

ELCOM 212-00384-2025-06-03-bPy7XB vom 3. Juni 2025

ElCom, 2025-06-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_212-00384-2025-06-03-bPy7XB

FR: ELCOM 212-00384-2025-06-03-bPy7XB du 3 juin 2025

IT: ELCOM 212-00384-2025-06-03-bPy7XB del 3 giugno 2025

Erwägungen

E. 1

Anwendbares Recht 44 Am 9. Juni 2024 hat die Schweizer Stimmbevölkerung das Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (sog. Mantelerlass) angenommen, mit dem das Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) und das Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (StromVG; SR 734.7) revidiert werden. Der Bundesrat hat beschlossen, die betreffenden Gesetzesartikel und die für deren Vollzug erforderlichen Verordnungsbestimmungen gestaffelt in Kraft zu setzen. Das erste Paket ist seit dem 1. Januar 2025 in Kraft (AS 2024 679; 2024 706). Ein zweites Paket wird am 1. Januar 2026 in Kraft treten ([ww.bfe.admin.ch](http://www.bfe.admin.ch) > Dokumentation > Medienmitteilungen > Bundesrat setzt zweites Paket des Bundesgesetzes für eine sichere Stromversorgung in Kraft; zuletzt besucht am 9. April 2025). Vorab ist daher zu prüfen, welches Recht anzuwenden ist. 45 Unter den bereits in Kraft getretenen Änderungen, die der Gesetzgeber mit der Revision vorgenommen hat, befindet sich der neu eingefügte Artikel 20a StromVG, der insbesondere die Vereinbarungen zur Vermeidung oder Beseitigung einer Gefährdung des sicheren Betriebs des Übertragungsnetzes zum Inhalt hat. Neu in das Gesetz aufgenommen wurde weiter ein Abschnitt 4b betreffend Datenaustausch und Datenplattform (Art. 17f-17i StromVG). Geändert hat der Gesetzgeber ausserdem die Regeln zur vorliegend bestrittenen Zuständigkeit der ElCom. Dabei hat er namentlich die Aufzählung der wichtigsten Zuständigkeiten der ElCom in Artikel 22 Absatz 2 erweitert (Bst. a-g) und neu in das Gesetz aufgenommen, dass die ElCom nötigenfalls den Abschluss von Vereinbarungen zwischen Parteien, einschliesslich Vorgaben zum notwendigen Mindestinhalt, verfügen kann (Art. 22 Abs. 2 Bst. e StromVG; zu den Zuständigkeiten der ElCom siehe auch Fn. 90 zu Art. 22 Abs. 2 Bst. b-d). Überdies hat der Bundesrat per 1. Januar 2025 Artikel 5 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71; Stand am 1. März 2025) aufgehoben. Im Folgenden werden die früheren Versionen der durch das erste Paket abgeänderten Bestimmungen als aArtikel [xx] StromVG/StromVV bezeichnet. 46 Wenn keine explizite übergangsrechtliche Regelung getroffen wird, kommen die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen intertemporalen Regeln zur Anwendung (vgl. BGE 144 II 273 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Danach sind verfahrensrechtliche Neuerungen grundsätzlich mit dem Tag des Inkrafttretens sofort und in vollem Umfang anwendbar (vgl. BGE 150 II 144 E. 3.3.1; 149 II 187 E. 4.4; 144 V 210 E. 4.3.1; 144 II 273 E. 2.2.4; 132 V 215 E. 3.1.2; Urteil 2C_654/2022 vom 28. September 2022 E. 3.2). Eine Ausnahme gilt für die Zuständigkeitsordnung. Diese richtet sich grundsätzlich nach den Normen, die bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Verfahrens in Kraft sind. Sie bleibt von der Anwendung des neuen Verfahrensrechts unberührt (Urteil des Bundesgerichts 2C_487/2012 vom 2. April 2013; WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allg. Verfahrensrechts, Band 1, Bern 2012, Rz. 816 m.w.H., so auch DAUM MICHEL/BIERI PETER in: Auer/Müller/Schindler, VwVG – Bundesgesetz über das

Verwaltungsverfahren, DIKE-Kommentar,

E. 1.1

Vertragsgegenstand

E. 1.2

Begriffe

E. 1.3

Branchenempfehlungen Die Parteien berücksichtigen zudem die Einschlägigen Branchenempfehlungen. Namentlich jene zum Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz, sowie die international und national anerkannten Normen. Sollten sich einzelne Regelungen in Branchenempfehlungen als nicht sachgerecht erweisen, kann in begründeten Fällen jede Partei davon abweichen. Dies gilt auch für die Verweise in dieser Vereinbarung auf Branchenempfehlungen und deren Anhänge. Bei allfälligen Widersprüchen geht diese Vereinbarung in jedem Fall vor. 2 Pflichten von Swissgrid

E. 2

Verfahrensgegenstand und Zuständigkeit

E. 2.1

Netznutzung

E. 2.2

S. 163; Urteil des Bundesgerichts 8C_675/2016 vom 1. März 2017 E. 5.2.2). Die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot sind weniger streng zu handhaben, wenn eine stark technische Materie oder unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse einer sachgerechten Flexibilität Differenzierungen im Anwendungsfall angebracht erscheinen; so oder anders dürfen die wesentlichen Wertungen aber nicht von der rechtsanwendenden Behörde selber ausgehen (vgl. BGE 143 II 162 E. 3.2 mit Hinweis auf WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, N. 1344 mit Hinweisen).

Der Bestimmtheitsgrad eines Erlasses wird auch nachhaltig beeinflusst durch die angewandte Normierungstechnik, welche zeit-, problem- und gesellschaftsabhängig ist. Die Erkenntnis hat sich durchgesetzt, dass die staatliche Gesetzgebung bei besonders komplexen und schnelllebigen Materien zum Teil überfordert ist. Das führt dazu, dass der Staat namentlich im Wirtschaftsrecht zunehmend dazu übergeht, die Betroffenen zur Selbstregulierung anzuhalten. Der Gesetzgeber legt lediglich Ziele fest, kontrolliert die private Rechtssetzung und hält allenfalls im Sinne des Subsidiaritätsprinzips eine Auffangregelung bereit. Solche Entwicklungen zu unbestimmten Normierungen und zu gesteuerter Selbstregulierung entsprechen einem legitimen Bedürfnis; es ist jedoch stets darauf zu achten, dass die Grundanliegen des Bestimmtheitsgebots (nämlich die Gewährleistung von Rechtssicherheit und -gleichheit) weiterhin ausreichend berücksichtigt werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-212/2011 vom 25. April 2012 E. 9.1.2 mit Hinweis auf HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 345 ff.).

Hinsichtlich des Bestimmtheitserfordernisses an die gesetzliche Grundlage lässt sich zunächst festhalten, dass auch dem StromVG aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität

und Kooperation der Gedanke der gesteuerten Selbstregulierung zu Grunde liegt. Im Weiteren lässt sich bereits dem Wortlaut von Artikel 4 Absatz 2 StromVG entnehmen, der dem Bundesrat die Kompetenz einräumt, die Begriffe nach Absatz 1 sowie weitere im StromVG verwendete Begriffe näher auszuführen und den veränderten technischen Voraussetzungen anzupassen, dass es sich beim Stromversorgungsrecht um eine komplexe, schnelllebige und technische Materie handelt. Gestützt auf diese Ausführungen hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Entscheid betreffend das StromVG erwogen, deswegen können vorliegend keine allzu strengen Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage gestellt werden. Anschliessend hat es gefolgert, dass Artikel 18 Absätze 1 und 2 und Artikel 33 Absatz 4 i.V.m. Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h und Artikel 4 Absatz 2 StromVG den Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für den Eingriff in die Eigentumsgarantie genügt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-212/2011 vom 25. April 2012 E. 9.1.2 mit Hinweisen).

Im zu beurteilenden Fall geht es mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes um eine sehr technische Materie. Aus den Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben a, b und d und Artikel 20 Absatz 1 StromVG geht zudem hervor, dass ein Netznutzungsvertrag abzuschliessen ist. Aus diesen Normen i.V.m. Artikel 3 Absatz 2, Artikel 22 Absatz 1 oder Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG ergibt sich, dass die ElCom diesen Vertrag verfügen kann, wenn die Parteien sich nicht innert nützlicher Frist darauf einigen können. Artikel 20 Absatz 1 StromVG und Artikel 14 StromVG definieren die Hauptpflichten des Vertrags (Überlassung Netznutzung gegen Zahlung eines Entgelts). Daher gehen die wesentlichen Wertungen über das Zustandekommen und den Inhalt des nNNV nicht von der rechtsanwendenden Behörde aus und die Rechtssicherheit wird durch dessen Verfügung durch die ElCom nicht gefährdet. Im Gegenteil wird dadurch die Rechtsunsicherheit beseitigt, die durch die Kündigung des aNNV und die Nichtunterzeichnung des nNNV entstand. Die Rechtsgleichheit ist auch nicht in Frage gestellt, so zielt das Gesuch ja genau darauf ab, dass für die Gesuchsgegnerin die gleichen Bedingungen gelten wie für die anderen Verteilnetzbetreiber und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz.

ElCom-D-C2FE3401/106 39/71

In Anwendung des Subsidiaritätsprinzips und der Koordinationspflicht zwischen Netzbetreibern ist die Zusammenarbeit zwischen ihr und den weiteren Netzbetreiberinnen wie der Gesuchsgegnerin in erster Linie durch freiwillige, konsensuale Vereinbarungen zu regeln. Falls ihnen dies nicht innert vernünftiger Frist gelingt, ergibt sich wie erwähnt aus den Artikeln 8 Absatz 1 Buchstaben a, b und d StromVG i.V.m. Artikel 20 Absatz 1 u. 2 Buchstabe a StromVG i.V.m. Artikel 3 Absatz 2 und Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a sowie Artikel 22 Absatz 1 StromVG, dass die ElCom zuständig ist, die noch strittigen Punkte des nNNV zu verfügen, obwohl das Gesetz dies nicht explizit vorsieht. Insofern besteht ein im Gesetz veranlagter Kontrahierungszwang. Soweit die Gesuchsgegnerin argumentiert, das StromVG sehe eine ausschliessliche Zuständigkeit der Netzbetreiber zur konsensualen Regelung der Zusammenarbeit für ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz vor, die eine gleichzeitige Zuständigkeit der ElCom ausschliesse, verkennt sie dies. Da es in der Natur des Gesetzeskonzepts liegt, wonach die Regelung der Inhalte soweit möglich der Branche überlassen wird und mittels Verträgen erfolgen soll, sind auch in der vorliegenden Streitigkeit keine strengen Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage zu stellen.

Nichts an dieser Schlussfolgerung zu ändern vermag im Übrigen der Umstand, dass der ebenfalls im Gesetz verankerte Kontrahierungszwang nach Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe c zunächst in Artikel 5 Absätze 2 u. 3 StromVV konkretisiert worden war und nun auf Gesetzesstufe verankert worden ist (Art. 20a Abs. 2 Bst. c StromVG; erläuternder Bericht StromVV 2007 S. 8). Aufgrund seiner zentralen praktischen Bedeutung hat der Bundesrat für diese Massnahmen explizite Regeln ausgearbeitet und es war dem Gesetzgeber ein Anliegen, diese nun noch detaillierter auf Stufe Gesetz zu verankern (Botschaft Mantelerlass, BBl, 2021 1666 S. 111). Vor dem Hintergrund, dass das gesamte Regelungskonzept des StromVG darauf beruht, dass der Bundesrat rechtsetzend bzw. die ElCom rechtsanwendend eingreifen, wenn die Akteure ihre Aufgaben nicht innert nützlicher Frist selber erfüllen, kann aus diesem Umstand nicht abgeleitet werden, dass das StromVG im Übrigen keinen Zwang zum Abschluss von Verträgen beinhaltet. Vielmehr hat die ElCom aufgrund des Subsidiaritätsprinzips und ihrer umfassenden Entscheidzuständigkeit auch eine Vertragsverfügungskompetenz, wo dies zur Erfüllung des StromVG nötig ist. Eine explizite Grundlage ist nicht erforderlich. Wie ausführlich begründet, ergibt sich im zu beurteilenden Fall mit genügender Bestimmtheit aus dem Gesetz, dass die Parteien einen Vertrag über die Nutzung des Übertragungsnetzes abschliessen müssen und sie haben das nicht innert nützlicher Frist getan. Daher wird das Legalitätsprinzip nicht verletzt, wenn die ElCom die noch strittigen Punkte des nNNV durch die Gesuchsgegnerin verfügt. Weil die Zuständigkeit der ElCom sich direkt aus Gesetzesnormen ableitet, ist nicht im Einzelnen auf die gesuchsgegnerischen Vorbringen zu Artikel 5 Absatz 2 StromVV einzugehen. 150 Nichts zu ihren Gunsten ableiten kann die Gesuchsgegnerin sodann, soweit sie in diesem Zusammenhang auf BVGE 2013/14 verweist. In jenem Entscheid schloss das BVGer zwar unter anderem aus dem Umstand, dass die Tariffestsetzung nicht in der Aufzählung der explizit der ElCom zugewiesenen Aufgaben in Artikel 22 StromVG enthalten sei, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Netzbetreiber für die Festlegung und die ElCom für die Prüfung der festgelegten Tarife zuständig sei (E. 4.2.2). Vorliegend haben die Parteien sich trotz mehreren Versuchen nicht auf einen Netznutzungsvertrag einigen können, der – wie dargelegt – zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist. Werden die Grundsätze aus dem BVGE 2013/14 auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt angewendet, ergibt sich somit ohne Weiteres, dass die ElCom zuständig ist, diese Bedingungen festzulegen und die Verträge samt deren Inhalt zu verfügen.

ElCom-D-C2FE3401/106 40/71

E. 2.2.1

Nichteintreten 64 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Gesuchstellerin verlange ein Eingreifen in eine Vereinbarung zwischen ihnen beiden, die (u.a.) die Zusammenarbeit für den sicheren (Übertragungs-)Netz- betrieb sowie die Netznutzungsbedingungen, also die weiteren mit der Nutzung des Übertragungsnetzes verknüpften Pflichten, regle. Die Gesuchstellerin vermische hier aber verschiedene Kompetenzen der Regulierungsbehörde und lege die betreffenden gesetzlichen Regelungen falsch aus (act. 8 S. 5). 65 Der nNNV enthalte von Grund auf sehr verschiedenartige Regelungen, die nur zum Teil umstritten seien. Einige würden sich eher auf die Zusammenarbeit der Vertragspartner zur Sicherstellung eines sicheren (Übertragungs-)Netzbetriebs beziehen. Bei anderen handle es sich um Bedingungen der Nutzung des Übertragungsnetzes, mit eher organisatorischem oder finanziellem Gehalt, die aber keinen direkten Bezug zur Sicherheit des Netzbetriebs

hätten. Schliesslich gebe es weitere „Nebenbestimmungen“ die weder als Regelungen zwecks sicheren Netzbetriebs noch als Regelung von Netznutzungsbedingungen erscheinen würden (act. 8 Rz. 6). 66 Gemäss den für den vorliegenden Fall einschlägigen StromVG-Normen seien die Netzbetreiber zuständig, ihre Zusammenarbeit für ein sicheres leistungsfähiges und effizientes Netz untereinander in der Form des Vertrags, also konsensual, zu regeln. Diese Zuständigkeit sei ausschliesslich und zwar gelte dies auch für Massnahmen (inkl. deren Folgen), die für den Fall der Gefährdung des sicheren Netzbetriebs zwischen den Netzbetreibern und der Übertragungsnetzbetreiberin vereinbart würden. Für eine (gleichzeitige) Zuständigkeit der ElCom, hier hoheitlich Rechtsbeziehungen festzulegen, bestehe deshalb kein Raum (act. 8 S. 9-11). 67 Artikel 22 Absatz 1 StromVG schaffe zwar eine umfassende Aufsichtskompetenz der ElCom. In BVGE 2013/14 (insbes. E. 4.2.2.) habe das Bundesverwaltungsgericht zu Tarifen ausgeführt, dass deren Festsetzung trotz der Generalklausel in Artikel 22 StromVG nicht in die Kompetenz der ElCom fallen könne, da sich aus dem StromVG (obgleich bloss implizit) hierfür eine Zuständigkeit der Netzbetreiber ergebe (act. 8 S. 6). Vorliegend würden bezüglich der Zuständigkeiten der Netzbetreiber und deren Pflicht, sich vertraglich zu einigen, sogar explizite Regelungen bestehen. Als besondere Regelungen würden diese der Kompetenz der ElCom vorgehen und in diesem Bereich – wie bei der Tarifgestaltung – eine hoheitliche Verfügungskompetenz der ElCom per se ausschliessen, jedenfalls in rechtsgestaltender Weise (act. 8 S. 5). 68 Der blosse Umstand, dass noch keine Einigung auf alle Punkte des neuen schriftlichen Vertrags erfolgt sei, stelle keine StromVG-Verletzung dar. Über die Eckwerte der Zusammenarbeit und Netznutzung sei man sich auch nach Kündigung des alten schriftlichen Vertrags durchaus (mündlich) einig, immerhin zahle die Gesuchsgegnerin auch weiterhin ihre Netznutzungsentgelte, liefere Daten, unterstütze die Gesuchstellerin beim Betrieb des Übertragungsnetzes und sei selbstverständlich nach wie vor auch bereit, diesbezüglich erforderliche Massnahmen zu ergreifen. Es bestehe gegenwärtig also sehr wohl ein Vertrag, nur kein schriftlicher. Die Zusammenarbeit funktioniere. Die Handhabung basiere derzeit auf beiderseits anerkannten gesetzlichen Grundlagen und Branchendokumenten (act. 8 Rz. 13).

ElCom-D-C2FE3401/106 17/71 69 Die Gesuchstellerin stütze sich zur Begründung der Kompetenz der ElCom auf Artikel 5 Absatz 3 StromVV. Da gemäss gesetzlich zwingender Zuständigkeitsordnung (allein) die Netzbetreiber zuständig seien, schaffe Artikel 5 Absatz 3 StromVV eine neue Zuständigkeit, die im Gesetz nicht vorgesehen sei. Zudem stelle die Norm eine wichtige rechtsetzende Bestimmung im Sinne von Artikel 164 Absatz 1 BV dar, auch weil sie die Grundlage für die ElCom bilden würde, in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen einzugreifen, insbesondere in die Vertragsfreiheit als Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Eine solche wichtige Bestimmung bedürfte einer klaren Grundlage im Gesetz, die sie im geltenden Recht gerade nicht habe (Art. 164 Abs. 1 BV; act. 1 Rz. 14-17). 70 Die Argumentation der Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 52), wonach sich aus der Sachüberschrift ergebe, dass der ElCom die Kompetenz zukomme, den Abschluss des nNNV (insgesamt) zu verfügen, sei nicht nachvollziehbar. Die weit gefasste Sachüberschrift sei den übrigen Regelungen in Artikel 5 StromVV (z.B. Abs. 1 und 6) geschuldet und vermöge nicht den klaren Wortlaut in Absatz 3 zu übersteuern, wonach die ElCom einzig die Vereinbarungen nach Absatz 2 verfügen könne. Andere Elemente der Zusammenarbeit zwischen der Gesuchstellerin und Netzbetreiberin könnten demnach nicht per Verfügung festgelegt werden (act. 8 Rz. 25). 71 Zwar möge es ohne solches Eingreifen der ElCom an einer Durchsetzungsmöglichkeit für die Pflichten zum Vertragsabschluss

fehlen. Dieser Umstand allein vermöge aber Art. 5 Abs. 3 StromVV nicht zu legitimieren. Vielmehr sei dies die sachlogisch richtige Konsequenz, wenn eine Materie der Disposition bestimmter Akteure überlassen werde, zumal das stromversorgungsrechtliche Anliegen (sicherer Netzbetrieb) ja durch die gesetzlich verankerte Anordnungscompetenz der Gesuchstellerin vollständig abgesichert sei und seitens Gesuchsgegnerin auch nicht bestritten werde (act. 8 Rz. 16). 72 Diese Bestimmung könne aber erstens nur für tatsächliche «Netznutzungsbedingungen» im Sinne des StromVG von Relevanz sein, nicht aber für darüber hinausgehende Vereinbarungen unter Netzbetreibern betreffend die Netzsicherheit oder die Zusammenarbeit beim Netzbetrieb. Zweitens sei Artikel 22 Absatz 2 StromVG gemäss dem klaren Wortlaut des Gesetzes (vgl. Begriff „insbesondere« in Abs. 2) als Konkretisierung von Artikel 22 Absatz 1 StromVG zu verstehen. D.h., der ElCom stehe nur insoweit ein Entscheid über Netznutzungsbedingungen zu, als dies zur Sicherstellung der Einhaltung resp. zum Vollzug des Stromversorgungsrechts notwendig sei. Dies treffe dort zu, wo das Gesetz tatsächlich Netznutzungsbedingungen vorgebe (z.B. Art. 16 StromVG), deren Verletzung es zu verhindern gelte. Was dagegen vom Stromversorgungsrecht gerade nicht geregelt, sondern den betroffenen Parteien überlassen worden sei, sei vertraglich zu regeln und solle und dürfe nicht durch eine Verfügung des Regulators ersetzt werden. Jene Regelungen, die vorliegend umstritten seien, sollten zwar unter dem Dach des nNNV vereinbart werden. Es handle sich dabei aber gerade nicht nur um die Regelung von Netznutzungsbedingungen im eigentlichen Sinn, sondern primär um Regelungen zur Zusammenarbeit zwecks Sicherstellung des Netzbetriebs oder andere Regelungen, organisatorische Fragen etc. Zu den hier umstrittenen Regelungen mache das Gesetz zudem in keiner Weise Vorgaben (act. 8 Rz. 20; act. 19 Rz. 5-7). 73 Für das Handeln der ElCom gelte das Legalitätsprinzip. Wo es um Inhalte gehe, zu denen sich das StromVG ausschweige, könne daher, in Ermangelung eines gesetzlichen Rahmens, d.h. einer rechtlichen Grundlage, auch die Regulierungsbehörde keine Vorgaben machen, denn es würden dazu schlicht die gesetzlichen Grundlagen als Leitplanken fehlen. Auch darin zeige sich, dass der Gesetzgeber eben diese Regelungen gerade nicht habe treffen wollen, sondern den Netzbetreibern habe überlassen wollen. Dementsprechend überrasche nicht, dass auch die Gesuchstellerin an keiner Stelle eine materielle gesetzliche Regelung angeben könne, die mit dem behördlichen Eingreifen sicherzustellen wäre (act. 8 Rz. 21).

ElCom-D-C2FE3401/106 18/71 74 Im Übrigen gebieten schon nur die vielen mit einer solchen Verfügung einhergehenden offenen Fragen Zurückhaltung beim behördlichen Eingreifen. Die Verfügung eines solchen Vertragsinhalts werde in Zukunft Fragen aufwerfen. Namentlich sei unklar, was eine solche Verfügung für künftige Vertragsverhandlungen bedeutet. Mit der Verfügung dürften die Inhalte der Disposition der Parteien entzogen sein. Das entspreche aber nicht dem Gesetz, wonach die Netzbetreiber diese Dinge grundsätzlich untereinander zu regeln hätten. Spätestens wenn sich Anpassungsbedarf abzeichnet, könne dies zu Problemen führen. Angesichts einer vorhandenen hoheitlichen Festlegung werde ein Vorgehen nach den im Vertrag statuierten Regeln über die Vertragsanpassung kaum möglich sein. Das sei umso problematischer, als die Verfügung nur das Verhältnis zwischen den Parteien beschlage, während die übrigen VNB nicht Verfügungsadressaten seien und die vorliegend getroffenen Festlegungen für sie demnach nicht gelten würden. Auch vor diesem Hintergrund sei eine allfällige Verfügungskompetenz der ElCom äusserst eng auszulegen und könne sich keinesfalls undifferenziert auf den gesamten nNNV beziehen (act. 8 Rz. 34). 75 Grundsätzlich zweifle die Gesuchsgegnerin den Sinn einer Netznutzungs- resp. Zusammenarbeitsvereinbarung

keineswegs an. Sie habe ja auch stets konstruktiv darauf hingearbeitet. Sie sei aber nicht der Ansicht, dass ein solcher Vertrag um jeden Preis und unter grossem Zeitdruck erzwungen werden muss. Die letzten 1.5 Jahre würden beweisen, dass es auch mit einem mündlichen Vertrag auf Zusehen hin gehe, insbesondere solange Vertragsverhandlungen im Gang seien (act. 8 Rz. 75). 76 Der Entscheid BVGE 2013/14 zeige bestens den hier wichtigen Unterschied zwischen der Kompetenz zu erstmaligen Festlegungen, und jener, gesetzeswidrige Festlegungen zu korrigieren. Ebenso wie die ECom nicht selbst Tarife festlegen dürfe, stehe ihr nicht zu, die hier auszuhandelnden Vertragsinhalte selbst festzulegen (act. 19 Rz. 6). 77 Die Gesuchstellerin versuche den Eindruck zu erwecken, es gehe hier bloss um «einfache Netznutzungsbedingungen wie den diskriminierungsfreien Netzzugang und die Netznutzungsentgelte. Vorliegend seien aber gerade nicht entsprechende Netznutzungsbedingungen strittig, sondern Fragen der Zusammenarbeit (act. 19 Rz. 7). Selbst wenn es sich um solche Bedingungen handeln würde, wäre ein Abstützen auf Artikel 5 Absatz 3 StromVV nicht zulässig. Denn diese Bestimmung komme ausschliesslich bei Vereinbarungen über Massnahmen für den Fall einer sich konkret abzeichnenden Gefährdung des Netzbetriebs zum Zug. Es führe kein Weg daran vorbei, für die Vertragsinhalte je einzeln zu analysieren, ob sie überhaupt unter eine der Normen fallen (act. 19 Rz. 8). 78 Die Ausführungen der Gesuchstellerin in act. 44 Rz. 14 seien nicht nachvollziehbar. Selbstverständlich wäre es möglich, dass nur Teile des Vertrages einseitig und hoheitlich festgelegt werden und man diese Teile dann in den Gesamtvertrag aufnehme. Weshalb dies nicht gehen solle, sei nicht ersichtlich. Natürlich werde man dann darauf achten müssen, dass die entsprechenden Regeln dem Teil, in dem man einen Konsens erzielt habe, nicht tangieren (ausser die ECom wäre zuständig und würde auch solche Aspekte teilweise als nicht sachgerecht qualifizieren und per Verfügung übersteuern; act. 46 Rz. 18).

E. 2.2.2

Eventualantrag: Nur teilweise Zuständigkeit 79 Sollte Artikel 5 Absatz 3 StromVV wider Erwarten als gesetzeskonform ausgelegt werden, wäre zumindest sein Anwendungsbereich restriktiv auszulegen und auf das absolut Notwendige im Zusammenhang mit Massnahmen für den sicheren Übertragungsnetzbetrieb zu beschränken. Verschiedene Themen wie Konventionalstrafe, Datenaustausch und Vertragsanpassung hätten keinen solchen Zusammenhang. Auf diese sei nicht einzutreten (act. 8 Rz. 23-31 f.). Unabhängig vom Gehalt der jeweiligen Regelungen bestehe bei unbestrittenen Vertragsbestandteilen schon nur deswegen keine Zuständigkeit, weil bereits eine vertragliche Einigung habe gefunden werden können. Insoweit sei auf das Gesuch nicht einzutreten (act. 8 Rz. 34).

ECom-D-C2FE3401/106 19/71

E. 2.3

Regelungskonzept des StromVG: Kooperation und Subsidiarität

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Erwägungen werden einleitend das Regelungskonzept und die Grundsätze des StromVG dargestellt. Artikel 3 StromVG verankert die Prinzipien der Kooperation und der Subsidiarität auf Gesetzesebene. Nach dessen Absatz 1 arbeiten der Bund und, im Rahmen ihrer Zuständigkeit, die Kantone für den Vollzug dieses Gesetzes mit betroffenen Organisationen, insbesondere solchen der Wirtschaft zusammen. Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften prüfen sie freiwillige Massnahmen dieser Organisationen. Soweit möglich und notwendig übernehmen sie deren

Vereinbarungen ganz oder teilweise in das Ausführungsrecht (Art. 3 Abs. 2 StromVG). Artikel 3 Absatz 2 StromVG enthält den Grundsatz des Vorrangs privater Massnahmen vor staatlichen Massnahmen (Subsidiaritätsprinzip; siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-321/2017 vom 20. Februar 2019 E. 5.5; A-6065/2020 vom 24. Juni 2022 E. 6.7.1). Die Kompatibilität mit den Grundsätzen des Gesetzes und das Vorliegen innert nützlicher Frist bleiben vorbehalten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4797/2011 vom 28. Februar 2012 E. 9.3; Botschaft des Bundesrates vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz; fortan «Botschaft StromVG», BBl 2005 1611, 1643).

Der Gesetzgeber wollte mit dem StromVG nicht die gesamte Stromversorgung abschliessend regeln, sondern dafür einen regulatorischen Rahmen schaffen. Gemäss der Botschaft zum StromVG ist die Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung nach dem Subsidiaritätsprinzip primär eine Aufgabe der Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft. Nach dem Grundsatz der Subsidiarität und Kooperation sollen primär diejenigen Aufgaben hoheitlich geregelt werden, die durch die Elektrizitätswirtschaft 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 (Botschaft StromVG, BBl 2005 1617, 1648). Umgekehrt ist die Elektrizitätsbranche gefordert, allgemein akzeptierte gesetzeskonforme Konzepte und Vorschläge, insbesondere für die Berechnung der Netznutzungsentgelte, zu erarbeiten (siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1682/2010 vom 4. Mai 2011 E. 4.4; Botschaft StromVG, BBl 2005 1629).

Das Subsidiaritätsprinzip verlangt somit, dass die Elektrizitätswirtschaft den zur Erfüllung ihrer Aufgabe notwendigen Handlungsspielraum behält (Botschaft StromVG, BBl 2005 1630). Aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität und Kooperation liegt dem StromVG der Gedanke der gesteuerten Selbstregulierung zu Grunde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-212/2011 vom 25. April 2012 E. 9.1.2). Soweit die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft ihre Aufgaben pflichtgemäss erfüllen (können), hat sich der Staat zurückzuhalten. Wo der Staat eingreift, hat er sich am Verhältnismässigkeitsprinzip zu orientieren und die zur Erreichung des angestrebten Zieles mildeste Massnahme zu treffen (Botschaft StromVG, BBl 2005 1648 zu den Massnahmen, die der Bundesrat nach Art. 9 StromVG bei Gefährdung der Versorgungssicherheit erlassen kann).

ElCom-D-C2FE3401/106 20/71

Private Vereinbarungen können auch dann ganz oder teilweise ins Ausführungsrecht übernommen werden, wenn nicht die ganze Elektrizitätswirtschaft davon betroffen ist. Auf diese Weise werden Organisationen und Unternehmen belohnt, welche sachgerechte Vollzugsregeln finden und gleichzeitig solche ins Recht gefasst, die sich den Vereinbarungen nicht anschliessen (sog. «free riders»). Vor einer Übernahme von privaten Versicherungen ins Ausführungsrecht wird geprüft, ob neben der betreffenden Vereinbarung andere praxisnahe Lösungen bestehen, welche das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel besser zu verwirklichen vermögen (Botschaft StromVG, BBl 1643). Als Kooperationspartner steht der Verband Schweizer Elektrizitätsunternehmen (VSE) im Vordergrund (Botschaft StromVG, BBl 2005 1643). Im VSE sind die Stromverbundunternehmen am stärksten repräsentiert, was namentlich bei der Überprüfung bzw. Übernahmen von Richtlinien zu berücksichtigen ist. Die Selbstregulierung durch die

Branche auf der Basis privater Vereinbarungen bringt jedoch eine gewisse Gefahr wettbewerbswidriger Absprachen mit sich. Deshalb sind private Vereinbarungen auf ihre Kompatibilität mit den Grundsätzen des StromVG zu überprüfen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7561/2015 vom 8. November 2016 E. 4.2 mit Hinweisen).

Die ElCom prüft bei strittigen Anschlussbedingungen, ob sie dem Stromversorgungsrecht widersprechen oder den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]). Dies bedeutet, dass die ElCom auch zu prüfen hat, ob eine Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist sowie der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen steht, die den Privaten auferlegt werden. Die ElCom prüft daher neben der Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Grundlagen auch, ob die Anschlussbedingungen geeignet sind, einen Beitrag zum sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb zu leisten, ob sie zur Leistung dieses Beitrags erforderlich sind und ob sie für den betroffenen Netzanschlussnehmer zumutbar sind (siehe die ElCom-Verfügungen 233- 00059 vom 19. November 2015 Rz. 68-70 und 212-00283 vom 19. Januar 2017 Rz. 23-26 mit Hinweisen). 85 In der Verfügung betreffend Überführung des Übertragungsnetzes leitete die ElCom aus Artikel 3 Absatz 2 StromVG in Verbindung mit weiteren stromversorgungsrechtlichen Normen Rechte und Pflichten für die Gesuchstellerin und weitere Akteure ab. Dabei ging es um die Pflichten der Gesuchstellerin, Eigentümerin des von ihr betriebenen Übertragungsnetzes zu sein (Art. 18 Abs. 2 StromVG), und der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, ihr dieses zu übertragen (Art. 33 Abs. 4 StromVG). Die ElCom erwog, für eine hoheitliche Anordnung der Vorkehren, die für die Übergangszeit mindestens teilweise direktes (sachenrechtliches) Eigentum erlaubten, sehe die ElCom im damaligen Zeitpunkt keinen Anlass. Die Parteien seien in Anwendung des Subsidiaritätsprinzips nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, für die Übergangszeit entsprechende Vorkehren zu treffen. Die Gesuchsgegnerinnen hätten für entsprechende Lösungen Hand zu bieten (Verfügung 928-12-010 vom 3. Juni 2013 Rz. 47 f.; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Verfügungen > Verfügungen 2013). 86 Das Bundesverwaltungsgericht sah keine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips darin, dass die ElCom von Amtes wegen ein Verfahren eröffnete und in den Arbeitsprozess des Projekts der Überlandwerke für die Transaktion des Übertragungsnetzes (inkl. Kapitalstruktur) auf die Gesuchstellerin eingriff, um sicherzustellen, dass diese Transaktion innert der in Artikel 33 StromVG vorgesehenen Frist von fünf Jahren abgewickelt werde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4797/2011 vom 28. Februar 2012 E. 5, 9.3 und 13.3.3).

ElCom-D-C2FE3401/106 21/71

Aus diesen Ausführungen erhellt einerseits, dass das Regulierungskonzept des StromVG auf dem Grundsatz der Selbstregulierung der Elektrizitätswirtschaft beruht und Vereinbarungen (d.h. Verträge) das primäre Mittel der Zusammenarbeit sind. Der Staat soll nur (aber immerhin) und so mild wie möglich eingreifen, wenn die Branche innert nützlicher Frist selber keine genügenden Regeln schafft. Wo er dies tut, nehmen diese Regeln die betreffenden Akteure (Netzbetreiber und Netznutzer) direkt in die Pflicht. Die Zusammenarbeit in der Elektrizitätswirtschaft erfolgt zwar in erster Linie über Verträge. Im Rahmen ihrer Aufgaben zur Überwachung des StromVG kann die ElCom aber in Verträge eingreifen und – mit der aufgrund der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips gebotenen Zurückhaltung – deren Inhalt bestimmen. Dies ist systeminhärent und

dementsprechend prüft die ElCom nach ihrer Praxis Netznutzungsbedingungen dahingehend, ob sie den gesetzlichen Grundlagen entsprechen, durch öffentliche Interessen gerechtfertigt sind und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten. Letzteres bejaht sie, wenn die Regelungen der Netzbetreiber geeignet und erforderlich sind, einen Beitrag zum sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb zu leisten und im engeren Sinn verhältnismässig sind (Interessenabwägung).

E. 2.4

Verfahrensgegenstand 88 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der nNNV bzw. dessen Verfügung durch die ElCom. Dabei sind namentlich die folgenden Fragen zu beantworten: Gestützt auf welche Grundlage und in welcher Form die ElCom zuständig ist, den nNNV bzw. dessen Abschluss zu verfügen und was der Inhalt eines solchen Vertrags sein kann. Ob die Gesuchstellerin mit der Gesuchsgegnerin einen individuellen Vertrag aushandeln darf oder das Gleichbehandlungsgebot dem entgegensteht. Im Verlauf des Verfahrens haben sich Tatsachen ereignet, welche sich auf den Inhalt dieser Streitpunkte auswirken, insbesondere der Abschluss der Vereinbarung MLA und die Abschreibung des Parallelverfahrens bezüglich Verfügung des Anhangs der Betriebsvereinbarung. In der Folge hat die Gesuchsgegnerin (aber nicht die Gesuchstellerin) ihre Anträge angepasst (act. 46 Beilage 1; von der Gesuchsgegnerin als Antwortbeilage 19 bezeichnet). Sie schreibt dazu, sollte die ElCom sich als zuständig erachten, seien eventualiter die streitigen Vertragsinhalte so festzulegen, dass sie materiell den Regelungen aus der Vereinbarung MLA zwischen den Parteien entsprechen (act. 46 Rz. 7). Im Übrigen bestreitet sie aber immer noch die Zuständigkeit der ElCom und hält explizit an den diesbezüglichen Ausführungen in ihren früheren Eingaben fest (act. 46 Rz. 10 mit Verweis auf act. 8 Rz. 8 ff.; act. 19, Rz. 2 ff.). 89 Angesichts der Prozessgeschichte und den dargelegten Umständen erscheint es angezeigt, aufzuzeigen, welche Ziffern neben der Zuständigkeit der ElCom und dem Gleichbehandlungsgebot noch strittig sind. Zur Übersicht wird deshalb hier das Inhaltsverzeichnis des nNNV wiedergegeben. Die inhaltlich strittigen Vertragsziffern sind ausgeschrieben. Durchgestrichen sind die von der Gesuchsgegnerin beantragten Änderungsvorschläge, in blau die von ihr beantragten Einfügungen. Nicht wiedergegeben wird die Unternummerierung, welche die Gesuchsgegnerin bei allen Ziffern des nNNV begehrt (act. 46 Beilage 1). Die Gesuchsgegnerin beantragt nicht mehr, dass Transite aus dem Übertragungsnetz durch das Netz der Netznutzer vom Vertragsgegenstand ausgenommen sind (act. 46 Beilage 1 Ziff. 1.1), sondern nur noch eine Anpassung der Unternummerierung (Ziff. 1.1.1-1.1.3). «Inhaltsverzeichnis

1 Allgemeine Bestimmungen

E. 2.5

Zuständigkeiten der ElCom: Übersicht und Rechtsprechung

E. 2.5.1

Artikel 22 Absatz 1 StromVG: Umfassende Kompetenz

Die ElCom überwacht die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des StromVG und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Demnach ist die ElCom grundsätzlich überall dort zuständig, wo der Vollzug – sowohl des StromVG als auch der in der StromVV enthaltenen Vollziehungsbestimmungen – nur durch einen Entscheid oder eine Verfügung

sichergestellt werden kann und die Kompetenz dazu nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist (subsidiäre Generalkompetenz). Im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach StromVG kommt der ElCom eine umfassende Kompetenz zu (zum Ganzen siehe Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A- 1225/2020 vom 24. Juni 2020 E. 4.3; A-2850/2014 vom 28. Mai 2015 E. 5.3 [veröffentlicht als BVGE 2015/38]; Botschaft StromVG, BBl 2005 1611, 1661, 1698; WYSS DANIELA, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band III, Bern 2020, Art. 22 StromVG Rz. 10). Der Mantelerlass hat Artikel 22 Absatz 1 StromVG nicht verändert.

ElCom-D-C2FE3401/106 27/71

E. 2.5.2

Artikel 22 Absatz 2 StromVG: Ausdrücklich genannte Kompetenzen

Die nicht abschliessende Aufzählung in Artikel 22 Absatz 2 Buchstaben a-g StromVG fasst die wichtigsten Zuständigkeiten der ElCom zusammen. Nach aArtikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG ist die ElCom unter anderem für den Entscheid im Streitfall über die Netznutzungsbedingungen zuständig. Die Rechtsstreitigkeiten müssen das StromVG und die Ausführungsbestimmungen betreffen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3343/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.1.2.2; WYSS DANIELA, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band III, Bern 2020, Art. 22 StromVG Rz. 11). Gemäss der Botschaft zu aArtikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG, der im Mantelerlass redaktionell angepasst wurde und neu auch von Amtes wegen gilt, ist die Regulierungskompetenz, insbesondere betreffend Netzzugang und Netznutzungsbedingungen, notwendig, weil im Netzbereich auch nach einer partiellen Öffnung des Elektrizitätsmarktes kein eigentlicher Wettbewerb möglich ist. Im Netzbereich bleiben monopolistische Verhältnisse bestehen. Als Ersatz für die in diesem Bereich fehlenden Marktkräfte ist daher, ergänzend zur Regulierung, eine Überwachung zum Zwecke der Sicherstellung der Versorgung einerseits und zur Verhinderung des Missbrauchs der Monopolstellung andererseits notwendig (Botschaft StromVG, BBl 2005 1660).

Gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verfügt die ElCom im Zusammenhang mit Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs (Art. 20a) nötigenfalls den Abschluss einer Vereinbarung zwischen den jeweiligen Parteien, einschliesslich der Vorgaben zum notwendigen Mindestinhalt. Artikel 20a Absatz 1 StromVG bestimmt, dass die nationale Netzgesellschaft mit den an das Übertragungsnetz angeschlossenen VNB, Erzeugern, Endverbrauchern und Speicherbetreibern auf einheitliche Weise alle notwendigen Massnahmen vereinbart, die sie zur Vermeidung oder zur Beseitigung einer Gefährdung des sicheren Betriebs des Übertragungsnetzes ergreift. Gemäss der Botschaft ist der sichere Übertragungsnetzbetrieb dann gefährdet, wenn die Netz- und Systemsicherheit bedroht ist, das heisst insbesondere dann, wenn lokale Ausfälle des Übertragungsnetzes oder kurzfristige Netzengpässe vorliegen und die Frequenz- und Spannungshaltung nicht mehr im erforderlichen Mass gewährleistet werden kann. Mit präventiven Massnahmen («Vermeidung») soll der Eintritt einer Gefährdung verhindert werden. Damit sind Massnahmen gemeint, die ausgelöst werden, wenn die Gefährdung zwar noch nicht eingetreten ist, sich aber bereits konkret abzeichnet («dunkeloranjer Bereich»). Massnahmen, die bereits vor einer sich konkret abzeichnenden Gefährdung

Wirkung entfalten, betreffen den Normalbetrieb und sind von Artikel 20a nicht erfasst Als Beispiel für eine präventive Massnahme kann das Notkonzept «Beschaffung von Regelleistung bei mangelnder Liquidität bei der Leistungsausschreibung» der Swissgrid erwähnt werden, mit dem Erzeuger ausnahmsweise zur Erbringung von Regelleistung verpflichtet werden können (Botschaft Mantelerlass, BBl 2021 1666 S. 111). 102 Gemäss der Botschaft zum StromVG solle das Vorgehen bei einem Redispatching (Art. 20 Abs. 2 Bst. c StromVG) und Netzengpässen (Art. 20 Abs. 2 Bst. d StromVG) mit den Beteiligten privatrechtlich geregelt werden, zugleich solle es aber nicht nur – wie im Gesetzestext vorgesehen – transparent und diskriminierungsfrei erfolgen, sondern auch verhältnismässig sein (Botschaft StromVG, BBl 2006 1634 f., 1659; zu Art. 20 Abs. 2 Bst. c u. d). Dieser Gedanke findet sich auch in der Botschaft zum Mantelerlass in Bezug auf die Regelung der Vorkaufsrechte an Aktien der Gesuchstellerin: als ein zwischen der AG und ihren potenziellen Aktionären spielendes Instrument sei diese privatrechtlicher Natur und unterliege der Zivilgerichtsbarkeit. Die ElCom könnte nur zum Zuge kommen, wenn sich im Zusammenhang mit Vorkaufsrechten auch öffentlich-rechtliche Fragen in Bezug auf das StromVG stellen, etwa wenn sie feststelle, dass die Gesuchstellerin die Regelung nicht oder systematisch falsch umsetze (Botschaft Mantelerlass, BBl 2021 1666 S. 107 ff.).

ElCom-D-C2FE3401/106 28/71 103 Für eigentliche Vertragsstreitigkeiten über die Vergütung von Flexibilität, also solche, die sich aus der Anwendung abgeschlossener Verträge ergeben, sind gemäss der Botschaft die Zivilgerichte zuständig. Bevor solche Verträge geschlossen werden, könne die allgemeine ElCom- Überwachungskompetenz zum Tragen kommen. Würden zum Beispiel die Vorschriften, die der Bundesrat zum Schutz der Flexibilitätsinhaber erlasse, umgangen bzw. nicht in die Verträge integriert, könne die ElCom bei den fehlbaren Netzbetreibern eingreifen. Nur bei der Vergütung habe die ElCom eine explizite Kompetenz, die darauf beschränkt sei, Missbräuche zu unterbinden. Fragen der Einhaltung beziehungsweise Verletzung vertraglicher Rechte und Pflichten sowie deren Durchsetzung würden grundsätzlich in die Kompetenz der Gerichte fallen (Botschaft Mantelerlass, BBl, 2021 1666 S. 114). Im Zusammenhang mit den zwei spezifischen Zuständigkeiten der ElCom im Zusammenhang mit Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs (Art. 22 Abs. 2 Bst. e StromVG) hält die Botschaft ferner fest, dass die ElCom sehr wohl Entscheide mit unmittelbarer Auswirkung auf Vereinbarungen fällen könne. So könnte sie etwa gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 StromVG überprüfen, ob die in einer Vereinbarung geregelten Massnahmen geeignet sind, um einer Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs zu begegnen (Art. 20 Abs. 2 Bst. c; Botschaft Mantelerlass, BBl, 2021 1666 S. 115).

E. 2.5.3

Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich mit Urteil vom 11. Januar 2022 (4A_275/2021 u. 4A_283/2021) mit der rechtlichen Qualifikation von Verträgen zwischen der Gesuchstellerin und weiteren Akteuren auseinandergesetzt. Zum einen hat es die Betriebsvereinbarung mit einer direkt an das Übertragungsnetz angeschlossenen Kraftwerksbetreiberin mit Blick auf aArtikel 5 Absatz 5 StromVV analysiert, zum andern hat es geprüft, ob das vorinstanzliche Zivilgericht, den Bilanzgruppenvertrags mit einer Bilanzgruppenverantwortlichen zu Recht als öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis beurteilt hatte.

Das Bundesgericht erwog, aArtikel 5 Absatz 5 StromVV, wonach die Pflichten aus Vereinbarungen zwischen der Gesuchstellerin und anderen Netzbetreibern sowie weiteren Akteuren über die für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit zu treffenden Massnahmen auf dem Zivilweg durchgesetzt würden, sei verfassungswidrig. Eine solche Regel weiche von der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung ab und müsse daher in Gesetzesform ergehen. Ob eine streitige Zivilsache oder eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit vorliegt, beurteile sich nach der Rechtsnatur des Streitgegenstands. In Bezug auf Verträge stehe die Funktionstheorie im Vordergrund, wonach ein dem öffentlichen Recht unterstehender, d.h. verwaltungsrechtlicher Vertrag sich dadurch auszeichne, dass er direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt habe oder einen öffentlich-rechtlich normierten Gegenstand betreffe, wie zum Beispiel Erschliessungen, Enteignungen oder Subventionen. Dagegen liegt eine privatrechtliche Vereinbarung vor, wenn sich ein Gemeinwesen zum Beispiel durch Kauf- oder Werkverträge bloss die Hilfsmittel beschafft, die es zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf. Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung werde von aArtikel 5 Absatz 2 StromVV vorgeschrieben. Die gestützt auf die Betriebsvereinbarung veranlasste Produktionsanpassung durch das Kraftwerk diene unmittelbar der Sicherstellung eines stabilen Netzbetriebs und damit einer öffentlichen Aufgabe. Insoweit seien die Kraftwerksbetreiber gestützt auf Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe c StromVG und aArtikel 5 Absatz 2 StromVV vertraglich direkt in die Gewährleistung des stabilen Netzbetriebs eingebunden. Die fehlende Entschädigung spreche gegen ein im Rahmen der Privatautonomie abgeschlossenes privatrechtliches Rechtsverhältnis. Bei der Betriebsvereinbarung mit der Beklagten sei demnach von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag auszugehen (Urteile des Bundesgerichts 4A_275/2021 u. 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.2 u. 4; teilweise veröffentlicht in BGE 148 III 172).

ElCom-D-C2FE3401/106 29/71

Das StromVG sehe vor, dass die Gesuchstellerin die betreffenden Verträge abschliesse und die Preise für Ausgleichsenergie nach bestimmten gesetzlichen Vorgaben einseitig festlege. Beim Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes durch die Gesuchstellerin handelt es sich um eine gesetzlich übertragene öffentliche Aufgabe (Urteile des Bundesgerichts 4A_275/2021 u. 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022 E. 4.2.2 u. 5.2.3 mit Hinweisen). Die im Bilanzgruppenvertrag geregelte Abwicklung von Fahrplanmeldungen und die Abrechnung von Ausgleichsenergie würden kein blosses Hilfsmittel im Sinne der Bedarfsverwaltung darstellen, sondern als notwendiger Bestandteil des Bilanzmanagements unmittelbar der Gewährleistung eines sicheren Netzbetriebs dienen. Insofern seien sie Instrumente, mit denen die Beklagte ihre öffentliche Aufgabe wahrnehme. Die Beklagte als nationale Netzgesellschaft hat mit jeder Bilanzgruppe einen Vertrag abzuschliessen (Art. 23 Abs. 2 StromVV), wobei jede Bilanzgruppe einen Bilanzgruppenverantwortlichen zu bestimmen habe (Art. 23 Abs. 3 StromVV). Weder aus Sicht der Beklagten noch aus derjenigen der Bilanzgruppenverantwortlichen bestehe demnach eine Wahl hinsichtlich des Vertragspartners, was ebenfalls für den öffentlich-rechtlichen Charakter spreche. Der Bilanzgruppenvertrag stelle daher ebenfalls einen öffentlich-rechtlichen Vertrag dar. Die Beurteilung von Streitigkeiten aus diesem Vertragsverhältnis unterliege daher nicht der Zivilgerichtsbarkeit. Der strittige materielle Anspruch sei im Verwaltungsverfahren geltend zu machen (Urteile 4A_275/2021 u. 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022 E 5.2.3 f.).

Aufgrund des StromVG bestehe gemäss Bundesgericht Anspruch auf Netzzugang; die Netzbetreiber unterlägen einer gesetzlichen Kontrahierungspflicht für den Abschluss von Netznutzungsverträgen. Die Stromlieferung erfolge hingegen auf der Grundlage privatrechtlicher Vereinbarungen und ausserhalb des StromVG. Das StromVG wolle die netzseitigen Voraussetzungen schaffen, damit der freie Strommarkt in der Praxis funktionieren könne. Da privatrechtlich grundsätzlich jedermann Stromlieferungsverträge abschliessen könne, habe (abgesehen von den festen Endverbrauchern) auch jedermann Anspruch auf Netzzugang, also auch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Elektrizitätserzeuger oder Stromhandelsunternehmen (Urteil des Bundesgerichts 2C_12/2016 u. 2C_13/2016, beide vom 16. August 2016 E. 3.3.3 mit Hinweis auf Botschaft StromVG, BBl 2006 1650). Der Netzbetreiber sei gesetzlich verpflichtet, Endverbraucher und Elektrizitätserzeuger anzuschliessen und ihnen diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren (Art. 5 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 StromVG), ausser wenn gesetzlich vorgesehene Verweigerungsgründe bestehen (Art. 13 Abs. 2 StromVG). Zudem seien die Netzbetreiber nach Massgabe der Artikel 7 ff. EnG verpflichtet, in ihrem Netzgebiet erzeugte Energie abzunehmen und zu vergüten. Insofern bestehe eine klare gesetzliche Grundlage für eine Verpflichtung des Netzbetreibers, mit dem Produzenten zu kontrahieren (Urteil 2C_1142/2016 vom 14. Juli 2017 E. 4.4).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu aArtikel 2 Absatz 1 der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV, SR 730.01) legen die Energieproduzenten nach aArtikel 7 aEnG und die Netzbetreiber die Anschlussbedingungen, wie z.B. die Anschlusskosten, vertraglich fest (vgl. Art. 15 EnG und Art. 10 der Energieverordnung vom 1. November 2017). Die Entstehung und Wirkung einer solchen Vereinbarung zwischen den Parteien würden sich zwar nach dem Zivilrecht richten. Da ein entsprechender Vertrag jedoch Auswirkungen auf die Stromversorgungsgesetzgebung haben könne, müsse es der ElCom im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit in diesem Bereich möglich sein, allfällige Anordnungen zu treffen (vgl. Urteil A-857/2014 vom 13. November 2014 E. 1.2.2 mit Hinweisen).

ElCom-D-C2FE3401/106 30/71

E. 2.5.4

Zwischenfazit

Folglich kann die Zuständigkeit der ElCom für die Beurteilung von Streitigkeiten über den Abschluss des nNNV nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstaben a-g StromVG oder direkt gestützt auf ihre subsidiäre Generalkompetenz (Art. 22 Abs. 1 StromVG) gegeben sein. Letzteres folgt insbesondere aus der Botschaftspassage (oben Rz. 103). Da auch durch stillschweigenden Konsens Verträge entstehen können (Art. 1 Abs. 2 OR) und das Stromversorgungsrecht kein Schriftlichkeitserfordernis vorsieht, scheint ferner die Differenzierung der Gesuchstellerin zwischen Streitigkeiten betreffend den Abschluss von Verträgen und über die Rechten und Pflichten aus einmal entstandenen Verträgen (vgl. oben Rz. 59 u. 60) nicht stringent.

E. 2.6

Zuständigkeit der ElCom für im nNNV noch strittige Punkte

E. 2.6.1

Vorbemerkungen 110 Wie oben erläutert, sind die unstrittigen Punkte nicht (mehr) Verfahrensgegenstand. Insoweit besteht kein Streitfall über die Netznutzungsbedingungen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG) und der Erlass einer Verfügung ist nicht notwendig (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Deshalb ist dafür auch keine entsprechende Zuständigkeit der ElCom gegeben.

Die Parteien machen nicht geltend, dass Gerichte oder andere Verwaltungsbehörden (erstinstanzlich) zuständig sind. Da wir uns unbestrittenermassen im Anwendungsbereich des eidgenössischen StromVG befinden, ist dies auch nicht ersichtlich. Fraglich und im Folgenden zu prüfen ist, ob und gegebenenfalls in welcher Form die ElCom zuständig ist, die noch strittigen Punkte zu beurteilen.

Der nNNV regelt die Bedingungen der Nutzung des Übertragungsnetzes und betrifft mehrheitlich den Normalbetrieb. Eine Ausnahme bildet z.B. Ziffer 2.2 nNNV, welcher die Fälle beschreibt, in denen die Gesuchstellerin die Netznutzung einschränken oder unterbrechen darf. Diese könnten daher gegebenenfalls auch gestützt auf Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verfügt werden. Da mehrheitlich der Normalbetrieb betroffen ist, ist primär zu prüfen, ob sich aus Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG eine Zuständigkeit der ElCom zur Behandlung des vorliegend zu beurteilenden Gesuchs bzw. der darin gestellten Anträge ergibt. Die Prüfung ist beschränkt auf die Frage, ob die Zuständigkeiten der ElCom die Verfügung der beantragten Vertragsinhalte umfassen. Bejahendenfalls ist auf diese einzutreten und im materiellen Teil zu beurteilen, ob die ElCom diese verfügen soll oder nicht. Weiter stellt sich die Frage, ob der Erlass einer Verfügung notwendig ist, um das StromVG oder dessen Ausführungsbestimmungen zu vollziehen (Art. 22 Abs. 1 StromVG, Ziff. 2.6.4). Zudem wird namentlich zu prüfen sein, ob die Anforderungen an Form und Bestimmtheit der Rechtsgrundlage in der hier zu beurteilenden Konstellation erfüllt sind (Legalitätsprinzip, Ziff. 2.6.5).

E. 2.6.2

Zuständigkeit nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG

E. 2.6.2.1

Erfordernis eines Netznutzungsvertrags aus dem Netznutzungsverhältnis

Die Gesuchstellerin hat ausserdem für einen diskriminierungsfreien Betrieb des Übertragungsnetzes zu sorgen (Art. 20 Abs. 1 StromVG) und ist verpflichtet, Dritten den Netzzugang zu gewähren (Art. 13 Abs. 1 StromVG). Insoweit trifft sie eine Kontrahierungspflicht. 116 Die Artikel 14 und 15 StromVG gelten ebenfalls für das Übertragungsnetz und Artikel 15 StromVV enthält Regeln für die Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes. Zudem macht Artikel 16 StromVG Vorgaben für die Kosten der Netznutzung durch grenzüberschreitende Lieferungen (siehe auch Art. 14 StromVV und Urteil des Bundesgerichts 2C_824/2015 vom 21. Juli 2016 E. 1.1, wonach von der bundesrechtlichen Regelung auch die Überwälzung der für das Übertragungsnetz anfallenden Netznutzungskosten über die Netzebenen tieferer Spannungen auf den Endverbraucher erfasst ist [Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG; Art. 15 und Art. 16 StromVV] mit Hinweisen). Die Obergrenze des Netznutzungsentgelts für das Übertragungsnetz ist somit ebenfalls vom StromVG vorgegeben und die Entgelte unterliegen der Regulierung durch die ElCom). Soweit die Bedingungen der Nutzung des Übertragungsnetzes nicht direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt haben, betreffen sie somit jedenfalls einen öffentlich-rechtlich normierten Gegenstand. Nach der

für Verträge im Vordergrund stehenden Funktionstheorie ist daher auch das (Übertragungs-)netznutzungsverhältnis und damit der nNNV als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. 117 Wie dargelegt, hat der Gesetzgeber der ElCom ausdrücklich eine Kompetenz zum Entscheid über die Netznutzungsbedingungen eingeräumt. Zugleich haben er bzw. der Bundesrat darauf verzichtet, alle diese Bedingungen zu regeln, sondern dies den Netzbetreibern überlassen (vgl. insbes. Art. 8 Abs. 1 Bst. b u. d StromVG sowie aArt. 5 Abs. 6 StromVV). Aus diesen Entscheiden des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers folgt, dass er davon ausging, dass das gesetzlich festgeschriebene Netznutzungsverhältnis einer Konkretisierung mittels Netznutzungsbedingungen bedarf. Solche Bedingungen sind vertraglicher Natur. 118 Aus diesen Ausführungen erhellt zum einen, dass die Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Netznutzungsverhältnis der zuständigen Verwaltungsbehörde, d.h. der ElCom, obliegt (Urteile des Bundesgerichts 4A_275/2021 u. 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022 E. 4.2.2 u. E. 5.2.3 f. mit Hinweisen: siehe auch BGE 144 III 111 E. 5.1). Zum andern geht daraus hervor, dass nicht nur die Gesuchstellerin einer gesetzlichen Kontrahierungspflicht für den Abschluss von Netznutzungsverträgen mit Netznutzerinnen wie der Gesuchsgegnerin unterliegt. Auch die an das Übertragungsnetz angeschlossenen Parteien gehen mit der Ausübung des Anspruchs auf Netzzugang im Gegenzug die Verpflichtung ein, einen Vertrag abzuschliessen, der die Bedingungen über den Zugang und die Nutzung des Netzes regelt. Somit besteht (auch) aus Artikel 13 Absatz 1 i.V.m. Artikel 20 Absatz 1 StromVG ein zweiseitiger Kontrahierungszwang zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin.

ElCom-D-C2FE3401/106 32/71

E. 2.6.2.2

Müssen Netznutzungsbedingungen in StromVG/StromVV enthalten sein? 119 Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, die ElCom sei nur zuständig, wo das Gesetz tatsächlich Netznutzungsbedingungen vorgebe (z.B. Art. 16 StromVG), geht ihre Argumentation fehl. Es liegt in der Natur des auf Selbstregulierung mit Rahmengesetzgebung aufbauenden Regulierungskonzepts, dass die Netznutzungsbedingungen vertraglichen Charakter haben und Aspekte regeln, welche im übergeordneten Recht nur im Grundsatz oder gar nicht geregelt sind. So haben Netznutzer aufgrund des gesetzlichen Monopols im Netzbetrieb keine Wahl, ob und mit wem sie einen Netznutzungsvertrag abschliessen, sondern sind gemäss Artikel 13 Absatz 1 StromVG verpflichtet, Netznutzungsverträge abzuschliessen, um den Netzzugang diskriminierungsfrei zu gewähren. Zudem werden die Netznutzer unmittelbar durch das Gesetz zur Entrichtung eines Netznutzungsentgelts verpflichtet und dieses enthält einige Vorgaben zu dessen Ausgestaltung (Artikel 14 Absatz 2 StromVG). Das Gesetz regelt aber nur die Grundsätze: Für einen geordneten Ablauf müssen beispielsweise auch die Zahlungsmodalitäten (Zahlungsfristen, Vollzugsfolgen etc.) und weitere Aspekte im konkreten Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer definiert sein, die nicht im engeren Sinn zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit erforderlich sind. Die Stromversorgungsgesetzgebung regelt diese Punkte nicht. Daraus folgt, dass Netznutzungsverträge abzuschliessen sind. 120 Nicht nur die Gesuchstellerin, sondern auch die Gesuchsgegnerin und soweit ersichtlich die meisten weiteren VNB verwenden einen vorformulierten Netznutzungsvertrag bzw. Netznutzungsbedingungen gegenüber ihren Netznutzern, mehrheitlich in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Folglich sind die nicht im StromVG genannten, aber in der Praxis nötigen weiteren Netznutzungsbedingungen einerseits vertraglich zu vereinbaren,

andererseits dienen sie – namentlich aufgrund von Artikel 3 Absatz 2 und Artikel 8 Absatz 1 StromVG – auch dem Vollzug des StromVG, indem sie Gegenstände regeln, die sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben. Dies zumal es vorliegend um die Netznutzungsbedingungen zwischen zwei Netzbetreibern geht und diese werden einerseits durch Artikel 8 Absatz 1 StromVG zur Zusammenarbeit verpflichtet, andererseits trifft sie direkt gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip eine Pflicht zur Zusammenarbeit. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin ist bei den Streitfällen über die Netznutzungsbedingungen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG) somit keine Notwendigkeit zum Vollzug des StromVG im engeren Sinne erforderlich (Art. 22 Abs. 1 StromVG), damit die Zuständigkeit der ElCom gegeben ist. 121 Zu den Streitigkeiten aus dem Netznutzungsverhältnis gehören folglich auch Streitfälle über die Bestimmung von Netznutzungsbedingungen, die nicht vom StromVG vorgegeben werden. Diese müssen im Streitfall ebenfalls von der ElCom beurteilt und durchgesetzt werden können. Nach den erwähnten Materialien (Rz. 102) gilt dies zumindest, wenn es um den Vertragsabschluss bzw. um die Frage geht, welche Netznutzungsbedingungen Vertragsinhalt sein sollen (zum Bestimmtheitsanfordernis als Teil des Legalitätsprinzips siehe unten Ziff. 2.6.5). Soweit die strittigen Bestimmungen des nNNV Bedingungen über die Nutzung des Übertragungsnetzes enthalten, sind sie Teil des von den Netzbetreibern zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben abzuschliessenden Netznutzungsvertrags. Insoweit ist die Zuständigkeit der ElCom nach aArtikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG gegeben. 122 Der Gesuchsgegnerin gelingt es nicht, in Frage zu stellen, dass es sich um Netznutzungsbedingungen handelt. So leitet sie aus der Annahme ab, dass es sich um eine Massnahme nach aArtikel 5 Absatz 2 StromVV handle, die Kompetenz der ElCom sei auf das absolut notwendige für den sichereren Übertragungsnetzbetrieb zu beschränken. Da es vorliegend um die Zuständigkeit nach Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a StromVG geht, ist dies jedoch nicht stichhaltig. Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, die ElCom sei nicht zuständig, Bedingungen der Nutzung des Übertragungsnetzes, mit eher organisatorischem oder finanziellem Gehalt oder weitere Nebenbestimmungen zu verfügen, kann ihr nicht gefolgt werden (act. 8 Rz. 6, 21, 23-31).

ElCom-D-C2FE3401/106 33/71

E. 2.6.2.3

Zwischenfazit

Die Parteien sind als Netzbetreiber verpflichtet, einen Netznutzungsvertrag abzuschliessen, um ihren gesetzlichen Aufgabe zur Zusammenarbeit und Koordination nachzukommen. Ausserdem schafft das StromVG für das Übertragungsnetznutzungsverhältnis zwischen den Parteien einen Kontrahierungszwang. Gestützt auf ihre Kompetenz zur Beurteilung von Streitfällen betreffend Netznutzungsbedingungen ist die ElCom somit grundsätzlich zuständig, zu beurteilen, ob die noch strittigen Punkte des nNNV zu verfügen sind. Dies kann auch der Fall sein, wenn das StromVG und die StromVV keine entsprechenden Inhalte vorgeben. Im Folgenden ist aber für die Punkte einzeln zu prüfen, ob sie tatsächlich unter diese Zuständigkeit fallen oder keinen Bezug zur Netznutzung haben, so dass es gegen das Legalitätsprinzip verstossen würde, wenn die ElCom sie verfügen würde (wie dies die Gesuchsgegnerin geltend macht; act. 8 Rz. 19 ff.). Soweit eine ElCom-Zuständigkeit gegeben ist, ist weiter zu prüfen, ob die ElCom auch zuständig wäre, die von der Gesuchsgegnerin eventualiter beantragten Vertragsinhalte (act. 46 Beilage 19) zu verfügen.

E. 2.6.2.4

Ziff. 1.3: Vertragsbestandteile und Rangfolge 124 Die Gesuchstellerin beantragt, dass gemäss Ziff. 1.3 nNNV als Anhänge 3-6 vier Branchendokumente NNMÜ, TC, MC (samt Anhang) und SDAT (samt Anhängen) in den nNNV aufzunehmen seien. Die Gesuchsgegnerin beantragt eventualiter, die Formulierung aufzunehmen, dass die einschlägigen Branchenempfehlungen, namentlich die NNMÜ sowie die international und national anerkannten Normen zu berücksichtigen seien, die Parteien in begründeten Fällen aber davon abweichen können, wenn sich einzelne Regelungen in Branchenempfehlungen als nicht sachgerecht erweisen. 125 Der VSE hat unter Einbezug und Mithilfe von Branchenvertretern ein Marktmodell für die Elektrische Energie Schweiz (MMEE-CH) ausgearbeitet. Als Branchenempfehlung regelt es die zentralen Aspekte der Organisation des Strommarktes Schweiz und ist Teil eines umfassenden Regelwerks für die Elektrizitätsversorgung im offenen Strommarkt. Das MMEE-CH beinhaltet ein Netznutzungsmodell (NNM), technische Bestimmungen zu Anschluss, Betrieb und Nutzung des Übertragungsnetzes (TC), ein Bilanzmanagementkonzept (Balancing Concept), technische Bestimmungen zu Anschluss, Betrieb und Nutzung des Verteilnetzes (Distribution Code) sowie technische Bestimmungen zur Messung und Messdatenbereitstellung (MC; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7561/2015 vom 8. November 2016 E. 4.2; der VSE selber bezeichnet diese Branchenempfehlungen als Schlüsseldokumente). 126 Gemäss dem Erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007 übernimmt die StromVV die wichtigsten Grundsätze dieser Dokumente, soweit dies zweckmässig ist und trägt damit Artikel 3 Absatz 2 StromVG Rechnung. Zudem werden die Netzbetreiber an verschiedenen Stellen in der Verordnung verpflichtet, die zum Vollzug erforderlichen Richtlinien festzulegen (Erläuternder Bericht StromVV 2007 S. 4). Gemäss aArtikel 8 Absätze 1 u. 2 StromVV sind die Netzbetreiber für das Messwesen und die Informationsprozesse verantwortlich und legen dazu transparente und diskriminierungsfreie Richtlinien fest. Die neuste Auflage des Branchendokuments Standardisierter Datenaustausch für den Strommarkt Schweiz (SDAT – CH 2022) beschreibt die Datenaustauschprozesse (z.B. Messdatenaustausch, Wechselprozesse), und deren verbindliche Umsetzung. Es besteht aus drei Teilen und vier Anhängen. Die SDAT betrifft also die Messdaten und die Prozesse für deren Austausch. Ohne diese wäre die Inrechnungstellung des Netznutzungsentgelts nicht möglich. Prozesse ohne die das StromVG nicht angewendet werden kann. Diese Daten und Prozesse sind sowohl für den Vollzug des StromVG als auch des nNNV wesentlich und gelten als Richtlinien im Sinne von Artikel 27 Absatz 4 StromVV.

ElCom-D-C2FE3401/106 34/71 127 Nach dem Gesagten regeln die vier streitgegenständlichen Branchenempfehlungen direkt mit dem Netzbetrieb zusammenhängende Gegenstände und dienen der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Netzbetreiber (siehe oben Rz. 113). Insoweit handelt es sich bei der Frage, ob diese als Vertragsinhalt gelten sollen, ohne Weiteres um einen Streitfall über die Bedingungen der Netznutzung bzw. eine Frage der von den Parteien im Rahmen ihrer Koordinationspflicht zu regelnden Organisation der Netznutzung, die für die Aufgaben des sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetriebs von Bedeutung ist. Somit ist die ElCom nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG zuständig, Ziffer 1.3 nNNV zu verfügen.

E. 2.6.2.5

Ziffer 2.2 Bezugsanpassung aus dem Übertragungsnetz 128 Die Gesuchstellerin beantragt, die Ziff. 2.2 des nNNV (Einschränkung und Unterbrechung der Netznutzung) zu verfügen.

Die Gesuchsgegnerin will deren dritten Absatz streichen, der insbesondere die Massnahmen enthält, die Swissgrid zur Beherrschung kritischer Netzsituationen berechtigt, die Netznutzung durch die Netznutzer einzuschränken. Zudem geht es um Modalitäten bei deren Ausübung (vorgängige Absprache) und die Rechtsfolgen solcher Einschränkungen (insbesondere auf die Zahlungspflicht). Diese Regeln weisen einen direkten Bezug zum Netzbetrieb auf und gelten somit ohne Weiteres als Netznutzungsbedingungen im Sinne von Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG, weshalb die Zuständigkeit der ElCom gegeben ist. Sodann wird ein Anspruch auf Entschädigungen aus der Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung gemäss den Bestimmungen dieses Vertrags gegenüber Swissgrid ausgeschlossen. Dieser Ausschluss wird unter Haftung (Ziff. 5) behandelt.

E. 2.6.2.6

Ziffer 3.3 Konventionalstrafe 129 Die Gesuchstellerin beantragt die Verfügung einer Konventionalstrafe für Falschangaben im Datenblatt (im Umfang von 50% des vom Netznutzer nachgeforderten Netznutzungsentgelts; das Datenblatt ist mit dem nNNV abrufbar unter www.swissgrid.ch > Partner > Alle Themen > Branchenverträge und Anhänge; zuletzt besucht am 4. März 2025). Zudem wäre sie nach der beantragen Ziffer 3.3 in jedem Falle berechtigt, nebst der Strafe auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern. Die Gesuchsgegnerin beantragt eventualiter, bei falschen Angaben im Datenblatt sei die Gesuchstellerin zu berechtigen, vom Netznutzer einen angemessenen pauschalisierten Aufwandsatz zu verlangen und daneben auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern. 130 Gemäss den unbestrittenen Angaben der Gesuchstellerin, bilden die von den Netznutzern auf dem Datenblatt zu deklarierenden Daten die Grundlage für die Abrechnung des Netznutzungsentgelts (act. 1 Rz. 69). Damit besteht auch hier ein offensichtlicher Bezug zur Netznutzung. Die Gewährleistung eines effizienten Netzbetriebes gebietet es der Gesuchstellerin, dass sie Kosten, die ihr durch das Fehlverhalten einzelner Netznutzer entstehen, diesen Netznutzern individuell in Rechnung stellt (vgl. auch Art. 14). Solche Kosten sind nicht als Kosten des Übertragungsnetzes anrechenbar. Gemäss dem erläuternden Bericht zur StromVV können die Vereinbarungen nach aArtikel 5 Absatz 2 StromVV ferner auch Konventionalstrafen enthalten (Erläuternder Bericht StromVV 2007 S. 8 u. 9). Der Bundesrat ging somit davon aus, dass dieses Instrument im Stromversorgungsrecht eingesetzt werden kann. 131 Es liegt ein genügender Bezug zur Nutzung des Übertragungsnetzes vor. Die Zuständigkeit der ElCom ist nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG gegeben.

ElCom-D-C2FE3401/106 35/71

E. 2.6.2.7

Ziffer 5 Haftung 132 Die Gesuchstellerin beantragt, die Haftung gemäss Ziffer 5 nNNV auszuschliessen bzw. einzuschränken. Die Gesuchsgegnerin stellt den Eventualantrag, eine anderslautende Klausel zur Beschränkung der Haftung aufzunehmen. Das Stromversorgungsrecht enthält keine Regeln zur Haftung. Die ElCom ist daher grundsätzlich weder für vertragliche noch ausservertragliche Haftpflichtansprüche zuständig. Wie erwähnt gilt Artikel 8 StromVG aber für beide Parteien und die Aufgabe des sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetriebs (Abs.1 Bst. a) ist auch als allgemeine Zielsetzung der Aufgabenerfüllung zu verstehen (KAISER ANDREA, Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 8 StromVG, Rz 3; WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, a. a. O., § 3 Rz. 40). Der

Netzbetrieb hat daher auch kosteneffizient zu sein. 133 Soweit ein Netzbetreiber für Schaden haftet, entstehen ihm Kosten. Er darf diese nur in die anrechenbaren Betriebskosten einrechnen, sofern sie für ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz notwendig sind (Art. 15 Abs. 1 StromVG). Aus der Pflicht zum effizienten Netzbetrieb fliesst daher, dass der Netzbetreiber seine Haftung im Zusammenhang mit dem Betrieb des Netzes gegenüber Dritten soweit zulässig einschränken kann. Dies gilt sowohl gegenüber anderen Netzbetreibern als auch gegenüber weiteren Dritten. Daher nehmen die Netzbetreiber üblicherweise Haftungsausschlussklauseln in ihre AGB auf. Dementsprechend schliesst auch die Gesuchsgegnerin in Artikel 13 ihrer AGB Netzanschluss/Netznutzung die Haftung aus, soweit dies gesetzlich zulässig ist (siehe www.bkw.ch > AGB & Rechtliches > Netzanschluss/Netznutzung; zuletzt abgerufen am 4. März 2025). Überdies können die Vereinbarungen nach Artikel 5 Absatz 2 StromVV gemäss dem erläuternden Bericht zur StromVV 2007 auch die Haftung regeln (S. 8). Der Bundesrat geht somit davon aus, dass die Haftung Gegenstand der Vereinbarungen zwischen der Gesuchstellerin und den Netznutzern sein kann. Selbst wenn das Stromversorgungsrecht die Haftung nicht regelt und die ElCom nicht dafür zuständig ist, ist die ElCom folglich zuständig, Ziffer 5 und den letzten Satz von Ziffer 2.2 nNNV zu verfügen.

E. 2.6.2.8

Ziffer 6 Vertragsdauer und Kündigung 134 Die Gesuchstellerin beantragt die Verfügung von Ziffer 6 nNNV, wonach die Netznutzer den Vertrag mit einer Frist von drei Monaten bzw. im Falle eines Konkurses oder eines sonstigen Insolvenzverfahrens sofort kündigen können. Die Gesuchsgegnerin beantragt eventualiter, dass die betreffenden Kündigungsrechte beiden Parteien zustehen. Wie erläutert, sind die Parteien verpflichtet, einen Netznutzungsvertrag abzuschliessen (siehe Rz. 114, 118). Wie im Kapitel zum Subsidiaritätsprinzip aufgezeigt, sind Verträge das Mittel, mit dem die Netzbetreiber ihre Zusammenarbeit wahrnehmen. Daher ist die ElCom zuständig zu beurteilen, ob und unter welchen Bedingungen der nNNV gekündigt werden darf.

E. 2.6.2.9

Ziffer 8 Absätze 6 u. 7 Vertraulichkeit und Datenschutz 135 Das StromVG regelt, unter welchen Voraussetzungen die Netzbetreiber die für eine ordnungsgemässe Elektrizitätsversorgung nötigen Daten erhalten, verwenden und weitergeben dürfen, und zwar auch für Daten im Zusammenhang mit dem EnG und der EnV (siehe Art. 17f Abs. 1 und Art. 17g StromVG sowie Art. 8 Abs. 3 StromVV). Das StromVG enthält auch Regeln zum Datenschutz (siehe Art. 17j StromVG sowie Art. 8d StromVV). Gemäss Ziffer 8 Absatz 1 nNNV verpflichten die Parteien sich gegenseitig zur Geheimhaltung aller Informationen und Unterlagen, die sie im Zusammenhang mit diesem Vertrag erlangen und die weder der Öffentlichkeit zugänglich noch allgemein bekannt sind. Es geht also nur um Daten im Zusammenhang mit dem nNNV, der die Nutzung des Übertragungsnetzes zum Zwecke des Transports von elektrischer Energie zum Gegenstand hat. Damit haben Ziffer 8 Absätze 6 u. 7 nNNV sowohl einen offensichtlichen Bezug zur Netznutzung als auch zur ordnungsgemässen Elektrizitätsversorgung. Die Zuständigkeit der ElCom ist zu bejahen.

ElCom-D-C2FE3401/106 36/71

E. 2.6.2.10

Ziffer 12 Anpassungen des Vertrages 136 Als für den nNNV zuständige öffentlich-rechtliche Behörde ist die ElCom zuständig, zu verfügen, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag angepasst werden kann. Die ElCom ist zuständig, Ziffer 12 nNNV zu verfügen.

E. 2.6.2.11

Fazit

Die strittigen Punkte des nNNV gelten als Netznutzungsbedingungen im Sinne von Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG. Insoweit sind sie zum Vollzug des Stromversorgungsrechts notwendig. Die ElCom ist nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG zuständig, die strittigen Punkte zu verfügen. Insoweit ist der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Nichteintreten abzuweisen und nicht auf das Gesuch einzutreten. Somit hat die ElCom materiell zu beurteilen, ob die weiteren strittigen Punkte als Vertragsinhalt verfügt werden sollen. Dabei wendet sie das Recht von Amtes wegen an. Da die von der Gesuchsgegnerin im Eventualantrag beantragten Inhalte sich auf dieselben Punkte beziehen, weisen sie ebenfalls einen genügenden Zusammenhang zum Netzbetrieb auf, so dass die ElCom auch bei diesen zuständig ist, sie zu verfügen. Insoweit ist ebenfalls auf das Gesuch einzutreten. Die ElCom kann auch darauf verzichten, einzelne Punkte zu verfügen und den Antrag der Gesuchstellerin insoweit abweisen (zum Legalitätsprinzip siehe unten, Ziff. 2.6.5).

E. 2.6.3

Zuständigkeit nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG 138 Gewisse Teile des nNNV betreffen nicht den Normalbetrieb, sondern Massnahmen, die bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs zur Anwendung kommen und zwischen der Gesuchstellerin sowie Netznutzern, unter anderem mit den an das Übertragungsnetz angeschlossenen VNB wie der Gesuchsgegnerin zu vereinbaren sind (Art. 20a StromVG). Von den hier strittigen Ziffern gilt dies namentlich für Ziffer 2.2 Absatz 3 nNNV, wonach die Gesuchstellerin zur Beherrschung kritischer Netzsituationen berechtigt ist, den Netznutzer anzuweisen, den Bezug aus dem Übertragungsnetz anzupassen, Anlagen vom Netz zu trennen, oder den Netznutzer zur Inbetriebnahme oder zur Trennung von Anlagen anzuweisen (Bst. A-C). Für diese Ziffern des nNNV könnte die ElCom daher grundsätzlich auch gestützt auf Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG den Abschluss einer Vereinbarung zwischen den jeweiligen Parteien, einschliesslich der Vorgaben zum notwendigen Mindestinhalt verfügen. Wie erläutert ist die ElCom jedoch bereits gestützt auf die Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG zuständig, sämtliche strittigen Inhalte des nNNV zu verfügen. Zudem ist ihre Zuständigkeit für die Verfügung nach Artikel 22 Absatz 1 StromVG gegeben (siehe sogleich Rz. 139). Daher kann offen bleiben, wie weit die Zuständigkeit der ElCom zur Verfügung der strittigen Ziffern des nNNV nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG reicht (nur Vertragsabschluss oder auch Haftung, etc.) und wie das Verhältnis dieser Zuständigkeit zu weiteren bestehenden Vereinbarungen bezüglich der Massnahmen nach Artikel 20a StromVG wie namentlich der Vereinbarung MLA ist.

ElCom-D-C2FE3401/106 37/71

E. 2.6.4

Zuständigkeit der ElCom nach Artikel 22 Absatz 1 StromVG 139 Die ElCom kann gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 StromVG Verträge überprüfen und Entscheide mit unmittelbarer

Auswirkung auf Vereinbarungen fällen. Wie bereits erläutert, sind die Parteien aufgrund ihrer Aufgaben nach Artikel 8 Absatz 1 StromVG zur Zusammenarbeit verpflichtet. Aufgrund des gesetzlichen Anspruchs auf Netzzugang unterliegen sie auch im Verhältnis Übertragungsnetzbetreiberin und Netznutzerin einer gesetzlichen Kontrahierungspflicht für den Abschluss eines Netznutzungsvertrags (Urteil des Bundesgerichts 2C_12/2016 u. 2C_13/2016, beide vom 16. August 2016 E. 3.3.3). Die Gesuchsgegnerin bringt denn auch selber vor, grundsätzlich zweifle sie den Sinn einer Netznutzungs- resp. Zusammenarbeitsvereinbarung keineswegs an (act. 8 Rz. 75). Trotz mehreren Versuchen ist es den Parteien über eine längere Zeitdauer nicht gelungen, sich auf einen Netznutzungsvertrag zu einigen. Sie haben die ihnen aus dem Subsidiaritätsprinzip erwachsende Pflicht, sich innert nützlicher Frist zu einigen, nicht erfüllt. Wie erläutert haben die noch offenen Punkte einen genügenden Bezug zum Netzbetrieb, um als Netznutzungsbedingungen zu gelten. Insoweit ist der Erlass einer Verfügung betreffend die noch strittigen Vertragsinhalte im Sinne von Artikel 22 Absatz 1 StromVG notwendig, um das Gesetz zu vollziehen. 140 Daher ist die ElCom auch gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 i.V.m. Artikel 3 Absatz 2, Artikel 8 Absatz 1 und Artikel 20 Absatz 1 StromVG zuständig, die noch strittigen Punkte zu beurteilen.

E. 2.6.5

Kein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip

E. 2.6.5.1

Legalitätsprinzip

Gemäss dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) muss sich jeder staatliche Akt auf eine materiell- rechtliche Grundlage stützen, die hinreichend bestimmt und vom zuständigen Organ erlassen worden ist (BGE 141 II 169 E. 3.1). Das Erfordernis des Rechtssatzes (Satz 1) verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Nach dem Erfordernis der Gesetzesform (Satz 2) bedürfen schwere Einschränkung einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn, während für leichte Eingriffe eine Grundlage in einer kompetenzgemäss erlassenen Verordnungsvorschrift genügt (BGE 147 I 450 E. 3.2.1; 145 I 156 E. 4.1).

Die Gesuchsgegnerin macht im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip geltend, eine Vertragsverfügungskompetenz sei eine wichtige Bestimmung, die einer klaren Grundlage im Gesetz bedürfe, was sie im geltenden Recht gerade nicht habe (Art. 164 Abs. 1 BV; act. 1 Rz. 14- 17). Wie erläutert, stützt sich die Zuständigkeit der ElCom vorliegend auf Artikel 22 Absatz 1 und Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG, weshalb das Erfordernis der Gesetzesform erfüllt ist. Diese beiden Normen erwähnen Verträge nicht explizit. Daher ist zu prüfen, ob es das Erfordernis des Rechtssatzes verletzen würde, wenn die ElCom gestützt darauf den nNNV verfügt.

E. 2.6.5.2

Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes

Die anzuwendenden Rechtssätze müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können. Das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen darf nicht absolut verstanden werden. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er

hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 144 I 126 E. 6.1; 143 I 310 E. 3.3.1; 139 I 280 E. 5.1; BGE 138 I 378 E. 7.2 S. 391; Urteile des Bundesgerichts 1D_4/2016 vom 4. Mai 2017 E. 2.2.1; 8C_675/2016 vom 1. März 2017 E. 5.2.2; je mit Hinweisen).

ElCom-D-C2FE3401/106 38/71

Unbestimmte Regelungen können insbesondere dann genügen, wenn ein Rechtsverhältnis zur Diskussion steht, welches die Betroffenen freiwillig eingegangen sind oder bei dem die Rechte und Pflichten zwischen Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können (BGE 129 I 161 E.

E. 2.6.6

Keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit 151 Die Gesuchsgegnerin bringt vor, es würde in ihre Vertragsfreiheit als Teil der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) eingegriffen, wenn sie durch eine Verfügung zum Abschluss des nNNV verpflichtet werde. Soweit durch die Verfügung des nNNV in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit eingegriffen würde, wäre ein solcher Eingriff gerechtfertigt. Mit den Artikeln 8 Absatz 1 Buchstaben a, b und d StromVG i.V.m. Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a oder Artikel 22 Absatz 1 StromVG u. Artikel 3 Absatz 2 StromVG; bzw. Artikel 20 Absatz 1 u. 2 Buchstabe a StromVG i.V.m. Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a oder Artikel 22 Absatz 1 u. Artikel 3 Absatz 2 StromVG liegen formell- gesetzliche Grundlagen vor, um den nNNV zu verfügen (siehe Art. 36 Abs. 1 BV; oben Rz. 137- 139). Die Gesuchstellerin betreibt das Übertragungsnetz als wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung der Schweiz mit Strom (Art. 20 Abs. 1 StromVG) und der Abschluss von Netznutzungsverträgen erfolgt im Rahmen der Erfüllung dieser gesetzlichen Aufgabe. Damit liegt ein genügendes öffentliches Interesse vor (Art. 36 Abs. 2 BV; siehe WEBER ROLF. H./KRATZ BRIGITTA, a. a. O., § 3 Rz. 37). Die Netzbetreiber können ihre gesetzlichen Aufgaben nur selber wahrnehmen – eine Ersatzvornahme ist nicht möglich – und es gelang den Parteien nicht innert nützlicher Frist, sich auf einen neuen Netznutzungsvertrag zu einigen. Daher ist es auch verhältnismässig, die noch strittigen Inhalte zu verfügen (Art. 36 Abs. 3 BV). Mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit läge im Übrigen ein grundsatzkonformer Eingriff vor (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV), zumal das Stromversorgungsgesetz die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt schafft (vgl. Art. 1 Abs. 1 StromVG; BGE 149 II 187 E. 8). Die Wirtschaftsfreiheit ist folglich nicht verletzt.

E. 2.7

Fazit

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die ElCom für die Verfügung der unstrittigen Ziffern nicht zuständig ist. Insoweit ist nicht auf das Gesuch einzutreten. In Bezug auf die weiteren Ziffern des nNNV, über welche die Parteien noch keine Einigung erzielen konnten, ist die ElCom im vorliegenden Fall gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 sowie Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a i.V.m. Artikel 3 Absatz 2, Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben a, b und d StromVG zuständig, die strittigen Vertragsziffern zu verfügen. Für die Verfügung eines Teils der strittigen Punkte ist die ElCom ferner auch gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe

e i.V.m. Artikel 20a Absatz 1 StromVG zuständig. Der Nichteintretensantrag der Gesuchsgegnerin ist abzuweisen, soweit er sich auf die noch strittigen Punkte bezieht. Die ElCom ist auch zuständig für die Verfügung der von der Gesuchsgegnerin eventualiter beantragten Vertragsinhalte. Auf das Gleichbehandlungsgebot und die Frage, ob unterschiedliche Verträge mit den Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz zulässig sind, ist im materiellen Teil einzugehen. 3 Parteien und rechtliches Gehör 3.1 Parteien 153 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

ElCom-D-C2FE3401/106 41/71 154 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 streitig, ob der nNNV (bzw. Teile davon) gegenüber der Gesuchsgegnerin zu verfügen ist. Damit ist diese vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Auch sie hat daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG. 3.2 Rechtliches Gehör 155 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Eingaben der Gegenpartei gegeben. Überdies wurde den Parteien Gelegenheit zur Einreichung von Schlussbemerkungen eingeräumt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diese zugrundeliegenden entscheidrelevanten Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG). 4 Materielle Beurteilung 4.1 Vorbemerkungen 156 Die Gesuchstellerin hält dafür, den (gesamten) nNNV zu verfügen (act. 44 Rz. 14). Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, die meisten der hier diskutierten Vertragsinhalte würden Bereiche betreffen, in denen das StromVG eine vertragliche Lösung vorsehe. Die Inhalte seien den Parteien überlassen, das Gesetz mache selbst keine Vorgaben, womit auch Leitlinien für die ElCom fehlen würden, wie die Inhalte denn festzulegen wären. Eine Art «Vermutung» zu Gunsten der Lösung der Gesuchstellerin gebe es nicht, auch nicht dadurch, dass andere VNB den Vertrag unterzeichnet hätten oder unter Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot. Der ElCom müsse eine freie und objektive Prüfung und die Verfügung der objektiv sachgerechten Regelung zustehen. Ansonsten könne die Verfügung kaum ein adäquater Ersatz der eigentlich gewollten Vertragslösung sein. Die Grenze würden, wo vorhanden, rechtliche Vorgaben bilden. Die von der ElCom verfügten Lösungen hätten namentlich verhältnismässig zu sein (Art. 5 Abs. 2 BV; act. 8 Rz. 78). Die Gesuchstellerin entgegnet, es sei klarerweise nicht so, dass sie mit ihrem Gesuch der ElCom in Bezug auf den Verfügungsinhalt keine Wahl lasse. Die ElCom entscheide als unabhängige Aufsichts- und Entscheidbehörde mit freier Kognition und ohne jegliche Interessensbindung zugunsten der Gesuchstellerin (act. 34 Rz. 28; act. 44 Rz. 8). 157 Als rechtsprechende Behörde ist die ElCom verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt die richtigen Rechtsnormen anzuwenden (HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 998). Daraus folgt, dass sie einen anderen Vertragsinhalt zu verfügen hat, wenn die richtige Rechtsanwendung dies gebietet. Dementsprechend sieht der neue Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG vor, dass die ElCom nötigenfalls nicht nur den Abschluss einer Vereinbarung verfügt, sondern auch die Vorgaben zum notwendigen Mindestinhalt einschliesst. 158 Im Folgenden wird zuerst auf das Gleichbehandlungsgebot und

anschliessend der Reihenfolge nach auf die noch strittigen Punkte eingegangen.

ElCom-D-C2FE3401/106 42/71 4.2 Gleichbehandlungsgebot 4.2.1 Vorbringen
Gesuchstellerin 159 Die Gesuchstellerin hält wiederholt dafür, es würde gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen, wenn sie mit der Gesuchsgegnerin einen anderen Netznutzungsvertrag als mit allen anderen Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz verhandeln würde (act. 1 Rz. 6, 48, 50; act. 16 Rz. 37-45; act. 44 Rz. 10). 4.2.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin 160 Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, das StromVG sehe vor, dass die Zusammenarbeit zwischen den Netzbetreibern in der Form von Verträgen erfolge (Art. 8 StromVG) und schreibe im Weiteren bloss vor, dass der Netzzugang und der Betrieb des Übertragungsnetzes diskriminierungsfrei sein müssten (Art. 13 Abs. 1 u. Art. 20 Abs. 1 StromVG; act. 8 Rz. 66-73). Überdies verlange sie keine «Sonderlösung», sondern sei der Auffassung, dass die von ihr vorgeschlagene Lösung auch für andere VNB sachgerecht wäre (act. 8 Rz. 74). 4.2.3 Würdigung 161 Im Parallelverfahren hat die Gesuchstellerin das Gesuch zurückgezogen und in Aussicht gestellt, die abgeschlossene Vereinbarung auch den übrigen Betreibern der direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Verteilnetze sowie den SBB anzubieten. Die ElCom hat diesbezüglich keinen Verstoss gegen das StromVG und die StromVV festgestellt und das Verfahren abgeschrieben (Verfügung 231-00078 vom 13. Dezember 2022 Rz. 25, 29). Ein entsprechendes Vorgehen ist auch im vorliegenden Fall zulässig und ist insbesondere mit der gesetzlichen Aufgabe zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs vereinbar. Soweit aufgrund der vorliegenden Verfügung ein anderer Vertrag zustande kommt, bleibt der diskriminierungsfreie Betrieb des Übertragungsnetzes gewährleistet, soweit die Gesuchstellerin diesen Vertrag den weiteren Netznutzern auch anbietet. Überdies haben die übrigen Netznutzern ebenfalls die Möglichkeit gehabt, sich der Unterzeichnung des nNNV zu widersetzen. Sie haben davon aber keinen Gebrauch gemacht und den Vertrag unterschrieben. Soweit dadurch eine gewisse Ungleichbehandlung begründet wird, dass diesen Netznutzern «nur» der mit der Gesuchsgegnerin verhandelte bzw. gegenüber ihr verfügte Vertrag angeboten wurde und nicht ein von ihnen selbst verhandelter, liegt somit ein sachlicher Grund vor. 162 Soweit die Gesuchstellerin argumentiert, Artikel 13 Absatz 1 StromVG sei ein spezialgesetzliches Diskriminierungsverbot, das in Anlehnung an das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Artikel 8 Absatz 1 auszulegen sei, vermag sie daraus nichts anderes abzuleiten (act. 16 Rz. 40). Soweit die Gesuchstellerin in ihren Schlussbemerkungen immer noch vorbringt, es gebe keinen Grund, im Verhältnis zur Gesuchsgegnerin bei den im Streit liegenden Punkten des nNNV ein Sonderregime zu begründen (act. 44 Rz. 10), verkennt sie, dass das geschilderte Vorgehen die Gleichbehandlung gewährleistet und eben gerade nicht zu einer Spezialregelung für die Gesuchsgegnerin führt. Überdies hat die Gesuchstellerin bei den LoC ein so gut wie identisches Vorgehen gewählt und hat diesen in Gesprächen mit vier Netzbetreibern ausgearbeitet und anschliessend den Netznutzern, welche den nNNV bereits unterschrieben hatten, ebenfalls angeboten (act. 1 Rz. 29 f.).

ElCom-D-C2FE3401/106 43/71 163 Sodann bringt die Gesuchstellerin soweit ersichtlich in den Schlussbemerkungen erstmals vor, der Abschluss einheitlicher Verträge entspreche im Übrigen auch dem im StromVG statuierten Effizienzgebot, und allenfalls notwendige ergänzende Regelungen würden bereits heute in den Abschnitt 5 («Ergänzende Regelungen») des Anhang 2 («Datenblatt Netznutzung») zum nNNV aufgenommen (act. 44 Rz. 10). Damit vermag sie nicht zu begründen, dass es eine gesetzeswidrige

Ungleichbehandlung darstellen würde, wenn sie mit der Gesuchsgegnerin einen separaten Vertrag verhandelte. Einerseits bedeutet einheitlich nämlich nicht identisch (vgl. Botschaft Mantelerlass S. 112, wonach die notwendigen Massnahmen i.S.v. Art. 20a Abs. 1 zwar auf einheitliche Weise zu vereinbaren sind, aber trotzdem Raum für Einzelfallregelungen besteht). Andererseits schliesst die Möglichkeit, «Ergänzende Regelungen» in den Anhang 2 aufzunehmen, die Verhandlung anderslautender Vertragsziffern nicht aus. Im Übrigen ist ihr zwar insofern zuzustimmen, dass aus Effizienzgründen ein koordiniertes und zielstrebiges Vorgehen erforderlich ist. Dabei ist aber stets auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber sich für eine Verhandlungslösung entschieden hat. 164 Wenn gegenüber der Gesuchsgegnerin ein anderer Vertrag als der nNNV verfügt wird, ist dieser auch den anderen Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz anzubieten. Dadurch werden die Diskriminierungsfreiheit von Netzzugang und -nutzung gewahrt. Unbenommen der verfügten Vertragsinhalte steht es den Parteien im Übrigen auch nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung frei, im Rahmen des Gesetzes einen anderen Netznutzungsvertrag zu vereinbaren, soweit dieser auch den weiteren Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz angeboten wird. 4.3 Ziffer 1.3: Vertragsbestandteile und Rangfolge 4.3.1 Vorbringen Gesuchstellerin 165 Die Gesuchstellerin macht geltend, im Zusammenhang mit der Netznutzung seien insbesondere das NNMÜ, der TC, der MC sowie das SDAT relevant. Diese Branchendokumente, die laufend weiterentwickelt würden, würden die netzwirtschaftlichen und technischen Regelungsinhalte in Bezug auf die Netznutzung nunmehr an vielen Stellen präziser als der aNNV beschreiben (act. 1 Rz. 12). Branchenempfehlungen hätten lediglich Empfehlungscharakter und seien nicht bindend. Um die Gleichbehandlung aller Netznutzer zu gewährleisten und die Rechtssicherheit zu stärken, sei es daher unerlässlich, dass die Branchenempfehlungen im Umfang des Geltungsbereichs des nNNV zu Vertragsbestandteilen würden (act. 1 Rz. 58). Nur durch die vertragliche Verankerung könne sichergestellt werden, dass die mittels Branchenkonsens erstellten Regelungen für die Vertragsparteien bindend seien. 166 VNB – darunter auch die Gesuchsgegnerin – würden mit ihren Netznutzern ebenfalls entsprechende Verträge mit Netznutzungsbedingungen abschliessen, die denjenigen des nNNV sehr nahekommen würden (act. 1 Rz. 59). Beispielsweise sehe die Gesuchsgegnerin in ihren technischen Anschlussbedingungen für Mittelspannungsanlagen selbst vor, dass die Branchendokumente des VSE «in der jeweils gültigen Fassung» einzuhalten seien (act. 34 Rz. 31). Sie sei auf eine einheitliche Handhabung von Branchenstandards angewiesen. Die Integration von Branchendokumenten als Vertragsbestandteile sei dazu die naheliegendste und angemessenste Massnahme. Die Branche habe sich bereits auf die in den Branchendokumenten enthaltenen Grundsätze geeinigt, weshalb eine Anwendbarkeit im Rahmen des Netznutzungsvertrages keine neuen Rechte und Pflichten begründe, sondern einen bestehenden Konsens aufnehme (act. 1 Rz. 64).

EICom-D-C2FE3401/106 44/71 167 Die vertragliche Verankerung von Branchenempfehlungen in ihren Branchenverträgen sei nicht neu. Der einzelne VNB werde beispielsweise bereits in Ziffer 4 der heute gültigen Betriebsvereinbarung-VNB verpflichtet, die ihn betreffenden anerkannten betrieblichen, technischen und organisatorischen Regeln, insbesondere diejenigen des TC, des MC und der Betriebsführungshandbuchs in der jeweils gültigen Fassung einzuhalten (act. 34 Rz. 30). 168 NNMÜ und TC würden dabei unter der Verantwortung der Gesuchstellerin als nationaler Netzgesellschaft stehen. Für sie gelte das mit dem VSE abgestimmte Dokument

"Koordinationsprozess von Branchendokumenten im Verantwortungsbereich der nationalen Netzgesellschaft" (Koordinationsdokument; act. 1 Beilage 27). Gemäss dem Koordinationsdokument bedürfe es für das Inkrafttreten der in der Verantwortung der Gesuchstellerin stehenden Schlüsseldokumente des VSE die Freigabe durch den Verwaltungsrat der Gesuchstellerin sowie des VSE-Vorstands. Die Zustimmung der Branche via den VSE- Vorstand sei demnach unabdingbar (act. 1 S. 15). 169 Die Gesuchstellerin habe im Rahmen ihrer bisherigen Eingaben dargelegt, dass der derzeit mit der Mehrheit der VNB abgeschlossene nNNV sachgerecht sei und habe eingehend Sinn und Zweck der im vorliegenden Verfahren strittigen Regelungen dargelegt (act. 34 S. 6). 4.3.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin 170 Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, Branchenempfehlungen würden einen Konsens, aber nicht die einzige zulässige Lösung darstellen. Dass auch andere Lösungen zulässig seien, sei integraler Bestandteil dieses Konsenses (act. 8 Rz. 82). Die Aufnahme in den Vertrag bewirke eine Verbindlichkeit, die ansonsten weder bei Richtlinien noch bei den übrigen Branchendokumenten gegeben sei. Dies sei ein Nachteil für alle VNB, da sie sich damit exakt jenen Spielraum verbauen würden, den die Branchendokumente belassen würden, was ja gerade der Sinn dieses Systems sei. Dies gelte erst recht, wenn wie hier auch noch mittels eines dynamischen Verweises alle zukünftigen Branchenempfehlungen zum Vertragsinhalt gemacht werden sollten. Damit werde der Vertragsinhalt komplett der Disposition der Parteien entzogen (act. 19 Rz. 29). 171 Die Gesuchsgegnerin beantragte zunächst, dass die Branchendokumente MC und SDAT nicht vollumfänglich zum Bestandteil des Netznutzungsvertrages zu erklären seien. Vielmehr dürften nur diejenigen Regelungen vertragliche Verbindlichkeit erlangen, die aufgrund der gesetzlichen Delegation als Richtlinie (im Sinne von Art. 27 Abs. 4 StromVV) erstellt worden seien. Bei den Branchendokumenten NNMÜ und TC sei sie angesichts der zentralen Bedeutung der Dokumente bereit, sie integral zum Vertragsbestandteil zu erklären. Da die Gesuchstellerin für diese verantwortlich sei, müssten Änderungen daran vom Netznutzer akzeptiert werden können. Ansonsten würde der gesamte Vertragsinhalt im Belieben der Gesuchstellerin stehen. Daher würde sie nur einer Lösung zustimmen, wonach die im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung gültige Fassung Vertragsbestandteil sei (act. 8 Rz. 81-87). 172 Die Gesuchsgegnerin änderte ihre Anträge in den Schlussbemerkungen dahingehend ab, dass einschlägige Branchenempfehlungen namentlich jene zum Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz, sowie die international und national anerkannten Normen zu berücksichtigen seien. Sollten sich einzelne Regelungen in Branchenempfehlungen als nicht sachgerecht erweisen, kann in begründeten Fällen jede Partei davon abweichen (vgl. oben Rz. 89 Ziff. 1.3). Zur Begründung führt sie aus, sie beantrage damit eine Gleichschaltung mit der Regelung zum manuellen Lastabwurf. Die Branchendokumente seien dort nicht Teil der Vereinbarung geworden, sondern sie seien lediglich zu berücksichtigen. Der gewählte Wortlaut sei der Vereinbarung MLA Ziffer 4 Absatz 2 sinngemäss nachempfunden (act. 46 Rz. 27).

ElCom-D-C2FE3401/106 45/71 4.3.3 Würdigung 173 Die Branchendokumente des VSE sind hierarchisch in vier unterschiedliche Stufen gegliedert ■ Neben dem Grundsatzdokument «Marktmodell für die elektrische Energie» (MMEE – CH) und den Schlüsseldokumente wie NNMÜ, TC und MC gibt es Umsetzungsdokumente (z.B. die SDAT) sowie Werkzeuge/Software (vgl. MMEE – CH 2024 S. 9; abrufbar unter www.strom.ch > Downloads; zuletzt besucht am 13. März 2025). Wie erwähnt, obliegt es einerseits den Netzbetreibern im Rahmen ihrer Koordinierungspflicht, unter

Berücksichtigung internationaler Normen und Empfehlungen anerkannter Fachorganisationen die technischen und betrieblichen Mindestanforderungen für den Netzbetrieb zu erarbeiten (Art. 8 Abs. 1 Bst. d StromVG). Andererseits ist damit die Pflicht verbunden, international anerkannte Normen und Empfehlungen für den Netzbetrieb in der Schweiz zu übernehmen und verbindlich zu regeln (Botschaft StromVG, BBl 2005 1647). 174 Die Gesuchstellerin nennt im LoC vom 18. Dezember 2019 (act. 1 Beilage 17 S. 2) im Sinne einer beispielhaften und nicht abschliessenden Auflistung die folgenden relevanten Inhalte der vier Branchenempfehlungen: • Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz (NNMÜ) Beschreibung Entgeltberechnung für Netznutzung und Systemdienstleistungen, Ermittlung notwendiger elektrischer Basisgrössen und Voraussetzungen für Saldierung von Zählungen, Vorgehen und Fristen bei Mutationen (z.B. Anschlusspunkte, Zuordnungen von Pumpen in Pumpspeicherkraftwerken und Eigenbedarf von Kraftwerken auf Anschlusspunkte); • Transmission Code (TC) Einrichtung, Änderung und Auflösung von Netzanschlüssen, Bedingungen und Vorgaben zur Nutzung von Netzanschlüssen; hinsichtlich der Bezugsanpassung wird auf die VSE-Branchenempfehlung «Manueller Lastabwurf» verwiesen; • Metering Code (MC) Mindestanforderungen und Prozess Messdatenbereitstellung samt Fristen; • Standardisierter Datenaustausch (SDAT) samt Anhängen Datenaustauschprozesse, insbesondere primärer Messdatenaustausch (Kapitel 4), und deren verbindliche Umsetzung; eine vollständige Automatisierung der Prozesse wird nicht vorausgesetzt (vgl. Kapitel 1.1 (2) und Kapitel 6, Version Oktober 2018); Vorbehalten bleiben Änderungen und Anpassungen des SDAT.

ECom-D-C2FE3401/106 46/71 175 Vorliegend ist unstrittig, dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen den vier Branchenempfehlungen und dem nNNV besteht. Die Gesuchsgegnerin stört sich hauptsächlich am dynamischen Verweis und dem Umstand, dass die Fachnormen durch die Vereinbarung vertragliche Geltung erhalten sollen. Die Gesuchstellerin bringt zur Begründung vor, dass es notwendig sei, dass die vier Branchenempfehlungen Vertragsinhalt würden. Nur dann seien sie verbindlich. Weshalb diese Verbindlichkeit nötig ist, begründet sie in ihren Eingaben aber nicht näher. Sie tut nicht im Einzelnen dar, für welche Prozesse und weiteren Zwecke oder Inhalte es erforderlich ist, dass die in den vier Branchenempfehlungen enthaltenen Bestimmungen bindende Wirkung haben müssten, um den nNNV vollziehen zu können. Die Gesuchstellerin nennt in ihren Eingaben weder die für den nNNV relevanten Inhalte der Branchenempfehlungen noch ein Beispiel aus der Praxis, bei dem es einen Unterschied macht, wenn dies der Fall ist und wenn nicht. Auch für die oben wiedergegebenen Punkte aus dem LoC erläutert sie nicht, weshalb es relevant ist, dass diese Vertragsbestandteil werden und abgesehen davon äussert sie sich überhaupt nicht zu den Inhalten der Branchenempfehlungen und deren Relevanz für die Anwendung des nNNV. 176 Die Gesuchstellerin begründet insbesondere nicht, inwiefern es die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben, wie namentlich die Gewährleistung des diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betriebs des Übertragungsnetzes (Art. 20 Abs. 1 StromVG) tangieren würde, wenn die Netznutzer in begründeten Fällen von einzelnen Regeln in diesen Branchenempfehlungen abweichen dürfen, weil die Regeln sich als nicht sachgerecht erweisen. Schliesslich ergibt sich weder aus der Auflistung der relevanten Inhalte noch aus ihren weiteren Ausführungen, inwiefern die vier Branchenempfehlungen international anerkannte Normen und Empfehlungen für den Netzbetrieb in der Schweiz übernehmen und verbindlich regeln sollten. Insgesamt tut die Gesuchstellerin somit nicht genügend konkret dar, weshalb es tatsächlich erforderlich ist, dass NNMÜ, TC, MC und SDAT samt

Anhängen Vertragsinhalt werden und es nicht genügt, wenn die Parteien sich (über das Gesetz hinaus im Vertrag) verpflichten, die einschlägigen Branchenempfehlungen zu berücksichtigen, aber in begründeten Einzelfällen davon abweichen können, wenn sie sich als nicht sachgerecht erweisen. Dies zumal die Gleichbehandlung wie erläutert genügend sichergestellt würde, wenn die weiteren Netznutzer auch die Gelegenheit hätten, denselben Vertrag abzuschliessen und somit unter den entsprechenden Voraussetzungen ebenfalls von Regelungen in Branchenempfehlungen abweichen könnten (im Rahmen der Gesetzgebung, insbesondere des StromVG). 177 Bezüglich des Antrags der Gesuchsgegnerin ist ferner darauf hinzuweisen, dass diese die vier Branchenempfehlungen, welche nach der Gesuchstellerin Vertragsinhalt sein sollen, bei den insbesondere zu berücksichtigenden Branchenempfehlungen zwar nicht namentlich nennt. Die weiteren Netznutzer, die neben den Verfahrensparteien von dieser Regel betroffen sein könnten, sind mit Ausnahme der Schweizerischen Bundesbahnen SBB jedoch alle Verteilnetzbetreiber und die SBB ist ebenfalls VSE-Mitglied (siehe act. 1 Rz. 5 und die Mitgliederliste auf www.strom.ch > Über uns > Mitgliedschaft; zuletzt besucht am 26. März 2025). Deswegen ist davon auszugehen, dass die betroffenen Netznutzer die Branchenempfehlungen kennen und beurteilen können, welche einschlägig sind. Die Formulierung ist daher genügend bestimmt. Als einschlägig zu berücksichtigen sind im Übrigen stets die aktuell geltenden Versionen der betreffenden Branchenempfehlungen. Insoweit handelt es sich um einen dynamischen Verweis. Dies ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit, die vorliegend nur der guten Ordnung halber festgehalten wird, da die Gesuchsgegnerin zuerst einen dynamischen Verweis ablehnte. Lediglich der Vollständigkeit halber sei ferner darauf hingewiesen, dass seit Gesuchseinreichung neue Versionen der streitgegenständlichen Branchenempfehlungen verabschiedet worden sind (NNMÜ–CH 2022; MC–CH 2022 und SDAT–CH 2022; abrufbar unter www.strom.ch > Downloads; zuletzt besucht am 13. März 2025). Da gemäss dem angepassten Antrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen ist, dass sämtliche einschlägigen Branchenempfehlungen zu berücksichtigen sind, ist ferner nicht mehr auf die Frage einzugehen, welche Regelungen in den Branchendokumenten MC und SDAT als Richtlinie (im Sinne von Art. 27 Abs. 4 StromVV) gelten.

ElCom-D-C2FE3401/106 47/71 178 Nach dem Gesagten ist Ziffer 1.3 gemäss dem angepassten Antrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen, soweit er sich auf die vier Branchenempfehlungen NNMÜ, TC, MC und SDAT bezieht. Es ist nicht ersichtlich, dass es im vorliegenden Fall für die Gewährleistung des sicheren, leistungsfähigen und effizienten Übertragungsnetzbetriebs erforderlich wäre, diese vier Branchenempfehlungen samt Anhängen als Vertragsinhalt zu verfügen. Die Branchenempfehlungen NNMÜ, TC, MC und SDAT sind somit nicht als Anhänge 3-6 des nNNV zu verfügen. Daraus folgt zum einen, dass auch Ziffer 4 nNNV entsprechend dem Antrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen ist, zum andern wird deswegen der zweitletzte Satz von Ziffer 12.1 betreffend Anpassung der Anhänge 3-6 obsolet (vgl. oben Rz. 89). Obsolet wird mit der Streichung der vier Branchenempfehlungen auch der dritte Absatz von Ziffer 1.3 betreffend Widerspruch zwischen den Anhängen und dem Vertragstext. Dieser ist ebenfalls zu streichen. Soweit die Gesuchsgegnerin weiter beantragt, aus Ziffer 1.3 zu streichen, dass die Anhänge 1 (Tarife für das Übertragungsnetz) und 2 (Datenblatt Netznutzung) Bestandteile des Vertrages bilden und die Anhänge auf der Website der Swissgrid publiziert werden, begründet sie dies nicht. Insbesondere angesichts der zentralen Bedeutung des Datenblatts für die Abrechnung der Netznutzungsentgelte ist auch nicht ersichtlich, wieso die Streichungen erfolgen sollten. Dies zumal auch in der Ziffern 1.1., 3.1 und 3.2 auf die Anhänge 1 und 2 Bezug genommen

wird und die Gesuchsgegnerin diesbezüglich keine Anpassungen beantragt. Bezüglich dieser Punkte ist somit ihr Antrag abzuweisen und als Titel von Ziffer 1.3 ist «Vertragsbestandteile und Branchendokumente» in den Vertrag aufzunehmen. 4.4 Ziffer 2.2 Bezugsanpassung aus dem Übertragungsnetz 4.4.1 Vorbringen Gesuchstellerin 179 Die Gesuchstellerin beantragt, Ziffer 2.2 (Abs. 1-6) nNNV (Einschränkung und Unterbrechung der Netznutzung) zu verfügen. Die Gesuchsgegnerin beantragt in ihren Schlussbemerkungen, die Absätze 3-6 zu streichen. Sie begründet dies damit, dass dieser Bereich durch die Vereinbarung MLA abgedeckt sei. Würde er nicht gelöscht, bedürfe es einer Regelung gleichen Inhalts. Davon, die gleichen Regeln parallel festzuhalten, sollte allerdings abgesehen werden, da längerfristig die Gefahr bestehe, dass bei Anpassungen Fehler oder Widersprüche entstehen würden. Die Abschnitte 5 (keine Befreiung von Zahlungs- und anderen Pflichten) und 6 (kein Anspruch auf Entschädigung) bei Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung nach Ziffer 2.2 seien ohnehin redundant, da dies selbstredend auch ohne diese Bestimmung gelte (act. 46 Rz. 28). 4.4.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin 180 Die Gesuchstellerin hat sich nicht dazu geäußert, ob Ziffer 2.2 Absätze 3-6 nNNV durch die Vereinbarung MLA abgedeckt sei.

EICom-D-C2FE3401/106 48/71 4.4.3 Würdigung 181 Gemäss Ziffer 2.2 Absatz 3 nNNV ist die Gesuchstellerin zur Beherrschung kritischer Netzsituationen berechtigt, den Netznutzer anzuweisen, den Bezug aus dem Übertragungsnetz anzupassen (Bst. A), Anlagen vom Netz zu trennen (Bst. B), oder den Netznutzer zur Inbetriebnahme oder zur Trennung von Anlagen anzuweisen (Bst. C). Der Geltungsbereich der Vereinbarung MLA ist gemäss deren Ziffer 2(1) beschränkt auf den manuellen Lastabwurf sowie die diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen (inkl. vorbereitende Massnahmen), die Swissgrid als auslösende Stelle infolge einer drohenden (lokalen) Überlastung oder eines drohenden Spannungskollapses im Übertragungsnetz anordnet. Der Begriff der kritischen Netzsituation ist umfassender. Er erfasst auch Situationen, die nicht von der Vereinbarung MLA abgedeckt sind. Gründe, weshalb in anderen kritischen Netzsituation die Massnahmen gemäss Ziffer 2.2 Absatz 3 Buchstaben A-C der Gesuchstellerin nicht zur Verfügung stehen sollten, sind nicht ersichtlich. Ferner sind auch keine Widersprüche zwischen den beiden Verträgen erkennbar und damit besteht kein Anlass, im nNNV einen anderen Inhalt zu verfügen. Soweit bei zukünftigen Vertragsanpassungen Widersprüche entstehen könnten, reicht diese abstrakte Möglichkeit jedenfalls nicht, um auf die Verfügung von Ziffer 2.2 Absatz 3 nNNV zu verzichten. Der Vollständigkeit halber ist aber festzuhalten, dass die Vereinbarung MLA das Vorgehen bei Gefährdungen des stabilen Netzbetriebes detaillierter und spezifischer regelt. In ihrem Anwendungsbereich geht sie daher als speziellere Regelung vor. 182 Es liegt in der Natur von drohenden (lokalen) Überlastungen und drohenden Spannungskollapsen im Übertragungsnetz, dass sie ungeplant auftreten. Inwiefern Ziffer 2.2 Absatz 4 nNNV, wonach vor vorhersehbaren und planbaren Unterbrechungen eine Absprache erfolgen soll, durch die Vereinbarung MLA abgedeckt sein soll, ist daher nicht ersichtlich. Die Koordination bei Unterbrechungen im Normalbetrieb ist richtigerweise im nNNV zu regeln. 183 Sodann begründet die Gesuchsgegnerin nicht, weshalb es redundant sein sollte, die Weitergeltung anderer Pflichten wie namentlich der Zahlungspflicht im Vertrag festzuhalten. Überdies enthalten ihre AGB für nachgelagerte VNB eine Klausel, wonach die Unterbrechung des Netzanschlusses durch die Gesuchsgegnerin den Kunden nicht von der Zahlungspflicht für ausgestellte Rechnungen oder von der Erfüllung anderer Verbindlichkeiten gegenüber der Gesuchsgegnerin befreit. Aus der rechtmässigen Einschränkung oder Einstellung des

Netzbetriebs durch die Gesuchsgegnerin entsteht dem Kunden zudem kein Anspruch auf Entschädigung irgendwelcher Art («Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Anschluss von Verteilnetzen an das BKW-Netz und Nutzung des BKW-Netzes» Ziff. 3.5.4; abrufbar unter www.bkw.ch > AGB & Rechtliches > Strom > Bedingungen für VNB; zuletzt abgerufen am

E. 5

Haftung

E. 5.1

Die Haftung richtet sich nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und ist auf den entstandenen Schaden begrenzt. Jede weitere Haftung ist ausgeschlossen; insbesondere für entgangenen Gewinn, mittelbare Schäden, Folgeschäden und bei Force Majeure sowie bei leichter und mittlerer Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Dieser Ausschluss gilt im Rahmen des gesetzlich Zulässigen auch für Ansprüche aus ausservertraglicher Haftung. Swissgrid haftet ausserdem nicht für Schaden, der im Rahmen pflichtgemässer Dienstausbübung entsteht.

E. 5.2

Hinsichtlich der Haftung im Zusammenhang mit dem manuellen Lastabwurf und den diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen gelten die speziellen Regeln aus der Betriebsvereinbarung bzw. der Vereinbarung zur Umsetzung des manuellen Lastabwurfs sowie der diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen.

E. 6

Vertragsdauer und Kündigung Dieser Vertrag tritt am 1. Januar 2019 [XX.XX.XXXX] in Kraft und bleibt grundsätzlich gültig, solange der Netzanschlussvertrag besteht. Vom Netznutzer kann Die Parteien können diesen Vertrag jederzeit mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten schriftlich auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Wird über den Netznutzer eine Partei der Konkurs eröffnet oder ein sonstiges Insolvenzverfahren, insbesondere Nachlassstundung oder Konkursaufschub eingeleitet oder erklärt er sich als zahlungsunfähig, ist Swissgrid die andere Partei berechtigt, diesen Vertrag mit sofortiger Wirkung aufzulösen.

E. 7

Rechtsnachfolger

E. 8

Vertraulichkeit und Datenschutz [...] Eine Verwendung von Daten im Rahmen der Aufgaben von Swissgrid und der Netznutzer gemäss dem geltenden Energiegesetz und, dem Stromversorgungsgesetz und den jeweils zugehörigen Verordnungen sowie im Rahmen von Aufträgen, welche ihr von Behörden übertragen werden, ist ihr ausdrücklich erlaubt.

Ausserdem stimmten Swissgrid und der Netznutzer dem im Zusammenhang mit der Erfüllung dieses Vertrages erforderlichen Informationsaustausch zwischen Swissgrid bzw. dem Netznutzer und Dritten (z.B. andere Netznutzer, Messdienstleister oder Verteilnetzbetreiber) zu. [...]

E. 9

Schriftform

E. 10

Salvatorische Klausel

E. 11

Kontaktstellen für Mitteilungen

E. 12

Anpassung

E. 12.1

Änderungen im Falle von zwingenden Vorgaben Swissgrid ist berechtigt, diesen Vertrag einschliesslich der dazugehörigen Anhänge 1 und 2 mit einem Vorlauf von mindestens drei Monaten einseitig anzupassen werden, sofern eine Änderung erforderlich ist, um einschlägigen Gesetzen oder Verordnungen, und/oder rechtsverbindlichen höchstrichterlichen Vorgaben von Gerichten sowie ggf. der Eidgenössischen Elektrizitätskommission zu entsprechen. Soweit es zwingend erforderlich ist, kann eine Anpassung auch mit sofortiger Wirkung erfolgen. Die Anpassung der Anhänge 3 – 6 erfolgt gemäss den Regeln zur Anpassung von Branchendokumenten. Swissgrid informiert den Netznutzer per E-Mail an die in Ziffer 11 aufgeführte Kontaktstelle über die geänderten Bedingungen.

E. 12.2

Änderungen in anderen Fällen Swissgrid ist zudem berechtigt, diesen Vertrag einschliesslich der dazugehörigen Anhänge 1 und 2 für die Zukunft einseitig zu ändern, sofern für Swissgrid ein berechtigtes Interesse an einer Veränderung der vertraglichen Ausgestaltung besteht. Swissgrid konsultiert die Netznutzer vorgängig. Swissgrid informiert den Netznutzer mindestens drei Monate vor dem Inkrafttreten der neuen Regelungen per E-Mail an die in Ziffer 11 aufgeführte Kontaktstelle über die geänderten Bedingungen.» Änderungen welche nicht gestützt auf Ziff. 12.1 erfolgen, werden von der antragstellenden Partei vorgeschlagen und führen im Falle berechtigter Anliegen zu einer Anpassung des vorliegenden Vertrages, wobei der Anpassung eine Vernehmlassung unter den involvierten Parteien voranzugehen hat.

ElCom-D-C2FE3401/106 24/71

E. 13

März 2025). Vor diesem Hintergrund überzeugt die Argumentation der Gesuchsgegnerin nicht, sondern es erscheint – namentlich im Lichte der Aufgabe der Gewährleistung eines effizienten Netzbetriebs – vielmehr sachgerecht, Ziffer 2.2 Absatz 5 nNNV zu verfügen. Absatz 6 ist unter Haftung weiter zu prüfen. 184 Aus den erwähnten Gründen sind die Absätze 3-5 von Ziffer 2.2 nNNV zu verfügen. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf deren Streichung ist abzuweisen. Absatz 6 ist unter Haftung zu prüfen.

ElCom-D-C2FE3401/106 49/71 4.5 Ziffer 3.3 Konventionalstrafe oder Aufwandsersatz bei falscher Datenlieferung 4.5.1 Vorbringen Gesuchstellerin 185 Die Gesuchstellerin beantragt in Ziffer 3.3 die Verfügung einer Konventionalstrafe für Falschangaben im Datenblatt im Anhang des nNNV (im Umfang von 50% des vom Netznutzer nachgeforderten Netznutzungsentgelts). Zudem wäre sie nach der beantragen Ziffer 3.3 in jedem Falle berechtigt, nebst der Strafe auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern. Zur Begründung führt sie aus, bereits unter dem aNNV habe die Lieferung der

notwendigen Netznutzungsdaten, welche die Grundlage für die Abrechnung des Netznutzungsentgelts bilden, auf dem Prinzip der Selbstdeklaration durch die Netznutzer beruht. Davon könne auch unter dem nNNV nicht abgewichen werden. Die Gesuchstellerin kenne die Daten betreffend die unterliegende Netzsituation nicht und könne diese folglich nicht überprüfen. Im Laufe der Jahre seien ihr zunehmend Verstösse gegen das NNMÜ sowie gegen die vertraglichen Bestimmungen bekannt geworden. So hätten gewisse Netznutzer im Datenblatt zum aNNV angegeben, ein zusammenhängendes Verteilnetz zu betreiben. Dadurch hätten sie von der Saldierung der an den Anschlussstellen gemessenen Lastgänge profitieren können (vgl. NNMÜ, Abschnitt 5.1.2.1. Leistungskomponente, Abschnitt c). Habe sich nachträglich herausgestellt, dass der jeweilige Netznutzer stattdessen über mehrere Verteilnetze verfügte, die nicht miteinander verbunden betrieben worden seien, habe die Gesuchstellerin eine aufwändige Rückabwicklung der bereits abgerechneten Netznutzungsentgelte vornehmen müssen. So hätte sie neue Rechnungen, welche die tatsächlich vorherrschende Netzsituation widerspiegeln, stellen müssen (act. 1 Rz. 69 f.). 186 Falsche Angaben, aus welchen ein finanzieller Vorteil für einen einzelnen Netznutzer resultiere, führten zu entsprechend höheren Netznutzungstarifen bei allen Netznutzern. Jeder Netznutzer habe ein grosses Interesse daran, dass die jeweils anderen Netznutzer ihren Pflichten nachkommen und keine falschen Daten zu Händen der Gesuchstellerin liefern (act. 1 Rz. 74). Bezahle ein Netznutzer aufgrund falscher Angaben zu wenig Netznutzungsentgelt, müssten als Folge alle anderen Netznutzer automatisch anteilmässig mehr bezahlen, da die Summe aller Kosten für die Netznutzung bei der Gesuchstellerin im Wesentlichen unverändert bleibe. Rückabwicklungen seien für sie jeweils äusserst komplex und mit erheblichem Zeit- und Ressourcenaufwand verbunden. Der nicht korrekt deklarierende Netznutzer habe dagegen bis anhin im schlimmsten Fall lediglich eine Nachzahlung im Umfang der Differenz zur korrekten Deklaration leisten müssen. Habe die falsche Deklaration über fünf Jahre zurückgelegen, habe er sich sogar auf die Verjährung der Forderung berufen können. Somit habe unter dem aNNV keinerlei Anreiz für die Netznutzer bestanden, ihre Deklaration vertieft zu prüfen und bei Zweifeln oder Unsicherheiten vorgängig zu den Deklarationen das Gespräch mit der Gesuchstellerin zu suchen (act. 1 Rz. 71).

ElCom-D-C2FE3401/106 50/71 187 Die Konventionalstrafe bezwecke eine finanzielle Anreizwirkung, um falsche Datendeklarationen zu vermeiden. Sie stelle sicher, dass sich ein vertragswidriges Verhalten eines Netznutzers nicht nachteilig auf die anderen Netznutzer auswirke und sei daher im Interesse aller Vertragspartner. Da eine falsche Datendeklaration die anderen Netznutzer unrechtmässig benachteilige und für die Gesuchstellerin mit hohem Rückabwicklungsaufwand verbunden sei, sei es verhältnismässig, die Konventionalstrafe in der vorgesehenen Höhe (50% des falsch deklarierten Betrages) anzusetzen. Eine Aufwandspauschale lasse sich hingegen kaum beziffern, da der Rückabwicklungsaufwand von Fall zu Fall unterschiedlich hoch ausfalle. Dass die Aufwandspauschale erst nach einer unbestimmten Anzahl Falschdeklarationen zur Anwendung kommen solle, mache die Regelung zahnlos und schaffe keine Anreize für die korrekte Datendeklaration unter dem nNNV (act. 1 Rz. 74 u. 75; act. 16 Rz. 52-54). Entgegen den Vorbringen der Gesuchsgegnerin handle es sich bei der Konventionalstrafe nicht um eine Strafbestimmung im Sinne von Artikel 29 StromVG bzw. eine Ergänzung des im Stromversorgungsrecht vorgesehenen Strafenkatalogs. Sie beantrage nicht die hoheitliche Festlegung einer Busse, sondern die Abgabe einer Willenserklärung bzw. eventualiter die Vornahme einer Handlung durch die Gesuchsgegnerin (act. 44 Rz. 17). Die

Einnahmen aus den Konventionalstrafen würden ferner nicht der Gesuchstellerin zugutekommen, sondern über die Verrechnung mit den tarifbestimmenden Kosten vollumfänglich an alle Netznutzer weitergegeben (act. 1 Rz. 74). 188 Im Übrigen erwähne auch der Erläuternde Bericht zum Vernehmlassungsentwurf der Stromversorgungsverordnung vom 27. Juni 2007, dass Swissgrid im Rahmen ihrer Vereinbarungen auch Konventionalstrafen vorsehen und die ElCom eine Vereinbarung mit einer Konventionalstrafe auch verfügen dürfe. Danach können auch im Fall eines durch Verfügung angeordneten Vertragsabschlusses – wie bei den andern Vereinbarungen – Konventionalstrafen vereinbart werden. Damit würden Partner aus freiwillig geschlossenen Vereinbarungen und solche, die durch angeordnete Vertragsschlüsse verpflichtet werden, einander gleichgestellt (Erläuternder Bericht StromVV 2007 S. 8; act. 1 Rz. 76). 189 Die Konventionalstrafe in Ziffer 3.3 nNNV diene zusammengefasst der Effizienz des Übertragungsnetzbetriebes, indem durch Anreizschaffung für eine korrekte Datendeklaration Kosten für eine nachträgliche Korrektur verhindert werden könnten. Ausserdem trage die Konventionalstrafe dem Verursacherprinzip Rechnung, da die übrigen Netznutzer bzw. deren Endverbraucher nicht für Falschdeklarationen eines anderen Netznutzers eintreten müssten (act. 1 Rz. 78).

ElCom-D-C2FE3401/106 51/71 4.5.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin 190 Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die einseitige und hoheitliche Festlegung einer solchen (letztlich unabhängig vom Aufwand anfallenden) echten Strafzahlung sei rechtlich unzulässig. Dies insbesondere mit Blick auf die im StromVG enthaltenen Straftatbestände und auf das Legalitätsprinzip im Bereich des Strafrechts. Der Gesetzgeber habe im Bereich der Datenlieferung keine Strafen vorgesehen (vgl. Art. 29 StromVG). Diese Wertung sei zu respektieren. Eine nicht vereinbarte, sondern einseitig festgelegte Konventionalstrafe habe den Charakter einer Ergänzung dieser Straftatbestände, unabhängig davon, wohin die Gelder fliessen würde. Für eine solche Verfügung mangle es an einer gesetzlichen Grundlage. Zudem wäre eine solche Verfügung unverhältnismässig, da die Konventionalstrafe nachweislich nicht notwendig sei. Verträge seien einzuhalten, Nichteinhaltung führe zu Schadenersatz. Das gelte auch hier und sei ausreichend, zumal die Gesuchsgegnerin in der Vergangenheit die betreffenden Pflichten stets eingehalten habe – auch ohne Konventionalstrafe (act. 8 Rz. 94). Die Gesuchsgegnerin habe nie behauptet, die Konventionalstrafe sei eine Strafbestimmung im Sinne des StromVG. Das wäre in der Tat falsch. Sie habe einzig darauf hingewiesen, dass eine Konventionalstrafe im Gesamtsystem StromVG ein Fremdkörper wäre und es nicht sein kann, dass die Gesuchstellerin gewissermassen über die Hintertür vertragliche Pönalen einführt, wo man von Gesetzes wegen eben gerade nicht mit Strafen operiere (act. 46 Rz. 21). Sie sei bereit, einen Aufwandsersatz für verursachte Mehrkosten in pauschalisierter Form zu akzeptieren, wenn dies zur Entlastung der Gesuchstellerin beitrage (act. 8 Rz. 89). 4.5.3 Würdigung 191 Beide Parteien sind damit einverstanden, in den Vertrag aufzunehmen, dass die Gesuchstellerin bei Falschangaben im Datenblatt in jedem Falle berechtigt ist, die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern. Damit wird klargestellt, dass es sich dabei nicht um eine periodische Leistung handelt. Folglich besteht insoweit Konsens, dass die Gesuchstellerin bei einer Falschangabe unbestrittenermassen vom Netznutzer verlangen können soll, dass er ihr das nach der Berichtigung korrigierte Netznutzungsentgelt bezahlt und der Netznutzer zu einer Nachzahlung verpflichtet sein soll, die nicht nach fünf Jahren verjährt (Art. 127 i.V. 128 Ziff. 1 OR analog). Strittig ist nur, ob neben diesem Anspruch eine Konventionalstrafe oder ein Aufwandsersatz treten soll. Beides zielt primär darauf ab,

die Netznutzer davon abzuhalten, Falschangaben zu machen und die Gesuchstellerin dadurch zu entlasten. Daher ist unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu prüfen, ob für einen ordnungsgemässen und effizienten Vollzug des StromVG (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a StromVG) eine der beiden Klauseln in den Vertrag aufzunehmen ist und gegebenenfalls welche. Neben der Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Grundlagen und den übrigen Ziffern des nNNV sind diese daher darauf zu prüfen, ob sie geeignet sind, einen Beitrag zum sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb zu leisten, zur Leistung dieses Beitrags erforderlich sind und für den betroffenen Netznutzer zumutbar sind (siehe oben Rz. 84).

ElCom-D-C2FE3401/106 52/71 192 Gemäss der Gesuchstellerin soll die Konventionalstrafe verhindern, dass Falschdeklarationen erfolgen. Dies zumal nicht korrekt deklarierende Netznutzer bis anhin im schlimmsten Fall lediglich eine Nachzahlung im Umfang der Differenz zur korrekten Deklaration hätten leisten müssen (act. 1 Rz. 71). Seitens der Gesuchstellerin besteht somit ein Bedürfnis nach einer zusätzlichen Klausel im Sinne der Anträge und die Gesuchsgegnerin anerkennt dieses Anliegen, sie beantragt lediglich eine andere Lösung für dessen Umsetzung. Selbst wenn es sich wie unten aufgezeigt beim Mehraufwand grundsätzlich um einen zu ersetzenden (Vertrags-)Schaden handelt, ist ausserdem nicht ohne weiteres klar, ob und auf welcher Grundlage die Gesuchstellerin den Ersatz dieser Kosten verlangen könnte. Ein Zusatz im Vertrag (Ziff. 3.3 Abs. 1) im Sinne der Anträge ist der Effizienz und Klarheit halber daher geeignet und erforderlich, einen Beitrag zum sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb zu leisten, ebenso, dass die Gesuchstellerin in jedem Fall berechtigt ist, daneben auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern (Ziff. 3.3 Abs. 2). Die Gesuchsgegnerin beantragt allerdings die Aufnahme eines angemessenen pauschalisierten Aufwandsatzes ohne zu begründen, was sie unter angemessen versteht, oder weshalb es eine Pauschalisierung braucht und wie eine solche zu berechnen wäre. Diesbezüglich ist daher vorab festzuhalten, dass es grundsätzlich als angemessen erscheint, wenn der Aufwand ersetzt wird, welcher der Gesuchstellerin tatsächlich entsteht. Inwiefern ein Aufwandsatz, der nicht in einem Verhältnis zum Aufwand steht, angemessen sein könnte, ist nicht ersichtlich. Die Gesuchstellerin ist überdies der Auffassung, dass sich eine Pauschale kaum beziffern lasse, da ihr Aufwand von Fall zu Fall variere. Sie kann ihren Aufwand somit beziffern bzw. es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb eine Bezifferung nicht möglich sein sollte. Eine Pauschalisierung ist daher nicht erforderlich und der Antrag der Gesuchsgegnerin ist daher im Folgenden in Bezug auf den tatsächlichen Mehraufwand zu prüfen. 193 Mit Ausnahme der vorliegend nicht einschlägigen Strafbestimmungen (Art. 29 StromVG) enthält das Stromversorgungsrecht keine Regeln bezüglich Falschangaben und deren möglichen Konsequenzen. Ein wichtiger Grundsatz des schweizerischen Stromversorgungsrechts ist es allerdings, Kosten verursachergerecht der jeweiligen Netzebene zuzuordnen (vgl. Art. 14 StromVG und Art. 16 Abs. 2 StromVV; siehe auch die Verfügung der ElCom 212-00282 vom

E. 13.1

Anwendbares Recht und Gerichtsstand

E. 13.2

Aufhebungen 90 Somit betreffen die strittigen Punkte die folgenden Ziffern des nNNV. Ziffer 4 ist nicht inhaltlich strittig, die dort beantragte Änderung wäre vorzunehmen, falls

Ziffer 1.3 zum Vertragsinhalt wird. Wenn dem Eventualantrag der Gesuchsgegnerin gefolgt wird, würden ausserdem die zwei letzten Sätze von Ziffer 12.1 betreffend Anpassung der Branchenempfehlung und Information der Netznutzer obsolet und wären zu streichen (act. 1 S. 11 u. Beilage 26); • Ziffer 1.3 Vertragsbestandteile und Rangfolge; • Ziffer 2.2 Einschränkung und Unterbrechung der Netznutzung; • Ziffer 3.3 Konventionalstrafe; • Ziffer 4 Energiedatenmanagement; • Ziffer 5 Haftung; • Ziffer 6 Vertragsdauer und Kündigung; • Ziffer 8 Vertraulichkeit und Datenschutz; • Ziffer 12 Anpassungen des Vertrages. 91 Über die übrigen Vertragsinhalte sind die Parteien sich einig. Zudem haben sie ihre Hauptpflichten – die zur Verfügungsstellung des Übertragungsnetzes gegen Bezahlung eines Netznutzungsentgelts – auch ununterbrochen erfüllt (act. 8 Rz. 13; act. 16 Rz. 16). Mit Schreiben vom 21. November 2018 teilte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit, sie sei per Gesetz verpflichtet, mit den VNB einheitliche Verträge über den Zugang und die Nutzung der Übertragungsnetzinfrastruktur abzuschliessen. Daher könne sie die von der Gesuchsgegnerin einseitig vorgenommenen Vertragsanpassungen nicht akzeptieren. Zwischen ihnen beiden sei somit kein gültiger Netznutzungsvertrag mit Geltung ab dem 1. Januar 2019 zustande gekommen (act. 1 Beilage 15). Auch nachdem die Gesuchsgegnerin den unterzeichneten Vertrag mit ihren Änderungsvorschlägen nochmals der Gesuchstellerin übermittelte, hat die Gesuchstellerin diese soweit ersichtlich nicht angenommen. So hat der LoC vom 18. Dezember 2019 erneut ausgeführt, dass mit der Gesuchsgegnerin ein vertragsloser Zustand bestehe. Nachdem die Gesuchstellerin den aNNV per 31. Dezember 2018 gekündigt hat, ist daher durch die gegenseitige (Weiter-)erfüllung nicht ohne Weiteres konkludent ein neuer Vertrag bezüglich der nicht strittigen Inhalte des nNNV entstanden. Deshalb hat die Gesuchstellerin grundsätzlich weiterhin ein schutzwürdiges Interesse, dass die nicht mehr strittigen Punkte bzw. der nNNV als Ganzes Geltung erlangt.

ElCom-D-C2FE3401/106 25/71 92 Die Gesuchstellerin führt im Weiteren aber auch aus, die Gesuchsgegnerin bringe durch ihr Verhalten zum Ausdruck, dass sie die nicht bestrittenen Punkte akzeptiere, lediglich einzelne Aspekte der Netznutzungsbedingungen würden im Streit liegen (act. 16 Rz. 16). Die Gesuchsgegnerin sei nicht willens, sich in einzelnen Punkten diesem (Branchen)konsens anzuschliessen. Auch die Gesuchstellerin scheint davon auszugehen, dass bezüglich der nicht mehr strittigen Punkte Konsens besteht. Ansonsten enthalten ihre Eingaben zwar einige Ausführungen, die anders verstanden werden könnten. In den Schlussbemerkungen vom 31. August 2023 macht sie weiter geltend, im Streit liege der gesamte nNNV. Wegen der Bestimmungen, über welche die Parteien sich nicht einig seien, sei auch in den übrigen Punkten kein Vertrag zustande gekommen. Solange auch nur ein Punkt offen bleibe, könne der Vertrag nicht abgeschlossen werden. Von einer bloss punktuellen Regelung könne keine Rede sein (act. 44 Rz. 14). 93 Durch die vorstehenden Ausführungen stellt sie aber nicht in Frage, dass bezüglich der nicht mehr bestrittenen Punkte Konsens besteht. Sie würdigt die teilweise Einigung bloss anders als die Gesuchsgegnerin, welche insoweit von einem konkludent abgeschlossenen mündlichen Vertrag ausgeht. Soweit die Gesuchstellerin behauptet, sie habe bereits dargetan, weshalb die unstrittigen Punkte verfügt werden müssen (act. 44 Rz. 14), ist mangels Zitierung der betreffenden Verfahrensakten einerseits unklar, worauf sie konkret Bezug nimmt. Andererseits substantiiert sie in ihren übrigen Vorbringen nicht, weshalb die nicht strittigen Vertragsinhalte verfügt werden müssten. So führt sie etwa bloss aus, es sei nicht ersichtlich, weshalb der Umstand, dass nur ein Teil des nNNV strittig sei, dazu führen sollte, dass die ElCom nicht den Abschluss des gesamten Vertrags verfügen

könne. Gründe, aus welchen diese Schlussfolgerung abgeleitet werden könnte, gibt sie keine an. Keine entsprechende Begründung lässt sich auch dem Vorbringen entnehmen, es sei nicht eine Frage der formellen Zuständigkeit der EICom, sondern der materiellen Beurteilung, ob die im nNNV getroffenen Regelungen allesamt zwangsweise qua Verfügung der EICom auch für die Gesuchsgegnerin gelten müssten (act. 16 Rz. 20). 94 Mangels eigener Regeln zu den Voraussetzungen und den Folgen eines Vertragsabschlusses im Verwaltungsrecht sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) als subsidiäres öffentliches Recht zumindest sinngemäss anzuwenden (vgl. TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, § 34 Rz. 995 und BGE 122 I 328 E. 7b, wonach das Bundesgericht die Regeln des Obligationenrechts „als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze“ sieht). 95 Die Gesuchstellerin hat mit dem Hinweis, dass der nNNV bei fehlender Unterzeichnung nicht zustande käme, zwar einen Gültigkeitsvorbehalt angebracht. Daher ist der nNNV auch bezüglich der Punkte über welche die Parteien sich einig sind, nicht zustande gekommen. Sie tut jedoch nicht in nachvollziehbarer Weise dar, weshalb die nicht mehr strittigen Ziffern des nNNV verfügt werden müssten. Die Einigung über die noch offenen Punkte hat vielmehr den Charakter einer objektiv ungewissen künftigen Tatsache bzw. eines Ereignisses, von dem die Wirksamkeit eines Vertrages abhängt. Wenn die Parteien über die noch offenen Punkte eine Einigung erzielen können, besteht Konsens über den gesamten Vertrag und der nNNV entsteht als Ganzes. Bis dahin befinden sich die nicht bestrittenen Punkte in einer Art «Schwebezustand». Bei Erzielen einer Einigung über die strittigen Punkte beginnt der gesamte Vertrag Wirkung zu erzeugen, ohne dass ein weiteres Zutun der Parteien erforderlich wäre (vgl. Art. 151 Abs. 2 OR; WIDMER/COSTANTINI/EHRAT BSK OR 1 7. Aufl. 2020, Art. 151 Rz. 5, 9; WUFFLI DANIEL, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 151 N 1).

ElCom-D-C2FE3401/106 26/71 96 Die Einigung über die strittigen Punkte ist somit insoweit vergleichbar mit einer (aufschiebenden) Bedingung i.S.v. Artikel 151 OR. Einer Einigung gleichzusetzen wäre die rechtskräftige Verfügung der strittigen Ziffern. Mit der allfälligen Verfügung des strittigen Vertragsinhalts des nNNV würden demnach auch die unstrittigen Ziffern gültig. Dies gilt unabhängig von der Form und dem Zeitpunkt der Einigung. Im Falle einer Gesuchsabweisung oder eines Nichteintretens würde sich hingegen der Schwebezustand fortsetzen. Folglich kann das Verfahren auf die strittigen Punkte beschränkt werden, ohne dass dadurch das Entstehen eines in sich stimmigen Vertrags verhindert wird. Dass die Gesuchstellerin dadurch anderweitig in rechtlichen oder tatsächlichen Interessen tangiert wird, ist nicht ersichtlich. Diese Inhalte zu verfügen ist somit weder erforderlich noch verhältnismässig. Zudem würde es dem Subsidiaritätsprinzip widersprechen, wonach staatliche Eingriffe nur wenn nötig erfolgen und so mild wie möglich sein sollen (siehe Rz. 87). 97 Bezüglich der nicht strittigen Vertragsinhalte liegt nach dem Gesagten insoweit kein Streitfall über die Netznutzungsbedingungen vor. Die Parteien bringen ferner nicht vor, dass die vertragliche Regelung der nicht strittigen Punkte dem Stromversorgungsrecht widersprechen und es deswegen notwendig wäre, für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen eine Verfügung zu erlassen. Folglich besteht kein Anlass, bezüglich dieser Punkte hoheitlich einzugreifen. Auch im Lichte der Zuständigkeitsregeln der ElCom (Art. 22 Abs. 1 StromVG und Art. 22 Abs. 2

StromVG) ist kein Grund ersichtlich, eine Verfügung betreffend die unstrittigen Punkte zu erlassen. 98 Insgesamt erweist sich die Argumentation der Gesuchstellerin, wonach der gesamte Vertrag zu verfügen sei, als nicht stichhaltig. Im entsprechenden Umfang ist nicht auf das Gesuch einzutreten.

E. 18

August 2021 Rz. 128). Stellt sich im Nachhinein heraus, dass im Datenblatt Falschangaben gemacht wurden, muss die Gesuchstellerin die bereits abgerechneten Netznutzungsentgelte rückabwickeln und neue Rechnungen ausstellen (act. 1 Rz. 69 f.). Mit einer Falschangabe im Datenblatt verursacht der Netznutzer der Gesuchstellerin bzw. ihren Angestellten somit Mehraufwand, für den sie die betreffenden Angestellten bezahlen muss. Nach dem erwähnten stromversorgungsrechtlichen Grundsatz wären diese Kosten folglich der Ebene Verteilnetz zuzuordnen.

ElCom-D-C2FE3401/106 53/71 194 Aus vertragsrechtlicher Perspektive handelt es sich bei den Falschangaben um eine Nicht- oder Schlechterfüllung vertraglicher Pflichten (vgl. insbesondere die Ziff. 1.1, 3.1. u. 3.2 nNNV). Nach den Regeln des Obligationenrechts können Konventionalstrafen zwar vereinbart werden (Art. 160 Abs. 1 OR). Die gewöhnliche Rechtsfolge für die Nicht- oder Schlechterfüllung einer vertraglichen Pflicht ist jedoch die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz (vgl. Art. 97 Abs. 1, Art. 103 Abs. 1 u. Art. 107 Abs. 2 OR). Nach der in der Schweiz herrschenden Differenztheorie ist ein Schaden gegeben, wenn zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, eine Differenz besteht. Der Schaden kann dabei in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 132 III 359 E. 4, 564 E. 6.2). Wenn die Gesuchstellerin aufgrund einer Falschangabe im Datenblatt eine Rückabwicklung vornehmen muss, vermehren sich im Umfang der dafür anfallenden Mehraufwände ihre Passiven und es entsteht ihr ein Schaden im Sinne der Differenztheorie. Nach dem nNNV und den erwähnten OR- Bestimmungen ist der Schaden, welcher der Gesuchstellerin durch Falschangaben entsteht, überdies grundsätzlich vom Netznutzer zu ersetzen. So schliesst Ziffer 5 nNNV nur die weitere, d.h. die über den entstandenen Schaden hinausgehende Haftung aus und nach allgemeinem Vertragsrecht ist der Schuldner zudem in der Regel zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet, soweit er nicht beweist, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt (Art. 97 Abs. 1, Art. 99 Abs. 1, Art. 103 Abs. 2 u. Art. 109 Abs. 2 OR). 195 Die Pflicht zur Leistung einer Konventionalstrafe setzt demgegenüber keinen Schaden voraus und die ganze Konventionalstrafe ist alleine aufgrund der Nicht- oder nicht richtigen Erfüllung der Hauptverpflichtung geschuldet, selbst wenn ein allfälliger effektiver Schaden kleiner als die Strafe ist (Art. 161 Abs. 1 OR; WIDMER/COSTANTINI/EHRAT BSK OR 1, 7. Aufl. 2020, Art. 161 Rz. 4 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Ein Verschulden wird nur vorausgesetzt, um den Mehrbetrag einzufordern, wenn der erlittene Schaden den Betrag der Strafe übersteigt (vgl. Art. 161 Abs. 2 OR). Ferner sieht Artikel 163 Absatz 3 OR zwar vor, dass der Richter übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen hat. Diese Bestimmung ist aber mit Zurückhaltung anzuwenden. Sie soll nur bei krassen Missverhältnissen eingesetzt werden (WIDMER/COSTANTINI/EHRAT BSK OR 1, 7. Aufl. 2020, Art. 163 Rz. 10 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). 196 Der Antrag der Gesuchsgegnerin hätte zur Folge, dass der Mehraufwand und der diesem entsprechende Schaden durch den Verursacher zu ersetzen ist. Diese Lösung ist mit

dem StromVG vereinbar und stimmt mit den übrigen gemäss Vertrag und Gesetz anwendbaren Regeln überein. Demgegenüber könnte eine Konventionalstrafe im Rahmen des nNNV vereinbart werden, würde aber insoweit ein zusätzliches Element darstellen. Zudem ergibt sich ihr Betrag aus der Höhe der Nachforderung. Soweit ersichtlich besteht damit kein Zusammenhang zwischen der Höhe der Konventionalstrafe und dem Schaden bzw. den Kosten, die der Gesuchstellerin wegen der Falschdeklaration entstehen. Folglich kann er über den Betrag hinausgehen, der nach den Grundsätzen des Stromversorgungs- (Kosten) bzw. Vertragsrechts (Schadenersatz) zu vergüten wäre. Soweit die Gesuchstellerin ausführt, die Konventionalstrafe trage dem Verursacherprinzip Rechnung, stimmt dies somit nur bedingt und trifft jedenfalls weniger zu als bei der Alternative des Ersatzes des konkreten Mehraufwands. Wie erläutert würde die Konventionalstrafe ferner in den meisten Fällen unabhängig von einem Verschulden des Netznutzers anfallen und könnte nur herabgesetzt werden, wenn sie in einem krassen Missverhältnis zum Schaden steht.

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