



Referenz/Aktenzeichen:

Bern, 30. Oktober 2008

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin),
Aline Clerc, Matthias Finger, Werner K. Geiger

in Sachen: 1. **X. AG,**
2. **Y. AG,**
3. **Z. AG**

Gesuchstellerinnen

und **A. AG**

Gesuchsgegnerin

betreffend **Gesuche um Anwendung des Territorialitätsprinzips für die Lieferung
von Versorgungsenergie ins grenznahe Ausland**



I. Sachverhalt

A.

Die Gesuchstellerinnen sind Eigentümerinnen von Verteilnetzen. Diese Verteilnetze befinden sich zum Teil auf ausländischem Territorium. Die Gesuchstellerinnen versorgen Endverbraucher auf ausländischem Territorium mit Strom. Diese Gebiete sind aber der Regelzone Schweiz zugeordnet (Gesuche vom 25. Juni 2008, act. 1).

Am 23. Mai 2008 hat die Gesuchsgegnerin die Tarife für Netznutzung und Systemdienstleistungen im Schweizerischen Übertragungsnetz für das Jahr 2009 veröffentlicht (act. 7). Die Gesuchstellerinnen haben die Frage aufgeworfen, welche Ansätze für die von ihnen versorgten ausländischen Gebiete bei der Berechnung der Entschädigung für Netznutzung und Systemdienstleistungen zur Anwendung kommen (act. 1). Die Tarife im Ausland seien wesentlich niedriger (act. 1).

B.

Noch vor Eröffnung dieses Verfahrens hat am 18. Juni 2008 eine informelle Besprechung zwischen Vertretern der ECom, des Fachsekretariates der ECom, der Gesuchstellerin 1 und der [...] stattgefunden. Dabei wurden anhand der Folien der Gesuchstellerin 1 (act. 1) Probleme aufgezeigt, welche durch die Lieferung von elektrischer Energie an Endverbraucher auf ausländischem Territorium entstehen und umgekehrt.

C.

Die Gesuchstellerin 1 hat mit Schreiben vom 25. Juni 2008 folgende Anträge gestellt (act. 1):

1. *Es sei festzustellen, dass für Schweizer Netze der X. AG, die sich auf ausländischem Boden befinden, das Territorialprinzip zur Anwendung kommt.*
2. *Es sei weiter festzustellen, dass die X. AG für Systemdienstleistungen (SDL) und Netznutzungsentgelt (NNE) auf ihrem Netz im Ausland einen Preis zahlen, der sich nach der Höhe der entsprechenden Preise der [...] richtet.*

Die Gesuchstellerin 2 hat sich diesen Anträgen mit Schreiben vom 27. Juni 2008 angeschlossen (act. 1).

Die Gesuchstellerin 3 hat mit Schreiben vom 31. Juli 2008 folgenden Antrag gestellt (act. 9):

1. *Es sei festzustellen, dass für das Netz der Z. AG, welches sich auf ausländischem Boden, jedoch in der Schweizer Regelzone befindet, das Territorialprinzip zur Anwendung kommt.*
2. *Es sei weiter festzustellen, dass die Z. AG für Systemdienstleistungen (SDL) und Netznutzungsentgelt (NNE) auf ihrem Netz im Ausland der [...] einen Preis zahlen, der sich nach der Höhe der entsprechenden Preise der [...] richtet.*

Die Gesuchstellerinnen begründen ihre Anträge im Wesentlichen damit, dass mit einem Entscheid der ECom gemäss Anträgen ein Wechsel des physischen Anschlusses an das Netz der [...] und damit ein Verlust eines wesentlichen Teils ihrer Stromlieferungen vermieden werden kann. Ein solcher Verlust hätte insbesondere für die Gesuchstellerinnen 1 und 2 schwerwiegende Konsequenzen.



D.

Die ECom hat auf diese Gesuche hin ein Verfahren eröffnet. In ihrem Auftrag hat das Fachsekretariat der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 15. Juli 2008 (act. 5) die Gesuche mit folgenden ergänzenden Fragen zur Stellungnahme bis zum 4. August 2008 unterbreitet:

1. *Welche Auswirkungen hat die Anwendung des Territorialitätsprinzips aus Sicht der A. AG (insbesondere auf die Höhe der Tarife auf Netzebene 1)?*
2. *Ist es rechnerisch ohne grossen Aufwand möglich, die von schweizerischen Netzbetreibern versorgten ausländischen Gebiete nach den ausländischen Ansätzen abzurechnen?*
3. *Existieren neben den Gebieten der Gesuchstellerin 2 in Frankreich, der Gesuchstellerin 1 und [...] in Deutschland sowie [...] im Fürstentum Liechtenstein weitere durch schweizerische Netzbetreiber belieferte ausländische Gebiete?*
4. *Existieren neben dem Gebiet um Laufenburg weitere durch deutsche Netzbetreiber belieferte schweizerische Gebiete?*
5. *Haben Sie weitere Anmerkungen?*

Die Gesuchsgegnerin hat mit Schreiben vom 4. August 2008 (vorab per Fax) um eine Fristerstreckung bis zum 11. August 2008 ersucht (act. 10). Das Fachsekretariat hat die Frist per E-Mail am 4. August und schriftlich am 5. August 2008 bis zum 11. August 2008 erstreckt (act. 11 und 12).

Mit Eingabe vom 11. August 2008 (act. 14) nahm die Gesuchsgegnerin fristgerecht zum Gesuch um Anwendung des Territorialitätsprinzips und zu den Fragen des Fachsekretariates Stellung. Sie stellte darin keinen expliziten Antrag, äusserte jedoch die Ansicht, dass für netzbasierte Kosten- und Tarifkomponenten das Verursacherprinzip und nicht das Territorialitätsprinzip angewendet werden soll (act. 14, S. 3, Antwort zu Frage 5). Für die netzunabhängigen Kosten- und Tarifkomponenten wie Förderbeiträge, Steuern und Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, begrüsst die Gesuchsgegnerin die Anwendung des Territorialitätsprinzips. Die Gesuchstellerin 2 hat zu dieser Eingabe mit Schreiben vom 14. August 2008 ohne Aufforderung Stellung genommen (act. 16).

E.

Das Fachsekretariat hat mit Schreiben vom 26. August 2008 zu einer Anhörung bei der ECom am 15. September 2008 eingeladen und den Parteien dazu die zu beantwortenden Fragen schriftlich unterbreitet (act. 17). Die Parteien haben die Fragen im Rahmen der Anhörung beantwortet (Protokollnotiz, act. 19). Die Parteien haben zudem verschiedene Zeitungsartikel zur Problematik der grenzüberschreitenden Verteilnetze eingereicht (act. 18).

F.

Mit Schreiben vom 23. September 2008 hat der Regierungsrat des Kantons [...] als Eigentümer der Gesuchstellerin 1 ein von einem Rechtsprofessor erstelltes Kurzgutachten zum territorialen Anwendungsbereich des Stromversorgungsgesetzes eingereicht (act. 20). Das Kurzgutachten kommt im Wesentlichen zum Schluss, dass der Tarif der Gesuchsgegnerin für Systemdienstleistungen und Netznutzung nicht auf die Lieferung der Gesuchstellerin 1 nach Deutschland angewendet werden kann, das dies in Widerspruch zu grundlegenden Entscheidungen des Gesetzgebers stehe. In der



Beilage enthalten war ein Fact Sheet der Gesuchstellerin 1. Die Gesuchsgegnerin hat mit Schreiben vom 2. Oktober 2008 (act. 22) aufforderungsgemäss zu diesem Kurzgutachten Stellung genommen.

G.

Die Gesuchstellerin 3 hat mit Schreiben vom 17. Oktober 2008 ihre Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz als Zustellungsdomizil bezeichnet (act. 25).

II. Erwägungen

1. Zuständigkeit

Die EICom überwacht die Einhaltung des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7), trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug dieses Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG).

Die Gesuchstellerinnen beantragen, dass für ihre Netze, welche sich auf ausländischem Territorium befinden, das Territorialitätsprinzip zur Anwendung kommt, und dass sie für Systemdienstleistungen und Netznutzungsentgelt auf ihrem Netz im Ausland einen Preis zahlen, der sich nach der Höhe der entsprechenden Preise der ausländischen Übertragungsnetzbetreiber richtet.

Die Stromversorgungsgesetzgebung (StromVG und Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]) enthält verschiedene Vorgaben zur Zusammensetzung des Netznutzungsentgeltes und der Systemdienstleistungen (Art. 14 f. StromVG; Art. 12 - 19, Art. 22 und Art. 26 StromVV). Der Antrag der Gesuchstellerinnen betrifft somit zentrale Bereiche der Stromversorgungsgesetzgebung und fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit der EICom.

2. Feststellungsverfügung, Rechtsschutzinteresse

Die Gesuchstellerinnen beantragen eine Feststellungsverfügung. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]) und keine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung ergehen kann. Eine Leistungsverfügung bezieht sich grundsätzlich auf einen abgeschlossenen Zeitraum. Betrifft die Rechtsfrage auch künftige Leistungen, muss eine Feststellungsverfügung erlassen werden (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 207).

Der Antrag der Gesuchstellerinnen betrifft nicht einen zeitlich abgeschlossenen Sachverhalt. Es sind nicht nur die Tarife für das Jahr 2009 zu beurteilen, sondern auch die künftige Behandlung der ausländischen Gebiete. Somit ist grundsätzlich zu Recht ein Feststellungsbegehren gestellt worden.

3. Parteien

Diese Verfügung betrifft nicht nur die Gesuchstellerinnen in ihren Rechten und Pflichten, sondern auch die Gesuchsgegnerin. Die Gesuchsgegnerin ist daher ebenfalls Partei in diesem Verfahren, obwohl



sich das Gesuch der Gesuchstellerinnen nicht ausdrücklich gegen die Gesuchsgegnerin richtet und die Gesuchsgegnerin keine expliziten eigenen Anträge gestellt hat (Art. 6 VwVG).

Hingegen wird der Kanton [...] nicht als Partei in dieses Verfahren aufgenommen. Er hat kein eigenes Gesuch eingereicht, sondern bezieht sich auf das Gesuch der Gesuchstellerin 1. Ausserdem ist er nur indirekt von dieser Verfügung betroffen. Das eingereichte Schreiben mit Kurzgutachten (act. 20) wird in dieser Verfügung als Eingabe der Gesuchstellerin 1 berücksichtigt.

Die Gesuche der Gesuchstellerinnen 1 bis 3 sind praktisch identisch und damit auch der Verfahrensgegenstand. Die Verfahren werden daher vereinigt.

4. Vorbringen der Gesuchstellerinnen

Die Gesuchstellerinnen beantragen, dass für ihre Netze, die sich auf ausländischem Territorium, jedoch in der Regelzone Schweiz befinden, das Territorialitätsprinzip zur Anwendung kommt und dass sie für Systemdienstleistungen (SDL) und Netznutzungsentgelt (NNE) auf ihrem Netz im Ausland einen Preis zahlen, der sich nach der Höhe der entsprechenden Preise der ausländischen Übertragungsnetzbetreiber richtet (act. 1 und act. 9).

Die Gesuchstellerin 1 macht geltend, dass gemäss den von der Gesuchsgegnerin veröffentlichten Tarifen die Netznutzungsentgelte und Systemdienstleistungen um 1,15 Rp./kWh über den Preisen der [...] für die gleiche Leistung liegen, was für die Endverbraucher Mehrkosten von rund CHF 3,7 Mio. pro Jahr bedeute. Die Gesuchstellerinnen befürchten, dass es zu einem Wechsel des physischen Anschlusses an das [...]Netz kommt, was einen Verlust von einem wesentlichen Teil ihrer Lieferung und eine Gefährdung der Existenz zur Folge hätte. Für die Gesuchsgegnerin hätte dies nach Angaben der Gesuchstellerin 1 den Verlust ihrer gesamten Einnahmen aus Systemdienstleistungen und Netznutzungsentgelt für diese Gebiete zur Folge. Bei Anwendung der deutschen Ansätze würde die Gesuchsgegnerin immerhin noch einen Deckungsbeitrag von rund CHF 2,5 Mio. pro Jahr erhalten. Ausserdem sei in der Vergangenheit ebenfalls das Territorialitätsprinzip angewendet worden (act. 1).

Der Regierungsrat des Kantons [...] schliesst sich diesen Argumenten im Wesentlichen an (act. 20). Er hat mit seinem Schreiben vom 23. September 2008 ein Kurzgutachten eines Rechtsprofessors eingereicht. In diesem Rechtsgutachten wird dargelegt, dass das Auswirkungsprinzip als Bestandteil des Territorialitätsprinzips zu betrachten sei. Die Tarife für Netznutzung und Systemdienstleistungen würden sich auf die wettbewerbliche Stellung der Gesuchstellerin 1 im Inland auswirken. Es gehe somit um Sachverhalte, welche sich von der Schweiz aus im Ausland zutragen, sich dann in einer zweiten Stufe jedoch in einem spürbaren Ausmass auf die Schweiz auswirken würden. Ziel des Stromversorgungsgesetzes sei aber, Rahmenbedingungen für eine wettbewerbsfähige schweizerische Elektrizitätswirtschaft zu schaffen; zur Schweizer Elektrizitätswirtschaft gehöre auch die Gesuchstellerin 1. Zudem führe die Tarifierung der Gesuchsgegnerin für ausländische Konsumenten zu Eingriffen in die Eigentümerstellung, würden doch die bisherigen Investitionen der Gesuchstellerin 1 im Ausland an Wert verlieren. Der Schutz der Investitionen gehöre zu den Grundanliegen des Stromversorgungsgesetzes. Die unbesehene Anwendung der gesetzlichen Regelungen über die Tarifgestaltung durch die Gesuchsgegnerin würde dem Auswirkungsprinzip nicht gerecht. Es gehe hier nicht um eine Ausdehnung, sondern um eine Einschränkung der Rechtsordnung im Sinne der Aufrechterhaltung der Wirkungen der schweizerischen Verwaltungsgesetzgebung. Es gehe bei der Frage der Anwendbarkeit des Verwaltungsrechts immer um das Erkennen der Grenzen, darum, ob diese zu weit oder zu eng gezogen seien. Eine Tariffdifferenzierung führe nicht zu rechtsungleichen Verhältnissen, da sich eine solche nicht negativ im schweizerischen Markt auswirke und keine Auswirkungen auf die



inländischen Konkurrenzverhältnisse habe. Der sachliche Grund für die Ungleichbehandlung liege darin, dass die Gesuchstellerin 1 Gründe des Investitionsschutzes sowie der Aufrechterhaltung ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit anrufen könne. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass das Territorialitätsprinzip in Verbindung mit dem Auswirkungsprinzip zum Ergebnis führe, dass die Tarife der Gesuchsgegnerin für ihre Dienstleistungen im Inland Anwendung finden wie auch für die Lieferung von Schweizer Unternehmungen an ausländische Konsumenten. Letzteres jedoch nur dann, wenn damit keine Wirkungen verbunden seien, welche das Grundsystem des StromVG in Frage stellen würden, was im vorliegenden Zusammenhang bejaht werden könne. Weder der Gesetz- noch der Verordnungsgeber habe an die vorliegende Konstellation gedacht. Es bestehe eine offensichtliche Regulierungslücke. Die Gesuchsgegnerin sei daher verpflichtet, mittels Lückenfüllung die Grundsätze für eine Tariffestsetzung aufzustellen, und zwar so, wie wenn sie als Gesetzgeberin handeln würde (act. 20).

5. Vorbringen der Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin befürchtet bei einem unterschiedlichen Tarifansatz für ausländische Versorgungsgebiete messtechnischen Zusatzaufwand. In diesem Fall müsste der Verbrauch im ausländischen Teil klar von demjenigen in der Schweiz abgegrenzt werden können. Dazu müssten an der Grenze Messpunkte installiert werden. Dafür müssten Kosten von ein paar Hunderttausend bis zu einer Million Franken veranschlagt werden.

Für die Gesuchsgegnerin stellt sich die Frage, wieso ein Netzgebiet, welches Leistungen aus der Regelzone Schweiz bezieht, diese nicht oder in anderem Umfang als andere Gebiete entgelten soll, und wer einen allfälligen Einnahmeausfall zu kompensieren hätte, Schweizer Verteilnetzbetreiber innerhalb des betroffenen Netzgebietes oder alle Verteilnetzbetreiber in der Schweiz.

Zudem wird die Frage aufgeworfen, wie die anrechenbaren Kosten für das Versorgungsgebiet im Ausland zu ermitteln sind. Eine "korrekte" Abrechnung erscheint der Gesuchsgegnerin kaum möglich. Da das schweizerische nicht mit den ausländischen Netznutzungsmodellen übereinstimme, sei eine Umrechnung von Schweizer Tarifen und Entgelten auf ausländische Tarifschemen kaum möglich und letztendlich mehrheitlich willkürlich. Für die Gesuchsgegnerin ist ausserdem unklar, in wessen Kompetenz die Festlegung der Tarife für die im Ausland gelegenen Netzteile (ECom, ausländischer Übertragungsnetzbetreiber oder Gesuchsgegnerin) und deren Kontrolle (ECom, ausländischer Regulator) liegen. Die Reduktion der schweizerischen Tarife für ausländische Versorgungsgebiete hätte nach Angaben der Gesuchsgegnerin keine Auswirkungen auf die Höhe der Tarife der Netzebene 1. Eine Veränderung des Tarifs um +/- 0,01 Rp./kWh bedeute eine Veränderung der Einnahmen um rund CHF 5 Mio. Allfällige Mindererlöse aus den betroffenen grenzüberschreitenden Netzgebieten durch niedrigere Tarife würden sich vermutlich unter dieser Schwelle befinden (act. 14).

Die Gesuchsgegnerin unterscheidet zwischen netzbasierten und netzunabhängigen Tarifkomponenten. Zu den netzbasierten Komponenten zählt sie die direkt und kausal mit dem (höher liegenden) Netz bzw. der jeweiligen Regelzone zusammenhängenden Positionen wie Netznutzungsentgelte, SDL-Tarife etc., zu den netzunabhängigen Komponenten die Förderbeiträge, Steuern, Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen. Für letztere Kategorie soll (auch weiterhin) das Territorialitätsprinzip gelten, für netzbasierte Komponenten aber das Verursacherprinzip. Damit werde eine transparente und nicht diskriminierende Zuordnung von effektiven Kosten ermöglicht. Ein Schweizer Verteilnetzbetreiber, welcher innerhalb der Regelzone Schweiz auch ausländische Staatsgebiete versorge, beanspruche sowohl das Schweizer Übertragungsnetz wie auch die Systemdienstleistungen der Gesuchsgegnerin. Durch Anwendung unterschiedlicher Tarife würde zudem die Standortattraktivität aus-



ländischer grenznaher Gebiete zum Nachteil der angrenzenden Schweizer Gebiete und zu Lasten der Schweizer Endverbraucher gefördert. Wie gross die Gefahr ist, dass die betroffenen ausländischen Versorgungsgebiete in die ausländische Regelzone wechseln könnten, ist für die Gesuchsgegnerin unklar (act. 14).

Zum vom Regierungsrat des Kantons [...] eingereichten Kurzgutachten hat die Gesuchsgegnerin folgende Anmerkungen: Unter internationaler Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Elektrizitätswirtschaft verstehe sie eine volkswirtschaftliche Betrachtungsweise und nicht eine betriebswirtschaftliche Garantie für die Rentabilität jedes einzelnen Unternehmens der Schweizer Elektrizitätswirtschaft. Insofern sehe sie diesbezüglich keinen Zielkonflikt mit dem StromVG. Es stelle sich für die Gesuchsgegnerin die Frage, ob hier nicht die Rollen der Gesuchstellerin 1 als Verteilnetzbetreiberin und derjenigen als Energielieferantin vermischt oder verwechselt würden. Bei der vorliegenden Frage der Anwendbarkeit des Territorialitätsprinzips gehe es ausschliesslich um die Rolle der Gesuchstellerin 1 als Verteilnetzbetreiberin. In dieser Rolle habe sie nach Auffassung der Gesuchsgegnerin keine unmittelbaren ausländischen Konkurrenten. In der Rolle als Energielieferantin sei die Gesuchstellerin 1 natürlich im Ausland dem Wettbewerb ausgesetzt, eine Energielieferung könne aber unabhängig von der Regelzonenzugehörigkeit einzelner Verteilnetze erfolgen. Insofern sei es nicht nachvollziehbar, wieso und inwiefern sich die Tarife der Gesuchsgegnerin negativ auf die wettbewerbliche Stellung der Gesuchstellerin 1 auswirken würden. Zudem ist für die Gesuchsgegnerin nicht offensichtlich, wieso die Investitionen in das Netz der Gesuchstellerin 1 bei einem allfälligen Wechsel der Regelzone an Wert verlieren würden. Es sei kaum anzunehmen, dass von ausländischer Seite her eine gesamte Verteilnetzinfrastuktur dupliziert und die betroffene Infrastruktur der Gesuchstellerin 1 damit obsolet würde. Schliesslich wirft die Gesuchsgegnerin die Frage auf, was bei umgekehrten Tarifsituationen beidseits der Grenze geschehe, ob dann ein ausländischer Verteilnetzbetreiber mit Versorgungsgebieten in der Schweiz verpflichtet werde, seinem übergelagerten Übertragungsnetzbetreiber eine höhere als die effektiv geschuldete Netznutzung zu bezahlen, um Kostengleichheit mit den benachbarten schweizerischen Verteilnetzbetreibern herzustellen und ob im Fall eines umgekehrten Preisgefälles der Schweizer Verteilnetzbetreiber für die ausländischen Versorgungsgebiete dann auch einen höheren Betrag an die Gesuchsgegnerin bezahle.

6. Feststellung der Geltung des Territorialitätsprinzips (Ziffer 1 der Gesuche)

Bei der Stromversorgungsgesetzgebung handelt es sich um öffentliches Recht und nicht um Privatrecht. Das öffentliche Recht 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 aber unklar sein, welchem Gemeinwesen ein bestimmter Sachverhalt zuzuordnen ist (HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz 355 ff.). Dabei kann an verschiedene Kriterien angeknüpft werden, z.B. 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 auseinander fallen (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).

Das Territorialitätsprinzip ist also ein Grundsatz des öffentlichen Rechts, welcher der Abgrenzung der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts dient. Seine Geltung muss nicht zuerst durch die ECom mit Verfügung festgestellt werden. Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und welche die Begründung, Änderung oder Auf-



hebung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben oder auf die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten oder Pflichten gerichtet sind (Art. 5 Abs. 1 VwVG). Die Feststellung, dass das Territorialitätsprinzip zur Anwendung kommt, ist keine solche Feststellung von Rechten und Pflichten. Auf Ziffer 1 der Gesuche wird daher nicht eingetreten.

7. Preis für Systemdienstleistungen und Netznutzungsentgelt für Versorgungsgebiete im Ausland (Ziffer 2 der Gesuche)

Die Gesuchstellerinnen beantragen, dass sie für Systemdienstleistungen und Netznutzungsentgelt auf ihrem Netz im Ausland einen Preis zahlen, der sich nach der Höhe der entsprechenden Preise der ausländischen Übertragungsnetzbetreiber richtet. Bei der Prüfung dieses Antrags muss zuerst festgestellt werden, welches Recht auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar ist. Nur wenn es sich dabei um schweizerisches Recht handelt, ist die ECom überhaupt für die Beurteilung dieses Begehrens zuständig und kann sich materiell dazu äussern.

a. Anwendbares Recht

Vorliegend muss zur Bestimmung des anwendbaren Rechts geprüft werden, welchem Staat das Rechtsverhältnis zwischen den Gesuchstellerinnen und der Gesuchsgegnerin zuzuordnen ist. Gegenstand des Rechtsverhältnisses ist die Nutzung des Übertragungsnetzes und die Erbringung von Systemdienstleistungen. Die Unklarheit rührt daher, dass die Landesgrenzen nicht mit den Grenzen der Regelzone Schweiz übereinstimmen. Die Regelzone ist ein Gebiet, für dessen Netzregelung die nationale Netzgesellschaft verantwortlich ist. Die Regelzone wird physikalisch durch Messstellen festgelegt (Art. 4 Abs. 1 Bst. f StromVG). Die Regelzone Schweiz umfasst auch einige Gebiete auf ausländischem Territorium. Die Versorgungsstrukturen in diesen Grenzgebieten sind historisch so gewachsen.

Die Gesuchstellerinnen haben der Gesuchsgegnerin für die Nutzung des Übertragungsnetzes ein Netznutzungsentgelt zu entrichten (Art. 14 StromVG). Das Übertragungsnetz liegt in der Schweiz; es ist ein Elektrizitätsnetz, das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient und in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben wird (Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG). Die Entrichtung des Netznutzungsentgelts steht klar im Zusammenhang mit der Nutzung des schweizerischen Übertragungsnetzes. Die Kosten des Übertragungsnetzes werden den Gesuchstellerinnen unter anderem im Verhältnis zu der von Endverbrauchern bezogenen elektrischen Energie angelastet (Art. 15 Abs. 3 StromVV). Die Gesuchsgegnerin berücksichtigt dabei gegenwärtig auch den Elektrizitätsbezug der von den Gesuchstellerinnen versorgten Endverbraucher auf ausländischem Territorium.

Die Gesuchsgegnerin ist verpflichtet, Systemdienstleistungen sicher zu stellen (Art. 20 Abs. 2 Bst. b StromVG). Dies sind für den sicheren Betrieb der Netze notwendige Hilfsdienste (Art. 4 Abs. 1 Bst. g StromVG). Sie erhebt dafür von den Gesuchstellerinnen ein Entgelt (Art. 15 Abs. 2 StromVV). Die Systemdienstleistungen weisen einen engen Zusammenhang zum Elektrizitätsnetz auf. Ort der Handlung ist die Schweiz. Die Systemdienstleistungen werden für die Regelzone Schweiz erbracht und damit auch für Gebiete, welche auf ausländischem Territorium, aber in der Regelzone Schweiz liegen. Sie wirken sich also auch im Ausland aus.

Sitz der Gesuchstellerin 1 und 2 wie auch der Gesuchsgegnerin ist in der Schweiz. Gesuchstellerin 3 hat ihren Sitz im Ausland.



Art. 15 Abs. 3 StromVV und Art. 20 Abs. 2 Bst. a StromVG deuten darauf hin, dass der vorliegende Sachverhalt der Schweiz zuzuordnen ist. Die Gesuchsgegnerin ist nach diesen Artikeln verpflichtet, das Übertragungsnetz als eine Regelzone zu führen und zu überwachen sowie für die Regelzone Schweiz einheitliche Tarife vorzusehen. Auch Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG statuiert die Pflicht, pro Spannungsebene und Kundengruppe einheitliche Tarife festzulegen. Aus den Materialien ergibt sich zwar nicht, dass der Gesetzgeber dabei speziell an Sachverhalte mit Auslandbezug gedacht hat. Ziel war vor allem die Überführung der vor der Marktöffnung in der Schweiz bestehenden sieben Regelzonen in eine einzige Regelzone (siehe z.B. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2008 [BOTSCHAFT STROMVG], BBl 2005 1611, S. 1658 f.). Der Gesetzeswortlaut verlangt jedoch klar einheitliche Tarife für die ganze Regelzone. Würde der vorliegende Sachverhalt dem Ausland zugeordnet und damit ausländisches Recht angewendet, könnte die Gesuchsgegnerin für die Regelzone Schweiz keine einheitlichen Tarife vorsehen.

Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid bei der Festlegung des für die Anknüpfung relevanten Sachverhaltes und damit der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts die öffentlichen Interessen berücksichtigt und danach unterschieden, ob es sich um bedeutungsvolle Interessen handelt oder nicht (BGE 87 I 451 ff., E. 5; dazu auch IMBODEN/RHINOW, Nr. 18 A.).

Es sind keine öffentlichen Interessen ersichtlich, die dagegen sprechen, diesen Sachverhalt der Schweiz zuzuordnen. Die Gesuchstellerinnen machen geltend, dass es durch die im Vergleich zum Ausland höheren Tarife zu einem Wechsel des physischen Anschlusses an das Elektrizitätsnetz von ausländischen Netzbetreibern wie der [...] kommt. Damit würden sie einen wesentlichen Teil ihrer Lieferungen verlieren, was eine Gefährdung der Existenz zur Folge hätte, und die Gesuchsgegnerin verliere ihre ganzen Einnahmen aus diesem Gebiet. Die wirtschaftlichen Interessen der Gesuchstellerinnen können nicht mit öffentlichen Interessen gleichgesetzt werden. Wie gross die Gefahr des Anschlusswechsels tatsächlich ist, haben die Gesuchstellerinnen zudem nicht im Detail dargelegt (z.B. Amortisationsdauer einer Leitung, bereits bestehende konkrete Projekte), auch nicht, welche Prozesse dazu notwendig wären (zuständige Organe bzw. Behörden), und ob dies tatsächlich so einfach zu bewältigen wäre. Die Gesuchstellerin 1 hat in der Anhörung vom 15. September 2008 ausgeführt, dass die Verschiebung der galvanischen Grenzen Investitionen nach sich ziehen würden und dazu auch Baubewilligungsverfahren durchzuführen wären (act. 19, Antwort auf Frage 2.2.b). Zudem würden bei einem physischen Anschlusswechsel in die ausländische Regelzone Kapazitäten im Übertragungsnetz für anderweitige Nutzung frei, was einen allfälligen Einnahmeausfall der Gesuchsgegnerin mindern würde.

Würde der Sachverhalt dem Ausland zugeordnet, könnte die Gesuchsgegnerin unter Umständen die anrechenbaren Kosten ihrer Leistungen nicht decken. Das Netznutzungsentgelt darf in der Höhe der anrechenbaren Kosten sowie Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen erhoben werden (Art. 14 Abs. 1 StromVG), die Entschädigung für Systemdienstleistungen darf deren Kosten decken (Art. 22 Abs. 2 StromVV). Wenn alle anderen Netzbetreiber diese ungedeckten Kosten der Gesuchstellerinnen übernehmen müssen, wäre dies eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, selbst wenn die Auswirkungen auf die übrigen schweizerischen Endverbraucher gering bleiben würden (+/- 0,01 Rp./kWh), wie dies die Gesuchsgegnerin darlegt. Zudem müsste in der umgekehrten Konstellation, bei der ein Verteilnetzbetreiber Endverbraucher auf schweizerischem Territorium aus einer ausländischen Regelzone beliefert, der Sachverhalt konsequenterweise der Schweiz zugeordnet werden. Dieser Verteilnetzbetreiber müsste dem ausländischen Übertragungsnetzbetreiber eine Entschädigung für Netznutzung und Systemdienstleistungen nach schweizerischen Ansätzen entrichten. Eine solche Entschädigung würde unter Umständen über dem nach ausländischem Recht berechneten Entgelt liegen. Dies ist nicht sachgerecht. Die Gesuchsgegnerin ist gesetzlich verpflichtet, ihre Dienstleistungen für die gesamte Regelzone Schweiz zu erbringen und darf aus diesem Grund die ausländischen Gebiete in der Regelzone Schweiz nicht anders behandeln (Art. 20 StromVG). Die Gesuchstellerinnen nutzen



das schweizerische Übertragungsnetz und beanspruchen die Systemdienstleistungen der Gesuchsgegnerin. Im Gegenzug räumt die Stromversorgungsgesetzgebung der Gesuchsgegnerin das Recht ein, die anrechenbaren Kosten bzw. Preise für diese Leistungen bei den Netzbetreibern und Endverbrauchern zu erheben (Art. 14 und 15 StromVG; Art. 12, 13, 15 und 22 Abs. 2 StromVV).

Dass in der Vergangenheit die Tarife der damaligen Vorlieferanten offenbar in der Höhe der ausländischen Tarife festgesetzt worden sind, ändert daran nichts. An Stelle der heutigen gesamtschweizerischen Regelzone gab es sieben Regelzonen. Die gesetzlichen Vorgaben haben sich mit der Stromversorgungsgesetzgebung verändert (vgl. zu den früheren Vorgaben z.B. Art. 4 Abs. 2 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 [EnG; SR 730.0] und das Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 [PüG; SR 942.20]).

Allfällige praktische Probleme bei der Umsetzung von unterschiedlichen Tarifen für die ausländischen Gebiete würden hingegen nicht gegen die Zuordnung des Sachverhaltes zum Ausland sprechen. Die messtechnischen und abrechnungstechnischen Herausforderungen wären zu meistern. Die Gesuchstellerinnen haben im Rahmen der Anhörung vom 15. September 2008 ausgeführt, dass keine Kosten für zusätzliche Messanforderungen anfallen würden (act. 16; act. 19, Antwort auf Frage 2.2.d.). Der Einwand der Gesuchsgegnerin, dass eine "korrekte" Abrechnung kaum möglich wäre (act. 14, Antwort auf Frage 2), überzeugt nicht. Würde der vorliegende Sachverhalt dem Ausland zugeordnet, wären grundsätzlich ausländische Behörden zuständig, die Tarife zu überprüfen. Anwendbar wäre grundsätzlich ausländisches Recht.

Für die Zuordnung des Sachverhalts zum Ausland spricht somit zusammenfassend, dass sich der Sitz der Gesuchstellerin 3 im Ausland befindet, die Systemdienstleistungen gewisse Auswirkungen im Ausland zeitigen und die von Endverbrauchern im Ausland bezogene elektrische Energie für die Berechnung des zu leistenden Entgelts für Netznutzung und Systemdienstleistungen relevant ist. Die übrigen Kriterien weisen jedoch darauf hin, dass die Erhebung des Entgelts für Netznutzung und Systemdienstleistungen als Sachverhalt der Schweiz zuzuordnen ist. Für letzteres spricht auch die Folge, dass die Gesuchsgegnerin mit dem Entgelt die Kosten der erbrachten Leistungen decken kann und ihrer in Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG und Art. 15 Abs. 3 StromVV statuierten Pflicht, für die Regelzone Schweiz einheitliche Tarife vorzusehen, nachkommen kann. Charakteristisch für das Rechtsverhältnis zwischen den Gesuchstellerinnen und der Gesuchsgegnerin ist also die Regelzone, in welcher die Gesuchsgegnerin ihre Leistungen erbringt. Vorliegend ist dies die schweizerische Regelzone, womit dieses Rechtsverhältnis der Schweiz zuzuordnen ist und schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt. Es sind keine bedeutungsvollen öffentlichen Interessen ersichtlich, welche einer solchen Auslegung entgegen stehen.

Diesen Schluss scheint im Übrigen auch das Kurzgutachten zu ziehen, welches der Regierungsrat des Kantons [...] eingereicht hat. Daher wird die Idee aufgebracht, in einem zweiten Schritt die Geltung des schweizerischen Rechts einzuschränken (act. 20, Rz.34). Darauf und auf das Auswirkungsprinzip wird in Erwägung 8 eingegangen.

b. Unterschiedliche Preise für Netze im Ausland

Die Stromversorgungsgesetzgebung sieht keine Möglichkeit vor, für Netze im Ausland unterschiedliche Tarife zu gewähren; sie schreibt im Gegenteil einheitliche Tarife vor. Ziffer 2 der Gesuche ist daher abzuweisen.

8. Auswirkungsprinzip und Einschränkung der Geltung des StromVG



Das Auswirkungsprinzip ist eine spezielle Ausprägung des Territorialitätsprinzips und besagt, dass bei der Beurteilung in der Schweiz Sachverhalte im Ausland berücksichtigt werden können, wenn sie sich in hinreichendem Mass auf das Territorium der Schweiz auswirken oder sich aus einer Norm hinreichend klar ergibt, dass sie auch Sachverhalte im Ausland erfassen soll (FELIX UHLMANN, Entwicklungen im Verwaltungsrecht, in: SJZ 2008, S. 428, mit weiteren Hinweisen).

Wie in Erwägung 7 dargelegt, spricht eine Mehrzahl der Anknüpfungskriterien für einen schweizerischen Sachverhalt. Daran ändert auch das Auswirkungsprinzip nichts. Es wird im Kurzgutachten vorgeschlagen, die Geltung der schweizerischen Rechtsordnung einzuschränken, um ihre Wirkungen aufrecht zu erhalten. Dies entspricht weder dem Territorialitätsprinzip noch dem Auswirkungsprinzip. Ob Ausnahmen von diesen Prinzipien in Form einer Einschränkung der Geltung des schweizerischen Rechts rechtlich zulässig sein können, muss an dieser Stelle nicht abschliessend beurteilt werden. Es wurde nicht überzeugend dargelegt, wieso es notwendig ist, die Geltung des schweizerischen Rechts einzuschränken, um seine Wirkungen aufrecht zu erhalten. Im Kurzgutachten wird auf die *Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit* und den *Investitionsschutz* hingewiesen (act. 20). Es ist richtig, dass nach Art. 1 Abs. 2 Bst. b StromVG Zweck der Stromversorgungsgesetzgebung unter anderem die Erhaltung und Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Elektrizitätswirtschaft ist. Art. 1 StromVG ist programmatischer und nicht normativer Natur (BOTSCHAFT STROMVG, S. 1642). Es können daraus also keine Rechte abgeleitet werden. Der Wettbewerb betrifft sodann den Handel mit Energie. Der Netzbereich ist reguliert. Inwiefern die Gesuchstellerinnen durch die Netznutzungs- und Systemdienstleistungstarife in ihrem Handel mit Energie eingeschränkt werden, wurde nicht dargelegt. Die Stromversorgungsgesetzgebung enthält keinen absoluten Investitionsschutz. Die Netzbetreiber sind z.B. verpflichtet, ein effizientes Netz zu gewährleisten und dürfen nicht beliebige Investitionen tätigen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a StromVG). Die Gesuchstellerinnen haben nicht glaubhaft dargelegt, dass tatsächlich eine Gefahr des Regelzonenwechsels besteht, und dass dadurch ihre gesamte Infrastruktur wertlos würde. Zum Beispiel bleibt unklar, nach welcher Dauer eine neue Leitung amortisiert wäre, welche weiteren Risiken mit einem solchen Leitungsbau verbunden wäre und ob nicht ein Teil des Netzes verkauft oder verpachtet werden könnte.

Die im Kurzgutachten vorgeschlagene Einschränkung der Geltung des schweizerischen Rechts würde schliesslich nicht dazu führen, dass die Wirkungen der Stromversorgungsgesetzgebung aufrecht erhalten werden könnten. Vielmehr könnten gewisse Bestimmungen der Stromversorgungsgesetzgebung nicht mehr eingehalten werden (z.B. Art. 14 Abs. 3 Bst. c StromVG und Art. 15 Abs. 3 StromVV, welcher für die Regelzone Schweiz einheitliche Tarife vorschreibt).

9. Fazit

Das Territorialitätsprinzip ist ein Grundsatz des öffentlichen Rechts. Seine Geltung kann nicht durch die ElCom in einer Verfügung festgestellt werden. Auf Ziffer 1 der Gesuche wird nicht eingetreten.

Der vorliegende Sachverhalt ist der Schweiz zuzuordnen. Damit ist schweizerisches öffentliches Recht anwendbar. Es kann daher nicht festgestellt werden, dass die Gesuchstellerinnen für Systemdienstleistungen und Netznutzungsentgelt auf ihren Netzen im Ausland einen Preis zahlen, der sich nach der Höhe der entsprechenden ausländischen Preise richtet. Ziffer 2 der Gesuche ist abzuweisen.

10. Gebühren



Die EiCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Art. 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 CHF 75.- bis 250.- pro Stunde (Art. 3 GebV-En).

Für die vorliegende Verfügung wird ein Gebührenansatz von CHF [...] / Stunde in Rechnung gestellt. Bei einem Zeitaufwand von [...] Stunden ergibt sich vorliegend eine Gebühr von CHF [...] -.

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]). Die Gesuchstellerinnen haben diese Verfügung durch Einreichen ihrer Gesuche veranlasst. Die Gebühren werden daher den Gesuchstellerinnen zu gleichen Teilen auferlegt.

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Gesuche der Gesuchstellerinnen 1, 2 und 3 werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gebühren für die Behandlung der Gesuche betragen CHF [...] - und werden den Gesuchstellerinnen zu gleichen Teilen auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
3. Diese Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief gegen Rückschein eröffnet.

Bern, 30. Oktober 2008

Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom)

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Leiter Fachsekretariat EiCom

Zu eröffnen:



- Gesuchstellerin 1
- Gesuchstellerin 2
- Gesuchstellerin 3
- Gesuchsgegnerin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, einzureichen. Die Frist steht still:

- a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.