

# **BVGer A-69/2011 vom 12. April 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-04-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-69\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-69_2011)

FR: TAF A-69/2011 du 12 avril 2012

IT: TAF A-69/2011 del 12 aprile 2012

## **Regeste**

Energie (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die EICom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der am 4. Januar 2011 erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG).

### **E. 2**

Zur Erhebung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht 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).

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin 2, Adressatin der angefochtenen Verfügung, hat als beteiligte Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist vom Inhalt der Verfügung besonders betroffen. Sie ist damit zur Beschwerdeerhebung legitimiert.

#### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin 1 ist in der angefochtenen Verfügung nicht als Verfahrensbeteiligte aufgeführt. Sie ist aber als Netzbetreiberin von der angefochtenen Verfügung, die auch die in ihrem Eigentum stehenden Leitungen behandelt, besonders berührt. Zudem nahm die Vorinstanz in ihrer Verfügung ausdrücklich Bezug auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. Rz. 67 ff. der angefochtenen Verfügung), weshalb auch sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung vorweist und zur vorliegenden Beschwerdeführung befugt ist.

### **E. 3**

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher, mit nachfolgender Einschränkung hinsichtlich des Streitgegenstandes (vgl. sogleich E. 5), einzutreten (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 4**

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

#### **E. 5.1**

In ihren Hauptbegehren beantragen die Beschwerdeführerinnen zunächst die Ergänzung von Ziff. 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung mit einer Ziff. 5bis, wonach in Fällen wie jenen des vorliegenden Verteilnetzes der Beschwerdeführerin 1 zwischen Magadino und Mendrisio dem Netzbetreiber für die Energiemenge, die sein Netz im Transit durchquert und die für das Übertragungsnetz bestimmt ist, keine Kosten auferlegt werden sollen (Anerkennung des Rechts auf Netting, Abgeltung der Verluste etc.; Hauptbegehren A.2). Sodann sei für die Berechnung des Tarifs ab dem 1. Januar 2009 die Definition und Abgrenzung gemäss dem vorstehenden Hauptbegehren A.2 zu berücksichtigen (Hauptbegehren A.3 und Eventualbegehren B.2).

#### **E. 5.2**

Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Der Streitgegenstand darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert werden; er kann sich höchstens verengen und um nicht mehr streitige Punkte reduzieren, nicht aber ausweiten. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen, weil sie ansonsten in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingreifen würde (vgl. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.8).

#### **E. 5.3**

Mit der angefochtenen Verfügung vom 11. November 2010 behandelte die Vorinstanz die Frage der Definition und Abgrenzung des Übertragungsnetzes. Tarifberechnungen bildeten dagegen nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens; vielmehr sind für die Tarife und deren Kalkulation die jeweiligen Kosten- und Tarifverfügungen der Vorinstanz massgebend. Ebenso waren die Frage der Anlastung der durch den Transit entstehenden Kosten für die lokalen Endverbraucher und die rückwirkende Betrachtung der Definition und Abgrenzung des Übertragungsnetzes ab 1. Januar 2009 für die Tarifkalkulationen nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens. Demnach ist auf die Hauptbegehren und das Eventualbegehren B.2 der Beschwerdeführerinnen sowie die in diesem Zusammenhang vorgebrachte Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht einzutreten.

#### **E. 6.1**

Der Gesetzgeber unterscheidet beim Elektrizitätsnetz zwischen Übertragungs- und Verteilnetz. Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG wird das Übertragungsnetz als Elektrizitätsnetz, das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient und in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben wird, definiert. Das Verteilnetz wird als Elektrizitätsnetz hoher, mittlerer oder niederer Spannung zum Zwecke der Belieferung von

Endverbrauchern oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen definiert (Art. 4 Abs. 1 Bst. i StromVG). Gemäss Art. 4 Abs. 2 StromVG kann der Bundesrat die Begriffe nach Abs. 1 sowie weitere in diesem Gesetz verwendete Begriffe näher ausführen und veränderten technischen Voraussetzungen anpassen. Gemäss Art. 2 Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) gehören zum Übertragungsnetz insbesondere auch: a. Leitungen inklusive Tragwerke; b. Kuppeltransformatoren, Schaltanlagen, Mess-, Steuer- und Kommunikationseinrichtungen; c. gemeinsam mit anderen Netzebenen genutzte Anlagen, die mehrheitlich im Zusammenhang mit dem Übertragungsnetz genutzt werden oder ohne die das Übertragungsnetz nicht sicher oder nicht effizient betrieben werden kann; sowie d. Schaltfelder vor dem Transformator beim Übergang zu einer anderen Netzebene oder zu einem Kraftwerk.

### **E. 6.2**

Gemäss Art. 20 Abs. 1 Satz 2 StromVG legt die nationale Netzgesellschaft die grenzüberschreitenden Übertragungsnetzkapazitäten in Koordination mit den Netzbetreibern der Nachbarländer fest. Sie ist nach Art. 20 Abs. 2 Bst. a StromVG für den Betrieb und die Überwachung des gesamtschweizerischen Übertragungsnetzes verantwortlich und führt es als eine Regelzone. Zudem ist sie für das Bilanzmanagement verantwortlich (Art. 20 Abs. 2 Bst. b StromVG). Art. 17 Abs. 6 StromVG legt fest, dass der Bundesrat für Netzkapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz (einschliesslich der zur Übertragung von Elektrizität erforderlichen Nebenanlagen), die nach dem 1. Januar 2005 in Betrieb genommen wurden, Ausnahmen beim Netzzugang und bei der Berechnung der anrechenbaren Netzkosten vorsehen kann (Verbindungsleitungen, auch als Merchant Lines bezeichnet). Art. 21 Abs. 1 StromVV delegiert diese Kompetenz an das UVEK, das gestützt hierauf die VAN erliess. Gemäss Art. 21 Abs. 2 StromVV entscheidet die ElCom mit Verfügung über die Gewährung von Ausnahmen. Die Vorinstanz hat u.a. für die 380 kV-Leitung Mendrisio - Cagno, befristet bis zum 9. Juli 2022, eine solche Ausnahmeregelung nach Art. 17 Abs. 6 StromVG erteilt.

### **E. 7.1**

In Auslegung dieser Bestimmungen hat die Vorinstanz im Grundsatz festgehalten, dass grenzüberschreitende Leitungen und die erforderlichen Nebenanlagen auf der Spannungsebene 220/380 kV zum Übertragungsnetz gehören und auf die Beschwerdegegnerin zu überführen sind, unabhängig davon, ob sie mit dem Übertragungsnetz vermascht sind oder nicht (Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung). Betreffend nicht grenzüberschreitende Zubringerleitungen und grenzüberschreitende Leitungen und erforderliche Nebenanlagen auf einer Spannungsebene tiefer als 220 kV legte sie fest, dass diese - unter gewissen Voraussetzungen - erst zu einem späteren Zeitpunkt zum Übertragungsnetz gehören und auf die Beschwerdegegnerin zu überführen sind (Ziff. 4, 5 und 6 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung). Gemäss Ziff. 5 des Dispositivs gehören nicht grenzüberschreitende Zubringerleitungen zu Leitungen gemäss Ziff. 4 (das heisst zu Leitungen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz einschliesslich der zur Übertragung von Elektrizität erforderlichen Nebenanlagen, die nach dem 1. Januar 2005 in Betrieb genommen wurden, und für die eine Ausnahme beim Netzzugang und bei der Berechnung der anrechenbaren Kosten gewährt wurde; sog. Merchant Lines) und die erforderlichen Nebenanlagen auf Spannungsebene tiefer als 220 kV nach Ablauf der Ausnahmeregelung zum Übertragungsnetz und sind auf diesen

Zeitpunkt auf die Beschwerdegegnerin zu überführen. In der angefochtenen Verfügung führt die Vorinstanz zur Begründung an, die nicht grenzüberschreitenden Zubringerleitungen (zu solchen Leitungen auf einer Spannungsebene tiefer 220/380 kV) würden auch der Belieferung von Endverbrauchern oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen dienen und daher nach Art. 4 Abs. 1 Bst. i StromVG zum Verteil- und nicht zum Übertragungsnetz gehören. Mit Ablauf der Ausnahmeregelung nach Art. 17 Abs. 6 StromVG und dem Übergang des Eigentums der grenzüberschreitenden Leitung an die Beschwerdegegnerin verändere sich indessen der Charakter der Zubringerleitung insofern, als dass nur noch die Beschwerdegegnerin für den Betrieb und die Wartung der grenzüberschreitenden Leitung zuständig sei. Im Sinne einer effizienten Betriebsführung (Koordination der Unterhalts- und Ausbauplanung) erscheine es deshalb sinnvoll, dass das Eigentum an den Zubringerleitungen nach Ablauf der Ausnahmeregelung ebenfalls auf die Beschwerdegegnerin übergehe, diese Zubringerleitungen also nach Ablauf der Ausnahmeregelungen für die Merchant Lines zum Übertragungsnetz gehören.

### **E. 7.2**

Die Beschwerdeführerinnen machen demgegenüber geltend, die 220 kV-Leitung Magadino - Manno und die 150 kV-Leitung Manno - Mendrisio würden ungeachtet der Tatsache, dass der physische Stromfluss von der Beschwerdegegnerin bewirtschaftet werde, sowohl der Versorgung der Verteilnetze als auch der Übertragung von Elektrizität und damit dem internationalen Stromhandel dienen. Die Leitungen seien daher Teil des Übertragungsnetzes und deshalb auf die Beschwerdegegnerin zu übertragen.

### **E. 8.1**

Streitig und zu prüfen ist somit, ob die Vorinstanz in Bezug auf die in Ziff. 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung beurteilten nicht grenzüberschreitenden Zubringerleitungen zu Recht festgehalten hat, diese seien erst zu einem späteren Zeitpunkt auf die Beschwerdegegnerin zu überführen. Dabei geht die Vorinstanz grundsätzlich davon aus, dass die Leitung Manno - Mendrisio zum Verteilnetz gehöre, es im Sinne einer effizienten Betriebsführung indes sinnvoll erscheine, das Eigentum an ihr nach Ablauf der Ausnahmeregelung auf die Beschwerdegegnerin zu übertragen. Diese Zubringerleitung gehöre also nach Ablauf der Ausnahmeregelung für die Merchant Line zum Übertragungsnetz. Fraglich ist demnach, ob die Vorinstanz Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG richtig ausgelegt und die Netzzugehörigkeit der Leitung Manno - Mendrisio zutreffend definiert hat. Sodann ist fraglich, ob sie auch Art. 17 Abs. 6 StromVG und die gestützt darauf erlassenen Verordnungsbestimmungen richtig ausgelegt und angewendet hat, mithin zu Recht davon ausgegangen ist, dass diese Verbindung erst nach Ablauf der Ausnahmebestimmung für die Merchant Line Mendrisio - Cagno auf die Beschwerdegegnerin zu überführen ist.

### **E. 8.2**

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut einer Gesetzesbestimmung. Ist dieser nicht klar, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen; abzustellen ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm, ihren Sinn und Zweck sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6086/2010 vom 16. Juni 2011 E. 4; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 25 Rz. 3 f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches

Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rn. 80 ff.).

### **E. 8.3.1**

Das Elektrizitätsnetz besteht aus dem Übertragungs- und dem Verteilnetz (vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. a, h und i StromVG; vorne E. 6.1). Aus der Gesetzessystematik ergibt sich, dass die hier umstrittene Leitung nicht definiert ist, diese aber entweder zum Übertragungs- oder zum Verteilnetz gehören muss.

### **E. 8.3.2**

Gemäss Gesetzeswortlaut von Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG wird das Übertragungsnetz in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits festgestellt hat, lässt der Wortlaut indes eine Abweichung davon zu, mithin kann auch eine Leitung, die nicht auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben wird, zum Übertragungsnetz gehören (vgl. etwa Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-120/2011 vom 7. Juli 2011 E. 7.1 und A-157/2011 vom 21. Juli 2011 E. 8.1). Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG spricht somit nicht dagegen, die streitgegenständliche Leitung auf der Spannungsebene 150 kV zum Übertragungsnetz zu zählen. Das Verteilnetz zeichnet sich als Elektrizitätsnetz hoher, mittlerer oder niederer Spannung zum Zwecke der Belieferung von Endverbrauchern oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus (Art. 4 Abs. 1 Bst. i StromVG). Dem Wortlaut zufolge steht demnach beim Verteilnetz dessen Zweck, die Lieferung von Elektrizität, im Vordergrund (ebenso in der französischen und italienischen Fassung: "servant à l'alimentation" bzw. "avente lo scopo di fornire energia elettrica"). Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass auch das Verteilnetz Übertragungsaufgaben oder umgekehrt das Übertragungsnetz Versorgungsaufgaben wahrnimmt. Die französische Fassung übersetzt den Begriff Übertragungsnetz mit "réseau de transport", die italienische Fassung mit "rete di trasporto". Das Übertragungsnetz kann damit auch als "Transportnetz" betrachtet werden. Mit Übertragung ist dabei auch der Transport von Elektrizität, und zwar von (grossen) Produktionsanlagen über grössere Distanzen zu den Verteilnetzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern, gemeint. Beim Verteilnetz steht dagegen die Versorgung von Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Endverbrauchern mit Elektrizität über kleinere Distanzen im Vordergrund (zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-120/2011 vom 7. Juli 2011 E. 7.2). Die Leitung Manno - Mendrisio speist die grenzüberschreitende Merchant Line Mendrisio - Cagno. Wie die Beschwerdeführerinnen ausführen, dient die Leitung nicht nur der lokalen Versorgung des Sottoceneri, sondern auch der Übertragung von Elektrizität bestimmt für die Merchant Line. Nebst einer Versorgungsfunktion kommt ihr somit auch eine Transitfunktion im internationalen Stromtransport nach Italien zu. Sie dient demnach bereits heute dem Verbund mit ausländischen Netzen. Der Umstand allein, dass der Zubringerleitung Manno - Mendrisio im Sinne einer Doppelfunktion auch Versorgungscharakter zukommt, braucht nicht dazu zu führen, dass sie nicht schon heute zum Übertragungsnetz gehören könnte. Wortlaut und Gesetzessystematik führen nicht per se zu einer Zugehörigkeit zum Verteilnetz, sondern lassen - wie die weiteren Auslegungsmethoden den Schluss nahe legen - ebenso gut eine solche zum Übertragungsnetz zu.

### **E. 8.3.3**

Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen muss dem Willen des Gesetzgebers

ein grosses Gewicht beigemessen werden (BGE 133 III 278 E. 3.2.2; BGE 132 V 215 E. 4.5.2 und BGE 131 II 710 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 2606/2009 vom 11. November 2010 E. 9.4). Die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 (BBl 2004 1611 ff.; nachfolgend: Botschaft zum StromVG) erwähnt die zentrale Bedeutung des Übertragungsnetzes für die Schweiz. Sie versprach sich mit der Zusammenführung des Betriebs des gesamtschweizerischen Übertragungsnetzes eine Erhöhung der Transparenz (BBl 2004 1633 f., 1658). Im Weiteren ging der Bundesrat davon aus, dass das Übertragungsnetz auf den Spannungsebenen (der Begriff wird an dieser Stelle noch in der Mehrzahl verwendet) 220 - 380 kV sowie das Verteilnetz auf den Spannungsebenen 400 V - 160 kV betrieben werden soll (BBl 2004 1642). Aus den Protokollen der parlamentarischen Debatte zum StromVG geht sodann hervor, dass die Themen Übertragungsnetz und Übertragungsnetzbetreiber bei der Erarbeitung des Gesetzes wichtige Punkte gewesen waren. Beim Übertragungsnetz war man sich einig, dass dieses eine wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung in der Schweiz darstellt (vgl. u.a. Votum von Ständerat Rolf Schweizer, Amtliches Bulletin 2006 [Ständerat], S. 848 ff.). Die Formulierung der Legaldefinition "in der Regel auf Spannungsebene 220/380 kV" hat hingegen, soweit ersichtlich, im Parlament zu keinen Diskussionen geführt (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-120/2011 vom 7. Juli 2011 E. 7.3). Somit lässt sich auch aus der historischen Auslegung nicht schliessen, dass die streitgegenständlichen Leitungen nicht zum Übertragungsnetz gehören sollen.

#### **E. 8.3.4**

Im Rahmen der teleologischen Auslegung sind Sinn und Zweck und die dem Begriff des Übertragungsnetzes (Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG) zu Grunde liegende Wertung zu ermitteln. Ziel des StromVG ist es, die Grundversorgung und die Versorgungssicherheit auch in einem liberalisierten Umfeld mit Rechtssicherheit für Investitionen zu gewährleisten (BBl 2004 1617). Nach Art. 1 StromVG sollen die Rahmenbedingungen für eine sichere und nachhaltige Versorgung der Endverbraucher mit Elektrizität in allen Landesteilen verankert werden. Die sichere Versorgung umfasst namentlich die konstante Lieferung von elektrischer Energie und das Gewährleisten von genügend Kapazitäten bei der Erzeugung, Übertragung und Verteilung (BBl 2004 1640). Die Gesetzgebung muss den wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen angepasst werden. Die Stromversorgung soll auch mit der beantragten Neuregelung weiterhin auf dem Grundsatz der Subsidiarität und Kooperation aufbauen (Art. 3 StromVG). Das bedeutet, dass primär diejenigen Aufgaben hoheitlich geregelt werden sollen, welche durch die Energiewirtschaft nicht selber im Gesamtinteresse wahrgenommen werden. Vor dem Erlass neuer Bestimmungen sollen bestehende Vereinbarungen geprüft und in Zusammenarbeit mit betroffenen Organisationen praxisnahe Lösungen erarbeitet werden (BBl 2004 1617, 1629, 1642; zum Ganzen vgl. auch Rolf H. Weber/Brigitta Kratz, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, S. 5 f. und 17 ff.). Aus der Botschaft zum StromVG geht in Bezug auf die nationale Netzgesellschaft zudem hervor, dass die heutige Struktur im schweizerischen Übertragungsnetz mit mehreren rechtlich selbständigen Überlandwerken als Betreiber mehrerer Regelzonen in der Schweiz den Anforderungen eines im europäischen Umfeld stark angestiegenen Stromhandels und zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit im Inland nicht mehr genügt (BBl 2004 1658; vgl. auch Weber/Kratz, a.a.O., S. 73). Daraus kann geschlossen werden, dass es auch Bestandteil der ratio legis ist, einen parallelen Betrieb von Höchstspannungsleitungen durch

mehrere Unternehmen zu verhindern, weil dies eine unnötige Duplizierung von Leit- und Verwaltungssystemen und eine Erschwerung der operativen Betriebsführung zur Folge hätte. Vor diesem Hintergrund legt das Bundesverwaltungsgericht bei der Definition und Abgrenzung des Übertragungsnetzes den Begriff des Übertragungsnetzes weit aus (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 120/2011 vom 7. Juli 2011 E. 7.4).

### **E. 8.3.5**

Insbesondere die teleologische Auslegung zeigt, dass der Gesetzgeber das Eigentum am gesamten 220/380 kV Netz auf die Beschwerdegegnerin überführen wollte. Dabei wurde die Option offen gelassen, auch Netze von unteren Spannungsebenen in die Netzgesellschaft einzubringen. Mit der Überführung des gesamtschweizerischen Übertragungsnetzes auf die Beschwerdegegnerin sollte die Transparenz erhöht und eine sichere und nachhaltige Elektrizitätsversorgung in der ganzen Schweiz gewährleistet werden. Zudem sollte, wie der Botschaft zum StromVG entnommen werden kann, durch die Zusammenlegung das System der Leitungen und deren Verwaltung vereinfacht und auf eine Betreibergesellschaft konzentriert werden, um den nationalen wie auch den europäischen Anforderungen zu genügen. Dass der Leitung Manno - Mendrisio auch Versorgungsfunktion zukommt, ändert nichts daran, dass sie zum Übertragungsnetz gehört.

### **E. 9.1**

Nachdem feststeht, dass die 150 kV-Leitung Manno - Mendrisio zum Übertragungsnetz gehört, bleibt fraglich, auf welchen Zeitpunkt die Übertragung der Leitung auf die Beschwerdegegnerin zu erfolgen hat.

#### **E. 9.2.1**

Nach Art. 17 Abs. 6 StromVG kann der Bundesrat für Netzkapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz, die nach dem 1. Januar 2005 in Betrieb genommen wurden, Ausnahmen beim Netzzugang (Art. 13) und bei der Berechnung der anrechenbaren Netzkosten (Art. 15) vorsehen. Art. 21 StromVV sieht weiter vor, dass das UVEK auf Vorschlag der nationalen Netzgesellschaft transparente und diskriminierungsfreie Regeln für die Gewährung von Ausnahmen nach Art. 17 Abs. 6 StromVG erlässt (Abs. 1) und die ElCom mit Verfügung über die Gewährung der Ausnahmen entscheidet (Abs. 2). Die gestützt darauf durch das UVEK erlassene VAN regelt einerseits unter welchen Voraussetzungen diese Ausnahmen gewährt werden und andererseits den Inhalt der Ausnahmeregelungen (Art. 1 Abs. 1 VAN).

#### **E. 9.2.2**

Dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung nach sind somit Ausnahmen beim Netzzugang möglich, sofern ein grenzüberschreitendes Übertragungsnetz betroffen ist, das nach dem 1. Januar 2005 in Betrieb genommen wurde. Diese Voraussetzungen sind vorliegend insoweit erfüllt, als die Merchant Line Mendrisio - Cagno betroffen ist. Die 150 kV-Verbindung Manno - Mendrisio ist demgegenüber klar nicht grenzüberschreitend. Ob die Vorinstanz zu Recht von der Merchant Line auf die Verbindung Manno - Mendrisio geschlossen hat und dies mit Art. 17 Abs. 6 StromVG vereinbar ist, ist ebenfalls mittels Auslegung zu ermitteln.

#### **E. 9.2.3**

Art. 17 StromVG findet sich im 3. Kapitel des Gesetzes, "Netznutzung", im 2. Abschnitt: "Netzzugang und Netznutzungsentgelt" unter der Marginalie "Netzzugang bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz" und legt fest, dass, wenn die Nachfrage nach

grenzüberschreitender Übertragungskapazität die verfügbare Kapazität überschreitet, die nationale Netzgesellschaft die verfügbare Kapazität nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zuteilen kann (Art. 17 Abs. 1 StromVG). Aus der Gesetzessystematik allein lässt sich nichts weiter ableiten.

#### **E. 9.2.4**

Dem historischen Gesetzgeber ging es - wie der Botschaft zum StromVG zu entnehmen ist - darum, mittels der Ausnahmeregelungen Anreize zu Investitionen in neue Netzkapazitäten zu setzen. Es kann sich dabei sowohl um einen Neubau als auch um Erhöhungen der Kapazität bestehender Anlagen handeln. Vorausgesetzt wird, dass die Neuinvestition mit einem erheblichen wirtschaftlichen Risiko verbunden ist (BBl 2004 1657; Weber/Kratz, a.a.O., S. 67). Weil die Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 nur Ausnahmeregelungen mit Blick auf den Netzzugang Dritter für neue grenzüberschreitende Leitungen zulässt, war es dem Gesetzgeber bei der Formulierung von Art. 17 Abs. 6 StromVG ein Anliegen, dass für grenzüberschreitende Kapazitäten, die am 1. Mai 2005 und allenfalls kurz vor Inkrafttreten des StromVG in Betrieb gegangen waren, kein Nachteil bei der Gewährung einer Ausnahmeregelung erwachsen soll (vgl. Erläuternder Bericht des BFE vom 27. Juni 2007 zur Stromversorgungsverordnung, S. 15; Weber/Kratz, a.a.O., S. 67). Wie auch der parlamentarischen Debatte entnommen werden kann, wird mit der Bestimmung eine Ausnahmeregelung für den Netzzugang von bestimmten neuen grenzüberschreitenden Leitungen vorgesehen, die nach dem 1. Januar 2005 in Betrieb genommen wurden, u.a. die Leitung von Mendrisio nach Cagno. Diese Merchant Lines sollen eine Ausnahme vom Netzzugang und von der Berechnung der anrechenbaren Netzkosten haben, damit ihre Finanzierung gesichert werden könne (vgl. Votum von Ständerat Carlo Schmid-Sutter, Amtliches Bulletin 2006 [Ständerat], S. 847). Mit Art. 17 Abs. 6 StromVG besteht somit die Möglichkeit, für Merchant Lines, die nicht von der nationalen Netzgesellschaft, sondern von anderen Investoren unter Eingehung finanzieller Risiken erstellt und finanziert wurden, Ausnahmen beim Netzzugang und bei der Berechnung der anrechenbaren Netzkosten zu gewähren (Weber/Kratz, a.a.O., S. 72). Mittels dieser befristeten Ausnahmen kann in Situationen, in denen unter dem diskriminierungsfreien Netzzugang der Bau von neuer Kapazität im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz unterbleiben würde, reagiert werden (vgl. Peter Hettich/Claudia Keller/Stefan Rechsteiner, Telekommunikationsrecht - Recht der audiovisuellen Medien - Stromversorgungsrecht - Entwicklungen 2008, Bern 2009, S. 124). Zudem sollen im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage und Marktgegebenheiten langfristig abgeschlossene Elektrizitätslieferungsverträge zur Amortisation der Investitionen geschützt werden (Michèle Balthasar, Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung - Unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrechts, Zürich 2008, S. 178). Die Botschaft zum StromVG führt weiter aus, dass anstelle von Einschränkungen des Netzzugangs Investitionsanreize zum Beispiel auch über kürzere Abschreibungsdauern oder höhere Risikoprämien erfolgen können. Da die Investitionen der Förderung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten dienen, sind die Kosten nicht den inländischen Verbrauchern anzulasten (Botschaft zum StromVG, BBl 2004 1657).

#### **E. 9.2.5**

In teleologischer Hinsicht bildet die Absicht des Gesetzgebers, Investitionen in den grenzüberschreitenden Netzausbau zu fördern, Hintergrund von Art. 17 Abs. 6 StromVG.

Anreize sollen dabei nicht nur über die Möglichkeit der Befreiung von der Pflicht, Netzzugang zu gewähren, sondern etwa auch durch andere Massnahmen wie kürzere Abschreibungsdauern oder höhere Risikoprämien erfolgen. Insbesondere geht es darum, für Merchant Lines, die nicht von der Beschwerdegegnerin, sondern von anderen Investoren erstellt wurden, Ausnahmen beim Netzzugang und bei der Berechnung der anrechenbaren Netzkosten zu ermöglichen, um finanzielle Risiken auszugleichen. Die Bestimmung bezweckt damit die Förderung von grenzüberschreitendem Netzausbau mittels finanziellen Anreizen.

#### **E. 9.2.6**

Vorliegend ist dies insofern geschehen, als der Eigentümerin der 380 kV-Merchant Line Mendrisio - Cagno, der CMC MeSta SA, Bellinzona, mit Verfügung vom 16. April 2009 durch die Vorinstanz eine Ausnahme vom Netzzugang und von den anrechenbaren Netzkosten befristet bis zum 9. Juli 2022 erteilt wurde. Der Eigentümerin der Merchant Line wurde damit im grenzüberschreitenden Netzbereich eine Ausnahme gewährt und Ausgleich für ihre finanzielle Risiken geschaffen. Bei der streitgegenständlichen Leitung Manno - Mendrisio handelt es sich indes nicht um Merchant Lines; sie sind insofern schon gar nicht vom Wortlaut von Art. 17 Abs. 6 StromVG erfasst (siehe vorne E. 9.2.2). Auch aus der weiteren Auslegung der Bestimmung ist - entgegen der Beurteilung durch die Vorinstanz - nicht ersichtlich, inwiefern sich diese auf die Verbindung Manno - Mendrisio auswirken sollte. Der Gesetzgeber hat, wie gesehen, nicht beabsichtigt, auch Zubringerleitungen zu Merchant Lines von der Ausnahmemöglichkeit mit zu erfassen. Ausserdem sind die Ausnahmen ausdrücklich, auf Gesuch hin, zu gewähren, was hier nicht geschehen ist. Die Ausweitung der Folgen einer Ausnahme nach Art. 17 Abs. 6 StromVG für die Merchant Line Mendrisio - Cagno auch auf die Leitung Manno - Mendrisio entspricht daher weder dem Sinn und Zweck der Bestimmung noch dem Willen des Gesetzgebers. Kommt hinzu, dass aus der verzögerten Übertragung der hier betroffenen Anlagen den Beschwerdeführerinnen keine finanziellen Nachteile durch zusätzlichen Aufwand aufgrund des internationalen Stromtransports oder geringere Entschädigungen zukommen sollen.

#### **E. 10.1**

In Ziff. 10 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung entschied die Vorinstanz, dass Stichleitungen nicht zum Übertragungsnetz gehören und nicht auf die Beschwerdegegnerin zu überführen seien. Stichleitungen, die nach einem Netzausbau Teil des vermaschten Übertragungsnetzes würden, gehörten ab diesem Zeitpunkt zum Übertragungsnetz und seien auf die Beschwerdegegnerin zu überführen. Die Vorinstanz begründete ihre Verfügung damit, dass Stichleitungen nicht mit dem Übertragungsnetz vermascht, sondern nur mit einem Anschlusspunkt des vermaschten Übertragungsnetzes verbunden seien, weshalb sie nicht zum Übertragungsnetz gehören würden. Nach ihrer Definition dienten Stichleitungen primär dem Abtransport der lokal produzierten Elektrizität oder der lokalen Versorgung, würden aber nicht zur Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen geplant und gebaut, müssten nicht für mögliche Transitflüsse dimensioniert werden und seien somit vielmehr als Anschluss denn als Teil des vermaschten Verbundnetzes zu betrachten. Da sie über eine Schaltanlage oder über ein Schaltfeld mit dem Übertragungsnetz verbunden seien, könnten sie auch von diesem abgetrennt werden. Für den sicheren Betrieb des Übertragungsnetzes seien sie sodann nicht zwingend notwendig. Nicht relevant sei zudem, ob eine Stichleitung auf der Spannungsebene 220 kV oder 380 kV

betrieben werde.

#### **E. 10.2**

Das Bundesverwaltungsgericht behandelte die dagegen erhobenen Beschwerden diverser Netzbetreiber und gelangte in Auslegung von Art. 4 Abs.1 Bst. h StromVG und Art. 2 Abs. 2 Bst. c StromVV zum Schluss, dass Stickleitungen (mit oder ohne Versorgungscharakter), die auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben werden, zum Übertragungsnetz gehören und in das Eigentum der Beschwerdegegnerin zu überführen sind (vgl. unter mehreren Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-120/2011 vom 7. Juli 2011 E. 8 ff.). Im Verfahren A-157/2011 behandelte das Bundesverwaltungsgericht sodann die Beschwerde der AIL Servizi SA und AIL SA. Letztere ist gemeinsam mit der vorliegenden Beschwerdeführerin 1 Eigentümerin der 220 kV-Leitung Magadino - Manno. In Gutheissung der Beschwerde der AIL Servizi SA und AIL SA hob das Bundesverwaltungsgericht die umstrittene Ziff. 10 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 11. November 2010 auf und stellte fest, dass die 220 kV-Leitung Magadino - Manno zum Übertragungsnetz gehöre und in das Eigentum der Beschwerdegegnerin zu überführen sei (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-157/2011 vom 21. Juli 2011 E. 8 ff., Dispositiv Ziff. 2, 3 und 4). Auf die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerinnen braucht an dieser Stelle somit nicht weiter eingegangen zu werden.

#### **E. 11**

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 in ihrem Eventualbegehren insofern teilweise gutzuheissen ist, als das Dispositiv der angefochtenen Verfügung abzuändern und festzuhalten ist, dass die 150 kV-Leitung zwischen Manno und Mendrisio zum Übertragungsnetz gehört und diese spätestens per 1. Januar 2013 auf die Beschwerdegegnerin zu überführen ist. In Bezug auf die 220 kV-Stickleitung Magadino - Manno ist festzuhalten, dass diese, wie bereits mit Urteil A-157/2011 vom 21. Juli 2011 festgestellt wurde, zum Übertragungsnetz gehört und ebenfalls auf die Beschwerdegegnerin zu überführen ist. Im Übrigen ist die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 5), abzuweisen.

#### **E. 12**

Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten trägt die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Da die Beschwerdeführerinnen lediglich in Bezug auf das Eventualbegehren B.1 obsiegen, sind ihnen die Kosten, bestimmt auf Fr. 4'000.--, zur Hälfte, mithin in der Höhe von Fr. 2'000.-- aufzuerlegen. Diese werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.-- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 3'000.-- wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

#### **E. 13**

Ganz oder teilweise obsiegende Parteien haben für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Auferlegt wird die Parteientschädigung in erster Linie der unterliegenden Gegenpartei im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit, wenn sich diese mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG). Den teilweise obsiegenden Beschwerdeführerinnen steht eine Parteientschädigung für ihnen erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem

Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen hat keine Honorarnote eingereicht, weshalb die Entschädigung auf Grund der Akten festzusetzen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angesichts der beiden Eingaben (Beschwerde sowie Schlussbemerkungen) an das Bundesverwaltungsgericht und des mutmasslich damit verbundenen Aufwands sowie im Umfang des hälftigen Obsiegens ist die Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auf insgesamt Fr. 4'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und der Vorinstanz aufzuerlegen. Der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin steht keine Parteientschädigung zu.

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