



## Urteil vom 26. März 2012

---

Besetzung

Richter Lorenz Kneubühler (Vorsitz),  
Richter André Moser, Richter Christoph Bandli, Richterin  
Kathrin Dietrich, Richterin Marianne Ryter Sauvant,  
Gerichtsschreiber Benjamin Kohle.

---

Parteien

1. **La Commune de Lausanne**,  
Services Industriels de Lausanne, service de l'électricité,  
Place Chauderon 25, 1002 Lausanne,

2. **Services Industriels de Genève, SIG**,  
Chemin du Château-Bloch 2, 1219 Le Lignon,

beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer und  
Rechtsanwalt lic.iur. Michael Vleck, Schellenberg Wittmer  
Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, Postfach 1876,  
8021 Zürich,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

**Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom**,  
3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Rückerstattung von Akontozahlungen für Systemdienstleistungen 2009 und 2010.

**Sachverhalt:****A.**

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

**B.**

Entsprechend den festgesetzten Tarifen hat die swissgrid ag der Gemeinde Lausanne und den SIG jeweils rückwirkend ab dem 1. Januar Akontorechnungen für das Erbringen von SDL gestellt. Darüber hinaus forderte die swissgrid ag mit Rechnung erstmals vom 24. April 2009 zusätzliche Akontozahlungen für das Erbringen von SDL ein, dies rückwirkend ab dem 1. Januar 2009 für die Dauer eines Jahres.

**C.**

Gegen die zusätzlich eingeforderten Akontozahlungen erhoben die SIG mit Schreiben vom 20. Mai 2009 Beschwerde bei der EiCom und beantragten, es seien die entsprechenden Rechnungen zu stornieren. Zur Begründung hielten die SIG fest, die zusätzlich eingeforderten Akontozahlungen seien nicht durch die Verfügung der EiCom vom 6. März 2009 betreffend die Tarife 2009 gedeckt und es fehle ihnen an einer genügenden gesetzlichen Grundlage.

Bezugnehmend auf die bei der EiCom erhobene Beschwerde teilte diese den SIG mit Schreiben vom 18. Juni 2009 mit, dass sich auch die zusätzlich eingeforderten Akontozahlungen auf Art. 31b Abs. 2 StromVV und damit eine genügende gesetzliche Grundlage stützen würden. Zudem stünden die definitiven Kosten für SDL für das Jahr 2009 erst Ende des

Jahres fest und sei deren Höhe alsdann Gegenstand eines formellen Genehmigungsverfahrens. Den SIG stehe die Möglichkeit offen, sich an jenem Verfahren als Partei zu beteiligen. Die EICom forderte die SIG schliesslich auf, mitzuteilen, ob gleichwohl an der Beschwerde festgehalten und eine anfechtbare Verfügung verlangt werde.

**D.**

Die Gemeinde Lausanne ihrerseits teilte der swissgrid ag mit Schreiben vom 27. Mai 2009 mit, sie sei nur unter folgender Bedingung bereit, die zusätzlichen Akontozahlungen zu leisten:

Le SEL [service de l'électricité de Lausanne] accepte de procéder aux paiements des acomptes supplémentaires de 0.35 ct/kWh dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et, en contrepartie, Swissgrid certifie au SEL qu'en cas de succès des recours déposés à l'encontre de l'application de l'article 31b OApEL, elle leur remboursera l'intégralité des montants versés y compris les éventuels intérêts.

**E.**

Die swissgrid ag begründete mit Schreiben vom 9. Juni 2009 an die Gemeinde Lausanne und mit Schreiben vom 19. Juni 2009 an die SIG die zusätzlich eingeforderten Akontozahlungen. Sie hielt fest, der mit Verfügung der EICom vom 6. März 2009 festgesetzte Tarif 2009 reiche zur Deckung der Kosten für SDL nicht aus. Aus diesem Grund würden, um eine zinspflichtige Vorfinanzierung der Kosten durch die swissgrid ag zu vermeiden, zusätzliche Akontozahlungen in Rechnung gestellt. In beiden Schreiben ist zudem festgehalten:

Sollte in einem rechtskräftigen Entscheid gegenüber swissgrid die Vorgehensweise in Bezug auf den zusätzlichen Akonto-Verrechnungssatz [zusätzliche Akontozahlungen] oder dessen Höhe korrigiert werden oder die Anwendung von Art. 31b StromVV als nicht rechtmässig festgestellt werden, wird swissgrid allenfalls zuviel erhobene Akontobeiträge zurück erstatten.

**F.**

Die Gemeinde Lausanne hielt mit Schreiben vom 11. Juni 2009 an die swissgrid ag fest, von deren Rückzahlungsbereitschaft Kenntnis zu nehmen. Sie sei daher bereit, die zusätzlich eingeforderten Akontozahlungen zu leisten, dies allerdings unter dem Vorbehalt der Rückforderung, wenn rechtskräftig festgestellt werde, dass Art. 31b StromVV gegen geltendes Recht verstosse oder die zusätzlichen Akontozahlungen nicht rechtmässig seien. Dieser Vorbehalt gelte auch für alle bereits geleisteten Akontozahlungen.

Mit Schreiben vom 30. Juni 2009 teilten die SIG der EICom und in Kopie der swissgrid ag mit, ebenfalls zur Leistung der zusätzlich eingeforderten Akontozahlungen bereit zu sein, zumal die definitive Höhe der Kosten für SDL zu einem späteren Zeitpunkt Gegenstand eines formellen Verfahrens sei.

#### **G.**

Auf Beschwerde der von den eingangs erwähnten Tariffestlegungen ebenfalls betroffenen Gommerkraftwerke AG hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem publizierten Urteil BVGE 2010/49 vom 8. Juli 2010 festgehalten, dass Art. 31b Abs. 2 StromVV gesetzes- und verfassungswidrig ist (BVGE 2010/49 E. 10.1). Die Festlegung der Tarife 2009 für SDL für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von 50 MW – nur diese bildeten den Streitgegenstand – wurde in Bezug auf die Gommerkraftwerke AG aufgehoben.

#### **H.**

Bezugnehmend auf das vorerwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ersuchten die Gemeinde Lausanne und die SIG mit Schreiben vom 30. September 2010 bzw. 25. Oktober 2010 die swissgrid ag um Rückerstattung sämtlicher in den Jahren 2009 und 2010 für SDL geleisteten Akontozahlungen.

#### **I.**

Die swissgrid ag wies die Forderungen der Gemeinde Lausanne und der SIG mit inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmenden Schreiben vom 8. bzw. 11. November 2010 zurück. Zur Begründung hielt sie fest, das Bundesverwaltungsgericht habe die Verfügung vom 6. März 2009 nur in Bezug auf die beschwerdeführende Gommerkraftwerke AG aufgehoben. Ein rechtskräftiger Entscheid, der das Verhältnis zwischen der swissgrid ag und der Gemeinde Lausanne bzw. den SIG betreffe, liege demgegenüber nicht vor. Die Verfügungen der EICom vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 seien weder durch die Gemeinde Lausanne noch durch die SIG angefochten worden und aus diesem Grund in Rechtskraft erwachsen.

#### **J.**

Gegen die Weigerung der swissgrid ag, die geleisteten Akontozahlungen zurückzuerstatten, wandten sich die Gemeinde Lausanne und die SIG mit inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmenden, als "Beschwerden" bezeichneten Eingaben vom 9. bzw. 15. Dezember 2010 an die EICom. Sie

verlangten zur Hauptsache die Aufhebung der Verfügungen der swissgrid ag vom 8. bzw. 11. November 2010 und die Rückerstattung der für SDL geleisteten Akontozahlungen zuzüglich Verzugszins. Eventualiter beantragten die beiden Kraftwerksbetreiberinnen den Erlass einer Feststellungsverfügung, wonach die swissgrid ag zu hohe Akontozahlungen für SDL verlangt und diese zurückzuerstatten habe.

Zur Begründung hielten die Gemeinde Lausanne und die SIG in formeller Hinsicht fest, die Schreiben der swissgrid ag vom 8. bzw. 11. November 2010, mit denen sich diese geweigert habe, die für SDL geleisteten Akontozahlungen zurückzuerstatten, würden Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) darstellen. Die swissgrid ag trete der Gemeinde Lausanne und den SIG gegenüber hoheitlich auf, wende Bundesverwaltungsrecht an und die Abweisung von Rückforderungsansprüchen sei unmittelbar auf die Feststellung von ihnen obliegenden Pflichten gerichtet.

In materieller Hinsicht berufen sich die Gemeinde Lausanne und die SIG im Wesentlichen auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Die swissgrid ag habe zugesichert, die für SDL geleisteten Akontozahlungen zurückzuerstatten, sollte die Anwendung von Art. 31b StromVV als nicht rechtmässig festgestellt werden. Zudem hätten sie beide ihre Akontozahlungen nur unter einem entsprechenden Vorbehalt geleistet. Nachdem zwischenzeitlich das Bundesverwaltungsgericht die Verfassungs- und Gesetzeswidrigkeit von Art. 31b StromVV festgestellt habe, seien ihre Rückforderungsansprüche zu schützen.

#### **K.**

Nachdem die EICom zwischenzeitlich ein erstinstanzliches Verfahren eröffnet hatte, ergänzten die Gemeinde Lausanne und die SIG mit Schreiben vom 4. bzw. 14. Februar 2011 ihre Eingaben vom 9. bzw. 15. Dezember 2010. Sie hielten fest, es habe sich bei den geleisteten Akontozahlungen lediglich um provisorische Zahlungen gehandelt. Eine abschliessende, der Höhe nach bestimmte Zahlungsverpflichtung sei demgegenüber bisher nicht verfügt worden. Die Gemeinde Lausanne und die SIG sind schliesslich der Ansicht, es sei zwischen ihnen und der swissgrid ag ein verwaltungsrechtlicher, eventualiter ein privatrechtlicher Vertrag über die Rückzahlung der geleisteten Akontozahlungen zustande gekommen. Sie verweisen hierzu auf den Schriftverkehr mit der swissgrid ag aus dem Jahr 2009 und die darin geäusserten, übereinstimmenden

Willenserklärungen hinsichtlich der Rückzahlung der geleisteten Akontozahlungen.

## L.

Die ECom wies die Begehren der Gemeinde Lausanne und der SIG mit inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmenden Verfügungen vom 12. Mai 2011 ab, soweit sie darauf eintrat. Auf die Wiedererwägungsgesuche ist die ECom nicht eingetreten.

In ihrer Begründung äussert sich die ECom vorab zur Frage, ob der swissgrid ag eine Verfügungsbefugnis zustehe und mithin deren Weigerung, geleistete Akontozahlungen zurückzuerstatten, eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstelle. Sie hält fest, auch Private und dezentralisierte öffentliche Unternehmen könnten je nach Aufgabenbereich als Behörden im Sinne von Art. 1 VwVG auftreten. Verfügungsbefugnisse stünden ihnen jedoch nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung zu. Da sich eine solche zu Gunsten der swissgrid ag weder aus dem Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (StromVG, SR 734.7) noch aus der StromVV ergebe, sei die swissgrid ag jedenfalls im Anwendungsbereich von Art. 31b StromVV keine zum Erlass von Verfügungen ermächtigte Behörde. Die Weigerung der swissgrid ag, geleistete Akontozahlungen zurückzuerstatten, sei daher keine Verfügung und das Verfahren vor der ECom nicht als Beschwerde- sondern als erstinstanzliches Verwaltungsverfahren zu führen.

Weiter hält die ECom fest, die Gemeinde Lausanne und die SIG würden mit ihren Anträgen eine nachträgliche Abänderung bzw. Aufhebung der beiden formell rechtskräftigen Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 anbegehren. Bei den als Beschwerden bezeichneten Eingaben handle es sich daher im Ergebnis um Wiedererwägungsgesuche, auf die jedoch nicht einzutreten sei. Nach dem publizierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2010/49 seien zwar beide Verfügungen zu Folge fehlender gesetzlicher Grundlage ursprünglich fehlerhaft. Die Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips führe jedoch grundsätzlich nur zur Anfechtbarkeit einer Verfügung. Gründe, die der Gemeinde Lausanne bzw. den SIG einen Anspruch auf Wiedererwägung einräumen würden, seien nicht ersichtlich.

Schliesslich sieht die ECom in der Zusicherung der swissgrid ag, einverlangte Akontozahlungen allenfalls zurückzuerstatten, keine dem Vertrauensschutz unterliegende Zusicherung einer Behörde. Die swissgrid ag

nehme keine staatliche bzw. Verwaltungsaufgabe wahr und sei entsprechend keine Behörde. Daran ändere nichts, dass die swissgrid ag durch Gesetz zur Erfüllung bestimmter Aufgaben verpflichtet sei. Von einer staatlichen Aufgabe könne nur ausgegangen werden, wenn deren Erfüllung primär Sache des Staates sei. Dies treffe jedoch vorliegend nicht zu. Die Energieversorgung sei Sache der Energiewirtschaft. Da die swissgrid ag also nicht in Erfüllung einer ihr übertragenen staatlichen Aufgabe handle, könne sie weder behördliche Zusicherungen abgeben noch verwaltungsrechtliche Verträge schliessen. Massgebend für das Verhältnis zwischen der swissgrid ag und der Gemeinde Lausanne bzw. den SIG seien daher die rechtskräftigen Verfügungen der EICom vom 6. März 2009 und 4. März 2010. Diese könnten zudem nicht durch den Abschluss einer privatrechtlichen Vereinbarung abgeändert werden.

#### **M.**

Mit Schreiben je vom 20. Juni 2011 erheben die Gemeinde Lausanne (Beschwerdeführerin 1) und die SIG (Beschwerdeführerin 2) getrennt Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Die Rechtschrift der Beschwerdeführerin 1 ist in deutscher, jene der Beschwerdeführerin 2 in französischer Sprache abgefasst.

Mit Zwischenverfügung vom 23. Juni 2011 an die Beschwerdeführerin 2 stellt das Gericht in Aussicht, beide Beschwerdeverfahren zu vereinigen und in deutscher Sprache zu führen. Die Beschwerdeführerin 2 erhebt hiergegen keine Einwände und legt mit Schreiben vom 14. Juli 2011 eine deutsche Fassung ihrer am 20. Juni 2011 eingereichten Rechtschrift ins Recht. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 18. Juli 2011 werden die beiden Beschwerdeverfahren vereinigt.

#### **N.**

Die Beschwerdeführerinnen beantragen übereinstimmend, es seien die Verfügungen der EICom (Vorinstanz) vom 12. Mai 2011 aufzuheben und es seien ihnen die für SDL geleisteten Akontozahlungen im Umfang von Fr. 3'975'241.58 zuzüglich Verzugszins zu 5 % ab dem 5. Februar 2011 bzw. Fr. 4'454'412.44 zuzüglich Verzugszins zu 5 % ab dem 15. Februar 2011 zurückzuerstatten. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen für die Tarifjahre 2009 und 2010 nicht mit Kosten für SDL belastet werden dürften. Beschwerdeführerin 1 verlangt in einem weiteren Eventualbegehren, es sei die Vorinstanz zu verpflichten, die Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 betreffend die Tarife 2009 und 2010 in Wiedererwägung zu ziehen. Beschwerdeführerin 2 stellt ins-

gesamt drei weitere Eventualanträge. Sie verlangt, es seien ihr die von der swissgrid ag (Beschwerdegegnerin) zusätzlich eingeforderten Akontozahlungen im Umfang von Fr. 992'084.13 zuzüglich Verzugszins zu 5 % ab dem 15. Februar 2011 zurückzuerstatten oder es sei festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin 2 zusätzliche, nicht geschuldete Akontozahlungen für SDL verlangt habe. Schliesslich beantragt auch Beschwerdeführerin 2, es sei die Vorinstanz zu verpflichten, die Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 betreffend die Tarife 2009 und 2010 in Wiedererwägung zu ziehen.

In ihrer Begründung erheben die Beschwerdeführerinnen vorab formelle Rügen. Sie halten der Vorinstanz vor, sie habe ihre Begehren zu Unrecht in einem erstinstanzlichen Verfahren beurteilt. Die Beschwerdegegnerin sei sehr wohl mit hoheitlichen Kompetenzen ausgestattet, wie insbesondere Art. 20 Abs. 2 Bst. c StromVG zeige. Zudem sei der Transport von Energie als staatliche Aufgabe anzusehen. Die Beschwerdegegnerin handle mittels Verfügungen, wenn sie autoritativ Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerinnen festlege. Aus diesem Grund hätte die Vorinstanz ihre Begehren im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens beurteilen müssen. Sie habe zudem nicht begründet, inwiefern sich aus den Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 eine abschliessende und der Höhe nach bestimmte Kostentragungspflicht der Beschwerdeführerinnen für SDL ergebe. Damit habe sie den Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör verletzt und es seien die angefochtenen Verfügungen bereits aus diesem Grund aufzuheben.

In materieller Hinsicht erneuern die Beschwerdeführerinnen ihren Vorhalt, es liege keine rechtskräftige Verfügung über die Anlastung von Kosten für SDL vor. Bei den Verfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 handle es sich um Tarifverfügungen, die an die Beschwerdegegnerin gerichtet seien und lediglich einen provisorischen Tarif für Akontozahlungen festlegen würden. Eine Zahlungsverpflichtung zu Lasten der Beschwerdeführerinnen sei hingegen bisher nicht verfügt worden. Und selbst wenn davon auszugehen wäre, dass sich eine Zahlungsverpflichtung bereits aus den Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 ergäbe, würde es sich diesbezüglich lediglich um Zwischenverfügungen handeln. In diesem Fall könnte die Kostenanlastung entsprechend Art. 46 Abs. 2 VwVG zusammen mit der Endverfügung bzw. der Genehmigung der Kosten für SDL durch die Vorinstanz gerügt werden und wäre noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Da also in jedem Fall eine rechtskräftige Zahlungsverpflichtung zu Lasten der Beschwerdeführerinnen

nen fehle und eine solche zu Folge des publizierten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2010/49 auch nicht mehr verfügt werden könne, sei die Beschwerdegegnerin ungerechtfertigt um die geleisteten Akontozahlungen bereichert und es seien diese zurückzuerstatten. Ein Anspruch auf Rückerstattung ergebe sich mit Blick auf die Zusicherung der Beschwerdegegnerin zudem aus Treu und Glauben und aufgrund übereinstimmender Willenserklärungen auch aus Vertrag. Aufgrund des vorerwähnten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts wäre die Vorinstanz schliesslich verpflichtet gewesen, auf die Wiedererwägungsgesuche einzutreten. Den Verfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 fehle es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage, was gerade im Abgaberecht einem schwerwiegenden materiellen Fehler gleichkomme und daher einen Anspruch auf Wiedererwägung begründe. Nicht haltbar seien die Nichteintretensentscheide zudem aufgrund von Art. 20 Abs. 1 StromVG, der einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb vorschreibe.

**O.**

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 19. September 2011, die Beschwerden seien abzuweisen. Zu den formellen Rügen der Beschwerdeführerinnen hält sie fest, sie sei vom Gesetzgeber nicht als Beschwerdeinstanz ausgestaltet worden. Vielmehr überprüfe sie die von der Beschwerdegegnerin publizierten Tarife als erste Instanz und erst ihre Entscheide würden eine Verfügung darstellen. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf die angefochtenen Verfügungen vom 12. Mai 2011 und diejenigen vom 6. März 2009 und 4. März 2010.

**P.**

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 19. September 2011, nicht als Beschwerdegegnerin einbezogen zu werden, soweit das Nichteintreten der Vorinstanz auf die Wiedererwägungsgesuche Gegenstand der Beschwerde sei. Im Übrigen verzichte sie auf einen Antrag, weshalb ihr unabhängig vom Verfahrensausgang keine Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuerlegen seien.

Gleichwohl lässt sich die Beschwerdegegnerin ausführlich zur Sache vernehmen. Sie stellt insbesondere in Frage, dass mittels der Verfügungen vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 abschliessend über die Frage der Kostenanlastung für SDL entschieden worden sei. Ihrer Ansicht nach müsse betroffenen Kraftwerksbetreibern der Beschwerdeweg gegen die Endabrechnung bzw. die Genehmigung der Kosten für SDL offen stehen, wobei auch Rügen gegen das Bestehen einer Kostentragungspflicht zu-

zulassen seien. Im Verhältnis zu den Beschwerdeführerinnen seien jedoch ohne einen anderslautenden, rechtskräftigen Entscheid die Verfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 massgebend. Auf die übrigen Ausführungen der Beschwerdegegnerin wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

**Q.**

Die Beschwerdeführerinnen halten mit Schreiben vom 4. November 2011 an ihren Auffassungen fest. Den beiden Tarifverfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 komme lediglich provisorischer Charakter zu. Zum Zeitpunkt, da die beiden Verfügungen erlassen worden seien, hätten die effektiven Kosten für SDL und auch die von den Kraftwerken erzeugte Bruttoenergie noch gar nicht festgestanden. Aus den beiden genannten Verfügungen könne sich daher keine definitive Kostentragungspflicht ergeben. Vielmehr brauche es den Erlass einer weiteren Verfügung, um den beiden Beschwerdeführerinnen einen bestimmten Anteil an den Kosten für SDL definitiv anzulasten. Insgesamt seien daher die beiden Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 als Zwischenverfügungen anzusehen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1.** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, soweit diese von einer Behörde im Sinne von Art. 33 VGG erlassen worden sind. Bei der Vorinstanz handelt es sich um eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG. Ein Ausnahmegrund nach Art. 32 VGG liegt nicht vor und die angefochtenen Verfügungen stellen zulässige Anfechtungsobjekte dar. Damit ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der erhobenen Beschwerden sachlich zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG). Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2.** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG legitimiert, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerinnen sind mit ihren

Rechtsbegehren vor der Vorinstanz nicht durchgedrungen. Damit sind sie durch die angefochtenen Verfügungen formell und materiell beschwert und aus diesem Grund zur Beschwerdeerhebung legitimiert.

**1.3.** Die Beschwerdeführerinnen beantragen eventualiter, es sei festzustellen, dass sie nicht mit Kosten für allgemeine SDL belastet werden dürften (Rechtsbegehren 2 der Beschwerdeführerin 1 sowie Rechtsbegehren 2 und 4 der Beschwerdeführerin 2).

Dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schützenswertes Interesse glaubhaft macht. Erforderlich ist ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und welches nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (BGE 137 II 199 E. 6.5; BGE 132 V 257 E. 1; ISABELLE HÄNER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 25 N 20).

Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Rückerstattung der bereits geleisteten Akontozahlungen. Mit Blick auf diese Leistungsbegehren besteht kein schutzwürdiges Interesse am Erlass der angebehrten Feststellungsverfügungen, welche dieselben Beträge betreffen. Auf die entsprechenden Rechtsbegehren ist daher nicht einzutreten.

**1.4.** Der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach den in den angefochtenen Verfügungen vom 12. Mai 2011 geregelten Rechtsverhältnissen und den Parteibegehren. Dabei kann Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nur sein, was Gegenstand der vorinstanzlichen Verfahren war. Streitfragen, über welche die Vorinstanz nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen, da sie ansonsten in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingreifen würde. Auf entsprechende Parteibegehren könnte nicht eingetreten werden (BGE 133 II 35 E. 2; BVGE 2009/37 E. 1.3.1). Liegt ein Nichteintretensentscheid vor, können im Beschwerdeverfahren also keine Begehren in der Sache selbst gestellt werden. Lediglich die formelle Prüfung der Vorinstanz kann in diesen Fällen Gegenstand der materiellen Beurteilung durch die Beschwerdeinstanz sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1471/2006 und A-1472/2006 vom 3. März 2008 E. 1.2).

Die Vorinstanz hat in ihren Verfügungen vom 12. Mai 2011 erwogen, über die Zahlungspflicht der Beschwerdeführerinnen sei bereits rechtskräftig verfügt worden. Entsprechend hat sie die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen zunächst als Wiedererwägungsgesuche entgegengenommen und ist auf diese sodann nicht eingetreten. Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Rückerstattung der geleisteten Akontozahlungen aus Treu und Glauben und aus Vertrag verlangt hatten, wies die Vorinstanz die Rechtsbegehren ab. Streitgegenstand ist also zum einen die Frage der Anhandnahme der Wiedererwägungsgesuche durch die Vorinstanz. Dabei ist vorfrageweise zu prüfen, ob diese die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen zu Recht als solche qualifiziert hat, was wiederum davon abhängt, ob über die Zahlungsverpflichtung der Beschwerdeführerinnen tatsächlich bereits rechtskräftig verfügt worden ist. Zum anderen ist Streitgegenstand die Frage, ob den Beschwerdeführerinnen aus Treu und Glauben oder aus Vertrag ein Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Akontozahlungen zukommt.

**1.5.** Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG) ist vorbehalten des in E. 1.3 hiervoor Ausgeführten einzutreten.

## **2.**

Die Beschwerdegegnerin beantragt in formeller Hinsicht, nicht in der Funktion einer Beschwerdegegnerin ins Verfahren einbezogen zu werden, soweit das Nichteintreten der Vorinstanz auf die Wiedererwägungsgesuche Gegenstand der Beschwerde sei. Zur Begründung hält sie im Wesentlichen fest, nicht in ihren schutzwürdigen Interessen betroffen zu sein, selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis käme, dass die Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 in Wiedererwägung zu ziehen seien.

Die Beschwerdegegnerin ist Adressatin der beiden Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 und bereits aus diesem formellen Grund als Beschwerdegegnerin beizuziehen. Sie ist vom Ausgang des Verfahrens zudem in ihren rechtlichen oder tatsächlichen Interessen betroffen. Im Falle der Gutheissung der Beschwerden hätte sie den Beschwerdeführerinnen die von ihnen geleisteten Akontozahlungen zzgl. eines Verzugszinses zurückzuerstatten. Sodann müsste sie die Kosten für SDL, die nicht mehr den Beschwerdeführerinnen angelastet werden könnten, von Dritten erhältlich zu machen versuchen. Sie ist daher vom Verfahrensausgang mehr als die Allgemeinheit betroffen und aus diesem Grund

uneingeschränkt als Beschwerdegegnerin in das Beschwerdeverfahren einzubeziehen. Ihr Begehren ist entsprechend abzuweisen.

### **3.**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtenen Verfügungen auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **4.**

**4.1.** Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vorinstanz vor, sie habe die angefochtenen Verfügungen vom 12. Mai 2011 ungenügend begründet und damit ihren Gehörsanspruch verletzt. Nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Demnach hat die Behörde die Vorbringen der Parteien tatsächlich zu hören, zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (BGE 136 I 229 E. 5.2). Damit hängt die Pflicht der Behörde zusammen, ihre Verfügung zu begründen, da sich meist nur anhand der Verfügungsbegründung feststellen lässt, ob die Behörde ihrer Prüfungs- und Berücksichtigungspflicht nachgekommen ist. Die Rechtsprechung leitet daher aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör eine Begründungspflicht der Behörde ab (BGE 136 I 229 E. 5.2; BGE 117 Ib 481 E. 6b/bb; vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG).

**4.2.** Die Anforderungen an die Begründung einer Verfügung sind unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls sowie der Interessen der Betroffenen zu bestimmen. Die erforderliche Begründungsdichte ist namentlich abhängig von der Eingriffsschwere des Entscheids, den Vorbringen der Verfahrensbeteiligten sowie der Komplexität des Sachverhalts und der sich stellenden rechtlichen Fragen (Urteil des Bundesgerichts 1P.736/2001 vom 5. April 2002 E. 3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 5.3.3; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 347). Die Begründung einer Verfügung muss in jedem Fall so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über deren Tragweite Rechenschaft geben und sie sachgerecht anfechten kann. Es sind wenigstens kurz die Überlegungen zu nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2; BVGE 2009/35 E. 6.4.1).

**4.3.** Die Vorinstanz hält in den angefochtenen Verfügungen vom 12. Mai 2011 fest, über die Kostentragungspflicht der Beschwerdeführerinnen sei bereits rechtskräftig verfügt worden. Sie verweist hierzu auf Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009 sowie auf Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 4. März 2010 und hält fest, beide Verfügungen seien von den Beschwerdeführerinnen nicht angefochten worden und somit in formelle Rechtskraft erwachsen.

Die Vorinstanz ging also davon aus, dass es sich bei den Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 um End- und nicht um Zwischenverfügungen handelt und die Zahlungsverpflichtung der Beschwerdeführerinnen entsprechend rechtskräftig verfügt worden ist. Sie hat ausserdem dargelegt, weshalb die Beschwerdeführerinnen keinen Rückerstattungsanspruch geltend machen könnten, weder gestützt auf einen öffentlich-rechtlichen noch auf einen privatrechtlichen Vertrag. Damit hat die Vorinstanz hinsichtlich der Kostentragungspflicht die wesentlichen Überlegungen genannt, von denen sie sich hat leiten lassen. Umstände, die eine höhere Begründungsdichte erforderlich machen würden, sind vorliegend nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerinnen haben ihre Begehren an die Vorinstanz in erster Linie auf den Grundsatz von Treu und Glauben abgestützt, worauf diese in den angefochtenen Verfügungen auch ausführlich Bezug genommen hat. Die Vorinstanz hat somit ihrer Begründungspflicht Genüge getan und den Beschwerdeführerinnen war es ohne Weiteres möglich, die Verfügungen sachgerecht anzufechten. Ihr Vorhalt, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, geht aus diesem Grund fehl.

## **5.**

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

**5.2.** Die Beschwerdegegnerin ist nach Art. 20 Abs. 2 Bst. a StromVG zuständig für den Betrieb und die Überwachung des Übertragungsnetzes. In dieser Funktion hat die Beschwerdegegnerin auch SDL bereitzustellen, also die für den sicheren Betrieb der Netze erforderlichen Hilfsdienste

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

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

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

recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 7 Rz. 40).

#### 5.4.

**5.4.1.** Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Gesetzen, wie vorliegend dem StromVG, kommt den Materialien – bei noch kaum veränderten Umständen oder gewandeltem Rechtsverständnis – eine besondere Stellung zu (vgl. BGE 136 V 216 E. 5.1, 135 II 78 E. 2.2; BVGE 2010/49 E. 9.3.1; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 101 und 121). Zu den massgeblichen Materialien gehören insbesondere die Botschaft des Bundesrates und parlamentarischen Beratungen (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 101-105).

**5.4.2.** Nach Art. 20 Abs. 2 StromVG betreibt und überwacht die Beschwerdegegnerin das Übertragungsnetz, jenes Elektrizitätsnetz also, das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient. Die Beschwerdegegnerin stellt auch die mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes zusammenhängenden SDL bereit, hat die Verantwortung für die Planung und die Kontrolle des gesamten Übertragungsnetzes und ordnet bei Gefährdung des stabilen Netzbetriebs die notwendigen Massnahmen an. Ob der Betrieb des Übertragungsnetzes aber eine staatliche Aufgabe ist, ergibt sich weder aus dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 noch aus den anderen Bestimmungen des StromVG. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdegegnerin nach Art. 18 Abs. 3 StromVG ein mehrheitlich Kantonen und Gemeinden gehörendes und damit ein öffentliches Unternehmen darstellt. Aus der parlamentarischen Debatte zum StromVG ergibt sich, dass hinter der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheitsbeteiligung von Kantonen und Gemeinden einzig das Bestreben steht, eine schweizerische Beherrschung der Beschwerdegegnerin sicherzustellen. So hielt Ständerat Rolf Schweizer fest, andernfalls bestehe die Gefahr, dass das strategisch wichtige Übertragungsnetz in ausländische Hände falle (Vo-

tum von Ständerat Rolf Schweiger, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2006 S 849; vgl. auch das Votum von Ständerat Carlo Schmid-Sutter für die Kommission, AB 2006 S 851 f., und die Voten der Nationalräte Sep Cathomas und Rolf Hegetschweiler, AB 2006 N 1764 f.; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 5 N 10). Es darf aus der obligatorischen Mehrheitsbeteiligung der Kantone und Gemeinden somit nicht auf das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe geschlossen werden. Nachfolgend ist daher durch Beizug insbesondere der Entstehungsgeschichte festzustellen, ob eine staatliche Aufgabe vorliegt.

**5.4.3.** Der Bundesrat äussert sich in seiner Botschaft vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz (BBI 2005 1611 ff., nachfolgend: Botschaft zum StromVG) zum Betrieb des Übertragungsnetzes. Er hält fest, die bisherige Situation mit mehreren rechtlich selbständigen Übertragungsnetzbetreibern genüge den Anforderungen an die Versorgungssicherheit nicht mehr. Insbesondere fehle es an Transparenz, auch, weil das Übertragungsnetz als natürliches Monopol keinem direkten Wettbewerb unterliege. Im Interesse eines sicheren Netzbetriebs und um einen diskriminierungsfreien Zugang zum Übertragungsnetz zu ermöglichen, müsse dieses von den übrigen, wirtschaftlichen Tätigkeiten im Bereich der Energieversorgung getrennt und der Betrieb des Übertragungsnetzes in einer unabhängigen, privatrechtlichen Gesellschaft zusammengeführt werden. Diese Trennung von natürlichem Monopol und wettbewerblicher Tätigkeit wirke auch dem Missbrauch von Marktmacht entgegen. Im Gesetz seien sodann die Aufgaben der Übertragungsnetzbetreiberin klar zu umschreiben (Botschaft zum StromVG, BBI 2005 1621 und 1658 f.).

Die Stossrichtung des Bundesrates hinsichtlich des Betriebs des Übertragungsnetzes ist in der parlamentarischen Beratung zum StromVG im Grundsatz übernommen worden (vgl. die Voten von Ständerat Rolf Schweiger, AB 2006 S 849, von Ständerat Carlo Schmid-Sutter für die Kommission, AB 2006 S 851 f., und von Nationalrat Ruedi Lustenberger für die Kommission, AB 2006 N 1768). Der Gesetzgeber wollte also den Betrieb des Übertragungsnetzes von der wettbewerblichen Tätigkeit trennen und in einem rechtlichen Monopol zusammenfassen. Dass das Monopol darüber hinaus auch ein staatliches sein soll, ergibt sich weder aus der Botschaft des Bundesrates zum StromVG noch aus der parlamentarischen Beratung. Dies ist deshalb bedeutsam, weil auf der Ebene des Bundes die Übertragung von Elektrizität jedenfalls bis zum Erlass des StromVG keine staatliche Aufgabe war (RENÉ SCHAFFHAUSER, in: Die

schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 8 zu Art. 91 mit Hinweisen; STEFAN RECHSTEINER, Gutachten vom 27. November 2003 zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Errichtung einer schweizerischen Netzgesellschaft für die Übertragung von Elektrizität, S. 19, publiziert auf der Internetseite des Bundesamtes für Energie <<http://www.bfe.admin.ch>> > Dokumentation > Publikationen > Datenbank allgemeine Publikationen, besucht am 21. März 2012). Hätten Bundesrat und Parlament dies zu ändern beabsichtigt, müsste sich ein entsprechendes Verständnis zumindest aus den Materialien zum StromVG ergeben, was jedoch nicht der Fall ist.

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

**5.4.4.** Diese Auslegung findet ihre Bestätigung in der verfassungsrechtlichen Ordnung. Gemäss Art. 91 Abs. 1 BV erlässt der Bund zwar Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie. Eine derartige Gesetzgebungskompetenz impliziert aber für sich alleine noch nicht eine von staatlicher Stelle wahrzunehmende Aufgabe. So ist etwa im Bereich der Kernenergie, wo Art. 90 BV dem Bund ebenfalls eine (umfassende) Gesetzgebungskompetenz zuweist, der Bau und Betrieb

von Kernkraftwerken unbestritten Sache privater Unternehmen. Demgegenüber äussert sich die Verfassung dort, wo sie dem Bund eine Erfüllungsverantwortung überträgt, klar. So hält Art. 63a Abs. 1 BV schlicht fest, dass der Bund Eidgenössische Technische Hochschulen betreibt. Damit wird bereits in der Verfassung eine – inhaltlich noch unbestimmte – Erfüllungsverantwortung des Staates begründet (SAMUEL KLAUS, DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, Diss. Zürich 2008, S. 285; vgl. auch Art. 83 Abs. 2 BV, wonach der Bund die Nationalstrassen baut, betreibt und unterhält; hierzu wiederum KLAUS, a.a.O., S. 283 f.). Im Übrigen ist die schweizerische Wirtschaftsverfassung von einem ordnungspolitischen Grundentscheid zu Gunsten einer wettbewerbsorientierten Privatwirtschaft getragen (vgl. Art. 94 BV). Mangels klarer Übertragung der Aufgabe zum Betrieb eines Übertragungsnetzes an den Bund – oder einen anderen Träger hoheitlicher Gewalt – ist es Sache der Energiewirtschaft, die Grundversorgung sicherzustellen (ebenso ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, § 8 Rz. 212-216; vgl. auch den Bericht des Bundesrates «Grundversorgung in der Infrastruktur [Service Public]» vom 23. Juni 2004 [BBI 2004 4597]).

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

## 6.

**6.1.** Steht fest, dass die Vorinstanz die Begehren der Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht in einem Beschwerdeverfahren beurteilt und dabei auch deren prozessuale Rechte nicht verletzt hat, ist zu prüfen, ob sie auch in der Sache richtig entschieden hat. Wie vorstehend erwähnt, sind die Beschwerdeführerinnen der Auffassung, die Vorinstanz habe in den Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 noch gar nicht mittels Endverfügung über ihre Leistungspflicht befunden. Sollte man dieser Auffassung nicht folgen, hätte die Vorinstanz ihre beiden Verfügungen in Wiedererwägung ziehen müssen. Schliesslich machen sie geltend, die Beschwerdegegnerin habe ihnen die Rückerstattung der für SDL geleisteten Akontozahlungen zugesichert bzw. dies sei vertraglich vereinbart worden. Um die Berechtigung dieser Kritik zu prüfen, ist es erforderlich, vorweg die Funktionen und Aufgaben der Vorinstanz im Rahmen des Betriebs und der Finanzierung des Übertragungsnetzes darzustellen.

**6.2.** Gemäss Art. 22 Abs. 1 StromVG überwacht die Vorinstanz die Einhaltung des Gesetzes und erlässt die für den Vollzug notwendigen Verfügungen. In einem kürzlich ergangenen, zur Publikation vorgesehenen Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht in Auslegung dieser Bestimmung erkannt, der Vorinstanz komme hierbei eine umfassende Aufsichtsbefugnis zu. Diese schliesse die Prüfung der Ermessensausübung der Beschwerdegegnerin, aber auch – beispielsweise – die Festsetzung eines neuen, angemessenen Tarifs mit ein (Urteil A-2551/2009 vom 29. Februar 2012 E. 4.2.4 und E. 6; vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4797/2011 vom 28. Februar 2012 E. 8.1). Ihre Eingriffe setzen dabei keine Streitigkeit zwischen den verschiedenen Akteuren am Strommarkt voraus, sondern können auch von Amtes wegen erfolgen, und zwar im Nachhinein («Absenkungen verfügen») oder zum Voraus («Erhöhungen untersagen»; so ausdrücklich die Botschaft zum StromVG, BBl 2005 1661). Diese Absicht des Bundesrates ist in den parlamentarischen Beratungen diskussionslos übernommen worden (vgl. auch WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, § 6 N 29 und 39).

**6.3.** In dieser Konzeption liegt ein grundlegender Unterschied zur Rechtslage im Telekommunikationsrecht, wo Verfügungen der Kommunikationskommission (ComCom) rein privatrechtsgestaltenden Charakter haben und Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen an die Zivilgerichte verwiesen werden (Art. 11b des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]; BGE 125 II 613 E. 1d; BVGE 2010/19 E. 9.3.5; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwal-

tungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1024). Verfügungen im Zusammenhang mit den Netznutzungstarifen und -entgelten haben nicht bloss privatrechtsgestaltenden Charakter. Nach der Konzeption des StromVG wird das Rechtsverhältnis zwischen Beschwerdeführerinnen und Beschwerdegegnerin durch Verfügung der Vorinstanz in Bezug auf die Netznutzungstarife und -entgelte vielmehr zu einem öffentlich-rechtlichen, und über alle Streitigkeiten mit der Vorinstanz wird im Rahmen der Verwaltungsrechtspflege entschieden (vgl. Art. 23 StromVG; Weber/Kratz, Stromversorgungsrecht, § 6 N 15).

## 7.

**7.1.** Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, aus den Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 ergebe sich noch keine Verpflichtung zu einer Geldleistung. Ihre Pflicht zur Tragung von Kosten für SDL sei daher noch nicht rechtskräftig bestimmt worden. Der von ihnen zu entrichtende, frankenmässig bezifferte Betrag müsse noch verfügungsweise festgelegt werden. Die beiden Verfügungen würden daher bloss Zwischenverfügungen darstellen, selbst wenn sie einen Grundsatzentscheid über die Kostentragungspflicht enthielten.

**7.2.** Endverfügungen schliessen ein Verfahren ab, indem über eine prozessuale Frage (Nichteintreten, Abschreibung) oder in der Sache abschliessend entschieden wird. Wird das Verfahren lediglich für einen Teil der Verfahrensbeteiligten abgeschlossen oder über einen Teil der gestellten materiellrechtlichen Rechtsbegehren verfügt, liegt eine Teilverfügung vor (FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 44 N 19 und 21). Demgegenüber wird eine Zwischenverfügung als Zwischenschritt im Verfahren auf dem Weg zu einer Endverfügung erlassen, weshalb sie ein rein organisatorisches Instrument zur Verfahrensverfügung darstellt (MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Art. 45 N 2).

Verfügungen über materiellrechtliche Vorfragen, sog. materiellrechtliche Grundsatzentscheide, die einen Teilaspekt einer Streitsache beantworten, gelten nach der Systematik des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) und ihm folgend auch des VwVG verfahrensrechtlich nicht mehr als selbständig anfechtbare Teil- sondern als Zwischenverfügungen. Sie brauchen nicht bereits nach ihrem Erlass, sondern können nach Art. 46 Abs. 2 VwVG noch mit Beschwerde gegen den Endentscheid angefochten werden, soweit sie sich auf dessen Inhalt

auswirken (BGE 136 II 165 E. 1.1; BGE 133 V 477 E. 4.1.3 mit Hinweisen; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., Art. 44 N 22; HANS PETER WALTER, Das Teilurteil vor Bundesgericht, in: Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 246 f.; PETER KARLEN, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Basel 2006, S. 35 f.). Vor diesen Hintergrund ist nachfolgend zu prüfen, wie die Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 zu qualifizieren sind. Hierzu ist zunächst auf die Systematik des StromVG bezüglich der Festsetzung der Netznutzungstarife und -entgelte einzugehen.

**7.3.** Die Festsetzung der Tarife und -entgelte – einschliesslich der Kosten für SDL – für die Nutzung des Übertragungsnetzes ist Sache der Beschwerdegegnerin (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2551/2009 vom 29. Februar 2012 E. 4.2.2). Diese stellt nach Art. 31b Abs. 2 StromVV den Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW jenen Teil der Kosten der SDL in Rechnung, der nicht mit dem in Art. 31b Abs. 1 StromVV festgelegten Tarif gedeckt werden kann. Die Kosten sind den einzelnen Kraftwerken gemäss ihren Anteilen an der Bruttoenergieerzeugung anzulasten (Art. 31b Abs. 2 StromVV). Der Vorinstanz kommt zwar die Befugnis zu, die festgesetzten Netznutzungstarife und -entgelte von Amtes wegen oder im Streitfall zu überprüfen und eine Abänderung der Tarife zu verfügen, sollten diese nicht gesetzeskonform sein (vgl. vorstehend E. 6 und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2551/2009 vom 29. Februar 2012 E. 4.2.4). Sie legt die Netznutzungstarife und -entgelte aber nicht in jedem Fall selbst fest und ihre Kontrolle kann auch nur Teile der festgesetzten Tarife und Entgelte betreffen. Die Vorinstanz greift in die Tariffestsetzung der Beschwerdegegnerin nur dann ein, wenn sie dies als erforderlich erachtet, namentlich zur Durchsetzung der Art. 14 und 15 StromVG, betreffend die Höhe des Netznutzungsentgelts und um einen sicheren und zuverlässigen Betrieb des Übertragungsnetzes zu gewährleisten. Ob sie überhaupt verfügt und gegebenenfalls über welche Teilfragen, hängt von allfälligen Parteibegehren bzw. vom Ergebnis ihrer Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte ab.

**7.4.** Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin entsprechend den gesetzlichen Vorgaben eine Schätzung der Gesamtkosten für SDL vorgenommen und gestützt darauf die Tarife unter anderem für SDL für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW ermittelt. Die Vorinstanz hat diese Tarife von Amtes wegen überprüft und hiernach mit Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 den Tarif für SDL verfügt. Gestützt darauf hatten die in Anhang 2 der Verfügungen bezeichneten

Kraftwerke Akontozahlungen zu entrichten (Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009 und Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 4. März 2010). Die Beschwerdegegnerin wurde zudem verpflichtet, bei den betroffenen Kraftwerken eine Erhebung der effektiv erzeugten Bruttoenergie durchzuführen. Wie die elektrische Leistung der Kraftwerke und die erzeugte Bruttoenergie zu bestimmen sind bzw. was unter den genannten Begriffen zu verstehen ist, ist in Ziff. 4.3.4.4.2 bzw. Ziff. 5.3.2 der jeweiligen Erwägungen festgehalten.

Die Vorinstanz hat also mit Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 diejenigen Kostenpflichtigen bestimmt, denen nach Art. 31b Abs. 2 StromVV Kosten für SDL anzulasten sind. Es handelt sich um die in Anhang 2 der jeweiligen Verfügungen bezeichneten Kraftwerke. Aus Art. 31b Abs. 2 StromVV und den beiden genannten Verfügungen ergeben sich sodann verbindlich die Kriterien, nach denen die einzelnen Kostenanteile zu bestimmen sind, sobald die tatsächlichen Kosten für SDL vorliegen. Über diese beiden Teilaspekte der Verpflichtung zu einer Geldleistung hat die Vorinstanz mit Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 abschliessend befunden. Mit Blick auf die vorstehend in E. 7.3 dargestellte Konzeption des StromVG betreffend die Festsetzung der Netznutzungstarife und -entgelte sind die Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 daher als Endverfügungen zu qualifizieren. Mangels Anfechtung sind sie zudem mit Wirkung für die Beschwerdeführerinnen in formelle Rechtskraft erwachsen. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz über die tatsächlichen Gesamtkosten für SDL nicht verfügt hat, ist dies doch im System des StromVG gar nicht – zumindest nicht als Regelfall – vorgesehen.

Gegen die von den Beschwerdeführerinnen vertretene Auffassung, die Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 seien als Zwischenverfügungen zu qualifizieren, sprechen auch Gründe der Rechtssicherheit. Würde der Auffassung der Beschwerdeführerinnen gefolgt, blieben bei dem – in E. 7.3 hiervoor dargestellten – System der Festsetzung und Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte die Adressaten der vorinstanzlichen Verfügung im Ungewissen über ihre Leistungspflicht. Diese bliebe in der Schwebe, bis die Verfügung der Vorinstanz schliesslich in formelle Rechtskraft erwüchse, was im Falle eines Beschwerdeverfahrens über Gebühr lange dauern könnte.

**7.5.** Die Beschwerdeführerinnen stützen ihre Auffassung, die Vorinstanz müsse den von ihnen geschuldeten Beitrag noch (mittels anfechtbarer

Endverfügung) festlegen, zu Unrecht auf verschiedene Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts, in denen festgehalten wird, die strittigen Verfügungen der Vorinstanz beträfen keine Geldleistungen im Sinne von Art. 55 Abs. 2 VwVG, weshalb ein Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde zulässig sei (vgl. statt vieler die Zwischenverfügungen vom 21. Februar 2011 im Beschwerdeverfahren A-8666/2010 E. 8.1 sowie im Beschwerdeverfahren A-2842/2010 E. 4.2 und 8.4). Denn es trifft zu, dass die Pflichtigen durch die Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 nicht zu einer Geldleistung verpflichtet wurden. Aus diesem Grunde war die Beschwerdegegerin, wie in den erwähnten Zwischenverfügungen festgehalten wird, zwar berechtigt, den Kraftwerksbetreibern Akontozahlungen zu fakturieren, hatte aber keine Möglichkeit, diese im Falle der Nichtbezahlung auf dem Betreuungsweg erhältlich zu machen. Daran ändert nichts, dass eine Verfügung des geschuldeten Betrages für SDL durch die Vorinstanz normalerweise nicht mehr erfolgt. Dessen Ermittlung stellt alsdann bloss noch die rechnerische Umlage der Gesamtkosten auf die einzelnen Pflichtigen dar, die in der Regel zu keinen Anständen führen sollte. Falls die Berechnung des konkreten Anteils eines einzelnen Kraftwerksbetreibers ausnahmsweise dennoch zu Meinungsverschiedenheiten zwischen diesem und der Beschwerdegegerin führt, wäre der konkrete Anteil – in einem neuen, eigenständigen Verfahren – durch Verfügung der Vorinstanz hoheitlich festzusetzen (Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a StromVG). Da die Vorinstanz aber weder die Netznutzungstarife und -entgelte noch die konkreten Kostenanteile in jedem Fall umfassend und von sich aus festsetzt, sind ihre Verfügungen über Teilfragen, wie vorstehend begründet, als Endverfügungen zu qualifizieren.

**7.6.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Verfügungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit den Netznutzungstarifen und -entgelten Endverfügungen darstellen. Die Vorinstanz hat mit ihren Entscheiden vom 6. März 2009 und 4. März 2010 den Kreis der Kostenpflichtigen bestimmt, denen nach Art. 31b Abs. 2 StromVV Kosten für SDL anzulasten sind. Da beide Verfügungen von Seiten der Beschwerdeführerinnen unangefochten blieben, sind sie mit Bezug auf sie in formelle Rechtskraft erwachsen und die Beschwerdeführerinnen daher im Grundsatz verpflichtet, Kosten für SDL zu tragen. Daran ändert nichts, dass über die Kostentragungspflicht der Beschwerdeführerinnen nicht abschliessend verfügt worden ist, weil dies nach dem System des StromVG gar nicht – jedenfalls nicht als Regelfall – vorgesehen ist und darüber hinaus die tatsächlichen Gesamtkosten für SDL jeweils erst im Folgejahr bekannt werden. Die Vorinstanz

hat daher die Begehren der Beschwerdeführerinnen zu Recht als Wiedererwägungsgesuche entgegengenommen, soweit diese nun eine Rückerstattung der für SDL geleisteten Akontozahlungen verlangen. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerinnen erweisen sich als unbegründet.

**7.7.** Beschwerdeführerin 2 verlangt eventualiter, es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die zusätzlich eingeforderten Akontozahlungen zurückzuerstatten.

Die zusätzlichen Akontozahlungen sind wie die übrigen Akontozahlungen im Hinblick auf die Anlastung von Kosten für SDL eingefordert worden. Soweit also die Vorinstanz mit Verfügung vom 6. März 2009 die Pflichtigen bestimmt hat, denen Kosten für SDL anzulasten sind, gilt diese Verpflichtung auch für die zusätzlich eingeforderten Akontozahlungen. Zwar dürfen diese nicht über den von Beschwerdeführerin 2 zu leistenden Kostenanteil hinausgehen. Eine entsprechende Prüfung ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die Beschwerdeführerin 2 ist diesbezüglich auf das Verfahren zur Genehmigung der Gesamtkosten für SDL zu verweisen. Sollte sich alsdann ergeben, dass die Beschwerdeführerin 2 insgesamt zu hohe Akontozahlungen geleistet hat, wären ihr diese gutzuschreiben (vgl. Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009). Anzumerken ist, dass es im Genehmigungsverfahren einzig darum gehen wird, zu prüfen, ob die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Kosten anrechenbar sind. Diese Prüfung wird sich auf Art. 14 f. StromVG und nicht auf Art. 31b StromVV stützen. Beschwerdeführerin 2 wäre im Übrigen frei darin gewesen, betreffend die Rechtmässigkeit der zusätzlichen Akontozahlungen die Vorinstanz um eine anfechtbare Verfügung anzugehen (Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a StromVG). Das vorstehend genannte Eventualbegehren der Beschwerdeführerin 2 ist aus diesen Gründen abzuweisen. Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob die Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 aufgrund des publizierten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2010/49 nichtig sind, wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen, oder ob die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, auf die Wiedererwägungsgesuche der Beschwerdeführerinnen einzutreten.

## **8.**

**8.1.** Die Vorinstanz hat mit Verfügungen vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 die Tarife 2009 und 2010 unter anderem für SDL für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW festgelegt

und sich hierbei auf Art. 31b Abs. 2 StromVV gestützt. Diese Bestimmung ist jedoch verfassungs- und gesetzeswidrig (BVGE 2010/49 E. 10.1). Insofern erweisen sich die beiden Verfügungen vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010, wie auch die Vorinstanz eingesteht, als ursprünglich fehlerhaft. Nachfolgend ist zu prüfen, was sich daraus in Bezug auf die Begehren der Beschwerdeführerinnen ergibt.

**8.2.** Nach Art. 44 VwVG unterliegen Verfügungen der Beschwerde. Diese ist innerhalb von 30 Tagen nach der rechtsgenügelichen Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Läuft die Rechtsmittelfrist unbenutzt ab, erwächst eine Verfügung in formelle Rechtskraft und wird damit grundsätzlich unabänderlich. Dasselbe gilt für fehlerhafte Verfügungen. Sie sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig, also formell rechtskräftig (BGE 137 II 273 E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 951-953).

**8.3.** Eine Verfügung ist nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als besonders schwerwiegende Mängel kommen hauptsächlich schwerwiegende Zuständigkeits- und Verfahrensfehler in Betracht (BGE 133 II 181 E. 5.1.3; Urteil des Bundesgerichts 1C\_64/2011 vom 9. Juni 2011 E. 3.3). Demgegenüber stellt eine ungenügende gesetzliche Grundlage keinen Nichtigkeitsgrund dar, insbesondere wenn es sich, wie vorliegend, um einen verdeckten Mangel handelt, der in einem konkreten Normkontrollverfahren erkannt wird (BGE 98 Ia 568 E. 4 und 5.b; Urteil des Bundesgerichts 2A.18/2007 vom 8. August 2007 E. 2.4). Die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der beiden Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 hat daher nicht deren Nichtigkeit zur Folge. Beide Verfügungen sind mit Wirkung für die Beschwerdeführerinnen in formelle Rechtskraft erwachsen. Es bleibt die Möglichkeit, dass die Vorinstanz ihre Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 in Wiedererwägung zieht.

## **9.**

**9.1.** Mit einem Wiedererwägungsgesuch wird die verfügende Verwaltungsbehörde ersucht, eine formell rechtskräftige Verfügung nochmals zu überprüfen und sie gegebenenfalls zu widerrufen. Grundsätzlich handelt es sich dabei um einen formlosen Rechtsbehelf und es besteht kein Anspruch, dass die angerufene Verwaltungsbehörde darauf eintritt. Unter bestimmten Umständen ergibt sich ein entsprechender Anspruch jedoch

aus Art. 29 BV. Dieser Anspruch besteht unabhängig von einer allfälligen – vorliegend nicht bestehenden – gesetzlichen Regelung zur Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2391/2008 vom 22. März 2010 E. 2.3). Nachfolgend ist zu prüfen, ob derartige Umstände vorliegen und die Vorinstanz in der Folge verpflichtet gewesen wäre, auf die Wiedererwägungsgesuche der Beschwerdeführerinnen einzutreten.

**9.2.** Die Frage, ob auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen ist, kann sich aus verschiedenen Gründen stellen. Insbesondere können Verfügungen wegen unrichtiger Sachverhaltsfeststellung, fehlerhafter Rechtsanwendung oder nachträglicher Änderung der Sach- oder Rechtslage widerrufen werden, wobei die Tragweite der formellen Rechtskraft nicht für alle vier Konstellationen in gleicher Weise beantwortet werden kann (BGE 127 II 306 E. 7a; BGE 115 V 308 E. 4a). Handelt es sich wie vorliegend um wegen fehlerhafter Rechtsanwendung ursprünglich fehlerhafte Verfügungen, hätte ein ordentliches Rechtsmittel ergriffen werden können und grundsätzlich müssen. Deshalb besteht in solchen Fällen nur ausnahmsweise ein Anspruch darauf, dass die Verwaltungsbehörde nach Eintritt der formellen Rechtskraft auf ein Wiedererwägungsgesuch eintritt. Anerkannt ist ein solcher Anspruch auf Rückkommen bei Vorliegen von Revisionsgründen i.S.v. Art. 66 VwVG, was vorliegend nicht der Fall ist, und bei Dauerverfügungen. Bei Letzteren droht die Fehlerhaftigkeit auf bestimmte oder gar unbestimmte Zeit fortzudauern, weshalb mit Blick auf das öffentliche Interesse an einer richtigen Rechtsanwendung grundsätzlich ein Anspruch darauf besteht, dass die Verfügung trotz formeller Rechtskraft in Wiedererwägung gezogen wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2391/2008 vom 22. März 2010 E. 2.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 31 Rz. 40). Ein Rückkommen auf urteilsähnliche Verfügungen rechtfertigt sich demgegenüber nur, wenn ihnen ein schwerwiegender materieller Fehler anhaftet und die Verfügung zu einem stossenden und dem Gerechtigkeitsempfinden zuwiderlaufenden Ergebnis führen würde (BGE 98 Ia 568 E. 5b; Urteil des Bundesgerichts 2A.18/2007 vom 8. August 2007 E. 2.2).

### **9.3.**

**9.3.1.** Dauerverfügungen sind Verfügungen mit fortdauernder Rechtswirkung, sei es für eine bestimmte oder für unbestimmte Zeit. Entscheidend ist, dass ihnen ein zeitlich offener Sachverhalt bzw. ein offenes Tatsachenfundament zu Grunde liegt, das sich während der Geltungsdauer der Verfügung verändern kann. Dauerverfügungen sind damit das Gegen-

stück zu den urteilsähnlichen Verfügungen, die wiederum einen abgeschlossenen Sachverhalt regeln und eine einmalige Rechtsfolge festlegen. Typische Dauerverfügungen sind Betriebs- und Berufsausübungsbewilligungen sowie die sozialversicherungsrechtlichen Rentenverfügungen (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O, § 28 Rz. 78; FRANZ SCHLAURI, Sozialversicherungsrechtliche Dauerleistungen, ihre rechtskräftige Festlegung und Anpassung [Bemerkungen zu BGE 133 V 57], in: Schaffhauer/Schlauri [Hrsg.], Sozialversicherungstagung 2008, St.Gallen 2009, S. 89 ff., 104 f.).

**9.3.2.** Die Vorinstanz hat mit Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 jene Kraftwerksbetreiber bestimmt, denen jeweils für die Dauer eines Jahres Kosten für SDL anzulasten sind. Massgebend für die Bestimmung der betroffenen Kraftwerke war die maximal mögliche elektrische Leistung, die von den Kraftwerken während mindestens einer Stunde abgegeben werden kann (Ziff. 4.3.4.4.2 der Erwägungen zur Verfügung vom 6. März 2009 und Ziff. 5.3.2 der Erwägungen zur Verfügung vom 4. März 2010). Die beiden Verfügungen der Vorinstanz vom 6. März 2009 und 4. März 2010 beziehen sich folglich auf einen abgeschlossenen Sachverhalt und legen einmalige Rechtsfolgen fest. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerinnen monatliche Akontozahlungen geleistet haben und eine definitive Abrechnung über die SDL erst im Folgejahr erfolgte, wenn die tatsächlichen Kosten für die erbrachten SDL vorlagen (vgl. Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung vom 6. März 2009 bzw. Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 4. März 2010). Es handelt sich hierbei um blosse Abrechnungsmodalitäten und bei den Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 entsprechend um urteilsähnliche Verfügungen.

#### **9.4.**

**9.4.1.** Damit bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen von einer mit schwerwiegenden materiellen Fehlern belasteten Verfügung auf eine dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufende Weise betroffen sind. Gerügt wird in dieser Hinsicht eine Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips, weil den beiden Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 mit Bezug auf die Tarife 2009 bzw. 2010 für SDL für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW eine genügende gesetzliche Grundlage fehlt.

**9.4.2.** Die Beschwerdeführerinnen verkennen, dass die Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips grundsätzlich nur zur Anfechtbarkeit einer Verfügung führt. Zum Zeitpunkt, da die Verfügung vom 6. März 2009 erlas-

sen wurde, war zudem bereits bekannt, dass die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Art. 31b Abs. 2 StromVV umstritten ist. Die Vorinstanz hat sich in Ziff. 4.3.4.4.1 der Erwägungen zur Verfügung vom 6. März 2009 ausführlich hierzu geäussert. Es wäre den Beschwerdeführerinnen folglich ohne Weiteres zumutbar gewesen, wie andere Kraftwerksbetreiber auch, ein ordentliches Rechtsmittel zu ergreifen. Sie sind durch die fehlerhaften Verfügungen allein in ihren finanziellen Interessen betroffen. Bei den Beträgen, welche die Beschwerdeführerinnen an die Beschwerdegegnerin zu bezahlen haben, handelt es sich, gemessen an ihrer Finanzkraft, nicht um sehr bedeutende Summen. Damit ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen durch die beiden Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 nicht in einer dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufenden Weise betroffen sind. Wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, stünden einer Abänderung ihrer ursprünglich fehlerhaften Verfügungen zudem Gründe der Rechtssicherheit entgegen. Denn die Kosten für SDL, die nicht mehr den Beschwerdeführerinnen angelastet werden könnten, müssten nachträglich Dritten auferlegt werden.

**9.5.** Ein Anspruch auf Wiedererwägung ergibt sich schliesslich weder aus dem Rechtsgleichheitsgebot noch aus dem Diskriminierungsverbot im Sinne von Art. 20 Abs. 1 StromVG. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit vermag weder die Regel zu brechen, wonach fehlerhafte Verfügungen lediglich anfechtbar sind, noch ergibt sich daraus ein Anspruch auf rückwirkende Gleichbehandlung. Es bestünde lediglich ein Anspruch darauf, dass ein rechtsungleicher Zustand auf geeignete Weise und innert angemessener Frist für die Zukunft behoben würde (BGE 131 I 105 E. 3.6-3.8). Diesem Anspruch ist die Beschwerdegegnerin insofern bereits nachgekommen, als sie seit dem publizierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2010/49 noch ausstehende Entgelte für SDL nicht mehr eingefordert hat.

Die in Art. 20 Abs. 1 StromVG festgehaltene Pflicht der Beschwerdegegnerin, für einen diskriminierungsfreien Betrieb des Übertragungsnetzes zu sorgen, ist sodann erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung hinzugefügt worden und geht materiell nicht über die in Art. 20 Abs. 2 StromVG enthaltene Aufzählung hinaus (Votum von Ständerat Carlo Schmid-Sutter für die Kommission, AB S 864). Art. 20 Abs. 1 StromVG bietet daher vorliegend keine Grundlage für eine allfällige Drittwirkung des publizierten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2010/49 oder einen Anspruch auf Wiedererwägung.

**9.6.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die beiden Verfügungen vom 6. März 2009 und vom 4. März 2010 nicht nichtig und mit Wirkung für die Beschwerdeführerinnen in formelle Rechtskraft erwachsen sind. Zwar sind die beiden genannten Verfügungen ursprünglich fehlerhaft, dieser Mangel wiegt jedoch nicht besonders schwer und die Beschwerdeführerinnen sind durch den temporären Fortbestand der beiden fehlerhaften Verfügungen nicht auf eine dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufende Weise betroffen. Soweit die Beschwerdeführerinnen also eventualiter beantragen, die Vorinstanz sei zu verpflichten, auf ihre Wiedererwägungsgesuche einzutreten, sind die Beschwerden abzuweisen.

## **10.**

**10.1.** Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, ein Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Akontozahlungen ergebe sich aus Treu und Glauben sowie aus verwaltungsrechtlichem, eventualiter aus privatrechtlichem Vertrag. Sie verkennen dabei, dass die Beschwerdegegnerin mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes, wie vorstehend in E. 5 festgestellt, keine staatliche Aufgabe erfüllt und folglich nicht als Trägerin hoheitlicher Kompetenzen handelt. Sie ist demnach keine Behörde i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG, deren Zusicherung berechtigtes Vertrauen begründen könnte. Nicht ersichtlich ist zudem, inwiefern die Vorinstanz eine Vertrauen begründende Zusicherung abgegeben haben soll, geleistete Akontozahlungen zurückzuzahlen. Die Beschwerdeführerin 2 ist daher mit einem entsprechenden Vorbringen nicht zu hören. Da keine staatliche Aufgabe erfüllt wird und die Beschwerdegegnerin nicht als Trägerin hoheitlicher Kompetenzen handelt, kommt zudem der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages nicht in Betracht, denn ein solcher dient unmittelbar der Erfüllung staatlicher Aufgaben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1058).

**10.2.** Ein Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Akontozahlungen ergibt sich schliesslich auch nicht aus privatrechtlichem Vertrag. Die Vorinstanz hat mit Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 die Pflichtigen bestimmt, denen Kosten für SDL anzulasten sind, darunter die Beschwerdeführerinnen. Die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien ist in dieser Frage, wie vorstehend in E. 6 festgehalten, nicht mehr privatrechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Natur. Mit der Rückerstattung geleisteter Akontozahlungen an einzelne Kostenpflichtige würde demgegenüber die von der Vorinstanz hoheitlich angeordnete Kostentragung nachträglich abgeändert. Dies hätte zunächst eine gesetzwidrige Verteilung der Kosten für SDL zur Folge. Sodann müsste die Beschwerdegeg-

nerin versuchen, die auf diesem Weg nicht mehr einbringlichen Kosten für SDL Dritten aufzuerlegen, was deren berechtigtem Wunsch nach finanzieller Planung dieser Kosten und damit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zuwider liefe. Sollten sich die zurückerstatteten Beträge schliesslich als uneinbringlich erweisen, bestünde die Gefahr, dass die Beschwerdegegnerin einen erheblichen Verlust erleiden und angesichts ihres Aktienkapitals von 15 Mio. Franken in unternehmerische Schwierigkeiten geraten würde. In diesem Fall wäre ein leistungsfähiger und zuverlässiger Betrieb des Übertragungsnetzes im Sinne von Art. 20 Abs. 1 StromVG nicht mehr ohne Weiteres gewährleistet. Es besteht daher vorliegend kein Raum für privatrechtliche Vereinbarungen, die von den Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 abweichen. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob entsprechende Vereinbarungen überhaupt zu Stande gekommen sind. Sie müssten gegebenenfalls als nichtig angesehen werden und blieben ohne Rechtswirkungen (vgl. BGE 134 III 438 E. 2.2).

**10.3.** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich ein Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Akontozahlungen weder aus Treu und Glauben noch aus Vertrag ergibt. Soweit die Beschwerdeführerinnen die Rückerstattung der geleisteten Akontozahlungen anbegehren, sind ihre Beschwerden daher abzuweisen.

## **11.**

Insgesamt ergibt sich, dass der Betrieb des Übertragungsnetzes keine staatliche Aufgabe darstellt und die Beschwerdegegnerin entsprechend nicht durch den Erlass von Verfügungen handelt. Die Rechtsbeziehung zwischen der Beschwerdegegnerin und den Beschwerdeführerinnen ist vielmehr privatrechtlicher Natur. Der Vorinstanz stehen jedoch in Bezug auf die Netznutzungstarife und -entgelte umfassende Regulierungs- und Aufsichtskompetenzen zu. Gestützt darauf ist sie berechtigt, durch Verfügungen auf die Rechtsbeziehungen zwischen der Beschwerdegegnerin und den Beschwerdeführerinnen einzuwirken. In Ausübung dieser Befugnisse hat die Vorinstanz mit Verfügungen vom 6. März 2009 und 4. März 2010 jene Pflichtigen bestimmt, denen Kosten für SDL anzulasten sind. Da die beiden Verfügungen von Seiten der Beschwerdeführerinnen unangefochten blieben und in formelle Rechtskraft erwachsen sind, hat die Vorinstanz die Begehren der Beschwerdeführerinnen zu Recht als Wiedererwägungsgesuche entgegengenommen und ist auf diese richtigerweise nicht eingetreten. Vorliegend ist kein Rechtsgrund ersichtlich, der den Beschwerdeführerinnen einen Anspruch auf Wiedererwägung oder

auf Rückerstattung der geleisteten Akontozahlungen gäbe. Die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen sind daher insgesamt abzuweisen.

## **12.**

**12.1.** Die Kosten des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 vwVG). Handelt es sich wie vorliegend um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, sind die Verfahrenskosten nach Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Angesichts der Streitwerte der beiden Verfahren von zusammen rund 8.85 Mio. Franken sind die Verfahrenskosten auf Fr. 37'000.-- festzusetzen.

Da die Beschwerdeführerinnen unterliegen, haben sie die Verfahrenskosten zu tragen. Bei der Verlegung der Verfahrenskosten ist zu berücksichtigen, dass die Begehren der Beschwerdeführerin 2 einen höheren Streitwert beinhalten und sie zusätzliche Eventualbegehren gestellt hat. Die Verfahrenskosten sind daher in der Höhe von Fr. 17'000.-- Beschwerdeführerin 1 und in der Höhe von Fr. 20'000.-- Beschwerdeführerin 2 aufzuerlegen. Die von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschüsse in der Höhe von je Fr. 20'000.-- sind mit den auferlegten Verfahrenskosten zu verrechnen und Beschwerdeführerin 1 im Umfang von Fr. 3'000.-- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

**12.2.** Die Beschwerdeinstanz spricht der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Einer vollständig unterliegenden Partei ist hingegen keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Entschädigungsbegehren der Beschwerdeführerinnen sind daher abzuweisen. Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

### **2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 37'000.-- werden der Beschwerdeführerin 1 im Umfang von Fr. 17'000.-- und Beschwerdeführerin 2 im Umfang von Fr. 20'000.-- auferlegt. Die von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschüsse in der Höhe von je Fr. 20'000.-- werden mit den auferlegten Verfahrenskosten verrechnet und Beschwerdeführerin 1 im Umfang von Fr. 3'000.-- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Beschwerdeführerin 1 hat dem Bundesverwaltungsgericht hierzu einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

### **3.**

Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 952-10-044; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Lorenz Kneubühler

Benjamin Kohle

### **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 siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern (Art. 46 Abs. 1 Bst. a 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: