

# **ELCOM 232-00031-i63vEW vom 5. November 2020**

ElCom, 2020-11-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom\\_232-00031-i63vEW](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_232-00031-i63vEW)

FR: ELCOM 232-00031-i63vEW du 5 novembre 2020

IT: ELCOM 232-00031-i63vEW del 5 novembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zuständigkeit 48 Gemäss Artikel 22 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die ElCom die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Die ElCom hat im vorliegenden Verfahren bereits am 19. Mai 2015 eine Verfügung erlassen (vgl. oben Rz. 27). Das auf Beschwerde gegen diese Verfügung hin gefällte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5323/2015 vom 12. September 2018 hebt diese Verfügung auf und weist die Angelegenheit an die ElCom zurück (vgl. oben Rz. 29). Damit ist die Zuständigkeit der ElCom zum Erlass der vorliegenden Verfügung gegeben.

### **E. 2**

Parteien und rechtliches Gehör

#### **E. 2.1**

Parteien 49 Als Parteien gelten nach Artikel VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 50 Die Verfügungsadressatin und die Verfahrensbeteiligte sind materielle Adressaten der angefochtenen Verfügung der ElCom vom 19. Mai 2015 und des diesbezüglichen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-5323/2015 vom 12. September 2018, mit dem die Sache an die ElCom zurückgewiesen wurde. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die gemäss dem Rückweisungsentscheid von der ElCom durchzuführende Prüfung, ob sich aus der von den Gerichten festgestellten objektiven Unmöglichkeit der Gewährung des der Verfügungsadressatin zustehenden Vorrangs i. S. v. a Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG Ansprüche der Verfügungsadressatin gegenüber der Verfahrensbeteiligten ergeben (vgl. dazu ausführlich unten Ziff. 3.1). Sowohl die Verfügungsadressatin als auch die Verfahrensbeteiligte sind somit vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen und haben Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

#### **E. 2.2**

Rechtliches Gehör 51 Die Verfügungsadressatin beantragt in ihrer Eingabe vom 7. August 2020, ihr sei vor Erlass einer verfahrensabschliessenden Verfügung im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zu geben, das Wahlrecht zwischen Schadenersatz und dem stellvertretenden Commodum auszuüben, sobald die beiden Gesamtbeträge festgestellt seien (act. 97 Rz. 12, Antrag 3). Diesem Antrag auf Gewährung des rechtlichen Gehörs kann indes nur entsprochen werden, wenn von der ElCom im vorliegenden Verfahren ein Anspruch der Verfügungsadressatin sowohl auf Schadenersatz als auch auf Herausgabe des

stellvertretenden Commodums bejaht wird. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, besteht kein Anspruch der Verfügungsadressatin gegenüber der Verfahrens-beteiligten auf Schadenersatz. Das beantragte Wahlrecht kann mithin nicht ausgeübt werden, weil keine konkurrierenden Ansprüche bestehen, zwischen denen gewählt werden könnte. Auf diesen prozessualen Antrag ist daher nicht einzutreten.

11/50

52 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren im Übrigen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingaben der Verfügungsadressatin wurden der Verfahrensbeteiligten zur Stellungnahme unterbreitet und umgekehrt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrundeliegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

### **E. 3**

Welche Verpflichtungen resultieren aus Artikel 17 Absatz 2 StromVG?

#### **E. 3.1**

Verfahrensgegenstand 53 Sind im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren – neben der entscheidenden Behörde – zwei Parteien beteiligt, handelt es sich um ein Streitiges Verfahren, in welchem die Dispositionsmaxime eine grössere Bedeutung hat als im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren: Das Verfahren wird durch ein Gesuch eingeleitet und die Parteien bestimmen mit ihren Begehren den Streitgegenstand. Die entscheidende Behörde darf einer Partei grundsätzlich nicht mehr und nichts Anderes zusprechen, als diese beantragt hat, aber auch nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. (BVGer A-8396/2015 E. 4.2.1). 54 Vorliegend handelt es sich um ein aufgrund einer Rückweisung des Bundesverwaltungsgerichts wiederaufgenommenes Verfahren (vgl. oben Rz. 29). Der Gegenstand des Verfahrens beschränkt sich daher von vornherein auf diejenigen Aspekte, welche gemäss der Rückweisung des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil A-5323/2015 vom 12. September 2018 von der ElCom zu beurteilen sind. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere auch die Präzisierungen in den Erwägungen des Urteils des Bundesgerichts 2C\_390/2016 vom 6. November 2017, auf die das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil Bezug nimmt (E. 3.5). Diese stecken zusammen mit dem Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts den Rahmen ab, in dem die Anträge der Parteien zu berücksichtigen sind. 55 Aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts folgt, dass sich aus Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Bst. c StromVG grundsätzlich ein uneingeschränkter Vorrang für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien ergibt (BVGer A-5323/2015, E. 3.5; BGer 2C\_390/2016, E. 4.8). Der Verfahrensgegenstand im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht beschränkte sich jedoch auf den Vorrang, der für den zeitnahen Rücktransport desjenigen Stromanteils erforderlich ist, der infolge asymmetrischer Einspeisung in die nationalen Verteilnetze den vorgesehenen Verteilschlüssel von 50 Prozent übersteigt und damit gemäss Konzession der anderen Seite zusteht (BVGer A-5323/2015, E. 4.1). Dieser verfahrensgegenständliche Vorrang ist auch im wiederaufgenommenen erstinstanzlichen Verfahren massgebend. 56 Eine weitere Einschränkung des Verfahrensgegenstands ergibt sich aus dem Umstand, dass die Rechtsgrundlage für den Streitgegenständlichen Vorrang für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3

Buchstabe b StromVG mit der der Änderung des StromVG vom 17. März 2017 (AS 2017 4999) per 1. Oktober 2017 weggefallen ist und solche altrechtlichen Vorränge gemäss der Übergangsbestimmung in Artikel 33b StromVG längstens zwölf Monate nach dem Inkrafttreten der neuen Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG, d. h. bis 30. September 2018 gelten (BVGer A-5323/2015, E. 3.4.2). 57 Für das vorliegende Verfahren massgebend ist somit ein Vorrang der Verfügungsadressatin für den zeitnahen Rücktransport desjenigen Stromanteils, der infolge asymmetrischer Einspeisungen in die nationalen Verteilnetze den vorgesehenen Verteilschlüssel von 50 Prozent übersteigt

12/50

und damit gemäss Konzession der anderen Seite zusteht, und zwar nur für den Zeitraum bis längstens 30. September 2018. 58 Gemäss Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-5323/2015 vom 12. September 2018 wurde die Sache im vorliegenden Verfahren zum neuen Entscheid und zur Prüfung im Sinne der Erwägungen an die ElCom zurückgewiesen. 59 In seinen Erwägungen hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass die Pflicht der Verfahrensbeteiligten, der Verfügungsadressatin einen Vorrang den Vorrang zu gewähren, entfalle, weil die Gewährung des Vorrangs nach Bundesrecht objektiv unmöglich sei. Die Verfahrensbeteiligte werde daher grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig (Art. 119 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911 [OR; SR 220] analog). Eine Schadenersatzpflicht bestehe nur für den Fall, dass die Verfahrensbeteiligte die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden Vertrag abzuschliessen, mitverantworten hätte (BVGer A-5323/2015, E. 4.2 mit Verweis auf BGer 2C\_390/2016, E. 5.3.1-5.3.4). Diesfalls hätte sie der Verfügungsadressatin eine Entschädigung im Umfang des Verlusts, der ihr durch die Nichtgewährung der beantragten Vorränge entstanden ist, zu bezahlen. Sollte die Verfahrensbeteiligte die Unmöglichkeit nicht zu verantworten haben, durch den Wegfall der Vorränge jedoch einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt haben, wäre dieser an die Verfügungsadressatin herauszugeben (BVGer A-5323/2015, E. 4.2 mit Verweis auf BGer 2C\_390/2016, E. 5.3.5). 60 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit die Frage, ob sich aus der seit dem 1. Januar 2015 bestehenden Unmöglichkeit der Gewährung des der Verfügungsadressatin bis 30. September 2018 zustehenden Vorrangs ein Anspruch auf finanziellen Ausgleich ergibt. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob die Verfahrensbeteiligte die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Vertrag abzuschliessen, mitverantworten hat und damit schadenersatzpflichtig wird (BGer 2C\_390/2016, E. 5.3.1-5.3.4). Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob die Verfahrensbeteiligte durch den Wegfall einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt hat, welcher nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung oder des stellvertretenden Commodums an die Verfügungsadressatin herauszugeben ist (BGer 2C\_390/2016, E. 5.3.5). 61 Die nach Wiederaufnahme des Verfahrens von der Verfügungsadressatin gestellten materiellen Anträge bewegen sich im Rahmen des vorstehend definierten Verfahrensgegenstands (vgl. oben Rz. 43 und act. 97). Mit Ausnahme des Antrags 1 (vgl. dazu nachfolgend Ziffer 3.2), ist auf die Anträge der Verfügungsadressatin daher einzutreten. 62 Die Verfahrensbeteiligte hat nach Wiederaufnahme des Verfahrens durch die ElCom keine ausdrücklichen Anträge gestellt. Ihre Eingaben können aber nicht als

Anerkennung der Anträge der Verfügungsadressatin verstanden werden.

### **E. 3.2**

Feststellungsbegehren 63 Die Verfügungsadressatin beantragt, es sei festzustellen, dass die Verfahrensbeteiligte die Unmöglichkeit der Vorranggewährung mitverantwortet hat (Antrag 1; vgl. oben Rz. 43 und act. 97). 64 Eine Feststellungsverfügung ist zu erlassen, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen werden kann (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn glaubhaft dargestellt werden kann, dass ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses vorliegt. Die

13/50

Feststellungsverfügung ist subsidiärer Natur und entsprechend nur zulässig, sofern das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 351; statt vieler: BGE 137 II 199 E. 6.5). Mithin kann eine Feststellungsverfügung erlassen werden, wenn der Antragssteller an der Beseitigung einer Unklarheit über öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten interessiert ist, weil er sonst Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen (Urteil 1C\_6/2007 des Bundesgerichts vom 22. August 2007, E. 3.3). 65 Die Verfügungsadressatin äussert sich in ihren Eingaben nicht dazu, woraus sie ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Feststellung ableitet. 66 Von der beantragten Feststellung betreffend eine allfällige Verantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten für die eingetretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung hängt es ab, welcher Art die von der ElCom gemäss Rückweisungsentscheid der Gerichte zu prüfenden finanziellen Ansprüche der Verfügungsadressatin gegenüber der Verfahrensbeteiligten sind. Bejaht die ElCom eine Verantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten, kommen Schadenersatzansprüche gestützt auf Artikel 97 OR in Betracht. Verneint die ElCom hingegen eine Verantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten, hat sie zu prüfen, ob die Verfügungsadressatin Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums geltend machen kann (vgl. oben Rz. 59 sowie unten Ziff. 3.4.3). In beiden Fällen ergeben sich jedoch nur aus der Beurteilung der beiden Leistungsbegehren 2 und 4 der Verfügungsadressatin konkrete Rechte und Pflichten für die Parteien. Das Bejahen oder Verneinen einer Verantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten durch die ElCom begründet somit für sich alleine noch keine Rechte und Pflichten, sondern sagt nur etwas über eine von mehreren Voraussetzungen für die zu beurteilenden Rechtsansprüche aus. Ein über die Beurteilung dieser Leistungsbegehren hinausgehendes selbständiges Feststellungsinteresse im Sinne des Antrags 1 ist daher nicht ersichtlich. Auf den Antrag 1 der Verfügungsadressatin ist folglich mangels Feststellungsinteresse nicht einzutreten.

### **E. 3.3**

Verantwortlichkeit für die Unmöglichkeit der Vorranggewährung

#### **E. 3.3.1**

Allgemeines zur Verantwortlichkeitsprüfung 67 Vorab ist festzuhalten, dass der per Ende 2014 von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen gekündigte alte Kooperationsvertrag lediglich für Lieferungen aus sog. «Altverträgen», d. h. für solche aus

internationalen Bezugs- und Lieferverträgen i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 StromVG, eine vorrangige Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität vorsah und die zu berücksichtigenden Altverträge in Anhang 7a ausdrücklich aufführte (act. 12). Vorränge für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien i. s. v. Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG waren im alten Kooperationsvertrag hingegen gar nie geregelt. Vor diesem Hintergrund erscheint es vorliegend fraglich, ob die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen in Bezug auf den zu gewährenden Vorrang für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien überhaupt zu einer Leistungsunmöglichkeit der Verfahrensbeteiligten geführt hat. Denn dieser Vorrang konnte gestützt auf den exakten Wortlaut des alten Kooperationsvertrags bereits vor 2015 nicht gewährt werden. 68 Es kann indes nicht ausgeschlossen werden, dass der Vorranganspruch der Verfügungsadressatin für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien unter dem Regime des alten Kooperationsvertrags – sei es durch eine weite Auslegung desselben oder durch dessen Anpassung – von der Verfahrensbeteiligten hätte gewährt werden können. Die Kündigung des alten

14/50

Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und die dieser zugrundeliegenden rechtlichen Standpunkte stellen vor diesem Hintergrund einen allgemeinen Wendepunkt in Bezug auf die vorrangige Vergabe von grenzüberschreitender Übertragungskapazität gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG an der Grenze zwischen der Schweiz und Deutschland dar. Aufgrund der politischen Dimension dieses Kündigungsaktes muss mithin davon ausgegangen werden, dass damit nicht nur die Gewährung der unmittelbar im alten Kooperationsvertrag geregelten Vorränge unmöglich wurde, sondern dass damit jeglicher vorrangiger Vergabe grenzüberschreitender Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze ein Riegel geschoben wurde. Vor diesem Hintergrund und im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Urteile 2C\_390/2016 sind die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und der Umstand, dass der neue Kooperationsvertrag keine Vorränge mehr vorsieht, als Ursache für die eingetretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung einzustufen. Dabei handelt es sich um Umstände, die grundsätzlich nicht der Verfahrensbeteiligten, sondern Dritten, namentlich den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen, zuzurechnen sind. Auch das Bundesgericht hat dies im Urteil 2C\_390/2016 anerkannt und festgehalten, dass die Vorranggewährung faktisch nicht ohne die Mitwirkung der nicht dem Schweizer Recht unterstehenden deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen möglich sei und dass dem Geltungsanspruch des schweizerischen Rechts insofern Grenzen gesetzt seien. Die Vorranggewährung sei daher objektiv unmöglich (s. oben Rz. 59). 69 Das Bundesgericht hat jedoch im Urteil 2C\_390/2016 auch festgehalten, dass die Verfahrensbeteiligte schadenersatzpflichtig werde, wenn sie die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiber oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Vertrag abzuschliessen, zu verantworten oder mitzuverantworten hätte (Art. 119 Abs. 1 OR analog). In diesem Fall würde sie den Vorrangberechtigten Entschädigung im Umfang des Verlusts zu bezahlen haben, der ihnen durch die Nichtgewährung der beantragten und streitgegenständlichen Vorränge entstanden ist (E. 5.3.5; vgl. oben Rz. 59). 70 Artikel 119 OR regelt die nachträgliche, vom Schuldner nicht zu verantwortende Unmöglichkeit einer Leistung und

sieht als Rechtsfolge das Erlöschen der Forderung inkl. allfälliger sekundärer Leistungsansprüche vor. Die Bestimmung bildet das Gegenstück zu Artikel 97 OR, welcher nicht nur auf Obligationen aus Verträgen, sondern auch auf gesetzliche Verpflichtungen anwendbar ist und eine Schadenersatzpflicht des Schuldners vorsieht, sofern dieser nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (WOLFGANG WIEGAND in: WIDMER LÜCHINGER, OSER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Basel [nachfolgend: Basler Kommentar OR I], Art. 97, Rz. 3 sowie Art. 119, Rz. 1). Artikel 119 Absatz 1 OR findet somit dann Anwendung, wenn der Schuldner den Exkulpationsbeweis oder den Entlastungsbeweis nach Artikel 97 OR erbringen kann (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 119, Rz. 8; OLIVER KÄLIN, Entlastung und Exkulpation nach Artikel 97 OR, AJP/PJA 11/2007, Ziffer VII). 71 Nebst einem (aufgrund der Beweislastumkehr in Artikel 97 OR vermuteten) Verschulden der Verfahrensbeteiligten ist für eine Haftung nach dieser Bestimmung vorausgesetzt, dass zwischen der Nichterfüllung und einem allfälligen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 97, Rz. 41). Darüber hinaus muss aber auch zwischen dem Verhalten der Verfahrensbeteiligten und dem Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung ein Kausalzusammenhang bestehen. Die Verfahrensbeteiligte kann sich somit entlasten, indem sie nachweist, dass Zufall oder ein ihr nicht zurechenbares Drittverschulden die Leistungsunmöglichkeit bewirkt habe, womit kein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Verfügungsadressatin besteht oder dieser unterbrochen wurde (OLIVER KÄLIN, a. a. O., Ziff. VI; WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 97, Rz. 42).

15/50

72 Ein (natürlicher) Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das fragliche Verhalten (oder die fragliche Unterlassung) nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen (statt vieler: BGE 95 IV 139 E. 2). Rechtlich relevant ist eine natürlich kausale Handlung der Verfahrensbeteiligten indes nur dann, wenn sie auch die Kriterien der adäquaten Kausalität erfüllt, d. h. wenn das Verhalten der Verfahrensbeteiligten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, die Unmöglichkeit der Vorranggewährung herbeizuführen (statt vieler: BGE 123 III 110 E. 3a). Soweit der Verfahrensbeteiligten nicht Handlungen, sondern pflichtwidrige Unterlassungen vorgeworfen werden, stellt sich im Sinne eines hypothetischen Kausalzusammenhangs die Frage, ob der Eintritt der Unmöglichkeit der Vorranggewährung bei rechtmässigem Handeln der Verfahrensbeteiligten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können. Dieser hypothetische Kausalzusammenhang ist nur zu bejahen, wenn eine unterlassene Handlung der Verfahrensbeteiligten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die eingetretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung vermieden hätte (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 97, Rz. 41; BGer 4A\_49/2016 vom 9.6.2016, E. 4.1). 73 Die Vorbringen der Parteien zur Frage der Verantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten sind somit zunächst unter dem Blickwinkel der Kausalität zu würdigen. Fehlt es an einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Verfahrensbeteiligten und dem Eintritt der Unmöglichkeit der Vorranggewährung oder wurde dieser unterbrochen, fehlt es an einer Haftpflichtvoraussetzung und die Verschuldensfrage stellt sich nicht mehr (vgl. auch OLIVER KÄLIN, a. a. O., Ziffer VI A.). Erweist sich das Verhalten der Verfahrensbeteiligten hingegen als adäquat kausal für den Eintritt der Unmöglichkeit der

Vorranggewährung, stellt sich die Frage, ob sie schuldhaft gehandelt oder Handlungen unterlassen hat. 74 Ein Verschulden ist gegeben, wenn der Schuldner die den Schaden verursachenden Umstände vorsätzlich verursacht oder sorgfaltswidrig (fahrlässig) herbeigeführt hat (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 99, Rz. 5 f.). Gemäss Artikel 99 Absatz 1 OR haftet der Schuldner für jedes Verschulden. Auch eine geringfügige Verletzung der erforderlichen Sorgfalt kann daher eine Haftung begründen (BGer 9C\_603/2014, E. 4). Dabei ist von einem objektivierten Verschuldensbegriff auszugehen. Massgebend sind mithin nicht Eigenschaften und Fähigkeiten des individuellen Schuldners, sondern die im Verkehrskreis des Schuldners übliche und geforderte Sorgfalt (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 99, Rz. 9). Für die Beurteilung eines allfälligen Verschuldens der Verfahrensbeteiligten ist somit zu prüfen, ob diese sorgfaltswidrig gegen gesetzliche Verpflichtungen verstossen hat, wobei darauf abzustellen ist, welcher Sorgfaltsmassstab an einen Übertragungsnetzbetreiber mit spezifischen gesetzlichen Pflichten anzulegen ist. Im Vordergrund steht dabei die allgemeine Pflicht der Verfahrensbeteiligten, mit den ausländischen Übertragungsnetzbetreibern zusammenzuarbeiten und die Interessen der Schweiz in den entsprechenden Gremien zu vertreten (Art. 20 Abs. 2 Bst. e StromVG) in Verbindung mit der Pflicht gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG, die in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Vorränge zu gewähren. 75 Soweit die Parteien in ihren Eingaben eine allfällige Mitverantwortung der ElCom oder anderer Behörden für die eingetretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung zur Sprache bringen (act. 65 Rz. 39, act. 70 Rz. 20 ff.; act. 85 Rz. 16 ff.), ist auf diese nur insofern einzugehen, als sie für die Beurteilung einer allfälligen Verantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten unmittelbar relevant ist. Denn nur diese ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (s. oben Rz. 60). 76 Beide Parteien haben zur Frage einer allfälligen Verantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten mehrere, teils umfangreiche Eingaben gemacht. Der Übersichtlichkeit halber werden die wesentlichen Ereignisse rund um die Kündigung des alten Kooperationsvertrags und die Verhandlungen für den neuen Kooperationsvertrag nachfolgend in annähernd chronologischer Reihenfolge dar-

16/50

gestellt und unter Berücksichtigung der von den Parteien vorgebrachten Argumente beurteilt. Dabei wird unterschieden zwischen den Ereignissen im Vorfeld der Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen (nachfolgend Ziffer 3.3.2), der Neuverhandlung des Kooperationsvertrags nach der Kündigung (nachfolgend Ziffer 3.3.3) sowie den Ereignissen nach Inkrafttreten des neuen Kooperationsvertrags (nachfolgend Ziff. 3.3.4).

### **E. 3.3.2**

Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen

#### **E. 3.3.2.1**

Gutachten Moench 77 Aus dem Kündigungsschreiben der TransnetBW GmbH und der Amprion GmbH an die Verfahrensbeteiligte vom 25. September 2014 ist ersichtlich, dass die Entscheidung der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen, die im alten Kooperationsvertrag definierten, auf «Altverträgen» basierenden Vorränge nicht mehr auktionsunabhängig zu berücksichtigen, auf den Erkenntnissen und Handlungsempfehlungen aus der gutachterlichen Stellungnahme von Herrn Prof. Dr.

Moench vom 17. Januar 2014 beruht (act. 65 Beilage 1, 1. und 3. Absatz). Dieses Gutachten (act. 65 Beilage 3) wird nachfolgend als «Gutachten Moench» bezeichnet. 78 Gemäss der Darstellung der Verfahrensbeteiligten wurde das Gutachten Moench Anfang 2012 durch die TransnetBW GmbH bei der Anwaltskanzlei Gleiss Lutz in Auftrag gegeben (act. 65 Rz. 12). Auf S. 19 des Gutachtens ist ersichtlich, dass auch die Amprion GmbH Auftraggeberin für das Gutachten war (act. 65 Beilage 3, S. 19). Zwar bezeichnete die TransnetBW GmbH das Gutachten Moench in einem Schreiben vom 11. Dezember 2017 an die Verfahrensbeteiligte als «gemeinsam von der Swissgrid, der Amprion GmbH und der TransnetBW GmbH in Auftrag gegeben» (act. 65 Beilage 62 S. 2), womit der Eindruck entstehen könnte, auch die Verfahrensbeteiligte sei Auftraggeberin für das Gutachten Moench gewesen (vgl. Ausführungen der Verfügungsadressatin in act. 70 Rz. 6 ff.). Die Verfahrensbeteiligte hat indes auf Frage des Fachsekretariats der ElCom hin glaubhaft verneint, dass sie Auftraggeberin des Gutachtens Moench sei (act. 99 Rz. 26 f.). Auch finanziell war die Verfahrensbeteiligte an der Erstellung des Gutachtens nicht beteiligt (act. 99 Rz. 28). Eine Beteiligung der Verfahrensbeteiligten an der Ausarbeitung des Gutachtens Moench bestand lediglich insofern, als sie den Gutachter bei der Erarbeitung und Auslegung der schweizerischen Rechtslage in Bezug auf die Gewährleistung vorrangiger grenzüberschreitender Netznutzung für Grenzkraftwerke unterstützte (act. 99 Rz. 29 ff.). Die Mitarbeit der Verfahrensbeteiligten an der aus Sicht der ElCom korrekten Darstellung der damaligen schweizerischen Rechtslage im Gutachten Moench kann jedoch entgegen den Vorbringen der Verfügungsadressatin in act. 70 Rz. 6 ff. nicht so gedeutet werden, dass die Verfahrensbeteiligte das Gutachten hinsichtlich der für sie nachteiligen Schlussfolgerungen in irgendeiner Weise mitgetragen hätte. Vielmehr bestehen keine Hinweise darauf, dass diese Mitarbeit sich in irgendeiner Weise zu Ungunsten der Vorrangberechtigten in der Schweiz ausgewirkt hätte, da die vorliegend relevanten Schlussfolgerungen im Gutachten offenkundig nicht auf der Beurteilung der Schweizer Rechtslage basieren. Beim Gutachten Moench handelt es sich somit um ein von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen in Auftrag gegebenes Gutachten, auf dessen Ergebnis die Verfahrensbeteiligte – mit Ausnahme der soweit ersichtlich korrekten und damit die Schweizer Optik berücksichtigenden Darstellung der damals geltenden Schweizer Rechtslage – keinerlei Einfluss genommen hat. Im Übrigen liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Verfahrensbeteiligte in irgendeiner Weise durch nicht offengelegte Abmachungen gezwungen gewesen wäre, das Gutachten ohne Kritik oder Widerrede hinzunehmen, wie es die Verfügungsadressatin geltend macht (act. 70 Rz. 6 ff.). 79 Der Gutachter kommt im Gutachten Moench zusammengefasst zum Ergebnis, dass die vorrangige Kapazitätsvergabe an den Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und der Schweiz

17/50

(nachfolgend: D-CH) nach deutschem öffentlichen Recht (inklusive des europäischen Rechts) unzulässig sei. Die TransnetBW GmbH und die Amprion GmbH seien nach deutschem und europäischem Recht grundsätzlich verpflichtet, bei einem Engpass an der Grenzkuppelstelle die gesamte Stromübertragungskapazität in der deutschen Regelzone im deutschen Hoheitsgebiet diskriminierungsfrei und in einem marktorientierten Verfahren (ohne Berücksichtigung von [Vor-rängen aus] Altverträgen) zu vergeben. Das Schweizer Recht enthalte für diese Fälle in Artikel 17 Absatz 2 StromVG eine *lex specialis*. Der darin angeordnete Vorrang gelte für die Regelzone Schweiz im Schweizer Hoheitsgebiet. Diese

Regelung gelte unbeschadet dessen, dass in der deutschen Regelzone der Netzvorrang wegen Unvereinbarkeit mit dem deutschen und europäischen Recht nicht (mehr) gelte. Auf die Grenzkuppelstelle D-CH finde demnach im Ergebnis kein einheitlicher Rechtsrahmen Anwendung. Für die deutsche Regelzone gelte etwas anderes als für die Schweizer Regelzone. Denkbar sei einzig, dass Schweizer Vertragspartner nach dem Energiechartavertrag auch in Deutschland einen Netznutzungsvorrang geltend machen können, indem sie sich auf eine geschützte Investition berufen (act. 65 Beilage 3, S. 7 bis 10). 80 Nach Auffassung der Verfügungsadressatin fehlt dem Gutachten Moench die Schweizer Optik. Die Handlungsempfehlung im Gutachten richteten sich einzig an die deutschen Unternehmen und falle entsprechend einseitig zu Gunsten dieser Unternehmen aus (act. 70 Rz. 2 f.). Namentlich die Stellung der Schweiz als Drittstaat, der nicht Teil des europäischen Binnenmarktes sei, fehle im Gutachten vollständig. Deshalb frage man sich, ob und warum die Verfahrensbeiträge kein eigenes Gutachten aus Schweizer Optik in Auftrag gegeben habe (act. 70 Rz. 4). Die Verfügungsadressatin nimmt ferner Bezug auf zwei Schreiben des Bundesamts für Energie (BFE) an die TransnetBW GmbH und das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, in welchen das BFE hinsichtlich des Gutachtens Moench sein Erstaunen zur Geltung bringt, dass das Gutachten ohne jeglichen vorgängigen Einbezug der betroffenen Ministerien in Auftrag gegeben und erstellt worden sei und auf einen Bedarf für weitere Abklärungen hinweist (vgl. dazu ausführlich unten Rz. 96 und 98). Auch habe der damalige Direktor des Bundesamts für Energie explizit vorvoreiligen Schlüssen gewarnt (act. 70 Rz. 4). Die Schweizer Optik und die Stellung der Schweiz als Drittstaat, der nicht Teil des europäischen Binnenmarktes ist, fehle im deutschen Gutachten vollständig. Die fehlende Schweizer Optik habe die Verfahrensbeiträge zu verschulden, da im Gutachten diesbezüglich auf die Einschätzung der Verfahrensbeiträge hätte abgestellt werden sollen, welche die Verfahrensbeiträge bislang aber nicht eingebracht habe (act. 85 Rz. 10). Die Verfahrensbeiträge hätte insbesondere darauf beharren müssen, dass es sich bei Lieferungen aus Schweizer Grenzkraftwerken um Lieferungen aus Drittstaaten und nicht um solche im Binnenverhältnis zwischen EU-Staaten handle, weswegen die von deutscher Seite geltend gemachte Auktionierungspflicht nicht zur Anwendung komme. Diese für die Vorranggewährung zentrale Differenzierung habe die Verfahrensbeiträge gegenüber der deutschen Seite bisher aber nicht eingefordert (act. 85 Rz. 12). 81 Zunächst ist festzuhalten, dass der Gutachter dem Schweizer Recht auf S. 44 ff. des Gutachtens Moench einen eigenen Abschnitt widmet und darin zum Ergebnis kommt, dass die Verfahrensbeiträge nach Schweizer Recht zur Gewährung der Vorränge gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG verpflichtet ist. Im Gegensatz zum später von der Verfahrensbeiträge in Auftrag gegebenen Memorandum Donatsch (vgl. unten Ziff. 3.3.2.2) kommt das Gutachten Moench sodann auch zum Ergebnis, dass für eine restriktive Auslegung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG, wonach die Norm nicht einseitig auf Schweizer Seite die Vorrangberechtigung anordne, wenn sich dieser Vorrang nicht in der benachbarten gelegenen Regelzone fortsetze, keine Anhaltspunkte bestünden. Das Gutachten Moench stellt die – inzwischen höchstichterlich beurteilte – Schweizer Rechtslage somit korrekt dar. 82 Es trifft zu, dass die Verfahrensbeiträge das Gutachten Moench nicht selbst durch ein weiteres Gutachten hat überprüfen lassen. Das von der Verfahrensbeiträge in Auftrag gegebene Memo-

randum Donatsch (vgl. unten Ziff. 3.3.2.2) kann nicht als solches gewertet werden. Denn die vor- liegend relevante Hauptaussage des Gutachtens Moench – und Hauptbegründung für die Kündi- gung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen – ist, dass die nach Schweizer Recht vorgeschriebenen Vorränge an der Grenzkuppelstelle DE-CH nach deutschem öffentlichen Recht und europäischem Recht unzulässig sind. Das Memorandum Donatsch hingegen behandelt ausschliesslich die Auslegung des Schweizer Rechts und war da- mit schon aufgrund der zugrundeliegenden Fragestellung nicht als Gegengutachten angelegt. 83 Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob mit der Erstellung eines weiteren Gutachtens im Auftrag der Verfahrensbeteiligten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfah- rung die Richtigkeit der Erkenntnisse und Handlungsempfehlungen im Gutachten Moench in einer Art und Weise hätte widerlegt werden können, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberin- nen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Kündigung des alten Kooperationsvertrags abgesehen hätten (vgl. oben Rz. 72). 84 Dies könnte der Fall sein, wenn das Gutachten Moench in der Begründung und im Ergebnis of- fensichtlich falsch wäre oder wichtige Argumente zu Gunsten der Zulässigkeit der streitigen Vor- ränge nach deutschem und europäischem Recht unterschlagen hätte. Für beides bestehen je- doch keine Anhaltspunkte. Der Gutachter ging im Gutachten Moench korrekt davon aus, dass die Grenzkuppelstellen Deutschland/Schweiz keine Verbindungsleitungen im Sinne der Verordnung (EG) 714/2009 (StromhandelsVO) sind. Im Gutachten Moench wird weiter dargelegt, dass Netzengpässe im Sinne von Artikel 16 Absatz 3 der StromhandelsVO gemäss der Engpassdefi- nition in Artikel 2 Buchstabe c StromhandelsVO nicht nur auf Verbindungsleitungen zwischen Mitgliedstaaten, sondern auch im jeweiligen nationalen Übertragungsnetz bestehen können. Ge- mäss nachvollziehbaren Ausführungen im Gutachten sind Übertragungsleitungen zwischen nati- onalen Verteilnetzen, welche keine Verbindungsleitungen im Sinne der StromhandelsVO sind, somit ebenfalls von Artikel 16 der StromhandelsVO erfasst, soweit sie im Hoheitsgebiets eines EU-Mitgliedstaats liegen (vgl. act. 65 Beilage 3 S. 37). Die Verfügungsadressatin konnte nicht darlegen, dass diese Einschätzung im Gutachten so offensichtlich unrichtig ist, dass die Erstel- lung eines weiteren Gutachtens unabdingbar gewesen wäre. Im Übrigen werden im Gutachten Moench durchaus auch Argumente berücksichtigt, welche unter bestimmten Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Vorrängen sprechen würden (vgl. insb. die Ausführungen auf S. 75 ff. des Gutachtens Moench zum Energiechartavertrag; act. 65 Beilage 3). Soweit ersichtlich wurden im Gutachten Moench zudem alle relevanten Rechtsgrundlagen ausgiebig und weitgehend nach- vollziehbar untersucht. Dies schliesst zwar nicht aus, dass ein weiteres, von der Verfahrensbe- teiligten in Auftrag gegebenes Gegengutachten in einzelnen Punkten zu anderen Ergebnissen hätte kommen können. Insgesamt erscheint es aber nicht wahrscheinlich, dass ein Gegengut- achten das Gutachten Moench derart hätte entkräften können, dass dies mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem Umdenken bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ge- führt hätte. Dafür sprechen insbesondere auch folgende weitere Umstände: 85 Die ElCom hat am 17. Juli 2014 beim Institut für Europarecht der Universität Fribourg ein Gut- achten (nachfolgend Gutachten Epiney/Pirker) in Auftrag gegeben, welches gemäss dem zugrun- deliegenden Pflichtenheft unter anderem mit dem Ziel erstellt wurde, das Gutachten Moench auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit in Bezug auf die für die Schweiz relevanten Aspekte bei der Nutzung des grenzüberschreitenden Übertragungsnetzes zu überprüfen. 86 Die Autoren des am 9. Januar 2015 an die ElCom übermittelten Gutachtens Epiney/Pirker sind – wie auch

das Gutachten Moench – zum Ergebnis gelangt, dass die StromhandelsVO die Mitgliedstaaten verpflichte, die Vorgaben zur Nichtdiskriminierung und der Wahlmarktorientierter Verfahren bei der Vergabe von Grenzkapazitäten aus Artikel 16 Absatz 1 der StromhandelsVO umzusetzen. Völkerrechtliche Ansprüche auf Vorrang bei der Grenzkapazitätsvergabe könnten

19/50

sich nur im Rahmen des Energiechartavertrags als Vertrag der Union sowie im Rahmen bestimmter (für die Grenze CH-DE nicht relevanter) Staatsverträge als geschützte Altverträge nach Artikel 351 AEUV ergeben (act. 92 S. 43 ff., 45 ff. sowie 58 3. Punkt). 87 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das Verhalten der Verfahrensbeteiligten hinsichtlich des Gutachtens Moench nicht kausal für die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen war. Zu beachten gilt es ferner, dass in einer Sitzung mit Vertretern des BFE der ElCom und der Verfahrensbeteiligten am 18. Februar 2014, d. h. rund einen Monat nach dem Vorliegen des definitiven Gutachtens Moench, vom BFE und von der ElCom in Aussicht gestellt wurde, die Angelegenheit selbst rechtlich zu prüfen (woraus der Auftrag für das oben in Rz. 85 f. erwähnte Gutachten Epiney/Pirker hervorging; vgl. im Übrigen unten Rz. 95). Vor diesem Hintergrund kann der Verfahrensbeteiligten auch kein sorgfältswidriger Verzicht auf das Erstellen eines Gegengutachtens vorgeworfen werden.

#### **E. 3.3.2.2**

Memorandum Donatsch 88 Am 27. Januar 2014, d. h. unmittelbar nach Fertigstellung des Gutachtens Moench, hat die Verfahrensbeteiligte bei Dr. iur. Marco Donatsch eine Rechtsabklärung mit folgenden Fragestellungen in Auftrag gegeben (vgl. act. 65 Beilage 7, S. 3): 1. Was ist der Zweck des Artikel 17 Absatz 2 StromVG? 2. Entfaltet Artikel 17 Abs. 2 StromVG nur auf Schweizer Territorium Wirkung oder bis zur Anschlussstelle auf dem benachbarten Territorium?

#### **E. 3.3.2.3**

Reaktion der Behörden auf das Gutachten Moench 90 Die Verfahrensbeteiligte hat die ElCom im Frühling 2013 darüber in Kenntnis gesetzt, dass ein Gutachten in Erarbeitung ist und im November 2013 über den Zwischenstand des Gutachtens Moench und dessen voraussichtlich wichtigsten Erkenntnisse informiert. Das finale Gutachten wurde der ElCom am 30. Januar 2014 übermittelt (act. 65 Rz. 21 und Beilage 5). 91 Am 5. Februar 2014 kam es zu einem Austausch zwischen der ElCom und der Verfahrensbeteiligten. Hintergrund des Treffens war eine seit 2013 laufende technische und energiewirtschaftliche Bestandaufnahme betreffend die gemäss dem alten Kooperationsvertrag zu gewährenden Vorränge für Grenzkraftwerke. Diese Abklärungen der ElCom erfolgten aufgrund der damaligen (inzwischen vom Bundesgericht widerlegten) Rechtsauffassung der ElCom, wonach für die Vorränge für Lieferungen aus Grenzkraftwerken die Gegebenheiten bezüglich deren Netzanbindung und Regelzonenzuordnung zu berücksichtigen seien und dass die Aufteilung der Energie auf die Schweiz und Deutschland gemäss den Konzessionen nicht kontinuierlich, d. h. zu jedem Zeitpunkt vorgenommen werden müsse. Die diesbezüglichen Abklärungen der ElCom mündeten am 29. April 2014 in einem Schreiben an die Verfahrensbeteiligte, in dem die ElCom diese bat, die Vorränge gemäss einer beigefügten Tabelle anzupassen (act. 65 Beilage 16; vgl. dazu unten Ziff. 3.3.2.5). 92 An der Sitzung vom 5. Februar 2014 übergab die ElCom der

Verfahrensbeteiligten im Zusammenhang mit dieser Abklärung einen Fragekatalog mit Fragen betreffend die Abwicklung von Kapazitätsvorrängen von Grenzkraftwerken (act. 65 Rz. 28 und Beilage 8). 93 Die Verfahrensbeteiligte macht geltend, sie habe die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen über «die entsprechenden Bestrebungen der ElCom» in Kenntnis setzen müssen, da die von der ElCom gestellten Fragen nur unter Einbezug von TransnetBW GmbH (als Auktionskoordinatorin) hätten beantwortet werden konnten. Vor diesem Hintergrund sei klar, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ab diesem Zeitpunkt davon hätten ausgehen können, dass auf schweizerischer Seite vom Schweizer Regulator keinerlei Einwände gegen die Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe zumindest in Bezug auf die Grenzkraftwerke bestehen würden (act. 65 Rz. 29 f.). 94 Für die ElCom ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die damals von der ElCom ins Auge gefasste Anpassung der Vorränge bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zum Eindruck hätte führen können, der Schweizer Regulator habe keinerlei Einwände gegen eine gänzliche Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe, zumal aus dem späteren Schreiben der ElCom an die Verfahrensbeteiligte vom 29. April 2014 ersichtlich ist, dass für mehrere Grenzkraftwerke weiterhin Vorränge (wenn auch teilweise in reduziertem Umfang) vorgesehen waren (act. 65 Beilage 16). Hätte die Verfahrensbeteiligte ausgehend von dieser vermeintlichen Haltung der ElCom gänzlich aufgehört, sich gegenüber den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen für eine Lösung einzusetzen, welche das Schweizer Recht respektiert, könnte ihr eine gewisse Nachlässigkeit vorgeworfen werden. Wie die nachführenden Ausführungen zeigen, blieb die Verfahrensbeteiligte in dieser Angelegenheit jedoch im Austausch mit den Behörden und setzte sich auch gegenüber den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen gegen eine Kündigung des alten Kooperationsvertrags ein (vgl. insbes. nachfolgend Ziff. 3.3.2.4). Zudem wurde den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen vom BFE die Sichtweise der Behörden ausdrücklich mitgeteilt (vgl. unten Rz. 96). Den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen musste somit, als sie im Herbst 2014 die Kündigung des alten Kooperationsvertrags aussprachen, durchaus bewusst sein, dass

21/50

die gänzliche Beendigung der vorrangigen Vergabe grenzüberschreitender Übertragungskapazität den Schweizer Interessen zuwiderlief und mit dem Schweizer Recht nicht vereinbar war. Dass dies der Fall war, zeigt auch ein späteres Schreiben der TransnetBW GmbH vom 26. Mai 2014 an die Verfahrensbeteiligte, in welchem die TransnetBW GmbH die von der ElCom gegenüber der Verfahrensbeteiligten angeordnete Reduktion der Vorränge an der Grenze DE-CH (s. dazu unten Ziffer 3.3.2.5) als begrüssenswerten «ersten Schritt hin zur Beendigung der vorrangigen Berücksichtigung von sämtlichen, auf den sog. Altverträgen beruhenden, Energielieferungen an der Grenze DE-CH» bezeichnete (act. 65 Beilage 18; s. auch unten Rz. 107). Den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen war somit durchaus bewusst, dass von Schweizer Seite zwar eine Reduktion der bevorrangten Kapazität, jedoch keinesfalls eine gänzliche Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe vorgesehen war. 95 Am 18. Februar 2014 fand eine Sitzung zwischen der Verfahrensbeteiligten, der ElCom und dem BFE statt. Sowohl der damalige Direktor des BFE als auch der Geschäftsführer der ElCom haben an dieser Sitzung betont, dass die Schweiz sich nicht durch ein deutsches Gutachten zu voreiligen Schlüssen veranlasst sehen würde. In besagter Sitzung wurde insbesondere

beschlossen, dass die ElCom auf die BNetzA zugehen werde, um die Frage der Gültigkeit und des allfälligen Vorrangs der strittigen Altverträge zu klären. Zudem würden sich das BFE und die ElCom um die erforderlichen juristischen Prüfungen kümmern (act. 65 Rz. 31 f. und Beilage 10). 96 Am 25. Februar 2014 verschickte das BFE im Nachgang zur Sitzung vom 18. Februar 2014 ein Schreiben an die TransnetBW GmbH und führte aus, es sei informiert worden, dass die TransnetBW und die Amprion GmbH basierend auf dem Gutachten Moench rechtliche Schritte, nämlich eine Kündigung der betroffenen Verträge, in Betracht zögen. Das BFE zeigte sich erstaunt, dass ein solches Gutachten ohne jeglichen vorgängigen Einbezug der betroffenen Ministerien in Auftrag gegeben und erstellt worden sei. In der Sache gebe das BFE zu bedenken, dass für die zu analysierende Situation mit Blick auf den Energieabfluss aus Grenzkraftwerken nicht nur privatrechtliche, sondern zusätzlich auch völkerrechtliche und konzessionsrechtliche Komponenten relevant sein dürften. Das BFE werde in Zusammenarbeit mit der ElCom die Klärung dieser aus Sicht des BFE noch nicht hinreichend beleuchteten Aspekte angehen. Dies werde voraussichtlich mehrere Monate dauern. Basierend auf den gewonnenen Erkenntnissen werde das BFE die Haltung der Schweiz zu den aufgeworfenen Fragen einbringen. Das BFE betonte zudem, dass seines Erachtens übereilte Schritte der Sache in keiner Weise zugänglich wären. Man gehe demnach davon aus, dass eine Stellungnahme der Schweiz ohne Weiteres abgewartet werden könne (act. 65 Beilage 11). 97 Aus einer von der Verfahrensbeteiligten eingereichten internen E-Mail vom 10. März 2014 betreffend ein Telefongespräch mit einer Mitarbeiterin der Amprion GmbH, ist erkennbar, dass sich die Amprion GmbH zumindest auf Sachbearbeiter-Ebene vom Schreiben des BFE vom 25. Februar 2014 wenig beeindruckt zeigte und weiterhin eine rasche Kündigung der altrechtlichen Verträge – und damit der vorrangigen Vergabe der Grenzkapazität – anstrebte. Dies mit der Begründung, dass das Gutachten Moench eine klare Empfehlung enthalte und es nicht angehe, weiterhin gegen geltendes Recht zu verstossen (act. 65 Beilage 14). Der Umstand, dass auch das offizielle behördliche Schreiben des BFE an der Absicht der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen, den alten Kooperationsvertrag rasch zu kündigen, wenig ändern konnte, weist darauf hin, dass diesbezüglich auch die Möglichkeiten der Verfahrensbeteiligten beschränkt waren. 98 Mit Schreiben vom 13. März 2014 wandte sich das BFE an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und nahm auf das Gutachten Moench und die darin festgestellte Unvereinbarkeit der Altverträge mit europäischem und deutschem Recht sowie die Kündigungsabsichten der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen Bezug. Das Schreiben an die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen wurde zur Kenntnisnahme mitgeschickt und mit Blick auf ein anstehendes Treffen am 19. März 2014 wurde betont, dass auf einen Austausch in dieser Sache gehofft werde.

22/50

Ein Schreiben gleichen Inhalts wurde auch an das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft des Landes Baden-Württemberg versandt (act. 65 Rz. 34 und Beilage 12). 99 Am 28. März 2014 fand ein weiteres Treffen zwischen der Verfahrensbeteiligten und der ElCom statt, an welchem die Beendigung der vorrangigen Kapazitätsvergabe thematisiert wurde. Gemäss der Darstellung der Verfahrensbeteiligten machte die ElCom sie bei dieser Gelegenheit darauf aufmerksam, dass sie die Verfahrensbeeteiligte zeitnah anweisen werde, zukünftig die verfügbaren Kapazitäten in marktorientierten Verfahren zu versteigern. Ein Vorschlag der Verfahrensbeteiligten, dies zuerst mit den auf Schweizer

Seite betroffenen bisherigen Vorrangberechtigten zu besprechen, sei von der ElCom abgelehnt worden (act. 65 Rz. 42). Hintergrund dieser Ankündigung seitens der ElCom war die seit 2013 laufende technische und energiewirtschaftliche Bestandesaufnahme betreffend die gemäss dem alten Kooperationsvertrag zu gewährenden Vorränge für Grenzkraftwerke (vgl. oben Rz. 91). Den betroffenen bisherigen Vorrangberechtigten wurde diesbezüglich später die Gelegenheit eingeräumt, eine anfechtbare Verfügung zu verlangen und sich im Rahmen des damit verbundenen Verfahrens zu äussern (vgl. unten Rz.105). 100 Am 8. April 2014 fand ein Treffen zwischen der ElCom und der BNetzA statt. Gemäss einer E-Mail des Geschäftsführers der ElCom an das BFE vom 10. April 2014 wurde der BNetzA bei dieser Gelegenheit unter anderem mitgeteilt, dass die Verfahrensbeteiligte ab dem 1. Juni 2014 für grenzüberschreitende Lieferungen aus bestimmten Grenzkraftwerken keine Vorränge mehr akzeptieren dürfe. Damit reduziere sich die maximal bevorrangte Leistung im Übertragungsnetz und die Regelzone der Amprion GmbH sei nicht mehr betroffen. Gemäss besagter E-Mail unterstützte die BNetzA das Vorhaben der ElCom wohlwollend und war der Ansicht, dass damit die Dringlichkeit reduziert werden könne. Die BNetzA habe jedoch betont, dass sie keine rechtliche Handhabe habe um das Vorpreschen der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zu verhindern. Die BNetzA wurde gemäss der E-Mail im Übrigen darüber informiert, dass die ElCom ein Rechtsgutachten in Auftrag geben werde, um die Grundsatzfrage bezüglich der Vorränge auch vor dem Hintergrund der Staatsverträge, Konzessionen und der Energiecharta zu prüfen (act. 86). 101 Die vorstehend dargestellten Ereignisse zeigen, dass auch eine direkte Intervention des BFE bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und den deutschen Behörden die Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht von ihrem Plan abbringen konnte, gestützt auf die Handlungsempfehlungen im Gutachten Moench den alten Kooperationsvertrag zu kündigen. Insbesondere sah sich auch die BNetzA als Aufsichtsbehörde der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht im Stande, eine solche Kündigung zu verhindern oder hinauszuschieben. Vor diesem Hintergrund muss es als äusserst unwahrscheinlich angesehen werden, dass zusätzliche oder eindringlichere Interventionen der Verfahrensbeteiligten (s. dazu nachfolgend Ziff. 3.3.2.4) mehr bewirkt hätten als die deutschen und Schweizer Behörden bewirken konnten.

#### **E. 3.3.2.4**

Intervention der Verfahrensbeteiligten 102 Gemäss der Darstellung der Verfahrensbeteiligten hat diese am 13. März 2014 in einer Telefonkonferenz mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen versucht, diese davon abzuhalten, den alten Kooperationsvertrag sofort zu kündigen. Anhand einer Präsentation sei darauf hingewiesen worden, dass sehr wenige Vorrangrechte aus Altverträgen effektiv genutzt würden. Vor diesem Hintergrund sei es angebracht, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zumindest die Stellungnahme der ElCom, des BFE und der BNetzA abwarteten, bevor sie eine Kündigung des Kooperationsvertrags aussprechen würden (act. 65 Rz. 41 und Beilage 15). 103 Die Verfahrensbeteiligte hat somit durchaus versucht, eine Kündigung des alten Kooperationsvertrags vor Abschluss der Abklärungen durch BFE und ElCom zu verhindern. Aus einem Schrei-

23/50

ben der Verfahrensbeteiligten an die TransnetBW GmbH vom 19. Mai 2014, in dem die Verfahrensbeteiligte auf besagte Telefonkonferenz Bezug nimmt, geht auch hervor, dass das Steering Committee DE-CH beschlossen habe, konkrete weitere Schritte erst nach einer

Beurteilung des Sachverhaltes durch die Schweizer Behörden zu unternehmen (vgl. act. 65 Beilage 17). Offen- kundig hatte die Intervention der Verfahrensbeteiligten somit mindestens zu diesem Zeitpunkt dazu geführt, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen konkrete Schritte erst nach einer Beurteilung des Sachverhaltes durch die Schweizer Behörden unternehmen wollten. Dass die Verfahrensbeteiligte nicht noch weitere, intensivere Schritte in diese Richtung unternommen hat, kann ihr vor diesem Hintergrund kaum entgegengehalten werden, zumal ihr bekannt war, dass auch seitens des BFE und der ElCom eine Intervention bei den deutschen Übertragungs- netzbetreiberinnen und der BNetzA erfolgt und geplant war (s. oben Rz. 95 ff. sowie act. 65 Bei- lage 11).

#### **E. 3.3.2.5**

Anweisung der ElCom an die Verfahrensbeteiligte betreffend Anpassung der Vorränge 104 Aufgrund der durchgeführten Analyse der technischen und energiewirtschaftlichen Gegebenhei- ten der Grenzkraftwerke am Hochrhein wies die ElCom die Verfahrensbeteiligte mit Schreiben vom 29. April 2014 gestützt auf Artikel 17 Absatz 1 StromVG an, gemäss der im Anhang des Briefs enthaltenen Tabelle die Vorränge für Energielieferungen aus den Hochrheinkraftwerken anzupassen. Die Anpassungen sollten per 1. Juni 2014 in Kraft gesetzt werden. Die ElCom wies die Verfahrensbeteiligte in besagtem Schreiben auch ausdrücklich an, in Zusammenarbeit mit der TransnetBW GmbH als operativer Systemführer des Engpassmanagements an der Grenz- kuppelstelle DE-CH die dazu notwendigen Vorbereitungen zu treffen. Ferner wurde die Verfah- rensbeteiligte darauf aufmerksam gemacht, dass sie bei der ElCom eine Verfügung beantragen könne, wenn sie mit diesem Vorgehen nicht einverstanden sei (act. 65 Beilage 16). Die ElCom begründete ihr Schreiben damit, dass die gemäss dem alten Kooperationsvertrag gewährten Vor- ränge der betroffenen Grenzkraftwerke nicht gerechtfertigt seien, da sie die Gegebenheiten be- züglich deren Netzanbindung und Zuordnung zu den Regelzonen nicht oder nur teilweise berück- sichtigten. Darüber hinaus könne gemäss der ElCom aus den Konzessionen der Kraftwerke nicht abgeleitet werden, dass die Aufhebung der Energie kontinuierlich, d. h. zu jedem Zeitpunkt, vor- genommen werden müsse (vgl. auch oben Rz. 91). 105 Mit Schreiben gleichen Datums setzte die ElCom auch die vier von Reduktionen oder Aufhebun- gen ihrer Vorränge betroffenen Grenzkraftwerke darüber in Kenntnis, dass sie die Verfahrensbe- teiligte anweisen werde, für Energielieferungen aus dem jeweiligen Kraftwerk keine Vorränge im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz mehr zu gewähren oder diese zu reduzieren. Auch den Grenzkraftwerksgesellschaften wurde die Möglichkeit eingeräumt, eine anfechtbare Verfügung zu verlangen (act. 13). 106 Mit Schreiben vom 19. Mai 2014 setzte die Verfahrensbeteiligte die TransnetBW GmbH über diese Anweisung der ElCom in Kenntnis und schlug vor, die seitens der ElCom spezifizierten Anpassungen nach Ablauf der Einspruchsfrist (der Grenzkraftwerk-Betreiberinnen) zum nächst- möglichen Termin vorzunehmen. Im Schreiben wurde basierend auf dem Schreiben der ElCom ausgeführt, dass die ElCom die Verfahrensbeteiligte anweise, einen Grossteil der Vorrangrechte nicht mehr zu gewähren (DE-CH neu [...] von bisher [...] MW; CH-DE neu [...] von bisher [...] MW). Da der alte Kooperationsvertrag eine Klausel enthielt, wonach die TransnetBW GmbH als Auktionskoordinatorin bei einer schuldhaften Verletzung der Vorränge gemäss Kooperationsver- trag zur Freistellung der anderen Auktionspartner verpflichtet ist, erklärte die Verfahrensbeteiligte im Schreiben vom 19. Mai 2014 unwiderruflich, die TransnetBW GmbH von allen in Betracht kommenden Ansprüchen der Auktionspartner oder Dritter, die im Zusammenhang mit der nicht vorrangigen

Berücksichtigung der in der Tabelle der ElCom angeführten Vorrangrechte durch die  
24/50

TransnetBW GmbH herrühren und von diesen gegenüber der TransnetBW GmbH geltend gemacht werden, freizustellen sowie für allfällig gegenüber der Verfahrensbeteiligten erhobene Ansprüche der Auktionspartner oder Dritter auf die Freistellung durch die TransnetBW GmbH zu verzichten (act. 65 Beilage 17). 107 In einem Antwortschreiben vom 26. Mai 2014 schrieb die TransnetBW GmbH dazu an die Verfahrensbeteiligte, sie begrüsse diesen ersten Schritt hin zur Beendigung der vorrangigen Berücksichtigung von sämtlichen, auf den sog. Altverträgen beruhenden, Energielieferungen an der Grenze DE-CH (act. 65 Beilage 18). 108 Mit Schreiben vom 27. Mai 2014 teilte die ElCom der Verfahrensbeteiligten mit, dass die Frist für die Umsetzung der Anpassungen der Vorränge gemäss Schreiben vom 29. April 2014 aufgrund von Fristerstreckungsgesuchen der betroffenen Grenzkraftwerksgesellschaften – vorbehaltlich der Eröffnung formeller Verfahren – auf den 1. August 2014 verschoben werde (act. 65 Beilage 19). 109 Am 4. Juli 2014 teilte die ElCom der Verfahrensbeteiligten mit, dass bei der ElCom Gesuche um Erlass einer anfechtbaren Verfügung von Grenzkraftwerksgesellschaften eingegangen seien. Daraus ergebe sich, dass die bisherigen Anweisungen der ElCom (vgl. Schreiben vom 29. April 2014 sowie vom 27. Mai 2014) an die Verfahrensbeteiligte bis auf Weiteres nicht umzusetzen seien. Die Verfahrensbeteiligte werde daher gebeten, zurzeit keine Änderungen bei der Gewährung von Vorrängen für grenzüberschreitende Energielieferungen aus den Grenzkraftwerken am Hochrhein vorzunehmen (act. 87). 110 Die Verfahrensbeteiligte führt dazu aus, die ElCom habe mit ihrer wiederholten Anweisung, über welche die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen hätten unterrichtet werden müssen, klar zum Ausdruck gebracht, dass den betreffenden Grenzkraftwerken ihrer Auffassung nach kein Anspruch auf eine priorisierte Behandlung bei der Kapazitätsvergabe zustehen würde. Basierend auf dieser Ausgangslage sei es denn auch evident, dass es praktisch unmöglich gewesen sei, die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen fünf Monate später davon zu überzeugen, dass eine Vorranggewährung nach Schweizer Recht wiederum zwingend zu gewährleisten sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen in ihrem Vorhaben, die vorrangige Kapazitätsvergabe einzustellen, noch bestärkt worden seien. Vor diesem Hintergrund könne es der Verfahrensbeteiligten nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen wenige Monate später die Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe beschlossen (act. 65 Rz. 51 f.). 111 Die Verfügungsadressatin bringt zu den vorstehend dargestellten Vorgängen insbesondere vor, aus dem Schreiben der ElCom vom 29. April 2014 ergebe sich keine Anweisung, die Gewährung von Vorrängen für die Grenzkraftwerke einzustellen. Das Schreiben sei nicht als Anweisung oder Verfügung ausgestaltet, sondern enthalte einzig eine explizit als solche bezeichnete Bitte der ElCom. Es sei für die Verfahrensbeteiligte klar gewesen, dass keine rechtskräftige Entscheidung über die Beendigung der Vorränge vorgelegen habe. Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Vorränge für die Kraftwerksbetreiber habe die Verfahrensbeteiligte auch erwarten müssen, dass von diesen Verfügungen verlangt würden. Die Verfügungsadressatin habe denn auch eine anfechtbare Verfügung verlangt und vor letzter Instanz Recht erhalten (Urteil BGer 2C\_390/2016 vom 6. November 2017 (act. 70 Rz. 10)). Die Verfahrensbeteiligte habe aber das Ergebnis des Verfahrens nicht abgewartet, sondern ohne Not Fakten geschaffen, indem sie sich wenige Tage nach Eingang des

Schreibens der ElCom an die TransnetBW GmbH gewendet habe und dieser gegenüber ausgeführt habe, die ElCom habe sie angewiesen, einen Grossteil der Vorrangrechte nicht mehr zu gewähren (act. 70 Rz. 11). Damit habe sie die Rechtsposition der betroffenen Grenzkraftwerke und mithin der Verfügungsadressatin schwer beschädigt und die Durchsetzung der Ansprüche vereitelt (act. 70 Rz. 12).

25/50

112 Die Verfahrensbeteiligte hält dem entgegen, sie treffe offenkundig kein Verschulden, wenn sie der Anweisung der ElCom Folge leiste. Das Vorbringen der Verfügungsadressatin beruhe auf der geradezu abwegigen Annahme, dass die Verfahrensbeteiligte Anweisungen der ElCom nur dann folgen dürfe und müsse, wenn diese in Form einer mit Rechtsmittelbelehrung versehenen Verfügung ergingen. Und auch dann bestehe selbstredend keine Rechtspflicht der Verfahrensbeteiligten, eine Verfügung der ElCom anzufechten. Handle die Verfahrensbeteiligte nach Massgabe der Anweisungen der ElCom – was im Verhältnis zwischen der Aufsichtsbehörde und dem beaufsichtigten Aufgabenträger den Regelfall darstelle – könne kein Verschulden begründendes Verhalten der Verfahrensbeteiligten vorliegen (act. 74 Rz. 9).

113 Beim Schreiben der ElCom an die von ihr beaufsichtigte Verfahrensbeteiligte vom 29. April 2014 handelt es sich in der Tat um eine behördliche Anweisung, wie die vorrangige Kapazitätsvergabe gemäss Artikel 17 Absatz 2 künftig umzusetzen sei. Die Formulierung als Bitte zeugt denn auch einzig von einem höflichen Umgangston zwischen der ElCom und der Verfahrensbeteiligten. Die ElCom hat in besagtem Schreiben jedoch keinen Zweifel daran gelassen, dass sie im Falle einer Weigerung der Verfahrensbeteiligten, dem Anliegen nachzukommen, eine anfechtbare Verfügung erlassen werde. Als Bitte, welche es dem Gutdünken der Verfahrensbeteiligten überlassen hätte, ob sie dieser Folge leistet oder nicht, konnte das Schreiben der ElCom somit keinesfalls verstanden werden. Wie die Verfahrensbeteiligte zutreffend ausführt, kann es ihr grundsätzlich nicht zur Last gelegt werden, wenn sie eine Anweisung des Regulators umsetzt.

114 Die Verfahrensbeteiligte hat die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen mit ihrem Schreiben vom 19. Mai 2014 grundsätzlich inhaltlich korrekt darüber in Kenntnis gesetzt, dass die ElCom eine Anpassung der Vorränge für gewisse Grenzkraftwerke angeordnet habe und dabei auch darauf hingewiesen, dass gegen diese Anweisung von den Betroffenen Rechtsmittel ergriffen werden könnten (oben Rz. 106; act. 65 Beilage 17). Wenn die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen darin einen «ersten Schritt hin zur Beendigung der vorrangigen Berücksichtigung von sämtlichen auf Altverträgen beruhenden Energielieferungen an der Grenze DE-CH» sahen (vgl. oben Rz. 107), kann dies somit grundsätzlich nicht der Verfahrensbeteiligten angelastet werden. Angesichts der schon zu einem früheren Zeitpunkt geäusserten Kündigungsabsichten der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen erscheint es zudem naheliegend, dass diese in der von der ElCom angeordneten Reduktion der vorrangig zu vergebenden Übertragungskapazität aus ihrer Sicht einen Schritt in die richtige Richtung sahen. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen sei der Eindruck entstanden, die Schweiz gebe die im Schweizer Recht ausdrücklich vorgesehenen Vorränge gänzlich auf.

115 Hinsichtlich der Kommunikation mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen unmittelbar nach der Anweisung der ElCom vom 29. April 2014 kann der Verfahrensbeteiligten somit kein sorgfaltswidriges Verhalten vorgeworfen werden. Die Verfahrensbeteiligte reicht allerdings im vorliegenden Verfahren keine Belege dafür ein,

dass sie die anschliessend von der ElCom kommunizierte Verschiebung des Umsetzungstermins sowie den Rückzug der Anordnung «bis auf Weiteres» infolge der von den Grenzkraftwerksgesellschaften anhängig gemachten Verfahren in irgendeiner Weise den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen kommuniziert hätte. Die El-Com geht zwar davon aus, dass die Verfahrensbeteiligte dies mindestens der TransnetBW GmbH in ihrer Eigenschaft als Auktionskoordinatorin mitgeteilt hat, zumal es unbestritten ist, dass die von der Anweisung der ElCom betroffenen Vorränge bis Ende 2014 ungeschmälert gewährt wurden. Gleichwohl fehlt jeglicher Beleg dafür, dass die Verfahrensbeteiligte gegenüber den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen mit Nachdruck auf die Notwendigkeit der vorläufigen ungeschmälerten Fortführung der Vorränge gedrängt hat. Vielmehr schien sie davon auszugehen, dass es praktisch unmöglich sei, die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen davon zu überzeugen, dass eine Vorranggewährung nach Schweizer Recht wiederum zwingend zu gewährleisten sei (act. 65 Rz. 52) – dies, obschon diesen gegenüber von Schweizer Seite niemals eine gänzliche Einstellung der nach Schweizer Recht zu gewährenden Vorränge thematisiert worden

26/50

war. Darin kann durchaus eine gewisse Sorgfaltswidrigkeit der Verfahrensbeteiligten gesehen werden: Aufgrund des Schreibens der ElCom vom 4. Juli 2014 musste der Verfahrensbeteiligten klar sein, dass die Vorränge der Grenzkraftwerke an der Grenze DE-CH bis auf Weiteres im bisherigen Umfang zu gewähren sein würden und dass dies aufgrund der hängigen Verfahren über Jahre hinweg der Fall sein könnte. Gerade weil die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen die vorgesehene Reduktion der Vorränge seitens der ElCom zumindest als ersten Schritt hin zu einer gänzlichen Aufhebung der Vorränge aufgefasst hatten (vgl. oben Rz. 107 und 114) und weil sie ursprünglich in Aussicht gestellt hatten, mit der Kündigung bis zum Vorliegen der Rechtsabklärungen seitens der Schweizer Behörden zuzuwarten (vgl. act. 65 Beilage 17 sowie oben Rz. 103), wäre es die Pflicht der Verfahrensbeteiligten gewesen, die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen deutlich auf den Fortbestand sämtlicher Vorränge gemäss Schweizer Recht und insbesondere auf die voraussichtliche (höchst)richterliche Überprüfung der von der ElCom vertretenen Rechtsauffassung hinzuweisen. 116 Damit stellt sich die Frage, ob sich diese Unterlassung als kausal für die ausgesprochene Kündigung – oder zumindest den Zeitpunkt der Kündigung – erweist. Nach Auffassung der ElCom kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass eine klare Information und Aufforderung der Verfahrensbeteiligten an die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen die Kündigung mindestens hätte verschieben können. Denn diese hatten immerhin zugesichert, die Rechtsabklärungen der Schweizer Behörden (wobei hier allerdings in erster Linie die Rechtsabklärungen zum Gutachten Moench und nicht die gerichtliche Überprüfung der Auslegung des Schweizer Rechts durch die ElCom gemeint war) abzuwarten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen sich davon hätten überzeugen lassen, die Klärung der Rechtslage in der Schweiz abzuwarten. Ein Kausalzusammenhang zwischen dieser (mutmasslichen) Unterlassung der Verfahrensbeteiligten und der Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ist jedoch nur zu bejahen, wenn die Unterlassung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Kündigung vermieden hätte (vgl. oben Rz. 72). Eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit ist vorliegend nicht ersichtlich. Das potentiell sorgfaltswidrige Verhalten der Verfahrensbeteiligten in diesem

Punkt ist daher nicht kausal für die Kündigung.

### **E. 3.3.2.6**

Kündigung 117 Mit Schreiben vom 23. September 2014 an die Verfahrensbeteiligte kündigten die TransnetBW GmbH und die Amprion GmbH den bestehenden Kooperationsvertrag vom 29. März 2006 (act. 65 Beilage 1). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Amprion GmbH und die TransnetBW GmbH beabsichtigten, etwaige vertragliche Vereinbarungen betreffend grenzüberschreitende Liefer- bzw. Reserveverträge betreffend die Netznutzung des von der TransnetBW GmbH betriebenen Transportnetzes an der Grenzkuppelstelle DE-CH (Altverträge) nicht mehr auktionunabhängig zu berücksichtigen bzw. hilfsweise zu kündigen. Ziffer 6 des Vertrags verpflichtete sie, die Kapazitätsrechte aus bestehenden Altverträgen zu berücksichtigen. Ziffer 8 des Vertrags verpflichtete sie gleichzeitig zur Freistellung der anderen Auktionspartner von Ansprüchen Dritter, welche diese aufgrund einer schuldhaften Verletzung der Pflicht zur vorrangigen Berücksichtigung der Altverträge geltend machen könnten. Vor dem Hintergrund dieser einseitigen Haftungsregelung und angesichts der eindeutigen Empfehlung des Gutachtens Moench sei es ihnen nicht möglich, dauerhaft an dem Kooperationsvertrag festzuhalten. 118 Mit Schreiben vom 29. September 2014 teilte die TransnetBW GmbH den mutmasslich aus Altrechten im Sinne des alten Kooperationsvertrag Berechtigten – so auch der Verfügungsadressatin – mit, dass die in der Vergangenheit gewährte vorrangige Netznutzung des von der TransnetBW GmbH betriebenen Transportnetzes an der Grenzkuppelstelle Deutschland-Schweiz ab 1. Januar 2015 nicht mehr gewährt werden könnte. «Vorsorglich» wurden dabei gemäss der

27/50

Empfehlung im Gutachten Moench hilfsweise alle vertraglichen Beziehungen, die ein entsprechendes Recht auf vorrangige Berücksichtigung an der Grenzkuppelstelle DE-CH begründen, auf dasselbe Datum gekündigt (act. 65 Beilage 2). 119 Mit E-Mail vom 1. Oktober 2014 informierte die Verfahrensbeteiligte die ElCom über die erfolgte Kündigung und teilte mit, dass die TransnetBW GmbH um eine unverzügliche Neuverhandlung des Kooperationsvertrags gebeten habe (act. 65 Beilage 21).

### **E. 3.3.3**

Neuverhandlung eines Kooperationsvertrags

#### **E. 3.3.3.1**

Allgemeines 120 Die Verfahrensbeteiligte und die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nahmen daraufhin im Rahmen der «Arbeitsgruppe Auktionsregeln» umgehend Vertragsverhandlungen auf (act. 65 Rz. 58), welche sich, wie in der Zusammenarbeit zwischen den Übertragungsnetzbetreiberinnen üblich, per E-Mail und Telefonkonferenzen austauschte (act. 65 Rz. 56 und 58). Dabei wurde auf einen «bereits fortgeschrittenen Entwurf» aus dem Jahr 2011 abgestellt (act. 65 Beilage 21). 121 Für den Ablauf der Verhandlungen kann – soweit nicht in den nachfolgenden Ausführungen abgehandelt – auf die von der Verfahrensbeteiligten eingereichte Übersicht verwiesen werden (act. 65 Beilage 22). Bei der Beurteilung, ob die Verfahrensbeteiligte im Rahmen der Verhandlungen dafür verantwortlich gemacht werden kann, dass im neuen Kooperationsvertrag keine vorrangige Vergabe grenzüberschreitender Übertragungskapazität mehr vorgesehen war, ist nachfolgend durchwegs zu

berücksichtigen, dass die Kündigung des alten Kooperationsvertrags offenkundig mit dem Zweck erfolgt war, jegliche Gewährung von Vorrängen zu beenden. Die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen hatten mit der Kündigung klar zum Ausdruck gebracht, dass die Gewährung von Vorrängen aus ihrer Sicht weder mit dem deutschen noch mit dem übergeordneten europäischen Recht vereinbar sei. Es bedarf keiner weiteren Erklärung, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht bereit waren, in einem neu ausgehandelten Vertrag die nach ihrer Auffassung rechtswidrigen Vorränge aus dem alten Vertrag erneut unverändert aufzunehmen (vgl. auch act. 65 Beilage 24, E-Mail von [...] vom 1. Oktober 2014). Zu prüfen ist nachfolgend allerdings, ob es verhandelbare Alternativen zur bisherigen Umsetzung von aArtikel 17 Absatz 2 StromVG gegeben hätte und falls dies der Fall ist, ob die Verfahrensbe- teiligte dafür verantwortlich gemacht werden kann, dass diese nicht in den neuen Kooperations- vertrag eingeflossen sind. 122 Soweit aus den von der Verfahrensbe- teiligten eingereichten Unterlagen zu den Vertragsverhand- lungen ersichtlich, stand das Thema der vorrangigen Vergabe der grenzüberschreitenden Über- tragungskapazität gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG in einer ersten Phase nicht im Vorder- grund. Dies ist insofern nachvollziehbar, als sich die Verfahrensbe- teiligte aufgrund der grossen Bedeutung des grenzüberschreitenden Stromhandels für die Versorgungssicherheit und die im Handel tätigen Elektrizitätsunternehmen hinsichtlich des Kapazitätszuteilungsverfahrens an der Grenzkuppelstelle DE-CH keinen vertragslosen Zustand leisten konnte. Erste Priorität musste nach der Kündigung des alten Kooperationsvertrags somit die Verhandlung eines neuen Koope- rationsvertrags haben, der die Nutzung des engpassbehafteten grenzüberschreitenden Übertra- gungsnetzes als Grundlage für den zuverlässigen und leistungsfähigen Netzbetrieb ohne Unter- brechung sicherstellte (Art. 20 Abs. 1 StromVG).

### **E. 3.3.3.2**

Vorschlag der Verfahrensbe- teiligten für ein Kapazitätssplitting 123 Die Gewährung von Vorrängen i. S. v. aArtikel 17 Absatz 2 StromVG wurde von der Verfahrens- beteiligten erst in der zweiten Novemberhälfte 2014 in den Verhandlungen thematisiert. Mit

28/50

E-Mail vom 21. November 2014 an das «Steering Committee», welches die Neuverhandlung be- gleitete, brachte die Verfahrensbe- teiligte als Lösungsansatz für die Gewährleistung der vom Schweizer Recht vorgesehenen Vorränge ein sogenanntes «Kapazitätssplitting» ein (act. 65 Bei- lage 46). Dabei wäre die an der Grenze verfügbare Übertragungskapazität virtuell je zur Hälfte dem jeweiligen Land zugesprochen worden (autonome Quote) und die Nutzung der jeweiligen autonomen Quote hätte sich nach der nationalen Gesetzgebung gerichtet. Im Rahmen der Schweizer Quote hätten somit die gesetzlichen Vorränge weiterhin gewährt werden können. Der nach Abzug der Vorränge verbleibende Anteil der Schweizer Quote wäre weiterhin mittels Auktion vergeben worden (act. 65 Rz. 60 ff. sowie Beilage 46). 124 Am 24. November 2014 präsentierte die Verfahrensbe- teiligte den Lösungsvorschlag in einer Te- lefonkonferenz dem Steering Committee (act. 65 Rz. 63). Aus dem von der TransnetBW GmbH erstellten Protokoll der Telefonkonferenz ist ersichtlich, dass die TransnetBW GmbH nach ersten Überlegungen im Vorschlag der Verfahrensbe- teiligten weiterhin eine nicht zulässige vorrangige Berücksichtigung von Altrechten sah, da nicht die gesamte verfügbare Kapazität auch im Markt verauktioniert werde. Aus dem Protokoll ist ferner ersichtlich, dass die Verfahrensbe- teiligte die deutschen Partner um Prüfung und Bewertung des Vorschlags bat,

wozu diese einwilligten. Bemerkenswert ist an dieser Stelle, dass die Verfahrensbeteiligte gemäss Protokoll den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zusicherte, dass dem Thema Altverträge in der Schweiz keine so hohe Bedeutung beigemessen werde, dass bei Nichteinigung eine getrennte Auktionsdurchführung drohe (act. 65 Beilage 47 S. 2). 125 Mit E-Mail vom 2. Dezember 2014 liess die TransnetBW GmbH der Verfahrensbeteiligten namens der beiden deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen die in Aussicht gestellte Rückmeldung zum vorgeschlagenen Kapazitätssplitting zukommen und hielt im Ergebnis fest, sie seien nach der in der Kürze der Zeit gebotenen überschlägigen rechtlichen Einschätzung zum Ergebnis gelangt, dass dem Vorschlag der Verfahrensbeteiligten nicht entsprochen werden könne. Zur Begründung führte die TransnetBW GmbH insbesondere aus, dass die Vorgehensweise einer ideellen bzw. virtuellen Aufteilung der verfügbaren Grenzkapazität und einer Berücksichtigung von Altverträgen im Rahmen der Schweizer Quote ihrer gesetzlichen Verpflichtung widerspreche, sämtliche Kapazitäten dem Markt zur Verfügung zu stellen. Gemäss dem Gutachten Moench fänden die Vorgaben der StromhandelsVO und des deutschen Rechts uneingeschränkt auf die auf deutschem Hoheitsgebiet gelegenen Teile der Übertragungsleitungen an der Grenzkuppelstelle D-CH Anwendung. Bei einer ideellen Aufteilung der Grenzkapazitäten wären notwendigerweise auch Übertragungsleitungen im deutschem Hoheitsgebiet betroffen. Sofern in Bezug auf diese – auch für einen nur geringen Anteil der Schweizer autonomen Quote – Kapazitäten für Altvertragshalter vorrangig vergeben würden, dürfte dies den gesetzlichen Verpflichtungen der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen widerlaufen. Nebst weiteren Vorbehalten betreffend mögliche Marktverzerrungen, einen allfälligen Implementierungsaufwand und die Gefahr, dass die bisher eingenommene Rechtsposition durch eine solche Lösung konterkariert werden könne, wies die TransnetBW GmbH insbesondere darauf hin, dass sich die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ein solches Vorgehen vorab durch die BNetzA genehmigen lassen müssten. Ein Ergebnis der behördlichen Prüfung wäre angesichts bisheriger Erfahrungswerte kurzfristig nicht zu erwarten (act. 65 Beilage 49). 126 Wie die Verfahrensbeteiligte in der Präsentation zu Händen des Steering Committee selbst dargestellt hat, ging ihr Vorschlag vom 21. November 2014 für ein Kapazitätssplitting auf eine Aufforderung der ElCom zurück, Lösungsmöglichkeiten zu prüfen, die im Rahmen der Kapazitätsvergabe den Rechtsrahmen beider Länder respektieren (act. 65 Beilage 46). Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des zu diesem Zeitpunkt bestehenden Zeitdrucks für den Abschluss eines neuen Kooperationsvertrags ist davon auszugehen, dass die Verfahrensbeteiligte ohne diese Aufforderung der ElCom selbst zu diesem späten Zeitpunkt nicht von sich aus alternative Lösungsvorschläge in die Verhandlung eingebracht hätte. Angesichts der zwecks Beendigung

29/50

der vorrangigen Vergabe von Kapazitäten von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ausgesprochenen Kündigung lag der Fokus der Verfahrensbeteiligten mithin nicht auf der Suche nach alternativen Umsetzungsvarianten für Artikel 17 Absatz 2 StromVG, sondern darauf, per 1. Januar 2015 (respektive bereits im Dezember für die Durchführung der Jahresauktion für 2015) zumindest weiterhin eine koordinierte und effiziente Nutzung des grenzüberschreitenden Übertragungsnetzes sicherzustellen (vgl. dazu oben Rz. 122). Den neuen Kooperationsvertrag als Druckmittel gegenüber den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht zu unterschreiben war

dabei keine zulässige Option. Das Bundesgericht hat diesbezüglich im Urteil 2C\_390/2016 festgehalten, dass es der Verfahrensbeiligten nicht freistehe, auf einen Vertragsabschluss zu verzichten, wenn die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen Bedingungen stellen, die mit der schweizerischen Rechtsordnung nicht vereinbar sind. Denn so würde die Verfahrensbeiligte ihren gesetzlichen Auftrag zur Sicherstellung des grenzüberschreitenden Elektrizitätsverkehrs überhaupt nicht erfüllen. Wenn sie in dieser Situation einen Vertrag eingehe, der das Funktionieren der grenzüberschreitenden Übertragungsnetze, wenn auch ohne Vorranggewährung, sicherstelle und damit die schweizerischen Interessen nicht vollständig, aber doch immerhin teilweise wahrnehme, dann könne ihr auch nicht vorgeworfen werden, einen nichtigen Vertrag (Art. 20 OR) abgeschlossen zu haben (Urteil 2C\_390/2016, E. 5.3.3). Dass die Verfahrensbeiligte dem rechtzeitigen Abschluss eines neuen Kooperationsvertrags Priorität einräumte und dabei auch in Kauf nahm, dass dieser unter Umständen nicht alle Vorgaben des schweizerischen Rechts erfüllt, kann ihr somit in der damaligen Situation nicht in grundsätzlicher Weise vorgeworfen werden. 127 Gleichwohl stellt sich die Frage, ob durch ein frühzeitigeres Einbringen alternativer Lösungssätze ein Vertrag hätte verhandelt werden können, welcher a) Artikel 17 Absatz 2 StromVG vollständig oder zumindest teilweise umgesetzt hätte. In einer E-Mail vom 13. Oktober 2014 an Mitarbeitende der Amprion GmbH schrieb die Verfahrensbeiligte zwar, dass die Anpassung der Passagen zu den Altverträgen Priorität haben sollte (act. 65 Beilage 24). Soweit aus den von der Verfahrensbeiligten eingereichten Unterlagen ersichtlich, hat diese dem Thema Vorränge in den Verhandlungen dann jedoch bis zur Einreichung des Vorschlags für ein Kapazitätssplitting nicht nur wenig, sondern so gut wie gar keine Priorität eingeräumt. 128 Dies zeigt sich insbesondere in der Aussage der Verfahrensbeiligten am 24. November 2014 gegenüber dem Steering Committee, dass dem Thema Altverträge in der Schweiz keine so hohe Bedeutung beigemessen werde, dass bei Nichteinigung eine getrennte Auktionsdurchführung drohe (act. 65 Beilage 47 S. 2; oben Rz. 124). Eine getrennte Auktionsdurchführung würde bedeuten, dass ein und dieselbe grenzüberschreibende Übertragungskapazität in unkoordinierter Weise einmal auf deutscher und einmal auf Schweizer Seite mittels Auktion vergeben würde. Dieses Vorgehen wäre die ultima ratio, wenn mangels Kooperation zwischen der Verfahrensbeiligten und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen kein gemeinsames Vergabeverfahren zustande käme. Zwar könnten so auf Schweizer Seite die Vorränge gemäss a) Artikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt werden. Eine unkoordinierte doppelte Vergabe der Übertragungskapazitäten hätte jedoch zur Folge, dass nur diejenigen Marktteilnehmer tatsächlich Übertragungskapazität in Anspruch nehmen können, welche sowohl auf deutscher als auch auf Schweizer Seite die benötigte Übertragungskapazität erwerben konnten. Die verfügbare Kapazität könnte in vielen Fällen nicht voll ausgenutzt werden, weshalb sich ein solches Verfahren als hochgradig ineffizient erweise und dem Markt wertvolle grenzüberschreitende Übertragungskapazität entzöge. Eine getrennte Auktionsdurchführung widerspräche daher im Ergebnis der allgemeinen Pflicht der Netzbetreiber zur Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes (Art. 8 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 20 Abs. 1 StromVG) und würde zudem der ausdrücklichen Pflicht der Verfahrensbeiligten zur Kooperation mit den ausländischen Übertragungsnetzbetreiberinnen (Artikel 20 Abs. 2 Bst. e StromVG) zuwiderlaufen. Eine getrennte Auktionsdurchführung ist somit keine Option, welche die Verfahrensbeiligte in die Vertragsverhandlungen hätte einbringen dürfen oder müssen, sondern um ein ineffizientes, den Prinzipien des StromVG

zuwiderlaufendes Szenario, welches einträte, wenn die Kooperation bei der Vergabe  
30/50

der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität (mit Ausnahme der auch in diesem Szenario erforderlichen Abstimmung bei der Festlegung der nutzbaren Kapazität) zum Erliegen käme. Trotzdem erscheint die Aussage der Verfahrensbeteiligten, wonach dem Thema Vorränge in der Schweiz keine so grosse Bedeutung zugemessen werde, dass es zu diesem Szenario kommen könnte, im Verhandlungskontext äusserst problematisch und zeugt von der geringen Priorität, mit der die Verfahrensbeteiligte dieses Thema behandelte. Vor dem Hintergrund der unmittelbar davor erfolgten Anweisung der ElCom, in den Verhandlungen Lösungsmöglichkeiten zu prüfen, welche das Schweizer Recht respektieren sowie der von den Grenzkraftwerksgesellschaften anhängig gemachten – und der Verfahrensbeteiligten als involvierte Partei bestens bekannten – Verfahren konnte die Verfahrensbeteiligte nach Treu und Glaube nicht davon ausgehen, dem Thema Vorränge werde in der Schweiz keine grosse Bedeutung zugemessen. Trotzdem gab sie mit obgenannter Aussage gegenüber ihren Verhandlungspartnerinnen deutlich zu verstehen, dass diese bei einer Ablehnung von Vorschlägen zur Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG nicht mit nennenswertem Widerstand zu rechnen hatten. In diesem Punkt ist der Verfahrensbeteiligten daher durchaus eine sorgfaltswidriges Verhalten in der Verhandlung vorzuwerfen und es stellt sich die Frage, ob dieses kausal dafür war, dass der eingebrachte Lösungsvorschlag nicht in den neuen Kooperationsvertrag Eingang gefunden hat. 129 Aus der Rückmeldung der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen vom 2. Dezember 2014 (vgl. oben Rz. 125) ist ersichtlich, dass diese den von der Verfahrensbeteiligten eingebrachten Vorschlag für ein Kapazitätssplitting in Form einer Aufteilung der Gesamtkapazität in zwei autonome Quoten als rechtlich unzulässig einstufen. Zwar handelte es sich dabei infolge des bestehenden Zeitdrucks nur um eine «überschlägige» rechtliche Einschätzung. Es erscheint gleichwohl sehr unwahrscheinlich, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nach einer vertiefteren Prüfung des Lösungsvorschlags zu einem völlig anderen Ergebnis gelangt wären. Auch bei einer härteren Verhandlungsart der Verfahrensbeteiligten hätte dieser Lösungsvorschlag somit kaum durchgesetzt werden können. Hinzu kommt, dass ein solcher Systemwechsel bei der Vergabe der marktorientierten Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität gemäss den Aussagen der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen von der BNetzA hätte genehmigt werden müssen. Abgesehen davon, dass eine solcher Entscheid der BNetzA damals nicht rechtzeitig hätte eingeholt werden können, muss ferner auch davon ausgegangen werden, dass die BNetzA damals zu derselben rechtlichen Einschätzung gelangt wäre wie die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen. Dies zeigt insbesondere ein später mit Blick auf die Umsetzung des per 1. Oktober 2017 revidierten Artikel 17 Absatz 2 StromVG durchgeführter Austausch zwischen der ElCom und der BNetzA. Die ElCom hat der BNetzA in diesem Zusammenhang am 14. August 2018 mehrere Lösungsvorschläge für die künftige Umsetzung der nach Schweizer Recht weiterhin vorgesehenen Vorränge unterbreitet, wovon zwei im Wesentlichen auf dem damals von der Verfahrensbeteiligten in die Verhandlung eingebrachten Konzept des Kapazitätssplittings beruhten (act. 88, Varianten a und b). Die BNetzA hielt in ihrer Antwort an die ElCom vom 20. November 2018 unmissverständlich fest, dass diese Lösungsvorschläge aus ihrer Sicht genauso wenig mit dem deutschen und europäischen Gleichbehandlungsgebot vereinbar seien wie die alte Rechtspraxis vor der Kündigung des alten Kooperationsvertrags

zwischen den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und der Verfahrensbeiliegten (act. 89). Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen auch damals nicht die erforderliche Zustimmung der BNetzA für den Lösungsvorschlag der Verfahrensbeiliegten erhalten hätten. Das in diesem Punkt potentiell sorgfaltswidrige Verhalten der Verfahrensbeiliegten war somit nicht kausal dafür, dass ihr Lösungsvorschlag im neuen Kooperationsvertrag nicht berücksichtigt wurde.

31/50

### **E. 3.3.3.3**

Gegenvorschlag der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen 130 Aus dem vorstehend in Randziffer 124 erwähnten Protokoll zur Telefonkonferenz des Steering Committee vom 24. November 2014 ist ersichtlich, dass von der TransnetBW GmbH als «nahezu gleichwertige mögliche Alternative» zum Kapazitätssplitting (vgl. dazu oben Ziffer 3.3.3.2) eine rein finanzielle Entschädigung der Vorrangberechtigten aus den Engpasserlösen auf Schweizer Seite vorgeschlagen wurde. Gemäss Protokoll entgegnete die Verfahrensbeiliegte, dass hierfür in der Schweiz die gesetzliche Basis fehle und es ist kurz diskutiert worden, ob die finanzielle Entschädigung für die Altrechtinhaber akzeptabel wäre. Gemäss der Verfahrensbeiliegten hätten die bisherige Reaktionen der Altrechtinhaber gezeigt, dass sie eine physikalische Nutzung bevorzugen (act. 65 Beilage 47 S. 2). 131 Die Verfügungsadressatin sieht in dieser Begründung geradezu eine mutwillige Verletzung der Rechtsposition der Grenzkraftwerke. Es möge noch naheliegend sein, anzunehmen, dass die Grenzkraftwerke einen physischen Vorrang «bevorzugen». Ein physischer Vorrang sei aber von deutscher Seite gar nicht angeboten worden und sei nicht zur Diskussion gestanden. Aufgrund dessen anzunehmen, dass die betroffenen Grenzkraftwerke die Alternative einer «nahezu gleichwertigen» finanziellen Entschädigung ablehnen würden, sei in keiner Weise nachvollziehbar. Mit der Ablehnung dieser gleichwertigen finanziellen Entschädigung habe die Verfahrensbeiliegte nicht nur die Prioritätsrechte der Verfügungsadressatin vereitelt, sondern auch Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verletzt (act. 70 Rz. 14). Es komme hinzu, dass die Verfahrensbeiliegte es schuldhaft unterlassen habe, die betroffenen Kraftwerke über das Angebot der deutschen Seite zu informieren und dieses auch gegenüber den Behörden verschwiegen habe (act. 70 Rz. 15 bis 18). Damit sei nachgewiesen, dass die Verfahrensbeiliegte schuldhaft einen gleichwertigen Alternativvorschlag der deutschen Seite eigenmächtig abgelehnt habe und damit eine finanzielle Gewährung der Transportrechte vereitelt habe (act. 70 Rz. 19). 132 Die Verfahrensbeiliegte bringt diesbezüglich vor, dass von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen eine rein finanzielle Entschädigung aus den Engpasserlösen auf Schweizer Seite vorgeschlagen worden sei. Eine Beteiligung an einer solch finanziellen Entschädigung der Altrechtinhaber aus den ihnen zukommenden Auktionserlösen hätten die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zu keinem Zeitpunkt in Betracht gezogen. Von einem Angebot könne daher keine Rede sein (act. 74 Rz. 11). Für einen sogenannten finanziellen Vorrang, bezahlt aus dem schweizerischen Anteil an den Auktionserlösen fehle es an einer entsprechenden Rechtsgrundlage. Auf diese Tatsache habe die Verfahrensbeiliegte in der besagten Telefonkonferenz korrekterweise auch hingewiesen (act. 74 Rz. 12). Die Beträge, welche für ersteigerte Übertragungskapazitäten geleistet werden, gälten als Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren im Sinne von Artikel 17 Absatz 5 StromVG. Und sämtliche dieser Einnahmen seien nach entsprechender Genehmigung

durch die ElCom für die in Artikel 17 Absatz 5 StromVG abschliessend vorgesehenen Verwendungszwecke einzusetzen. Eine finanzielle Entschädigung von Vorrangberechtigten mit Auktionserlösen habe der Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen (so BGer 2C\_632/2016 vom 6. November 2017, E. 3.7.3.3) (act. 74 Rz. 12). Eine Rückerstattung der im Rahmen der Verauktionierung von Übertragungsnetzkapazitäten geleisteten Entgelte würde die marktorientierte Kapazitätsvergabe vollends aushebeln. Das Auktionsverfahren würde markt- bzw. wettbewerbsorientiert betrachtet zur Farce. Hätte der Gesetzgeber eine strukturelle finanzielle Entschädigung der Rechteinhaber bei objektiver Unmöglichkeit der physischen Vorranggewährung implementieren wollen, wäre diese Alternative wohl im Rahmen der Neuregelung der Vorranggewährung ins Gesetz aufgenommen worden. Indessen sehe auch die seit dem 1. Oktober 2017 geltende Bestimmung zur vorrangigen Kapazitätsvergabe keinen finanziellen Vorrang vor (act. 74 Rz. 13). Der Verfahrensbeteiligten bei dieser Sachlage zu unterstellen, sie habe den Anspruchsberechtigten und der ElCom ein Angebot der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zur finanziellen Entschädigung der Vorrangberechtigten absichtlich verschwiegen und eigenmächtig abgelehnt, entbehre jeglicher Grundlage (act. 74 Rz. 14).

32/50

133 Nachfolgend ist daher zu klären, ob eine rein finanzielle Gewährung von Vorrängen damals eine zulässige Option gewesen wäre und falls ja, ob die Verfahrensbeteiligte mit der Ablehnung des von deutscher Seite eingebrachten Vorschlags zur Unmöglichkeit der Vorranggewährung beizutragen hat. Vorab ist in diesem Kontext festzuhalten, dass die ElCom gegenüber der Verfahrensbeteiligten bereits einmal die rückwirkende Gewährung eines finanziellen Vorrangs verfügt hat (Verfügung 921-09-003 vom 12. Mai 2011). Diese Verfügung ist rechtskräftig. Der Verfahrensbeteiligten ist somit bekannt, dass die ElCom deren heute vertretene Auffassung zur Zulässigkeit rein finanzieller Vorränge gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG mindestens in der Vergangenheit nicht teilte. Offensichtlich beruft sich die Verfahrensbeteiligte nun jedoch auf die inzwischen ergangene Rechtsprechung der Rechtsmittelinstanzen der ElCom, weshalb diese nachfolgend zu untersuchen ist: Das Bundesgericht hat im von der Verfahrensbeteiligten zitierten Urteil 2C\_632/2016 vom 6. November 2017 betreffend «kaufmännische Vorränge» (in diesem Fall für Lieferungen an feste Endverbraucher gemäss Artikel 17 Abs. 2 i. V. m. Art. 13 Abs. 3 Best. a StromVG), wie von der Verfahrensbeteiligten vorgebracht, festgehalten, Artikel 17 Absatz 2 StromVG gehe davon aus, dass die dort geregelten Vorränge nicht nach den in Absatz 1 genannten marktorientierten Verfahren, sondern vorab bzw. ausserhalb dieser Verfahren zugeteilt würden. Bei einem kaufmännischen Vorrang müssten jedoch auch die Vorrangberechtigten zunächst an diesen marktorientierten Verfahren teilnehmen; es würden somit entgegen dem Wortlaut von Artikel 17 Absatz 2 StromVG nicht Vorränge «bei der Zuteilung von Kapazitäten» gewährt, sondern nachträgliche finanzielle Kompensationen geleistet. Die Auktionspreise, welche die Vorrangberechtigten zunächst an die Verfahrensbeteiligte bezahlen, wären somit Teil der Auktionserlöse. Deren Verwendungszwecke seien aber in Artikel 17 Absatz 5 StromVG abschliessend geregelt: Rückerstattungen an Vorrangberechtigte gehörten nicht dazu; sie könnten insbesondere nicht als Kosten zur Gewährleistung der Verfügbarkeit der zugeteilten Kapazität (Bst. a) betrachtet werden, würde doch durch eine nachträgliche Kompensation gerade nicht eine zugeteilte Kapazität verfügbar gehalten. Dies sei ein Hinweis, dass der Gesetzgeber

offenbar nicht an einen kaufmännischen Vorrang gedacht habe (E. 3.7.3.1). Gemäss Bundesgericht wirft ein solches System zudem zahlreiche Fragen auf, die gesetzlich nicht geregelt sind. Dies sei ein weiterer Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber einen solchen kaufmännischen Vorrang nicht in Betracht gezogen habe. Gänzlich ausschliessen wollte das Bundesgericht in diesem Urteil die Möglichkeit finanzieller Vorränge indes doch nicht. Denn es führte auch aus, dass – wenn überhaupt – höchstens ein System mit Artikel 17 Absatz 5 StromVG vereinbar wäre, bei welchem derjenige Teil der Auktionserlöse an die Vorrang- bzw. Kompensationsberechtigten verteilt werde, der von den Vorrangberechtigten stamme. Da die Auktionserlöse hälftig den ausländischen Übertragungsnetzbetreiberinnen zustünden, würde somit effektiv höchstens die Hälfte der von den Vorrangberechtigten bezahlten Auktionspreise zurückerstattet (E. 3.7.3.3). 134 Auch im vorstehend unter Ziffer 3.1 bereits eingehend betrachteten, gleichentags gefällten Urteil des Bundesgerichts 2C\_390/2016 vom 6. November 2017 ging das Bundesgericht davon aus, dass die vom schweizerischen Recht vorgeschriebene Vorranggewährung i. S. v. a Artikel 17 Absatz 2 StromVG faktisch nicht ohne die Mitwirkung der nicht dem schweizerischen Recht unterstehenden deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen möglich sei und hat daraus geschlossen, dass die Vorranggewährung objektiv unmöglich sei (E. 5.3.2). Die Frage der Zulässigkeit finanzieller Vorränge wurde vom Bundesgericht zwar nicht explizit beantwortet. Implizit ergibt sich aus den Urteilen aber, dass das Bundesgericht keine andere Umsetzungsmöglichkeit von a Artikel 17 Absatz 2 StromVG sah als eine physische. 135 Aus der zitierten Rechtsprechung lässt sich nach Auffassung der ElCom zwar kein absoluter Ausschluss einer finanziellen Gewährung von Vorrängen unter a Artikel 17 Absatz 2 StromVG erkennen: So hat das Bundesgericht im Urteil 2C\_632/2016 immerhin dargelegt, wie ein StromVG-konformer finanzieller Vorrang allenfalls aussehen könnte. Und im Urteil 2C\_390/2016 ging das Bundesgericht zwar implizit davon aus, dass Vorränge nur physisch gewährt werden können.

33/50

Gleichzeitig hielt es aber auch fest, dass die finanziellen Folgen bei Nichtgewährung des Vorrangs (welche nach Auffassung der ElCom im Ergebnis je nach konkreter Ausgestaltung einer finanziellen Gewährung von Vorrängen gleichkommen können) durch die ElCom festzulegen seien. Nichts desto trotz ergibt sich aus den erwähnten Urteilen aber deutlich, dass der Gesetzgeber beim Erlass der alten Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG zumindest keine finanziellen Vorränge vor Augen hatte. Die am 24. November 2014 im Steering Committee – trotz Kenntnis eines von der ElCom angeordneten finanziellen Vorrangs – geäusserte Einschätzung der Verfahrensbeteiligten, wonach in der Schweiz die gesetzliche Basis für rein finanzielle Vorränge fehle, erweist sich in Bezug auf die damalige Rechtslage somit als vertretbar. Ein sorgfaltswidriges Verhalten kann der Verfahrensbeteiligten diesbezüglich nicht vorgeworfen werden.

#### **E. 3.3.3.4**

Abschluss des neuen Kooperationsvertrags 136 Am 8. Dezember 2014 stellte die TransnetBW GmbH den Vertragspartnern die finale Fassung des neuverhandelten Kooperationsvertrags zur Unterschrift zu (act. 65 Rz. 67 und Beilage 58). Die Verfahrensbeteiligte stellte diesen am Folgetag auch der ElCom zur Kenntnisnahme zu (act. 65 Beilage 50). 137 Am 11. Dezember 2014 informierte die Verfahrensbeteiligte sämtliche Vorrangberechtigte – so auch die Verfügungsadressatin – über die Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe aufgrund der Kündigung des alten Kooperationsvertrags

(act. 65 Rz. 68). 138 Mit Schreiben vom 17. Dezember 2014 teilte die Verfahrensbeteiligte der ElCom formell den Abschluss des neuen Kooperationsvertrags mit und führte aus, dass die Vorschläge der Verfahrensbeteiligten zur Gewährung der vorrangigen Vergabe – auch zum Splitting der Grenzkapazitäten – abgelehnt worden seien. Der neue Kooperationsvertrag sehe dementsprechend ausschliesslich eine Vergabe nach marktorientierten Zuteilungsverfahren vor. Aus diesem Grund entfalle per 1. Januar 2015 die Möglichkeit, die Berücksichtigung von Kapazitätsrechten aus bestehenden Altverträgen sowie von Vorrängen nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG an der Grenzkuppelstelle DE-CH rechtlich wie auch faktisch durchzusetzen. Die Verfahrensbeteiligte habe die bisherigen Begünstigten mit Schreiben vom 11. Dezember 2014 darüber informiert, dass ab 1. Januar 2015 bis auf Weiteres keine grenzüberschreitende Übertragungskapazität mehr vorrangig zugeteilt werden könne und sämtlicher Bedarf an Kapazität im marktorientierten Zuteilungsverfahren zu beschaffen sei. Die ElCom werde gebeten, die Verfahrensbeteiligte zu informieren, sofern von behördlicher Seite Optionen und Möglichkeiten bestünden, die Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG an der Grenzkuppelstelle Deutschland-Schweiz sicherzustellen (act. 40; act. 65 Bei- lage 60). 139 Mit Schreiben an die Verfahrensbeteiligte vom 19. Dezember 2014 nahm die ElCom vom Abschluss des neuen Kooperationsvertrags Kenntnis und hielt fest, dass die stromversorgungs- rechtlichen Vorgaben und insbesondere die Vorrangregelung gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG zu beachten und einzuhalten seien. Aufgrund der der ElCom vorliegenden Informatio- nen sei nicht definitiv abschätzbar, welche durch Artikel 17 Absatz 2 StromVG geschützten Vor- ränge an der schweizerisch-deutschen Grenze bestünden. Würden solche vorliegen, seien Mittel und Wege zu finden, diese innerhalb des schweizerischen Territoriums auch umzusetzen (act. 42).

#### **E. 3.3.4**

Ereignisse nach Inkrafttreten des neuen Kooperationsvertrags 140 Mit Blick auf die am 1. Oktober 2017 in Kraft getretene neue Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG, welche neu ausdrücklich auch die Vorränge der Grenzkraftwerke regelt und auf die Sicherstellung staatsvertraglich definierter Hoheitsanteile abstellt, hat die Verfahrensbeteiligte die

34/50

deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen mit Schreiben vom 28. September 2017 um die ge- meinsame Berücksichtigung dieser gesetzgeberischen Änderung gebeten. Gemäss den identi- schen Antwortschreiben vom 11./12. Dezember 2017 der deutschen Übertragungsnetzbetreibe- rinnen stellt die Änderung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG ausschliesslich eine Konkretisierung des Kreises an auf schweizerischer Seite vorrangig zu berücksichtigender Rechte von Marktteil- nehmern dar. Sie führe jedoch nicht zu einer Neubetrachtung des Sachverhalts. Im Übrigen führ- ten die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen u. a. aus, den Grenzkraftwerken sei es unbe- nommen, die benötigten Grenzkapazitäten im Wege des üblichen Auktionsprozesses zu erwerben (act. 65 Beilagen 62 und 63). 141 Auch die ElCom ist mit Blick auf die Umsetzung des revidierten Artikel 17 Absatz 2 StromVG aktiv geworden, um zusammen mit der BNetzA eine Lösung für die künftige Umsetzung der im Schwei- zer Recht vorgesehenen Vorränge zu erarbeiten. Mit Schreiben vom 26. April 2018 wies die El- Com die BNetzA u. a. darauf hin, dass aus Schweizer Sicht nach wie vor Vorränge zu gewähren seien. Die grenzüberschreitende Kapazität sei nach Auffassung der ElCom ein gemeinsames Thema beider Länder und könne entsprechend nicht durch das Recht des einen Landes vollum- fänglich und

abschliessend im Alleingang definiert werden. Die ElCom gelange daher in einem ersten Schritt mit der Frage an die BNetzA, als zuständige deutsche Behörde, ob sie die Auffassung der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen teile, wonach das deutsche Recht keinen Vorrang zulasse (act. 83). 142 In einem Schreiben vom 17. Juli 2018 führte die BNetzA dazu aus, dass ihres Erachtens das Gutachten Moench sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis nicht zu beanstanden sei. Die BNetzA teile die darin zum Ausdruck gebrachte Einschätzung, wonach es mit dem unions- und bundesrechtlichen Diskriminierungsverbot nicht vereinbar sei, einzelnen Kraftwerken oder sonstigen Marktakteuren unter Meldung ihrer Teilnahme am regulären Auktionsverfahren vorrangig einen Netzzugang zu gewähren. Zum Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots gehörten auch die im Unions- und Bundesgebiet befindlichen Teile der Grenzkuppelstelle. Die daraus folgende Konsequenz, wonach an einer Grenzkuppelstelle an der Unionsaussengrenze zwei Rechtsregime Anwendung finden, möge zwar zu Ineffizienzen bei der Kapazitätsvergabe führen. Dies sei aber für sich genommen noch kein Rechtfertigungsgrund, um Grenzkraftwerke zu privilegieren. Aus Sicht einer Behörde eines Mitgliedstaates der Europäischen Union wäre eine andere Sichtweise juristisch schwer begründbar (act. 84). 143 In einem erneuten Schreiben an die BNetzA vom 14. August 2018 präsentierte die ElCom dieser vier Lösungsvorschläge, welche aus Sicht der ElCom den Rechtsrahmen beider Länder respektieren und eine möglichst effiziente Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität gewährleisten. Es handelte sich dabei im Wesentlichen um verschiedene Varianten der beiden Ansätze «Kapazitätssplitting» und «finanzieller Vorrang» (act. 88). 144 Mit Schreiben vom 20. November 2018 teilte die BNetzA der ElCom mit, dass die gemachten Vorschläge ihres Erachtens mit dem deutschen und europäischen Rechtsrahmen nicht vereinbar seien und daher von ihr nicht mitgetragen werden könnten. Selbst in Bezug auf die Variante «d», welche eine ausschliesslich von der Verfahrensbeteiligten abgewickelte finanzielle Abgeltung der Vorrangberechtigten vorsieht, äusserte die BNetzA Bedenken, hielt dazu aber immerhin fest, dass sie von sich aus von einer Beanstandung absehen würde, wenn die anderen Nachbar-Regulatoren der Schweiz die Zahlungen an die Grenzkraftwerke als innerschweizerische Angelegenheit betrachten würden (act. 89). 145 Auf Frage der ElCom hin bestätigte die BNetzA in einem weiteren Schreiben vom 25. Februar 2019, dass sie die Einschätzung der ElCom teile, wonach die separate Vergabe der Grenzkuppelkapazitäten an der deutsch-schweizerischen Grenze, d. h. eine Vergabe auf der schweizeri-

35/50

schon Seite nach schweizerischem Recht und eine Vergabe auf der deutschen Seite nach deutschem Recht, beide Rechtsrahmen respektieren würde. Zudem teile sie auch die Ansicht der ElCom wonach eine separate Vergabe aufgrund der Ineffizienz nicht angestrebt werden sollte, solange es eine andere Möglichkeit gebe, welche beide Rechtsordnungen respektiert (act. 90 und 91). 146 Die Verfügungsadressatin bringt in Bezug auf den Zeitraum nach Beendigung des alten Kooperationsvertrags unter anderem vor, die Verfahrensbeteiligte sei weiterhin verpflichtet gewesen, mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zusammenzuarbeiten und die Schweizer Interessen gegenüber den deutschen Netzbetreiberinnen zu vertreten (act. 85 Rz. 3). Gemäss Bundesgericht sei die Kooperation mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen seit der Kündigung der bisherigen Verträge per Ende 2014 mindestens bis zum Datum des

Bundesgerichtsentscheid ausgeblieben. Aufgrund der ausgebliebenen Kooperation hätten die Vorrangrechte der Grenzkraftwerke nicht mehr erfüllt werden können (BGer 2C\_390/2016, E. 5.3.3). Aufgrund der Korrespondenz zwischen der ElCom und der BNetzA sei eindeutig erstellt, dass die Verhandlungsbereitschaft im Zusammenhang mit der Vorranggewährung auf Seiten von Deutschland durchgängig bestanden habe, insbesondere auch nach Kündigung der bisherigen Verträge mit der Vorranggewährung per 31. Dezember 2014 und trotz der seit der Kündigung der bisherigen Verträge noch zusätzlich bekräftigten Vorrangregelung im Schweizer Recht. Dies hätten die deutschen Behörden den Schweizer Behörden explizit mitgeteilt und dabei sogar betont, man sehe den Lösungsvorschlägen der Schweiz «gespannt entgegen» (vgl. Schreiben der BNetzA an die ElCom vom 17. Juli 2018, act. 84, S. 2). Dieser Appell habe sich auch an die Verfahrensbeteiligte gerichtet. Die erwarteten Lösungsvorschläge seien aber ausgeblieben (act. 85 Rz. 5). Auch ohne Einladung von deutscher Seite zur Verhandlungsführung wäre Swissgrid verpflichtet gewesen, die für die Vorranggewährung erforderliche Kooperation von sich aus energisch anzustreben und auf die Einhaltung der schweizerischen Rechtsordnung zu beharren (act. 85 Rz. 6). Die Verfahrensbeteiligte hätte auch gestützt auf das Völkerrecht Verhandlungsdruck aufbauen können und müssen. Deutschland sei auch völkerrechtlich nicht völlig frei, den Schweizer Interessen zu schaden und in Bezug auf die Nutzung des Hochrheins sogar zur Verhandlungsführung mit der Schweiz verpflichtet (BGE 129 II 114 E.4.3, S. 122). Deutschland sei es daher nicht gestattet, die vorrangige Vergabe von grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten ohne vorheriges Einverständnis der Schweiz zu beenden. Dies gelte vorliegend umso mehr, als die Schweiz und insbesondere die Schweizer Grenzkraftwerksgesellschaften mit dem einseitigen Vorgehen von Deutschland erheblich geschädigt werden. Es wäre an der Verfahrensbeteiligten gelegen, Deutschland an seine völkerrechtlichen Pflichten zu erinnern und zu deren Einhaltung anzuhalten. Dies habe die Verfahrensbeteiligte unterlassen (act. 85 Rz. 7).

147 Die Verfahrensbeteiligte bringt dazu unter anderem vor, mit der vom Bundesgericht in den Urteilen 2C\_390/2016 und 2C\_391/2016 vom 6. November 2017 erwähnten nicht mehr erfolgenden Kooperation sei unmissverständlich eine Kooperation der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zur Gewährung von Vorrangrechten an der Grenze Deutschland/Schweiz und nicht etwa die Kooperation der Verfahrensbeteiligten gemeint (act. 99 Rz. 1). Dass die Verfahrensbeteiligte aufgrund von Artikel 17 Absatz 2 StromVG verpflichtet sei, Vorränge zu gewähren, sei unbestritten. Ebenso klar sei aber auch, dass deren Gewährung an den Grenzkuppelstellen Deutschland/Schweiz von der Kooperation der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen abhängt (act. 99 Rz. 2). Da es im deutschen und europäischen Recht seit der Kündigung des Kooperationsabkommens nicht zu einer Änderung der Rechtslage gekommen sei, hätten weitere Verhandlungsversuche seitens der Verfahrensbeteiligten nicht zu einer erneuten Kooperation mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zur Wiedergewährung der Vorränge an der Grenze Deutschland/Schweiz geführt. Auch der Austausch zwischen der ElCom und der BNetzA in den Jahren 2018 und 2019 hätten bis heute nicht dazu geführt (act. 99 Rz. 3).

36/50

148 Wie vorstehend dargelegt, haben sich sowohl die Verfahrensbeteiligte als auch die ElCom nach Inkrafttreten des revidierten Artikel 17 Absatz 2 StromVG auf deutscher Seite um eine Lösung für die Gewährleistung der im Schweizer Recht vorgesehenen Vorränge bemüht. Dabei hat sich erneut gezeigt, dass eine physische Umsetzung der Vorränge auf

deutscher Seite sowohl von den Übertragungsnetzbetreiberinnen als auch von der BNetzA mit Verweis auf den auf deutscher Seite geltenden Rechtsrahmen weiterhin kategorisch abgelehnt wird. Dies verdeutlicht die klare Haltung welche von deutscher Seite seit Vorliegen des Gutachtens Moench in dieser Frage eingenommen wurde und bestätigt, dass ein physischer Vorrang weder Ende 2014 noch zu einem späteren Zeitpunkt verhandelbar war.

### **E. 3.3.5**

Fazit 149 Aus den vorstehenden Erwägungen wird deutlich, dass die eingetretene Unmöglichkeit der (physischen) Gewährung von Vorrängen an der deutsch-schweizerischen Grenze auf die nach Vorliegen des Gutachtens Moench von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen eingenommene Haltung zurückgeht, wonach jegliche vorrangige Vergabe von grenzüberschreitender Übertragungskapazität dem deutschen und europäischen Recht widerspricht. Aus den obigen Ausführungen folgt auch, dass die Verfahrensbeteiligte für den Entscheid der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zur Kündigung des alten Kooperationsvertrags nicht verantwortlich gemacht werden kann. Denn es ist in dieser Hinsicht bezüglich der verschiedenen Ereignisse entweder keine Pflichtverletzung der Verfahrensbeteiligten oder kein adäquater Kausalzusammenhang zwischen ihren Handlungen und der ausgesprochenen Kündigung erkennbar. 150 Im Rahmen der Verhandlungen für einen neuen Kooperationsvertrag kann der Verfahrensbeteiligten zwar der Vorwurf gemacht werden, sie habe dem Thema «Vorränge» nicht die nötige Bedeutung zugemessen und das Thema infolgedessen in den Verhandlungen nicht mit der nötigen Priorität behandelt. Wie die obigen Ausführungen unter Ziffer 3.3.3 gezeigt haben, hätte aber auch eine härtere, stärker auf die vom Schweizer Recht vorgesehenen Vorränge fokussierte Verhandlungsart der Verfahrensbeteiligten nicht zu einer das Schweizer Recht respektierenden Lösung im neuen Kooperationsvertrag geführt. Auch dass die Verfahrensbeteiligte den von deutscher Seite mutmasslich akzeptierten Lösungsansatz eines rein finanziellen Vorrangs nicht akzeptierte, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden. Denn wie die wenig später ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung zeigt, war die Einschätzung der Verfahrensbeteiligten, wonach für eine solche Lösung die gesetzliche Grundlage fehle, in Bezug auf die alte Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG vertretbar. 151 Im Ergebnis ist die Verfahrensbeteiligte somit weder für die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen noch für deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Kooperationsvertrag abzuschliessen, verantwortlich. Der Antrag 2 der Verfügungsadressatin ist daher abzuweisen.

### **E. 3.4**

Ungerechtfertigte Bereicherung / Herausgabe des stellvertretenden Commodums

#### **E. 3.4.1**

Allgemeines 152 Nach den obigen Ausführungen steht fest, dass die Unmöglichkeit der Vorranggewährung durch Umstände eingetreten ist, welche die Verfahrensbeteiligte nicht zu verantworten hat (Art. 119 Abs. 1 OR). Sie wird daher nicht schadenersatzpflichtig (BGer 2C\_390/2016, E. 5.3.4). Zu prüfen ist aber, ob die Verfügungsadressatin gegenüber der Verfahrensbeteiligten einen Anspruch aus

ungerechtfertigter Bereicherung oder einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums hat (BGer 2C\_390/2016, E. 5.3.4 f.).

### **E. 3.4.2**

Ungerechtfertigte Bereicherung 153 Gemäss Artikel 62 Absatz 1 OR hat wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Diese Verbindlichkeit tritt insbesondere dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 2 OR). Die Bestimmung ist auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts anwendbar (HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT in: Basler Kommentar OR I, Art. 62, Rz. 2). Voraussetzung für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist zunächst eine Bereicherung, d. h. eine Vermögensvermehrung auf der einen Seite und eine Entreichung auf der anderen Seite. Die Vermögensvermehrung des Bereicherten muss somit zu Lasten eines anderen, dem Entreicherten, erfolgt sein (HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT a. a. O., Art. 62, Rz. 5 ff. und 8). Eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen dem Entreicherten und dem Bereicherten ist dabei nicht vorausgesetzt. Auszugleichen ist vielmehr jede Bereicherung, die der Schuldner auf Kosten eines anderen erlangt hat (BGer 4C.338/2006 vom 27.11.2006, E. 3.1). Dabei ist aber mindestens ein Sachzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreichung erforderlich (HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT, a. a. O., Art. 62, Rz. 9). Eine Bereicherung kann dabei nicht nur durch eine Zuwendung des Entreicherten entstehen (sog. Leistungskondiktion; vgl. HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT a. a. O., Art. 62, Rz. 11 ff.), sondern auch durch unberechtigte Eingriffe des Bereicherten in das Vermögen eines anderen. Ein solcher Eingriff liegt vor, wenn jemandem die Herrschaft über einen Gegenstand (Sache, Recht) entzogen wird, wenn jemand am Gebrauch oder der Nutzung einer Sache oder eines Rechts gehindert wird, oder wenn eine fremde Sache verbraucht wird. (sog. Eingriffskondiktion, vgl. HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT, a. a. O., Art. 62, Rz. 19 ff.). Vorausgesetzt ist zu guter Letzt, dass die Bereicherung ungerechtfertigt ist, d. h., dass sie ohne Rechtsgrund erfolgt ist (HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT, a. a. O., Art. 62, Rz. 10). Der Nutzen, den jemand aus einem Recht, das ihm aufgrund eines gültigen Rechtsgrundes von einem Dritten eingeräumt worden ist, erlangt hat, kann deshalb nicht unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung herausverlangt werden (BGer 4C.337/2002 vom 3.3.2003, E.2.2; HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT, a. a. O., Art. 62, Rz. 10a).

154 Der mit dem neuen Kooperationsvertrag einhergehende Wegfall der vor dem 1. Januar 2015 gewährten Vorränge führt dazu, dass sich die mittels Auktion zu vergebende verfügbare Kapazität bei gleichbleibender nutzbarer Kapazität im Umfang der weggefallenen Vorränge erhöht. Jeder nicht gewährte Vorrang führt daher bei den Übertragungsnetzbetreibern grundsätzlich zu zusätzlichen Auktionserlösen (vgl. auch act. 99 Rz. 24).

155 Die Verfahrensbeteiligte bestreitet nicht, dass sie seit dem 1. Januar 2015 solche Erlöse erzielt. Sie stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass sie durch die Einnahme von Auktionserlösen zu keinem Zeitpunkt einen wirtschaftlichen oder finanziellen Vorteil jedweder Art erzielt habe. Diese Einnahmen kämen nicht der Verfahrensbeteiligten zugute, sondern würden von ihr lediglich treuhänderisch gehalten und nach Genehmigung durch die ElCom (Art. 22 Abs. 2 Bst. c StromVG) entsprechend den gesetzlich vorgesehenen Verwendungszwecken gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG eingesetzt (act. 65 Rz. 79). Der Einsatz von Auktionserlösen gemäss Artikel 17 Absatz

### E. 3.4.3

Stellvertretendes Commodum 160 Die im Schweizer Recht nicht ausdrücklich verankerte, aber in Lehre und Rechtsprechung anerkannte Theorie des Anspruchs auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums bei nicht verantworteter Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Artikel 119 Absatz 1 OR besagt, dass der Schuldner dem Gläubiger alles herauszugeben hat, was er infolge des Ereignisses, das die nachträgliche Unmöglichkeit herbeiführte, als Ersatz bzw. Gegenleistung für den ursprünglich geschuldeten Gegenstand erhalten hat (BGE 112 II 235 E. 4c; BGer 4C.199/2004 E. 10.1; PAUL PFAMMATER, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Dissertation, Bern, 1983, §3 I.).

Voraussetzung ist nur, dass zwischen der Erlangung des stellvertretenden Commodums und dem Unmöglichkeitseintritt ein enger wirtschaftlicher, nicht unbedingt aber ein rechtlicher und adäquater Zusammenhang besteht (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 119, Rz. 15; PAUL PFAMMATER, a. a. O., §3, II, 3., b.) und dass zwischen dem Gegenstand, dessen Leistung unmöglich geworden ist, und dem Gegenstand, für den ein Ersatz geleistet worden ist, Identität besteht. Ersatz im Sinne eines stellvertretenden Commodums ist mithin jedes «wirtschaftliche Äquivalent», das im Vermögen des Schuldners an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes getreten ist (PAUL PFAMMATER, a. a. O., §3, II., 4.). Gemäss herrschender Lehre handelt es sich beim Recht auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums um ein Gestaltungsrecht. Der Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums lebt mithin erst auf und wird fällig, wenn dieses vom Gläubiger herausverlangt wird (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 64.14; PAUL PFAMMATER, a. a. O., §5, I., 4.; BGE 112 II 235 E. 4c). 161 Vorliegend ist unbestritten, dass die Nichtgewährung des Vorrangs der Verfügungsadressatin bei der Verfahrensbeteiligten zu zusätzlichen Auktionserlösen geführt hat (vgl. oben Rz. 154). Die Verfahrensbeteiligte bestreitet zwar, dass sie dadurch bereichert sei (vgl. oben Rz. 155 ff.). Im Gegensatz zum Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist für den Anspruch auf Heraus-

40/50

gabe des stellvertretenden Commodums indes nicht vorausgesetzt, dass eine Netto-Bereicherung stattgefunden hat, sondern es ist schlicht alles herauszugeben was die Verfahrensbeteiligte als Ersatz für die anderweitige Verwertung des ursprünglich der Verfügungsadressatin geschuldeten Vorrangs erhalten hat. Wie vorstehend in Rz. 154 dargelegt, kann die der Verfügungsadressatin von Gesetzes wegen vorrangig zustehende grenzüberschreitende Übertragungskapazität aufgrund der nunmehr unmöglichen Gewährung von Vorrängen zusätzlich in den Auktionen vergeben werden und führt so grundsätzlich bei den beteiligten Übertragungsnetzbetreiberinnen zu zusätzlichen Auktionserlösen. Der geforderte wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Unmöglichkeitseintritt und den zusätzlich erzielten Auktionserlösen ist damit offenkundig gegeben. Ebenso offenkundig handelt es sich bei den zusätzlich erzielten Auktionserlösen der Verfahrensbeteiligten um ein «wirtschaftliches Äquivalent», das an die Stelle des nicht gewährten Vorrangs der Verfügungsadressatin getreten ist, ergibt sich der Wert der versteigerten Kapazität doch direkt aus dem in der Auktion erzielten Preis. Ungeachtet der Tatsache, dass die Verfahrensbeteiligte die Auktionserlöse in ihren Büchern als «treuhänderisch gehaltene Positionen» führt, handelt es sich dabei entgegen ihrer Auffassung um Vermögenswerte der Verfahrensbeteiligten selbst und nicht etwa um

treuhänderisch verwaltetes Vermögen Dritter (vgl. Ausführungen der Verfahrensbeteiligten oben Rz. 155). Der Umstand, dass die Verwendung dieser Einnahmen abschliessend gesetzlich definiert und von der ElCom zu genehmigen ist (Art. 17 Abs. 5 und 22 Abs. 2 Bst. c StromVG), vermag daran nichts zu ändern und steht einer Herausgabe als stellvertretendes Commodum nicht entgegen: Zwar hat das Bundesgericht im oben in Randziffer 133 erwähnten Urteil 2C\_632/2016 vom 6. November 2017 betreffend «kaufmännische Vorränge» ausgeführt, dass Rückerstattungen an Vorrangberechtigte nicht zu den Verwendungszwecken von Artikel 17 Absatz 5 StromVG gehörten (E. 3.7.3.1). Wie oben in Randziffer 133 dargelegt, hat das Bundesgericht diese Aussage indes noch im selben Urteil relativiert und eine Rückerstattung nicht per se ausgeschlossen. In den gleichentags gefällten Urteilen 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 hat das Bundesgericht zudem unmissverständlich ausgeführt, dass die ElCom zu prüfen habe, ob die Verfahrensbeteiligte gegenüber der Verfügungsadressatin einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums habe. Wäre das Bundesgericht von der Unzulässigkeit jeglicher Rückerstattung aus den eingenommenen Auktionserlösen ausgegangen, hätte es der ElCom diesen Auftrag nicht erteilt. Nach Auffassung der ElCom handelt es sich beim herauszugebenden stellvertretenden Commodum denn auch nicht um Einnahmen aus den Auktionen, welche unter Berücksichtigung der gesetzlichen Verwendungszwecke einzusetzen sind, sondern Einnahmen, welche bei gegebenen Voraussetzungen von vornherein gestützt auf Artikel 119 OR herauszugeben und dem Verteilungsmechanismus gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG daher gar nicht zuzuführen sind. Damit ist erstellt, dass es sich bei den zusätzlichen Auktionserlösen der Verfahrensbeteiligten, welche auf nicht gewährte Vorränge der Verfügungsadressatin im Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 30. September 2018 zurückgehen, um ein stellvertretendes Commodum handelt, dessen Herausgabe die Verfügungsadressatin bei gegebenen Voraussetzungen verlangen kann. 162 Mit dem Einreichen des Antrags 5 in ihrer Eingabe vom 4. Mai 2015 im vorliegenden Verfahren hat die Verfügungsadressatin von der Verfahrensbeteiligten die Herausgabe des stellvertretenden Commodums verlangt (vgl. oben Rz. 22 sowie act. 49). Die erforderliche Wahlerklärung der Verfügungsadressatin zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums (vgl. oben Rz. 160) liegt daher vor und die betroffenen Auktionserlöse sind von der Verfahrensbeteiligten an die Verfügungsadressatin herauszugeben.

#### **E. 3.4.4**

Bezifferung des stellvertretenden Commodums 163 Die Höhe des für die Rückerstattung des stellvertretenden Commodums relevanten Vorrangs der Verfügungsadressatin im Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 30. September 2018 entspricht der

41/50

Kapazität, welche die Verfügungsadressatin für den zeitnahen Rücktransport desjenigen Stromanteils benötigt hätte, der infolge asymmetrischer Einspeisung des Kraftwerks Reckingen in die nationalen Verteilnetze den vorgesehenen Verteilschlüssel von 50 Prozent überstiegen hat und damit gemäss Konzession der anderen Seite zugestanden hätte (vgl. oben Rz. 57). 164 Da der vorstehend definierte Vorrang niemals real gewährt wurde, kann nicht festgestellt werden, ob er von der Verfahrensbeteiligten ausschliesslich bei der Festlegung der Kapazität in den Tagesauktionen oder allenfalls bereits in gewissem Umfang bei den Jahres- und Monatsauktionen berücksichtigt worden wäre. Die ElCom hat daher für die Berechnung des stellvertretenden Commodums im Sinne eines plausiblen

Modells festzulegen, wie die erzielten Preise in den Jahres-, Monats- oder Tagesauktionen zu berücksichtigen sind (vgl. auch Ausführungen der Verfahrens- beteiligten in act. 65, Rz. 83). Während die im alten Kooperationsvertrag betragsmässig von vorn- herein festgelegten Vorränge aus Altverträgen von Anfang an bekannt waren, hängt der vorlie- gend relevante Vorrang unmittelbar von der tatsächlichen Produktion und Einspeisesituation im Kraftwerk Reckingen ab und ist somit Schwankungen unterworfen. Der Vorrang hätte somit bei der Auktionskoordinatorin basierend auf den entsprechenden Prognosen angemeldet werden müssen. Diese Prognosen sind naturgemäss mit Unsicherheiten behaftet, die bis zum Lieferzeit- punkt zunehmend kleiner werden. Eine Berücksichtigung des Vorrangs in den Jahres- oder Mo- natsauktionen wäre mithin mit erheblichen Prognosefehlern einhergegangen und ist daher nicht als wahrscheinliches Szenario einzustufen. Vor diesem Hintergrund erachtet es die ElCom als angemessen, im Sinne eines plausiblen Modells für die Berechnung des stellvertretenden Com- modums ausschliesslich auf die Auktionserlöse aus den Tagesauktionen abzustellen. 165 Nachfolgend ist folglich zu ermitteln, wie hoch die Auktionserlöse sind, welche die Verfahrensbe- teiligte in den Tagesauktionen zusätzlich erzielt hat, weil im Umfang des nicht gewährten Vor- rangs der Verfügungsadressatin zusätzliche Übertragungskapazität vergeben werden konnte. Wie auch die Verfahrensbeteiligte bereits angedeutet hat (vgl. act. 65 Rz. 83), müssten dafür grundsätzlich die tatsächlich erzielten Auktionserlöse auf theoretischer Basis mit den hypotheti- schen Auktionserlösen verglichen werden, welche unter Berücksichtigung des Vorrangs der Ver- fügungsadressatin sowie allfälliger weiterer Vorränge, welche zu gewähren gewesen wären, er- zielt worden wären. Dabei kann jedoch nicht auf die tatsächliche Gebotskurve abgestellt werden, welche ohne Berücksichtigung der Vorränge zustande gekommen ist. Denn für die theoretische Betrachtung ist zumindest in denjenigen Stunden, in denen die zu berücksichtigenden Vorränge nicht vernachlässigbar klein sind, davon auszugehen, dass sich die Gebotskurve aufgrund des verringerten Angebots und der infolge der Gewährung von Vorrängen verringerten Nachfrage nach Kapazität verschieben würde. Art und Ausmass der zu erwartenden Veränderung der An- gebotskurve lassen sich jedoch nicht exakt bestimmen, hängt diese doch von der jeweiligen Be- schaffungsstrategie sämtlicher Auktionsteilnehmer ab. Eine solche Betrachtung wäre daher spe- kulativ. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass sich die vom Preisgefälle zwischen den betroffenen Gebotszonen abhängende Werthaltigkeit der grenzüberschreitenden Übertragungs- kapazität im hypothetischen Szenario mit verringertem Angebot und verringerter Nachfrage in der Auktion nicht wesentlich von derjenigen im realen Szenario ohne Berücksichtigung der Vorränge unterscheidet. Auch die Verfahrensbeteiligte hat auf Anfrage des Fachsekretariats der ElCom hin bestätigt, dass nach ihrer Auffassung geringe Änderungen der in der Auktion verfügbaren Kapa- zität den Preis – mit Ausnahme vereinzelter Stunden – nur unwesentlich beeinflussen (act. 99 Rz. 24). Die ElCom erachtet es daher als sachgerecht, im Sinne eines vereinfachten Berech- nungsmodells auf die tatsächlich erzielten Preise in den Tagesauktionen abzustellen. 166 Basis für die Berechnung des stellvertretenden Commodums sind somit die stündlichen Leis- tungswerte des oben in Rz. 163 definierten Vorrangs. Diese sind mit den für die jeweilige Stunde erzielten Auktionspreisen in Euro für die jeweilige Richtung (DE-CH oder CH-DE) in der Tages- auktion zu multiplizieren, welche unter <https://www.jao.eu/> öffentlich zugänglich sind. Gemäss Ziffer 7.2 des neuen Kooperationsvertrags kommen die an der Grenze DE-CH vereinnahmten

Erlöse zu 50 Prozent der Verfahrensbeteiligten und zu 50 Prozent der TransnetBW GmbH und der Amprion GmbH zu Gute und werden den Auktionspartnern direkt vom Auktionsbüro gutgeschrieben (act. 65, Beilage 58). Das von der Verfahrensbeteiligten herauszugebende stellvertretende Commodum entspricht somit der Hälfte der insgesamt für die Vergabe der fraglichen Kapazität erzielten Auktionserlöse. Zusammengefasst ergibt sich für die Berechnung des stellvertretenden Commodums somit folgende Gleichung, wobei  $i$  für jede Stunde steht:

$$\sum \text{Vorrangi DE} \rightarrow \text{CH} [\text{MWh}] * \text{Market clearing price der Tagesauktioni DE} \rightarrow \text{CH} [\text{EUR/MWh}] + \sum \text{Vorrangi CH} \rightarrow \text{DE} [\text{MWh}] * \text{Market clearing price der Tagesauktioni CH} \rightarrow \text{DE} [\text{EUR/MWh}]$$

wobei: wenn: Einspeisung in  $\text{CH}_i$  [MWh] < Erzeugung des Kraftwerkes  $i$  [MWh] \* 50%  
dann:  $\text{Vorrangi CH} \rightarrow \text{DE} [\text{MWh}] = \text{Erzeugung des Kraftwerkes } i * 50\% [\text{MWh}] - \text{Einspeisung in } \text{CH}_i [\text{MWh}]$

$\text{Vorrangi DE} \rightarrow \text{CH} [\text{MWh}] = 0$  wenn: Einspeisung in  $\text{DE}_i$  [MWh] < Erzeugung des Kraftwerkes  $i$  [MWh] \* 50%  
dann:  $\text{Vorrangi CH} \rightarrow \text{DE} [\text{MWh}] = 0$   
 $\text{Vorrangi DE} \rightarrow \text{CH} [\text{MWh}] = \text{Erzeugung des Kraftwerkes } i * 50\% [\text{MWh}] - \text{Einspeisung in } \text{DE}_i [\text{MWh}]$   
167 Dies ergibt ein stellvertretendes Commodum von total [...] Euro (s. Berechnung in der Excel-Tabelle im Anhang der Verfügung).  
168 Gemäss Artikel 84 OR sind Geldschulden in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen. Geschuldet ist vorliegend die Herausgabe des in der Währung Euro bei der Verfahrensbeteiligten eingegangenen stellvertretenden Commodums. Artikel 84 Absatz 2 OR räumt der Verfahrensbeteiligten zwar im Sinne einer alternativen Ermächtigung das Recht ein, anstelle der ausländischen Währung in Landeswährung zu bezahlen, falls sich der Leistungsort in der Schweiz befindet (vgl. ULRICH G. SCHROETER in: Basler Kommentar OR I, Art. 84, Rz. 35). Eine richterliche Instanz kann jedoch im Erkenntnisverfahren nur eine Zahlung in der geschuldeten Fremdwährung zusprechen (ULRICH G. SCHROETER, a. a. O., Art. 84, Rz. 37; BGer 4A\_391/2015 vom 1.10.2015, E. 3; BGE 134 III 151 E. 2.4.). Die Verfahrensbeteiligte ist daher zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums in Euro zu verpflichten.  
169 Zu berücksichtigen ist vorliegend, dass die im Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 30. September 2018 eingenommenen Auktionserlöse der Verfahrensbeteiligten zum heutigen Zeitpunkt bereits vollumfänglich von der Verfahrensbeteiligten verwendet worden sind. Die Mehrheit der Auktionserlöse wurde dabei für die Senkung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes verwendet (Art. 17 Abs. 5 Bst. c StromVG). Die Herausgabe des stellvertretenden Commodums an die Verfügungsadressatin ist von der Verfahrensbeteiligten daher aus den laufenden Einnahmen aus den Auktionen zu finanzieren. Der Umstand, dass die ElCom deren Verwendung bereits bis und mit dem Kalenderjahr 2021 genehmigt hat (Verfügung 232-00076 vom 6. April 2020), steht dem nicht entgegen. Die Auszahlung des stellvertretenden Commodums schmälert lediglich die nach allen zulässigen Abzügen verbleibenden Auktionserlöse, zu deren Verwendung die ElCom sich bereits verbindlich geäußert hat.

43/50

### E. 3.4.5

Verzugszinsen 170 Die Verfügungsadressatin macht für die von ihr geltend gemachten Beträge Verzugszinsen von

#### **E. 4**

Wenn der benachbarte TSO nicht bereit ist, einer Lösung zuzustimmen, die eine durchgängige vorrangige Kapazitätsvergabe über die Grenze erlaubt, wie kann Swissgrid ihre Verpflichtung aus Artikel 17 Absatz 2 StromVG erfüllen?

#### **E. 5**

Prozent seit Entstehen des wirtschaftlichen Vorteils geltend (vgl. oben Rz. 48 sowie act. 97). Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre gilt mangels einer besonderen gesetz- lichen Regelung oder eines qualifizierten Schweigens als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen die Pflicht, Verzugszins zu bezahlen, wenn der Schuldner im Verzug ist (BGer 2C\_352/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.2.1). In der Strom- versorgungsgesetzgebung findet sich keine Bestimmung zur Höhe des Zinssatzes bezüglich ei- ner Geldforderung im Falle des Schuldnerverzugs. Folglich beträgt der Zinssatz im Zusammen- hang mit der Rückerstattung von nicht geschuldeten SDL-Akontozahlungen in analoger Anwendung von Artikel 104 Absatz 1 OR 5 Prozent (BVGerA-2619/2009 vom 29. November 2011, E. 5). 171 Voraussetzung für den Schuldnerverzug ist in analoger Anwendung von Art. 102 Abs. 1 OR ei- nerseits die Fälligkeit der Forderung sowie die Mahnung durch den Gläubiger. Vor der Fälligkeit kann kein Verzug eintreten. Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt. Mit der Mah- nung muss die zu erbringende Leistung so genau bezeichnet werden, dass der Schuldner er- kennt, was der Gläubiger fordern will. Eine Bezifferung ist jedoch nicht erforderlich, wenn sie im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung nicht möglich ist, weil deren genaue Höhe noch nicht fest- steht. Auch im öffentlichen Recht wird verlangt, dass die Geldforderung unmissverständlich gel- tend gemacht und zur Zahlung innert einer bestimmten Frist aufgefordert wird, z. B. durch Zustel- lung eines Zahlungsbefehls (BGer 2C\_352/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.2.2). Auch die Erhebung einer Leistungsklage gilt als Verzug auslösende Mahnung (BGE 130 III 591 E. 3.1; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, WOLFGANG WIEGAND in: Basler Kommentar OR I., Art. 102, Rz. 9). Entschei- dend ist dabei der Tag der Zustellung der Klage oder des Gesuchs an die Verfahrensbeteiligte (vgl. BGE 56 II 212 E. 3 [S. 220]). 172 Die Verfügungsadressatin macht in ihrem Antrag 4 betreffend die Herausgabe des stellvertreten- den Commodums Verzugszinsen von 5 Prozent seit Entstehen des wirtschaftlichen Vorteils gel- tend (vgl. oben Rz. 43 sowie act. 97 Rz. 12). 173 Betreffend die von der Verfügungsadressatin geltend gemachten Verzugszinsen gilt es zu be- rücksichtigen, dass der Verzug nicht vor Fälligkeit der Forderung eintreten kann (vgl. oben Rz. 171). Die Fälligkeit des Anspruchs der Verfügungsadressatin auf Herausgabe des stellver- tretenden Commodums ist, wie oben unter Ziffer 160 dargelegt, frühestens mit der Ausübung einer entsprechenden Wahlerklärung eingetreten. Soweit ersichtlich ist eine solcher Erklärung erstmals mit dem Antrag 5 der Eingabe der Verfügungsadressatin vom 4. Mai 2015 im vorliegen- den Verfahren erfolgt (vgl. oben Rz. 22; act. 49). Diese wurde der Verfahrensbeteiligten am 28. Mai 2015 zugestellt (act. 52). Der Anspruch auf Gewährung des stellvertretenden Commo- dums ist somit ausgehend von der Zugangstheorie, wonach eine empfangsbedürftige Willenser- klärung zum Zeitpunkt des Zugangs beim Empfänger wirksam wird (vgl. dazu BGer 4A\_11/2013 vom 16.05.2013, E. 5), seit dem 28. Mai 2015 fällig. Da die Verfügungsadressatin zu diesem Zeitpunkt nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte und musste, dass ihr der Vorrang bis auf Weiteres nicht gewährt werden

würde, muss ihr Antrag so gedeutet werden, dass er sich auch auf künftige Ansprüche bezieht, welche erst nach Einreichung der Eingabe vom 4. Mai 2015 entstehen. Für den Eintritt der Fälligkeit ist sodann generell zu berücksichtigen, dass diese erst dann eintreten kann, wenn die Verfahrensbeteiligte überhaupt über ein herauszugebendes stellvertretendes Commodum verfügt, was jeweils dann der Fall ist, wenn die Forderung der Verfahrensbeteiligten auf Auszahlung der Auktionserlöse gegenüber dem Auktionsbüro JAO ihrerseits fällig wird.

44/50

174 Die Abrechnung der Auktionserlöse zwischen der Verfahrensbeteiligten und dem Auktionsbüro JAO erfolgt jeweils am 5. des Monats und bezieht sich auf die Erlöse der Tagesauktionen des Vormonats. Diese Forderung wird spätestens Ende des Abrechnungsmonats fällig. Die Forderung der Verfahrensbeteiligten für den Monat M werden somit Ende des Monats M+1 fällig (act. 99 Rz. 22). Daraus ergeben sich folgende Fälligkeitstermine für die Herausgabe des stellvertretenden Commodums: 1. Januar 2015 – 31. März 2015:

28. Mai 2015 Für den April 2015:

31. Mai 2015 Für Mai 2015:

30. Juni 2015 ...

... Für den September 2018

31. Oktober 2018

175 Nachdem feststeht, wann die Fälligkeit des Anspruchs auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums eingetreten ist, bleibt zu beurteilen, ob und wann der Verzug eingetreten ist. Mahnungen der Verfügungsadressatin an die Verfahrensbeteiligte sind hinsichtlich der Herausgabe des stellvertretenden Commodums keine ersichtlich.

Abzustellen ist daher auf den Zeitpunkt, in dem die Verfügungsadressatin ihren Anspruch bei der ElCom geltend gemacht hat, welcher als Verzug auslösend gilt (vgl. Ausführungen oben in Rz. 171). Dies war erstmals mit der Eingabe der Verfügungsadressatin vom 4. Mai 2015 der Fall (s. oben Rz. 173). Der Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums im Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 31. März 2015 ist somit per 28. Mai 2015 nicht nur fällig geworden, sondern die Verfahrensbeteiligte ist gleichzeitig auch in Verzug geraten. Wie bereits in Bezug auf die Fälligkeit, muss der Antrag der Verfügungsadressatin auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums vorliegend nach Treu und Glauben so gedeutet werden, dass er sich auch auf künftige Forderungen bezieht, welche nach Zugang der Anträge bei der Verfahrensbeteiligten fällig werden. Eine solche vor Fälligkeit zugehende Mahnung ist wirksam, wenn sie die Leistung zum Fälligkeitstermin verlangt (CORINNE WIDMER LÜCHINGER, WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 102, Rz. 8).

176 Damit ist der Verfügungsadressatin ihr Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums wie folgt zuzusprechen: Zeitraum Stellvertretendes Commodum [EUR] Verzugszins seit 1.1.2015 – 31.3.2015 [...] 28. Mai 2015 April 2015 [...] 31. Mai 2015 Mai 2015 [...] 30. Juni 2015 Juni 2015 [...] 31. Juli 2015 Juli 2015 [...] 31. August 2015 August 2015 [...] 30. September 2015 September 2015 [...] 31. Oktober 2015 Oktober 2015 [...] 30. November 2015 November 2015 [...] 31. Dezember 2015 Dezember 2015 [...] 31. Januar 2016 Januar 2016 [...] 29. Februar 2016 Februar 2016 [...] 31. März 2016 März 2016 [...] 30. April 2016

45/50

April 2016 [...] 31. Mai 2016 Mai 2016 [...] 30. Juni 2016 Juni 2016 [...] 31. Juli 2016 Juli 2016 [...] 31. August 2016 August 2016 [...] 30. September 2016 September 2016 [...] 31. Oktober 2016 Oktober 2016 [...] 30. November 2016 November 2016 [...] 31. Dezember 2016 Dezember 2016 [...] 31. Januar 2017 Januar 2017 [...] 28. Februar 2017 Februar 2017 [...] 31. März 2017 März 2017 [...] 30. April 2017 April 2017 [...] 31. Mai 2017 Mai 2017 [...] 30. Juni 2017 Juni 2017 [...] 31. Juli 2017 Juli 2017 [...] 31. August 2017 August 2017 [...] 30. September 2017 September 2017 [...] 31. Oktober 2017 Oktober 2017 [...] 30. November 2017 November 2017 [...] 31. Dezember 2017 Dezember 2017 [...] 31. Januar 2018 Januar 2018 [...] 28. Februar 2018 Februar 2018 [...] 31. März 2018 März 2018 [...] 30. April 2018 April 2018 [...] 31. Mai 2018 Mai 2018 [...] 30. Juni 2018 Juni 2018 [...] 31. Juli 2018 Juli 2018 [...] 31. August 2018 August 2018 [...] 30. September 2018 September 2018 [...] 31. Oktober 2018 4 Gebühren 177 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich

46/50

vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En). 178 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken. 179 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i. V. m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3). 180 Die Verfügungsadressatin obsiegt in Bezug auf die in der vorliegenden Verfügung beurteilten Anträge nicht vollumfänglich. Insbesondere mit ihren Schadenersatzbegehren dringt sie nicht durch. Es rechtfertigt sich daher, der Verfahrensbeteiligten als mehrheitlich unterliegende Partei 80 Prozent und der Verfügungsadressatin 20 Prozent der Gebühren aufzuerlegen.

47/50

### III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der Kraftwerk Reckingen AG aus den laufenden Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze zu bezahlen: [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 28. Mai 2015 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Mai 2015 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. Juni 2015 [...] Euro zzgl. Zins

von 5 Prozent seit dem 31. Juli 2015 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. August 2015 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. September 2015 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Oktober 2015 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. November 2015 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Dezember 2015 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Januar 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 29. Februar 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. März 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. April 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Mai 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. Juni 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Juli 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. August 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. September 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Oktober 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Dezember 2016 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Januar 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 28. Februar 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. März 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. April 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Mai 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. Juni 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Juli 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. August 2017

48/50

[...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. September 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Oktober 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. November 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Dezember 2017 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Januar 2018 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 28. Februar 2018 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. März 2018 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. April 2018 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Mai 2018 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. Juni 2018 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Juli 2018 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. August 2018 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. September 2018 [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Oktober 2018

2. Im Übrigen werden die Anträge der Kraftwerk Reckingen AG abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 3. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird zu 80 Prozent der Swissgrid AG und zu 20 Prozent der Kraftwerk Reckingen AG auferlegt. Die Rechnungen werden nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt. 4. Die Verfügung wird der Kraftwerk Reckingen AG und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet. Bern, 13.10.2020

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom Werner Luginbühl Präsident Renato Tami Geschäftsführer Versand:

49/50

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief: - Kraftwerk Reckingen AG, 5332 Reckingen, vertreten durch VISCHER AG, RA Stephan Rechsteiner, RA Tabea Steiger, Schützengasse 1, Postfach 5090, 8021 Zürich - Swissgrid AG, Bleichemattstrasse 31, Postfach, 5001 Aarau

Anhang: - Excel-Tabelle zur Berechnung des stellvertretenden Commodums (elektronisch eröffnet)

50/50

IV Rechtsmittelbelehrung Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen (Art. 50 VwVG, Art. 23 StromVG). Die Frist steht still: a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern; b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August; c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 22a VwVG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat (Art. 52 Abs. 1 VwVG).

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