franken verzichtete die ECom indes auf die Erhebung der Gebühren. 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 Gommerkraftwerke AG (Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Aufhebung der Ziff. 2, 3 und 13 des Dispositivs der Verfügung der ECom vom 6. März 2009. Zur Begründung führt sie insbesondere aus, die Verfügung der ECom leide an gravierenden Verfahrensmängeln. Der über weite Strecken allgemein gehaltenen und mit Schwärzungen versehenen Verfügung sei nicht zu entnehmen,

welche Teile auf die Beschwerdeführerin Anwendung finden würden. Auch sei nicht ersichtlich, ob und inwiefern sich die Behörde mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt habe. Damit habe die EICom den Anspruch auf Erlass einer konkreten Verfügung und die Begründungspflicht verletzt. Weiter habe die EICom die Untersuchungsmaxime verletzt. Sie wäre verpflichtet gewesen, der Beschwerdeführerin klar darzulegen, wie sie ihre Mitwirkungspflichten zu erfüllen habe. Die EICom stütze sich auf Gutachten, die nicht gemäss den Regeln des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zu Stande gekommen seien und sie habe der Beschwerdeführerin eine zu kurze Frist für die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf angesetzt. Auch der Verzicht auf die Ansetzung eines zweiten Schriftenwechsels verletze den Anspruch auf rechtliches Gehör. In materieller Hinsicht bringt die Beschwerdeführerin vor, Art. 31*b* Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) sei gesetz- und verfassungswidrig und könne folglich nicht als Grundlage für eine Belastung der Kraftwerke mit Kosten für SDL herangezogen werden. Schliesslich habe die EICom der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten auferlegt, obwohl diese nicht Verfügungsadressatin sei.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 18. Juni 2009 beantragt die EICom (Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde. Indem die Beschwerdeführerin zum Verfügungsentwurf habe Stellung nehmen können, sei ihr das rechtliche Gehör, insbesondere auch betreffend die Gutachten, hinreichend gewährt worden. Die Verfügung sei unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in einer einheitlichen Fassung für alle Parteien mit möglichst wenigen Abdeckungen ergangen. Zudem entspreche auch die Begründungsdichte den Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesgerichts.

F.

Mit Replik vom 7. September 2009 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Weiterhin bringt sie vor, die Vorinstanz habe die Verfahrensrechte der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den Gutachten missachtet. Zudem sei ihr aufgrund der geschwärzten Stellen in der Verfügung das Akteneinsichtsrecht unzureichend gewährt worden. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz seien widerstreitende Interessen im Sinne von Art. 31 VwVG gegeben. Auch der Erlass einer sog. Standardverfügung, mit Vermengung der Begründung

für unterschiedliche Sachverhalte, entspreche nicht der Begründungspflicht gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG.

G.

In ihrer Duplik vom 19. Oktober 2009 betont die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführerin durch die geschwärzten Stellen in der Verfügung und in den Akten kein Nachteil erwachsen sei.

H.

Mit Verfügung vom 19. Februar 2010 bezieht das Bundesverwaltungsgericht die swissgrid als Beschwerdegegnerin ins Verfahren ein und gibt ihr Gelegenheit, die Akten einzusehen und eine allfällige Stellungnahme einzureichen.

I.

Die swissgrid hält in ihrer Stellungnahme vom 19. April 2010 fest, die Mehrheit der Beschwerdeführenden in diesem bzw. in den anderen Verfahren bringe im Wesentlichen gleiche oder ähnliche Rügen vor, wobei diese in weiten Teilen auch den Einwänden entsprächen, welche sie selbst in ihrer eigenen Beschwerde gegen die Verfügung der EICom vom 6. März 2009 vorgebracht habe.

J.

Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheid-relevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Die EICom 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 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7]).

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 hat als beteiligte Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Betreiberin des Kraftwerkes Fieschertal – einem Kraftwerk mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW (vgl. Art. 31b Abs. 2 StromVV und Anhang 2 der angefochtenen Verfügung) – von der Verfügung besonders betroffen. Sie ist damit zur Beschwerde legitimiert.

3.

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist aus diesen Gründen grundsätzlich einzutreten.

Anzufügen ist an dieser Stelle, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 22. April 2009 lediglich die Ziff. 2, 3 und 13 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009 angefochten hat. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit die Überprüfung des Tarifs 2009 für allgemeine SDL und die Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten. Nicht Streitgegenstand bilden dagegen die Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1 (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.8).

4.

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 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 Entscheides. 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; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.155).

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin rügt vorab die Verletzung diverser Verfahrensrechte, insbesondere die Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Die Vorinstanz habe ihr eine zu kurze Frist für die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf angesetzt. Zudem stütze sich die Verfügung auf nicht zugängliche Fakten (Geschäftsgeheimnisse, Schwärzungen) und sei deshalb nicht nachvollziehbar. Es sei unklar, welche Teile der Standardverfügung auf die Beschwerdeführerin zutreffen würden. Die Verhältnisse seien mit 39 Übertragungsnetzeigentümern überschaubar, weshalb es sich um kein eigentliches Massenverfahren handle. Weiter habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör durch die Nichtansetzung eines zweiten Schriftenwechsels verletzt. Es hätten sich diverse Divergenzen bei den Stellungnahmen der verschiedenen Verfahrensbeteiligten ergeben, so dass von widerstreitenden Interessen im Sinne von Art. 31 VwVG auszugehen sei.

5.2 Die Vorinstanz hält dagegen, sie habe gewisse Angaben in den Akten zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen abgedeckt. Zu beachten sei zudem, dass es sich um eine aussergewöhnliche Situation handle. Sie überprüfe in Ausübung ihres gesetzlichen Auftrags Kostenelemente, die regelmässig als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren seien. Weiter sei die Zahl der Betroffenen mit Parteistellung ausgesprochen hoch. Mit Blick auf die Einheit der Materie und das Beschleunigungsgebot sei ein einziges Verfahren zu führen gewesen. Es handle sich um eine Überprüfung des individuellen Verhaltens der Beschwerdeführerin im Rahmen des Vollzugs der Stromgesetzgebung. Die Überprüfung der Gesetz-

mässigkeit sei unabhängig von den Vorbringen der anderen Parteien zur individuellen Situation der Beschwerdeführerin erfolgt. Alleine aus der Tatsache, dass es sich um ein Mehrparteienverfahren handle, würden sich keine widerstreitenden Interessen im Sinne von Art. 31 VwVG ableiten lassen. Indem sie der Beschwerdeführerin die Möglichkeit gegeben habe, zum Verfügungsentwurf Stellung zu nehmen, habe sie ihr das rechtliche Gehör gewährt.

5.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher als selbständiges Grundrecht in der Bundesverfassung verankert ist (Art. 29 Abs. 2 BV) und sich für das Bundesverwaltungsverfahren aus den Art. 29 ff. VwVG ergibt, umfasst unter anderem das Recht der Parteien auf vorgängige Anhörung und Äusserung (Art. 30 Abs. 1 VwVG) sowie das Recht, dass die verfügende Behörde von diesen Äusserungen auch Kenntnis nimmt, sich damit auseinandersetzt (Art. 32 VwVG) und ihre Verfügung begründet (Art. 35 Abs. 1 VwVG). In einer Sache mit widerstreitenden Interessen mehrerer Parteien hört die Behörde jede Partei zu Vorbringen einer Gegenpartei an, die erheblich erscheinen und nicht ausschliesslich zugunsten der anderen lauten (Art. 31 VwVG).

5.3.1 Parteien mit widerstreitenden Interessen sind gegeben, wenn sie gegensätzliche Prozessanträge stellen. "Gegenparteien-Verhältnisse" liegen typischerweise bei bewilligungspflichtigen Vorhaben vor, bei denen Dritte (Einwendende, Einsprechende) schutzwürdige Interessen an der Verweigerung der Bewilligung haben. Kein "Gegenparteien-Verhältnis" besteht zwischen den einzelnen Einwendenden bzw. Einsprechenden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4010/2007 vom 27. Oktober 2008 E. 3.2.2; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Praxiskommentar zum VwVG], WALDMANN/WEISSENBERGER [Hrsg.], Zürich 2009, N. 7 ff. zu Art. 31). Grundsätzlich genügt es, wenn die Behörde einen einmaligen Schriftenwechsel durchführt. Analog zu Art. 57 Abs. 2 VwVG kann sie indes auch beim nichtstreitigen Verfahren – aufgrund der Untersuchungsmaxime – einen zweiten Schriftenwechsel anordnen. Offengelassen hat das Bundesgericht bislang, ob den Parteien, wie im Beschwerdeverfahren, auch im nichtstreitigen Verfahren ein in Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) gründendes Replikrecht zusteht (BGE 133 I 98 E. 2.1; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar zum VwVG, N. 21 f. zu Art. 31).

5.3.2 Behördlich angesetzte Fristen müssen angemessen, d.h. so bemessen sein, dass eine gehörige Wahrnehmung des Äusserungsrechts effektiv möglich ist. Einerseits ist bei der Festlegung der Fristen der Komplexität der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen ebenso Rechnung zu tragen wie dem Aktenumfang, andererseits müssen auch Interessen der Verfahrensökonomie und der Verfahrensbeschleunigung berücksichtigt werden (BGE 133 V 196 E. 1.2; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar zum VwVG, N. 45 zu Art. 30).

5.3.3 Welchen Anforderungen eine Begründung im Einzelnen zu genügen hat, definiert Art. 35 VwVG nicht näher und lässt sich auch nicht in allgemeiner, abstrakter Weise bestimmen. Die Anforderungen sind unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sowie der Interessen der Betroffenen festzulegen. Die Begründung muss jedenfalls so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid sachgerecht anfechten können. Dies ist nur möglich, wenn sich die Parteien über dessen Tragweite ein Bild machen können. Die Gerichtspraxis verlangt nicht, dass sich eine verfügende Behörde ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzt. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Erforderlich ist aber stets eine Auseinandersetzung mit dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt. Erwägungen allgemeiner Art ohne Bezugnahme auf den Einzelfall genügen nicht. Im konkreten Fall sind jeweils insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen: Eingriffsschwere, Stellung der verfügenden Behörde innerhalb des Instanzenzugs, Komplexität, Entscheidungsspielräume der Behörde, gesellschaftliche Relevanz, Vorbringen der Verfahrensbeteiligten, Geheimhaltungsinteressen, gewisse Richtigkeitsvermutung und Massenverwaltung (BGE 134 I 83 E. 4.1, BGE 133 III 439 E. 3.3; LORENZ KNEUBÜHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Kommentar VwVG], AUER/MÜLLER/SCHINDLER [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 6 ff. zu Art. 35 mit weiteren Hinweisen).

5.3.4 Gemäss Art. 27 Abs. 1 VwVG darf die Einsichtnahme in Akten unter anderem dann verweigert werden, wenn Interessen an einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung oder wesentliche private Interessen die Geheimhaltung erfordern. Zu den privaten Interessen zählen namentlich Geschäftsgeheimnisse von Gegenparteien oder Dritten (Konkurrenten; vgl. auch Art. 26 Abs. 2 StromVG). Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nach Art. 27

Abs. 2 VwVG nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen. Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses gemäss Art. 28 VwVG zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (vgl. STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar VwVG, Rz. 30 zu Art. 27; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Praxiskommentar zum VwVG, N. 35 zu Art. 27; Urteil des Bundesgerichts 2A.651/2005 vom 21. November 2006 E. 2.5).

5.4 Der Vorinstanz ist zu folgen, wenn sie davon ausgeht, dass unter den übrigen beteiligten Parteien keine widerstreitenden Interessen im Sinne von Art. 31 VwVG gegeben sind. Die Vorinstanz prüfte im vorliegenden Verfahren die Kosten und Tarife für die Netznutzung der Netzebene 1 und der SDL (Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG) und damit die anrechenbaren Netzkosten gemäss Art. 15 StromVG. Um ihrem gesetzlichen Auftrag nachzukommen, war die Vorinstanz auf Angaben der Beschwerdegegnerin und der Übertragungsnetzeigentümer angewiesen. Da auch die Netzbetreiber und die Betreiber von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW von der angefochtenen Verfügung betroffen sind (Art. 31b StromVV, Belastung mit SDL-Kosten), wurden sie ebenfalls als Parteien ins Verfahren einbezogen. Die Vorinstanz überprüfte jedoch jeweils individuell und unabhängig von den Vorbringen der andern Verfahrensbeteiligten die von den einzelnen Parteien angegebenen Kosten. Die übrigen beteiligten Parteien stehen sich denn auch nicht wie Gegner im Verfahren gegenüber, sondern vertreten mehrheitlich die gleichen Standpunkte bzw. Interessen.

Die von der Beschwerdeführerin angeführten Divergenzen in den Stellungnahmen der andern Verfahrensbeteiligten beziehen sich zudem auf die rechtliche Argumentation (z.B. Anwendung der rechtlichen Bestimmungen über die Verwendung der Auktionserlöse, rechtliche Behandlung von privatrechtlich organisierten oder öffentlichen Übertragungsnetzeigentümern). Den Parteien steht aber unter dem Titel des gegenseitigen Anhörungsrechts kein Anspruch zu, zum rechtlichen Standpunkt der Gegenpartei Stellung nehmen zu können. Den Parteien erwächst weder aus dem VwVG noch aus den verfassungsrechtlichen Minimalgarantien ein allgemeiner Anspruch auf vorgängige

Anhörung zu Fragen der Rechtsanwendung (BGE 114 Ia 97 E. 2a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6374/2006 vom 11. Februar 2008 E. 3.3; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar zum VwVG, N. 13 zu Art. 31 und N. 19 zu Art. 30).

Zudem war die Vorinstanz gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht verpflichtet, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen (BGE 133 I 98 E. 2.1).

5.5 Die Vorinstanz setzte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15. Januar 2009 Frist bis am 30. Januar 2009, um zum Verfügungsentwurf Stellung zu nehmen. Im selben Schreiben kündigte sie an, diese Frist könne nur einmal um eine Woche erstreckt werden. Weiter hatte die Beschwerdeführerin entsprechend dem Schreiben der Vorinstanz vom 2. Februar 2009 Gelegenheit, sich vom 3. Februar bis zum 6. Februar 2009 zur Stellungnahme des Preisüberwachers zu äussern. Mit Schreiben vom 13. Februar 2009 wurde der Beschwerdeführerin schliesslich eine letzte Frist bis zum 20. Februar 2009 zur Nachreichung von Unterlagen bzw. zur Präzisierung der Stellungnahme gewährt. Die Beschwerdeführerin hatte somit – die Nachfrist eingerechnet – insgesamt fünf bzw. zweieinhalb Wochen Zeit, um sich zum Verfügungsentwurf bzw. zur Stellungnahme des Preisüberwachers zu äussern. Zu prüfen ist nachfolgend, ob diese Fristen im konkreten Fall angemessen waren.

Die Akten, in die die Beschwerdeführerin Einsicht nehmen konnte, waren zwar von einem gewissen Umfang und die sich stellenden Rechtsfragen als eher schwierig zu qualifizieren. Der Umfang der Akten ist jedoch zu relativieren. Für die Wahrung ihrer Interessen war es für die Beschwerdeführerin nicht notwendig, alle Stellungnahmen der übrigen Verfahrensbeteiligten zu analysieren. So vertraten die einzelnen Kraftwerke – wie bereits in vorstehender Erwägung erwähnt – jeweils weitgehend dieselben Interessen wie die Beschwerdeführerin. Weiter ist zu berücksichtigen, dass bereits ein Verfügungsentwurf existierte, welchen die Vorinstanz zudem anlässlich einer Informationsveranstaltung am 15. Januar 2009 präsentierte. Das Vorliegen eines Verfügungsentwurfes erleichterte der Beschwerdeführerin die Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt bzw. der beabsichtigten rechtlichen Würdigung der Vorinstanz erheblich. Sie konnte deshalb rascher das für sie Wesentliche vom für sie Unwesentlichen unterscheiden und war aufgrund der im Verfügungsentwurf zum

Teil schon existierenden Verweise auf die Aktennummern in der Lage, schneller festzustellen, welche Akten für sie von Interesse sein könnten. Die Beschwerdeführerin konnte zudem von der beabsichtigten Begründung der Vorinstanz Kenntnis nehmen, obwohl ihr ein solcher Anspruch nicht zusteht (BGE 132 II 257 E. 4.2; vgl. auch vorne E. 5.4). Weiter ist das Interesse an der Verfahrensbeschleunigung hoch zu gewichten. Damit die Netzbetreiber auf den unteren Ebenen, welche ihre Tarife 2009 gemäss Art. 31c Abs. 2 StromVV bis spätestens zum 1. April 2009 veröffentlichen mussten, genügend Zeit hatten, ihre Tarife zu berechnen, war es – wie die Vorinstanz ausführt – wichtig, dass die Tarife der Netzebene 1 frühzeitig bekannt waren. Schliesslich kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, die Frist zur Stellungnahme zu spät angesetzt zu haben. Unter Berücksichtigung der Komplexität des am 26. Juni 2008 eröffneten Überprüfungsverfahrens in formeller und materieller Hinsicht erscheint es als nicht unangemessen, wenn der Verfügungsentwurf erst anfangs 2009 vorlag.

Insgesamt erscheinen die von der Vorinstanz angesetzten Fristen als den Umständen angemessen und es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ihr Äusserungsrecht ausreichend wahrnehmen konnte. Dies bestätigt sich auch insofern, als die Beschwerdeführerin von der ihr angesetzten Nachfrist zur ergänzenden Stellungnahme gar nicht Gebrauch machte.

5.6 Der Erlass einer einzigen Verfügung für alle Verfahrensparteien erscheint angesichts der Tatsache, dass die Vorinstanz zur Überprüfung der Tarife der Netzebene 1 die anrechenbaren Kosten aller Übertragungsnetzeigentümer berücksichtigen musste, als geboten. Aus den Erwägungen der Verfügung vom 6. März 2009 geht zudem hervor, dass sich die Vorinstanz mit den konkreten Einzelfällen und den Einwänden der beteiligten Parteien eingehend auseinandergesetzt hat. Zwar ist zum Teil nicht erkennbar, welche konkrete Partei welche Rüge vorgebracht hat. Entscheidend ist jedoch, dass die Vorinstanz die wesentlichen Vorbringen der Parteien behandelt hat. Es ist für die jeweilige Partei denn auch nicht weiter schwer festzustellen, ob ihre Vorbringen berücksichtigt wurden oder nicht. So rügte die Beschwerdeführerin beispielsweise bereits im vorinstanzlichen Verfahren, die Frist zur Stellungnahme zum Verfügungsentwurf sei zu kurz angesetzt und Art. 31b StromVV sei gesetzwidrig. Allein ein Blick in das Inhaltsverzeichnis der Verfügung musste der Beschwerdeführerin ge-

nügen, um zu sehen, dass sich die Vorinstanz mit diesen Einwänden auseinandergesetzt hat (vgl. Ziff. 2.2.3 und 4.3.4.4.1 der Verfügung). Es ist somit nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführerin durch den Erlass einer einheitlichen Verfügung für alle Verfahrensbeteiligten ein Nachteil entstanden sein sollte. Sie war denn auch durchaus in der Lage, diese sachgerecht anzufechten.

Der Erlass einer einzigen Verfügung für alle Verfahrensparteien verletzt demnach den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör nicht.

5.7 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Begründung der Vorinstanz sei nicht nachvollziehbar.

Die Vorinstanz stellte den Übertragungsnetzeigentümern zusammen mit der Verfügung einen individualisierten Anhang mit ihren anrechenbaren Kosten zu. So konnte auch die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Übertragungsnetzeigentümerin Einsicht in die für sie massgebenden Anpassungen nehmen. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren einzig Beschwerde gegen den Tarif 2009 für SDL und die Verfahrenskostenaufgabe erhebt, nicht jedoch gegen die Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1 (vgl. vorne E. 3). Sie rügt mithin sinngemäss, die Begründung sei im Hinblick auf die Ausführungen zu den SDL bzw. den Verfahrenskosten nicht nachvollziehbar. Diesem nicht näher begründeten Einwand kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz legt in ihrer Verfügung einlässlich dar, wie sie die Kosten für SDL berechnet hat. Dass sie dabei einzelne Kostenstellen abgedeckt hat, schadet nicht. Die Abdeckungen wurden zudem nicht konsequent vorgenommen. Einzelne Positionen sind, obwohl sie an gewissen Stellen abgedeckt wurden, trotzdem eruierbar. Schliesslich nahm die Vorinstanz bereits in der angefochtenen Verfügung ausführlich zum Hauptargument der Beschwerdeführerin – der Gesetzwidrigkeit von Art. 31*b* Abs. 2 StromVV – Stellung. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die angefochtene Verfügung für die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar sein sollte.

Festzuhalten ist an dieser Stelle sodann, dass auch die Begründungsdichte für den vorliegenden Fall angemessen ist. Obwohl die Vorinstanz Geheimhaltungsinteressen zu berücksichtigen hatte und eine gewisse zeitliche Dringlichkeit gegeben war, legte sie ihre Überlegungen in der angefochtenen Verfügung ausführlich dar und

ging eingehend auf die Einwände der verschiedenen Parteien ein. Sie trug damit der Komplexität des Falles und der Wichtigkeit des Entscheides für die gesamte Strombranche Rechnung. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht angefochten werden kann.

5.8 Was die von der Vorinstanz in der Verfügung vorgenommenen Abdeckungen und die Verweigerung der Einsicht in gewisse Aktenstücke angeht, ist festzuhalten, dass diese Geschäftsgeheimnisse betreffen, in welche den übrigen Verfahrensparteien keine Einsicht zu gewähren ist (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG und Art. 26 Abs. 2 StromVG). Bei den SDL sind vor allem Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin betroffen, da diese die SDL beschafft und dafür die Kosten festlegt (Art. 22 Abs. 1 und 2 StromVV). Zu den von der Akteneinsicht ausgenommenen Aktenstücken zählen deshalb zum Beispiel ein Protokoll einer ausserordentlichen Verwaltungsratssitzung der Beschwerdegegnerin betreffend Massnahmen zur Reduktion der Kosten für SDL, interne Untersuchungen der Beschwerdegegnerin und der Rahmenvertrag swissgrid. Diese innerbetrieblichen Informationen oder Daten dürfen der Beschwerdeführerin nicht bekannt gegeben werden (Art. 26 Abs. 2 StromVG; Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 [Botschaft StromVG], BBl 2005 1663). Die Beschwerdegegnerin hat denn auch ihren Geheimhaltungswillen für die einzelnen Dokumente kundgetan und begründet (vgl. u.a. act. SDL/51). Betreffend Spannungshaltung und Blindenergie hat die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin zudem erst verpflichtet, einen Bericht einzureichen (Ziff. 10 des Dispositivs). Die Untersuchung der Vorinstanz ist in diesem Bereich also noch nicht abgeschlossen (Art. 27 Abs. 1 Bst. c VwVG). Überdies ergibt sich auch nach Konsultation der vollständigen Akten nicht, dass die Vorinstanz zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf geheimgehaltene Akten abgestellt hat. Die Vorinstanz war deshalb auch nicht verpflichtet, der Beschwerdeführerin Kenntnis vom wesentlichen Inhalt der von der Akteneinsicht ausgenommenen Dokumente im Sinne von Art. 28 VwVG zu geben. Die von der Vorinstanz vorgenommenen Einschränkungen der Akteneinsicht sind demnach rechtmässig.

6.

6.1 Weiter kritisiert die Beschwerdeführerin, dass die diversen in der Verfügung genannten Gutachten nicht nach den Regeln des VwVG

bzw. des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) zustande gekommen seien. Die Verwendung von Sachverständigengutachten setze voraus, dass die Parteien ihre Mitwirkungsrechte wahrnehmen könnten. Dies betreffe die Bestellung des Gutachters, die Fragestellungen an den Gutachter und die Möglichkeit, zu den Ergebnissen des Gutachtens Stellung zu nehmen.

Die Gutachten "Ermittlung des Regelleistungsbedarfs der Regelzone Schweiz ab 01.01.2009" vom 2. Dezember 2008 der Technischen Universität Dortmund (Gutachten Regelleistungsbedarf) und "Internationale Vergleichswerte Tarife für Systemdienstleistungen" vom 8. Dezember 2008 der KEMA Consulting GmbH (Gutachten SDL) würden für den Erlass der Verfügung zentrale Punkte betreffen. Das Gutachten Regelleistungsbedarf sei von der Vorinstanz gemäss Verfügung "für die Beantwortung zentraler Fragestellungen" in Auftrag gegeben worden. Ob das Gutachten direkt für das Dispositiv relevant sei, spiele keine Rolle. Entscheidend sei, ob das Gutachten in die Erwägungen der Vorinstanz eingeflossen sei, mit welchen letztlich das Dispositiv begründet worden sei. Die angefochtene Verfügung verweise mehrfach auf das Gutachten Regelleistungsbedarf.

Die Vorinstanz versuche zudem, die Relevanz des Gutachtens SDL herunterzuspielen, indem sie behaupte, die SDL-Tarife seien unabhängig von diesem Gutachten festgelegt worden. Gemäss Art. 19 Abs. 1 StromVV sei die Vorinstanz jedoch verpflichtet, die internationalen Vergleichswerte und demnach die Ergebnisse des Gutachtens SDL bei der Überprüfung der Tarife zu berücksichtigen. Indem die Vorinstanz ausführe, das Gutachten SDL bilde keine wesentliche Entscheidungsgrundlage, anerkenne sie jedenfalls, dass dieses Dokument grundsätzlich eine Entscheidungsgrundlage bilde. Das Gutachten SDL sei vor den Berechnungen der Vorinstanz erstellt worden. Deshalb könne nicht ausgeschlossen werden, dass es auf die Berechnungen Einfluss gehabt habe. Selbst wenn die Beschwerdeführerin erst mit Inkrafttreten des revidierten Art. 31b StromVV als Verfahrensbeteiligte zu erachten wäre, hätten die Gutachtensaufträge in diesem Zeitpunkt nachgeholt werden müssen. Die im BZP gewährten Mindestrechte würden über die Mindestgarantien in Art. 29 BV hinausgehen und seien von der Vorinstanz missachtet worden. Auch die spätere Anhörung könne zu keiner Heilung führen.

In Bezug auf das Gutachten "Rückindexierung bei Höchstspannungsleitungen in der Schweiz" vom Oktober 2008 des Instituts für Wirtschaftsstudien Basel GmbH (Gutachten Preisindex) hält die Beschwerdeführerin fest, selbst wenn es sich dabei um ein Gutachten einer Drittpartei handeln würde, hätte die Vorinstanz ihr jedenfalls das rechtliche Gehör gewähren müssen.

6.2 Die Vorinstanz führt aus, sie habe zwei Gutachten eingeholt. Das Gutachten Regelleistungsbedarf habe sie zur Überprüfung des Umfangs der Vorhaltung von Regel- und Blindleistung (Mengengerüst) eingeholt. Sie habe sich im Verlaufe des Verfahrens entschieden, betreffend Mengengerüst keine Anordnungen zu treffen. Die Frage des Mengengerüsts und damit das Gutachten würden sich also für das Dispositiv als nicht entscheidrelevant erweisen.

Den Tarif 2009 für allgemeine SDL von 0.77 Rappen/kWh habe sie unabhängig vom Gutachten SDL mittels eigener Hochrechnung berechnet. Dabei habe sie die Ergebnisse der ersten SDL-Ausschreibungen 2009 ausgewertet und auf das ganze Jahr extrapoliert. Zusätzlich habe sie anhand der zu erwartenden Preisentwicklung Korrekturen vorgenommen. Zu diesen Kosten seien die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Kosten für den SDL-Betrieb und für die Spannungshaltung addiert sowie Einsparpotenziale berücksichtigt worden. Dieses Vorgehen widerspiegle sich auch in der Systematik der Verfügung. Das Gutachten SDL sei somit für die Festlegung des Tarifs von 0.77 Rappen/kWh keine wesentliche Entscheidungsgrundlage gewesen. Dies gelte, obwohl sie in der Verfügung ausgeführt habe, sie habe für die Beantwortung zentraler Fragen Gutachten eingeholt. Zudem sei der Einbezug der Kraftwerke in das Verfahren erst nach der Änderung der StromVV vom 12. Dezember 2008 erfolgt. Im Januar 2009 seien die Gutachten aber bereits erstellt gewesen. Diese Umstände habe sie berücksichtigt, indem sie den Parteien die Möglichkeit gegeben habe, nach der Akteneinsicht Stellung zum Verfügungsentwurf zu nehmen. In diesem Rahmen hätte die Beschwerdeführerin ihre Bedenken bezüglich der Auswahl des Auftragnehmers und der Fragestellung vorbringen können. Sie halte an ihrer Auffassung fest, dass der Tarif von 0.77 Rappen/kWh mit dem Gutachten SDL konsistent sei. Das Gutachten führe zwar aus, der in Tabelle 13 genannte Wert sei mit hoher Wahrscheinlichkeit als zu konservativ einzuschätzen, gebe aber keine andere Empfehlung. Im

Gegenteil, es werde festgehalten, dass jegliche Schätzungen mit einer grossen Unsicherheit behaftet seien.

Beim Gutachten Preisindex handle es sich nicht um ein Parteigutachten, da die Auftraggeberin swissasset nicht Partei im vorliegenden Verfahren sei. Die Regelungen von Art. 57 ff. BZP würden nicht gelten, wenn eine Behörde ein Gutachten beiziehe, welches von Dritten in Auftrag gegeben worden sei.

6.3 Für das Beweismittel der Sachverständigengutachten (Art. 12 Bst. e VwVG) kommen die Vorschriften von Art. 57 ff. BZP kraft Verweises von Art. 19 VwVG sinngemäss zur Anwendung. Als Sachverständigengutachten gelten Berichte über die Sachverhaltsprüfung und -würdigung, die von Dritten aufgrund eines bereits erhobenen Sachverhalts während eines Verfahrens und aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse abgegeben werden. Die Regelung von Art. 57 ff. BZP bezieht sich nur auf Gutachten, welche die Verwaltungsbehörden von externen Fachleuten einholen. Keine Anwendung finden die Vorschriften von Art. 57 ff. BZP nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts jedoch dort, wo Behörden aufgrund des Gesetzes- und Verordnungsrechts Fachpersonen zur Beratung beiziehen können (Urteil des Bundesgerichts 2A.587/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 8.2). Nicht zur Anwendung gelangen die Vorschriften von Art. 57 BZP schliesslich in Fällen, in denen eine Behörde ein von dritter Seite in Auftrag gegebenes Gutachten beizieht und verwertet. Hier ist den Parteien aber vor der entscheidenden Behörde das rechtliche Gehör zu gewähren, was insbesondere das Recht beinhaltet, sich nachträglich zum Gutachten und zur Person des Gutachters zu äussern und gegebenenfalls eine weitere Expertise zu verlangen (BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Praxiskommentar zum VwVG, N. 49 zu Art. 19 mit Hinweis).

6.4 Art. 4 des Geschäftsreglements der Elektrizitätskommission vom 21. November 2007 (SR 734.74) bestimmt ausdrücklich, dass die Vorinstanz in allen Verfahren Fachleute beiziehen kann. Bei den Gutachten Regelleistungsbedarf und SDL handelt es sich somit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht um Sachverständigengutachten im Sinne des Art. 12 Bst. e VwVG. Ob das Bundesverwaltungsgericht auch in Zukunft der Praxis des Bundesgerichts folgen wird, ist fraglich. Zu beachten ist indes ohnehin, dass sich analoge

Rechte aus Art. 29 BV ergeben (Urteil des Bundesgerichts 2A.587/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 8.6).

Das Gutachten Preisindex wurde nicht von der Vorinstanz, sondern von swissasset in Auftrag gegeben. Da es sich bei swissasset nicht um eine Partei des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern um einen Dritten handelt, kommen die Regeln von Art. 57 ff. BZP nicht zur Anwendung. Auch hier musste die Vorinstanz jedoch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin wahren.

Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob die Vorinstanz das Anhörungsrecht der Beschwerdeführerin gemäss Art. 29 Abs. 2 BV respektiert hat.

6.4.1 Mit Schreiben vom 15. Januar 2009 stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin den Verfügungsentwurf vom 14. Januar 2009 zu und gab dieser die Gelegenheit, sich bis zum 30. Januar 2009 schriftlich zum Entwurf zu äussern. Bereits der Verfügungsentwurf nahm Bezug auf die Gutachten Regelleistungsbedarf, SDL sowie Preisindex und nannte die jeweiligen Aktennummern dieser Dokumente. Die Beschwerdeführerin konnte denn auch innerhalb der Frist für die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf die Akten in den Räumlichkeiten der Vorinstanz einsehen. Demnach hatte die Beschwerdeführerin vor Erlass der Verfügung die Möglichkeit, die genannten Gutachten einzusehen und sich nachträglich zu den Personen der Gutachter bzw. zu den Gutachten an sich zu äussern. Somit wurde der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör ausreichend gewährt.

In die Gutachten SDL und Preisindex hatte die Beschwerdeführerin zudem uneingeschränkte Akteneinsicht, weshalb ihr das rechtliche Gehör auch in dieser Hinsicht gewährt wurde. Keine Rolle spielt demnach, ob die Gutachten SDL und Preisindex entscheiderelevant waren oder nicht.

6.4.2 In das Gutachten Regelleistungsbedarf hatte die Beschwerdeführerin nur eingeschränkte Einsicht. Dieses Gutachten untersuchte den tatsächlich notwendigen Bedarf an Regelleistung für die Regelzone Schweiz und wurde dementsprechend auch in der angefochtenen Verfügung unter dem Titel "Umfang der Vorhaltung von Regel- und Blindleistung" erwähnt. Die Vorinstanz bringt in ihrer Vernehmlassung vor, sie habe sich im Verlaufe des Verfahrens entschieden, betreffend Mengengerüst keine Anordnungen zu treffen,

womit das Gutachten Regelleistungsbedarf nicht entscheidend sei. Tatsächlich führt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung lediglich aus, sie erachte das Mengengerüst von 8 Teravoltamperestunden (TVarh) Blindenergie als sehr hoch. In der Folge wird die Beschwerdegegnerin in Dispositiv-Ziff. 10 der angefochtenen Verfügung verpflichtet, bis am 31. Juli 2009 einen Bericht mit Angaben zu der pro Monat vergüteten Blindenergie in den ersten 6 Monaten 2009, zur Vorhaltung überobligatorischer Blindleistung sowie zur Einhaltung der Vorgaben bezüglich Spannungshaltung vorzulegen.

Angesichts der Tatsache, dass die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin in der Verfügung erst zur Einreichung eines Berichts verpflichtet und ihre Untersuchung betreffend den Bedarf an Regelleistung mithin im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. c VwVG noch nicht abgeschlossen hat, erweist sich die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts als gerechtfertigt. Weiter hat die Vorinstanz aufgrund des Gutachtens Regelleistungsbedarf die Beschwerdegegnerin einzig zur Einreichung eines Berichts verpflichtet, nicht jedoch weitere – insbesondere für die Beschwerdeführerin – verbindliche Anordnungen getroffen. Auf das eingeschränkt einsehbare Gutachten Regelleistungsbedarf wurde somit auch nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin abgestellt (vgl. Art. 28 VwVG), weshalb ihr Anhörungsrecht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV nicht verletzt worden ist (vgl. ebenfalls vorne E. 5.8).

7.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. Die Vorinstanz führe in der Verfügung aus, diverse Netzbetreiber hätten ihre Betriebskosten nicht im von Art. 7 StromVV verlangten Sinne angegeben. Aus dieser allgemeinen Feststellung lasse sich für die Beschwerdeführerin nicht herleiten, ob und inwiefern sie selbst ihre Mitwirkungspflichten verletzt habe.

Der Einwand der Beschwerdeführerin bezieht sich auf die anrechenbaren Kosten und damit auf die Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1, welche die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde vom 22. April 2009 ausdrücklich nicht angefochten hat. Ihre Rüge geht deshalb über den Streitgegenstand hinaus, weshalb darauf nicht einzutreten ist (vgl. vorne E. 3).

8.

8.1 In materieller Hinsicht bringt die Beschwerdeführerin vor, Art. 31b Abs. 2 StromVV sei verfassungs- und gesetzeswidrig, weshalb

Dispositiv-Ziff. 3 der Verfügung der Vorinstanz aufzuheben sei. Diese Verordnungsbestimmung, wonach Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mehr als 50 MW mit den Kosten für SDL belastet werden sollten, greife massiv in ihre Rechtsstellung ein und habe erhebliche finanzielle Konsequenzen für sie. Ein derart schwerer Eingriff müsse gemäss Art. 164 Abs. 1 BV in einem formellen Gesetz geregelt sein. Sie sei zudem durch die finanzielle Belastung in ihrer Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) eingeschränkt. Dem Bundesrat komme nur eine ausführende Kompetenz zu. Art. 31b Abs. 2 StromVV widerspreche zudem Sinn und Zweck des StromVG. Gemäss Art. 14 StromVG sei ausschliesslich die Belastung der Endverbraucher zu einem einheitlichen Tarif vorgesehen. Schliesslich sei die Schwelle von 50 MW willkürlich und verstosse gegen das Gebot der Rechtsgleichheit.

8.2 Die Vorinstanz hält in ihrer Verfügung dagegen, aus Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG ergebe sich, dass es zulässig sei, Kosten individuell in Rechnung zu stellen. Das StromVG gehe nicht davon aus, dass die gesamten Betriebs- und Kapitalkosten eines Netzes den Endverbrauchern angelastet würden. Die individuelle Anlastung von Kosten an Kraftwerke verstosse demzufolge nicht gegen das in Art. 14 Abs. 2 StromVG vorgesehene Ausspeiseprinzip. Schon Art. 15 Abs. 1 StromVV sehe vor, gewisse Kosten individuell in Rechnung zu stellen. Diese individuelle Zuordnung der Kosten sei im Rahmen der Vernehmlassung weitgehend unbestritten gewesen. Die individuelle Anlastung von Kosten an Kraftwerke widerspreche auch nicht dem Prinzip der Aufgliederung der Elektrizitätstarife in einen Anteil für die Netznutzung und in einen solchen für die Energielieferung. Kraftwerke hätten ebenfalls Einfluss auf einen sicheren Netzbetrieb. Falle ein Kraftwerk aus, müsse Regelenergie ins Elektrizitätsnetz eingespiessen werden. Art. 4 Abs. 1 Bst. g StromVG nenne als SDL zum Beispiel ausdrücklich die Schwarzstart- und Inselbetriebsfähigkeit von Erzeugern. Es entspreche dem Grundsatz der Verursachergerechtigkeit, dass diese Kosten individuell angelastet würden. Dieser Grundsatz sei in der Stromversorgungsgesetzgebung zentral und werde verschiedentlich genannt.

Der Ausfall eines Kraftwerks mit höherer elektrischer Leistung verursache in der Regel höhere Kosten für Regelenergie als der Ausfall eines Kraftwerks mit kleinerer Leistung. Aus diesem Grund sei es angebracht, nur grössere Kraftwerke mit SDL-Kosten zu belasten. Die Grenze von 50 MW erscheine damit als sachlich gerechtfertigt. Selbst

wenn Art. 31*b* Abs. 2 StromVV gegen den Grundsatz des staatlichen Handelns nach Treu und Glauben verstossen würde, hätte dies nicht zur Folge, dass diese Verordnungsbestimmung nicht anwendbar wäre.

Bei der Festlegung der Rechtsetzungsstufe (Gesetz oder Verordnung) seien die Wichtigkeit, das Flexibilitätsbedürfnis und die Eignung der rechtsetzenden Behörde zu beachten. Das Flexibilitätsbedürfnis lasse eine Regelung auf Verordnungsstufe zu. Bei Art. 31*b* Abs. 2 StromVV handle es sich um eine Übergangsbestimmung, welche nur für die Jahre 2009 bis 2013 gelte. Betroffen seien etwa 70 Kraftwerke. Die finanzielle Bedeutung sei zwar nicht gering, aber mit 0.45 Rappen/kWh im Verhältnis zu den aktuellen schweizerischen und europäischen Grosshandelspreisen, den mit der Produktion erzielten Erlösen und den Energiepreisen der Endverbraucher mit Grundversorgung von durchschnittlich 8 Rappen/kWh vertretbar. Hinzu komme, dass beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung die Exekutive kraft ihrer Kompetenz zur Regelung des Inkrafttretens auch das Übergangsrecht umfassend ordnen könne. Der politische Wille des Parlaments sei gewesen, die Tariferhöhungen rückgängig zu machen, insbesondere im Bereich der SDL. Um diesen politischen Willen umzusetzen, habe der Bundesrat am 12. Dezember 2008 eine Revision der StromVV verabschiedet. Art. 31*b* Abs. 2 StromVV beruhe auf einem breiten Konsens.

8.3 Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Werden Rechtsetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber (im Bund insbesondere an 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; PIERRE TSCHANNEN, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar [Kommentar BV], EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 34 zu Art. 164; THOMAS SÄGESSER, in: Kommentar BV, Rz. 17 zu Art. 182).

8.3.1 Die Gesetzesdelegation gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sach-

gebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (Art. 164 Abs. 1 und 2 BV; BGE 128 I 113 E. 3c; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1751/2006 vom 25. März 2009 E. 2.2). Delegiert das Gesetz beispielsweise die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an den Ordnungsgeber, so muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe selber festlegen (Urteil des Bundesgerichts 2C_729/2008 vom 3. März 2009 E. 3.1 mit Hinweisen, publiziert in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 5/2010, S. 280 ff.).

8.3.2 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 (MOSE/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.177). Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen, die sich wie hier 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 Ordnungsbestimmung 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 Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu

äussern (Urteile des Bundesgerichts 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 130 I 26 E. 2.2.1, je mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1751/2006 vom 25. März 2009 E. 2.4).

8.4

8.4.1 Der Strompreis für die Stromabnehmer setzt sich aus den Kosten für die Stromproduktion, für die Netznutzung hinsichtlich der Stromübertragung, Stromverteilung und Stromeinspeisung (Stromtransport), den Abgaben an die Gemeinwesen sowie dem Unternehmensgewinn zusammen (ROLF H. WEBER/ANNJA MANNHART, Neues Strompreisrecht Kontrollkriterien und Kontrollmethoden für Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und -entgelte, in: ZBI 2008, S. 457). Das Netznutzungsentgelt ist demnach ein Bestandteil des Strompreises. 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). Endverbraucher sind Kunden, welche Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen. Ausgenommen hiervon ist der Elektrizitätsbezug für den Eigenbedarf eines Kraftwerks sowie für den Antrieb von Pumpen in Pumpspeicherkraftwerken (Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG). Für die Festlegung der Netznutzungstarife ist gemäss Art. 14 Abs. 3 StromVG Folgendes zu beachten:

- Die Netznutzungstarife haben einfache Strukturen aufzuweisen und sollen die von den Endverbrauchern verursachten Kosten widerspiegeln (Bst. a).
- Die Netznutzungstarife müssen unabhängig von der Distanz zwischen Ein- und Ausspeisepunkt ermittelt werden (Bst. b).
- Pro Spannungsebene und Kundengruppe im Netz des Netzbetreibers ist der Netznutzungstarif einheitlich zu gestalten (Bst. c).
- Die Einrechnung individuell in Rechnung gestellter Kosten ist nicht zulässig (Bst. d).

- Netznutzungstarife haben zu einer effizienten Elektrizitätsverwendung beizutragen (Bst. e).

Als anrechenbare 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. 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. 1 und 2 StromVG).

SDL sind 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 (Art. 4 Abs. 1 Bst. g 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.

8.4.2 Für eine transparente Zuweisung der Netzkosten werden die Übertragungs- und Verteilnetze in vier Spannungs- und drei Transformationsebenen und damit in sieben Netzebenen aufgeteilt (vgl. VERBAND SCHWEIZERISCHER ELEKTRIZITÄTSUNTERNEHMEN [VSE], Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Marktmodell für die elektrische Energie – Schweiz, Grundsatzdokument zur Regelung der zentralen Aspekte der Organisation des Strommarktes Schweiz, Ausgabe 2009 [MMEE-CH 2009], Ziff. 4.1.2 [1] und [2], abrufbar unter www.strom.ch). Das Übertragungsnetz umfasst die Netzebene 1 und wird als Elektrizitätsnetz definiert, das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient und in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben wird (Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG). Das Verteilnetz umfasst die Netzebenen 2 bis 7 und ist gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. i StromVG ein Elektrizitätsnetz hoher, mittlerer oder niedriger Spannung zum Zwecke der Belieferung von Endverbrauchern oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Art. 14 und Art. 15 StromVG enthalten Bestimmungen zur Berechnung der Netznutzungsentgelte sämtlicher Netzebenen (wenn der Gesetzgeber von den Netz-

betreibern spricht, sind damit sowohl die Verteilnetzbetreiber wie auch die Übertragungsnetzbetreiberin gemeint; vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005 1646 i.V.m. BBl 2005 1651 und ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, § 4 Rz. 25).

Nach Art. 15 Abs. 4 Bst. a und b StromVG legt der Bundesrat die Grundlagen fest zur Berechnung der Betriebs- und Kapitalkosten und 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.

8.5 Die Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes ist in Art. 15 StromVV geregelt. Grundsätzlich werden die Kosten gemäss Abs. 1 bis 3 auf drei Arten überwältzt (vgl. Erläuternder Bericht des BFE zum Vernehmlassungsentwurf der StromVV vom 27. Juni 2007 [Erläuternder Bericht StromVV]): Abs. 1 regelt die individuell in Rechnung gestellten Kosten (individueller SDL-Tarif) und Abs. 2 die von allen rund 900 Netzbetreibern in der Schweiz getragenen Kosten für die SDL (allgemeiner SDL-Tarif). Abs. 3 ist Grundlage für die Überwälzung der Kosten an die rund 40 direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Verteilnetzbetreiber und an die Endverbraucher. Die Beschwerdegegnerin stellt den überwältzten Kostenblock den einzelnen Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern gestützt auf einen für die Regelzone Schweiz einheitlichen Netznutzungstarif in Rechnung (Netznutzungstarif).

Von Interesse ist im vorliegenden Fall die Überwälzung der Kosten für allgemeine SDL gemäss Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVV (vgl. Ziff. 2 und 3 des Dispositivs sowie E. 4.3.4.3 und 4.3.4.4 der angefochtenen Verfügung) – im Gegensatz zur Überwälzung der Kosten für individuelle SDL gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. a StromVV (zur Abgrenzung vgl. hinten E. 9.2). In den Jahren 2009-2013 ist bezüglich der Überwälzung der allgemeinen SDL die Übergangsbestimmung von Art. 31b StromVV zu beachten. Die fraglichen Bestimmungen lauten wie folgt:

- Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVV, "Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes" (in der Fassung vom 12. Dezember 2008, AS 2008 6467, in Kraft seit 1. Januar 2009):

²Sie [Anm.: die nationale Netzgesellschaft, d.h. die Beschwerdegegnerin] stellt den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der Endverbraucher folgende Kosten in Rechnung:

a. die 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. Die EICom legt jährlich den Höchstbetrag fest;

- Art. 31b StromVV, "Systemdienstleistungen" (eingefügt mit der Revision vom 12. Dezember 2008, AS 2008 6467, in Kraft seit 1. Januar 2009):

¹Die nationale Netzgesellschaft stellt in den Jahren 2009-2013 den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der Endverbraucher die 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, zu höchstens 0,4 Rappen pro kWh in Rechnung.

²Sie stellt in den Jahren 2009-2013 den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW den Teil der Kosten der Systemdienstleistungen, der mit dem nach Absatz 1 festgelegten Tarif von 0,4 Rappen pro kWh nicht gedeckt werden kann, gemäss ihrem Anteil an der Bruttoenergieerzeugung individuell in Rechnung.

9.

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass ihr gestützt auf Art. 31b Abs. 2 StromVV Kosten für allgemeine SDL angelastet werden können. Art. 14 StromVG biete hierfür keine genügende gesetzliche Grundlage. Nachfolgend ist deshalb zu untersuchen, wer in Bezug auf das Netznutzungsentgelt Zahlungspflichtiger ist, was unter den individuell in Rechnung gestellten Kosten gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG zu verstehen ist und was die Gesetzesdelegation gemäss Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG umfasst.

9.1 Das Netznutzungsentgelt ist die Vergütung für die Netznutzung durch Dritte (Botschaft StromVG, BBl 2005 1651). Als Grundsatz wird in Art. 14 Abs. 2 StromVG festgehalten, dass das Netznutzungsentgelt von den Endverbrauchern je Ausspeisepunkt zu entrichten ist (vgl. auch Botschaft StromVG, BBl 2005 1652; Art. 9 StromVV; MMEE-CH 2009, Ziff. 4.1.1 und 4.2.3.3). Wie bereits ausgeführt, sind die Kosten für SDL Teil des Netznutzungsentgelts (Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 Abs. 2 StromVG). Bezüglich der kurzfristig vorgehaltenen Reserveleistung hält die Botschaft StromVG sodann ausdrücklich fest,

dass die Kosten solidarisch von allen Endverbrauchern mit dem Entgelt für die Übertragungsnetznutzung getragen werden (BBI 2005 1619). Zahlungspflichtiger des Netznutzungsentgelts und damit auch der Kosten für SDL ist somit grundsätzlich der Endverbraucher. Vorbehalten bleiben jedoch die individuell in Rechnung gestellten Kosten gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG.

9.2 Solche individuell angerechnete Kosten sind zum Beispiel die Kosten für den Netzanschluss und die Netzverstärkungen von Liegenschaftseigentümern sowie unabhängigen Produzenten und Kosten für bestimmte SDL, welche von den Netzbetreibern für unabhängige Erzeuger bzw. Einspeiser erbracht werden (vgl. Botschaft StromVG, BBI 2005 1652). Aufgrund des Wortlauts der Bestimmung und der Ausführungen in der Botschaft ("Kosten für bestimmte SDL") ist davon auszugehen, dass es sich bei den individuell in Rechnung gestellten Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG nur um solche Kosten handeln kann, die einem bestimmten Akteur eindeutig zugeordnet werden können. Die individuellen Kosten sollen somit demjenigen Akteur, der sie verursacht hat, jeweils direkt in Rechnung gestellt werden. Dies entspricht dem Verursacherprinzip, auf das Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG ausdrücklich Bezug nimmt. Der Zweck von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG liegt darin, zu verhindern, dass die Kosten zweimal – einmal individuell und einmal pauschal über das Netznutzungsentgelt – berechnet werden (Botschaft StromVG, BBI 2005 1652; WEBER/KRATZ, a.a.O., § 4 Rz. 62; Erläuternder Bericht StromVV zu Art. 8).

Aus Art. 15 Abs. 1 Bst. a StromVV geht hervor, was bezüglich der SDL als individuell anzulastende Kosten zu gelten hat. Demnach werden den Netzbetreibern und den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern die Kosten für den Ausgleich von Wirkverlusten und die Lieferung von Blindenergie, die sie verursacht haben, individuell in Rechnung gestellt. Gemäss Branchenempfehlung wird die Blindenergie aufgrund der über das tolerierte im Voraus festgelegte Mass bezogenen Menge pro Ausspeisepunkt direkt verrechnet. Die Kosten für den Ausgleich der Wirkverluste werden gemäss der gemessenen Nettoenergiemenge je Ausspeisepunkt weiterverrechnet. Die Referenzgrössen für die Verrechnung dieser individuellen Kosten sind also die gemessene Blindenergie bzw. die gemessene Nettoenergie. Aufgrund der angestrebten verursachergerechten Weiterverrechnung der Kosten (vgl. Art. 15 Abs. 4 Bst. b

StromVG) werden die Kosten der Blindenergie und für den Ausgleich der Wirkverluste gesondert zu den übrigen SDL behandelt und verrechnet (vgl. VSE, Merkur Access, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz, Grundlagen zur Netznutzung und Netznutzungs-Entschädigung im Übertragungsnetz Schweiz, Ausgabe 2007, abrufbar unter www.strom.ch [NNMÜ-CH 2007], Ziff. 3 und 4). Obwohl die Lieferung von Blindenergie eigentlich Teil der Spannungshaltung ist (Art. 4 Abs. 1 Bst. g StromVG) und somit nach dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVV Bestandteil der allgemeinen SDL wäre, ist bei der Auslegung von Art. 15 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a StromVV der Vorinstanz und somit dem Ansatz des NNMÜ-CH 2007 zu folgen (vgl. E. 4.2.2.6 und 4.3.3.4 der angefochtenen Verfügung). Demnach müssen die Erträge, welche über die verursachergerechte Zuordnung der Kosten von Blindenergie erwirtschaftet werden, von den Kosten für die Spannungshaltung in Abzug gebracht und die verbleibenden Kosten für die Spannungshaltung über die allgemeinen SDL in Rechnung gestellt werden (NNMÜ-CH 2007, Ziff. 3.1 und 4).

Nicht den Verursachern individuell in Rechnung gestellt werden die allgemeinen SDL gemäss Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVV bzw. Art. 31b Abs. 1 StromVV (so auch die Vorinstanz in E. 4.2.2.6 [1. Satz] der angefochtenen Verfügung). Sie werden den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der Endverbraucher (Bruttoenergie) in Rechnung gestellt (vgl. auch NNMÜ-CH 2007, Ziff. 3.1, 3.3 und 4). Die allgemeinen SDL bilden mit andern Worten keine individuell in Rechnung zu stellende Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG.

Es ist somit zwischen dem Netznutzungsentgelt, worunter auch die allgemeinen SDL fallen, und den individuell in Rechnung gestellten Kosten, worunter die individuellen SDL fallen, zu unterscheiden.

9.3 In Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG wird der Bundesrat ermächtigt, die Grundlagen festzulegen zur "einheitlichen und verursachergerechten Überwälzung der Kosten" (sowie der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen) auf die verschiedenen Spannungsebenen. Es fragt sich nun, was unter dem zitierten Begriff zu verstehen ist. Dieser bedarf somit der Auslegung.

9.3.1 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 andern 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 des erst vor kurzer Zeit in Kraft getretenen StromVG kaum möglich. Es gilt somit insgesamt, die mit der Norm verbundenen Zweckvorstellungen (ratio legis) zu ermitteln.

9.3.2 Gemäss Duden (www.duden.de) bedeutet die Überwälzung von Kosten (oder Ähnlichem) auf jemanden deren Weitergabe an einen andern. Mit Überwälzung ist also die Weiterverrechnung bzw. Weitergabe von Kosten an einen Dritten gemeint. Die Überwälzung hat gemäss Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG einheitlich und verursachergerecht zu erfolgen. Bereits Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG hält fest, dass der Netznutzungstarif im Netz eines Netzbetreibers pro Spannungsebene und Kundengruppe einheitlich zu gestalten ist. Mit dem Wort "verursachergerecht" wird betont, dass die Kosten – wenn immer möglich – dem jeweiligen Verursacher individuell anzulasten sind (vgl. Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG und vorne E. 9.2).

9.3.3 Legt man Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG unter Beizug weiterer Gesetze aus, so ist zu erwähnen, dass im Steuerrecht die sog. Steuerüberwälzung bei der Mehrwertsteuer und bei der Verrechnungssteuer vorkommt. Das im StromVG verankerte System der Kostenüberwälzung ist jedoch weder mit demjenigen der Verrechnungssteuer noch mit jenem der Mehrwertsteuer vergleichbar. Erstens handelt es sich beim Netznutzungsentgelt gemäss StromVG nicht um eine Steuer. Zweitens ist die Überwälzung der Verrechnungssteuer im Gesetz zwingend vorgeschrieben (vgl. Art. 14 des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer [VStG, SR 642.21]), während es im StromVG den Verteilnetzbetreibern grundsätzlich offen steht, ob sie die Netzkosten den Endverbrauchern in Rechnung stellen wollen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass das StromVG lediglich den überwälzbaren Höchstbetrag des Netznutzungsentgelts regelt (Art. 14 und Art. 15 StromVG), die Überwälzung jedoch nicht zwingend im Gesetz vorschreibt. Das Konzept der Stromversorgungsgesetzgebung geht immerhin davon aus, dass eine Überwälzung der Netzkosten auf den zahlungspflichtigen Endverbraucher stattfindet (Art. 14 Abs. 2 StromVG und Art. 16 StromVV). Auch bei der Mehrwertsteuer liegt die Überwälzung dem gesetzgeberischen Konzept zugrunde (ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 85). Hier ist aber nicht das letzte Glied in der Überwälzungskette, d.h. der Konsument, Steuerpflichtiger. Im StromVG ist dagegen ausdrücklich festgehalten, dass der Endverbraucher das Netznutzungsentgelt zu bezahlen hat (Art. 14 Abs. 2 StromVG).

Die bisherige Auslegung führt somit zu keinem eindeutigen Ergebnis. Das Verständnis für den Begriff der Überwälzung gemäss StromVG muss deshalb dem Gesetz selber unter Beizug der StromVV und der einschlägigen Branchendokumente entnommen werden.

9.3.4 Die Botschaft zu Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG (BBI 2005 1654) führt aus, dass der Bundesrat die Grundlagen zur einheitlichen und verursachergerechten Überwälzung der Kosten sowie der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen festlegen muss, soweit eine direkte Zuordnung auf die Netznutzer (d.h. nach Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG individuell den Netznutzern in Rechnung gestellte Kosten) nicht möglich ist. Damit wird festgehalten, dass die Kosten – wenn möglich – den Verursachern individuell angelastet werden sollen (vgl. vorne E. 9.2). Die Botschaft geht davon aus, dass alle Netzbetreiber

den gleichen Zuweisungsschlüssel anwenden, aber getrennt für die verschiedenen Spannungsebenen. Bei der Kostenzuordnung sollen die horizontal angespeisten Endverbraucher mit den Endverbrauchern der unteren Spannungsebenen gleich behandelt werden. Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG schreibt überdies vor, dass der Einspeisung von Elektrizität auf unteren Spannungsebenen bei der Kostenüberwälzung Rechnung zu tragen ist (vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005 1654 f. und WEBER/KRATZ, a.a.O., § 4 Rz. 73 ff.).

9.3.5 Der Endverbraucher ist Zahlungspflichtiger des Netznutzungsentgelts und damit auch der Kosten für die nicht individuell anrechenbaren SDL, d.h. der allgemeinen SDL (vgl. vorne E. 9.2). Die Beschwerdegegnerin stellt die SDL sicher (Art. 20 Abs. 2 Bst. b StromVG und Art. 22 Abs. 1 StromVV). Die Kosten für allgemeine SDL stellt sie den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern in Rechnung (Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVV). Zwischen der Beschwerdegegnerin als Übertragungsnetzbetreiberin und den Verteilnetzbetreibern, zwischen der Beschwerdegegnerin und den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern sowie zwischen den direkt miteinander verbundenen Verteilnetzbetreibern besteht im Zusammenhang mit der Netznutzung eine vertragliche Beziehung (Netznutzungsvertrag; vgl. MMEE-CH 2009, Ziff. 2.3, insbesondere Ziff. 2.3.2.1, wobei die Ausnahmefälle der Endverbraucher, die am Übertragungsnetz angeschlossen sind, nicht aufgeführt sind). Zwischen der Beschwerdegegnerin und den Endverbrauchern, die nicht direkt ans Übertragungsnetz angeschlossen sind, besteht dagegen keine rechtliche Beziehung (vgl. MMEE-CH 2009, Ziff. 2.3). Die Beschwerdegegnerin kann deshalb den Endverbrauchern, die nicht direkt ans Übertragungsnetz angeschlossen sind, die Kosten für die allgemeinen SDL nicht direkt in Rechnung stellen. Hinzu kommt, dass sich die Höhe der von den Endverbrauchern zu bezahlenden allgemeinen SDL nach der Menge der von ihnen bezogenen elektrischen Energie bemisst (Art. 15 Abs. 2 StromVV bzw. Art. 31b Abs. 1 StromVV).

Die Endverbraucher, die nicht direkt ans Übertragungsnetz angeschlossen sind, sind an ein Verteilnetz angeschlossen (Netzebenen 2 bis 7, vgl. vorne E. 8.4.2). Gemäss Art. 9 StromVV stellt der Netzbetreiber die Rechnung für die Netznutzung auf Verlangen des Endverbrauchers dem Energielieferanten zu. Schuldner des Netznutzungsentgelts bleibt jedoch der Endverbraucher. Damit wird er-

reicht, dass der Endverbraucher die Rechnung für den gesamten Strompreis von einer Person – nämlich seinem Energielieferanten – zugestellt erhält. Wie bereits erwähnt, sind die Kosten für die Netznutzung ein Element des Strompreises (vgl. vorne E. 8.4.1).

Aus dem Konzept des StromVG ergibt sich somit, 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 verstanden wird. Im "Glossar für die Regeln des Schweizer Strommarktes" ([Glossar Strommarkt; abrufbar unter www.swissgrid.ch], Merkur Access II, 2. Auflage 2008, V.1.1) wird die Kostenüberwälzung 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. Die Kostenüberwälzung hat gemäss Konzept des StromVG über die Verteilnetzbetreiber der verschiedenen Spannungsebenen auf den Endverbraucher als Zahlungspflichtigen (Art. 14 Abs. 2 StromVG) zu erfolgen (vgl. auch Art. 6 Abs. 3 und 4 StromVG und NNMÜ-CH 2007 Ziff. 3.3 und 4). Die Verteilnetzbetreiber, an deren Netz Endverbraucher angeschlossen sind, sind also nicht etwa Zahlungspflichtige, sondern lediglich als Inkassostelle tätig, die das gesamte Netznutzungsentgelt der verschiedenen Netzebenen und damit auch das Entgelt für die allgemeinen SDL von den Endverbrauchern einfordern. Wie bereits erwähnt, können die Kosten für die allgemeinen SDL nur den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern unmittelbar in Rechnung gestellt werden (Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVV bzw. Art. 31b Abs. 1 StromVV; Erläuternder Bericht StromVV zu Art. 14 Abs. 2). Ansonsten sind sie vorerst von den Verteilnetzbetreibern zu bezahlen, welche die Kosten jedoch dann auf die unteren Spannungsebenen und letztlich auf die nicht direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbraucher überwälzen können.

9.4 Die Gesetzesdelegation ist in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten (Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG), beschränkt sich auf die Überwälzung der Kosten im soeben beschriebenen Sinn (vgl. insgesamt vorne E. 9.3) und damit auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet. Sodann sind die wichtigen Regelungen – wie insbesondere die Bestimmung des grundsätzlich zahlungspflichtigen

Endverbrauchers – im StromVG enthalten (Art. 14 und Art. 15 StromVG). Der Gesetzgeber hat somit nicht etwa in verfassungswidriger Weise dem Ordnungsgeber die Kompetenz übertragen, betreffend die nicht individuell anrechenbaren Kosten neue Zahlungspflichtige einzuführen, sondern an ihn lediglich die Aufgabe delegiert, die Überwälzung der Kosten auf den Endverbraucher zu regeln. Diese Gesetzesdelegation ist zulässig (vgl. vorne E. 8.3.1; Botschaft StromVG, BBl 2005 1681). Das Bundesverwaltungsgericht kann deshalb die StromVV uneingeschränkt auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen (vgl. vorne E. 8.3.2).

10.

10.1 Art. 31*b* Abs. 2 StromVV belastet die Betreiber von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW mit dem Teil der Kosten der SDL, der mit dem nach Art. 31*b* Abs. 1 StromVV festgelegten Tarif nicht gedeckt werden kann. Art. 31*b* Abs. 1 StromVV betrifft die allgemeinen SDL, weshalb den Betreibern von Kraftwerken mit Art. 31*b* Abs. 2 StromVV Kosten für allgemeine SDL auferlegt werden. Diese sind als nicht individuell anrechenbare Kosten Teil des Netznutzungsentgelts (vgl. vorne E. 9.2). Auch wenn Art. 31*b* 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 nicht um individuelle Kosten handelt. Gemäss dem Konzept des StromVG können aber nur direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Endverbraucher oder in einem ersten Schritt 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. 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; vgl. vorne E. 9.3.5).

Die Betreiber von Kraftwerken können die Kosten für die allgemeinen SDL – im Gegensatz zu den Verteilnetzbetreibern – nicht an die End-

verbraucher überwälzen, da zwischen den Betreibern von Kraftwerken und den Endverbrauchern keine vertragliche Beziehung betreffend die Netznutzung besteht (vgl. MMEE-CH 2009, Ziff. 2.3, insbesondere Ziff. 2.3.2). Indem Art. 31*b* 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. 31*b* Abs. 2 StromVV ist demnach gesetz- und verfassungswidrig und kann nicht zur Anwendung gelangen.

10.2 Das Argument der Vorinstanz, es sei aufgrund von Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG zulässig, den Kraftwerken individuell Kosten anzulasten, ist nicht stichhaltig. Diese Aussage ist zwar korrekt, verkennt aber, dass es im vorliegenden Fall nicht um die Anlastung von individuellen Kosten, sondern um die Belastung der Kraftwerke mit allgemeinen SDL im Sinne von Art. 15 Abs. 2 Bst. a bzw. Art. 31*b* StromVV geht. Diese allgemeinen SDL sind als Betriebskosten Teil des Netznutzungsentgelts (Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 und 2 StromVG). Die von der Vorinstanz angeführten individuell in Rechnung gestellten Kosten gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. d StromVG sind dagegen gerade nicht Bestandteil des Netznutzungsentgelts (vgl. zum Ganzen vorne E. 9.2).

10.3 Weiter bringt die Vorinstanz vor, dass auch Kraftwerke einen Einfluss auf den sicheren Netzbetrieb hätten. Falle ein Kraftwerk aus, müsse Regelenergie ins Elektrizitätsnetz eingespeist werden. Es entspreche dem Grundsatz der Verursachergerechtigkeit, dass diese Kosten individuell angelastet würden. Werde die Regelleistung ausschliesslich von den Endverbrauchern bezahlt, habe der Kraftwerksbetreiber keinen Anreiz, Ausfälle zu vermeiden. Auch das Flexibilitätsbedürfnis lasse eine Regelung auf Verordnungsstufe zu. Da es sich bei Art. 31*b* Abs. 2 StromVV um eine befristete Übergangsbestimmung handle, sei der Eingriff weniger intensiv. Zudem beruhe er auf einem breiten Konsens.

Diese Ausführungen der Vorinstanz sind zwar allesamt nachvollziehbar. So trifft es insbesondere zu, dass Sinn und Zweck von Art. 31*b*

StromVV sein sollte, die Kosten für SDL verursachergerecht zu verrechnen, damit die angekündigten Strompreiserhöhungen gedämpft werden könnten (vgl. Medienmitteilung des BFE vom 5. Dezember 2008). Sie ändern jedoch nichts an der Tatsache, dass für neue Zahlungspflichtige bzw. die Einführung einer neuen Kategorie von Zahlungspflichtigen des Netznutzungsentgelts gestützt auf Art. 164 Abs. 1 BV eine Grundlage im formellen Gesetz erforderlich ist (vgl. vorne E. 10.1). Ein Abweichen vom Erfordernis der Gesetzmässigkeit aus Gründen der Praktikabilität – das BFE hält in seiner Medienmitteilung vom 5. Dezember 2008 fest, die Massnahmen gemäss revidierter StromVV seien "einfach zu vollziehen" und würden zu einer "kurzfristig wirksamen Strompreisreduktion" führen – ist nicht zulässig. Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber in Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG nicht etwa den Verordnungsgeber in verfassungswidriger Weise ermächtigt, in Bezug auf das Netznutzungsentgelt zusätzliche Zahlungspflichtige neben den Endverbrauchern gemäss Art. 14 Abs. 2 StromVG festzulegen. Zudem handelt es sich bei den allgemeinen SDL-Kosten, wie bereits mehrmals ausgeführt, gerade nicht um individuelle Kosten, die dem jeweiligen Verursacher angelastet werden könnten (vgl. vorne E. 10.2).

10.4 Da die Belastung von Kraftwerken mit Kosten für allgemeine SDL aufgrund der heutigen Gesetzesgrundlagen an sich nicht zulässig ist, erübrigt sich die Prüfung, ob die Grenze von 50 MW – wie die Vorinstanz anführt – sachlich gerechtfertigt ist.

10.5 Die Vorinstanz bringt weiter vor, die Exekutive könne beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung kraft ihrer Kompetenz zur Regelung des Inkrafttretens auch das Übergangsrecht umfassend ordnen und verweist dazu auf BGE 106 Ia 256 f. Auch daraus kann die Vorinstanz jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, da der Verordnungsgeber im vorliegenden Fall über seine ihm übertragene Kompetenz zur Regelung der Überwälzung der Kosten in Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG hinausgegangen ist und mit den Betreibern von Kraftwerken in der StromVV neue Zahlungspflichtige bzw. eine neue Kategorie von Zahlungspflichtigen betreffend das Netznutzungsentgelt eingeführt hat. Dagegen enthält die Übergangsregelung in BGE 106 Ia 254 E. 2c keine grundsätzlichen Rechtssätze im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV.

11.

Da das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommt, dass die Be-

schwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Betreiberin eines Kraftwerks mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW nicht mit Kosten für allgemeine SDL belastet werden kann, ist Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung, soweit sie betreffend, aufzuheben. Auf die Einwände der Beschwerdeführerin betreffend Anwendung der Gutachten SDL bzw. Preisindex ist bei diesem Stand der Dinge nicht weiter einzugehen.

12.

12.1 Die Beschwerdeführerin beantragt auch die Aufhebung von Ziff. 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Aus der Beschwerdebegründung ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin den von der Vorinstanz für allgemeine SDL festgelegten Tarif von 0.77 Rappen/kWh (Ziff. 2 Satz 1 des Dispositivs) nicht bestreitet. Sie rügt lediglich, dass von diesen 0.77 Rappen/kWh 0.4 Rappen/kWh den Netzbetreibern und den direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbrauchern angelastet werden dürfen (Ziff. 2 Satz 2 des Dispositivs). Nur insofern ist Ziff. 2 des Dispositivs deshalb nachfolgend auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen.

Anzumerken bleibt, dass Ziff. 2 Satz 2 des Dispositivs "die Endverbraucher" aufführt, welchen die 0.4 Rappen/kWh entsprechend der "bezogenen elektrischen Energie" angelastet werden sollen. Dabei handelt es sich um einen Redaktionsfehler. Gemeint sind Art. 31*b* Abs. 1 StromVV folgend die Netzbetreiber und die direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Endverbraucher, welchen die 0.4 Rappen/kWh entsprechend der "bezogenen Energie der Endverbraucher" angelastet werden.

12.2 Art. 31*b* Abs. 1 StromVV bestimmt, dass den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern die Kosten für allgemeine SDL zu höchstens 0.4 Rappen/kWh in Rechnung gestellt werden.

Die Beschränkung der Belastung der Netzbetreiber und der am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbraucher auf 0.4 Rappen/kWh erfolgte erst mit der Revision der StromVV vom 12. Dezember 2008 (vgl. vorne E. 8.5) und im Hinblick auf die Bestimmung von Art. 31*b* Abs. 2 StromVV, wonach auch Betreiber von Kraftwerken mit Kosten für allgemeine SDL belastet werden sollten. Wie bereits festgehalten, ist Art. 31*b* Abs. 2 StromVV gesetz- und verfassungswidrig und kann nicht angewendet werden. Das StromVG sieht vor, dass das

gesamte Netznutzungsentgelt und damit auch die gesamten Kosten für allgemeine SDL von den Endverbrauchern zu tragen sind (Art. 14 Abs. 2 StromVG; vorne E. 9.3.5). Zur Beschränkung der Belastung der Endverbraucher hat der Gesetzgeber im Gegenzug verbindliche Vorschriften zur Berechnung des Netznutzungsentgelts, insbesondere der anrechenbaren Kosten, erlassen (Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 StromVG). Die Vorinstanz hat die Kompetenz, zu überprüfen, welche Kosten anrechenbar im Sinne von Art. 15 Abs. 1 StromVG sind (Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG).

Die von der Vorinstanz anerkannten Kosten für allgemeine SDL entsprechen einem Tarif von 0.77 Rappen/kWh (vgl. Ziff. 2 Satz 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung). Diese Kosten sind den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der Endverbraucher vollumfänglich in Rechnung zu stellen. Art. 31b Abs. 1 StromVV ist somit insofern gesetzwidrig und kann nicht zur Anwendung gelangen, als er bestimmt, dass den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern nur ein Tarif für allgemeine SDL zu höchstens 0.4 Rappen/kWh in Rechnung gestellt werden kann. In diesem Sinne ist auch Ziff. 2 Satz 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung mit Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben.

13.

13.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, ihr seien Gebühren auferlegt worden, obwohl sie nicht Adressatin der angefochtenen Verfügung sei. Der verwendete Verteilschlüssel führe zudem zu einer nicht nachvollziehbaren unproportionalen Verteilung der Gebühren.

13.2 Die Vorinstanz hält dagegen, die Beschwerdeführerin habe im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung gehabt, ihr könnten deshalb auch Gebühren auferlegt werden. Die Vorinstanz habe die Gesamtkosten nach Zeitaufwand ermittelt. Zur Kostenaufteilung unter den Parteien in einem Mehrparteienverfahren würden sich die verfahrensrechtlichen Bestimmungen nicht äussern. Sie habe sich daher von allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kriterien leiten lassen. Das Mass der vorgenommenen Kürzungen und damit gewissermassen das Fehlverhalten der Parteien erscheine ihr als sachgerechtes Kriterium für die Gebührenverteilung. Die von ihr festgelegte Kostenaufteilung anhand der vorgenommenen Kürzungen nehme Bezug auf die Hand-

lungsbeiträge der Parteien. Zudem habe sie Grundsatzfragen zu klären gehabt, welche alle Parteien betroffen hätten. Im Abgaberecht seien nach der bundesgerichtlichen Praxis gewisse Schematisierungen und Pauschalisierungen bei der Berechnung der Gebühren zulässig.

13.3 Der Beschwerdeführerin wurden in der angefochtenen Verfügung Gebühren in der Höhe von Fr. 37.-- auferlegt. Aufgrund der geringen Höhe dieser Gebühr verzichtete die Vorinstanz auf eine Erhebung derselben (vgl. Dispositiv-Ziff. 13 letzter Satz der angefochtenen Verfügung).

Von vornherein hat die Beschwerdeführerin lediglich insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 13 der angefochtenen Verfügung, als ihr selbst Gebühren in der Höhe von Fr. 37.-- auferlegt wurden. Soweit die Beschwerdeführerin eine weitergehende Aufhebung verlangt, verfügt sie über kein eigenes schutzwürdiges Interesse, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

Aber auch in Bezug auf die der Beschwerdeführerin konkret auferlegte Gebühr erleidet sie keinen Nachteil, da die Vorinstanz, wie bereits ausgeführt, auf eine Erhebung verzichtete. Der Beschwerdeführerin fehlt somit auch diesbezüglich das schutzwürdige Interesse an einer Aufhebung oder Änderung der Verfügung (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG; vgl. auch BGE 135 I 265 E. 1.4). Soweit die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 13 der angefochtenen Verfügung verlangt wird, ist auf die Beschwerde somit nicht einzutreten.

14.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Verfahrensrechte der Beschwerdeführerin nicht verletzt hat. Jedoch verstösst Art. 31b Abs. 2 StromVV gegen Art. 164 Abs. 1 BV und Art. 14 Abs. 2 StromVG, ist mit andern Worten verfassungs- und gesetzwidrig und kann damit nicht angewendet werden. Art. 31b Abs. 1 StromVV ist insofern gesetzwidrig und kann nicht zur Anwendung gelangen, als er bestimmt, dass den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern nur ein Tarif für allgemeine SDL zu höchstens 0.4 Rappen/kWh in Rechnung gestellt werden kann. In Bezug auf die Auferlegung vorinstanzlicher Gebühren fehlt der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse, weshalb insofern auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist somit teilweise gutzuheissen und Ziff. 2 Satz 2 sowie Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 6. März 2009 sind – soweit die Beschwerdeführerin betreffend – aufzuheben. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

15.

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten, die im vorliegenden Fall auf Fr. 5'000.-- festgesetzt werden, grundsätzlich der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da die Beschwerdeführerin wie auch die Beschwerdegegnerin weitgehend obsiegen, haben sie einen Kostenanteil von bloss je einem Fünftel, d.h. Fr. 1'000.--, zu tragen, während der hauptsächlich unterliegenden Vorinstanz nach Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt werden können. Demnach ist der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- mit den auferlegten Kosten von Fr. 1'000.-- zu verrechnen und im Umfang von Fr. 1'500.-- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

16.

Der weitgehend obsiegenden Beschwerdeführerin steht eine Parteientschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat keine Honorarnote eingereicht, weshalb die Entschädigung auf Grund der Akten festzusetzen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung für das gesamte Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist auf Fr. 7'500.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen, wovon die Beschwerdeführerin einen Fünftel aufgrund ihres teilweisen Unterliegens selber zu tragen hat. Die ihr auszurichtende Parteientschädigung von noch Fr. 6'000.-- wird entsprechend den Unterliegensanteilen im Umfang von Fr. 1'500.-- der Beschwerdegegnerin und im Umfang von Fr. 4'500.-- der Vorinstanz auferlegt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziff. 2 Satz 2 sowie Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 6. März 2009 werden mit Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Von den gesamten Verfahrenskosten von Fr. 5'000.-- werden Fr. 1'000.-- der Beschwerdeführerin und ebenfalls Fr. 1'000.-- der Beschwerdegegnerin auferlegt.

Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- wird mit den auferlegten Kosten von Fr. 1'000.-- verrechnet und ihr im Umfang von Fr. 1'500.-- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

3.

Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.-- zugesprochen. Davon sind ihr Fr. 1'500.-- durch die Beschwerdegegnerin und Fr. 4'500.-- durch die Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

André Moser

Christian Kindler

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 Frist steht still vom 15. Juli bis und mit dem 15. August 2010 (Art. 46 Abs. 1 Bst. b BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 12. Juli 2010