

# **ELCOM vorrang-kw-reckingen-g7R4jm vom 2. Juli 2015**

ElCom, 2015-07-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom\\_vorrang-kw-reckingen-g7R4jm](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_vorrang-kw-reckingen-g7R4jm)

FR: ELCOM vorrang-kw-reckingen-g7R4jm du 2 juillet 2015

IT: ELCOM vorrang-kw-reckingen-g7R4jm del 2 luglio 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zuständigkeit 34 Gemäss Artikel 22 StromVG 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. Die ElCom ist für Streitfälle bei Netzzugang und Netznutzungsbedingungen (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG) sowie speziell für Fragen im Zusammenhang mit grenzüberschreitender Übertragungskapazität zuständig (vgl. Art. 17 StromVG). Fraglich ist vorliegend insbesondere die Handhabung von Vorrängen bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG. 35 Bei der Stromversorgungsgesetzgebung handelt es sich grundsätzlich um öffentliches Recht. Dieses kennt anders als das Privatrecht kein eigentliches Kollisionsrecht. Es gilt das Territorialitätsprinzip. Schweizerisches öffentliches Recht wird demnach nur auf Sachverhalte angewendet, welche sich in der Schweiz zutragen. Schweizerische Behörden dürfen nur schweizerisches öffentliches Recht anwenden. Es kann allerdings unklar sein, welchem Gemeinwesen ein bestimmter Sachverhalt zuzuordnen ist (HÄFELIN URLICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz 355 ff.). Dabei kann an verschiedene Kriterien angeknüpft werden, zum Beispiel an den Ort der Handlung, an den Ort der Auswirkungen dieser Handlung, an den Ort der gelegenen Sache oder an den Wohnsitz. Damit werden gleichzeitig die Zuständigkeit und das anwendbare Recht bestimmt. Zuständigkeit und anwendbares Recht können nicht auseinanderfallen (IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, Basel und Stuttgart 1976, Nr. 19 B.II.a und Nr. 19 B.III.b; siehe zum Ganzen bereits die Verfügung der ElCom vom 30. Oktober 2008 [952-08-017], Rz. 6). Völkerrechtlich ist jeder Staat als Inhaber der Gebietshoheit bzw. auf Grundlage des Territorialitätsprinzips auf dem eigenen Staatsgebiet regelungsbefugt für Sachverhalte, die sich auf seinem Gebiet ereignen (vgl. BENEDIKT PIRKER/ASTRID EPINEY, Zur vorrangigen Vergabe von Stromübertragungskapazitäten bei „Grenzkraftwerken“ – ausgewählte rechtliche Aspekte, Gutachten, November 2014, S. 40; act. 43). 36 Die Zuständigkeit der ElCom ist somit für die auf schweizerischem Territorium stattfindenden oder sich auf diesem Territorium auswirkenden Handlungen gegeben.

### **E. 2**

Parteien und rechtliches Gehör

#### **E. 2.1**

Parteien 37 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. 38 Die Verfügungsadressatin reichte in dieser Angelegenheit bei der ElCom Anträge ein. Vorliegende Verfügung betrifft Rechte und Pflichten der Verfügungsadressatin. Die Verfügungsadressatin ist materielle Verfügungsadressatin und daher Partei im Sinne von Artikel 6 in Verbindung mit Artikel 48 VwVG. 39 Mit Schreiben vom 21. Juli 2014 führte die Verfügungsadressatin an, dass insbesondere auch ihren Aktionären Parteistellung zukomme. Dass jemand "besonders berührt" (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) bzw. stärker als die Allgemeinheit betroffen ist, genügt für sich allein jedoch noch nicht für eine Zuerkennung der Parteistellung; zusätzlich ist eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streit Sache bzw. ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG; BGE 135 II 172 E.

10/18

2.1; 134 II 120 E. 2.1). Auch Aktionäre sind als bloss mittelbar Betroffene selbst dann nicht befugt, eine gegen die Aktiengesellschaft ergehende Verfügung anzufechten, wenn sie Allein- oder Hauptaktionär sind (BGE 131 II 306 E. 1.2.2). Demnach vermag der Umstand, dass für die von der Verfügungsadressatin erwähnten Gesellschaften indirekt aufgrund ihrer Aktionärsstellung allenfalls hinsichtlich der Energie verteuerte Jahreskosten resultieren, keine Parteistellung zu begründen. Die im Schreiben vom 23. Juli 2014 genannten Gesellschaften haben deshalb in diesem Verfahren keine Parteistellung. Das Fachsekretariat der ElCom teilte der Verfügungsadressatin diese Einschätzung mit Schreiben vom 9. Februar 2015 mit und forderte die Verfügungsadressatin auf, falls sie dieser Einschätzung nicht zustimmt, entsprechende Anträge zu stellen oder durch die nach deren Auffassung Betroffenen stellen zu lassen. Es wurden keine solchen Anträge gestellt. 40 Die vorliegende Verfügung hat auch einen direkten Einfluss auf die von der Verfahrensbeteiligten wahrgenommenen Aufgaben. Die Verfügung betrifft unter anderem die Durchführung von Verfahren zur Handhabung von Engpässen (vgl. Art. 20 Abs. 2 Bst. d StromVG) und kann Auswirkungen auf die Behandlung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität haben. Somit kommt auch der Verfahrensbeteiligten Parteistellung zu.

## **E. 2.2**

Feststellungsverfügung 41 Die in der Sache zuständige Behörde kann über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (Art. 25 Abs. 1 VwVG). Die Feststellungsverfügung ist subsidiär, wobei sie unter anderem zur vorgängigen Klärung gewisser grundlegender Fragestellungen erfolgen kann (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 N 16). Mithin kann eine Feststellungsverfügung erlassen werden, wenn der Gesuchsteller an der Beseitigung einer Unklarheit über öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten interessiert ist, weil er sonst Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen (Urteil BGer 1C\_6/2007 vom 22. August 2007, E. 3.3). 42 In diesem Verfahren ist umstritten, ob und inwiefern ein sich auf Artikel 17 Absatz 2 StromVG stützender Vorrang besteht. Diesbezüglich handelt sich um die Frage eines Bestandes von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen, deren Klärung im Interesse der Parteien liegt und im vorliegenden Fall nicht durch eine rechtsgestaltende Massnahme erfolgen kann. 43 Die Verfügungsadressatin stellte zudem den Antrag auf Feststellung, dass das Kooperationsabkommen Swissgrid –

[...] – [...] vom Dezember 2014 widerrechtlich und daher nichtig sei. Wie aus den nachstehenden Erwägungen hervorgeht, hat die Verfügungsadressatin kein Anrecht auf einen sich auf Artikel 17 Absatz 2 StromVG stützenden Vorrang. Damit besteht für die Verfügungsadressatin auch kein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an Feststellungen betreffend die Stromversorgungsrechtskonformität des zwischen Übertragungsnetzbetreibern abgeschlossenen Kooperationsabkommens. Auf diesen Antrag der Verfügungsadressatin ist deshalb nicht einzutreten. Mangels Feststellungsinteresse ist auch der Verfahrens Antrag der Verfügungsadressatin auf Einsicht in eine ungeschwärzte Kopie des Kooperationsabkommens abzuweisen. Die Schwärzungen erfolgten, da gestützt auf Artikel 26 Absatz 1 StromVG die ElCom Geschäftsgeheimnisse zu wahren hat, wobei sich bei dieser Ausgangslage auch eine Kenntnisgabe des wesentlichen Inhalts nach Artikel 28 VwVG erübrigt. Eine von der Verfügungsadressatin geltend gemachte Nichtigkeit des seit anfangs Januar 2015 geltenden Kooperationsabkommens würde zu keinen Änderungen am Ausgang des vorliegenden Verfahrens führen. Die ElCom hielt sich diesbezüglich mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 ausdrücklich entsprechende Prüfungen und Anpassungen des abgeschlossenen Kooperationsabkommens vor (vgl. vorne Rz. 22).

11/18

### **E. 2.3**

Rechtliches Gehör 44 Den Parteien wurde die Eröffnung eines formellen Verfahrens mitgeteilt (act. 20). Den Parteien wurden mehrfach Aktenverzeichnisse zugestellt und diese übten ihr Recht auf Akteneinsicht wiederholt aus (act. 26 - 29, act. 34-36). Die Parteien konnten sich in diesem Verfahren ebenfalls wiederholt äussern sowie nahmen mehrfach Stellung. Die von der Verfügungsadressatin und der Verfahrensbeteiligten vorgebrachten Argumente werden bei den materiellen Erwägungen behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

## **E. 3**

Materielle Beurteilung

### **E. 3.1**

Stromversorgungsrechtliche Grundlagen 45 Artikel 17 StromVG betrifft seinem Titel entsprechend den Netzzugang bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz. In Artikel 17 Absatz 1 StromVG wird festgehalten, dass wenn die Nachfrage nach grenzüberschreitender Übertragungskapazität die verfügbare Kapazität überschreitet, die nationale Netzgesellschaft die verfügbare Kapazität nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zuteilen kann. Die ElCom kann das Verfahren regeln. 46 Gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG haben bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz Lieferungen auf Grund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, sowie Lieferungen nach Artikel 13 Absatz 3 Vorrang. Mit dieser Spezialnorm wird in bestimmten Fällen ein sogenannter Vorrang gewährt. Es gehört dabei zu den Aufgaben der Verfahrensbeteiligten als nationale Netzgesellschaft, die grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten in Koordination mit den Netzbetreibern der Nachbarländer festzulegen (vgl. Art. 20 Abs. 1 StromVG). Im Streitfall hat ein Entscheid der ElCom zu ergehen (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG). Die Gewährung eines physischen Vorrangs hat zur Folge, dass die betreffende Kapazität nicht verauktioniert wird. Der Berechtigten wird Kapazität zur freien Nutzung zur Verfügung ge-

stellt (vgl. Verfügung der ElCom vom 12. Mai 2011 [921-09-003], Rz. 32). 47 In der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 (BBl 2005 1611; Botschaft) wird zu Artikel 17 Absatz 2 StromVG ausgeführt, dass die Zuteilung der Kapazität im marktorientierten Verfahren in zweierlei Hinsicht eingeschränkt ist: Zum einen in Bezug auf die Vorrangstellung von Importen zur Versorgung der inländischen Endverbraucher und zum anderen in Bezug auf den Vorrang von Lieferungen auf Grund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind. Das Datum des 31. Oktobers 2002 wurde deshalb gewählt, weil die Anwendung marktorientierter Zuteilungsverfahren für das Engpassmanagement anlässlich des Florenz-Forums der EU-Regulatoren im November 2002 beschlossen wurde. Für langfristige internationale Bezugs- und Lieferverträge, welche nach diesem Datum abgeschlossen wurden, wird vorausgesetzt, dass sie in Kenntnis des kommenden Systems des Engpassmanagements nach marktorientierten Verfahren erfolgen. Eine Vorrangstellung aus Gründen der Rechtssicherheit lässt sich nach diesem Datum nicht mehr rechtfertigen (Botschaft, S. 1638). 48 Die Bedeutung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG in Zusammenhang mit Grenzkraftwerken ergibt sich unter anderem aus dem (nachfolgend auszugsweise wiedergegebenen) Votum des damaligen Präsidenten der vorberatenden Kommission im Ständerat (AB 2006 S 847): „Wir haben 23 Wasserkraftwerke, die als Grenzkraftwerke bezeichnet werden und die durch neun Staatsverträge mit dem Ausland normiert werden. Diese Verträge gehen davon aus, dass der Strom aus diesen Kraftwerken, welcher z. B. nach Italien geleitet wird, wie in Italien produzierter Strom behandelt wird, dass er daher keinen fiskalischen Belastungen und keinen handelspolitischen Schranken unterworfen ist. Dass solcher Strom nicht

12/18

auch noch verauktioniert werden muss, weil er eben in einem gewissen Sinne gar nicht grenzüberschreitend ist, erscheint uns klar und soll der Klarheit halber hier auch deutlich gesagt werden. Der Bundespräsident hat es gesagt, die Kommission bestätigt es aus ihrer Sicht. Artikel 17 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 13 Absatz 4 Buchstabe c ist die Grundlage für unsere Rechtsauffassung“. 49 Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass in Bezug auf Artikel 17 Absatz 2 StromVG, gerade in Fällen, wo schweizerische Unternehmen aus dem Ausland aufgrund von Beteiligungen an Kraftwerken im Ausland Strom beziehen, auch Gesichtspunkte der Stromversorgung von strategischer Bedeutung sind (vgl. AB 2006 S 847). Damit beinhaltet Artikel 17 Absatz 2 StromVG auch Aspekte der Stromversorgungssicherheit. 50 Auf Verordnungsstufe wird das Verfahren zur Handhabung von Engpässen bei grenzüberschreitenden Lieferungen in Artikel 20 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) konkretisiert. 51 Zum Umgang mit Engpässen im Übertragungsnetz an den Landesgrenzen ist in der Europäischen Union (EU) im Übrigen die Anwendung marktorientierter Verfahren vorgesehen (vgl. Verordnung [EG] Nr. 714/2009 des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung [EG] Nr. 1228/2003).

### **E. 3.2**

Staatsvertragliche Normen 52 In staatsvertraglicher Hinsicht sind die folgenden Vereinbarungen zu erwähnen, welche auch in der Verleihung (also der Konzession) für die Nutzung der Wasserkraft des Grenzkraftwerks Reckingen angeführt werden. Es ist dies

die Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden betreffend den Wasserverkehr auf dem Rhein von Neuhausen bis unterhalb Basels vom 10. Mai 1879 (SR 0.747.224.32), für welche die Konzession eine Verständigung gestützt auf Artikel 5 der genannten Übereinkunft vorsieht. Ferner wurde bei der Erweiterung der Verleihung 9. Oktober 1956 der Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Regulierung des Rheins zwischen Strassburg/Kehl und Istein vom 28. März 1929 (SR 0.747.224.052.1), welcher gemäss Artikel 6 Absatz 3 die Ausführung von Kraftwerken erleichtern soll, zusätzlich beigezogen.

### **E. 3.3**

Konzessionsrechtliche Bestimmungen 53 Der schweizerische Bundesrat verlieh am 16. März 1926 einer dazumal noch zu gründenden Aktiengesellschaft gestützt auf Artikel 24bis der Bundesverfassung und Artikel 7 und 38 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, nach Verständigung mit der Regierung des Landes Baden-Württemberg gemäss Artikel 5 der Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden vom 10. Mai 1879 betreffend den Wasserverkehr auf dem Rhein von Neuhausen bis unterhalb Basel, im Einvernehmen mit der badischen Regierung und den Regierungen der Kantone Aargau und Zürich das Recht zum Bau und Betrieb einer Wasserkraftanlage Rhein bei Rekingen (act. 1; Verleihung). Artikel 5 Absatz 2 der genannten Übereinkunft sieht unter anderem vor, dass für künstliche Bauten (wie z.B. Kraftwerke) die Pläne zur tunlichsten Herbeiführung eines Einverständnisses zwischen den Vertragsparteien mitgeteilt werden. Das Bundesgericht hielt in einem das Kraftwerk Rekingen betreffenden Fall unter Berücksichtigung der erwähnten Staatsverträge fest, dass durch die in gegenseitigem Einvernehmen erfolgte Erteilung von formell zwar unabhängigen, inhaltlich aber weitgehend übereinstimmenden Konzessionen, zwischen den beteiligten Staaten eine völkerrechtliche Bindung entstehen kann (BGE 129 II 114, E. 4.2).

13/18

54 Artikel 2a der Verleihung regelt das Verhältnis zu den Kraftwerken Eglisau und Waldshut-Kadelburg. Dem flussaufwärts gelegenen Kraftwerk Eglisau ist der durch den Höherstau des Rheins bei Rekingen entstehende Energieausfall zu entschädigen. Das Kraftwerk Waldshut-Kadelburg wurde nicht gebaut. 55 In Zusammenhang mit der vorliegenden Verfügung ist insbesondere Artikel 17 der Verleihung von Bedeutung, der sich gemäss dessen Titel zur Verteilung der Wasserkraft und zur Verwendung der elektrischen Energie äussert. Artikel 17 Absatz 1 der Verleihung hält fest, dass die vom Kraftwerkunternehmer nutzbar gemachte Wasserkraft des Rheins, und zwar die ständige und die unständige, je zur Hälfte auf die Schweiz und das Land Baden-Württemberg zu entfallen hat. 56 Die Verleihung an die Verfügungsadressatin wurde erstmalig am 28. April 1938 (act. 2) und am 9. Oktober 1956 (act. 3) ein zweites Mal erweitert. Die hier interessierenden, in Rz. 54 und 55 genannten Regelungen blieben von diesen Erweiterungen unberührt.

### **E. 3.4**

Frage des Vorrangs bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz 57 Gemäss der bereits erwähnten Bestimmung in Artikel 17 Absatz 2 StromVG haben bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz Lieferungen auf Grund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen Vorrang, die vor dem 31. Oktober

2002 abgeschlossen worden sind, sowie Lieferungen nach Artikel 13 Absatz 3 Vorrang. Bis 31. Dezember 2014 kam die Verfügungsadressatin gestützt auf das bisherige Kooperationsabkommen zwischen den involvierten Übertragungsnetzbetreibern in den Genuss eines Vorranges von [...] MW in Richtung Schweiz nach Deutschland und [...] MW in Richtung Deutschland nach Schweiz. 58 Im neuen Kooperationsvertrag werden ab 1. Januar 2015 keine Vorränge bei der Zuteilung grenzüberschreitender Übertragungsnetzkapazitäten mehr gewährt. Die Verfügungsadressatin stellt demgegenüber bei der ElCom Anträge auf Festlegung der bis 31. Dezember 2014 gewährten Vorränge und beruft sich zur Begründung insbesondere auf Artikel 17 Absatz 2 StromVG. 59 Um die Frage eines stromversorgungsrechtlichen Vorrangs zu klären, sind auch die technischen Gegebenheiten zu betrachten. Die Verfügungsadressatin legte in ihrer Antwort (act. 5) auf die technisch-energiewirtschaftliche Erhebung des Fachsekretariats der ElCom (act. 4) dar, dass sie zur hälftigen Aufteilung der Energie aus dem Kraftwerk Reckingen über zwei Netzanschlüsse im Verteilnetz (Netzebene 3) verfügt. Die Verfügungsadressatin wies darauf hin, dass das Kraftwerk Reckingen über Netzanschlüsse an das deutsche und schweizerische Verteilnetz verfügt (act. 10). Die erzeugte Energie kann direkt ab Kraftwerk hälftig in die Schweiz und nach Deutschland (Baden-Württemberg) geliefert werden. 60 Daraus ergibt sich, dass die Voraussetzungen für eine Anwendung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG unter anderem seinem Wortlaut entsprechend in zweifacher Hinsicht nicht erfüllt sind: Erstens handelt es sich nicht um grenzüberschreitende Lieferungen, da die Stromeinspeisung direkt ins jeweilige nationale Verteilnetz erfolgt. Zweitens handelt es sich nicht um eine Einspeisung ins Übertragungsnetz (vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG), sondern in ein Verteilnetz (vgl. vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. i StromVG). Die Aufteilung der Energie erfolgt mithin nicht im engpassbehafteten Übertragungsnetz (Netzebene 1). 61 Die Begründung der Verfügungsadressatin, dass ein Vorrang im engpassbehafteten Übertragungsnetz zur hälftigen Aufteilung der Energie für spezielle Betriebssituationen wie störungsbedingter Unterbruch in einer der beiden Verteilnetzableitungen, bei Umbauten oder Revisionsarbeiten, infolge ungleichmäßiger Anströmung der Maschinen des Kraftwerks oder bei Teilmaschinenbetrieb infolge tiefer Wasserführung des Rheins notwendig sei, basiert auf der Annahme, dass die hälftige Aufteilung der Energie zu jedem Zeitpunkt zu erfolgen hat. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Erstens ist eine hälftige Aufteilung der Energie im Augenblick der Erzeugung, d.h. eine hälftige Aufteilung der elektrischen Leistung,

14/18

in der Verleihung nicht vorgesehen. Zweitens lässt sich eine hälftige Aufteilung der Energie auch anders als über eine hälftige Aufteilung der momentan erzeugten Leistung bewerkstelligen. Als Beispiele seien eine buchhalterische Abwicklung über Energieausgleichskonti oder via eine bevorzugte Lieferung in die Schweiz und anschliessendem Ausgleich entgegen der Engpassrichtung nach Deutschland erwähnt. Daraus ergibt sich, dass auch in speziellen Betriebssituationen keine Vorränge im engpassbehafteten Übertragungsnetz erforderlich oder abzuleiten sind. 62 Die Begründung der Verfügungsadressatin erfolgt im Wesentlichen durch Hinweise auf einen sich gemäss der gesetzlichen Entstehungsgeschichte auch auf Grenzkraftwerke beziehenden Vorrang nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG sowie den entsprechenden Verweis auf Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG. Hierzu ist festzuhalten, dass aufgrund der energietechnischen Abwicklung auf dem Verteilnetz und damit mangels

grenzüberschreitender Lieferungen auf dem Übertragungsnetz - sowie ohne Auktionierungen von Kapazitäten - den konzessionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere einer hälftigen Energieaufteilung, ohne weiteres Rechnung getragen ist. Für darüber hinausgehende Ansprüche für Bevorrangungen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz bestehen in diesem Fall keine Rechtsgrundlagen. Weitergehende konkrete Begründungen, Hinweise oder Quellen für das Vorliegen eines Vorrangs für das Kraftwerk Reckingen werden von der Verfügungsadressatin nicht vorgebracht. Da es sich nicht um Lieferungen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz handelt, kann im Übrigen auch der in Artikel 17 Absatz 2 StromVG enthaltene Verweis auf Artikel 13 Absatz 3 StromVG nicht zur Anwendung gelangen. In diesem Fall wäre allenfalls zu berücksichtigen, dass weder die erwähnten Staatsverträge noch die Verleihung eine explizite Gleichstellung mit inländisch erzeugtem Strom oder eine Befreiung von Abgaben vorsehen, wie dies beispielsweise bei den in der Verfügung der ElCom vom 12. Mai 2011 [921-09-003] behandelten Kraftwerk der Fall war. 63 Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die Voraussetzungen für das Bestehen eines sich auf Artikel 17 Absatz 2 StromVG stützenden Vorrangs beim Kraftwerk Reckingen nicht gegeben sind. Dementsprechend sind die von der Verfügungsadressatin gestellten Anträge abzuweisen. Eine rechtsgestaltende Massnahme erübrigt sich, da nach dem neuen Kooperationsabkommen von Swissgrid keine Vorränge mehr gewährt werden. Da es sich um einen Nichtbestand eines von der Verfügungsadressatin geltend gemachten Rechts handelt, ist rechtlich im Entscheiddispositiv festzustellen, dass für das Kraftwerk Reckingen kein Vorrang nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG vorliegt. 64 Im Weiteren ist an dieser Stelle zu fragen, ob bei dieser Rechtsanwendung des Stromversorgungsrechts eventuelle konzessionsrechtliche Widersprüche bestehen. 65 Die Verleihung sieht lediglich eine hälftige Aufteilung der Energie vor. Eine Pflicht zur hälftigen Aufteilung im Augenblick der Erzeugung, d.h. eine hälftige Aufteilung der elektrischen Leistung, ist wie unter Rz. 55 erwähnt in der Verleihung nicht vorgesehen und lässt sich aus dieser nicht ableiten. Folglich ist eine Übertragung von Energieanteilen über das engpassbehaftete, grenzüberschreitende Übertragungsnetz keine Notwendigkeit, die sich aus der Verleihung schliessen lässt. 66 Damit sind zur Erfüllung der Pflicht gemäss Artikel 17 der Verleihung, dass die nutzbare gemachte Wasserkraft je hälftig auf das schweizerische und das badische Staatsgebiet entfällt, keine Vorränge im Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG notwendig. Die sich aus der Konzession ergebenden Verpflichtungen werden aufgrund der technischen Gegebenheiten im Verteilnetz abgewickelt. 67 Die Verfügungsadressatin beruft sich zudem auf völkerrechtliche Pflichten, welche sich aus einem „nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“ ergeben würden, welche die Schweiz und Deutschland mit der Erteilung gleichlautender Konzessionen eingegangen seien. Wie vorne erwähnt (vgl. Rz. 53) hielt das Bundesgericht fest, dass durch die in gegenseitigem Einvernehmen erfolgte Erteilung von formell zwar unabhängigen, inhaltlich aber weitgehend übereinstimmenden Konzessionen, zwischen den beteiligten Staaten eine völkerrechtliche Bindung entstehen kann (BGE 129 II 114, E. 4.2). Aus den

15/18

Konzessionen ergeben sich in im vorliegenden Fall keine weitergehenden Ansprüche auf Bevorrangungen im Übertragungsnetz, wobei solche für eine Energieaufteilung auch nicht erforderlich sind. 68 Da keine Widersprüche zwischen der Anwendung des StromVG und der Konzession bestehen, ist die Frage des Verhältnisses zwischen StromVG und Konzession grundsätzlich nicht von Bedeutung. Falls eine Einschränkung von

konzessionsrechtlich wohl erworbenen Rechten vorläge – was hier nicht ersichtlich ist – wären diese Rechte auch nicht vor jeder Änderung aufgrund einer späteren Gesetzgebung geschützt, sondern könnten unter denselben Voraussetzungen, die für die Eingriffe verfassungsmässige Rechte gelten, eingeschränkt bzw. verändert werden (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, S. 430). Es ist nicht ausgeschlossen, Gesetze anzuwenden, die nach der Verleihung in Kraft treten, sofern die neuen Normen keinen Eingriff in die Substanz des wohl erworbenen Rechts zur Folge haben (BGE 107 Ib 140 E.3.b). Der Gedanke, wohl erworbene Rechte seien schlechthin gesetzesbeständig und damit unentziehbar, würde bedeuten, diese Rechte gingen in ihrer Tragweite über die Eigentumsgarantie hinaus, was der übereinstimmenden Lehre sowie der Rechtsprechung widersprechen würde (BGE 112 Ia 275 E.4.b).

### **E. 3.5**

Einstauersatzenergielieferung an das Kraftwerk Eglisau 69 Durch die beidseitige Anbindung des Kraftwerks Reckingen im schweizerischen und deutschen Verteilnetz ist zur Erfüllung der Entschädigung bei Einstauersatzenergielieferungen bereits mit Blick auf die bestehende Netztopologie keine Kapazität im engpassbehafteten, grenzüberschreitenden Übertragungsnetz erforderlich, da ein Einstauersatz physisch auch im (schweizerischen) Verteilnetz abwickelbar ist (vgl. Rz. 59). 70 Zudem hat gemäss Art. 2a der Verleihung (act. 1) die Verfügungsadressatin das Kraftwerk Eglisau für den Energieausfall, bedingt durch den Einstau vom Kraftwerk Reckingen, zu entschädigen. Die Entschädigung kann durch Lieferung elektrischer Energie oder auf andere Weise erfolgen (Art. 2a Verleihung [act. 1]). Aus dem Erwähnten ergibt sich, dass im Falle von Lieferung elektrischer Energie (z.B. eine Abwicklung über Energieausgleichskonti oder via bevorzugte Lieferung, vgl. vorne Rz. 61) und zudem auch eine finanzielle Abgeltung möglich und in der Verleihung vorgesehen sind. 71 Entsprechend den Ausführungen in Rz. 60 und 61 sieht die Verleihung keine Entschädigung auf Basis der momentan erzeugten Leistung, sondern lediglich auf Basis der Energie vor. Ferner sieht die Verleihung explizit auch andere Möglichkeiten einer Entschädigung vor.

### **E. 3.6**

Weitere Anträge der Verfügungsadressatin 72 Die Verfügungsadressatin beantragte mit Eingabe vom 2. März 2015, dass die Verfahrensbeeteiligte anzuweisen sei, ein neues landesrechtskonformes Kooperationsabkommen mit den zuständigen deutschen Übertragungsnetzbetreibern abzuschliessen, welches entsprechende Vorränge beinhaltet. Da für das Grenzkraftwerk Reckingen keine sich auf Artikel 17 Absatz 2 StromVG stützende Vorränge bestehen, ist für diesen Fall auch keine Anweisung auf Verhandlung eines neuen Kooperationsabkommens gerechtfertigt (vgl. auch vorne Rz. 43). Der Antrag wird deshalb abgewiesen. 73 Weiter beantragte die Verfügungsadressatin, dass die Verfahrensbeeteiligte zu verpflichten sei, ihr die Auktionserlöse der Gesuchstellerin für den Zeitraum ab 1. Januar 2015 und bis zur Wiederaufnahme der physischen Priorisierung der vorrangberechtigten Stromlieferungen entsprechende Auktionserlöse auszuzahlen. Da im vorliegenden Fall keine Ansprüche auf Vorrang bestehen, stellt sich die Frage nach allfälligen Entschädigungsansprüchen nicht. Der Antrag ist deshalb abzuweisen, soweit aufgrund einer hier nicht näher zu beurteilenden Zuständigkeit der ElCom darauf einzutreten wäre.

16/18

#### **E. 4**

Gebühren 74 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 CHF pro Stunde (Art. 3 GebV-En). 75 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken. 76 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]).

17/18

#### **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.