

ELCOM 232-00035-TxPnZp vom 5. November 2020

ElCom, 2020-11-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_232-00035-TxPnZp

FR: ELCOM 232-00035-TxPnZp du 5 novembre 2020

IT: ELCOM 232-00035-TxPnZp del 5 novembre 2020

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit 54 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. November 2015 eine Verfügung erlassen (vgl. oben Rz. 25). Das auf Beschwerde gegen diese Verfügung hin gefällte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-221/2016 vom 2. April 2019 hebt diese Verfügung teilweise auf und weist die Angelegenheit an die ElCom zurück. Damit ist die Zuständigkeit der ElCom zum Erlass der vorliegenden Verfügung gegeben.

E. 2

Parteien und rechtliches Gehör

E. 2.1

Parteien 55 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 56 Die Verfügungsadressatin und die Verfahrensbeteiligte sind materielle Adressaten der angefochtenen Verfügung der ElCom vom 19. November 2015 und des diesbezüglichen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-221/2016 vom 2. April 2019, 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 Rz. 59 ff.). 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 57 Die Verfügungsadressatin beantragt in ihrer Eingabe vom 14. 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. 89 Rz. 17, 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 indes kein Anspruch der Verfügungsadressatin gegenüber der Verfahrensbeteiligten 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.

12/51

58 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 59 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). 60 Die Verfahrensbeteiligte hat mit ihren Anträgen 1-3 zwar Feststellungsbegehren gestellt, auf welche nicht eingetreten wird. Ihre Eingaben können aber nicht als Anerkennung der Anträge der Verfügungsadressatin verstanden werden. 61 Vorliegend handelt es sich um ein aufgrund einer Rückweisung des Bundesverwaltungsgerichts wiederaufgenommenes Verfahren (vgl. oben Rz. 35). Der Gegenstand des Verfahrens beschränkt sich daher von vornherein auf diejenigen Aspekte, welche mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-221/2016 vom 2. April 2019 nicht rechtskräftig geworden, sondern zur erstinstanzlichen Beurteilung an die ElCom zurückgewiesen worden sind. Diese stecken auch den Rahmen ab, in dem die Anträge der Parteien zu berücksichtigen sind. 62 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-221/2016 vom 2. April 2019 den von der ElCom in Dispositiv-Ziffer 2 ihrer Verfügung vom 19. November 2015 festgelegten Vorrang der Verfügungsadressatin im Grundsatz bestätigt, diesen jedoch zeitlich bis zum 30. September 2018 beschränkt. Hintergrund dieser Beschränkung durch das Bundesverwaltungsgericht ist, dass dieses den Vorranganspruch gestützt auf eine andere Rechtsgrundlage bejaht hat als die ElCom: Im Gegensatz zur ElCom in ihrer Verfügung vom 19. November 2015, begründet das Bundesverwaltungsgericht den Anspruch der Verfügungsadressatin auf Vorrang nicht mit dem Vorliegen eines vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossenen internationalen Bezugs- und Liefervertrags i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 StromVG, sondern verneint einen solchen Anspruch (E. 5, insb. E. 5.4). Aufgrund der zwischenzeitlich in anderen Verfahren betreffend Vorränge von Grenzkraftwerken ergangenen bundesgerichtlichen Urteile 2C_390/2016 und 2C_391/2016 vom 6. November 2017 anerkannte die Verfahrensbeteiligte im Laufe des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesver-

waltungsgericht aber, dass der Verfügungsadressatin ein Vorrang für Lieferungen aus erneuerbaren Energien im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG zustehe (s. oben Rz. 34). Dieser Vorranganspruch wurde mit der per 1. Oktober 2017 revidierten Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVV (AS 2017 4999) abgeschafft und gilt gemäss der Übergangsbestimmung in Artikel 33b Absatz 3 StromVG längstens 12 Monate ab Inkrafttreten dieser Änderung, d. h. bis 30. September 2018. Folgerichtig hat das Bundesverwaltungsgericht daher den nunmehr unbestrittenen Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf einen Vorrang im Sinne von Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der ElCom vom 19. November 2015 bis 30. September 2018 beschränkt (BVGer A-221/2016, E. 4.4, 5.1 und 5.5). Bestand und Umfang

13/51

des von der Verfügungsadressatin am 27. Juni 2014 bei der ElCom geltend gemachten Anspruchs auf Vorrang für Lieferungen aus dem Kraftwerk Laufenburg (s. oben Rz. 10) sind somit grundsätzlich bis zum 30. September 2018 rechtskräftig durch die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung der ElCom vom 19. November 2015 festgelegt und folglich nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. 63 Die Frage, ob der Verfügungsadressatin ab 1. Oktober 2018 unter dem revidierten Artikel 17 Absatz 2 StromVG weiterhin ein Vorrang für Lieferungen aus dem Kraftwerk Laufenburg zusteht, ist ebenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sondern ist von der ElCom im hängigen Verfahren 232-00067 zu beurteilen (vgl. auch BVGer A-221/2016, E. 6.5). 64 Das Bundesverwaltungsgericht führte in Erwägung 6 des Urteils A-221/2016 mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGer 2C_390/2016 und 2C_391/2016 vom 6. November 2017) aus, dass die praktische Umsetzung der Verpflichtung zur Vorranggewährung nicht ohne die Kooperation mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen möglich sei. Diese Kooperation erfolge seit der Kündigung der bisherigen Verträge per Ende 2014 nicht mehr, weshalb die Erfüllung des Vorrangs objektiv unmöglich sei. Daher entfalle ab 1. Januar 2015 die Pflicht der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin den Vorrang zu gewähren und es frage sich, welche Folgen die objektive Unmöglichkeit nach sich ziehe. In Erwägung 6.2 hält das Bundesverwaltungsgericht dazu fest, die Verfahrensbeteiligte werde in analoger Anwendung von Artikel 119 Absatz 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig. Eine Schadenersatzpflicht bestehe nur für den Fall, dass die Verfahrensbeteiligte die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Vertrag abzuschliessen, mitzuverantworten hätte (BGer 2C_390/2016 und 2C_391/2016, E. 5.3.1-5.3.4). Diesfalls bleibe ihre Leistungspflicht bestehen, wobei sie der Verfügungsadressatin eine Entschädigung im Umfang des Verlusts, der ihr durch die Nichtgewährung der beantragten Vorränge entstanden ist, zu bezahlen hätte. Sollte die Verfahrensbeteiligte die Unmöglichkeit nicht zu verantworten haben, durch den Wegfall der Vorränge jedoch einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt haben, wäre dieser nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung oder des stellvertretenden Commodums an die Verfügungsadressatin herauszugeben (BGer 2C_390/2016 und 2C_391/2016, E. 5.3.5). 65 Da zum Urteilszeitpunkt weder im vorliegenden Verfahren noch in jenen vor dem Bundesgericht (BGer 2C_390/2016 und 2C_391/2016) näher untersucht worden war, welche Konsequenzen die objektive Unmöglichkeit der

Vorranggewährung hat, wurde die Sache vom Bundesverwaltungsgericht zwecks weiterer Abklärungen im Sinne der Erwägungen in den beiden Bundesgerichtsursurteilen BGER 2C_390/2016 und 2C_391/2016 an die ElCom zurückgewiesen. Unklar sei namentlich, ob die Unmöglichkeit einen finanziellen Ausgleich für die Verfügungsadressatin nach sich ziehe (BVGer A-221/2016, Dispositiv-Ziffer 1.1 sowie E. 6.4). Da der vom Bundesverwaltungsgericht bejahte Anspruch auf Vorrang am 30. September 2018 endete und somit zum Urteilszeitpunkt (2. April 2019) ohnehin nicht mehr umsetzbar war, wurden die beiden Dispositiv-Ziffern 4 und 5 der Verfügung der ElCom vom 19. November 2015, welche von der Verfahrensbeteiligten einen Umsetzungsvorschlag sowie einen jährlichen Bericht zur Umsetzung verlangten, aufgehoben (BVGer A-221/2016, Dispositiv-Ziffer 1.2 sowie E. 6.4). Nicht aufgehoben wurde hingegen Dispositiv-Ziffer 6 der Verfügung der ElCom vom 19. November 2015, welche die Gebühr für das Verfahren vor der ElCom festlegt und der Verfahrensbeteiligten auferlegt. In Bezug auf die verfükten Gebühren ist die Verfügung der ElCom vom 19. November 2015 somit rechtskräftig. 66 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist gemäss der Rückweisung des Bundesverwaltungsgerichts somit die Frage, ob sich aus der Unmöglichkeit der Gewährung des der Verfügungsadressatin bis 30. September 2018 zustehenden Vorrangs für Lieferungen aus dem Kraftwerk Laufenburg ein Anspruch auf finanziellen Ausgleich ergibt. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob die

14/51

Verfahrensbeteiligte die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Vertrag abzuschliessen, mitzuverantworten hat und damit schadenersatzpflichtig wird (BGER 2C_390/2016 und 2C_391/2016, 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 und 2C_391/2016, E. 5.3.5). 67 Aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts geht zwar hervor, dass der von der ElCom in Dispositiv 1 und 2 der Verfügung vom 19. November 2015 verfügte Vorranganspruch der Verfügungsadressatin bis 30. September 2018 bestand. Vom Bundesverwaltungsgericht nicht thematisiert ist die Frage, ab wann dieser Anspruch von der Verfahrensbeteiligten zu gewähren war. Diese Frage ist vorliegend insofern von Relevanz als die Unmöglichkeit der Vorranggewährung erst ab dem Zeitpunkt Folgen in Form finanzieller Ansprüche nach sich ziehen kann, ab dem die Verfahrensbeteiligten überhaupt zur Gewährung eines Vorrangs in bestimmtem Umfang verpflichtet war. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der ElCom hält lediglich ganz allgemein fest, dass der Verfügungsadressatin ein Vorrang zu gewähren sei (vgl. oben Rz. 25). Dispositiv 2 der Verfügung hält fest, wie der Vorrang in beliebigen Zeitpunkten zu berechnen ist, äussert sich jedoch ebenfalls nicht dazu, ab wann der Vorrang zu gewähren ist. Gemäss den Erwägungen der ElCom hielt sie es zu diesem Zeitpunkt nicht für ausgeschlossen, dass es der Verfahrensbeteiligten gelänge, mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen entweder das alte Regime (Gewährung physischer Vorränge, wie es der alte Kooperationsvertrag vorsah) wieder aufleben zu lassen oder zumindest ein Kapazitätssplitting einzuführen, mithin also den Vorrang physisch zu gewähren, indem die verfügbare Kapazität an der Grenzkuppelstelle virtuell in zwei Quoten aufgeteilt wird, wobei Deutschland und die Schweiz je autonom über ihre Quote verfügen

könnten und der Vorrang auf der Schweizer Quote gewährt würde (E. 66 f.). Diese Erwägungen, gepaart mit der Anweisung an die Verfahrensbeteiligte in den Dispositiv-Ziffern 4 und 5, der ElCom innert 2 bis 6 Monaten einen Umsetzungsvorschlag einzureichen und einmal jährlich Bericht über die Umsetzung des Vorrangs zu erstatten, zeigen, dass die ElCom in ihrer Verfügung vom 19. November 2015 nicht von einer rückwirkenden, sondern von einer künftigen Umsetzung des verfügten Vorrangs ausging. Insbesondere sind auch keine auf vorsorgliche oder rückwirkende Umsetzung bezogenen Anträge der Verfügungsadressatin ersichtlich. Zwar erwog die ElCom in ihrer Verfügung auch, dass eine rein finanzielle Abwicklung des Vorrangs, welcher die Verfügungsadressatin gleichstellt, wie wenn sie einen physischen Vorrang erhalten würde, zulässig sei, falls mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen keine Einigung erzielt werden könne (E. 78). Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, die ElCom habe eine rückwirkende, auf die Zeit vor Erlass ihrer Verfügung bezogene Gewährung des Vorrangs angeordnet. Vielmehr schien eine finanzielle Abwicklung nur als subsidiäre Lösung für die naturgemäss ausschliesslich für die Zukunft gewährbaren physischen Vorränge in Betracht gezogen worden zu sein. Eine rückwirkende Gewährung des verfügten Vorrangs im Zeitraum zwischen dem Erlass der Verfügung (19. November 2015) und der Einreichung des Gesuchs durch die Verfügungsadressatin (27. Juni 2014) war somit nicht Gegenstand der Verfügung und wurde im Übrigen auch von der Verfügungsadressatin damals nicht geltend gemacht (act. 16). 68 Die Verfügungsadressatin macht diesbezüglich in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2020 geltend, dass sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf a) Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG einen Vorrang eingeräumt hätten, welcher ihr bis 30. September 2018 zustehe (act. 99 Rz. 1). Aufgrund der bestehenden konzessionsrechtlichen Verpflichtung habe die Verfügungsadressatin einen Vorrang im Umfang der Leistung zum Transport der hälftigen Produktion des Kraftwerks Laufenburg in die Schweiz beantragt. Dieser Vorrang sei in diesem Umfang – abzüglich der Lieferungen zur Versorgung der Endverbraucher in der Regelzone der TransnetBW auf Schweizer Staatsgebiet – bereits rechtskräftig verfügt (Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung der ElCom vom 19. November 2015). Der Vorrang

15/51

sei der Verfügungsadressatin in diesem Umfang zu gewähren (Act. 99 Rz. 2). In einem hypothetischen Szenario der ununterbrochenen Gewährung von Vorrängen wäre ihr dieser Vorrang von der Verfahrensbeteiligten auch physisch gewährt worden (act. 99 Rz. 5). 69 Die Verfügungsadressatin verkennt in ihrer Argumentation, dass die rechtskräftige Verfügung der ElCom vom 19. November 2015 die Verfahrensbeteiligte nur für die Zukunft zur Gewährung des in Dispositiv Ziffer 2 definierten Vorrangs verpflichtet, mithin also frühestens ab dem Datum der Eröffnung der Verfügung, d. h. ab dem 25. November 2015 (vgl. act. 48). Ein Anspruch auf rückwirkende (finanzielle) Gewährung des verfügten (gegenüber dem bisher gewährten Vorrang erhöhten) Vorrangs ergibt sich aus der Verfügung nicht und wurde von der Verfügungsadressatin damals auch nicht beantragt. Daraus folgt, dass auch die Folgen der Unmöglichkeit der Vorranggewährung erst ab diesem Datum anhand des verfügten Vorrangs zu beurteilen sind. Denn auch wenn die Vorranggewährung durch die Verfahrensbeteiligte nicht ab dem 1. Januar 2015 unmöglich geworden wäre, wäre der Verfügungsadressatin der Vorrang gemäss Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der ElCom frühestens ab dem 25. November 2015 gewährt worden. Vor dem 25.

No- vember 2015 hätte der Verfügungsadressatin in diesem Fall allerdings weiterhin der bis Ende 2014 gewährte Vorrang von [...] MW gemäss dem im alten Kooperationsvertrag erwähnten Alt- vertrag zugestanden und wäre ihr gewährt worden (act. 10; Anhang 7a; act. 40 Beilage; oben Rz. 3). Die Folgen aus der Unmöglichkeit der Vorranggewährung sind somit für den Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 24. November 2015 basierend auf diesem Vorrang von [...] MW zu be- urteilen. Ab dem 25. November 2015 ist der Vorrang gemäss Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Ver- fügung der ElCom vom 19. November 2015 massgebend. 70 Die nach Wiederaufnahme des Verfahrens von den Parteien gestellten materiellen Anträge be- treffen die Frage, ob die Verfahrensbeteiligte die Unmöglichkeit der Vorranggewährung mitver- antwortet hat (Antrag 1 der Verfügungsadressatin und der Verfahrensbeteiligten; vgl. oben Rz. 38 und 48), eine allfällige Schadenersatzpflicht der Verfahrensbeteiligten (Antrag 2 der der Verfü- gungsadressatin und der Verfahrensbeteiligten; vgl. oben Rz. 38 und 48) sowie für den Fall, dass keine Mitverantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten vorliegt, die Fragen, ob diese durch die ein- getretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt hat und ob dieser der Verfügungsadressatin herauszugeben ist (Antrag 4 der Verfügungsadressatin und An- trag 3 der Verfahrensbeteiligten; vgl. oben Rz. 38 und 48). Damit bewegen sich die Anträge der Parteien innerhalb des vorstehend definierten Verfahrensgegenstands.

E. 3.2

Feststellungsbegehren 71 Die Verfügungsadressatin beantragt, es sei festzustellen, dass die Verfahrensbeteiligte die Un- möglichkeit der Voranggewährung mitverantwortet hat (Antrag 1). Die Verfahrensbeteiligte bean- tragt die gegenteilige Feststellung (Antrag 1). Darüber hinaus beantragt die Verfahrensbeteiligte, es sei festzustellen, dass sich aus der objektiven Unmöglichkeit der Gewährung eines Vorrang- anspruchs nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG keinerlei Schadenersatzpflicht der Verfahrensb- teiligten ergebe (Antrag 2). Mit ihrem Antrag 3 verlangt die Verfahrensbeteiligte zudem die Fest- stellung, dass sie durch die objektive Unmöglichkeit der Gewährung eines Vorranganspruchs nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG keinen wirtschaftlichen Vorteil erzielt habe (vgl. oben Rz. 38 und 48). 72 Eine Feststellungsverfügung ist zu erlassen, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen werden kann (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn glaubhaft dar- gelegt werden kann, dass ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der so- fortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses vorliegt. Die Feststellungsverfügung ist subsidiärer Natur und entsprechend nur zulässig, sofern das schutz-

16/51

würdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt wer- den kann (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwal- tungsrechtspflege 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 Besei- tigung 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). 73 Beide Parteien äussern sich in ihren Eingaben nicht dazu, woraus sie ein schutzwürdiges Inte- resse an den beantragten Feststellungen ableiten. 74 Von der von beiden Parteien in ihren Anträgen 1 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 des Bundesverwaltungsgerichts 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. 64 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 der beiden Anträge 1 ist daher nicht ersichtlich. Auf die Anträge 1 der Parteien ist folglich mangels Feststellungsinteresse nicht einzutreten. 75 Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die Feststellungsbegehren 2 und 3 der Verfahrensbeteiligten: Denn die Frage, ob sich aus der Unmöglichkeit der Vorranggewährung nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG ein Schadenersatzanspruch der Verfahrensbeteiligten ergibt (Antrag 2), wird mit der Beurteilung des Antrags auf Gewährung von Schadenersatz der Verfügungsadressatin abschliessend beantwortet. Aus der Frage, ob die Verfahrensbeteiligte einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt hat, welcher bei gegebenen Voraussetzungen allenfalls der Verfügungsadressatin herauszugeben ist (Antrag 3), ergeben sich wiederum keine konkreten Rechte und Pflichten für die Parteien, es handelt sich hier erneut nur um eine von mehreren Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, um einen Anspruch auf Herausgabe (Antrag 4 der Verfügungsadressatin) zu bejahen. Ein schützenswertes Feststellungsinteresse ist mithin nicht erkennbar.

E. 3.3

Verantwortlichkeit für die Unmöglichkeit der Vorranggewährung

E. 3.3.1

Allgemeines zur Verantwortlichkeitsprüfung 76 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. 10, Beilage; act. 40). Wie oben in Rz. 3 und 69 dargelegt, wurde der Verfügungsadressatin bis Ende 2014 gestützt auf einen solchen Altvertrag ein Vorrang von [...] MW in der Lieferichtung DE-CH gewährt. Vorränge für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 i. V. m.

17/51

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 gemäss dem von der ElCom verfügten und vom Bundesverwaltungsgericht bestätigten, ab 25. November 2015 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. 77 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 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 in den beiden Urteilen 2C_390/2016 sowie 2C_391/2016 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 in den Urteilen 2C_390/2016 sowie 2C_391/2016 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 Ziff. 3.3.4). 78 Das Bundesgericht hat jedoch in den Urteilen 2C_390/2016 sowie 2C_391/2016 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. 64). 79 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 (vgl. oben Rz. 64). 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 Entlastungsbe- weis 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).

18/51

80 Nebst einem (aufgrund der Beweislastumkehr in Artikel 97 OR vermuteten) Verschulden der Ver- fahrensbeteiligten 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 beseht oder die- ser unterbrochen wurde (OLIVER KÄLIN, a. a. O., Ziff. VI; WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 97, Rz. 42). 81 Ein (natürlicher) Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das fragliche Verhalten (oder die frag- liche Unterlassung) nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg ent- fiele (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 her- beizuführen (statt vieler: BGE 123 III 110 E. 3a). Soweit der Verfahrensbeteiligten nicht Handlun- gen, sondern pflichtwidrige Unterlassungen vorgeworfen werden, stellt sich im Sinne eines hypo- thetischen Kausalzusammenhangs die Frage, ob der Eintritt der Unmöglichkeit der Vorranggewährung bei rechtmässigem Handeln der Verfahrensbeteiligten nach dem gewöhnli- chen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können. Dieser hypothetische Kausalzusammenhang ist nur zu bejahen, wenn eine unterlassene Hand- lung der Verfahrensbeteiligten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die eingetretene Unmög- lichkeit der Vorranggewährung vermieden hätte (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 97, Rz. 41; BGer 4A_49/2016 vom 9.6.2016, E. 4.1). 82 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 Kau- salzusammenhang zwischen dem Verhalten der Verfahrensbeteiligten und dem Eintritt der Un- möglichkeit der Vorranggewährung oder wurde dieser unterbrochen, fehlt es an einer Haftpflicht- voraussetzung 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. 83 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 Ver- schulden. 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.

19/51

84 Soweit die Parteien in ihren Eingaben eine allfällige Mitverantwortung der ElCom oder anderer Behörden für die eingetretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung zur Sprache bringen (act. 70 Rz. 39, act. 79 Rz. 43 ff.; act. 95 Rz. 34), 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. 66). 85 Beide Parteien haben zur Frage einer allfälligen Verantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten mehrere, teils umfangreiche Eingaben gemacht (vgl. insb. act. 70 und act. 79 Rz. 1 ff.). 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 dargestellt 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 86 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. 70 Beilage 1, 1. und 3. Absatz). Dieses Gutachten (act. 70 Beilage 3) wird nachfolgend als «Gutachten Moench» bezeichnet. 87 Gemäss der Darstellung der Verfahrensbeteiligten wurde das Gutachten Moench Anfang 2012 durch die TransnetBW GmbH bei der Anwaltskanzlei Gleiss Lutz in Auftrag gegeben (act. 70 Rz. 12). Auf S. 19 des Gutachtens ist ersichtlich, dass auch die Amprion GmbH Auftraggeberin für das Gutachten war (act. 70 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. 70 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. 79 Rz. 19 ff.). Die Verfahrensbeteiligte hat indes auf Frage des Fachsekretariats der ElCom hin glaubhaft verneint, dass sie Auftraggeberin des Gutachtens Moench sei (act. 95 Rz. 44 f.). Auch finanziell war die Verfahrensbeteiligte an der Erstellung des Gutachtens nicht beteiligt (act. 95 Rz. 46). 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. 95 Rz. 47 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. 79 Rz. 19 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

20/51

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. 79 Rz. 19 ff.). 88 Der Gutachter kommt im Gutachten Moench zusammengefasst zum Ergebnis, dass die vorrangige Kapazitätsvergabe an den Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und der Schweiz (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 [Vorrängen 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. 70 Beilage 3,

S. 7 bis 10).

89 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. 79 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 Verfahrensbeteiligte kein eigenes Gutachten aus Schweizer Optik in Auftrag gegeben habe (act. 79 Rz. 5). 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. 107 und 109). Auch habe der damalige Direktor des Bundesamts für Energie explizit vorvor-eiligen Schlüssen gewarnt (act. 79 Rz. 6). Vor diesem Hintergrund wäre die Verfahrensbeteiligte nach Auffassung der Verfügungsadressatin aufgrund ihrer Interessenvertretungspflicht i. S. v. Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verpflichtet gewesen, das Ergebnis des deutschen Gutachtens in Frage zu stellen und die Schweizer Optik einzubringen (act. 79 Rz. 7). 90 Ferner rügt die Verfügungsadressatin, die Ergebnisse des Gutachtens seien rechtlich nicht zutreffend (act. 79 Rz. 8 ff.), was die Verfahrensbeteiligte explizit und unmittelbar hätte rügen müssen. Nach Auffassung der Verfügungsadressatin ist das in der damals geltenden Verordnung (EG) 714/2009 (StromhandelsVO) vorgesehene marktbasierende Vergabeverfahren nur für Lieferungen im Binnenverhältnis zwischen EU-Staaten vorgeschrieben, jedoch nicht bei Importlieferungen aus Grenzkraftwerken mit Bestimmungsland Schweiz (act. 79 Rz. 9). Denn die StromhandelsVO schreibe die marktorientierte Zuteilung knapper Kapazität nur bei Vorliegen eines Engpasses vor, welcher definiert sei als Situation, in der eine Verbindung zwischen nationalen Übertragungsnetzen wegen unzureichender Kapazität der Verbindungsleitungen und/oder der betreffenden nationalen Übertragungsnetze nicht alle Stromflüsse im Rahmen des von den

21/51

Marktteilnehmern gewünschten internationalen Handels bewältigen kann (StromhandelsVO Art. 2(2)(c)) (act. 79 Rz. 10). Eine Verbindungsleitung wiederum bezeichne gemäss Art. 2(1) StromhandelsVO eine Übertragungsleitung, die eine Grenze zwischen Mitgliedstaaten überquert oder überspannt und die nationalen Übertragungsnetze der Mitgliedstaaten verbindet. Leitungen zwischen einem Mitgliedstaat der EU und einem Drittstaat wie der Schweiz fielen daher nicht unter den definierten «Engpass». Sei ein Drittstaat involviert, werde die Kapazitätsvergabe gemäss den Leitlinien (Anhang 1, Ziff. 3.1) der StromhandelsVO nicht mittels Auktionierung koordiniert, sondern stattdessen würden die Engpassmanagementmethoden zwischen allen auf diese Weise betroffenen Übertragungsnetzbetreibern koordiniert. Damit unterstünden auch die Lieferungen aus dem Kraftwerk Laufenburg nicht einer Auktionierungspflicht (act. 79 Rz. 11 bis 13). Das damals einschlägige EU-Recht habe somit rechtlich die Möglichkeit offengelassen, Vorränge zu gewähren. Den bestehenden Spielraum hätte die Verfahrensbeteiligte im Rahmen ihrer Interessenvertretungspflicht gemäss Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe e StromVG) nutzen und Deutschland zur Vorranggewährung anhalten müssen (act. 79 Rz. 15). Dies habe die

Verfahrensbeteiligte aber nachweislich versäumt. Ein Verschulden sei daher nachgewiesen (act. 79 Rz. 18). 91 Die Verfahrensbeteiligte führt dazu aus, das Gutachten Moench halte ausdrücklich fest, dass nach schweizerischem Recht ein Vorrang zu gewähren sei und mithin für die deutsche Regelzone etwas anderes gelte als für die schweizerische Regelzone (act. 70 Rz. 16 ff.; act. 95 Rz. 2 und 5). Die Schweizer Rechtslage werde im Gutachten korrekt abgebildet (act. 95 Rz. 3). Weiter sei es unbestritten, dass die Grenzkuppelstellen Deutschland/Schweiz keine Verbindungsleitungen im Sinne der StromhandelsVO darstellen. Zu diesem Ergebnis komme auch das Gutachten Moench in Ziff. 2.1, S. 36 (act. 95 Rz. 9). Falsch sei jedoch die Schlussfolgerung der Verfügungsadressatin, wonach deshalb auf Anhang 1 Ziffer 3.1 der StromhandelsVO zurückgegriffen werden müsse, denn dieser Anhang beziehe sich, wie es bereits der Titel besage («Leitlinien für das Management und die Vergabe verfügbarer Übertragungskapazitäten auf Verbindungsleitungen zwischen nationalen Netzen») auf die Verbindungsleitungen im Sinne der StromhandelsVO. Anhang 1 der StromhandelsVO finde daher für die Grenzkuppelstellen Deutschland/Schweiz keine Anwendung und sei somit für den vorliegenden Sachverhalt nicht relevant (act. 95 Rz. 10). Entgegen den Schlussfolgerungen der Verfügungsadressatin behandle Anhang 1 Ziffer 3.1 der StromhandelsVO zudem nicht die Situation mit Involvierung eines Drittstaates ausserhalb der EU im kommerziellen Handel, sondern die Situation, in der die physikalischen Lastflüsse eines Übertragungsnetzbetreibers aus einem Drittland vom kommerziellen Handel zwischen zwei Übertragungsnetzbetreibern anderer Länder betroffen sind. Der Begriff «Drittland» im Sinne von Anhang 1 Ziffer 3.1 der StromhandelsVO beziehe sich auf das Verhältnis zu den beiden anderen Ländern, deren kommerzieller Handel ebendieses Drittland betreffe (act. 95 Rz. 12). 92 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 Verfahrensbeteiligte nach Schweizer Recht zur Gewährung der Vorränge gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG verpflichtet ist. Im Gegensatz zum später von der Verfahrensbeteiligten 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. Der Verfahrensbeteiligte ist somit beizupflichten, dass das Gutachten Moench die – inzwischen höchstrichterlich beurteilte – Schweizer Rechtslage korrekt darstellt. 93 Es trifft zu, dass die Verfahrensbeteiligte das Gutachten Moench nicht selbst durch ein weiteres Gutachten hat überprüfen lassen. Das von der Verfahrensbeteiligten in Auftrag gegebene Memorandum Donatsch (vgl. unten Ziff. 3.3.2.2) kann nicht als solches gewertet werden. Denn die vorliegend relevante Hauptaussage des Gutachtens Moench – und Hauptbegründung für die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen – ist,

22/51

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 damit schon aufgrund der zugrundeliegenden Fragestellung nicht als Gegengutachten angelegt. 94 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 Lebenserfahrung die Richtigkeit der Erkenntnisse und Handlungsempfehlungen im Gutachten Moench in einer Art und Weise hätte widerlegt werden können, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Kündigung des alten Kooperationsvertrags abgesehen hätten (vgl. oben Rz. 81). 95 Dies könnte der Fall sein, wenn das Gutachten Moench in der Begründung und im Ergebnis offensichtlich falsch wäre oder wichtige Argumente zu Gunsten der Zulässigkeit der streitigen Vorränge nach deutschem und europäischem Recht unterschlagen hätte. Für beides bestehen jedoch keine Anhaltspunkte. Die diesbezüglich von der Verfügungsadressatin vorgebrachten Punkte (vgl. oben Rz. 90) vermögen nicht zu überzeugen: Wie bereits die Verfahrensbeteiligte ausgeführt hat, führt der Gutachter im Gutachten Moench korrekt aus, dass die Grenzkuppelstellen Deutschland/Schweiz keine Verbindungsleitungen im Sinne der StromhandelsVO sind. Im Gutachten Moench wird weiter dargelegt, dass Netzengpässe im Sinne von Artikel 16 Absatz 3 der StromhandelsVO gemäss der Engpassdefinition in Artikel 2 Buchstabe c StromhandelsVO nicht nur auf Verbindungsleitungen zwischen Mitgliedstaaten, sondern auch im jeweiligen nationalen Übertragungsnetz bestehen können. Gemäss nachvollziehbaren Ausführungen im Gutachten sind Übertragungsleitungen zwischen nationalen 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. 70 Beilage 3 S. 37). Die Verfügungsadressatin konnte nicht darlegen, dass diese Einschätzung im Gutachten so offensichtlich unrichtig ist, dass die Erstellung 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. 70 Beilage 3). Soweit ersichtlich wurden im Gutachten Moench zudem alle relevanten Rechtsgrundlagen ausgiebig und weitgehend nachvollziehbar untersucht. Dies schliesst zwar nicht aus, dass ein weiteres, von der Verfahrensbeteiligten in Auftrag gegebenes Gegengutachten in einzelnen Punkten zu anderen Ergebnissen hätte kommen können. Insgesamt erscheint es aber nicht wahrscheinlich, dass ein Gegengutachten das Gutachten Moench derart hätte entkräften können, dass dies mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem Umdenken bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen geführt hätte. Dafür sprechen insbesondere auch folgende weitere Umstände: 96 Die ElCom hat am 17. Juli 2014 beim Institut für Europarecht der Universität Fribourg ein Gutachten (nachfolgend Gutachten Epiney/Pirker) in Auftrag gegeben, welches gemäss dem zugrundeliegenden 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. 97 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 verpflichtet, die Vorgaben zur Nichtdiskriminierung und der Wahl marktorientierter Verfahren bei der Vergabe von Grenzkapazitäten aus Artikel 16 Absatz 1 der StromhandelsVO umzusetzen. Völkerrechtliche Ansprüche auf Vorrang bei der Grenzkapazitätsvergabe könnten

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. 86 S. 43 ff., 45 ff. sowie 58 3. Punkt). 98 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. 96 f. erwähnte Gutachten Epiney/Pirker hervorging; vgl. im Übrigen unten Rz. 106). Vor diesem Hintergrund kann der Verfahrensbeteiligten auch kein sorgfältswidriger Verzicht auf das Erstellen eines Gegengutachtens vorgeworfen werden.

E. 3.3.2.2

Memorandum Donatsch 99 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. 70 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 101 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. 70 Rz. 21 und Beilage 5). 102 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 Bestandesaufnahme 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. 70 Beilage 16; vgl. dazu unten Ziff. 3.3.2.5). 103 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. 70 Rz. 28 und Beilage 8). 104 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. 70 Rz. 29 f.). 105 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 Verfahrenseteiligte vom 29. April 2014 ersichtlich ist, dass für mehrere Grenzkraftwerke weiterhin Vorränge (wenn auch teilweise in reduziertem Umfang) vorgesehen waren (act. 70 Beilage 16). Hätte die Verfahrenseteiligte 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 Verfahrenseteiligte 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. 107). Den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen musste somit, als sie im Herbst 2014 die Kündigung des alten Kooperationsvertrags aussprachen, durchaus bewusst sein, dass

25/51

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 Verfahrenseteiligte, in welchem die TransnetBW GmbH die von der ElCom gegenüber der Verfahrenseteiligten 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. 70 Beilage 18; s. auch unten Rz. 118). 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. 106 Am 18. Februar 2014 fand eine Sitzung zwischen der Verfahrenseteiligten, 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. 70 Rz. 31 f. und Beilage 10). 107 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. 70 Beilage 11). 108 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. 70 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. 109 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.

26/51

Ein Schreiben gleichen Inhalts wurde auch an das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft des Landes Baden-Württemberg versandt (act. 70 Rz. 34 und Beilage 13). 110 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 Verfahrensbeteiligte 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. 70 Rz. 42). Hintergrund dieser Ankündigung seitens der ElCom war die seit 2013 laufende technische und energiewirtschaftliche Bestandsaufnahme betreffend die gemäss dem alten Kooperationsvertrag zu gewährenden Vorränge für Grenzkraftwerke (vgl. oben Rz. 102/102). 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. 116).

111 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 Verfahrensbeeteiligte 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. 80).

112 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 Verfahrensbeeteiligten (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 Verfahrensbeeteiligten 113 Gemäss der Darstellung der Verfahrensbeeteiligten 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. 70 Rz. 41 und Beilage 15).

27/51

114 Die Verfahrensbeeteiligte hat somit durchaus versucht, eine Kündigung des alten Kooperationsvertrags vor Abschluss der Abklärungen durch BFE und ElCom zu verhindern. Aus einem Schreiben der Verfahrensbeeteiligten an die TransnetBW GmbH vom 19. Mai 2014, in dem die Verfahrensbeeteiligte 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. 70 Beilage 17). Offenkundig hatte die Intervention der Verfahrensbeeteiligten 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 Verfahrensbeeteiligte 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. 106 ff. sowie act. 70 Beilage 11).

E. 3.3.2.5

Anweisung der ElCom an die Verfahrensbeteiligte betreffend Anpassung der Vorränge 115
Aufgrund der durchgeführten Analyse der technischen und energiewirtschaftlichen Gegebenheiten 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 Grenzkuppelstelle DE-CH die dazu notwendigen Vorbereitungen zu treffen. Ferner wurde die Verfahrensbeteiligte darauf aufmerksam gemacht, dass sie bei der ElCom eine Verfügung beantragen könne, wenn sie mit diesem Vorgehen nicht einverstanden sei (act. 70 Beilage 16). Die ElCom begründete ihr Schreiben damit, dass die gemäss dem alten Kooperationsvertrag gewährten Vorränge der betroffenen Grenzkraftwerke nicht gerechtfertigt seien, da sie die Gegebenheiten bezüglich deren Netzanbindung und Zuordnung zu den Regelzonen nicht oder nur teilweise berücksichtigten. 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, vorgenommen werden müsse (vgl. auch oben Rz. 102). 116 Mit Schreiben gleichen Datums setzte die ElCom auch die vier von Reduktionen oder Aufhebungen ihrer Vorränge betroffenen Grenzkraftwerke darüber in Kenntnis, dass sie die Verfahrensbeteiligte 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. Die Verfügungsadressatin war davon nicht betroffen, da von der ElCom keine Reduktion des Vorrangs von [...] MW vorgesehen war, welcher der Verfügungsadressatin damals gestützt auf Anhang 7a des alten Kooperationsvertrags gewährt wurde (vgl. dazu oben Rz. 3 und 69). 117 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 nächstmöglichen 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

28/51

Auktionskoordinatorin bei einer schuldhaften Verletzung der Vorränge gemäss Kooperationsvertrag zur Freistellung der anderen Auktionspartner verpflichtet ist (vgl. act. 40, Beilage, Ziffer 8), 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

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. 70 Beilage 17). 118 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. 70 Beilage 18). 119 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. 70 Beilage 19). 120 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. 81). 121 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. 70 Rz. 51 f.). 122 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 Bundesverwaltungsgericht Recht erhalten (Urteil BVerfG A-221/2016 vom 2. April 2019), nachdem das Bundesgericht mit den Entscheiden 2C_390/2016

29/51

und 2C_291/2016 vom 6. November 2017 einen uneingeschränkten Vorranganspruch der Grenzkraftwerke bejaht habe (act. 79 Rz. 24). 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. 79 Rz. 25). Damit habe sie die Rechtsposition der betroffenen Grenzkraftwerke und mithin der Verfügungsadressatin schwer beschädigt und die Durchsetzung der Ansprüche vereitelt (act. 79 Rz. 27). 123 Die Verfahrensbeteiligte hält dem entgegen, es sei Wortklauberei, wenn die Verfügungsadressatin geltend mache, es handle sich beim Schreiben der ElCom lediglich um eine Bitte und nicht um eine Anweisung. Die ElCom sei unmissverständlich der Ansicht gewesen, dass die im Schreiben vom 29. April 2014 aufgeführten Vorränge anzupassen seien und dass die Verfahrensbeteiligte die entsprechenden Vorbereitungshandlungen zu treffen habe (act. 95 Rz. 20). Ebenfalls haltlos sei die Annahme der Verfügungsadressatin, die Verfahrensbeteiligte habe den Anweisungen der ElCom nur dann zu folgen, wenn diese in Form einer mit Rechtsmittelbelehrung versehenen Verfügung ergehen. Und auch dann bestehe selbstredend keine Rechtspflicht von 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 darin kein Verschulden begründendes Verhalten der Verfahrensbeteiligten gesehen werden (act. 95 Rz. 21). 124 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. 125 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. 117; act. 70 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. 118), 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. 126 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

30/51

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. 70 Rz. 52) – dies, obschon diesen gegenüber von Schweizer Seite niemals eine gänzliche Einstellung der nach Schweizer Recht zu gewährenden Vorränge thematisiert worden 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. 118 und 125) und weil sie ursprünglich in Aussicht gestellt hatten, mit der Kündigung bis zum Vorliegen der Rechtsabklärungen seitens der Schweizer Behörden zuzuwarten (vgl. act. 70 Beilage 17 sowie oben Rz. 114), 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. 127 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. 81) . 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 128 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. 70 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

31/51

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. 129 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 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. 130 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. 70 Beilage 21).

E. 3.3.3

Neuverhandlung eines Kooperationsvertrags

E. 3.3.3.1

Allgemeines 131 Die Verfahrensbeteiligte und die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nahmen daraufhin im Rahmen der «Arbeitsgruppe Auktionsregeln» umgehend Vertragsverhandlungen auf (act. 70 Rz. 58), welche sich, wie in der Zusammenarbeit zwischen den Übertragungsnetzbetreiberinnen üblich, per E-Mail und Telefonkonferenzen austauschte (act. 70 Rz. 56 und 58). Dabei wurde auf einen «bereits fortgeschrittenen Entwurf» aus dem Jahr 2011 abgestellt (act. 70 Beilage 23). 132 Für den Ablauf der Verhandlungen kann – soweit nicht in den nachfolgenden Ausführungen abgehandelt – auf die von der Verfahrensbeteiligten eingereichte Übersicht verwiesen werden (act. 70 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. 70 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. 133 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

32/51

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 134 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 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. 70 Bei- lage 45). 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. 70 Rz. 60 ff. sowie Beilage 45). 135 Am 24. November 2014 präsentierte die Verfahrensbe- teiligte den Lösungsvorschlag in einer Te- lefonkonferenz dem Steering Committee (act. 70 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 Verfahrensbeteiligte 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. 70 Beilage 47 S. 2). 136 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,

33/51

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. 70 Beilage 49). 137 Wie die Verfahrensbeteiligte in der Präsentation zu Händen des Steering Committee selbst dargelegt 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. 70 Beilage 45). 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 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. 133). Den neuen

Kooperationsvertrag als Druckmittel gegenüber den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht zu unterschreiben war dabei keine zulässige Option. Das Bundesgericht hat diesbezüglich in den Urteilen 2C_390/2016 und 2C_391/2016 festgehalten, dass es der Verfahrensbeteiligten 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 Verfahrensbeteiligte 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 (Urteile 2C_390/2016 und 2C_391/2016, E. 5.3.3). Dass die Verfahrensbeteiligte 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. 138 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 Verfahrensbeteiligte zwar, dass die Anpassung der Passagen zu den Altverträgen Priorität haben sollte (act. 70 Beilage 23). Soweit aus den von der Verfahrensbeteiligten 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. 139 Dies zeigt sich insbesondere in der Aussage der Verfahrensbeteiligten 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. 70 Beilage 47 S. 2; oben Rz. 135). 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 Verfahrensbeteiligten und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen kein gemeinsames Vergabeverfah-

34/51

ren 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 Marktwertvolle 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 Verfahrens-beteiligten zur Kooperation mit den ausländischen Übertragungsnetzbetreiberinnen (Artikel 20 Abs. 2 Bst. e StromVG) zuwiderlaufen. Eine getrennte Auktionsdurchführung ist somit keine Option, welche die Verfahrens-beteiligte in die Vertragsverhandlungen hätte einbringen dürfen oder müssen, sondern um ein ineffizientes, den Prinzipien des StromVG zuwiderlaufendes Szenario, welches einträfe, wenn die Kooperation bei der Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungs-kapazität (mit Ausnahme der auch in diesem Szenario erforderlichen Abstimmung bei der Festlegung der nutzbaren Kapazität) zum Erliegen käme. Trotzdem erscheint die Aussage der Verfahrens-beteiligten, 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 Verfahrens-beteiligte dieses Thema behandelte. Vor dem Hintergrund der unmittelbar davor erfolgten Anweisung der El-Com, in den Verhandlungen Lösungsmöglichkeiten zu prüfen, welche das Schweizer Recht respektieren sowie der von den Grenzkraftwerksgesellschaften anhängig gemachten – und der Verfahrens-beteiligten als involvierte Partei bestens bekannten – Verfahren konnte die Verfahrens-beteiligte nach Treu und Glauben 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 Verfahrens-beteiligten daher durchaus ein sorgfaltswidriges Verhalten in der Verhandlung vorzuwerfen und es stellt sich die Frage, ob dies kausal dafür war, dass der eingebrachte Lösungsvorschlag nicht in den neuen Kooperationsvertrag Eingang gefunden hat. 140 Aus der Rückmeldung der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen vom 2. Dezember 2014 (vgl. oben Rz. 136) ist ersichtlich, dass diese den von der Verfahrens-beteiligten 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 Verfahrens-beteiligten hätte dieser Lösungsvorschlag somit kaum durchgesetzt werden können. Hinzu kommt, dass ein solcher Systemwechsel bei der Vergabe der marktorientierten Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungs-kapazität 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 da-

mals von der Verfahrensbeteiligten in die Verhandlung eingebrachten Konzept des Kapazitäts- splittings beruhen (act. 82, Varianten a und b). Die BNetzA hielt in ihrer Antwort an die ECom vom 20. November 2018 unmissverständlich fest, dass diese Lösungsvorschläge aus ihrer Sicht genauso wenig mit dem deutschen und europäische Gleichbehandlungsgebot vereinbar seien wie die alte Rechtspraxis vor der Kündigung des alten Kooperationsvertrags zwischen den deut- schen Übertragungsnetzbetreiberinnen und der Verfahrensbeteiligten (act. 83). Vor diesem Hin- tergrund muss davon ausgegangen werden, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberin- nen auch damals nicht die erforderliche Zustimmung der BNetzA für den Lösungsvorschlag der Verfahrensbeteiligten erhalten hätten. Das in diesem Punkt potentiell sorgfaltswidrige Verhalten der Verfahrensbeteiligten war somit nicht kausal dafür, dass ihr Lösungsvorschlag im neuen Ko- operationsvertrag nicht berücksichtigt wurde.

E. 3.3.3.3

Gegenvorschlag der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen 141 Aus dem vorstehend in Randziffer 135 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 Verfahrensbeteiligte, dass hierfür in der Schweiz die gesetzliche Basis fehle und es ist kurz diskutiert worden, ob die finanzielle Entschädigung für die Altrechteinhaber akzeptabel wäre. Gemäss der Verfahrensbeteiligten hät- ten die bisherige Reaktionen der Altrechteinhaber gezeigt, dass sie eine physikalische Nutzung bevorzugen (act. 70 Beilage 47 S. 2). 142 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 gleich- wertigen» finanziellen Entschädigung ablehnen würden, sei in keiner Weise nachvollziehbar. Mit der Ablehnung dieser gleichwertigen finanziellen Entschädigung habe die Verfahrensbeteiligte nicht nur die Prioritätsrechte der Verfügungsadressatin vereitelt, sondern auch Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verletzt (act. 79 Rz. 29). Es komme hinzu, dass die Verfahrensbeteiligte es schuldhaft unterlassen habe, die betroffenen Kraftwerke über das Angebot der deutschen Seite zu informieren und dieses auch gegenüber den Behörden verschwiegen habe (act. 79 Rz. 30 bis 34). Damit sei nachgewiesen, dass die Verfahrensbeteiligte schuldhaft einen gleichwertigen Alternativvorschlag der deutschen Seite eigenmächtig abgelehnt habe und damit eine finanzielle Gewährung der Transportrechte vereitelt habe (act. 79 Rz. 35). 143 Die Verfahrensbeteiligte bringt diesbezüglich vor, dass von den deutschen Übertragungsnetzbe- treiberinnen eine rein finanzielle Entschädigung aus den Engpasserlösen auf Schweizer Seite vorgeschlagen worden sei. Eine Beteiligung an einer solch finanziellen Entschädigung der Alt- rechteinhaber aus den ihnen zukommenden Auktionserlösen hätten die deutschen Übertragungs- netzbetreiberinnen zu keinem Zeitpunkt in Betracht gezogen. Von einem Angebot könne daher keine Rede sein. Für einen sogenannten systematischen finanziellen Vorrang bezahlt aus dem schweizerischen Anteil an den Auktionserlösen fehle es an einer entsprechenden Rechtsgrund- lage. Auf diese Tatsache habe die Verfahrensbeteiligte in der besagten Telefonkonferenz korrek- terweise auch hingewiesen (act. 95 Rz. 23). 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 systematische finanzielle Entschädigung

36/51

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. 95 Rz. 24). Eine planmässige 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. 95 Rz. 25). 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. 95 Rz. 26). 144 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 beigetragen 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 Verfahrensbeteiligte ist somit bekannt, dass die ElCom deren heute vertretene Auffassung zur Zulässigkeit rein finanzieller Vorränge gestützt auf aArtikel 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 aArt. 17 Abs. 2 i. V. m. Art. 13 Abs. 3 Best. a StromVG), wie von der Verfahrensbeteiligten vorgebracht, festgehalten, aArtikel 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 aArtikel 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). 145 Auch in den vorstehend unter Ziffer 3.1 bereits eingehend betrachteten, gleichentags gefällten Urteilen des Bundesgerichts 2C_390/2016 sowie 2C_391/2016 vom 6. November 2017 ging das

37/51

Bundesgericht davon aus, dass die vom schweizerischen Recht vorgeschriebene Vorranggewährung i. S. v. aArtikel 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 aArtikel 17 Absatz 2 StromVG sah als eine physische. 146 Aus der zitierten Rechtsprechung lässt sich nach Auffassung der ElCom zwar kein absoluter Ausschluss einer finanziellen Gewährung von Vorrängen unter aArtikel 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 in den Urteilen 2C_390/2016 und 2C_391/2016 ging das Bundesgericht zwar implizit davon aus, dass Vorränge nur physisch gewährt werden können. 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 sorgfältswidriges Verhalten kann der Verfahrensbeteiligten diesbezüglich nicht vorgeworfen werden.

E. 3.3.3.4

Abschluss des neuen Kooperationsvertrags 147 Am 8. Dezember 2014 stellte die TransnetBW GmbH den Vertragspartnern die finale Fassung des neuverhandelten Kooperationsvertrags zur Unterschrift zu (act. 70 Rz. 67 und Beilage 57). Die

Verfahrensbeteiligte stellte diesen am Folgetag auch der ElCom zur Kenntnisnahme zu (act. 70 Beilage 50). 148 Am 11. Dezember 2014 informierte die Verfahrensbeteiligte sämtliche Vorrangberechtigte – so auch die Verfügungsadressatin – über die Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe auf- grund der Kündigung des alten Kooperationsvertrags (act. 70 Rz. 68). 149 Mit Schreiben vom 17. Dezember 2014 teilte die Verfahrensbeteiligte der ElCom formell den Ab- schluss des neuen Kooperationsvertrags mit und führte aus, dass die Vorschläge der Verfahrens- beteiligten 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. 36; act. 70 Bei- lage 60).

38/51

150 Mit Schreiben an die Verfahrensbeteiligte vom 19. Dezember 2014 nahm die ElCom vom Ab- schluss 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. 37).

E. 3.3.4

Ereignisse nach Inkrafttreten des neuen Kooperationsvertrags 151 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 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. 70 Beilagen 62 und 63). 152 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 vollumfänglich 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. 71). 153 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. 72). 154 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

39/51

gewährleisten. Es handelte sich dabei im Wesentlichen um verschiedene Varianten der beiden Ansätze «Kapazitätssplitting» und «finanzieller Vorrang» (act. 82). 155 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. 83). 156 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 schweizerischen 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. 84 und 85). 157 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. Das Bundesgericht habe in den Urteilen 2C_390/2016 und 2C_391/2016 vom 6. November 2016 festgehalten, dass die Vorranggewährung ohne die Kooperation mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen faktisch nicht möglich sei. Weiter habe das Bundesgericht festgestellt, dass diese Kooperation seit der Kündigung der bisherigen Verträge nicht mehr erfolgt sei. Damit sei höchstrichterlich festgehalten, dass die erforderlichen Bemühungen der Verfahrensbeteiligten um Einhaltung des Schweizer Rechts, namentlich der Vorranggewährung für die Schweizer Grenzkraftwerke, seit der Kündigung der bisherigen Verträge gänzlich ausgeblieben seien (act. 79 Rz. 36). Die Verfahrensbeteiligte hätte die Kooperation mindestens energisch anstreben und auf die Einhaltung der schweizerischen Rechtsordnung beharren müssen (act. 79 Rz. 38). 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. 79 Rz. 39).

158 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. 95 Rz. 27). 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 abhängen (act.

40/51

95 Rz. 28). 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 (act. 95 Rz. 29).

159 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 160 Aus den vorstehenden Erwägungen wird deutlich, dass die eingetretene Unmöglichkeit der (phy- sischen) Gewährung von Vorrängen an der deutsch-schweizerischen Grenze auf die nach Vor- liegen des Gutachtens Moench von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen eingenom- mene 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 Über- tragungsnetzbetreiberinnen 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 Kausalzusam- menhang zwischen ihren Handlungen und der ausgesprochenen Kündigung erkennbar. 161 Im Rahmen der Verhandlungen für einen neuen Kooperationsvertrag kann der Verfahrensbetei- ligten zwar der Vorwurf gemacht werden, sie habe dem Thema «Vorränge» nicht die nötige Be- deutung 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 Ver- handlungsart der Verfahrensbeteiligten nicht zu einer das Schweizer Recht respektierenden Lö- sung im neuen Kooperationsvertrag geführt. Auch dass die Verfahrensbeteiligte den von deut- scher 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, wo- nach für eine solche Lösung die gesetzliche Grundlage fehle, in Bezug auf die alte Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG vertretbar. 162 Im Ergebnis ist die Verfahrensbeteiligte somit weder für die Vertragskündigung durch die deut- schen Übertragungsnetzbetreiberinnen noch für deren Weigerung, einen die Vorränge respek- tierenden neuen Kooperationsvertrag abzuschliessen, verantwortlich. Der Antrag 2 der Verfügungs- adressatin ist daher abzuweisen.

41/51

E. 3.4

Ungerechtfertigte Bereicherung / Herausgabe des stellvertretenden Commodums

E. 3.4.1

Allgemeines 163 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 sowie 2C_391/2016, 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 sowie 2C_391/2016, E. 5.3.4 f.).

E. 3.4.2

Ungerechtfertigte Bereicherung 164 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 ins- besondere 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 Entreicherung 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 Entreicherung 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). 165 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. dazu ausführlicher unten Ziff. 3.4.4). 166 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

42/51

Einnahmen kämen nicht der Verfahrensbeteiligten zugute, sondern würden von ihr lediglich treuhänderisch gehalten und nach Genehmigung durch die EICom (Art. 22 Abs. 2 Bst. c StromVG) entsprechend den gesetzlich vorgesehenen Verwendungszwecken gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG eingesetzt (act. 70 Rz. 79). Der Einsatz von Auktionserlösen gemäss Artikel 17 Absatz

E. 3.4.3

Stellvertretendes Commodum 172 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). 173 Vorliegend ist unbestritten, dass die Nichtgewährung des Vorrangs der Verfügungsadressatin bei der Verfahrensbeteiligten zu zusätzlichen Auktionserlösen geführt hat (vgl. oben Rz. 165). Die Verfahrensbeteiligte bestreitet zwar, dass sie dadurch bereichert sei (vgl. oben Rz. 166 ff.). Im Gegensatz zum Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist für den Anspruch auf Herausgabe 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. 165 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. 166). 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 144 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 144 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

45/51

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 24. November 2015 sowie 25. November 2015 bis 30. September 2018 zurückgehen, um ein stellvertretendes Commodum handelt, dessen Herausgabe die Verfügungsadressatin bei gegebenen Voraussetzungen verlangen kann. 174 Mit dem Einreichen des Antrags 4 in ihrer Eingabe vom 5. September 2019 im vorliegenden wieder aufgenommenen Verfahren hat die Verfügungsadressatin von der Verfahrensbeteiligten die Herausgabe des stellvertretenden Commodums verlangt (vgl. oben Rz. 48). Die erforderliche Wahlerklärung der Verfügungsadressatin zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums (vgl. oben Rz. 172) liegt daher vor und die betroffenen Auktionserlöse sind von der Verfahrensbeteiligten an die Verfügungsadressatin herauszugeben.

E. 3.4.4

Bezifferung des stellvertretenden Commodums 175 Die Höhe des für die Rückerstattung des stellvertretenden Commodums relevanten Vorrangs der Verfügungsadressatin ergibt sich grundsätzlich aus der für den Zeitraum bis 30. September 2018 rechtskräftigen Verfügung der ElCom vom 19. November 2015 (vgl. oben Ziffer 3.1). Wie oben in Randziffer 67 f. dargelegt, wäre dieser Vorrang der Verfügungsadressatin jedoch frühestens ab dem 25. November 2015 gewährt worden. Wäre die Gewährung von Vorrängen ab dem 1. Januar 2015 nicht unmöglich geworden, hätte der Verfügungsadressatin vom 1. Januar 2015 bis mindestens 24. November 2015 weiterhin der Vorrang von [...] MW gemäss dem im alten Kooperationsvertrag erwähnten Altvertrag zugestanden (act. 10; Anhang 7a; act. 40 Beilage; oben Rz. 69). Das stellvertretende Commodum ist somit anhand folgender Vorrangansprüche festzulegen: 1. Vom 1. Januar 2015 bis 24. November 2015: [...] MW 2. Vom 25. November 2015 bis 30. September 2018 ist der Vorrang anhand der kleinstmöglichen Zeiteinheit, welche aus technischer Sicht im Bereich des Engpassmanagements an der Regelzonengrenze möglich ist, zu berechnen. Die Höhe des Vorrangs zu einem bestimmten Zeitpunkt (vgl. Anspruch Energiedienst in der Gleichung beim Ziffer 174) ergibt sich aus der Leistung zum Transport der Hälfte der im Kraftwerk Laufenburg zu diesem Zeitpunkt produzierten Energie (vgl. Erzeugung des Kraftwerkes in der Gleichung in Ziffer 174) abzüglich der zu diesem Zeitpunkt benötigten Leistung zur Versorgung der Endverbraucher in der Regelzone der TransnetBW GmbH auf Schweizer Staatsgebiet (vgl.

Bezug der CH-Kunden in der Gleichung in Ziffer 174) (Verfügung der ElCom vom 19. November 2015, Dispositiv-Ziffer 2, act. 47). 176 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-

46/51

Monats- oder Tagesauktionen zu berücksichtigen sind (vgl. auch Ausführungen der Verfahrensbeteiligten in act. 70, Rz. 83). Während die im alten Kooperationsvertrag betragsmässig von vorn herein festgelegten Vorränge aus Altverträgen von Anfang an bekannt waren, hängt der vorliegend in erster Linie relevante Vorrang gemäss Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der ElCom vom 19. November 2015 von der tatsächlichen Produktion im Kraftwerk Laufenburg und vom Fahrplan für die Versorgung der Endverbraucher in der Regelzone der TransnetBW GmbH auf Schweizer Staatsgebiet ab und ist somit beachtlichen 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 Lieferzeitpunkt zunehmend kleiner werden. Eine Berücksichtigung des Vorrangs in den Jahres- oder Monatsauktionen wäre mithin mit erheblichen Prognosefehlern einhergegangen und ist daher nicht als wahrscheinliches Szenario einzustufen. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Tatsache, dass die Verfügungsadressatin für Lieferungen aus dem Kraftwerk Laufenburg im fraglichen Zeitraum tatsächlich ausschliesslich in den Tagesauktionen Kapazität erworben hat (vgl. act. 53 Rz. 11), erachtet es die ElCom als angemessen, im Sinne eines plausiblen Modells für die Berechnung des stellvertretenden Commodums ausschliesslich auf die Auktionserlöse aus den Tagesauktionen abzustellen. 177 Nachfolgend ist folglich zu ermitteln, wie hoch die Auktionserlöse sind, welche die Verfahrensbeteiligte in den Tagesauktionen zusätzlich erzielt hat, weil im Umfang des nicht gewährten Vorrangs der Verfügungsadressatin zusätzliche Übertragungskapazität vergeben werden konnte. Wie auch die Verfahrensbeteiligte bereits angedeutet hat (vgl. act. 70 Rz. 83), müssten dafür grundsätzlich die tatsächlich erzielten Auktionserlöse auf theoretischer Basis mit den hypothetischen Auktionserlösen verglichen werden, welche unter Berücksichtigung des Vorrangs der Verfügungsadressatin sowie allfälliger weiterer Vorränge, welche zu gewähren gewesen wären, erzielt 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 Angebotskurve lassen sich jedoch nicht exakt bestimmen, hängt diese doch von der jeweiligen Beschaffungsstrategie sämtlicher Auktionsteilnehmer ab. Eine solche Betrachtung wäre daher spekulativ. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass sich die vom Preisgefälle zwischen den betroffenen Gebotszonen abhängende Werthaltigkeit der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität 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 Kapazität den Preis – mit Ausnahme vereinzelter Stunden – nur unwesentlich beeinflussen (act. 95 Rz. 42). Die ElCom erachtet es daher als sachgerecht, im Sinne eines vereinfachten Berechnungsmodells auf die tatsächlich erzielten Preise in den Tagesauktionen abzustellen. 178 Basis für die Berechnung des stellvertretenden Commodums sind somit die stündlichen Leistungswerte des oben in Rz. 175 definierten Vorrangs. Diese sind mit den für die jeweilige Stunde erzielten Auktionspreisen in Euro für die Richtung DE-CH in der Tagesauktion 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. 70, Beilage 58). Das von der Verfahrensbeteiligten herauszugebende stellvertretende Commodum entspricht somit der Hälfte der insgesamt für die Vergabe der fraglichen Kapazität erzielten Auktionserlöse.

47/51

Zusammengefasst ergibt sich für die Berechnung des stellvertretenden Commodums somit folgende Gleichung, wobei i für jede Stunde steht: Vom 1. Januar 2015 bis 24. November 2015: Stellvertretendes Commodum [EUR] = $\sum \text{Anspruch Energiediensti [MWh]} * \text{Market clearing price der Tagesauktioni [EUR/MWh]}$ 2

wobei: Anspruch Energiediensti [■ ■ ■ ■] = [...] MWh Vom 25. November 2015 bis 30. September 2018: Stellvertretendes Commodum [EUR] = $\sum \text{Anspruch Energiediensti [MWh]} * \text{Market clearing price der Tagesauktioni [EUR/MWh]}$ 2

wobei: Anspruch Energiediensti [■ ■ ■ ■] = Erzeugung des Kraftwerkesi [MWh] * Schweizer Quote - Bezug der CH-Kundeni [MWh] wobei: Schweizer Quote = 50% 179 Dies ergibt ein stellvertretendes Commodum von total [...] Euro (s. Berechnung in der Excel-Tabelle im Anhang der Verfügung). 180 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. 181 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.

48/51

E. 3.4.5

Verzugszinsen 182 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 geltend (vgl. oben Rz. 48). Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre gilt mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung oder eines qualifizierten Schweigens als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen die Pflicht, Verzugszins zu bezahlen, wenn der Schuldner im Verzug ist (BGer 2C_352/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.2.1). In der Stromversorgungsgesetzgebung findet sich keine Bestimmung zur Höhe des Zinssatzes bezüglich einer Geldforderung im Falle des Schuldnerverzugs. Folglich beträgt der Zinssatz im Zusammenhang mit der Rückerstattung von nicht geschuldeten SDL- Akontozahlungen in analoger Anwendung von Artikel 104 Absatz 1 OR 5 Prozent (BVGer A-2619/2009 vom 29. November 2011, E. 5). 183 Voraussetzung für den Schuldnerverzug ist in analoger Anwendung von Art. 102 Abs. 1 OR einerseits 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 Mahnung muss die zu erbringende Leistung so genau bezeichnet werden, dass der Schuldner erkennt, 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 feststeht. Auch im öffentlichen Recht wird verlangt, dass die Geldforderung unmissverständlich geltend gemacht und zur Zahlung innert einer bestimmten Frist aufgefordert wird, z. B. durch Zustellung 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). Entscheidend ist dabei der Tag der Zustellung der Klage oder des Gesuchs an die Verfahrensbeeteiligte (vgl. BGE 56 II 212 E. 3 [S. 220]). 184 Die Verfügungsadressatin macht in ihrem Antrag 4 betreffend die Herausgabe des stellvertretenden Commodums Verzugszinsen von 5 Prozent seit Entstehen des wirtschaftlichen Vorteils geltend (vgl. oben Rz. 48 sowie act. 94 Rz. 14). 185 Betreffend die von der Verfügungsadressatin geltend gemachten Verzugszinsen gilt es zu berücksichtigen, dass der Verzug nicht vor Fälligkeit der Forderung eintreten kann (vgl. oben Rz. 183). Die Fälligkeit des Anspruchs der Verfügungsadressatin auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums ist, wie oben unter Ziffer 172 dargelegt, frühestens mit der

Ausübung einer entsprechenden Wahlerklärung eingetreten. Soweit ersichtlich ist eine solcher Erklärung erstmals mit dem Antrag 3 der Eingabe der Verfügungsadressatin vom 5. September 2019 im vorliegenden wiederaufgenommenen Verfahren erfolgt (vgl. oben Rz. 37). Zwar hat die Verfügungsadressatin bereits in einem Schreiben vom 18. August 2016 gegenüber der Verfahrensbe- teiligten vorbehalten, die zu zahlenden Auktionsentgelte nachträglich und zuzüglich Zinsen zu- rückzufordern sowie die Geltendmachung von Schadenersatz vorbehalten (act. 53 Beilage 6). Diese Erklärung zielt jedoch nicht auf die Herausgabe eines stellvertretenden Commodums ab und ist daher für die Fälligkeit dieses Anspruchs nicht massgebend. Dasselbe gilt für die von der Verfügungsadressatin eingereichten Rechnungen, mit denen sie der Verfahrensbeteiligten Auk- tionskosten in Rechnung stellt (act. 53 Beilage 3). 186 Die Eingabe der Verfügungsadressatin vom 5. September 2019 an die ElCom (act. 53) wurde der Verfahrensbeteiligten am 11. September 2019 zugestellt (act. 55). Der Anspruch auf Gewährung des stellvertretenden Commodums ist somit ausgehend von der Zugangstheorie, wonach eine empfangsbedürftige Willenserklärung zum Zeitpunkt des Zugangs beim Empfänger wirksam wird (vgl. dazu BGer 4A_11/2013 vom 16.05.2013, E. 5), seit dem 11. September 2019 fällig.

49/51

187 Nachdem feststeht, wann die Fälligkeit des Anspruchs auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums eingetreten ist, bleibt zu beurteilen, ob und wann der Verzug eingetreten ist. Mah- nungen 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. 183). Dies war bekanntlich mit dem Antrag 3 der Eingabe der Verfügungsadressatin vom 5. September 2019 der Fall, welcher der Verfah- rensbeteiligten am 11. September 2019 zugestellt wurde. Damit ist der Anspruch der Verfügungs- adressatin auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums per 11. September 2019 nicht nur fällig geworden, sondern die Verfahrensbeteiligte ist gleichzeitig auch in Verzug geraten. Die Ver- fahrensbeteiligte hat das an die Verfügungsadressatin herauszugebende stellvertretende Com- modum somit seit dem 11. September 2019 mit 5 Prozent zu verzinsen. 4 Gebühren 188 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 vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand be- rechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En). 189 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechen- bare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Fran- ken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (aus- machend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken. 190 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). 191 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.

50/51

III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

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