

ELCOM 232-00066-2023-02-07-3TwJvU vom 7. Februar 2023

ElCom, 2023-02-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_232-00066-2023-02-07-3TwJvU

FR: ELCOM 232-00066-2023-02-07-3TwJvU du 7 février 2023

IT: ELCOM 232-00066-2023-02-07-3TwJvU del 7 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit 26 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. Gemäss Artikel 17 Absatz 1 StromVG kann sie das Verfahren für die Zuteilung grenzüberschreitender Übertragungskapazität regeln. 27 Verfahrensgegenstand sind vorliegend der Bestand und die Handhabung von Vorrängen bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz

E. 2

Parteien und rechtliches Gehör

E. 2.1

Parteien 28 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 29 Die Gesuchstellerin hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Verfahren wurde die Gewährung eines Vorrangs bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz beziehungsweise die Herausgabe des durch Nichtgewähren des Vorrangs erzielten wirtschaftlichen Vorteils der Gesuchsgegnerin beantragt. Damit ist die Gesuchsgegnerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Auch die Gesuchsgegnerin hat daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

E. 2.2

Rechtliches Gehör 30 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingaben der Gesuchstellerin wurden der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme unterbreitet. Überdies wurden die Stellungnahmen der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diese zugrundeliegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

8/26 ElCom-D-42B03401/21

E. 3

Materielle Beurteilung

E. 3.1

Anspruch auf Vorrang 31 Die Gesuchstellerin macht ab 1. Oktober 2018 für die ihr zustehenden Energielieferungen aus dem Kraftwerk Albrück-Dogern einen Anspruch auf Vorrang nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG geltend und beantragt die Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils, den die Gesuchsgegnerin durch die Nicht-Gewährung der Vorränge seit dem 1. Oktober 2018 erzielt hat (vgl. oben Rz. 3 und 21). 32 Gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG haben grenzüberschreitende Lieferungen bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz Vorrang, wenn sie entweder auf internationalen Bezugs- und Lieferverträgen beruhen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, oder wenn sie aus Grenzwasserkraftwerken stammen, soweit die grenzüberschreitende Übertragung zur Sicherstellung der jeweiligen Hoheitsanteile nötig ist. Beide Tatbestände begründen bereits für sich alleine einen Vorrang im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 StromVG, weshalb es ausreicht, wenn einer davon erfüllt ist. 33 Die Gesuchstellerin begründet den geltend gemachten Anspruch auf Gewährung eines Vorrangs in ihren Eingaben sowohl mit dem Vorliegen eines internationalen Bezugs- und Liefervertrags im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 Satz 1 StromVG als auch damit, dass die grenzüberschreitende Übertragung aus einem Grenzwasserkraftwerk stamme und zur Sicherstellung eines Schweizer Hoheitsanteils nötig sei (Art. 17 Abs. 2 Satz 2 StromVG; act. 1, Rz. 22ff. und Rz. 43ff.; act. 33 Ziff. A, 2.). 34 Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob die Voraussetzungen gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG erfüllt sind: 35 Das Kraftwerk Albrück Dogern ist ohne Zweifel ein Grenzwasserkraftwerk. Es bleibt somit zu beurteilen, ob der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Vorrang für die Sicherstellung eines Hoheitsanteils nötig ist. 36 Die Gesuchstellerin führte in ihren Eingaben diesbezüglich aus, das BFE habe in seinem Amtsbericht vom 10. Juni 2021 (act. 29) bestätigt, dass gemäss Artikel 28 der heute gültigen Konzession der RADAG 54 Prozent der vom Kraftwerksunternehmen nutzbar gemachten Wasserkraft und der daraus gewonnenen elektrischen Energie einschliesslich Einstauersatz auf den Kanton Aargau (Schweizerischer Hoheitsanteil) entfalle (act. 33 Ziff. A, 2.). Der Energieanteil der Gesuchstellerin betrage aktuell 17 Prozent der Kraftwerksproduktion, wobei diese 17 Prozent dem schweizerischen Anteil zugehörig seien (act. 1 Rz. 15). Die im Kraftwerk Albrück-Dogern produzierte Energie werde ausschliesslich über die Amprion-Umspannstation in Tiengen in das Netz eingespeist. Es bestehe keine Ableitungsmöglichkeit in das Schweizer Verteilnetz. Ein Abtransport der im Kraftwerk Albrück-Dogern produzierten Energie in die Schweiz könne folglich nur über das grenzüberschreitende, grundsätzlich auktionspflichtige Übertragungsnetz erfolgen (act. 1 Rz. 16 und 45). 37 Die Gesuchsgegnerin brachte betreffend einen allfälligen Anspruch der Gesuchstellerin gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien (BBl 2016, S. 8329) vor, der Vorrang solle etwa dann Anwendung finden, «wenn beispielsweise die vom Grenzkraftwerk erzeugte Elektrizität nicht direkt über Verteilnetzanschlüsse oder kraftwerkeigene Leitungen in beide Anrainerstaaten geliefert werden kann» (act. 25 Rz. 5). Gestützt auf diese Rechtslage habe die ElCom unter Einbezug des BFE von Amtes wegen zu prüfen, ob der Gesuchstellerin gestützt auf Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG ein Vorranganspruch zustehe. Die Gesuchsgegnerin beantrage, dass die ElCom dazu eine Stellungnahme bzw. einen Fachbericht beim BFE einhole. Die Festlegung eines schweizerischen Hoheitsanteils, welcher der Gesuchstellerin zustehe, liege ausserhalb der Vollzugsverantwortung der Gesuchsgegnerin

9/26 ElCom-D-42B03401/21 bei der Anwendung des StromVG. Denn betroffen sei das Konzessionsverhältnis, das nicht aufgrund des StromVG zu beurteilen sei (act. 25 Rz. 6 und 18). 38 Es ist unbestritten, dass das Kraftwerk Albruck-Dogern über keinen Netzanschluss in der Regelzone Schweiz verfügt und somit für Lieferungen in die Regelzone Schweiz im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ab 1. Oktober 2018 auf die Nutzung des grenzüberschreitenden Übertragungsnetzes angewiesen ist (act. 1, Beilage 6; vgl. auch Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 70). Die Notwendigkeit einer grenzüberschreitenden Übertragung im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG war und ist somit für die Sicherstellung des schweizerischen Hoheitsanteils an der im Kraftwerk Albruck-Dogern gewonnenen elektrischen Energie gegeben (vgl. dazu auch Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates [UREK-S] vom 1. September 2016, BBl 2016 S. 8329). 39 Die aktuellen, von der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Regierungspräsidium Freiburg erteilten, übereinstimmenden Konzessionen der RADAG für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Albruck und Dogern vom 27. Mai 2003 sehen in Artikel 28 jeweils vor, dass die von der RADAG nutzbar gemachte Wasserkraft und die daraus gewonnene elektrische Energie einschliesslich Einstauersatz zu 54 Prozent auf den Kanton Aargau und zu 46 Prozent auf das Land Baden-Württemberg entfallen (act. 1 Beilagen 3 und 4). Aufgrund von Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Dauer eines an die Laufzeit der ursprünglichen Konzessionen geknüpften Energieabtausches zwischen den Kraftwerken Albruck-Dogern und Birsfelden hat das Fachsekretariat des BFE mit Schreiben vom 12. Mai 2021 ersucht, zur Frage Stellung zu nehmen, wie hoch der heute auf die Schweiz bzw. den Kanton Aargau entfallende Anteil der im Kraftwerk Albruck-Dogern gewonnenen elektrischen Energie (Schweizer Hoheitsanteil) sei (act. 26). In seinem Amtsbericht vom 10. Juni 2021 legte das BFE dar, es könne offen bleiben, ob der Energieabtausch zwischen den Kraftwerken Albruck-Dogern und Birsfelden über die vorzeitige Konzessionserneuerung der RADAG hinaus noch weiterbestanden habe, da aus den Protokollen der Arbeitsgruppe Hochrhein der schweizerisch-deutschen Kommission für die Wasserkraftnutzung auf der Rheinstrecke Basel-Bodensee hervorgehe, dass die Behörden davon ausgegangen seien, dass der Energieabtausch spätestens im Jahr 2012 beim Kraftwerk Albruck-Dogern beendet gewesen sei. Gemäss Artikel 28 der heute gültigen Konzession vom 27. Mai 2003 entfielen somit 54 Prozent der vom Kraftwerksunternehmen nutzbar gemachten Wasserkraft und der daraus gewonnenen elektrischen Energie einschliesslich Einstauersatz auf den Kanton Aargau (Schweizer Hoheitsanteil) und 46 Prozent auf das Land Baden-Württemberg. Davon zu unterscheiden seien die Abmachungen zwischen den Aktionären der RADAG über die Energiebezüge aus diesem Kraftwerk (act. 29, S. 2). 40 In den genannten Konzessionen ist somit vorgesehen, dass 54 Prozent der im Kraftwerk Albruck-Dogern gewonnenen elektrischen Energie der Schweiz bzw. dem Kanton Aargau zusteht. Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob dieser in den Konzessionen definierte Anteil auch einen Hoheitsanteil im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG darstellt. 41 Das Stromversorgungsrecht definiert den Begriff «Hoheitsanteil» nicht näher. Dessen Bedeutung ist daher durch Auslegung zu ermitteln. Bei jeder Auslegung ist vom Wortlaut der massgeblichen Norm auszugehen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Wichtig ist auch

das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematische Auslegung; BGE 148 III 314 E. 2.2.). Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich zur Auslegung neuerer Texte, die noch auf wenig veränderte Umstände und ein kaum gewandeltes Rechtsverständnis treffen, kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere

10/26 ElCom-D-42B03401/21 Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 144 V 333 E. 10.1 mit Hinweisen). Unter diesen Auslegungsmethoden gibt es keine Hierarchie; keiner Auslegungsmethode kommt der Vorrang vor einer anderen zu (BGE 142 V 488 E. 6.3.1 mit Hinweisen).⁴² Aufgrund des unbestimmten Wortlauts und weil es sich vorliegend um eine erst kürzlich ins StromVG aufgenommene Bestimmung handelt, kann für die Auslegung des Begriffs «Hoheitsanteil» auf die Materialien abgestellt werden. Die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates (UREK-S) führte in ihrem Bericht vom 1. September 2016 zur Parlamentarischen Initiative «Streichung von Vorrängen im Übertragungsnetz» (Geschäftsnummer 15.430) u. a. aus, dass der Vorrang für Lieferungen aus Grenzwasserkraftwerken nur gelte, soweit er für die Überleitung der Elektrizitätsanteile, welche den Anrainerstaaten für das jeweilige Kraftwerk zustehen, nötig sei. Dieser Anteil bestimme sich nach dem Staatsvertrag oder den Konzessionen, welche dem Grenzkraftwerk zugrunde liegen. Zumeist sei darin auch geregelt, wie die Elektrizität den beteiligten Staaten zur Verfügung zu stellen sei, wobei verschiedentlich festgelegt sei, dass die Elektrizität frei von Gebühren und anderen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen in den Nachbarstaat zu überführen ist, sodass sie dort genutzt werden kann, wie wenn sie im Inland selbst erzeugt worden wäre (BBl 2016, S. 8329).⁴³ Aus den zitierten Ausführungen der UREK-S kann gefolgert werden, dass ein Hoheitsanteil i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG vorliegt, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Konzession besteht, welche ausdrücklich den Anteil der im Kraftwerk gewonnenen Energie definiert, der auf die Schweiz entfällt. Der Bericht erwähnt zwar, dass in gewissen Staatsverträgen oder Konzessionen auch festgelegt sei, dass die Elektrizität frei von Gebühren und anderen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen in den Nachbarstaat zu überführen sei. Es deutet indes alles darauf hin, dass eine solche Regelung nicht als Voraussetzung für das Bejahen eines Hoheitsanteils vorgesehen war. Ein Hoheitsanteil i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG liegt somit auch dann vor, wenn nicht im Detail geregelt ist, wie die einem Anrainerstaat zustehende elektrische Energie diesem zur Verfügung zu stellen ist. Für diese Sichtweise sprechen insbesondere auch die Ausführungen im Bericht der UREK-S, wonach sich mit der vorgeschlagenen Regelung trotz der Aufhebung von zwei Vorrangprivilegien wenig am Status quo ändere (BBl 2016 S. 8328). Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich unter der bis 30. September 2017 geltenden Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG sämtliche Grenzkraftwerke auf einen Vorrang für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien berufen konnten (vgl. auch BBl 2016 S. 8317 und 8322). Auch der Bundesrat ging in seiner Stellungnahme vom 9. November 2016 zum Bericht der UREK-S davon aus, dass die neue ausdrückliche Regelung der Vorränge für Grenzwasserkraftwerke lediglich die diesen schon bisher gewährten Vorränge weiterführe (BBl 2016 S. 8336). Im Ständerat erklärte Bundesrätin Doris Leuthard zudem wörtlich, dass ein Vorrang für die 23 Grenzwasserkraftwerke bestehen bleiben solle (AB 2016 S 1235). Ebenso erklärte sie dies

im Nationalrat (AB 2017 N 303). 44 Die Konzessionen vom 27. Mai 2003 definieren somit einen dem Kanton Aargau – und damit der Schweiz – zukommenden Hoheitsanteil im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG im Umfang von 54 Prozent der im Kraftwerk Albrück-Dogern erzeugten elektrischen Energie. Es ist vorliegend unbestritten, dass die Gesuchstellerin 17 Prozent der Aktien der RADAG hält und somit gemäss Artikel 9 des Gründungsvertrags der RADAG vom 16. September 1929 einen Anspruch auf Bezug von 17 Prozent der im Kraftwerk Albrück-Dogern erzeugten elektrischen Energie hat (act. 1 Rz. 22 f. sowie Beilage 5, S. 2; vgl. auch Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 69). Ebenso unbestritten ist, dass die Bezugsrechte der Schweizer Aktionäre der RADAG dem Schweizer Hoheitsanteil zuzuordnen sind. Dies gilt im Falle der Gesuchsgegnerin umso mehr, als sie vollständig in der Hand des in den Konzessionen als Adressat des Schweizer Hoheitsanteils bezeichneten Kantons Aargau ist. 45 Aus den obigen Erwägungen folgt, dass die Gesuchstellerin für ihren Anteil von 17 Prozent an der Produktion des Kraftwerks Albrück-Dogern seit dem 1. Oktober 2018 einen Anspruch auf 11/26 ElCom-D-42B03401/21 Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG hat. Ob die Gesuchstellerin sich auch auf das Vorliegen eines internationalen Bezugs- und Liefervertrags gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 1 StromVG berufen könnte, kann daher vorliegend offenbleiben. 46 Nachfolgend bleibt festzulegen, welche Folgen sich aus der Nichtgewährung des Vorrangs seit dem 1. Oktober 2018 ergeben (Ziff. 3.2) und wie der Vorrang in der Zukunft von der Gesuchsgegnerin umzusetzen sein wird (Ziff. 3.3).

E. 3.2

Anspruch auf Erstattung des stellvertretenden Commodums

E. 3.2.1

Anspruch und Berechnung des stellvertretenden Commodums 47 Die Gesuchstellerin beantragt die Herausgabe des der Gesuchsgegnerin durch die Nichtgewährung der beantragten und streitgegenständlichen Vorränge entstandenen und entstehenden wirtschaftlichen Vorteils (act. 1 Antrag 5 und Rz. 91). Der Antrag bezieht sich grundsätzlich auch auf die künftige Abwicklung des Vorrangs, mindestens aber auf den Zeitraum bis 31. Dezember 2025 (vgl. act. 39 Ziff. B. und C.). Mit Eingabe vom 8. Februar 2021 führte die Gesuchstellerin diesbezüglich sinngemäss aus, sie sei damit einverstanden, dass an Stelle der Vorranggewährung das stellvertretende Commodum analog der Verfügung 232-00046 der ElCom vom 13. Oktober 2020 ausbezahlt werde, solange die Unmöglichkeit der physischen Vorranggewährung weiterbestehe (act. 21 Rz. 17 ff.). 48 In Bezug auf die vom Fachsekretariat der ElCom in den Schreiben an die Parteien vom 26. November 2020 (act. 15 und 16) skizzierte künftige Umsetzung der vorrangigen Kapazitätsvergabe nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3.3) führt die Gesuchstellerin aus, dass sie diese als nicht der Situation entsprechend, zu aufwändig und auch nicht als praktikabel erachte (act. 21 Rz. 27). Die Tatsache, dass die Gesuchstellerin gemäss dem vom Fachsekretariat skizzierten Vorgehen nur für die Nichtrealisierung des Vorrangs auf dem Schweizer Anteil der Leitung auf der Schweizer Quote eine Entschädigung erhalte, könne, je nach Marktverhältnissen in der EU und in der Schweiz, dazu führen, dass aufgrund dieser Benachteiligung auf deutscher Seite die Energie trotz Rückerstattung des Aufwandes der Schweizer Leitungskapazität nur mit Verlust in die Schweiz eingeführt werden könne und die Absicht des schweizerischen Gesetzgebers, die

Energie aus Grenzkraftwerken nicht zu belasten, nicht realisiert werden könne (act. 21 Rz. 26). Nur die Herausgabe des stellvertretenden Commodums mindere den Schaden der Gesuchstellerin einigermaßen unabhängig von den Marktdifferenzen. Auch würde die Gewährung des Vorrangs eigentlich keine Auktion benötigen, diese sei ein zusätzlicher Aufwand ohne Entschädigung (act. 21 Rz. 28). Die von der ElCom im Rahmen des Verfahrens 232-00046 entwickelte Lösung, wonach der nicht gewährte physische Vorrang mit der Herausgabe des stellvertretenden Commodums entschädigt wird, werde daher der Verletzung des Vorrangrechts wenigstens auf Schweizer Seite einigermaßen gerecht. Es sei auch viel einfacher umzusetzen, weshalb die Gesuchstellerin auch für die künftige Abwicklung die Herausgabe des stellvertretenden Commodums beantrage (act. 21 Rz. 29).

49 Für den Fall, dass die ElCom dennoch einem Systemwechsel den Vorzug gebe, beantragt die Gesuchstellerin, dass dieser Systemwechsel erst per [...] vollzogen werde, da die Disposition der Gesuchstellerin für die Energie bis zu diesem Zeitpunkt bereits stattgefunden habe (act. 21 Rz. 30; act. 39 Bst. C). Die Gesuchstellerin habe, davon ausgehend, dass ihr die physische Vorrangskapazität nicht gewährt wird, den ihr aus der RADAG zustehenden Energieanteil bis Ende [...] bereits zu 100 Prozent und für die Kalenderjahre [...] bis [...] bereits zu erheblichen Teilen in Deutschland verkauft (act. 21 Rz. 31; act. 39 Bst. C Beilage 1). Die ElCom habe die Gesuchstellerin erstmals am 26. November 2020 über die Möglichkeit informiert, dass die Entschädigung über das stellvertretende Commodum mit einer Entschädigung über den Kapazitätserwerb mit anschliessender Rückerstattung des auf die Schweizer Quote entfallenden Anteils des Vorrangs abgelöst werden solle. Zu diesem Zeitpunkt seien die der Gesuchstellerin zustehenden Energieanteile aus der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern bereits in 12/26 ElCom-D-42B03401/21 Deutschland verkauft gewesen, sodass es der Gesuchstellerin gar nicht mehr möglich gewesen sei, für die im Kraftwerk Albruck-Dogern produzierte Energie faktisch Vorränge wenigstens auf der Schweizer Seite geltend zu machen (act. 21 Rz. 32). Aufgrund der Verfahrensdauer habe die Gesuchstellerin zwischenzeitlich auch über die Energiemengen für die Jahre [...] und [...] disponiert (act. 39 Bst. C). Die Gesuchstellerin habe darauf vertraut, dass sie, nachdem das Bundesgericht und die ElCom im Verfahren 232-00046 die Entschädigung über das stellvertretende Commodum in Aussicht stellten, die ihr zustehende Energie aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern zwecks Schadensminderung weiterhin in Deutschland verwerten könne und solle. Da solche Verkäufe zwei bis drei Jahre im Voraus getätigt würden, könne der Gesuchstellerin auch nicht vorgeworfen werden, dass sie für die ihr zustehende Energie aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern keine Vorrangskapazitäten mehr ersteigern könne (act. 21 Rz. 33). Aus den dargelegten Gründen dürfe der von der ElCom in Betracht gezogene Systemwechsel, wenn überhaupt, nur per [...] vollzogen und umgesetzt werden. Das wiederum habe zur Folge, dass die Gesuchstellerin auf jeden Fall bis [...] Anspruch auf die Herausgabe des stellvertretenden Commodums habe (act. 21 Rz. 34; act. 39 Bst. C).

50 Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Eingabe vom 23. April 2021 sinngemäss aus, sie habe keine Einwände dagegen, der Gesuchstellerin in Anlehnung an die rechtskräftige Verfügung 232-00046 der ElCom vom 13. Oktober 2020 das stellvertretende Commodum zuzusprechen, sofern ein Vorranganspruch im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG bestehe (act. 25 Rz. 7 bis 9 und 12).

51 Das Bundesgericht hat in den beiden Entscheiden 2C_390/2016 sowie 2C_391/2016 vom

E. 3.2.2

Fälligkeit und Auszahlung des stellvertretenden Commodums 58 Da das stellvertretende Commodum vorliegend von der Gesuchsgegnerin nicht nur vergangenheitsbezogen, sondern bis 31. Dezember 2023 auszubezahlen ist und die oben beschriebene, von der ElCom bereits in der rechtskräftigen Verfügung 232-00046 vom 13. Oktober 2020 angewendete Berechnungsmethode zwischen den Parteien zudem unbestritten ist (vgl. insb. Rechtsmittelverzicht in act. 25 Beilage 2), erscheint eine Festlegung der genauen Beträge für den Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis zum Erlass der vorliegenden Verfügung nicht erforderlich. Die Gesuchsgegnerin ist somit lediglich zu verpflichten, der Gesuchstellerin das stellvertretende Commodum im Sinne der obigen und nachfolgenden Erwägungen bei Fälligkeit des Herausgabeanspruchs auszubezahlen und diese Auszahlungen aus den laufenden Einnahmen aus den Auktionen zu finanzieren (Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 197). Die ElCom weist die Gesuchstellerin in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie in ihrer Berechnung des stellvertretenden Commodums gemäss Beilage 2 zur Eingabe vom 1. Dezember 2022 (act. 39) fälschlicherweise auf den ganzen Market Clearing Price der Tagesauktion Day-Ahead DE→CH abgestellt und damit ein um den Faktor 2 zu hohes Ergebnis ausgewiesen hat. 59 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, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Dissertation, Bern, 1983, §5, I., 4.; BGE 112 II 235 E. 4c; vgl. auch Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 188).

15/26 ElCom-D-42B03401/21 60 Die Gesuchstellerin macht in ihrer Eingabe vom 8. Februar 2021 geltend, sie habe gegenüber der Gesuchsgegnerin bereits mit Eingabe vom 29. Juni 2018 im Verfahren 232-00046, welche der Gesuchstellerin am 20. Juli 2018 zugestellt worden sei, einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums betreffend die Kalenderjahre 2016 ff. – und damit auch für den Zeitraum ab 1. Oktober 2018 – geltend gemacht. Ebenso habe sie mit Gesuch vom 27. September 2018 im vorliegenden Verfahren einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums geltend gemacht (act. 21 Rz. 21). 61 Die Gesuchstellerin hat in ihrem Gesuch vom 27. September 2018 ausdrücklich den Subeventualantrag gestellt, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin den ihr durch den Wegfall der streitgegenständlichen Vorränge erzielten wirtschaftlichen Vorteil, d. h. das stellvertretende Commodum, herauszugeben (act. 1, Antrag 5). Das Gesuch wurde der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 12. November 2018 verschickt und ist bei dieser somit am 13. November 2018 eingegangen (act. 3). 62 Der Anspruch auf Gewährung des stellvertretenden Commodums für Energielieferungen ab dem 1. Oktober 2018 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), grundsätzlich seit dem 13. November 2018 fällig, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Fälligkeit in Bezug auf die einzelnen Forderung auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums erst dann eintreten kann, wenn die Gesuchsgegnerin überhaupt über ein herauszugebendes stellvertretendes Commodum verfügt, was jeweils dann der Fall ist, wenn die Forderung der Gesuchsgegnerin auf Auszahlung der Auktionserlöse gegenüber dem Auktionsbüro JAO ihrerseits fällig wird (vgl. Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 201). 63 Die Abrechnung der Auktionserlöse zwischen der Gesuchsgegnerin und dem

Auktionsbüro JAO erfolgt jeweils am 5. des Monats und bezieht sich auf die Erlöse der Tagesauktionen des Vormonats. Diese Forderung wird spätestens Ende des Abrechnungsmonats fällig. Die Forderungen der Gesuchsgegnerin für den Monat M werden somit Ende des Monats M+1 fällig. Daraus ergeben sich für den Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2023 folgende Fälligkeitstermine für die Herausgabe des stellvertretenden Commodums (Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 202): Monat

Fälligkeit Oktober 2018

30. November 2018 November 2018

31. Dezember 2018 Dezember 2018

31. Januar 2019

... Dezember 2023

31. Januar 2024

64 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 Gesuchsgegnerin eingegangenen stellvertretenden Commodums. Die Gesuchsgegnerin ist daher zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums in Euro zu verpflichten (Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 196).

16/26 ElCom-D-42B03401/21

E. 3.2.3

Anspruch auf Verzugszinsen 65 Die Gesuchstellerin hat keinen ausdrücklichen Antrag auf Verzinsung des herauszugebenden stellvertretenden Commodums gestellt. Aus ihren Eingaben, namentlich aus Beilage 2 ihrer Eingabe vom 1. Dezember 2022 (Act. 39), geht aber unmissverständlich hervor, dass die Gesuchstellerin eine Verzinsung des herausverlangten stellvertretenden Commodums fordert. 66 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. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Urteil betreffend die Rückerstattung nicht geschuldeter SDL-Akontozahlungen festgehalten, dass in analoger Anwendung von Artikel 104 Absatz 1 OR ein Zinssatz von 5 Prozent anzuwenden sei (BVGer A-2619/2009 vom 29. November 2011, E. 5). Auch vorliegend ist daher ein Zinssatz von 5 Prozent anzuwenden. 67 Voraussetzung für den Schuldnerverzug sind in analoger Anwendung von Artikel 102 Absatz 1 OR die Fälligkeit der Forderung sowie eine Mahnung durch den Gläubiger. Vor der Fälligkeit kann kein Verzug eintreten. 68 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 den Schuldner (vgl. BGE 56 II 212 E. 3 [S. 220]; vgl. auch Verfügung der ElCom 232-00035 vom 13. Oktober 2020, Rz. 183). 69 Ausdrückliche Mahnungen der Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin sind hinsichtlich der Herausgabe des stellvertretenden Commodums im verfahrensrelevanten Zeitraum keine ersichtlich. Der Verzug konnte somit frühestens zum Zeitpunkt eintreten, in dem die Gesuchstellerin ihren Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums im vorliegenden Verfahren erstmals bei der ElCom geltend gemacht hat (vgl. oben Rz. 68). Dies war ebenfalls mit dem Gesuch vom 27. September 2018 der Fall, welches der Gesuchsgegnerin am 13. November 2018 zugegangen ist (vgl. oben Rz. 61; act. 1, Antrag 5). Eine solche vor Fälligkeit zugehende Mahnung ist wirksam, wenn sie die Leistung zum Fälligkeitstermin verlangt (CORINNE WIDMER LÜCHINGER, WOLFGANG WIEGAND in: WIDMER LÜCHINGER, OSER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Basel, Art. 102, Rz. 8). Die Gesuchsgegnerin konnte somit frühestens zu den oben in Randziffer 63 genannten Daten in Verzug geraten. Die Gesuchstellerin hat in Beilage 2 zu ihrer Eingabe vom 1. Dezember 2022 (act. 39) jedoch zum Ausdruck gebracht, dass sie den beantragten Verzugszins nicht monats-scharf sondern jeweils erst Ende Jahr für das ganze Kalenderjahr einfordert. 70 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 (BVGer A-8396/2015 E. 4.2.1). Damit ist die Gesuchstellerin auf die jeweils für die Summe der Forderungen eines Kalenderjahres geltend

17/26 ElCom-D-42B03401/21 gemachten Zinsforderungen ab Beginn des Folgejahres zu behaften und die Gesuchsgegnerin hat das herauszugebende stellvertretende Commodum – unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Fälligkeit und damit der Verzug der Forderungen für den Monat X jeweils erst Ende des Monats X+1 eintreten können – wie folgt zu 5 Prozent p.a. zu verzinsen: Stellvertretendes Commodum aus Auktionen in folgenden Monaten (Herausgabe fällig Ende des Folgemonats) Verzugszins ab Oktober bis November 2018 1. Januar 2019 Dezember 2018 bis November 2019 1. Januar 2020 Dezember 2019 bis November 2020 1. Januar 2021 Dezember 2020 bis November 2021 1. Januar 2022 Dezember 2021 bis November 2022 1. Januar 2023 Dezember 2022 bis November 2023 1. Januar 2024 (gegebenenfalls) Dezember 2023 1. Januar 2025 (gegebenenfalls)

E. 3.3

Künftige Abwicklung des Vorrangs 71 Wie oben in Rz. 51 ff. dargelegt, können an der deutsch-schweizerischen Grenze auch künftig keine «physischen» Vorränge bei der Zuteilung grenzüberschreitender Übertragungskapazität im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt werden, indem die vorab reservierte Kapazität den

Anspruchsberechtigten nach entsprechender Nomination kostenlos zur Verfügung steht. Dies bedeutet indes nicht, dass die Gewährung von Vorrängen an der deutsch-schweizerischen Grenze künftig per se ausgeschlossen ist und die Anspruchsberechtigten gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (Urteile 2C_390/2016 und 2C_391/2016 vom 6. November 2017) und die daraus abgeleiteten Verfügungen der ElCom (vgl. insb. Verfügung 232-00046 der ElCom vom 13. Oktober 2020) auf unbestimmte Zeit hin Ansprüche auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums geltend machen können. Vielmehr gilt es zu berücksichtigen, dass Artikel 17 Absatz 2 StromVG per 1. Oktober 2017 vom Gesetzgeber revidiert wurde: Die am 1. Oktober 2017 in Kraft getretene Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt für Lieferungen aus Grenzwasserkraftwerken einen Vorrang, soweit die grenzüberschreitende Übertragung zur Sicherstellung der jeweiligen Hoheitsanteile nötig ist (vgl. dazu oben Rz. 31 ff.). Die Bestimmung gewährt zudem weiterhin auch für Lieferungen aus internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, einen Vorrang. Entscheidend dabei ist, dass dem Gesetzgeber im Rahmen dieser Revision die Unmöglichkeit einer Vorranggewährung im bisherigen Sinne an der deutsch-schweizerischen Grenze durchaus bewusst war. So hielt der Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerats (UREK-S) vom 1. September 2016 ausdrücklich fest, dass an der Grenze zu Deutschland seit 1. Januar 2015 keine Vorränge mehr gewährt würden, weil die deutschen Übertragungsnetzbetreiber TransnetBW GmbH und Amprion GmbH das ehemals bestehende Kooperationsabkommen mit der Gesuchsgegnerin gekündigt hätten. Dabei verwies die UREK-S auch auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches zu diesem Zeitpunkt in den beiden Entscheiden A-1025/2015 und A-1043/2015 bereits festgehalten hatte, dass die praktische Umsetzung der nach schweizerischem Recht vergebenen Vorränge von der Mitwirkung des benachbarten Übertragungsnetzbetreibers abhängig sei (BBl 2016 S. 8316). Aus dem Bericht ist auch ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin sowie drei weitere Vernehmlassungsteilnehmer im Rahmen der Vernehmlassung zur Vorlage angeregt hatten, dass der Vorrang bezüglich der Grenzwasserkraftwerke im Gesetz ausdrücklich unter Vorbehalt der Kooperationsbereitschaft des nachbarstaatlichen Übertragungsnetzbetreibers stehen solle. Da dessen Mitwirkung zur praktischen Umsetzung unabdingbar sei, solle auch der juristische Bestand des Vorrangs davon abhängig sein (BBl 2016 S. 8319). Diese Anregung blieb gemäss dem Bericht der UREK-S jedoch bewusst unberücksichtigt. Die UREK-S führt dazu aus, die Durchsetzung der nationalen Vorränge sei zwar tatsächlich von der Mitwirkung des betreffenden ausländischen Übertragungsnetzbetreibers abhängig, doch es erscheine unangebracht, den juristischen

18/26 ElCom-D-42B03401/21 Bestand eines von der nationalen Rechtsordnung gewährten Rechts – auch de iure – in die Hand eines ausländischen Entscheidungsträgers zu legen (BBl 2016 S. 8328). Der aktuellen Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG liegt mithin ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers zu Grunde, den Grenzwasserkraftwerken – im Wissen um die faktische Nichtumsetzbarkeit an der deutsch-schweizerischen Grenze – gleichwohl einen rechtlichen Anspruch auf Vorrang einzuräumen. 72 Die ElCom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 StromVG dessen Einhaltung und trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des StromVG und dessen Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Gemäss Artikel 17 Absatz 1 Satz 2 StromVG kann sie das Verfahren für die Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz regeln. Angesichts des im Rahmen der Revision von Artikel 17 Absatz 2

StromVG klar geäusserten Willens des Gesetzgebers, den Grenzwasserkraftwerken an der deutsch-schweizerischen Grenze – im Wissen um die faktische Nichtumsetzbarkeit einer vorrangigen Vergabe von Grenzkapazitäten im bisherigen Sinne – gleichwohl einen rechtlichen Anspruch auf Vorrang einzuräumen, ist für diese Grenze ein Verfahren festzulegen, welches den nach Schweizer Recht bestehenden Anspruch auf Vorrang ungeachtet der faktischen Einschränkungen bestmöglich umsetzt. 73 Eine mögliche Lösung wäre die Durchführung getrennter nationaler Auktionen. Eine getrennte Auktionsdurchführung würde bedeuten, dass ein und dieselbe grenzüberschreitende 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 Gesuchsgegnerin und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen gar kein gemeinsames Vergabeverfahren zustande käme. Zwar könnten so auf Schweizer Seite die Vorränge gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt werden. Eine unkoordinierte doppelte Vergabe der Übertragungskapazitäten hätte jedoch zur Folge, dass nur diejenigen Marktteilnehmer tatsächlich Übertragungskapazität in Anspruch nehmen können, welche sowohl auf deutscher als auch auf Schweizer Seite die benötigte Übertragungskapazität erwerben konnten. Die verfügbare Kapazität könnte in vielen Fällen nicht voll ausgenutzt werden, weshalb sich ein solches Verfahren als hochgradig ineffizient erweise und dem Markt wertvolle grenzüberschreitende Übertragungskapazität entzöge. Eine getrennte Auktionsdurchführung widerspräche daher im Ergebnis der allgemeinen Pflicht der Netzbetreiber zur Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes (Art. 8 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 20 Abs. 1 StromVG; act. 16 f). 74 Eine weitere denkbare Möglichkeit bestünde darin, die grenzüberschreitende Übertragungskapazität gedanklich in einen deutschen und einen schweizerischen Teil aufzuteilen (sog. Kapazitätssplitting, vgl. dazu auch Rz. 153 in der Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020). Die grenzüberschreitende Übertragungskapazität könnte dabei weiterhin in einer gemeinsam von der Gesuchsgegnerin und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen durchgeführten Auktion vergeben werden. Die technisch zur Verfügung stehende Übertragungskapazität würde im Rahmen dieser Auktion jedoch in zwei autonome Quoten aufgeteilt, über die beide Staaten jeweils frei verfügen können. Dabei würden die nach Schweizer Recht bestehenden Vorränge vollumfänglich zu Lasten der Schweizer Quote gewährt und können wie bisher vorgängig zur expliziten Auktion nominiert werden. Ein solches Modell wird indes von den Deutschen Behörden als mit dem deutschen und europäischen Recht unvereinbar eingestuft und daher abgelehnt. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur kommt vielmehr nur ein Vorgehen in Betracht, bei dem sämtliche grenzüberschreitende Übertragungskapazität wie bisher mittels einer gemeinsamen expliziten Auktion vergeben wird (vgl. Ausführungen der Bundesnetzagentur in act. 16d). Die Einführung eines Verfahrens, welches die Vorränge mittels eines Kapazitätssplittings gewährt, erweist sich damit als undurchführbar und würde zudem auch die Schweizer Endverbraucher ungerechtfertigt belasten (vgl. dazu unten Rz. 77 f.) 75 Damit kommt zur Gewährung der Vorränge gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG an der deutsch-schweizerischen Grenze nur ein Verfahren in Betracht, mit dem die gesamte

19/26 ElCom-D-42B03401/21 grenzüberschreitende Übertragungskapazität in einer expliziten Auktion vergeben wird und das den Vorrang in Form einer finanziellen Kompensation gewährt. Auch Vorrangberechtigte haben dabei somit zunächst die für ihre grenzüberschreitenden Lieferungen erforderlichen Kapazitäten regulär in der Auktion zu

erwerben. Die anschliessende Kompensation müsste dabei prinzipiell – im Sinne eines Kapazitätssplittings auf ausschliesslich finanzieller Ebene – sämtliche Kosten abdecken, welche den Vorrangberechtigten beim Erwerb der entsprechenden Kapazität in der expliziten Auktion entstehen. Denn um den rechtlichen Anspruch gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG vollumfänglich zu gewähren, müssten die Vorrangberechtigten wirtschaftlich so gestellt werden, als hätten sie einen regulären Vorrang gewährt bekommen, wie er in Artikel 17 Absatz 2 StromVG vorgesehen ist und bis Ende 2014 praktiziert wurde. Ein solcher regulärer Vorrang nach Schweizer Recht und den damaligen Kooperationsabkommen zwischen den Übertragungsnetzbetreiberinnen hatte zur Folge, dass sich die in der Auktion verfügbare grenzüberschreitende Kapazität im Umfang des Vorrangs verringert hat und die Auktionserlöse bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und der Gesuchsgegnerin entsprechend tiefer ausgefallen sind. Die verringerten Erlöse für die Gewährung des Vorrangs gingen mithin vorderhand je zur Hälfte zu Lasten der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und der Gesuchsgegnerin. Da auf Schweizer Seite das Gesetz vorsieht, dass die Auktionserlöse direkt oder indirekt den Endverbrauchern zu Gute kommen (Art. 17 Absatz 5 StromVG), gehen die vom Gesetzgeber ursprünglich angedachte Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG und die dabei auf Schweizer Seite wegfallenden Auktionserlöse zu Lasten der Endverbraucher. 76 Aufgrund der seit 1. Januar 2015 fehlenden Akzeptanz jeglicher Art von Vorrängen auf deutscher Seite müssten die Schweizer Endverbraucher bei der Gewährung vollumfänglicher finanzieller Vorränge im oben beschriebenen Sinne doppelt so hoch belastet werden wie vom Gesetzgeber eigentlich vorgesehen, da auch der «deutsche» Anteil der Erlöse wegfällt. Die ElCom hat bei der Neuregelung des Verfahrens an der deutsch-schweizerischen Grenze zur Gewährung der gesetzlich vorgesehenen Vorränge mithin die Frage zu beantworten, ob die Folgen aus der faktischen Unmöglichkeit, Vorränge im ursprünglich vom Gesetzgeber angedachten Sinne zu gewähren, von den Endverbrauchern oder von den Vorrangberechtigten zu tragen sind. Im ersten Fall wären die Vorränge vollumfänglich zu gewähren, im zweiten Fall lediglich im gleichen Umfang wie bisher. 77 Bei dieser Interessenabwägung ist auch zu berücksichtigen, dass die gesetzlichen Vorränge für Grenzkraftwerke, insbesondere dann, wenn ein Kraftwerk ausschliesslich in eine Regelzone einspeist, unter Umständen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber inländischen Kraftwerken bewirken. Dies namentlich dann, wenn das betroffene Grenzkraftwerk auch berechtigt ist, den einem Staat zukommenden Hoheitsanteil in den anderen Staat zu liefern. In diesem Fall kann die vorrangberechtigte Produktion wahlweise uneingeschränkt in beide Regelzonen geliefert werden – im einen Fall aufgrund des physischen Anschlusses, im anderen Fall aufgrund des Vorrangs. Diese Optionsprämie bevorzugt das Grenzkraftwerk gegenüber inländischen Kraftwerken. Ob eine solche Besserstellung ökonomisch gerechtfertigt ist, kann vorliegend offenbleiben, da sie sich aus der gegebenen physischen Anschlusssituation sowie der gesetzlichen Konzeption von Artikel 17 Absatz 2 StromVG ergibt. Ungerechtfertigt wäre es aus Sicht der ElCom jedoch, eine auf Umstände ausserhalb des Schweizer Einflussbereiches zurückzuführende, vom Gesetzgeber wissentlich in Kauf genommene Einschränkung des gesetzlichen Anspruchs auf Vorrang – und der allfälligen damit einhergehenden Privilegien – nicht den Privilegierten, sondern den Schweizer Endverbrauchern anzulasten. 78 Das künftige Verfahren zur Gewährung von Vorrängen an der deutsch-schweizerischen Grenze ist daher so festzulegen, dass keine Mehrbelastung der Endverbraucher im Vergleich zur regulären, vom Gesetzgeber ursprünglich angedachten Vorranggewährung erfolgt. Die

finanzielle Rückerstattung darf daher die Erlöse, welche die Gesuchsgegnerin in der expliziten Auktion für die Vergabe der vorrangberechtigten Kapazität erzielt hat, d. h. 50 Prozent der in der Auktion für diese Kapazität erzielten Erlöse, nicht überschreiten.

20/26 ElCom-D-42B03401/21 79 Ein mit dieser Rahmenbedingung festgelegtes Verfahren zur Gewährung «finanzieller» Vorränge steht auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: So äusserte das Bundesgericht im Urteil 2C_632/2016 vom 6. November 2017 zwar im Rahme eines Obiter dictum in Erwägung 3.7.2.1 zunächst Zweifel an der Zulässigkeit rein finanzieller Vorränge und führte verschiedene Argumente an, wonach Vorränge gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG in erster Linie physisch zu gewähren seien. So gehe Artikel 17 Absatz 2 StromVG davon aus, dass die dort geregelten Vorränge nicht nach den in Absatz 1 genannten marktorientierten Verfahren, sondern vorab bzw. ausserhalb dieser Verfahren zugeteilt werden. Mit einer Rückerstattung im Nachgang zur Teilnahme an der Auktion würden somit entgegen dem Wortlaut von Artikel 17 Absatz 2 StromVG nicht Vorränge «bei der Zuteilung von Kapazitäten» gewährt, sondern nachträgliche finanzielle Kompensationen. Die Auktionspreise, welche die Vorrangberechtigten zunächst an die nationale Netzgesellschaft bezahlen, wären somit Teil der Auktionserlöse. Deren Verwendungszwecke seien aber in Artikel 17 Absatz 5 StromVG abschliessend geregelt: Rückerstattungen an Vorrangberechtigte gehörten nicht dazu. Dies sei ein Hinweis, dass der Gesetzgeber offenbar nicht an einen finanziellen Vorrang gedacht habe. Nach weiteren Ausführungen gelangte das Bundesgericht zum Ergebnis, dass ein solches System zahlreiche Fragen aufwerfen würde, die gesetzlich nicht geregelt seien (E. 3.7.3.3). 80 Diese auf den ersten Blick ablehnende Würdigung finanzieller Vorränge durch das Bundesgericht wurde indes noch im selben Urteil vom Bundesgericht selbst relativiert: So hielt das Bundesgericht in Erwägung 3.7.3.3 des Urteils fest, dass – wenn überhaupt – jedenfalls 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 vom Vorrangberechtigten stammt. Die Nationale Netzgesellschaft weise zudem zurecht darauf hin, dass die Auktionserlöse (mindestens) hälftig den ausländischen Übertragungsnetzbetreibern zustünden. Effektiv würde somit höchstens die Hälfte der von den Vorrangberechtigten bezahlten Auktionspreise zurückerstattet. 81 Das Bundesgericht führte eine Kompensationslösung, wie die vorliegend von der ElCom angestrebte, somit selbst als mögliche Lösung auf. Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Urteil des Bundesgerichts zwar in Kenntnis der aktuellen Rechtslage erging, sich inhaltlich aber ausdrücklich auf die bis 30. September 2017 geltende ursprüngliche Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG bezog, bei deren Erlass der Gesetzgeber unbestrittenermassen die damals an allen Schweizer Grenzen vollziehbare physische Gewährung von Vorrängen vor Augen hatte (E. 2.2 f.). Wie oben in Rz. 3.3 ausgeführt, wurde die heute geltende Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG vom Gesetzgeber hingegen ausdrücklich im Wissen erlassen, dass eine physische Gewährung von Vorrängen – mindestens an der deutsch-schweizerischen Grenze – nicht mehr möglich ist. Vor diesem Hintergrund kann der bundesgerichtlichen Argumentation, dass eine finanzielle Gewährung von Vorrängen nicht vorgesehen sei, weil der Gesetzgeber nicht an eine solche gedacht hatte, aus heutiger Sicht nicht mehr uneingeschränkt gefolgt werden. Mit Blick auf die abschliessende Aufzählung der Verwendungszwecke für die Auktionserlöse in Artikel 17 Absatz 5 StromVG ist zudem festzuhalten, dass es sich bei den fraglichen Erlösen um solche handelt, welche bei einer regulären Vorranggewährung gemäss der ursprüngliche Intention des Gesetzgebers gar nicht erzielt worden wären. Es

handelt sich mithin um einen Mittelzufluss bei der Gesuchsgegnerin, der einzig darauf zurückzuführen ist, dass die Vorranggewährung behelfsmässig über eine Teilnahme an der expliziten Auktion erfolgen muss. Unter diesem Blickwinkel handelt sich bei den betreffenden Erlösen nicht um reguläre Auktionserlöse gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG, sondern um Mittel, die von der Gesuchsgegnerin von vornherein einzig zwecks Rückerstattung an den Vorrangberechtigten eingenommen werden. Die eingeschränkte Verwendbarkeit der Auktionserlöse durch die Gesuchsgegnerin gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG steht einer finanziellen Abwicklung der Vorränge daher nicht entgegen.

21/26 ElCom-D-42B03401/21 82 Möchte die Gesuchstellerin ihren Anspruch auf Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG ab 1. Januar 2024 geltend machen, wird sie die entsprechende Kapazität somit zunächst regulär erwerben müssen. Anschliessend ist sie berechtigt, bei der Gesuchsgegnerin ein Gesuch um Rückerstattung der für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse einzufordern. Dabei hat die Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin die erworbenen Kapazitäten sowie ihren tatsächlichen Anspruch auf Vorrang in Höhe von 17 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern mittels Ist-Produktionsdaten stundenscharf zu belegen. 83 Die Gesuchstellerin hält dieser von der ElCom bereits im Verfahrensverlauf vorgeschlagenen Vorgehensweise entgegen, sie könne, je nach Marktverhältnissen in der EU und in der Schweiz, dazu führen, dass aufgrund der Benachteiligung auf deutscher Seite die Energie trotz Rückerstattung des Aufwandes der Schweizer Leitungskapazität nur mit Verlust in die Schweiz eingeführt werden könne und die Absicht des schweizerischen Gesetzgebers, die Energie aus Grenzkraftwerken nicht zu belasten, nicht realisiert werden könne (act. 21 Rz. 26). Nur die Herausgabe des stellvertretenden Commodums mindere den Schaden der Gesuchstellerin einigermaßen unabhängig von den Marktdifferenzen. Auch würde die Gewährung des Vorrangs eigentlich keine Auktion benötigen, diese sei ein zusätzlicher Aufwand ohne Entschädigung (act. 21 Rz. 28). Die von der ElCom im Rahmen des Verfahrens 232-00046 entwickelte Lösung, wonach der nicht gewährte physische Vorrang mit der Herausgabe des stellvertretenden Commodums entschädigt wird, werde daher der Verletzung des Vorrangrechts wenigstens auf Schweizer Seite einigermaßen gerecht. Es sei auch viel einfacher umzusetzen, weshalb die Gesuchstellerin auch für die künftige Abwicklung die Herausgabe des stellvertretenden Commodums beantrage (act. 21 Rz. 29). 84 Es ist zutreffend, dass die grenzüberschreitende Übertragungskapazität mit dem oben in Randziffer 82 beschriebenen Verfahren zunächst nicht vorrangig zugeteilt werden kann und dass deren Nutzung aufgrund der Beschränkung der Rückerstattung auf 50 Prozent der Kosten für den Erwerb der Kapazität für die Gesuchstellerin nicht kostenlos ist, was die Attraktivität eines Imports der betroffenen Energie in die Schweiz schmälert und der Absicht des Gesetzgebers nicht vollständig gerecht wird. Wie oben in Randziffer 71 aufgezeigt, hat sich der Gesetzgeber indes bewusst für die Beibehaltung eines Rechtsanspruchs entschieden, von dem er wusste, dass dessen vollständige Umsetzung von der nicht erwartbaren Kooperation der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen abhängen würde. Solange – wie vorliegend – eine Möglichkeit besteht, diesem Anspruch zumindest teilweise gerecht zu werden, besteht keine Grundlage dafür, auch in Zukunft ein stellvertretendes Commodum auszubezahlen. Denn wie oben in Ziffer 3.2.1 dargelegt, würde dies voraussetzen, dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin infolge einer objektiven Unmöglichkeit gar nicht die Möglichkeit einräumt, einen Vorrang geltend zu machen und infolgedessen einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt. Mit dem oben in

Randziffer 82 dargelegten Verfahren verfügt die Gesuchstellerin jedoch über die Möglichkeit, den Vorrang zumindest teilweise, d. h. soweit rechtlich umsetzbar, geltend zu machen. Zu beachten ist ferner, dass der Sinn und Zweck des Vorrangs gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG nebst der Erfüllung internationaler Bezugs- und Lieferverträge insbesondere die Sicherstellung von in Staatsverträgen oder Konzessionen festgelegten Schweizer Hoheitsanteilen an der Produktion von Grenzwasserkraftwerken ist. Würde der Gesuchstellerin dauerhaft die Geltendmachung eines Vorrangs mit der Begründung der objektiven Unmöglichkeit verweigert und gleichzeitig ein stellvertretendes Commodum ausbezahlt, käme dies der Gewährung eines Vorrangs gleich, ohne dass gewährleistet wäre, dass die anspruchsberechtigte Energie tatsächlich in die Schweiz importiert wird. Die Entschädigung in Form des stellvertretenden Commodums würde unabhängig davon geleistet, ob die Gesuchstellerin Netzkapazitäten für die Einfuhr der Produktion von Deutschland in die Schweiz erwirbt oder nicht und unabhängig davon, ob sie beabsichtigt, den Produktionsanteil in die Schweiz zu importieren oder nicht. Die Gesuchstellerin erhielte damit einen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil. Das zentrale Kriterium von Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG für die Begründung eines Anspruchs auf Vorrang, nämlich dass der Vorrang für die Sicherstellung eines Hoheitsanteils (d. h. für die Lieferung der betreffenden Energie in das jeweilige Hoheitsgebiet) nötig sein muss, würde verletzt.

22/26 ElCom-D-42B03401/21

E. 3.4

Fazit 85 Aus den Ausführungen in Ziffer 3.1 ergibt sich, dass die Gesuchstellerin für die ihr zustehenden Lieferungen aus dem Kraftwerk Albruck Dogern einen Vorrang gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG geltend machen kann. Ihr Antrag Nr. 1 ist daher grundsätzlich gutzuheissen. Gemäss Ziffer 3.2 folgt aus diesem Anspruch, dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin für den Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2023 das stellvertretende Commodum gemäss Antrag 5 der Gesuchstellerin herauszugeben hat. Soweit die Gesuchstellerin über den 31. Dezember 2023 hinaus das stellvertretende Commodum verlangt, ist der Antrag abzuweisen. 86 Gemäss den Erwägungen in Ziffer 3.3 kann die Gesuchstellerin ihren Anspruch auf Vorrang ab 1. Januar 2024 geltend machen, indem sie zunächst die entsprechende Kapazität in der regulären Auktion erwirbt und anschliessend bei der Gesuchsgegnerin ein Gesuch um Rückerstattung der für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse stellt. Dabei hat sie gegenüber der Gesuchsgegnerin die erworbenen Kapazitäten sowie ihren tatsächlichen Anspruch auf Vorrang in Höhe von 17 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern mittels Ist-Produktionsdaten stundenscharf zu belegen. Die Gesuchsgegnerin ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin auf Gesuch hin die von der Gesuchsgegnerin für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse auszubezahlen. 4 Prozessuale Anträge 87 Die Gesuchstellerin beantragt mit ihrem Rechtsbegehren 6, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, den «Vertrag über die gemeinsame Vergabe der verfügbaren Transportkapazität im grenzüberschreitenden Stromhandel zwischen Deutschland und der Schweiz» zwischen der TransnetBW, der Amprion und der Gesuchsgegnerin in der bis zum 31. Dezember 2014 und in der ab 1. Januar 2015 gültigen Fassung zu edieren. Dieser Antrag wurde zu einer Zeit gestellt, als das altrechtliche Verfahren 232-00046 noch hängig war. Die offenen Fragen in jenem Verfahren im Zusammenhang mit dem vom vorliegenden Antrag betroffenen Vertrag sind inzwischen rechtskräftig geklärt. Vor diesem Hintergrund ist der Nutzen einer Edition des Vertrags im vorliegenden Verfahren nicht mehr ersichtlich. Der Antrag ist

daher abzuweisen. 88 Die Gesuchsgegnerin beantragt in ihrer Eingabe vom 23. April 2021 den Beizug der Akten im Verfahren 232-00046 (act. 25 Rz. 3). Die damit zu untermauernden Darlegungen der Gesuchsgegnerin betreffen indes ausschliesslich einen allfälligen Anspruch der Gesuchstellerin gestützt auf Artikel 17 Absatz 2 Satz 1 StromVG. Wie oben in Randziffer 45 dargelegt, kann vorliegend jedoch offenbleiben, ob die Gesuchstellerin gestützt auf diese Bestimmung einen Vorrang geltend machen könnte. Der beantragte Beizug der Akten im Verfahren 232-00046 vermag mithin am Ergebnis des vorliegenden Verfahrens nichts zu ändern. Der Antrag ist daher abzuweisen. 5 Gebühren 89 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 berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En).

23/26 ElCom-D-42B03401/21 90 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: 7 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend 1'750 Franken), 3 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend 690 Franken) und 42 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend 8'400 Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von 10'840 Franken. 91 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

E. 6

November 2017 betreffend Vorränge gemäss aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG für Grenzkraftwerke festgehalten, dass die Vorranggewährung durch die Gesuchsgegnerin praktisch nicht ohne die Kooperation mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen möglich sei und dass diese Kooperation seit der Kündigung der bisherigen Kooperationsverträge per Ende 2014 nicht mehr erfolge (E. 5.1). Da nebst der Gesuchsgegnerin auch kein anderer schweizerischer Rechtsunterworfener in der Lage sei, die Leistung zu erfüllen, sei die Gewährung des Vorrangs objektiv unmöglich (E. 5.3.2). Mangels einer besonderen Regelung im Verwaltungsrecht rechtfertige es sich, die Regelung von Artikel 119 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) analog anzuwenden. Demnach sei mit der Kündigung des alten Kooperationsvertrags ab 1. Januar 2015 die Pflicht der Beschwerdegegnerin, den nach schweizerischem Recht bestehenden Vorrang zu gewähren, infolge objektiver Unmöglichkeit entfallen und die Beschwerdegegnerin werde dadurch grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig und es entstünden auch keine Sekundärleistungspflichten, unter Vorbehalt der Haftung für ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 119 Abs. 2 OR) oder der Herausgabe des Stellvertretenden Commodums. Anders verhalte es sich jedoch, wenn die Beschwerdegegnerin die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiber oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden Vertrag abzuschliessen, zu verantworten oder mitzuverantworten hätte (Art. 119 Abs. 1 OR analog). In diesem Fall würde die Beschwerdegegnerin schadenersatzpflichtig (E. 5.3.4 f.). 52 Die ElCom kam im rechtskräftig erledigten Verfahren 232-00046 mit Verfügung vom 13. Oktober 2020 zum Ergebnis, dass die Gesuchsgegnerin weder für die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen noch für deren

Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Kooperationsvertrag abzuschliessen, verantwortlich sei und verfügte für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 30. September 2018 die Herausgabe des stellvertretenden Commodums (vgl. Rz. 90 – 197 der Verfügung).

13/26 ElCom-D-42B03401/21 53 Ein in den Jahren 2018 und 2019 durchgeführter Austausch zwischen der ElCom und der Bundesnetzagentur (vgl. act. 16a bis 16f) hat gezeigt, dass die vom Bundesgericht in seinen Urteilen 2C_390/2016 und 2C_391/2016 vom 6. November 2017 festgestellte Unmöglichkeit der Vorranggewährung durch die Gesuchsgegnerin fortbesteht: So führte die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 17. Juli 2018 insbesondere aus, dass sie es als mit dem unions- und bundesrechtlichen Diskriminierungsverbot unvereinbar erachte, einzelnen Kraftwerken oder sonstigen Marktakteuren unter Meldung ihrer Teilnahme am regulären Auktionsverfahren vorrangig einen Netzzugang zu gewähren (act. 16b). 54 Dem vorliegenden Gesuch liegt im Wesentlichen derselbe Sachverhalt zugrunde wie der Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. November 2020. Die Beurteilung des von der Gesuchstellerin gestellten Antrags auf Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils, den die Gesuchsgegnerin durch die Nichtgewährung der Vorränge seit dem 1. Oktober 2018 erzielt hat, hat somit grundsätzlich nach den in der vorgenannten Verfügung angewendeten Grundsätzen zu erfolgen. 55 Dabei ist zur berücksichtigen, dass der in Lehre und Rechtsprechung anerkannte Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums einzig bestehen kann, wenn eine nicht verantwortete Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Artikel 119 Absatz 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) vorliegt (vgl. dazu ausführlich Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 188 ff.). Wie nachfolgend in Ziffer 3.3 noch dargelegt wird, ist die physische Gewährung des Vorrangs der Gesuchstellerin zwar nach wie vor objektiv unmöglich. Die Gesuchsgegnerin kann den Anspruch auf Vorrang unter der seit 1. Oktober 2017 geltenden Rechtslage jedoch – teilweise – finanziell gewähren, indem die Gesuchstellerin die benötigte Kapazität im ordentlichen Verfahren erwirbt und anschliessend die Auktionserlöse im Umfang der Schweizer Quote des Vorrangs von der Gesuchsgegnerin zurückerstattet erhält. Die Umsetzbarkeit dieses Vorgehens wurde von der Gesuchsgegnerin ausdrücklich bestätigt (act. 25 Rz. 15). Ein Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums kann daher nur solange bejaht werden, wie es der Gesuchstellerin unmöglich ist, ihren Vorrang wie nachfolgend in Ziffer 3.3 beschrieben zu nutzen. 56 Wie oben in Randziffer 49 dargelegt, hat die Gesuchstellerin ihren Anteil an der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern in der Annahme, dass die im Verfahren 232-00046 festgestellte Unmöglichkeit der Vorranggewährung fortbestehen werde, bereits bis Ende [...] mehrheitlich in die Regelzone Deutschland verkauft. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die ElCom die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 26. November 2020 (s. oben Rz. 13) über die beabsichtigte Abwicklung von Vorrangansprüchen an der deutsch-schweizerischen Grenze gemäss nachfolgender Ziffer 3.3 informiert hat. Zwar ist es angesichts der Unsicherheit der Gesuchstellerin über den Zeitpunkt und genauen Inhalt der vorliegenden Verfügung nachvollziehbar, dass sie die ihr zustehende Energie aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern zunächst in Deutschland verkauft hat. Schliesslich stellen solche Hedging-Geschäfte ein im Energiehandel übliches Vorgehen dar. Nicht nachvollziehbar sind hingegen die Ausführungen der Gesuchstellerin, wonach es ihr aufgrund der getätigten Hedging-Geschäfte nicht mehr möglich sei, für die im Kraftwerk Albruck-Dogern

produzierte Energie noch Vorränge geltend zu machen. Es steht der Gesuchstellerin frei, die entsprechende Energie auf dem deutschen Markt zurückzukaufen und gleichzeitig auf dem Schweizer Markt zu verkaufen. Wird dieses Geschäft nahe am Lieferzeitpunkt getätigt, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Preisdifferenz zwischen dem Deutschen und dem Schweizer Markt annäherungsweise den Kosten für den Kapazitätserwerb entspricht. Damit kann die Gesuchstellerin grundsätzlich trotz der getätigten Hedging-Geschäfte auch bei sofortiger Anwendung des nachfolgend in Ziffer 3.3 beschriebenen Regimes zur Gewährung von Vorrängen an der deutsch-schweizerischen Grenze denselben Gewinn erzielen, wie wenn ihr weiterhin – ohne Energielieferung in die Schweizer Regelzone – das stellvertretende Commodum ausbezahlt würde. Die Gesuchstellerin hat im Übrigen auch nicht dargelegt, dass sie mit einer allfälligen hypothetischen alternativen Vermarktungsstrategie in Kenntnis des genauen Datums, ab dem die Vorränge gemäss nachfolgender Ziffer 3.3 geltend zu machen sind, einen höheren Gewinn

14/26 ElCom-D-42B03401/21 hätte erzielen können. Damit besteht weder aus rechtlicher noch aus wirtschaftlicher Sicht ein Anlass, die Gesuchsgegnerin bis Ende [...] zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums zu verpflichten. Da die Gesuchstellerin jedoch den Zeitpunkt und Inhalt der vorliegenden Verfügung nicht vollständig antizipieren konnte und ihr für das Jahr 2023 insbesondere nicht mehr die Möglichkeit offensteht, grenzüberschreitende Übertragungskapazitäten als Jahresprodukt zu erwerben, erscheint es gerechtfertigt, im Sinne eine Übergangsfrist bis 31. Dezember 2023 einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums gutzuheissen. Für den Zeitraum ab 1. Januar 2024 wird die Gesuchstellerin ihren Anspruch auf Vorrang hingegen gemäss nachfolgender Ziffer 3.3 geltend machen müssen. 57 Basis für die Berechnung des stellvertretenden Commodums sind die stündlichen Leistungswerte des 17 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern umfassenden Vorrangs der Gesuchstellerin (Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 80 sowie 191 ff.). Diese sind mit den für die jeweilige Stunde erzielten Auktionspreisen in Euro für die Richtung D→CH in der Tagesauktion zu multiplizieren, welche unter <https://www.jao.eu/> öffentlich zugänglich sind. Gemäss dem geltenden Kooperationsvertrag zwischen der Gesuchsgegnerin und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen kommen die an der Grenze DE-CH vereinnahmten Erlöse zu 50 Prozent der Gesuchsgegnerin und zu 50 Prozent der TransnetBW GmbH und der Amprion GmbH zu Gute und werden den Auktionspartnern direkt vom Auktionsbüro gutgeschrieben. Das von der Gesuchsgegnerin herauszugebende stellvertretende Commodum entspricht somit der Hälfte der insgesamt für die Vergabe der fraglichen Kapazität erzielten Auktionserlöse (Verfügung der ElCom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 194). Zusammengefasst ergibt sich somit vorliegend für die Berechnung des stellvertretenden Commodums im Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2023 folgende Gleichung, wobei i für jede Stunde steht: Stellvertretendes Commodum [EUR]= $\sum \text{Fahrplanlieferung}_i [\text{MWh}] * \text{Market clearing price der Tagesauktion}_i$ [EUR/MWh] 2

E. 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). Die Gesuchstellerin dringt mit ihren Begehren im vorliegenden Verfahren nicht vollständig durch. Zwar obsiegt sie in der materiellen Hauptfrag, ob ihr ein Anspruch auf Vorrang zustehe. Mit Blick auf die künftige Umsetzung dieses Anspruchs ist sie mit ihren Anträgen jedoch nicht vollumfänglich durchgedrungen. Die Verfahrenskosten sind daher der Gesuchsgegnerin zu drei Vierteln und der Gesuchstellerin zu einem Viertel aufzuerlegen.

24/26 ElCom-D-42B03401/21 III Entscheid Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

1. Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der AEW Energie AG aus den laufenden Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität an der deutsch- schweizerischen Grenze im Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2023 das stellvertretende Commodum im Sinne der Erwägungen in Ziffer 3.2 dieser Verfügung auszubezahlen. Die Berechnung des stellvertretenden Commodums erfolgt auf Basis der stündlichen Leistungswerte des 17 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern umfassenden Vorrangs der AEW Energie AG gemäss folgender Formel: Stellvertretendes Commodum [EUR]= $\sum \text{Fahrplanlieferung}_i \text{ [MWh]} * \text{Market clearing price der Tagesauktion}_i \text{ [EUR/MWh]}$ 2

2. Das Stellvertretende Commodum gemäss Dispositiv Ziffer 1 ist wie folgt mit einem Verzugszins von 5 Prozent p.a. zu verzinsen: Stellvertretendes Commodum aus Auktionen in den Monaten:

Verzugszins ab: Oktober bis November 2018 1. Januar 2019 Dezember 2018 bis November 2019 1. Januar 2020 Dezember 2019 bis November 2020 1. Januar 2021 Dezember 2020 bis November 2021 1. Januar 2022 Dezember 2021 bis November 2022 1. Januar 2023 Dezember 2022 bis November 2023

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