

ELCOM 231-00072-9HI43c vom 21. Oktober 2021

ElCom, 2021-10-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_231-00072-9HI43c

FR: ELCOM 231-00072-9HI43c du 21 octobre 2021

IT: ELCOM 231-00072-9HI43c del 21 ottobre 2021

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit 49 Gemäss Artikel 22 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die ElCom die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die ElCom ist insbesondere zuständig für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte sowie die Elektrizitätstarife – vorbehaltlich der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen – im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG). Die ElCom ist überall dort zuständig, wo die Entscheid- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist (Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes [EleG] und zum Bundesgesetz über die Stromversorgung [StromVG], BBl 2005 1611, 1639 f.). 50 Zudem beurteilte die ElCom gemäss Artikel 25 Absatz 1bis Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (aEnG Stand am 1. Januar 2017, SR 730.0; Aufhebung per 1. Januar 2018, AS 2017 6839) Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten («EnG-Zuschläge»; vgl. Art. 7, 7a, 15b und 28a aEnG). Das Einspeisevergütungssystem hat mit dem neuen Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0) Änderungen erfahren und es wurden Übergangsbestimmungen erforderlich (vgl. Art. 72 ff. EnG). Streitigkeiten, die aus Verfahren entstanden sind, bei denen die Zuständigkeitsordnung nach altem Recht galt, beurteilt die ElCom, sofern sie nach der bisherigen Ordnung zuständig war (Art. 74 Abs. 5 EnG). Betroffen von dieser Bestimmung ist vorliegend die Streitigkeit im Zusammenhang mit den Zuschlägen auf den Übertragungskosten für den Zeitraum vom [...] bis [...]. 51 Somit ist die ElCom – unter Vorbehalt des Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit (vgl. Kapitel 4 Rz. 61 ff.) und der Anwendbarkeit von Schweizer Recht (vgl. Kapitel 5 Rz. 64 ff.) – für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit im Zusammenhang mit allgemeinen SDL-Kosten und EnG-Zuschlägen zuständig.

E. 2

Parteien und rechtliches Gehör

E. 2.1

Parteien 52 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 53 Die Gesuchstellerin hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Verfahren ist die Rückerstattung der allgemeinen SDL-Kosten sowie der

EnG- Zuschläge streitig. Sowohl die Gesuchgegnerin 1 wie auch die Gesuchgegnerin 2 sind vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen und haben ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 VwVG) an der Klärung der in diesem Verfahren streitigen Rechtsfragen. Somit hat – nebst der Gesuchgegnerin 1 – auch die Gesuchgegnerin 2 Parteistellung nach Artikel 6 VwVG. Ihnen ist entsprechend das rechtliche Gehör zu gewähren.

E. 2.2

Rechtliches Gehör 54 Wie im Sachverhalt bereits aufgezeigt, wurde der Gesuchstellerin wie auch den Gesuchgegnerinnen 1 und 2 im vorliegenden Verfahren mehrfach Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrundeliegenden Argumente

15/33 ElCom-D-983E3401/30 werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

E. 2.3

Parteistellung im Einzelnen a) Allgemein und Nationale Netzgesellschaft Swissgrid AG (Gesuchgegnerin 1) 55 Die Gesuchgegnerin 1 betreibt das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene und ist als Aktiengesellschaft des Privatrechts ausgestaltet (Art. 18 Abs. 1 StromVG). Als Übertragungsnetzbetreiberin ist sie gemäss Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe a StromVG und Artikel 15 Absatz

E. 3

Anwendbares Recht in zeitlicher Hinsicht 60 Grundsätzlich sind diejenigen Normen anwendbar, die im Zeitpunkt gelten, in welchem sich der massgebliche Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. Urteil des BVer A-6840/2015 vom 21. Dezember 2016 E. 3.1.2 sowie Verfügungen der ElCom 221-00375 vom 18. Januar 2018, Rz. 27 ff., Verfügung der ElCom 221-00229 vom 15. März 2016, Rz. 29 f. und Verfügung der ElCom 221-00232 vom 19. April 2016, Rz. 35, abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen > KEV/EIV). Mit Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes per 1. Januar 2018 wurde das bisher geltende System der kostendeckenden Einspeisevergütung in ein kostenorientiertes Einspeisevergütungssystem mit Direktvermarktung umgewandelt (Art. 19 ff. EnG). Die vorliegende Streitigkeit betrifft die Jahre [...] bis und mit [...] und somit das System vor der Totalrevision des Energiegesetzes, welches am 1. Januar 2018 in Kraft trat. Im Folgenden sind somit auch die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen, das heisst das aEnG und die aEnV (Energieverordnung vom 7. Dezember 1998, SR. 730.01; Aufhebung per 1. Januar 2018, AS 2017 6889) mit Stand am 1. Januar 2017 anzuwenden, wobei die vorliegend relevanten Bestimmungen seit dem 1. Januar 2009 unverändert blieben (so auch im Urteil des BVer A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 3). Das Stromversorgungsgesetz inkl. Verordnung wurden seit dem vorliegend relevanten Zeitraum mehrfach revidiert, auch hier ist auf die Version Stand 1. Januar 2017 (einschlägige Bestimmungen ebenfalls unverändert seit 01.01.2009) abzustellen.

E. 4

Öffentlich-rechtliche Streitigkeit 61 Im StromVG wird zwischen dem Netznutzungsverhältnis einerseits und dem Energielieferungsverhältnis andererseits unterschieden. Im Netznutzungsverhältnis ist die Obergrenze des Entgelts für die Netznutzung bundesrechtlich vorgegeben und diese Entgelte unterliegen der Regulierung

durch die ElCom (Urteil des BGer 4A_305/2017 vom 18. Januar 2018 E. 5.1). In einem Urteil aus dem Jahr 2016 hatte das Bundesgericht (Urteil des BGer 2C_348/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.2 f.) das Rechtsverhältnis in Bezug auf Leistungen nach aArtikel 31b Absatz 2 StromVV (Stand am 15.03.2012) zu beurteilen und hielt dabei fest, dass Zahlungen, welche sich aufgrund einer gesetzlichen Pflicht ergeben und bei welchen im Streitfall die ElCom zu verfügen habe, dem öffentlichen Recht unterstehen, dies unabhängig von der Frage, ob der Swissgrid hierbei eine Verfügungskompetenz zukomme oder ein Subordinationsverhältnis zwischen den Parteien vorliege. Die Rechtsgrundlage für die Inrechnungstellung der SDL-Kosten wie auch für die EnG-Zuschläge ergibt resp. ergab sich direkt aus der Stromversorgungsverordnung (vgl. aArt. 15 Abs. 2 Bst. a und c StromVV, Stand am 1.1.2017). Vorliegend handelt es sich demnach um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. An dieser Tatsache ändert auch der zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchgegnerin 1 abgeschlossene Netznutzungsvertrag nichts. 62 Der zwischen den Parteien vorliegende Netznutzungsvertrag vom [...] regelt zwar die kostenpflichtige Nutzung des Übertragungsnetzes und verweist auf die AGB der Swissgrid. Die in

17/33 ElCom-D-983E3401/30 den AGB enthaltene Ziffer 11, auf welche sich die Gesuchstellerin stützt, hält folgendes fest: «Für finanzielle Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag ergeben können, stellen sich die Parteien entsprechend Rechnung, soweit nicht eine Gutschrift erfolgt. Fehler und Irrtümer bei Rechnungen und Zahlungen können innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfrist richtig gestellt werden. Eine (auch nachträgliche) Korrektur von Rechnungen hat insbesondere dann zu erfolgen, wenn dies durch behördliche Anordnungen erfolgt (so z.B. für den Fall, dass die ElCom nach einer Überprüfung der Kosten verfügt)». Diese Ziffer 11 der AGB ist jedoch nicht als eigenständige vertragliche Anspruchsgrundlage für die Rückforderung der genannten SDL-Kosten und EnG-Zuschläge zu sehen, sondern hält ausschliesslich die Frist zur Geltendmachung fest. Die vorliegend relevanten Fragen in Bezug auf die Kosten für die allgemeinen SDL bzw. die EnG-Zuschläge gegenüber der italienischen Verteilnetzbetreiberin (e-distribuzione) werden im Netznutzungsvertrag jedoch nicht geregelt. 63 Die Rechte und Pflichten der Gesuchstellerin und der Gesuchgegnerinnen 1 und 2 – und somit auch die Frage der Rechtsgrundlage für die Bezahlung der SDL-Kosten und EnG-Zuschläge – ergeben sich ausschliesslich aus Gesetz und Verordnung (StromVG, StromVV, aEnG und a-EnV). Fraglich ist demnach, ob die einschlägigen Bestimmungen aus dem schweizerischen Stromversorgungs- und Energierecht auf die vorliegende Streitigkeit betreffend die italienischen Territorien [...] und [...] anwendbar sind.

E. 5

Territorialitätsprinzip und internationaler Sachverhalt

E. 5.1

Anwendbares Recht a) Grundsätze 64 Das öffentliche Recht kennt anders als das Privatrecht kein eigentliches Kollisionsrecht. Es gilt das Territorialitätsprinzip. Schweizerisches öffentliches Recht wird demnach nur auf Sachverhalte angewendet, welche sich in der Schweiz zutragen. Schweizerische Behörden dürfen nur schweizerisches Recht anwenden. Zuständigkeit undwendbares Recht können nicht auseinanderfallen (vgl. Verfügung der ElCom 952-08-017 vom 30. Oktober 2008, S. 7). Es kann aber unklar sein, welchem Gemeinwesen ein bestimmter Sachverhalt zuzuordnen ist. Dabei kann an verschiedene Kriterien angeknüpft werden, z.B. an den Ort der Handlung, an den Ort der

Auswirkungen dieser Handlung, an den Ort der gelegenen Sache oder an den Wohnsitz (HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, Rz. 308 ff.; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 24 Rz. 3 ff.; UHLMANN, Entwicklungen im Verwaltungsrecht, in: SJZ 2008, S. 428, mit weiteren Hinweisen; BGE 133 II 331 E. 6.1; Verfügung der ElCom 952-08-017 vom 30. Oktober 2008; Verfügung der ElCom 221-00020 vom 12. Juni 2014). 65 Gegenstand des vorliegenden Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien sind Zahlungen für SDL-Kosten und EnG-Zuschläge. Die Landesgrenzen stimmen nicht mit den Grenzen der Regelzone Schweiz überein. Die Regelzone Schweiz umfasst nämlich einige Gebiete auf ausländischem Territorium, so auch [...] und [...]. Die Versorgungsstrukturen in diesen Grenzgebieten sind historisch so gewachsen (vgl. auch Verfügung der ElCom 952-08-017 vom 30. Oktober 2008, S. 8, zu deutschen Enklaven). Die Regelzone ist ein Gebiet, für dessen Netzregelung die nationale Netzgesellschaft verantwortlich ist. Die Regelzone wird physikalisch durch Messstellen festgelegt (Art. 4 Abs. 1 Bst. f StromVG). 66 Das Versorgungsgebiet von [...] und [...] ist mit dem Verteilnetz der Gesuchstellerin verbunden. Die Stromversorgung erfolgt folglich durch die Gesuchstellerin (vgl. hierzu ausführlich zum Sachverhalt Rz. 1 ff.).

18/33 ElCom-D-983E3401/30 b) StromVG und EnG betreffend allgemeine SDL-Kosten und EnG-Zuschläge 67 Wie dargestellt (vgl. Rz. 55 f.), ist die Gesuchgegnerin 1 als nationale Netzgesellschaft für den Betrieb und die Überwachung des gesamtschweizerischen Übertragungsnetzes zuständig und führt dieses als eine Regelzone (Art. 20 Abs. 2 Bst. a StromVG). Sie ist für das Bilanzmanagement verantwortlich und stellt die weiteren Systemdienstleistungen einschliesslich Bereitstellung von Regelenergie sicher (Art. 20 Abs. 2 Bst. b StromVG). Systemdienstleistungen sind die für den sicheren Betrieb der Netze notwendigen Hilfsdienste (Art. 4 Abs. 1 Bst. g StromVV). 68 Gegen die Anwendbarkeit des schweizerischen Stromversorgungsrechts auf die vorliegende Streitigkeit spricht die Tatsache, dass sich [...] wie auch [...] auf italienischem Staatsgebiet befinden, auf welches grundsätzlich italienisches Recht anwendbar ist. Da es sich bei allen Parteien um juristische Personen mit Sitz in der Schweiz handelt, würde dieser Anknüpfungspunkt die Anwendung von Schweizer Recht wiederum nahelegen. Nach dem Auswirkungsprinzip spricht des Weiteren für die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Stromversorgungsrechts auf den vorliegenden Sachverhalt, dass beide Gebiete mit der Regelzone Schweiz verbunden sind und von der Schweiz aus mit Elektrizität versorgt werden. Ausserdem wirken sich die von der Gesuchgegnerin 1 sichergestellten SDL vorliegend auch auf die fraglichen italienischen Gebiete aus, diese tragen somit gleichermassen wie die Schweizer Versorgungsgebiete einen Nutzen vom sicheren Betrieb der Netze. 69 Der Zweck des schweizerischen Energierechts, insbesondere die Förderung von erneuerbaren Energien hat – ausgeprägter als das StromVG – einen politischen Hintergrund und somit einen eindeutigeren Inlandbezug, welcher die Anwendung des EnG auf die beiden italienischen Gebiete fraglich erscheinen lässt. Die Endverbraucher der betroffenen Gebiete beziehen physikalisch jedoch Schweizer Strom, allenfalls auch aus erneuerbaren Energien. Zudem wirkt sich allfällige in den beiden Gebieten produzierte und ins Verteilnetz eingespeiste Elektrizität aus erneuerbaren Energien auf das Territorium der Schweiz aus. Für eine einheitliche Anwendung der entsprechenden Bestimmungen innerhalb der Regelzone könnte des Weiteren die Tatsache sprechen, dass es sich bei den EnG-Zuschlägen um einen von der Gesuchgegnerin 1 als Be-

treiberin der Übertragungsnetze erhobenen «Zuschlag auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze» handelte. In Artikel 15 Absatz 2 Buchstaben a und c StromVV (Stand am 1.1.2017) wurde explizit ausgeführt, dass die nationale Netzgesellschaft «die Kosten für Systemmanagement» (folglich die allgemeinen SDL-Kosten, Bst. a) wie auch Zuschläge auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze (folglich die EnG-Zuschläge, Bst. c) den Netzbetreibern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der Endverbraucher in Rechnung stellt. Als Grundlage für die Erhebung der Zuschläge nach Schweizer Recht könnte deshalb das Vorhandensein von Endverbrauchern innerhalb der von der Gesuchgegnerin 1 zu führenden Regelzone betrachtet werden. Letztendlich wird durch die StromVV nicht ausgeschlossen, dass diese Endverbraucher in sehr wenigen Fällen auch auf ausländischem Staatsgebiet vorhanden sein können. Das Gesetz trifft insofern keine Unterscheidung zwischen ausländischen oder inländischen Endverbrauchern. 70 In einer teilweise vergleichbaren Sachlage (Verfügung der ElCom 221-00080 vom 12. Juni 2014, Rz. 21 ff.) beurteilte die ElCom eine ähnliche Frage in Bezug auf die Enklave Büsingen (D) und hielt fest, dass Büsingen physikalisch nicht mit dem deutschen Übertragungsnetz, sondern über das Schweizer Verteilnetz mit dem Schweizer Übertragungsnetz verbunden sei und die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien in Büsingen sich dementsprechend auf das Territorium der Schweiz auswirke. Büsingen gehöre zum kantonalen Versorgungsgebiet des Kantons Schaffhausen und werde von der EKS AG versorgt. Aufgrund dessen bezahlen die Einwohner von Büsingen auch die KEV-Abgabe. Da die Gemeinde Büsingen mit ca. 1'350 Einwohner eine kleinere Gemeinde sei, sei gesamthaft betrachtet die Auswirkung auf das Schweizer Territorium quantitativ zwar gering. Entscheidend sei jedoch, auf welches Territorium sich die Stromproduktion des einzelnen Produzenten auswirke. Schliesslich richte sich auch die KEV an den individuellen Produzenten. Ausserdem könnten auch in einer kleinen Gemeinde grosse Produktionsprojekte realisiert werden. Damit wirke sich die Einspeisung von Elektrizität in hinreichendem

19/33 ElCom-D-983E3401/30 Mass auf das Schweizer Territorium aus. Zwar wurde im genannten Fall (Verfügung der ElCom 221-00080 vom 12. Juni 2014, Rz. 27 ff.) festgehalten, dass das EnG keine Förderung ausländischer Energieerzeugung vorsehe, jedoch gemäss einschlägigem Staatsvertrag Schweizer Recht zur Anwendung komme. Vorliegend ist kein Staatsvertrag einschlägig. Ob die beiden Sachverhalte zumindest in Bezug auf das Auswirkungsprinzip trotzdem vergleichbar sind und das EnG bezüglich Erhebung der Zuschläge angewendet werden kann oder nicht, kann vorliegend offen gelassen werden. 71 Streitgegenstand ist vorliegend die Rückforderung von allgemeinen SDL-Kosten und EnG-Zuschlägen und nicht die Frage, ob in [...] und [...] allgemeine SDL-Kosten oder EnG-Zuschläge erhoben werden müssen. Sämtliche Parteien haben ihren Sitz in der Schweiz. Die allgemeinen SDL-Kosten wie auch die EnG-Zuschläge wurden nach Schweizer Recht entrichtet. Aus diesen Gründen prüft die ElCom gestützt auf Schweizer Recht, ob diese wieder zurückzuerstatten sind. 72 Zu prüfen bleibt, ob öffentliche Interessen einerseits oder allfällige (staats)vertragliche Bestimmungen andererseits gegen die Anwendung von Schweizer Recht auf den vorliegenden Sachverhalt sprechen. c) Öffentliche Interessen 73 Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid bei der Festlegung des für die Anknüpfung relevanten Sachverhaltes und damit der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts die öffentlichen Interessen berücksichtigt und danach unterschieden, ob es sich um bedeutungsvolle Interessen handelt oder nicht (BGE 87 I 451 E. 5; Verfügung der ElCom 952-08-017 vom 30. Oktober 2008, S. 9). Es dürfen

somit keine öffentlichen Interessen vorhanden sein, welche gegen die Zuordnung zu einer bestimmten Jurisdiktion sprechen. 74 Öffentliche Interessen, die gegen die Anwendung von Schweizer Recht auf den vorliegenden Sachverhalt sprechen, sind vorliegend nicht ersichtlich. d) (Staats)Vertrag 75 Ein eigentliches bilaterales Abkommen (Staatsvertrag) wie für Büsingen am Hochrhein zwischen der Schweiz und Deutschland (vgl. Verfügung der ElCom 221-00080 vom 12. Juni 2014), welches das auf die Ein-, Aus- und Durchfuhr von Waren anwendbare Recht regelt, existiert für [...] und/oder [...] zwischen der Schweiz und Italien soweit ersichtlich nicht. Somit ist zu prüfen, ob andere Vereinbarungen gegen die Anwendung von Schweizer Recht auf den vorliegenden Sachverhalt sprechen. Folgende Rechtsakte weisen einen Bezug zu [...] betreffend Stromlieferung auf und sind genauer zu erläutern: - Stromliefervertrag für die Abnahmestellen in [...] und [...] für das Jahr [...] inkl. Addenda für die Folgejahre zwischen AIL, Acquirente Unico S.p.A. («AU») mit Sitz in Rom, ENEL Servizio Elett-rico S.p.A («ESE») mit Sitz in Rom und ENEL Distribuzione S.p.A. («e-distribuzione») mit Sitz in Rom (act. 15, Beilagen 1–9). Der Stromliefervertrag regelt, nach welchem Recht die Lieferung von Elektrizität zu beurteilen ist. Allerdings bezieht sich der Stromliefervertrag auf das Verhältnis zwischen der schweizerischen AIL auf der einen Seite und den italienischen Parteien AU, ESE sowie e-distribuzione auf der anderen Seite. Der Stromliefervertrag ist für die Beurteilung des anwendbaren (öffentlichen) Rechts somit höchstens indirekt sachdienlich. Zum Beispiel aufgrund des Umstandes, dass zwischen dem schweizerischen Verteilnetzbetreiber, das heisst der Gesuchstellerin, und den Endverbrauchern in [...] sowie [...] – im Gegensatz insbesondere zu Büsingen am Hochrhein – kein direktes Rechtsverhältnis besteht (ausser für [...] Endverbraucher). Der Vertrag ist italienischem Recht unterstellt, beinhaltet jedoch keine Regelungen zu den streitigen SDL-Kosten und den EnG-Zuschlägen. - Beschluss ARERA 78/2019/R/EEL vom 5. März 2019 betreffend Stromlieferung auf italienischen Verteilnetzen, die nur an ausländischen Elektrizitätsnetzen angeschlossen sind (act. 15, Beilage

20/33 ElCom-D-983E3401/30 10; gültig ab 01.01.2020): Da der Beschluss erst ab dem 1. Januar 2020 Gültigkeit hat, ist er auf den vorliegenden Sachverhalt grundsätzlich nicht anwendbar. - Netznutzungsvertrag zwischen Swissgrid und AIL vom [...] inkl. AGB (act. 14, Beilage Nr. 7 und act. 29, Beilage 9): Es handelt sich um einen Standardvertrag, der keine Bestimmungen betreffend [...] oder [...] enthält. 76 Folglich sind die vorhandenen Rechtsakte für die Bestimmung des anwendbaren Rechts für den vorliegenden Sachverhalt nicht einschlägig. Es gilt demnach auf die bereits erläuterten allgemeinen Grundsätze abzustellen.

E. 5.2

Zwischenfazit 77 Der vorliegende Sachverhalt weist zahlreiche Anknüpfungspunkte zur Schweiz auf. Die vorliegende Streitigkeit wirkt sich direkt auf das Territorium der Schweiz, die Gesuchstellerin sowie auch auf die Gesuchgegnerinnen 1 und 2 aus, die ihren Sitz in der Schweiz haben. Das Gesetz definiert explizit die Regelzone Schweiz, innerhalb welcher gleichermassen vom sicheren Betrieb der Netze profitiert wird. Es ist weder ein öffentliches Interesse erkenntlich, welches gegen die Anwendung von Schweizer Recht sprechen würde, noch wurde die Anwendbarkeit von Schweizer Recht durch einen Staatsvertrag (o.ä.) wegbedungen. Streitgegenstand ist vorliegend die Rückforderung von allgemeinen SDL-Kosten sowie EnG-Zuschlägen, welche gestützt auf Schweizer Recht von der Gesuchgegnerin 1 erhoben wurden. Der vorliegende Sachverhalt ist der Schweiz

zuzuordnen. Damit ist Schweizer Recht anwendbar, wobei sich die Anwendbarkeit des Schweizer Rechts ausschliesslich auf die für das vorliegende Verfahren relevanten Bestimmungen der einschlägigen Gesetze bezieht. Keineswegs ist von einer integralen Anwendbarkeit dieser gesamten Erlasse auf das italienische Staatsgebiet von [...] und [...] auszugehen.

E. 6

Streitige Zahlungen

E. 6.1

Ausgangslage 78 Die Gesuchstellerin macht zwei Teilrückforderungen geltend: 1) zu viel bezahlte Kosten für all- gemeine Systemdienstleistungen (SDL-Kosten), 2) zu viel bezahlte EnG-Zuschläge, welche in die Stiftung KEV flossen.

E. 6.2

Allgemeine Systemdienstleistungen 79 Als anrechenbare Netzkosten gelten die Betriebs- und Kapitalkosten eines sicheren, leistungs- fähigen und effizienten Netzes (Art. 15 Abs. 1 StromVG). Als Betriebskosten gelten die Kosten, die direkt mit dem Betrieb der Netze zusammenhängende Leistungen betreffen. Insbesondere zählen dazu die Kosten für Systemdienstleistungen (Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVG). Die Kosten für allgemeine SDL sind demnach als Betriebskosten eines sicheren, leistungsfähigen und effi- zienten Netzes anrechenbare Netzkosten. 80 Die nationale Netzgesellschaft stellt den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der End- verbraucher u.a. die Kosten für die allgemeinen SDL in Rechnung (vgl. Art. 15 Abs. 2 Bst. a StromVV, Urteil des BGer 2C_367/2012 vom 20. November 2012 E. 2.1). Massgebend ist die vom Verteilnetzbetreiber in Rechnung gestellte endverbrauchte Energiemenge (Weisung 3/2016 der ElCom vom 22.12.2016 betreffend Abrechnungsmethodik für SDL, aufgehoben und ersetzt durch Weisung 4/2018 vom 07.06.2018). Die Verteilnetzbetreiber sind dabei gemäss der gesetz- lichen Regelung wiederum berechtigt, den Endverbrauchern die Kosten für die allgemeinen SDL entsprechend der bezogenen elektrischen Energie als Teil des Netznutzungsentgelts in Rech- nung zu stellen (vgl. Art. 14 und 15 StromVG). Den Netzbetreibern werden die SDL-Kosten ent- sprechend der bezogenen elektrischen Energie der (an ihr Verteilnetz direkt angeschlossenen)

21/33 ElCom-D-983E3401/30 Endverbraucher in Rechnung gestellt. Ein direktes Verhältnis zwischen der Gesuchsgegnerin 1 und den Endverbrauchern besteht in Bezug auf die Rechnungsstellung lediglich dann, wenn Endverbraucher direkt an das Übertragungsnetz angeschlossen sind. 81 Folglich bedeutet dies, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin 1 bezüglich nicht direkt an ihr Verteilnetz angeschlossene Endverbraucher entsprechend auch keine allgemeinen SDL- Kosten zu bezahlen hatte.

E. 6.3

EnG-Zuschläge 82 Die EnG-Zuschläge (Zuschläge auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze; in der neuen Energiegesetzgebung als Netzzuschlag bezeichnet) waren nach altem Recht in Artikel 15b aEnG geregelt. Sie dienten unter anderem der Finanzierung der kostendeckenden Einspei- severgütung (KEV) nach Artikel 7a aEnG und der Finanzierung von Gewässerschutzmassnah- men sowie weiteren Zwecken (Art. 15b Abs. 1 Bst. a und d aEnG [Stand am 01.01.2017]; vgl. auch Art. 76 BV; Revision

Gewässerschutzgesetz vom Dezember 2009). 83 Die Gesuchsgegnerin 1 stellte gemäss Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe c StromVV (Stand am 01.01.2017) den Netzbetreibern die Zuschläge auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze («EnG-Zuschläge»), ebenfalls wie die allgemeinen SDL-Kosten, entsprechend der bezogenen elektrischen Energie der Endverbraucher in Rechnung. Folglich bedeutet dies, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin 1 bezüglich nicht direkt an ihr Verteilnetz angeschlossene Endverbraucher entsprechend auch keine EnG-Zuschläge zu bezahlen hatte. 84 Die Summe, welche durch die EnG-Zuschläge generiert wird, floss nach dem alten Energierecht in einen speziell für die Förderungsmassnahmen errichteten Fonds der Gesuchsgegnerin 1 (Art. 15b Abs. 5 aEnG i.V.m. Art. 3k aEnV [Stand am 01.01.2017]). Die Verwaltung dieses Fonds wurde von der Swissgrid der zu diesem Zweck gegründeten Stiftung KEV übertragen. Die Gesuchsgegnerin 1 bezweckte durch diese Auslagerung an eine privatrechtlich organisierte Stiftung eine «transparente, nachvollziehbare» Abwicklung von Entgegennahme und Verwaltung der Zuschläge im «Förderfonds». Für die Auslagerung an die Stiftung KEV besteht keine gesetzliche Grundlage bzw. Pflicht. Der für die KEV bestimmte Fondsanteil wurde danach an die EPS Energie Pool Schweiz AG überwiesen und zur Entschädigung der Anlagenbetreiber verwendet (vgl. HETTICH PETER/WALTHER SIMONE, Rechtsfragen um die kostendeckende Einspeiservergütung (KEV) für Elektrizität aus erneuerbaren Energien, in: ZBL 112/2011, S. 150 f.). Die Stiftung KEV spielte folglich weder bei der Erhebung der EnG-Zuschläge noch bei der Verwendung der Gelder eine Rolle, auch hatte sie von Gesetzes wegen keinerlei Zuständigkeiten, Befugnisse oder Rechte und Pflichten.

E. 6.4

Forderungshöhe 85 Mit Stellungnahme vom 24. Juni 2019 macht die Gesuchstellerin eine Rückforderung von [...] Franken zuzüglich Zins geltend, davon [...] Franken für SDL-Kosten und [...] Franken für EnG-Zuschläge und zwar für die Jahre [...] bis [...] betreffend [...] und für die Jahre [...] bis [...] betreffend [...] (act. 23). Bei der Berechnung der Forderung hatte die Gesuchstellerin nach eigenen Angaben den Endverbrauch der direkt am Verteilnetz der Gesuchstellerin angeschlossenen italienischen Endverbraucher in [...] herausgerechnet (act. 51). Für das Jahr [...] sind nach Aussage der Gesuchstellerin die entsprechenden Beträge zurückerstattet worden (act. 23). Die Gesuchsgegnerin 1 beantragt in ihrer Eingabe vom 16. August 2019 (act. 31), die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, ihre Forderung gegen die Gesuchsgegnerin 1 gehörig zu beziffern, ohne jedoch substantiiert darzulegen, inwiefern die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Forderung fehlerhaft berechnet worden sei. In ihrer Stellungnahme vom 10. Oktober 2019 (act. 37) verweist die Gesuchstellerin auf die Bezifferung der Summe gemäss ihrer Eingabe vom 24. Juni 2019 (act. 23).

22/33 ElCom-D-983E3401/30 Die Gesuchstellerin nennt in ihrem Gesuch vom 5. November 2018 (act. 1) folgende Verbrauchszahlen der Gebiete [...] und [...]: [...] 86 Der Elektrizitätsverbrauch pro Einwohner und Jahr beträgt gemäss Angaben der Gesuchstellerin in [...] zwischen [...] kWh und [...] kWh. Der durchschnittliche Verbrauch pro Einwohner und Jahr in der ganzen Schweiz betrug zwischen [...] und [...] zwischen 6'900 kWh und 7'600 kWh.¹ Die von der Gesuchstellerin angegebenen Verbrauchszahlen für [...] erscheinen demnach plausibel. Der durchschnittliche Stromverbrauch pro Einwohner und Jahr in [...] beträgt gemäss Gesuchstellerin zwischen [...] kWh und [...] kWh. Da es sich bei den Endverbrauchern in [...] überwiegend um private Haushalte

handeln wird, können die angegebenen Zahlen mit dem Verbrauch eines privaten Haushaltes in der Schweiz verglichen werden. Dieser beträgt ca. 4'500 kWh pro Jahr (4-Zimmerwohnung inkl. Boiler). Die Angaben der Gesuchstellerin bezüglich [...] erscheinen demnach insgesamt ebenfalls plausibel. Die von der Gesuchstellerin ausgewiesenen Zahlen in den bei der ElCom eingereichten Kostenrechnungen lassen die vorliegenden Angaben zum Elektrizitätsverbrauch ebenfalls glaubhaft erscheinen.⁸⁷ In ihrer Stellungnahme vom 24. Juni 2019 nennt die Gesuchstellerin betreffend [...] für die Jahre [...] bis [...] jedoch andere Verbrauchszahlen als sie in ihrem Gesuch vom 5. November 2018 angegeben hat. So hatte die Gesuchstellerin betreffend [...] für das erste Semester des Jahres [...] in ihrem Gesuch vom 5. November 2018 bspw. einen Verbrauch von [...] kWh und für das zweite Semester von [...] kWh angegeben. In ihrer Eingabe vom 24. Juni 2019 gab sie dann jedoch für das (gesamte) Jahr [...] einen Verbrauch von insgesamt [...] kWh an und für das (gesamte) Jahr [...] einen Verbrauch von [...] kWh. Für das Jahr [...] gab sie in ihrer Eingabe vom 24. Juni 2019 einen Verbrauch von [...] kWh an, dies entspricht jedoch dem Verbrauch des Jahres [...] gemäss Gesuch der Gesuchstellerin vom 5. November 2018. Es ist somit davon auszugehen, dass der Gesuchstellerin bei der Erstellung der Tabelle in ihrer Eingabe vom 24. Juni 2019, beim Zusammenzug der Verbrauchszahlen aus den Jahren [...] und [...] betreffend [...] (in ihrem ursprünglichen Gesuch vom 5. November 2018 jeweils auf zwei Zeilen dargestellt) Fehler unterlaufen sind. Vorliegend ist somit für die Berechnung der Forderung auf die ursprünglich von der Gesuchstellerin mit Gesuch vom 5. November 2018 ausgewiesenen Verbrauchszahlen abzustellen.⁸⁸ Betreffend das Jahr [...] ist nach Angabe der Gesuchstellerin ein Teil des Gesamtbetrages von [...] Franken zurückerstattet worden, den anderen Teil, nach den Berechnungen der Gesuchstellerin [...] % des Gesamtbetrages, macht sie weiterhin geltend ([...] Franken; zu der Berechnung der [...] % resp. der Differenz von [...] Franken äussert sich die Gesuchstellerin nicht). Dieser Betrag ist in der Gesamtforderung enthalten (act. 23). Auch die Gesuchsgegnerin 1 führt in ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2021 aus, dass für das Jahr [...] nur ein Teil der zu viel bezahlten Kosten für allgemeine SDL und kostendeckende Einspeisevergütung sowie für den Schutz von Gewässern und Fischen (nämlich [...] Franken exkl. MwSt von der Gesuchsgegnerin 1 für zu viel bezahlte allg. SDL und [...] Franken exkl. MwSt. [recte: [...] Franken; vgl. Verweis auf Beilage 2 des Gesuchs der Gesuchstellerin vom 5.11.2018 sowie Angabe des Bruttobetrags von [...] Franken durch die Gesuchsgegnerin 2] von der Stiftung KEV; Total also brutto [...] Franken) an die Gesuchstellerin zurückvergütet worden sei. Diese Rückerstattung sei aufgrund der von der Gesuchstellerin am 15. Mai 2017 an die Gesuchsgegnerin 1 gemeldeten korrigierten Werte der Bruttolastgangsumme eigenes Netz (BLS/EN) des gesamten AIL-Netzes erfolgt. Diese korrigierten Werte würden somit auf Korrekturen des gesamten Netzes der Gesuchstellerin beruhen und nicht nur den Korrekturen für [...] und [...] entsprechen. Dies erkläre auch, weshalb die an die Gesuchstellerin zurückerstatteten erwähnten Beträge nicht mit der Differenz zwischen der von der Gesuchstellerin noch geltend gemachten Forderung und der Gesamtforderung allgemeine SDL-Kosten und EnG-Zuschläge für das Jahr [...] übereinstimmen. Am 14. Dezember 2017 habe die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin 1 eine weitere Korrektur der

1 Vgl. Schweizerische Elektrizitätsstatistik des BFE 2007 bis 2019.

23/33 ElCom-D-983E3401/30 endverbrauchten Energie im AIL Netz ohne [...] für die Jahresabrechnung vom [...] bis zum [...] gemeldet. Diese Korrektur sei jedoch aufgrund

der unklaren Abrechnungssituation bezüglich [...] und [...] zumindest für die allgemeinen SDL-Kosten nicht mehr durchgeführt worden (act 48). Die Gesuchsgegnerin 2 verweist in ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2021 ebenfalls auf die von der Stiftung KEV am 14. Dezember 2017 an die Gesuchstellerin geleistete Rückzahlung (nämlich brutto [...] Franken) und bringt keine zu einem späteren Zeitpunkt erfolgten Rückzahlungen betreffend zu viel bezahlte EnG-Zuschläge vor (act. 47). Betreffend die Forderungshöhe in Bezug auf das Jahr [...] kann deshalb grundsätzlich auf die Berechnung der Gesuchstellerin abgestellt werden, die für das Jahr [...] von insgesamt [...] Franken (Betrag gemäss Eingabe der Gesuchstellerin vom 25. Juni 2019 [act. 23], vorliegend korrigiert auf [...] Franken gemäss Rz. 87 und 90) noch einen Teilbetrag von [...] Franken fordert (act. 23 und act. 51). 89 Die vorliegend streitige (Gesamt)forderung ist entsprechend neu zu berechnen. Dabei sind die Verbrauchszahlen mit den jeweiligen SDL-Tarifen resp. EnG-Zuschlägen zu multiplizieren. 90 Betreffend das Jahr [...] ist demnach festzuhalten, dass die noch geltend gemachten [...] Franken betreffend das Jahr [...] [...] % des aufgrund der Verbrauchszahlen aus dem Gesuch der Gesuchstellerin vom 5. November 2018 korrigierten Gesamtbetrages des Jahres [...] ([...] Franken) entsprechen. Der anteilmässige Endverbrauch des Jahres [...] wird entsprechend rechnerisch angepasst (multipliziert mit [...] %).

24/33 ElCom-D-983E3401/30

[...] 91 Dies ergibt einen korrigierten Gesamtbetrag von [...] Franken ([...] Franken + [...] Franken + [...] Franken + [...] Franken). 92 Vorliegend wird deshalb festgehalten, dass die allfällig bestehende Forderung der Gesuchstellerin gegenüber den Gesuchsgegnerin 1 und der Gesuchsgegnerin 2 insgesamt [...] Franken und nicht wie von der Gesuchstellerin geltend gemacht [...] Franken beträgt. Davon betreffen [...] Franken die SDL-Kosten und [...] Franken die EnG-Zuschläge.

E. 7

Rückerstattungsanspruch aus Bereicherungsrecht

E. 7.1

Pflicht zur Bezahlung der allgemeinen SDL-Kosten und EnG-Zuschläge 93 Wie aufgezeigt (vgl. Rz. 80) sind sowohl die Kosten für die allgemeinen SDL wie auch die EnG-Zuschläge an das Vorhandensein von direkt angeschlossenen Endverbraucher der Verteilnetzbetreiber gebunden (Art. 15 Abs. 2 Bst. a und c StromVV, Stand am 01.01.2017). Die Gesuchstellerin war somit nicht Schuldnerin der streitigen Beträge.

E. 7.2

Anwendbares Bereicherungsrecht 94 Da es im öffentlichen Recht keine eigenständige Grundlage für bereicherungsrechtliche Ansprüche gibt, wird auf das Privatrecht zurückgegriffen, auf die Bestimmungen nach Artikel 62 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220). Nach der neueren Lehre handelt es sich beim Beizug privatrechtlicher Regeln nicht um eine analoge Anwendung von Privatrecht, sondern um ungeschriebenes öffentliches Recht (vgl. Urteil des BVGer A-2483/2013 vom 17. März 2014 E. 2.3.1; bereits BGE 78 I 86 E. 1; HÄFELIN /MÜLLER /UHLMANN, Rz. 187; diesbezüglich unklar BGE 124 II 570 E. 4b; differenziert: MARIANNE RYTER SAUVANT, Allgemeine Rechtsgrundsätze – Analogien zum Privatrecht, Bern 2005, S. 22 ff., S. 71 ff.).

E. 7.3

Ungerechtfertigte Bereicherung a) Allgemein 95 Gemäss Artikel 62 Absatz 1 OR hat, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Diese Verbindlichkeit tritt insbesondere dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 2 OR). Die Bestimmung ist dabei – wie soeben aufgezeigt (vgl. Rz. 94) – auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts anwendbar. Voraussetzung für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist zunächst eine Bereicherung, d. h. eine Vermögensvermehrung auf der einen Seite und eine Entreichung auf der anderen Seite. Die Vermögensvermehrung des Bereicherten muss somit zu Lasten eines anderen, dem Entreicherten, erfolgt sein. Eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen dem Entreicherten und dem Bereicherten ist dabei jedoch nicht vorausgesetzt. Auszugleichen ist vielmehr jede Bereicherung, die der Schuldner auf Kosten eines anderen erlangt hat (Urteil des BGer 4C.338/2006 vom 27. November 2006 E. 3.1). Dabei ist aber mindestens ein Sachzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreichung erforderlich. Vorausgesetzt ist zudem, dass die Bereicherung ungerechtfertigt ist, d. h., dass sie ohne Rechtsgrund erfolgt ist (Urteil des BGer 4C.337/2002 vom 3. März 2003 E.2.2; vgl. zum Ganzen: HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT, BSK-OR I, Rz. 2 ff. zu Art. 62 OR; sowie Verfügung der ECom 232-00046 vom 13. Oktober 2020).

25/33 ECom-D-983E3401/30 b) Bezahlung einer Nichtschuld und Irrtum 96 Während Artikel 62 OR die Nichtleistungskonditionen erfasst, bezieht sich der Sondertatbestand des Artikel 63 Absatz 1 OR auf die Leistungskonditionen. Wer gemäss Artikel 63 Absatz 1 OR eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat. Demgegenüber erfolgt die Bereicherung in Fällen von Nichtleistungskonditionen gegen den Willen des Entreicherten und in aller Regel ohne sein Zutun (BGE 123 III 101, 107 E. 3a, Pra 86 487 E. 3a; HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT; BSK-OR I, Rz. 1 ff. zu Art. 63 OR). 97 Wie aufgezeigt, war die Gesuchstellerin nicht Schuldnerin der strittigen Beträge. Die Gesuchstellerin bezahlte folglich freiwillig eine Nichtschuld nach Artikel 63 OR. 98 Der Irrtum des Leistenden muss sich auf die Schuldpflicht beziehen, d. h. auf den Rechtsgrund der Leistung. Auf die Wesentlichkeit des Irrtums (Art. 23 ff. OR) kommt es nicht an. Der Leistende darf den Irrtum nicht erkannt haben. Ein Irrtum ist anzunehmen, wenn nach den Umständen des Falles ausgeschlossen werden kann, dass der Leistende eine Schenkung beabsichtigte; bei Geschäftsbeziehungen ist grundsätzlich nie von einer Schenkungsabsicht auszugehen. Jedoch kann auch bei fehlendem Schenkungswillen nicht ohne weiteres auf das Vorliegen einer irrtümlichen Leistung geschlossen werden (Urteil des BGer 4C.212/2002 vom 19. November 2002 E. 4.3). Ein Irrtum i. S. v. Artikel 63 OR liegt jedoch selbst dann vor, wenn der Leistende den Irrtum hätte erkennen müssen (Urteil des BGer 4C.338/2006 vom 27. November 2006 E. 3.1; Urteil des BGer 4C.248/2006 vom 3. Oktober 2006 E. 2.2; BGE 129 III 646, 650 E. 3.2, obiter dictum; BGE 64 II 121, 129 ff. E. 5 f.). Kann dem festgestellten Sachverhalt nicht entnommen werden, dass die Leistung mit dem Willen des Leistenden erfolgt ist, kann von einer freiwilligen Leistung nicht die Rede sein (Urteil des BGer 4C.279/2003 vom 3. Mai 2005 E. 3.3). Bestehen beim Leistenden jedoch Zweifel am Rechtsgrund, ist ihm die Rückforderung nach Artikel 63 Absatz 1 OR versagt. Befand sich der Leistende bei der Erbringung der Leistung nicht im Irrtum, so kann er diese nur zurückfordern, wenn er sie unfreiwillig erbracht hat. Unfreiwilligkeit

liegt vor, wenn eine Leistung durch widerrechtliche Drohung erzwungen worden ist oder der Bewucherte sich durch seine Notlage zur Leistung veranlasst sah (zum Ganzen vgl. HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT, BSK-OR I, Rz. 4 zu Art. 63 OR). 99 Wie aufgezeigt, ist die Hürde für das Vorliegen eines Irrtums gemäss Lehre und Rechtsprechung tief angesetzt. Im Geschäftsverkehr ist grundsätzlich nicht von einer Schenkung auszugehen und der Irrtum muss denn auch nicht erkennbar gewesen sein. Auch rein versehentliche Zahlungen sind als irrtümliche Leistungen anzusehen. Die Gesuchsgegnerin 1 bringt vor, es sei die Pflicht der Gesuchstellerin gewesen, die korrekten Netzdaten zu liefern, sie selbst sei nicht zur Überprüfung dieser bzw. zur Überprüfung der damit verbundenen und in Rechnung gestellten Kosten zuständig (act 10). Wie soeben dargelegt, liegt ein Irrtum i. S. v. Artikel 63 OR selbst dann vor, wenn der Leistende den Irrtum hätte erkennen müssen. Gemäss (später aufgehobener und durch Weisung 4/2018 ersetzter) Weisung 3/2016 der ElCom zur Abrechnungsmethodik für SDL und EnG-Zuschläge vom 22.12.2016 meldet der Verteilnetzbetreiber nach Ablauf des Kalenderjahres der Swissgrid bis spätestens Ende März die von den Endverbrauchern im abgelaufenen Kalenderjahr bezogene elektrische Energie pro Netz. Swissgrid plausibilisiert diese Angaben; Unstimmigkeiten sind sofort mit dem Verteilnetzbetreiber zu klären. Daraufhin erstellt Swissgrid im Verlauf des Folgemonats die Endabrechnung der SDL-Kosten sowie der EnG-Zuschläge für das abgelaufene Kalenderjahr, welche der Verteilnetzbetreiber innerhalb von 30 Tagen zu begleichen hat. Somit schliesst auch eine grundsätzliche Pflicht zur Lieferung der korrekten Netzdaten einen Irrtum i.S.v. Artikel 63 OR nicht aus (vgl. Rz. 46). Dass die Gesuchsgegnerin nur verpflichtet ist, die gemeldeten Zahlen zu plausibilisieren, nicht aber zu überprüfen, ändert ebenfalls nichts an dieser Tatsache. Vorliegend ist aus den Umständen der Zahlungen auf einen Irrtum seitens der Gesuchstellerin zu schliessen.

26/33 ElCom-D-983E3401/30

E. 7.4

Umfang der Rückerstattung a) Bereicherung der Gesuchsgegnerin 1 100 Die Gesuchstellerin hat den Betrag von [...] Franken rechtsgrundlos an die Gesuchsgegnerin 1 geleistet. Dieser Betrag ist der Gesuchsgegnerin 1 zugegangen. Sie ist daher in diesem Umfang in Bezug auf die SDL-Kosten bereichert. 101 Ausserdem wird in Bezug auf den Antrag der Gesuchsgegnerin 1, es sei in der Verfügung festzuhalten, dass die sich aus der Verfügung ergebenden Kosten nach Massgabe der tatsächlich geleisteten Zahlung in die künftigen Tarife des Übertragungsnetzes eingerechnet werden können, festgehalten, dass gemäss Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe a StromVG die Kosten für Systemdienstleistungen als Betriebskosten und somit als anrechenbare Kosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes gelten und somit dieser Antrag der Gesuchsgegnerin 1 gutgeheissen werden kann. 102 Wie bereits dargelegt, war die Gesuchsgegnerin 1 nach altem EnG und somit auch für den Zeitraum der vorliegenden Streitigkeit für die Erhebung der EnG-Zuschläge (nach Art. 15b aEnG) zuständig und verwaltete die eingenommenen Mittel über die Stiftung KEV. Mit Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes am 1. Januar 2018 wurde die Zuständigkeit zur Erhebung der EnG-Zuschläge (neu: Netzzuschlag) auf die Gesuchsgegnerin 2 als Vollzugsstelle übertragen (Art. 35 EnG). Die noch von der Gesuchsgegnerin 1 mit den EnG-Zuschlägen erhobenen Mittel wurden mit der Auflösung der Stiftung KEV vollständig in den neuen Netzzuschlagfonds überführt (Art. 37 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 EnG). Die Gesuchsgegnerin 1 ist demnach in Bezug auf die streitigen EnG-Zuschläge nicht mehr bereichert. b) Bereicherung der Schweizerischen

Eidgenossenschaft 103 Die noch von der Gesuchgegnerin 1 mit den EnG-Zuschlägen erhobenen Mittel wurden wie erwähnt mit der Auflösung der Stiftung KEV vollständig in den neuen Netzzuschlagfonds überführt (Art. 37 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 EnG). Beim Netzzuschlagfonds handelt es sich um einen Spezialfonds nach Artikel 52 FHG. Dieser wird vom UVEK verwaltet. Die Eidgenössische Finanzverwaltung legt die Mittel des Netzzuschlagfonds an. Sie werden in der Jahresrechnung des Bundes unter dem Fremdkapital bilanziert (Art. 37 Abs. 1 bis 3 EnG). Eine Bereicherung – im Umfang der rechtsgrundlos an die Gesuchgegnerin 1 geleisteten [...] Franken – ist somit in Bezug auf die EnG-Zuschläge gegeben.

E. 7.5

Zwischenfazit 104 Im vorliegenden Sachverhalt bezahlte die Gesuchstellerin eine Nichtschuld i.S. von Artikel 63 OR, sodass grundsätzlich ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht. Zudem ist die Gesuchgegnerin 1 wie aufgezeigt in Bezug auf die SDL-Kosten bereichert. Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist ihrerseits in Bezug auf die EnG-Zuschläge bereichert, da die durch die Gesuchgegnerin 1 über die Stiftung KEV verwalteten Mittel mit Inkrafttreten des neuen EnG am 1. Januar 2018 in den Netzzuschlagfonds gemäss Artikel 37 EnG überführt wurden. 105 Folglich besteht seitens der Gesuchstellerin eine Forderung gegenüber der Gesuchgegnerin 1 und der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

E. 7.6

Verjährung 106 Der vorliegende Sachverhalt bezieht sich auf die Jahre [...] bis [...]. Das Verjährungsrecht des Obligationenrechts wurde revidiert und ist in seiner neuen Fassung am 1. Januar 2020 in Kraft getreten. Gemäss Artikel 49 SchlT ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Stand 1. Januar 2021, SR 210) gilt – wenn das neue Recht eine längere Frist als das bisherige Recht bestimmt – das neue Recht, sofern die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist.

27/33 ElCom-D-983E3401/30 107 Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung verjährt gemäss Artikel 67 Absatz 1 aOR (Stand 1. April 2017) mit Ablauf von einem Jahr, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs. Nach neuem Recht gilt eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren (Art. 67 Abs. 1 OR, Stand 1. Februar 2021, SR. 220). Wie aufzuzeigen sein wird, ist die vorliegende Forderung jedoch weder nach altem noch nach neuem Recht verjährt. 108 Fraglich ist vorliegend, ob die einjährige (relative) Verjährungsfrist nach Artikel 67 Absatz 1 aOR (Stand am 1. April 2017) bereits abgelaufen ist. Diese Frist beginnt ab dem Zeitpunkt zu laufen, an welchem der Bereicherungsgläubiger von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat. Nach der Rechtsprechung ist dabei die tatsächliche Kenntnis ausschlaggebend, auch wenn entsprechende Abklärungen schon zu einem früheren Zeitpunkt möglich gewesen wären (ANNE-CATHERINE HAHN zu Art. 67 OR, Rz. 4 in: ANDREAS FURRER, ANTON K. SCHNYDER (Hrsg.), Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1 – 183 OR, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016; BGE 129 III 503 E. 3.4; 109 II 433 E. 2). 109 Im Privatrecht kann die Verjährung lediglich durch die in Artikel 135 OR genannten Handlungen unterbrochen werden. Folglich durch Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners, namentlich auch durch Zins- und Abschlagszahlungen, Pfand- und Bürgschaftsbestellung, oder durch Schuldbetreibung, durch Schlichtungsgesuch, durch Klage oder Einrede vor einem staat-

lichen Gericht oder einem Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs. 110 Im öffentlichen Recht kann die Verjährung durch alle Handlungen, mit denen die Forderung in geeigneter Weise beim Schuldner geltend gemacht wird, unterbrochen werden, es sei denn, das anwendbare Recht sehe etwas anderes vor (BGE 135 V 74, 77 ff.; BGE 133 V 579, 583 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 765). Die Unterbrechungsgründe sind somit zahlreicher als im Privatrecht. 111 Mit E-Mail vom 15. Mai 2017 teilte die Gesuchstellerin der Gesuchgegnerin 1 die Erkenntnisse betreffend die Fehlzahlungen für den Zeitraum von [...] bis [...] betreffend [...] mit und bittet um das richtige Vorgehen zur Korrektur der Vorjahre (act. 1 Beilage 1). Mit Schreiben vom 14. Juni 2017 legte die Gesuchstellerin der Gesuchgegnerin 1 die Situation betreffend [...] nochmals dar (act. 10 Beilage 6). Mit E-Mail vom 2. März 2018 an die Gesuchgegnerin 1 gibt die Gesuchstellerin den Energieverbrauch von [...] sowie [...] an, und erwähnt erstmals, dass betreffend [...] die gleiche Situation vorliege. Bisher habe sie [...] nie erwähnt, weil der Elektrizitätsverbrauch dort extrem niedrig sei, nun sei es jedoch der richtige Zeitpunkt, um die ganze Sache zu bereinigen (act. 1, Beilage 16). Am 8. August 2018 machte die Gesuchstellerin ihre Forderung von (damals noch) CHF [...] für den Zeitraum vom [...] bis [...] zzgl. Zinsen von 5% seit 8. August 2018 zudem auf dem Betreibungsweg geltend. 112 Gemäss Vorbringen der Gesuchgegnerin 1 wurde die Betreibung der Gesuchstellerin erst nach mehr als einem Jahr seit Kenntnis der Gesuchstellerin eingereicht, womit die relative Frist von einem Jahr nach Kenntnis des Anspruchs bereits abgelaufen sei. Die Gesuchstellerin entgegnet hierzu, dass sie die Verjährung bereits mit E-Mail vom 15. Mai 2017 (bzw. zahlreichen darauf folgenden E-Mails) unterbrochen habe, da im öffentlichen Recht die verjährungsunterbrechenden Handlungen zahlreicher seien als im Privatrecht. 113 Vorliegend ist aus dem E-Mail-Verkehr ab dem 15. Mai 2017 zu schliessen, dass die Gesuchstellerin betreffend [...] umgehend, nachdem sie selbst Kenntnis über die ihrer Ansicht zu viel bezahlten SDL-Kosten und EnG-Zuschläge erhielt, die Gesuchgegnerin 1 darüber informierte. Da es sich vorliegend um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt (Rz. 61 ff.), können die E-Mail vom 15. Mai 2017 wie auch das Schreiben vom 14. Juni 2017 somit als geeignete Handlungen angesehen werden, um die Forderung betreffend [...] bei der Gesuchgegnerin geltend zu machen und die Verjährung zu unterbrechen.

28/33 ElCom-D-983E3401/30 114 Betreffend die Forderungen bezüglich [...] ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin ebenfalls bereits am 15. Mai 2017 Kenntnis von ihrem allfälligen Anspruch erhalten hat. Da es sich jedoch um sehr kleine Beträge handelt, hat die Gesuchstellerin der Gesuchgegnerin 1 erst mit E-Mail vom 2. März 2018 mitgeteilt, dass sie nun die ganze Situation (resp. die gesamten Fehlzahlungen betr. [...] und [...]) bereinigen möchte. Auch diese E-Mail kann vorliegend als geeignete Handlung angesehen werden, um die Forderung bei der Gesuchgegnerin 1 geltend zu machen und die Verjährung zu unterbrechen. 115 Entgegen der Annahme der Gesuchgegnerin 1 ist die relative einjährige Verjährungsfrist vorliegend noch nicht abgelaufen. Vielmehr fallen betreffend [...] Beginn der Frist (durch Kenntnis) und Unterbrechung (durch E-Mail vom 15. Mai 2017 und durch Schreiben vom 14. Juni 2017) beinahe zusammen. In Bezug auf [...] begann die Frist ebenfalls am 15. Mai 2017 zu laufen und wurde innert Frist mit E-Mail vom 2. März 2018 unterbrochen. 116 Die Forderung der Gesuchstellerin ist somit nicht verjährt.

E. 7.7

Verzinsung 117 Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre gilt mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung oder eines qualifizierten Schweigens als allgemeiner

Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen die Pflicht, Verzugszins zu bezahlen, wenn der Schuldner im Verzug ist (BGE 95 I 258 E. 3 S. 263; BGE 101 Ib 252 E. 4b S. 258 f.; Urteil des BGer 2C_188/2010 vom 24. Januar 2011 E. 7.2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 156 ff.). Voraussetzung für den Schuldnerverzug ist in analoger Anwendung von Artikel 102 Abs. 1 OR einerseits die Fälligkeit der Forderung, andererseits die Mahnung durch den Gläubiger (Art. 102 Abs. 1 OR, vgl. auch vorne E. 5.2.2). Gemäss privatrechtlicher Lehre und Rechtsprechung wird bei Bezahlen einer Nichtschuld die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung schon mit der (ungerechtfertigten) Zahlung zur Rückzahlung fällig (vgl. BGE 143 II 37 E. 6.3.1). Spätestens aufgrund der am 8. August 2018 durch die Gesuchstellerin eingeleiteten Betreibung ist denn auch die Mahnung gegeben, wobei die Gesuchstellerin die Gesuchgegnerin 1 mehrfach zur Bezahlung aufgefordert hat. 118 Somit ist die Forderung der Gesuchstellerin gegen die Gesuchgegnerin 1 und die Schweizerische Eidgenossenschaft zu 5% seit dem 8. August 2018 zu verzinsen (Verzugszins).

E. 8

Zukünftige Regelung in Bezug auf die SDL-Kosten betreffend [...] und [...] 119 Die Gesuchgegnerin 1 beantragt, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, zu Handen der ElCom mit der italienischen Verteilnetzbetreiberin eine abschliessende Lösung zur Tragung der Kosten für allgemeine SDL für die Gebiete [...] und [...] zu erarbeiten. Eventualiter habe die ElCom mit dem italienischen Regulator eine Lösung zu erarbeiten, wonach die Gesuchgegnerin 1 Kosten für allgemeine SDL für [...] und [...] sowie für allfällige weitere Gemeinden mit gleichem Sachverhalt den zuständigen Verteilnetzbetreibern in Rechnung stellen kann (act. 10). Sie bittet die ElCom, die Gesuchstellerin bei einer Lösungsfindung zumindest dahingehend miteinzubeziehen, dass die Gesuchstellerin der Gesuchgegnerin 1 die Daten für die beiden Netze auch für die Jahre ab [...] zur Verfügung stellt (act. 48). Diese Anträge betreffen nicht den Gegenstand dieses Verfahrens. Dementsprechend wird darauf nicht eingetreten. Das Anliegen der Gesuchgegnerin 1 wird ausserhalb des vorliegenden Verfahrens behandelt. 120 Hinsichtlich des Antrags der Gesuchgegnerin 1, die ElCom habe zu bestätigen, dass die nicht abgerechneten Kosten für die allgemeinen SDL betreffend die Gebiete [...] und [...] für die Vergangenheit (d.h. ab [...]) und künftig – bis eine entsprechende Regelung zur verursachergerechten Kostenanlastung gefunden worden ist – anrechenbare Kosten darstellten und in die Tarife des Übertragungsnetzes eingerechnet werden dürften (act. 48), ist festzuhalten, dass die Rege-

29/33 ElCom-D-983E3401/30 lung bezüglich die Jahre ab [...] nicht Verfahrensgegenstand ist und die ElCom im vorliegenden Verfahren demnach keine diesbezügliche Bestätigung abgibt. Dementsprechend wird auf den Antrag nicht eingetreten. Das Anliegen der Gesuchgegnerin 1 wird ausserhalb des vorliegenden Verfahrens behandelt.

E. 9

Fazit 121 Der vorliegende Sachverhalt ist der Schweiz zuzuordnen. Damit sind die einschlägigen Bestimmungen des schweizerischen öffentlichen Rechts anwendbar. 122 Es wird festgestellt, dass die Gesuchstellerin nicht Schuldnerin der bezahlten Beträge an die Gesuchgegnerin 1 war. Sie bezahlte irrtümlich eine Nichtschuld nach Artikel 63 OR. Die Gesuchgegnerin 1 wie auch die Schweizerische Eidgenossenschaft sind bereichert. Die Forderung ist zudem nicht verjährt. 123 Die Anträge der Gesuchgegnerin 1 betreffend die zukünftige Regelung in Bezug auf die Kosten für die allgemeinen SDL für [...] und [...]

werden mangels Rechtsgrundlage abgewiesen. 124 Gemäss Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe a StromVG gelten die Kosten für Systemdienstleistungen als Betriebskosten und somit als anrechenbare Kosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes. Somit können die diesbezüglichen Kosten der Gesuchsgegnerin 1, die sich aus dieser Verfügung ergeben ([...] Franken), nach Massgabe der tatsächlich geleisteten Zahlung gemäss Antrag in die künftigen Tarife des Übertragungsnetzes eingerechnet werden (Rz.101).

E. 10

Gebühren und Parteientschädigung 125 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Art. 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En). 126 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken. 127 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, 3. Auflage, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3). Betreffend die Rückerstattung der SDL-Kosten hat die Gesuchsgegnerin 1 beantragt, die Anträge der Gesuchstellerin seien abzuweisen. Damit ist sie nicht durchgedrungen und ist somit bezüglich der Rückerstattung der SDL-Kosten unterlegen. Ursprung der Streitigkeit war jedoch ein Fehler der Gesuchstellerin. Die Verfügung musste erlassen werden, weil die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin 1 fehlerhafte Zahlen bezüglich der Bruttolastgangssumme gemeldet hat (Rz. 2 und 6). Die anteilmässigen Gebühren betreffend die SDL-Kosten sind somit je zur Hälfte von der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 1 zu tragen. Betreffend die Rückzahlung der EnG-

30/33 ElCom-D-983E3401/30 Zuschläge hatte die Gesuchsgegnerin 2 zunächst geltend gemacht, sie hätte keine Parteistellung im vorliegenden Verfahren. Grundsätzlich würde es sich auch hier rechtfertigen, die anteilmässigen Gebühren betreffend die Rückerstattung der EnG-Zuschläge jeweils zur Hälfte der Gesuchstellerin und zur anderen Hälfte der Gesuchsgegnerin 2 (zulasten des Netzzuschlagsfonds) aufzuerlegen. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 GebV-En können die Gebühren aus wichtigen Gründen herabgesetzt oder erlassen werden. Da der vorliegend relevante Sachverhalt sich vor dem Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes und somit vor der Gründung der Gesuchsgegnerin 2 und der Errichtung des Netzzuschlagsfonds zugetragen hat, die Frage der Parteistellung komplex und die Verfügung nicht durch die Gesuchsgegnerin 2 veranlasst wurde, werden der Gesuchsgegnerin 2 gemäss Artikel 4 Absatz 2 GebV-En die Gebühren erlassen. 128 Dies ergibt folgende Gebührenaufteilung: Die Forderung betreffend die SDL-Kosten macht mit

[...] Franken [...] % der Gesamtforderung von [...] Franken aus. Somit ist der Anteil von [...] % der gesamten Gebühren, nämlich [...] Franken je zur Hälfte ([...] Franken) der Gesuchsgegnerin 1 und der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Der Restbetrag von [...] Franken (dem Anteil der Forderung betreffend EnG-Zuschläge entsprechend) wird zur Hälfte ([...] Franken) der Gesuchstellerin auferlegt. Der Gesuchsgegnerin 2 werden keine Gebühren auferlegt. 129 Weder die Stromversorgungsgesetzgebung noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m w. H.: BGE 132 II 47 ff., E. 5.2). Im vorliegenden Verfahren sind daher keine Parteientschädigungen auszurichten.

31/33 ElCom-D-983E3401/30 III. Entscheid Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.