

BVGer A-5323/2015 vom 12. September 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5323_2015

FR: TAF A-5323/2015 du 12 septembre 2018

IT: TAF A-5323/2015 del 12 settembre 2018

Regeste

Energie (Übriges)

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Der angefochtene Entscheid ist als Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b VwVG zu qualifizieren. Die ElCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist somit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.2.1

Angesichts des grenzüberschreitenden Bezugs gilt es vorab zu klären, welches Recht bezüglich der internationalen Zuständigkeit anwendbar ist (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 1.1.1 mit Hinweisen). Nach Art. 190 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesverwaltungsgericht und andere rechtsanwendende Behörden massgebend. Im öffentlichen Recht gilt sodann das Territorialitätsprinzip: Das schweizerische öffentliche Recht ist grundsätzlich nur anwendbar auf Sachverhalte, die sich in der Schweiz zutragen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 357; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, S. 184). Gemäss dem sog. Auswirkungsprinzip kann es jedoch, unter Umständen auch ohne diesbezügliche Anordnung, auch auf Sachverhalte Anwendung finden, die sich zwar im Ausland ereignen, aber in einem ausreichenden Mass auf dem Territorium der Schweiz auswirken (vgl. BGE 133 II 331 E. 6.1). Jede grenzüberschreitende Nutzung des (schweizerischen) Übertragungsnetzes betrifft unabhängig von der Lieferrichtung schon aus physikalischen Gründen beide Anrainerstaaten (vgl. allgemein Göran Andersson, Technische Voraussetzungen des Stromhandels, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Stromhandel, 2007, S. 23 ff.). Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, stellt jeder Export aus der Sicht eines Nachbarstaates wirtschaftlich betrachtet einen Import und jeder Import einen entsprechenden Export dar. Folglich betreffen grenzüberschreitende Stromübertragungen letztlich die Gebietshoheit beider Staaten, wobei kein Grenzstaat völkerrechtlich betrachtet für sich das einseitige Recht für eine abschliessende Regelung in Anspruch nehmen kann (vgl. BGE 129 II 114 E. 4.1 ff. mit Hinweis auf das völkergewohnheitsrechtliche

Schadigungsverbot; vgl. auch BGE 121 II 447 E. 3a und statt vieler Urteil des BVGer A-5836/2015 vom 26. Mai 2016 E. 1.2 mit Hinweisen).

E. 1.2.2

Schweizerische Behörden wenden stets schweizerisches öffentliches Recht an, sofern nicht ausnahmsweise die Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts aufgrund eines Staatsvertrags geboten erscheint (BGE 95 II 109 E. 3c; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 357). In staatsvertraglicher Sicht sind im vorliegenden Kontext insbesondere die Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden betreffend den Wasserverkehr auf dem Rhein von Neuhausen bis unterhalb Basels vom 10. Mai 1879 (SR 0.747.224.32) sowie der Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Regulierung des Rheins zwischen Strassburg/Kehl und Istein vom 28. März 1929 (SR 0.747.224.052.1) zu beachten. In Betracht fällt zudem die von der Schweizerischen Eidgenossenschaft am 16. März 1926 gestützt auf die erwähnten Staatsverträge im Einvernehmen mit den deutschen Behörden erteilte Verleihung für den Bau und Betrieb einer Wasserkraftanlage am Rhein bei Rekingen (nachfolgend: Verleihung). Im Zusammenspiel mit der inhaltlich weitgehend übereinstimmenden Verleihung und Genehmigung seitens der deutschen Behörden vom 6. Mai 1926 hat diese nämlich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung völkerrechtliche Bedeutung (vgl. BGE 129 II 114 E. 4.3). Indessen äussert sich keiner der genannten Rechtstexte zur Frage der internationalen Zuständigkeit bei der Zuteilung von grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten. Andererseits sind die Normen des EU-Rechts, namentlich die Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, auf die Schweiz - jedenfalls aus Sicht der inländischen Behörden - nicht anwendbar (vgl. Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 1.1.2 i.V.m. E. 4.2.1). Damit gelangt im vorliegenden Verfahren grundsätzlich schweizerisches Recht zur Anwendung und richtet sich die behördliche Zuständigkeit nach dem StromVG, das in Art. 17 den Netzzugang bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz regelt.

E. 1.2.3

Die ElCom überwacht die Einhaltung des StromVG und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug dieses Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen notwendig sind (vgl. Art. 22 Abs. 1 StromVG). Sie ist dabei unter anderem zuständig für den Entscheid im Streitfall über den Netzzugang und die Netznutzungsbedingungen (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG), mithin auch für Fragen betreffend den Netzzugang bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz (vgl. Art. 17 StromVG). Demnach war sie zum Erlass der angefochtenen Verfügung ohne Weiteres befugt.

E. 1.3

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist von der angefochtenen Verfügung besonders betroffen bzw. durch diese materiell beschwert. Als Stromproduzentin und Betreiberin eines Grenzkraftwerks würde sie von der priorisierten Nutzung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität wirtschaftlich profitieren, womit sie ein

schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung aufweist. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.4

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

E. 2.1

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG).

E. 2.2

Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung ihrer Entscheide, entbindet das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Weiter amtiert die Vorinstanz in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl im Bereich der Stromversorgung als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Ihr steht dabei - wie anderen Behördenkommissionen auch - ein eigentliches "technisches Ermessen" zu. Bei der Beurteilung von Fachfragen darf ihr daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-857/2014 vom 13. November 2014 E. 2 mit Hinweisen).

E. 3.1

Die nationale Netzgesellschaft betreibt das schweizerische Übertragungsnetz und damit auch für denjenigen Teil, der dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient (Art. 18 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG). Die sorgt für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes und legt in Koordination mit den Netzbetreibern der Nachbarländer die grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten fest (Art. 20 Abs. 1 StromVG). Der Netzzugang für grenzüberschreitende Stromlieferungen über das Übertragungsnetz ist hinsichtlich des sog. Engpassmanagements spezialgesetzlich reguliert (vgl. dazu Kathrin S. Föhse, Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz [StromVG], 2014, Rz. 64 ff.; Weber/ Kratz, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, § 4 Rz. 121). Gemäss Art. 17 Abs. 1 StromVG kann die nationale Netzgesellschaft die verfügbare Kapazität nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zuteilen, wenn die Nachfrage nach grenzüberschreitender Übertragungskapazität die verfügbare Kapazität überschreitet. Die ElCom kann hierbei das Verfahren regeln.

E. 3.2

Soweit ersichtlich, hat die Vorinstanz bislang keine Bestimmungen über die Zuteilung grenzüberschreitender Kapazitäten erlassen. Demgegenüber enthalten die Allgemeinen

Bilanzgruppen-Regelungen (Version 1.8 vom 1. September 2015; nachfolgend: ABR) und die technischen Bilanzgruppen-Vorschriften (Version 1.27 vom 10. Februar 2015; nachfolgend: TBV) als integrierende Bestandteile des von der Beschwerdegegnerin mit den Bilanzgruppenverantwortlichen (nachfolgend: BGV) jeweils abgeschlossenen Bilanzgruppenvertrags (Version 1.1 vom 1. August 2013; abrufbar auf www.swissgrid.ch > Fachportal > Themenübersicht > Rechtsordnung > Bilanzgruppen) nähere Vorgaben hinsichtlich der Zuteilung der verfügbaren Übertragungskapazität. Zur Gewährleistung der Netzsicherheit und der Vermeidung von Engpässen ist die Beschwerdegegnerin nach Ziff. 5.1 des Bilanzgruppenvertrags insbesondere berechtigt, die Lieferungen von elektrischer Energie bzw. die Nutzung der Transportkapazität einzuschränken und ein Allokationsverfahren einzuführen, wobei die Auktionsregeln am jeweiligen Engpass dem Bilanzgruppenvertrag vorgehen.

E. 3.3

Auf der Grundlage des seit 1. Januar 2015 geltenden Kooperationsabkommens werden an der Grenze Schweiz/Deutschland die verfügbaren Transportkapazitäten durch die verantwortlichen ÜNB TransnetBW GmbH (nachfolgend: TNG), Amprion GmbH und Swissgrid AG mittels Auktionen zugeteilt. Die Auktionen werden durch das Joint Allocation Office JAO S.A. (vormals CASC.EU) durchgeführt, wobei die TNG als Auktionskoordinatorin fungiert und als solche die Kommunikationsschnittstelle zwischen dem Auktionsbüro, den Marktteilnehmern und den Auktionspartnern bildet und die Reservierungen der Auktionsteilnehmer entgegennimmt (Ziff. 6.3 Kooperationsabkommen). Die Teilnahme an einem Allokationsverfahren steht grundsätzlich allen BGV offen, sofern die jeweils geltenden Auktionsregeln erfüllt werden und die entsprechenden Verträge abgeschlossen sind (Ziff. 5.1.1 ABR; vgl. auch Art. 8 der Allocation Rules for Forward Capacity Allocation des JAO vom 21. August 2015, <https://www.entsoe.eu>, abgerufen am 24. Februar 2016). Über die Bilanzgruppe kann der BGV also Lieferungen von elektrischer Energie zwischen seiner Bilanzgruppe in der Regelzone Schweiz und einer ihm zugeordneten Bilanzgruppe in einer angrenzenden (ausländischen) Regelzone abwickeln; dies erfolgt über Fahrplanmeldungen mit externen Fahrplanzeitreihen (Ziff. 4.2.1 ABR; sog. externe Geschäftsfälle; vgl. auch FÖHSE, a.a.O., Rz. 60). Ziff. 10 TBV enthält sodann Regeln zur sog. Nomination, mit welcher ein Akteur erklärt, dass er den Anteil der Übertragungskapazität, der ihm alloziert wurde, tatsächlich benutzen wird (vgl. auch den Glossar für die Regeln des Schweizer Strommarktes, auf den Ziff. 1 des Bilanzgruppenvertrags verweist; vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 3.1.2 und 3.1.3).

E. 3.4.1

Art. 17 Abs. 2 StromVG sieht für bestimmte Situationen Ausnahmen von der dargelegten marktorientierten Kapazitätszuteilung vor. Diese Bestimmung wurde nach Einreichen der vorliegenden Beschwerde geändert. Art. 17 Abs. 2 StromVG (in der ursprünglichen Fassung, AS 2007 3425) sieht vor, dass bei der Zuteilung im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz Lieferungen auf Grund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, sowie Lieferungen nach Art. 13 Abs. 3 StromVG Vorrang haben. Gemäss der letzteren Bestimmung haben bei der Zuteilung von Kapazität im Netz gegenüber sonstigen Lieferungen in der nachstehenden Reihenfolge Vorrang: (Bst. a) Lieferungen an Endverbraucher nach Art. 6 Abs. 1 StromVG und Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, insbesondere Wasserkraft

(Bst. c).

E. 3.4.2

Die vorliegend streitigen Gesuche um Gewährung der Vorränge wurden unter bisherigem Recht eingereicht und beurteilen sich demnach auch nach diesem (vgl. Art. 33b Abs. 1 und 2 StromVG). Die Übergangsbestimmung zum geänderten Art. 17 Abs. 2 StromVG sieht indes vor, dass nach bisherigem Recht gestellte Gesuche, die am 1. Oktober 2017 hängig waren, sowie Beschwerden gegen solche Gesuche zwar nach bisherigem Recht beurteilt werden, die nach bisherigem Recht gewährten Vorränge jedoch längstens zwölf Monate ab Inkrafttreten der Änderung vom 17. März 2017, d.h. bis längstens 30. September 2018, gelten (Art. 33b Abs. 3 StromVG; vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C_390/2016 vom 6. November 2017 E. 2.2 und 2.3).

E. 3.5

Voraussetzungen für die Gewährung eines Vorrangs nach aArt. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG sind somit das Bestehen eines Engpasses im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz sowie das Vorliegen einer Vorrangkonstellation. Der klare Wortlaut des Gesetzes verlangt hingegen nicht, dass der Vorrangberechtigte direkt an das grenzüberschreitende Übertragungsnetz angeschlossen ist oder darauf angewiesen ist, die Elektrizität über dieses Netz abzutransportieren. Insbesondere ist für die Geltendmachung des Vorrangs auch nicht erforderlich, dass dieser technisch-betrieblich nötig ist (Urteil des BGer 2C_390/2016 vom 6. November 2017 E. 4.1; vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 3.1-3.3).

E. 4.1

Zwischen den Parteien ist nach dem erwähnten Urteil des Bundesgerichts nunmehr unbestritten, dass die Beschwerdeführerin als Betreiberin eines Grenzkraftwerks grundsätzlich Anspruch hat auf den von ihr geltend gemachten Vorrang für den zeitnahen Rücktransport desjenigen Stromanteils, der infolge asymmetrischer Einspeisung in die nationalen Verteilnetze den vorgesehenen Verteilschlüssel von 50% übersteigt (laufender Ausgleich der Differenz zwischen der jeweils aktuellen Produktion und der hälftigen Länderquote). In praktischer Hinsicht ist die Vorranggewährung jedoch nicht ohne die Kooperation mit den deutschen Übertragungsnetzbetreibern möglich. Weil diese Kooperation seit der Kündigung der bisherigen Verträge per Ende 2014 nicht mehr erfolgt, kann der Vorrang damit bis auf Weiteres nicht erfüllt werden (Urteil des BGer 2C_390/2016 vom 6. November 2017 E. 5.1 mit Hinweisen).

E. 4.2

Weil die Gewährung des Vorrangs nach dem Bundesgericht objektiv unmöglich ist, entfällt die Pflicht der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin den Vorrang zu gewähren. Die Beschwerdegegnerin wird grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig (Art. 119 Abs. 1 OR analog). Eine Schadenersatzpflicht besteht nur für den Fall, dass die Beschwerdegegnerin die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiber oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Vertrag abzuschliessen, mitverantworten hätte (zum Ganzen Urteil des BGer 2C_390/2016 vom 6. November 2017 E. 5.3.1-5.3.4 mit Hinweisen). Diesfalls hätte sie der Beschwerdeführerin eine Entschädigung im Umfang des Verlusts, der ihr durch die Nichtgewährung der beantragten Vorränge entstanden ist, zu bezahlen. Sollte die Beschwerdegegnerin die Unmöglichkeit nicht zu verantworten haben, durch den Wegfall

der Vorränge jedoch einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt haben, wäre dieser an die Beschwerdeführerin herauszugeben (Urteil des BGer 2C_390/2016 vom 6. November 2017 E. 5.3.5).

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe keine oder keine grossen Anstrengungen unternommen, um das aus ihrer Sicht gesetzwidrige Kooperationsabkommen abzuwenden und habe damit ihre Pflicht, die Interessen der Schweiz gegenüber ausländischen Übertragungsnetzbetreibern zu vertreten, verletzt. Es sei auch nicht geklärt, ob die Kündigung des Abkommens überhaupt zulässig gewesen sei, die Vorinstanz habe dies nicht abgeklärt. Ihr sei ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden entstanden, während die Beschwerdegegnerin mit der freigewordenen Grenzkapazität Gewinne erziele. Sie beantragt die Auszahlung der Auktionserlöse, die sich seit dem 1. Januar 2015 aus der Auktionierung ihrer vorrangig zustehenden grenzüberschreitenden Leitungskapazität ergeben. Dem hält die Vorinstanz entgegen, der Sachverhalt sei genügend abgeklärt. Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin müsse keine Grenzkapazitäten in Anspruch nehmen, ihr sei kein Schaden entstanden. Im Übrigen äussern sich die Parteien nicht zu den erwähnten Vorbringen der Beschwerdeführerin.

E. 4.4

Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Ein Rückweisungsentscheid rechtfertigt sich vor allem dann, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein umfassendes oder jedenfalls aufwendiges Beweisverfahren durchzuführen ist (Philippe Weissenberger/Astrid Hirzel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., N 16 zu Art. 61 VwVG).

E. 4.5

Im vorliegenden Verfahren wie auch im Verfahren vor der Vorinstanz äussern sich die Parteien nur am Rande zum Anspruch bzw. zur Höhe des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schadenersatzes. Zur Frage, ob die Beschwerdegegnerin die Kündigung der Verträge durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiber oder deren Weigerung, neue Verträge abzuschliessen, welche die Vorränge erlauben würden, allenfalls mitzuverantworten hat, hat sich insbesondere die Vorinstanz weder in der angefochtenen Verfügung noch im vorliegenden Verfahren geäussert. Soweit ersichtlich wurden darüber bisher auch noch keine Abklärungen getätigt bzw. die Frage noch nicht genauer untersucht. Nachdem auch die Parteien grundsätzlich einer Rückweisung nicht entgegenstehen, rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall deshalb, die Sache zur Abklärung dieser Fragen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 5.1

Ferner beantragt die Beschwerdeführerin, die Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit des Kooperationsabkommens vom Dezember 2014 festzustellen (Beschwerdeantrag 4).

E. 5.2

Gegenstand des streitigen Verwaltungsverfahrens und damit Streitgegenstand bildet das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit es angefochten wird. Gegenstände,

über welche die Vorinstanz nicht entschieden hat und über die sie nicht zu entscheiden hatte, sind aus Gründen der funktionellen Zuständigkeit durch die zweite Instanz nicht zu beurteilen (Urteil des BVGer A-2771/2015 vom 27. Oktober 2015 E. 1.3; BVGE 2010/12 E. 1.2.1; vgl. auch Urteil des BGer 2C_642/2007 vom 3. März 2008 E. 2.2).

E. 5.3

Die Vertragsnichtigkeit nach Art. 20 OR bildet schon aufgrund der sachlichen Zuständigkeitsordnung kein selbständiges Objekt verwaltungsrechtlicher Beurteilung, sondern kann lediglich als Vorfrage in einem verwaltungsrechtlichen (Rechtsmittel-)Verfahren Relevanz erlangen (vgl. etwa Urteil des BVGer A-213/2015 vom 13. November 2015 E. 12.2; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 58 ff.). Voraussetzung dafür ist aber, dass das im Streit liegende Rechtsverhältnis von einem privatrechtlichen Tatbestand abhängt, mithin verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen an den betroffenen Vertrag angeknüpft sind (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 299). Ist dies nicht der Fall, kann auf ein entsprechendes Feststellungsbegehren mangels Bezugs zum Streitgegenstand nicht eingetreten werden. Der zwischen den Parteien umstrittene Vorrang als öffentlich-rechtlicher Anspruch besteht jedoch ungeachtet der Frage, ob er sich auch praktisch und gegenüber den ausländischen Netzbetreibern durchsetzen lässt. Die Rechtmässigkeit des Abkommens liegt damit ausserhalb des Streitgegenstands, wie er von der Vorinstanz im Rahmen ihrer richterlichen Funktion zu beurteilen war (vgl. dazu Weber/Kratz, a.a.O., § 6 Rz. 9; vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 5).

E. 5.4

Im Übrigen fehlt es der Beschwerdeführerin an einem schutzwürdigen Feststellungsinteresse nach Art. 25 Abs. 2 VwVG: Wäre das Kooperationsabkommen nichtig und damit unbeachtlich, so hätte dies nicht den von der Beschwerdeführerin gewünschten Effekt, sondern primär einen Zustand rechtlicher Unsicherheit an den betroffenen Grenzkuppelstellen zur Folge, mit dem auch der Beschwerdeführerin nicht gedient wäre (Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 5.2). Auf den Beschwerdeantrag 4 ist demnach nicht einzutreten.

E. 6.1

Weiter beantragt die Beschwerdeführerin, die Swissgrid AG sei anzuweisen, ein neues, landesrechtskonformes Kooperationsabkommen mit den zuständigen deutschen ÜNB abzuschliessen, welches die Vorränge und ihre praktische Umsetzung gewährleiste (Beschwerdeantrag 5).

E. 6.2

Weil die ElCom als Aufsichtsbehörde zuständig wäre, kann das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdegegnerin im Rechtsmittelverfahren nicht selbst zur Verhandlungsführung anweisen (Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 4.3.2). Obwohl ihr ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung im Gesetz ein unmittelbarer Eingriff in ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis verwehrt ist, hat eine Aufsichtsbehörde verschiedene Möglichkeiten, mit aufsichtsrechtlichen Anordnungen darauf Einfluss zu nehmen. Insbesondere kann sie die beaufsichtigte Unternehmung anweisen, wie sie sich in ihrer Vertragsbeziehung zu verhalten hat und sie unter Umständen auch zu einer Vertragsänderung anhalten oder allenfalls eine solche durch entsprechende Ersatzvornahme unmittelbar einleiten (vgl. zum Ganzen BGE 136 II 457 E. 6.3; Kölz/Häner/Bertschi,

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 778). Mit Blick auf die Privatautonomie der beteiligten Vertragsparteien und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist jedoch im Einzelfall nicht weiter zu gehen, als dies zur Durchsetzung des öffentlichen Rechts erforderlich ist. Ferner ist die Vorinstanz aufgrund ihrer umfassenden Überwachungs- und Vollzugskompetenz gehalten, der Beschwerdegegnerin bei den Verhandlungen beizustehen und sie nach Möglichkeit zu unterstützen. Sie kann hierzu auch das Bundesamt für Energie (Bundesamt) beiziehen und ihm Weisungen erteilen (Art. 21 Abs. 3 StromVG). Die Wahl der Vorgehensweise ist letztlich der Vorinstanz zu überlassen (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 4.3.1 und 4.3.2).

E. 7

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der von der Beschwerdeführerin beantragte Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz zu Unrecht verweigert wurde. Die Beschwerdeführerin hat landesrechtlich einen Anspruch auf die beantragten Vorränge, wobei die Erfüllung dieses Anspruchs zur Zeit objektiv unmöglich ist. Die angefochtene Verfügung vom 2. Juli 2015 erweist sich daher als rechtswidrig und ist aufzuheben. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur Prüfung, ob sich aus der Unmöglichkeit der Erfüllung Ansprüche der Beschwerdeführerin ergeben, an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird die Vorinstanz insbesondere zu prüfen haben, ob und inwiefern die Beschwerdegegnerin die Unmöglichkeit der Vorranggewährung mitzuverantworten hat (vgl. E. 4.2) und welche finanziellen Folgen sich daraus ergeben. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung der Nichtigkeit des Kooperationsabkommens vom Dezember 2014 ist nicht einzutreten.

E. 8.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Dabei gilt die Rückweisung der Angelegenheit zur weiteren Abklärung bzw. zum neuen Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (vgl. Urteil des BVGer A-549/2014 vom 18. Januar 2016 m.w.H.). Beim vorliegenden Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin als vollständig obsiegend zu betrachten, ist doch die angefochtene Verfügung vollumfänglich aufzuheben (vgl. BGE 137 V 210 E. 7.1, 132 V 215 E. 6.1; vgl. Urteil des BVGer A-2210/2016 vom 11. Juli 2017 E. 7.1). Die auf Fr. 15'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten (vgl. dazu Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) sind demnach der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (zu deren Kostentragungspflicht vgl. Urteil des BVGer A-4730/2014 vom 17. September 2015 E. 10.3 m.w.H.). Das Nichteintreten auf den Beschwerdeantrag 4 rechtfertigt keine andere Kostenverlegung. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 15'000.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

E. 8.2

Der obsiegenden Partei ist für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin gilt als obsiegend und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Auferlegt wird diese in der

Regel der unterliegenden Gegenpartei je nach deren Leistungsfähigkeit, sofern sich diese mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (vgl. Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG; vgl. Urteil des BVGer A-1354/2014 vom 30. Juli 2015 E. 10.2.1). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung und allfällige Auslagen der Partei. Das Gericht setzt sie aufgrund der eingereichten Kostennote oder, mangels Einreichung einer solchen, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung ist vorliegend in Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands festzulegen. Da die Eingaben der Beschwerdeführerin weitgehend mit jenen im Verfahren A-4025/2015 übereinstimmen, ist die Parteientschädigung angesichts der offensichtlichen Zeitersparnis für das vorliegende Beschwerdeverfahren auf einen reduzierten Betrag von Fr. 10'000.- (inkl. Auslagen) festzusetzen und der Beschwerdegegnerin zur Zahlung aufzuerlegen.

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