



Referenz/Aktenzeichen: 212-00276

Bern, 13.09.2018

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin),
Laurianne Altwegg, Christian Brunner, Matthias Finger, Dario Marty,
Sita Mazumder

in Sachen: **Engadiner Kraftwerke AG**, Muglinè 29, 7530 Zernez
vertreten durch RA Franz J. Kessler, von der Crone Rechtsanwälte AG, Samari-
terstrasse 5, 8032 Zürich

(Gesuchstellerin)

gegen

- 1. Gemeinde Scuol**, Bagnera 170, 7550 Scuol
- 2. Gemeinde Valsot**, Poz 86, 7556 Ramosch
- 3. Gemeinde Zernez**, Chesa cumünela, 7530 Zernez

alle vertreten durch die Corporaziun Energia Engiadina, c/o Fritz Felix, Muglinas
34, 7542 Susch

alle wiedervertreten durch RA Fadri Ramming, Hinterm Bach 6, Postfach 539,
7001 Chur 1

(Gesuchsgegnerinnen 1 - 3)

und

EE Energia Engiadina, Bagnera 171, 7550 Scuol

vertreten durch RA Fadri Ramming, Hinterm Bach 6, Postfach 539, 7001 Chur 1

(Gesuchsgegnerin 5)

betreffend

Netznutzungsentgelt für die Durchleitung von Energie im Zusammenhang mit Konzessionsverträgen

Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt	4
II	Erwägungen	8
1	Zuständigkeit	8
2	Parteien und rechtliches Gehör	8
2.1	Parteien.....	8
2.2	Rechtliches Gehör	8
3	Vorbringen der Parteien	9
3.1	Vorbemerkungen	9
3.2	Argumente und Ausführungen der Gesuchstellerin	9
3.3	Argumente und Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen	11
4	Materielle Beurteilung.....	12
4.1	Pflicht zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts	12
4.2	Ausnahme von der Pflicht zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts gemäss Artikel 14 Absatz 5 StromVG	12
4.2.1	Vorbemerkungen	12
4.2.2	Übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien beim Vertragsabschluss und Konsequenzen für den Bezug von Zusatzenergie.....	14
4.2.3	Zusatzenergie im Sinne der Konzessionen	14
4.2.4	Selbständige konzessionsrechtliche Pflicht zum Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung	16
4.2.5	Praxis der Verrechnung der Kosten für die Netznutzung bis [...] und Berücksichtigung der Vereinbarung vom [...]	17
4.2.6	Praxis der Verrechnung der Kosten für die Netznutzung ab [...] und weitere Überlegungen	18
4.3	Schlussfolgerung	19
5	Gebühren.....	19
6	Parteientschädigung.....	20
III	Entscheid	21
IV	Rechtsmittelbelehrung	23

I Sachverhalt

A.

- 1 1957 haben verschiedene Gemeinden im Unterengadin, darunter die Gemeinden Scuol, Valsot und Zernez (nachfolgend Gesuchsgegnerinnen 1 – 3), der Engadiner Kraftwerke AG (EKW; nachfolgend Gesuchstellerin) eine Wasserrechtsverleihung für die Wasserkraftnutzung des Inn und seiner Seitenbäche erteilt (nachfolgend Konzessionen; act, 1, Beilagen 5 und 6).
- 2 Gemäss Artikel 10 der Konzessionen hat die Gesuchstellerin den Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 jährlich Gratis-, Vorzugs- und auf Verlangen Zusatzenergie zur Verfügung zu stellen (act. 1, Beilagen 5 und 6, Art. 10).
- 3 Die Energie wird an jede Gemeinde in einem später zu vereinbarenden Punkt auf Gemeindeboden, in der Nähe der Talleitung in 10 kV, abgegeben. Die Talleitung wird von der Gesuchstellerin auf ihre Kosten erstellt, unterhalten und betrieben (act. 1, Beilagen 5 und 6, Art. 10 Bst. a).

B.

- 4 Mit Schreiben vom 24. Juni 2016 reichte die Gesuchstellerin bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (EiCom) ein gegen die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 und die Gemeinde S-chanf gerichtetes Gesuch mit folgenden Rechtsbegehren ein (act. 1):
 1. *Die Gesuchsgegnerinnen seien zu verpflichten, für die Lieferung von Energie, welche die Gesuchsgegnerinnen ausserhalb der EKW-Konzessionen ab dem 1. Juli 2016 von Dritten beziehen, der Gesuchstellerin ein Netznutzungsentgelt gemäss jeweils anwendbarem Tarif der Gesuchstellerin inkl. MWST zu bezahlen.*
 2. *Unter Aufteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz.*
- 5 Mit Brief vom 18. Juli 2016 teilte das Fachsekretariat der EiCom (FS EiCom) den Parteien mit, es habe ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) eröffnet. Gleichzeitig wurden die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 sowie die Gemeinde S-chanf eingeladen, bis am 16. August 2016 eine Stellungnahme zum Gesuch der Gesuchstellerin einzureichen (act. 5 und 6).
- 6 Mit Schreiben vom 13. September 2016 reichten die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 sowie die Gemeinde S-chanf eine vorderhand auf die Frage der Zuständigkeit beschränkte Stellungnahme ein. Sie führten aus, es sei auf das Gesuch so lange und insoweit nicht einzutreten, als kein rechtskräftiger Entscheid über die streitige konzessionsvertragliche Frage vorliegt, ob es sich bei der elektrischen Energie, auf welche sich das Gesuch bezieht, um Zusatzenergie gemäss Artikel 10 der beiden Inn-Konzessionen und gemäss der „Vereinbarung vom [...] zwischen den Konzessionsgemeinden der EKW und der Engadiner Kraftwerke AG (EKW) betreffend Lieferung von Zusatzenergie“ handle. Weiter sei die Sache zur Beurteilung dieser streitigen konzessionsrechtlichen Frage ohne Verzug an das Verwaltungsgericht Graubünden zu überweisen, das Verfahren vor der EiCom sei für diese Dauer zu sistieren und es sei bei Wiederaufnahme des Verfahrens vor der EiCom eine angemessene Frist zu setzen, um sich auch in der Sache vernehmen zu lassen. Eventualiter, für den Fall, dass sich die EiCom als vorbehaltlos zuständig erachtet, sei eine selbständig zu eröffnende, beschwerdefähige Zwischenverfügung über die Zuständigkeit zu erlassen. Es sei zu verfügen, dass die Beurteilung des Gesuchs betreffend Netznutzungsentgelt solange sistiert werde, bis eine gerichtliche Beurteilung der Frage der Zuständigkeit und gegebenenfalls auch eine gerichtliche Beurteilung der streitigen konzessionsvertraglichen Frage in

Rechtskraft erwachsen ist. Zudem sei bei Wiederaufnahme des Verfahrens eine angemessene Frist zu setzen, um sich auch in der Sache vernehmen zu lassen (act. 10).

C.

- 7 Mit Brief vom 28. September 2016 wurden die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 sowie die Gemeinde S-chanf aufgefordert, sich zur beabsichtigten Aufnahme der EE Energia Engiadina (Verteilnetzbetreiberin in den Gemeinden Zernez, Scuol und Valsot; nachfolgend Gesuchsgegnerin 5) als Partei ins Verfahren und zur Parteistellung der Gemeinde S-chanf zu äussern (act. 11).
- 8 Mit Brief vom 29. September 2016 wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, sich zur Zuständigkeit der EICom zur Behandlung von konzessionsvertraglichen Rechtsfragen sowie ebenfalls zur Parteistellung der Gesuchsgegnerin 5 und der Gemeinde S-chanf zu äussern (act. 12).
- 9 Mit Eingabe vom 19. Oktober 2016 erklärte sich die Gesuchstellerin damit einverstanden, die Gesuchsgegnerin 5 als Partei ins Verfahren aufzunehmen. Weiter teilte sie mit, dass der Gemeinde S-chanf vorerst keine Parteistellung eingeräumt werden müsse, man sich deren späteren Einbezug jedoch vorbehalte, falls ein Anschluss dieser Gemeinde ans Verteilnetz der Gesuchstellerin realisiert werde. In Bezug auf die Zuständigkeit führte sie im Wesentlichen aus, dass die EICom nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) zuständig sei über die Sache zu entscheiden. Nach allgemein anerkannter Praxis im Verwaltungsverfahrenrecht dürfe eine in der Hauptsache zuständige Behörde vorfrageweise auch eine Rechtsfrage aus dem Kompetenzbereich einer anderen Behörde prüfen (act. 13).
- 10 Mit Eingabe vom 31. Oktober 2016 erklärten sich die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 sowie die Gemeinde S-chanf mit der Aufnahme der Gesuchsgegnerin 5 als Partei ins Verfahren einverstanden. Im Falle des Nichteintretens auf das Gesuch sei der Gemeinde S-chanf keine Parteistellung einzuräumen, andernfalls sei ihr Parteistellung einzuräumen (act. 14).
- 11 Mit Brief vom 22. November 2016 wurden die Eingaben der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 sowie der Gemeinde S-chanf jeweils der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass die Gesuchsgegnerin 5 als Partei ins Verfahren aufgenommen und ihr Möglichkeit zur Stellungnahme, vorerst beschränkt auf die Frage der Zuständigkeit, eingeräumt werde (act. 15 und 16).
- 12 Mit Brief vom 22. November 2016 wurde der Gesuchsgegnerin 5 mitgeteilt, dass sie als Partei ins Verfahren aufgenommen werde. Gleichzeitig wurde sie eingeladen, sich zum bisherigen Schriftenwechsel der Parteien zu äussern, wobei sie sich vorerst auf den Aspekt der Zuständigkeit der EICom zur Beurteilung von konzessionsvertraglichen Rechtsfragen beschränken solle (act. 17).
- 13 Mit Eingabe vom 20. Dezember 2016 reichte die Gesuchsgegnerin 5 gleichlautende Anträge wie die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 sowie die Gemeinde S-chanf in deren Stellungnahme vom 13. September 2016 (vgl. act. 10) ein. Sie führte zudem aus, dass es sich bei der Frage der Netznutzungsentschädigung zwar formell um die Hauptfrage handle, inhaltliche Hauptfrage sei jedoch, wie die vorliegend zur Diskussion stehende Energie konzessionsrechtlich zu qualifizieren sei (act. 18).
- 14 Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 19. Januar 2017 äusserte sich die Gesuchstellerin dahingehend, dass sie an ihren Anträgen im Gesuch vom 24. Juni 2016 festhalte unter Berücksichtigung des Miteinbezugs der Gesuchsgegnerin 5 als Verfahrenspartei (act. 21).

15 Am 11. April 2017 hat die ECom eine Zwischenverfügung mit folgendem Dispositiv erlassen (act. 23 und 24):¹

1. *Die ECom ist zur Beurteilung des Gesuchs betreffend Netznutzungsentgelt zuständig.*
2. *Die ECom ist zur vorfrageweisen Beurteilung von konzessionsrechtlichen Fragen im Rahmen ihrer Zuständigkeit gemäss Ziffer 1 vorstehend zuständig.*
3. *Der Antrag auf Sistierung des Verfahrens wird abgewiesen.*
4. *Der Gesuchsgegnerin 4 kommt keine Parteistellung zu.*
5. *Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird den Gesuchsgegnerinnen 1 – 4 [...] und der Gesuchsgegnerin 5 [...] unter solidarischer Haftung auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.*
6. *Die Verfügung wird der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen 1 – 5 mit eingeschriebenem Brief eröffnet.*

D.

16 Nachdem gegen die Zwischenverfügung der ECom vom 11. April 2017 keine Beschwerde erhoben wurde, hat das FS ECom die Gesuchstellerin am 2. Juni 2017 aufgefordert, ihre Rechtsbegehren vom 24. Juni 2016 unter Berücksichtigung der nachträglich erfolgten Aufnahme der Gesuchsgegnerin 5 ins vorliegende Verfahren zu präzisieren (act. 25).

17 Mit Eingabe vom 9. Juni 2017 präziserte die Gesuchstellerin ihre Rechtsbegehren wie folgt (act. 26):

1. *Die Gesuchsgegnerin 5 (EE Energia Engiadina) sei zu verpflichten, für die Lieferung von Energie, welche die Gesuchsgegnerin 5 und/oder die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 ausserhalb der EKW-Konzessionen ab dem 1. Juli 2016 von Dritten beziehen, der Gesuchstellerin ein Netznutzungsentgelt gemäss dem jeweils anwendbaren Tarif der Gesuchstellerin inkl. MWST zu bezahlen.*
2. *Eventualiter seien die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 zu verpflichten, für die Lieferung von Energie, welche die Gesuchsgegnerin 5 und/oder die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 ausserhalb der EKW-Konzessionen ab dem 1. Juli 2016 von Dritten beziehen, der Gesuchstellerin ein Netznutzungsentgelt gemäss jeweils anwendbarem Tarif der Gesuchstellerin inkl. MWST zu bezahlen.*
3. *Unter Aufteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz.*

18 Das FS ECom forderte die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 sowie 5 am 13. Juni 2017 auf, in Ergänzung zu den bisherigen Eingaben auch in der Hauptsache eine Stellungnahme einzureichen (act. 27).

19 Mit Eingabe vom 11. August 2017 reichten die Gesuchsgegnerinnen eine gemeinsame Stellungnahme ein und ersuchten um vollumfängliche Abweisung des Gesuches soweit darauf einzutreten ist, unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge (act. 30).

¹ In der Zwischenverfügung der ECom vom 11. April 2017 wurde die Gemeinde S-chanf als Gesuchsgegnerin 4 bezeichnet. Nachdem ihr in der Zwischenverfügung keine Parteistellung für das vorliegende Verfahren zugestanden wurde, wird sie in der vorliegenden Verfügung nicht mehr als Partei geführt.

- 20 Im Rahmen der weiteren Schriftenwechsel hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest (act. 34, act. 38, act. 40 und act. 44).
- 21 Auf Einzelheiten des Sachverhalts sowie die erwähnten Eingaben und Schreiben wird, soweit entscheidrelevant, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 22 Das Verfahren vor der EICom richtet sich gemäss Artikel 11 des Geschäftsreglements der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007 (SR 734.74) nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021).
- 23 Nach Artikel 7 Absatz 1 VwVG prüft die Behörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Bestreitet eine Partei die Zuständigkeit, so stellt die Behörde, die sich als zuständig erachtet, ihre Zuständigkeit durch Verfügung fest (Art. 9 Abs. 1 VwVG).
- 24 Vorliegend haben die Gesuchsgegnerinnen die Zuständigkeit der EICom zur Beurteilung von zentralen konzessionsvertraglichen (Vor-)Fragen abgelehnt (act. 10 und 18), weshalb die EICom die Zwischenverfügung vom 11. April 2017 erlassen und darin ihre Zuständigkeit bejaht hat (act. 23 und 24). Diese Zwischenverfügung blieb unangefochten. Damit ist die Zuständigkeit der EICom für das vorliegende Verfahren gegeben.

2 Parteien und rechtliches Gehör

2.1 Parteien

- 25 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.
- 26 Die Gesuchstellerin hat bei der EICom ein Gesuch um Verpflichtung zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts eingereicht. Sie ist damit materielle Verfügungsadressatin und die potenziell Begünstigte aus diesem Verfahren. Ihr kommt daher Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu.
- 27 Im vorliegenden Verfahren ist die Tragung des Netznutzungsentgelts streitig. Die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 sind die nach Artikel 14 Absatz 5 StromVG möglicherweise von der Tragung eines Netznutzungsentgelts Befreiten, während die Gesuchsgegnerin 5 die nach StromVG grundsätzlich zur Tragung eines Netznutzungsentgelts Verpflichtete ist. Damit sind die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 und die Gesuchsgegnerin 5 vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Aus sie haben daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.
- 28 Gemäss Zwischenverfügung der EICom vom 11. April 2017 kommt der Gemeinde S-chanf keine Parteistellung zu. Sie ist zwar ursprünglich ins Recht gefasst worden, ist aktuell aber nicht am Netz der Gesuchstellerin angeschlossen. Eventuell ergibt sich zu einem späteren Zeitpunkt ein Anschluss an das Netz der Gesuchstellerin. Zurzeit ist jedoch nicht absehbar, ob und wann dies der Fall sein wird. Der Gemeinde S-chanf kommt damit nach wie vor keine Parteistellung zu.

2.2 Rechtliches Gehör

- 29 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingaben der Gesuchstellerin wurde den Gesuchsgegnerinnen zur Stellungnahme unterbreitet. Überdies wurden die Stellungnahmen der Gesuchsgegnerinnen der Gesuchstellerin zur Kennt-

nisnahme zugestellt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

3 Vorbringen der Parteien

3.1 Vorbemerkungen

- 30 Vorliegend geht es um die Pflicht zur Entrichtung eines Netznutzungsentgelts für die Durchleitung von Energie durch das Netz der Gesuchstellerin. Gemäss den Wasserrechts-Verleihungen der Oberen und Unteren Inn-Stufen (act. 1, Beilagen 5 und 6 [nachfolgend Konzessionen]) ist die Gesuchstellerin verpflichtet, im Gegenzug zur Einräumung des Wassernutzungsrechts den Konzessionsgemeinden (dazu gehören die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3) Gratis-, Vorzugs- und auf Verlangen Zusatzenergie zu in den Konzessionen vereinbarten Konditionen zu liefern. Diese Pflicht zur Lieferung von Energie zu Vorzugskonditionen beinhaltet, dass die Gesuchstellerin die Energie für jede Konzessionsgemeinde an einem zu vereinbarenden Punkt auf Gemeindeboden, in der Nähe der Talleitung in 10 kV, abgibt. Dabei hat die Gesuchstellerin die Talleitung auf ihre Kosten zu erstellen, zu unterhalten und zu betreiben.
- 31 Die Tragung des Netznutzungsentgelts in Bezug auf die Gratis- und Vorzugsenergie ist vorliegend nicht Streitgegenstand. Unklar zwischen den Parteien ist jedoch, wie es sich mit der Tragung des Netznutzungsentgelts bei der Zusatzenergie bzw. der übrigen Energie handelt.

3.2 Argumente und Ausführungen der Gesuchstellerin

- 32 Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass Energie, die bei Dritten bezogen und durch ihr Netz zur Versorgung der Konzessionsgemeinden ins Verteilnetz der Gesuchsgegnerin 5 fliesst, keine Zusatzenergie im Sinne der Konzessionen darstellt, weshalb sie diese als *Restenergie* bezeichnet (act. 1, Rz. 14). Als Zusatzenergie im Sinne der Konzessionen gelte nur jene Energie, die bei der Gesuchstellerin gemäss den Konzessionsvertragskonditionen bezogen werde, was sich deutlich aus dem Wortlaut ergebe (act. 1, Rz. 44 ff.). Es sei ihr daher für die Durchleitung von Energie, die zur Versorgung der Konzessionsgemeinden ab dem 1. Juli 2016 ausserhalb der Konzessionen von Dritten bezogen werde und durch ihr Netz fliesse, ein Netznutzungsentgelt gemäss jeweils anwendbarem Tarif durch die Gesuchsgegnerin 5, eventualiter durch die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3, zu entrichten (act. 26).
- 33 Seit Inbetriebnahme ihrer Anlagen bis Ende [...] habe die Gesuchstellerin die Konzessionsgemeinden mit Gratis- und Vorzugsenergie beliefert und dafür kein Netznutzungsentgelt verrechnet. Vom Recht in Artikel 10 der Konzessionen auf Lieferung von Zusatzenergie zu Konzessionsvertragskonditionen haben die Gesuchsgegnerinnen bis dahin keinen Gebrauch gemacht. Stattdessen haben sie die zusätzliche Energie bei Dritten bezogen, unabhängig von den in den Konzessionen für Zusatzenergie vereinbarten Lieferkonditionen. Diese Energie wurde in den Akten teilweise ebenfalls als *Zusatzenergie* bezeichnet, was aber nicht bedeute, dass es sich dabei um Zusatzenergie im Sinne von Artikel 10 der Konzessionen handle. Für die Durchleitung dieser Restenergie durch das Netz der Gesuchstellerin bezahlte die jeweilige Energielieferantin denn auch jeweils ein Entgelt in der Höhe von [...] Rp./kWh an die Gesuchstellerin (act. 1, act. 1, Beilagen 9 – 12).
- 34 Die Gesuchstellerin hatte zwar in den Jahren 2000 und 2006/2007 auf Wunsch der Konzessionsgemeinden Angebote zur Lieferung von Zusatzenergie abgegeben, zu einem Vertragsabschluss kam es jedoch nicht (act. 1, Beilagen 13 – 16). Später haben die Parteien über die Auslegung

von Artikel 10 der Konzessionen diskutiert und schlossen die Vereinbarung vom [...] ab (act. 1, Beilage 17). Darin wurde geregelt, dass der Preis der Zusatzenergie [...] entspricht. Weiter wurde festgehalten, dass dieser Zuschlag von [...] Rp./kWh eine kommerzielle Marge darstelle, dass dieser keine Ersatzleistung für den Transport der Zusatzenergie bis zu den Abgabepunkten sei und dass die Lieferung der Zusatzenergie gemäss Konzessionsbestimmung bis zu einem Punkt auf den Gemeindeboden ohne direkte Belastung von Netznutzungskosten für alle für die Lieferung in Anspruch genommenen Netzebenen zu erfolgen habe. Zusätzlich vereinbarte man den Bezug von Zusatzenergie bei der Gesuchstellerin ab dem [...] und im Sinne eines Entgegenkommens den Verzicht der Verrechnung des [...] gegenüber der bis zu diesem Zeitpunkt liefernden Dritten ab dem [...] (act. 1, Rz. 21 – 24 und Rz. 60 ff.; act. 1, Beilage 17, Art. 1 und 7).

- 35 Ab [...] habe die Gesuchstellerin den Konzessionsgemeinden Zusatzenergie geliefert, ohne ein Netznutzungsentgelt zu erheben. Mit Schreiben vom [...] teilten die Konzessionsgemeinden mit, dass sie ab dem [...] keine Zusatzenergie mehr bei der Gesuchstellerin beziehen wollen und diese Energie nun andernorts besorgen. Je nach Marktlage behielten sich die Konzessionsgemeinden vor, auf den Bezug von Zusatzenergie bei der Gesuchstellerin zurückzukommen. Im gleichen Schreiben brachten sie noch zum Ausdruck, dass man gestützt auf die Vereinbarung vom [...] davon ausgehe, dass inskünftig auf die Erhebung des früher verrechneten [...] verzichtet werde. Abgesehen davon, dass die Gesuchstellerin die Energielieferungen einstellte, beantwortete oder kommentierte sie dieses Kündigungsschreiben nicht weiter (act. 1, Rz. 27 f und 64).
- 36 Seit dem [...] beziehen die Konzessionsgemeinden die Restenergie über den freien Markt. Die Gesuchstellerin habe jedoch – ohne dies intern oder extern diskutiert zu haben – weiterhin darauf verzichtet, ein Netznutzungsentgelt zu verrechnen, weshalb anzunehmen sei, dass es sich bei der Weiterführung dieses Abrechnungsregimes trotz der veränderten Lieferverhältnisse um ein Versehen handle (act. 1, Rz. 30 und 64).
- 37 Mit Schreiben vom [...] hat sich die Gesuchsgegnerin 5 an die EICom gewandt mit der Frage, ob sie bei der Bestimmung des Netztarifs unterschiedliche Gruppen bilden könne, je nachdem ob der Endverbraucher Konzessionsenergie oder Nicht-Konzessionsenergie beziehe (act. 1, Beilage 32). Am [...] bestätigte das FS EICom die Auffassung der Gesuchsgegnerin 5, wonach sie den freien Endverbrauchern, welche Energie von einem Drittlieferanten beziehen, die Netznutzung der Netzebenen 1 bis 5 bzw. 7 inklusive SDL in Rechnung stellen dürfe (act. 1, Beilage 33). In der Folge vereinbarten die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin 5 ein Verfahren, um die korrekte Abrechnung bei den freien Endverbrauchern vornehmen zu können (act. 1, Rz. 33 ff.; act. 1, Beilage 34). Im Nachgang zu dieser Vereinbarung habe die Gesuchstellerin ihre Handhabung der Netznutzungsentgelte im Zusammenhang mit der Durchleitung von Nicht-Konzessionsenergie durch ihr Netz überprüft und sei dabei auf die Inkonsistenz gestossen, dass Endkunden, die auf dem freien Markt bei Dritten Nicht-Konzessionsenergie beziehen, der Gesuchstellerin via Gesuchsgegnerin 5 Netznutzungsentgelte bezahlen, während die Konzessionsgemeinden der Gesuchstellerin für die Durchleitung der von einem Dritten gelieferten Restenergie kein Netznutzungsentgelt entrichten (act. 1, Rz. 36). Infogedessen habe man die Gesuchsgegnerinnen orientiert, dass man das bisherige Abrechnungsregime nur unter Vorbehalt weiterführe und die Sache der EICom zur Beurteilung vorlegen werde (act. 1, Rz. 37; act. 1, Beilage 35).
- 38 Ergänzend zu diesen Schilderungen argumentiert die Gesuchstellerin, dass sich die Pflicht zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts für die Durchleitung von Restenergie bereits aus dem Wortlaut von Artikel 10 der Konzessionen ergebe. Darin sei nämlich unter anderem festgehalten, dass Zusatzenergie von der Gesuchstellerin nur dann geliefert werde, wenn dies von den Konzessionsgemeinden verlangt werde und wenn dabei die in den Konzessionen vereinbarten Konditionen Anwendung finden. Diese Auffassung stütze auch ein Auszug aus dem 14. Betriebskommissionsprotokoll vom 17. Dezember 1969 (act. 1, Beilage 37), wonach die Diskussion über Energielieferungen durch andere Lieferanten als die Gesuchstellerin aufzeige, dass in solchen

Fällen erstens nicht die Gesuchstellerin Energielieferantin ist, zweitens die Lieferung von Energie nicht zu Konditionen gemäss Konzessionsvertrag erfolgt und drittens eine Transitgebühr angedacht wurde, die für den Unterhalt, den Betrieb und den Ausbau des Netzes verwendet werden sollte. Aufgrund der effektiven Entrichtung einer Entschädigung für die Durchleitung von Energie, die von Dritten geliefert wird, ergebe sich, dass die Lieferung von Restenergie nicht unentgeltlich erfolgt ist. Überdies vermöge eine nach Inkrafttreten des StromVG abgeschlossene Vereinbarung hinsichtlich Artikel 14 Absatz 5 StromVG keine neuen Rechte und Pflichten zu begründen (act. 1, Rz. 44 ff.).

3.3 Argumente und Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen

- 39 Die Gesuchsgegnerinnen führen aus, dass Konzessionen sowohl vertragliche als auch hoheitliche Elemente aufweisen und bei der Auslegung – gerade mit Blick auf die vertraglichen Elemente der Konzessionen – in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien beim Vertragsabschluss abzustellen sei (act. 30, Rz. 68 ff.; act. 40, Rz. 20 ff.).
- 40 Die Gesuchsgegnerinnen erklären, dass die Gesuchsgegnerin 5 die für die Stromversorgung der festen Endverbraucher benötigte Energiemenge ausschliesslich von den Konzessionsgemeinden beziehe. Diese überlassen ihr zum einen die gemäss den Konzessionen zustehende Gratis-, Vorzugs- und Zusatzenergie. Zum anderen überlassen sie auch die Produktion aus einigen kommunalen Kraftwerken sowie die Ansprüche auf Ersatzenergie. Damit verfüge die Gesuchsgegnerin 5 über keinerlei Lieferverträge mit Dritten (act. 30, Rz. 112).
- 41 Die Gesuchsgegnerinnen vertreten den Standpunkt, dass es gar keine Energie *ausserhalb* der Konzessionen gebe. Es werde in der Grundversorgung ausschliesslich Gratis-, Vorzugs- und Zusatzenergie abgegeben, weshalb aufgrund der Bestimmungen in den Konzessionen kein Netznutzungsentgelt geschuldet sei (act. 30, Rz. 113).
- 42 In Ergänzung zu den Ausführungen der Gesuchstellerin legen die Gesuchsgegnerinnen dar, dass die Modalitäten rund um die Zusatzenergie schon vor Abschluss der Konzessionen vieldiskutiert waren. Zentrales Anliegen der Konzessionsgemeinden sei stets gewesen, dass eine günstige Stromversorgung während der gesamten Konzessionslaufzeit sichergestellt sei. Dies ergebe sich deutlich aus den Unterlagen und Protokollen zu den stattgefundenen Verhandlungen und Gesprächen (act. 30, Kp. 3.2 und Beilagen 4 ff.).
- 43 Die Gesuchsgegnerinnen führen weiter aus, dass die Energielieferungen durch Dritte stellvertretend für die Gesuchstellerin erfolgten, was sich insbesondere aus den Protokollen der Betriebskommissionssitzungen und den Verträgen der Korporation der Konzessionsgemeinden mit der Gesuchstellerin bzw. mit der stellvertretend leistenden Energielieferantin ergebe (act. 30, Rz. 38 und Beilagen 25 – 27).
- 44 Die Entrichtung des [...] sei als Handelsmarge ausgestaltet gewesen und nicht als Transportentgelt. Daran ändere auch nichts, dass im Protokoll der Betriebskommissionssitzung die Verwendung dieser Erlöse für den Bau, Unterhalt und Betrieb des Netzes angedacht war (act. 30, Rz. 50 Beilage 26).
- 45 In ihren Ausführungen gehen die Gesuchsgegnerinnen davon aus, dass die Pflicht der Gesuchstellerin zum Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung eine selbständige Obligation sei, die sich direkt aus dem Wortlaut der Konzessionen ergebe (act. 30, Rz. 110).
- 46 Zur von der Gesuchstellerin angeblich entdeckten Inkonsistenz führen die Gesuchsgegnerinnen aus, dass es gar keine Inkonsistenz zwischen der Behandlung der festen und der freien Endver-

braucher gebe. Die Endverbraucher, die das Recht auf Netzzugang in Anspruch genommen hatten, haben freiwillig auf den Bezug von günstiger Gratis-, Vorzugs-, und Zusatzenergie und damit auch auf den kostenlosen Transport derselben auf der EKW-Talleitung verzichtet. Damit hätten diese keinen Anspruch auf unentgeltliche Nutzung des Netzes (act. 30, Rz. 98 ff.).

4 Materielle Beurteilung

4.1 Pflicht zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts

- 47 Die Anträge im Gesuch lauten darauf, dass die Gesuchsgegnerin 5 zu verpflichten sei, für die Lieferung von Energie, welche die Gesuchsgegnerin 5 und/oder die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 ausserhalb der EKW-Konzessionen ab dem 1. Juli 2016 von Dritten beziehen, der Gesuchstellerin ein Netznutzungsentgelt gemäss jeweils anwendbarem Tarif der Gesuchstellerin inkl. MwSt. zu bezahlen (act. 1; act. 26). Eventualiter richtet sich das Begehren gegen die Gesuchsgegnerinnen 1 – 3.
- 48 Nach Artikel 14 Absatz 2 StromVG sind die Endverbraucher gemäss dem sogenannten Ausspeisepinzip je Ausspeisepunkt zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts verpflichtet (Botschaft zum StromVG, BBl 2005 1652). Unabhängig von der Distanz zwischen Einspeisung und Ausspeisung haben sie abhängig von der Inanspruchnahme der genutzten Netzebenen ein Netznutzungsentgelt gemäss veröffentlichtem Tarif zu entrichten.
- 49 Die Gesuchstellerin betreibt zur Talversorgung ein Mittelspannungsnetz, an welches das Nachliegernetz der Gesuchsgegnerin 5 zur Versorgung der Endverbraucher auf dem Gemeindegebiet der Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 angeschlossen ist (act. 30, Rz. 5 und 6; www.gr.ch > Institutionen > Verwaltung > Amt für Energie und Verkehr > Wasser und Energie > Energieversorgung, besucht am 30. August 2018). Die Gesuchstellerin hat somit für die Ausspeisung aus ihrem Netz ins Netz der Gesuchsgegnerin 5 grundsätzlich Anspruch auf die Entrichtung eines Netznutzungsentgelts (Art. 16 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]).
- 50 Die Systematik der Netzkostenverlegung, die Höhe der Tarife sowie die für die Abrechnung der Netznutzung ermittelten Werte werden – abgesehen von den sich aus den Konzessionen ergebenden Folgen – von den Parteien nicht in Frage gestellt.

4.2 Ausnahme von der Pflicht zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts gemäss Artikel 14 Absatz 5 StromVG

4.2.1 Vorbemerkungen

- 51 Die Gesuchstellerin verwendet im Gesuch den Begriff „ausserhalb der EKW-Konzessionen“ und bringt dadurch zum Ausdruck, dass die vorliegend streitige Energie ihrer Auffassung nach nicht von Artikel 14 Absatz 5 StromVG erfasst sei. Der Gesetzgeber hat in dieser Bestimmung festgehalten, dass im Zusammenhang mit geltenden Wasserrechtsverleihungen (Konzessionsverträge) vereinbarte Leistungen, insbesondere Energielieferungen, durch die Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt nicht berührt werden. Diese Bestimmung fand erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen Eingang ins StromVG. Damit sollte sichergestellt werden, dass die im Rahmen von bestehenden Konzessionen vereinbarten Vorzugsleistungen nicht durch das Netznutzungsentgelt geschmälert werden (ANDRE SPIELMANN in: Kratz et al [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, 2016, Art. 14 StromVG, Rz. 58 ff.).

- 52 Entstehen zwischen dem Konzessionär und der Verleihungsbehörde Streitigkeiten über die sich aus dem Konzessionsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten, so entscheidet nach Artikel 71 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG, SR 721.8) wo das Gesetz oder die Konzession nichts anderes bestimmt, in erster Instanz die zuständige kantonale Gerichtsbehörde und in zweiter Instanz das Bundesgericht.
- 53 Vorliegend ersucht die Gesuchstellerin um Verpflichtung zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts. Die Pflicht zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts ist in Artikel 14 StromVG verankert. Demzufolge fällt die Beurteilung dieser Hauptfrage nach Artikel 22 Absatz 1 StromVG in die generelle Zuständigkeit der ECom. Die ECom ist zudem nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG in Streitfällen, wie vorliegend, zuständig für den Entscheid über das Netznutzungsentgelt.
- 54 Da zwischen der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 jedoch ein konzessionsrechtliches Verhältnis mit Energielieferpflichten besteht, ist vorfrageweise zu beurteilen, ob die Durchleitung der vorliegend relevanten Energie von der Konzession erfasst ist und allenfalls nach Artikel 14 Absatz 5 StromVG von den Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt ausgenommen ist. Für den Vollzug von Artikel 14 Absatz 5 StromVG ist die ECom gemäss Artikel 22 Absatz 1 StromVG ebenfalls zuständig.
- 55 Die Zuständigkeit für die Beurteilung von konzessionsrechtlichen Streitigkeiten kommt grundsätzlich der zuständigen kantonalen Gerichtsbehörde zu (vgl. Art. 71 Abs. 1 WRG). Vorfrageweise darf auch jene Behörde darüber befinden, die in der Hauptsache zuständig ist, sofern die zuständige Instanz noch keinen Entscheid gefällt hat (THOMAS FLÜCKIGER in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 7 N 38; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1744 ff.; BGE 139 II 233, 241). Liegen besonders komplizierte Verhältnisse vor oder spielen spezielle Fachkenntnisse der zuständigen Behörde eine entscheidende Rolle, kann es geboten sein, den Entscheid der zuständigen Behörde abzuwarten und die eigene Verfügung aufzuschieben.
- 56 Vorliegend hat die Gesuchstellerin ein Gesuch betreffend Zahlung eines Netznutzungsentgelts gemäss Artikel 14 Absatz 2 StromVG eingereicht. Die zur Beurteilung dieses Gesuchs vorfrageweise zu beurteilende konzessionsrechtliche Frage ist von der zuständigen kantonalen Behörde weder rechtskräftig entschieden worden, noch ist sie derzeit dort hängig. Da auch keine besonders komplizierten Verhältnisse vorliegen und keine besonderen Fachkenntnisse notwendig scheinen, spricht nichts gegen die vorfrageweise Beurteilung. Im Sinne dieser Überlegungen hat die ECom ihre Zuständigkeit mit der Zwischenverfügung vom 11. April 2017 bejaht.
- 57 Im Nachfolgenden ist deshalb zur Beurteilung des Gesuchs vorfrageweise zu prüfen, inwiefern die Konzessionen Rechte und Pflichten begründen, die gemäss Artikel 14 Absatz 5 StromVG Auswirkungen auf die Pflicht zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts haben.
- 58 Die Parteien sind sich uneins, inwiefern die von Dritten gelieferte Energie von den Konzessionen erfasst sind. Der übereinstimmende Wille beim Vertragsabschluss lässt sich nicht ohne weiteres erkennen, weshalb nachfolgend zu prüfen ist, wie die Bestimmungen in Artikel 10 der Konzessionen nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durften und mussten (normative oder objektive Vertragsauslegung; BGE 137 III 444, E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_1055/2012 vom 22. Januar 2014, E. 2.2).

4.2.2 Übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien beim Vertragsabschluss und Konsequenzen für den Bezug von Zusatzenergie

- 59 Die Gesuchsgegnerinnen bringen zum Ausdruck, dass die Entstehungsgeschichte der Konzessionen und das Verhalten der Parteien im Nachgang zur Verleihung der Konzessionen klar aufzeigen, dass es das beständige Anliegen der Konzessionsgemeinden war, für die ganze Laufdauer der Konzessionen günstige Energie beziehen zu können. Aufgrund dieser Ausgangslage hätten die Konzessionsgemeinden nie Bedingungen akzeptiert, die den Energiebezug in den Konzessionsgemeinden nachträglich durch hohe Jahreskosten unterlaufen würden (act. 30, Kp. 3.2, 5 und 9; act. 38, Kp. 2).
- 60 Die Gesuchsgegnerinnen zeigen in nachvollziehbarer Weise auf, dass es den Konzessionsgemeinden ein beständiges Anliegen war, die sichere und preisgünstige Talversorgung für die Laufdauer der Konzessionen sicherzustellen und dass sie eine Situation, bei der sie Kosten für den Transport von Energie bis auf Gemeindeboden zu tragen haben, nie in Kauf zu nehmen beabsichtigten. Sie vermögen aber mit ihren Ausführungen zum Bindungswillen beim Abschluss der Konzessionen und zum Parteiverhalten im Nachgang dazu nicht aufzuzeigen, inwiefern die sich aus der Konzession ergebenden Ansprüche auf Lieferung von Konzessionsenergie in unzulässiger Weise geschmälert worden sein sollen. Es steht ihnen unbestrittenermassen weiterhin offen, bei der Gesuchstellerin je nach Marktlage Zusatzenergie gemäss den Konzessionsbestimmungen zu verlangen. Die Beständigkeit dieses Rechts auf Lieferung von Zusatzenergie bestätigt die Gesuchstellerin auch in ihren Ausführungen (act. 38, Rz. 18). Zudem ist vorliegend nicht von Bedeutung, dass dieses Bezugsrecht auf Zusatzenergie gemäss Artikel 10 Buchstabe b der Konzessionen abhängig von den Marktpreisen für Energie von variierendem wirtschaftlichen Wert ist (zum Wert von Leistung und Gegenleistung bei Konzessionen: vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1067/2011 vom 30. Mai 2012, E.8.8) und dass die Produktionsanlagen der Gesuchstellerin nicht primär auf die Vollversorgung von festen Endverbrauchern ausgerichtet ist und deshalb ein entsprechendes Kostenniveau aufweist.
- 61 Die Pflicht der Gesuchstellerin, auf Verlangen der Konzessionsgemeinden Zusatzenergie gemäss Artikel 10 Buchstabe b der Konzessionen zu liefern, stellt für die Konzessionsgemeinden eine Preisabsicherung dar, sodass sie je nach Marktpreisen Energie bei Dritten (bei eigenhändiger Tragung der damit verbundenen Netznutzungskosten) oder Zusatzenergie bei der Gesuchstellerin gemäss Artikel 10 Buchstabe b der Konzessionen (inklusive der mit der Netznutzung anfallenden Kosten bis auf Gemeindeboden) beziehen kann. Die Tragung der Netznutzungskosten durch die Gesuchsgegnerinnen beim Bezug von Energie bei Dritten entspricht damit nicht nur dem Wortlaut von Artikel 10 der Konzessionen (vgl. oben Kp. 4.2.2 und 4.2.3), sondern steht auch mit dem grundsätzlichen Willen der Konzessionsgemeinden beim Abschluss der Konzessionen im Einklang, wonach sie aufgrund der Bestimmungen über die Zusatzenergie zu im Voraus festgelegten Konditionen Energie bei der Gesuchstellerin auf einseitigen Wunsch beziehen können sollen.

4.2.3 Zusatzenergie im Sinne der Konzessionen

- 62 Die beiden Artikel 10 der Konzessionen lauten – abgesehen davon, dass sich die eine Konzession auf die Obere und die andere auf die Untere Inn-Stufe bezieht, unterschiedliche Gemeinden beteiligt sind und teilweise die Messwerte unterschiedlich sind – wie folgt:

Energieabgabe an die Gemeinden

a - Gratis- und Vorzugsenergie

Die Beliehene stellt den Gemeinden jährlich folgende Gratis- und Vorzugsenergie zur Verfügung:

[...] kWh pro wasserzinspflichtige Brutto-PS	Gratisenergie
[...] kWh pro wasserzinspflichtige Brutto-PS	Vorzugsenergie I zu [...] Rp./kWh im Sommer und zu [...] Rp./kWh im Winter (1. November – 30. April)
[...] kWh pro wasserzinspflichtige Brutto-PS	Vorzugsenergie II zu [...] Rp./kWh im Sommer und zu [...] Rp./kWh im Winter.

Diese Energie ist ausschliesslich für den Bedarf der an den Verleihungen der kantonalen Stufen der Beliehenen beteiligten Gemeinden (...) und der in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Energiekonsumenten bestimmt. Innerhalb des gesamten Gebietes dieser Gemeinden sind dieselben in der Verwendung der Energie nicht beschränkt. Der Anspruch auf Lieferung beginnt mit der Inbetriebsetzung der (...) Inn-Stufe (gemäss Art. 1, Absatz 2 hievov).

Diese Energie darf bei einer maximalen Leistung von insgesamt (...) kW bezogen werden. Von jeder der erwähnten Energiekategorien können im Winter höchstens [...] bezogen werden.

Die Energie wird an jede Gemeinde in einem später zu vereinbarenden Punkt auf Gemeindeboden, in der Nähe der Talleitung in 10 kV, abgegeben. Die Talleitung wird von der Beliehene auf ihre Kosten erstellt, unterhalten und betrieben. Die Messung erfolgt für jede Gemeinde in 10 kV; die Kontroll- und Messeinrichtungen gehen zu Lasten der Beliehenen. Die nötigen Vereinbarungen mit den bisherigen Energielieferanten sind Sache der Gemeinden.

Die Anteile der Gemeinden bemessen sich nach den wasserzinspflichtigen Brutto-PS. Die Gemeinden sind jedoch befugt, einander mit Gratis- und Vorzugsenergie auszuweichen, indem sie nicht benötigte Energie einander zum Bezug überlassen und die ihnen insgesamt zugestandene maximale Leistung, entsprechend ihren wirklichen Bedürfnissen, unter sich verteilen. Sie erklären sich im voraus zur gegenseitigen unentgeltlichen Aushilfe bereit.

Die Gemeinden erklären ferner, dass bis zum Vollausbau der kantonalen Stufen, jede Gemeinde auf die Gratis-, und Vorzugsenergie aus der ausgebauten Wasserkraft im Verhältnis zu ihrem Anteil an der insgesamt verliehenen Wasserkraft, anspruchsberechtigt ist.

b - Zusatzenergie

Ausser der hievov erwähnten Gratis- und Vorzugsenergie verpflichtet sich die Beliehene, auf Verlangen einer oder mehrerer Gemeinden, letzteren weitere Energie (nachstehend Zusatzenergie genannt) zu den von den Aktionärpartnern für den Bezug ähnlicher Energiequalität zu bezahlenden Preisen ab Abgabepunkt loco Werk, erhöht um [...] Rp./kWh, zu liefern.

Die Bezugsleistung für jeden einzelnen Abonnenten darf [...] kW nicht übersteigen, ausgenommen für die bereits bestehenden Betriebe, sowie künftige Hotel-, Kur-, Schul-, Spital- und Asylbetriebe.

Die Zusatzenergie wird in gleicher Weise wie die Gratis- und Vorzugsenergie geliefert.

Die Modalitäten für solche Zusatzenergielieferungen werden jeweils in besonderen Energielieferungsverträgen festgelegt. Diese Energie ist ausschliesslich für die im Hoheitsgebiet der (...) ansässigen Energiekonsumenten bestimmt. Der Anspruch auf Energielieferung beginnt mit der Inbetriebsetzung der ersten von der Beliehenen gebauten Stufe und bleibt für alle Gemeinden (...) bestehen, auch wenn der Bau einzelner Stufen zurückgestellt werden sollte.

- 63 Aus dem Wortlaut der Konzessionen ergibt sich, dass die Gesuchstellerin Zusatzenergie auf Verlangen zu den von den Aktionärpartnern für den Bezug ähnlicher Energiequalität zu bezahlenden Preisen ab Abgabepunkt loco Werk, erhöht um [...] Rp./kWh zu liefern hat. Wird Zusatzenergie verlangt, dann ist diese in gleicher Weise wie die Gratis- und Vorzugsenergie zu liefern. Zudem sind die Modalitäten für solche Zusatzenergielieferungen jeweils in besonderen Energielieferungsverträgen festzulegen.

- 64 Aus den Ausführungen der Parteien und den eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass die Konzessionsgemeinden die Lieferung der Zusatzenergie durch die Gesuchstellerin per [...] gekündigt hatten (act. 1, Beilage 22). Daraufhin stellte die Gesuchstellerin die Lieferung von Zusatzenergie per [...] ein. Seither hat sie nebst der Rolle als Energielieferantin von Gratis- und Vorzugsenergie gemäss Artikel 10 Buchstabe a der Konzessionen bei der Lieferung von zusätzlicher Energie nur noch die Aufgabe der Netzbetreiberin (act. 1, Rz. 25 ff.). Die zusätzliche Energie selber wird seit [...] gemäss den Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen von [...] geliefert (act. 30, Rz. 58).
- 65 Die Gesuchsgegnerinnen legen nicht dar, inwiefern die von der [...] gelieferte Energie gemäss den in Artikel 10 der Konzessionen vorgezeichneten Modalitäten erfolgt. Dazu würde gehören, dass die Konzessionsgemeinden bei der Gesuchstellerin die Lieferung von Zusatzenergie gemäss Artikel 10 Buchstabe b der Konzessionen verlangt haben, dass sich der Preis für die Zusatzenergie nach den Vorgaben in den Konzessionen richtet und dass für die Lieferung der Zusatzenergie ein Energieliefervertrag mit der Gesuchstellerin abgeschlossen wurde. Die Energielieferungen durch Dritte (aktuell durch [...]) erfolgen vorliegend unabhängig von den Bedingungen in Artikel 10 der Konzessionen und ohne direkte Mitwirkung der Gesuchstellerin. Auch ein Dreiparteienverhältnis im Sinne einer Stellvertreterlösung wird nicht dargelegt (vgl. Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen [act. 30, Rz. 38 ff.]), weshalb die entsprechenden Energielieferungen nicht als Zusatzenergie im Sinne der Konzessionen zu verstehen sind. Mangels Qualifikation als Zusatzenergie im Sinne der Konzessionen ist die zusätzliche Energie auch nicht in gleicher Weise wie die Gratis- und Vorzugsenergie unentgeltlich bis auf Gemeindeboden zu transportieren. Eine Ausnahme von der Pflicht zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts liegt somit nicht vor.

4.2.4 Selbständige konzessionsrechtliche Pflicht zum Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung

- 66 Die Gesuchsgegnerinnen führen weiter aus, dass der Bau, Betrieb und Unterhalt der Talleitung eine selbständige konzessionsvertragliche Obligation der Gesuchstellerin sei. Dies werde insbesondere klar aus den Formulierungen, weil Artikel 10 Buchstabe a Absatz 4 der Konzessionen bezüglich der Regelung über die Liefermodalitäten im Gegensatz zu den vorherigen Absätzen wörtlich und inhaltlich keinen exklusiven Bezug auf die Gratis- und Vorzugsenergie nehme, sondern allgemeingültig abgefasst sei (act. 30, Rz. 110).
- 67 Artikel 10 Buchstabe a der Konzessionen regelt unter dem Übertitel „Energieabgabe an die Gemeinden“ die Modalitäten rund um die Lieferung von Gratis- und Vorzugsenergie. Mit der Gratis- und Vorzugsenergie (Art. 10 Bst. a der Konzessionen) und auch mit der Zusatzenergie (Art. 10 Bst. b der Konzessionen) sind physische Energielieferungen gemeint, weshalb nach dem Vertrauensgrundsatz davon auszugehen ist, dass die Regelung in Artikel 10 Buchstabe a Absatz 4 der Konzessionen klarstellen sollte, dass für die Lieferung von Gratis-, Vorzugs- und Zusatzenergie bis auf Gemeindegebiet keine Zusatzkosten für den Transport der Konzessionsenergie anfallen dürfen. Die Formulierung, wonach die Talleitung von der Gesuchstellerin auf ihre Kosten erstellt, unterhalten und betrieben wird, lässt somit keinen Anspruch auf unentgeltliche Nutzung der Talleitung erkennen, sondern dient vielmehr der Klarstellung, dass die Gesuchstellerin für den Transport der Konzessionsenergie bis auf Gemeindeboden inklusive der damit verbundenen Kostenfolgen zuständig ist. Zudem ist die Konzeption der klaren Trennung von Energie und Transport erst mit dem StromVG Praxis geworden. Eine Aufteilung der konzessionsvertraglich vereinbarten Energielieferungen in die Bestandteile Energie und Netznutzung ist von Artikel 14 Absatz 5 StromVG wohl nicht mehr erfasst, weil der Gesetzgeber mit Artikel 14 Absatz 5 StromVG vor allem sicherstellen wollte, dass die Lieferungen von Konzessionsenergie durch die Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt nicht in ihrem Wert geschmälert werden (vgl. AB 2006 S. 846). Eine Aufteilung würde zudem die Schwierigkeit mit sich bringen, dass man im Nachhinein den

all-inklusive-Preis für die Zusatzenergie in die Bestandteile Energie und Netznutzung aufteilen müsste, was schlicht unmöglich ist.

- 68 Hätte man die Pflicht zum Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung als selbständige konzessionsvertragliche Pflicht ausgestalten wollen, dann hätte man dies systematisch nicht unter den Bestimmungen über die Pflicht zur Abgabe von Konzessionsenergie an die Gemeinden regeln dürfen, sondern man hätte dies unabhängig davon regeln müssen. Zudem würde sich im Falle der selbständigen konzessionsrechtlichen Pflicht der Gesuchstellerin zum Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung die Frage stellen, weshalb dieses Recht den freien Endverbraucher nicht gleichermassen zustehen soll. Die Gesuchsgegnerin 5 hat aber in ihrem Schreiben vom 24. Februar 2014 an die ECom klar zum Ausdruck gebracht, dass in ihrem Netzgebiet nicht ausschliesslich Konzessionsenergie ausgespeist wird und demzufolge die freien Endverbraucher ein Netznutzungsentgelt zu entrichten haben (act. 1, Beilagen 32).
- 69 Insgesamt drängt sich daher auf, dass die konzessionsvertraglich vereinbarte Pflicht zum Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung ausschliesslich im Zusammenhang mit der Lieferung von Gratis-, Vorzugs- und Zusatzenergie zu verstehen ist und sie für die Gesuchsgegnerinnen kein selbständiges Recht auf unentgeltliche Netznutzung darstellt.

4.2.5 Praxis der Verrechnung der Kosten für die Netznutzung bis [...] und Berücksichtigung der Vereinbarung vom [...]

- 70 In der Zeit bis [...] wurde die zusätzliche Energie stets von Dritten geliefert. Die Gesuchstellerin war teilweise in die Vertragsverhandlungen involviert und hat im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme ihres Netzes bei der Lieferung der zusätzlichen Energie der Energielieferantin ein Entgelt für die Netznutzung in Höhe von [...] Rp./kWh verrechnet. Dies Entgelt wurde an diversen Stellen als Transitgebühr bezeichnet (act. 1, Beilagen 9 und 12).
- 71 Am [...] haben die Konzessionsgemeinden und die Gesuchstellerin eine Vereinbarung betreffend Lieferung von Zusatzenergie abgeschlossen (act. 1, Beilage 17). Darin haben sie festgehalten, dass die Konzessionsgemeinden ab dem [...] bei der Gesuchstellerin Zusatzenergie beziehen und dass die Gesuchstellerin gegenüber der damaligen Energielieferantin ab dem [...] auf die Verrechnung des [...] verzichtet (Art. 7). In der Präambel haben sie zudem festgehalten, dass den Konzessionsgemeinden gestützt auf die Konzessionen das Recht zusteht, nebst der Gratis- und Vorzugsenergie weitere Energie, sogenannte Zusatzenergie, zu in den Konzessionen umschriebenen Konditionen zu beziehen. Mit Blick auf die Lieferung von Zusatzenergie gemäss Artikel 10 Buchstabe b der Konzessionen vereinbarten sie überdies, dass die Konzessionsgemeinden im Umfang ihres Strombedarfes gemäss Artikel 10 Buchstabe b der Konzessionen Zusatzenergie von der Gesuchstellerin beziehen können und dass sie unter Berücksichtigung einer Kündigungsfrist von [...] Monaten [...] jederzeit frei sind, dieses Recht auszuüben oder die zusätzlich benötigte Energie beim Lieferanten ihrer Wahl zu beziehen (Art. 1 Abs. 1). Zudem kamen sie überein, dass der Preis für die Zusatzenergie [...] entsprechen soll (Art. 1 Abs. 2), wobei dieser Zuschlag eine kommerzielle Marge darstellt und nicht eine Ersatzleistung für den Transport der Zusatzenergie bis zu den Abgabepunkten ist (Art. 1 Abs. 3). Weiter einigte man sich, dass im Falle des Bezugs von Zusatzenergie die Kosten für das Bilanzgruppenmanagement, für die Versorgungsanpassung und für die Beschaffung der Ausgleichsenergie zu Lasten der Gesuchstellerin geht (Art. 1 Abs. 4) und dass die Lieferung von Zusatzenergie bis zu einem Punkt auf den Gemeindegebieten ohne direkte Belastung von Netznutzungskosten für alle für die Lieferung in Anspruch genommenen Netzebenen erfolgt (Art. 1 Abs. 5).
- 72 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Gesuchstellerin bis [...] bzw. bis Ende [...] für die von Dritten gelieferte Energie stets eine Transitgebühr in der Höhe von [...] Rp./kWh erhoben hat. Für

den Fall, dass die Gesuchstellerin Zusatzenergie gemäss Artikel 10 Buchstabe b der Konzessionen zu liefern hat, wird in der Vereinbarung vom [...] ausdrücklich festgehalten, dass es sich dann beim [...] nicht um ein Entgelt für die Netznutzung handelt, sondern um eine kommerzielle Marge. Ob dieses für den Bezug von Zusatzenergie vereinbarte Verständnis des [...] als kommerzielle Marge in Verbindung mit dem Verzicht auf die Erhebung eines [...] ab dem [...] gegenüber der damaligen Energielieferantin einen generellen Verzicht auf Erhebung eines Netznutzungsentgelts darstellt, kann im Zusammenhang mit Artikel 14 Absatz 5 StromVG aus zwei Gründen offen bleiben. Zum einen, weil die Vereinbarung nach Inkrafttreten des StromVG abgeschlossen wurde damit nicht mehr unter Artikel 14 Absatz 5 StromVG fällt, und zum anderen deshalb, weil die Vereinbarung nicht nach den Formvorschriften für Wasserrechtskonzessionen abgefasst wurde und daher nicht als Konzession im Sinne von Artikel 14 Absatz 5 StromVG zu verstehen ist (vgl. Art. 38 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 [WRG; SR 721.80]).

- 73 Überdies gilt es zu berücksichtigen, dass die kommerzielle Marge der Gesuchstellerin bei der Lieferung von Zusatzenergie die Deckung weiterer Kosten ermöglicht. Weitere Kosten in Zusammenhang mit der Lieferung von Zusatzenergie stellen vor allem die Aufwände für die Netznutzung dar, weil die Gesuchstellerin Zusatzenergie unentgeltlich bis auf Gemeindeboden zu liefern hat (zur Verrechnung der Netznutzungskosten bei Konstellationen gemäss Artikel 14 Absatz 5 StromVG: siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1067/2011 vom 30. Mai 2012, E. 8.7). Wenn die Gesuchsgegnerinnen nun den Standpunkt vertreten, dass sie unentgeltlichen Anspruch auf Netznutzung haben, dann würde dies die Gesuchstellerin bei der Lieferung der zusätzlichen Energie durch Dritte schlechter stellen als in der Situation, in der sie die zusätzliche Energie als Zusatzenergie gemäss den Konzessionen zu Gestehungskosten zuzüglich der kommerziellen Marge liefern muss. Dass ein solches Ergebnis im Einklang mit Artikel 10 Buchstabe b der Konzessionen steht, ist nicht erkennbar dargelegt worden.

4.2.6 Praxis der Verrechnung der Kosten für die Netznutzung ab [...] und weitere Überlegungen

- 74 Die Gesuchstellerin führt aus, dass sie nach Auslaufen des Vertrages über die Lieferung von Zusatzenergie ab [...] das bisherige Regime weitergeführt habe (act. 1, Rz. 29 ff.). Der während der Lieferung der Zusatzenergie durch die Gesuchstellerin praktizierte Abrechnungsmodus bestand darin, dass jeweils eine Rechnung gestellt wurde für die Netznutzung inklusive Mehrwertsteuer. Gleichzeitig wurde eine Gutschrift in Höhe der Kosten für die Netznutzung ausgestellt, sodass die Gesuchsgegnerinnen faktisch nur die Mehrwertsteuer zu tragen hatten. Der gleiche Abrechnungsmodus praktizierte man bei der Lieferung von Gratis- und Vorzugsenergie. Die Gesuchstellerin führt in diesem Zusammenhang aus, dass sie weder intern noch extern über die Weiterführung dieses Abrechnungsregimes im Zusammenhang mit der Lieferung der zusätzlichen Energie durch Dritte diskutiert habe und deshalb zum Schluss komme, dass es sich dabei um ein Versehen handeln müsse. Erst aufgrund des Schreibens vom [...] der Gesuchsgegnerin 5 an die ElCom sei man auf die Problematik aufmerksam geworden (act. 1, Rz. 30; act. 34, Rz. 136).
- 75 Aus den Unterlagen wird zum einen klar, dass es sich bei den jeweils ausgestellten Gutschriften in der Höhe von [...] Franken pro Quartal um namhafte Beträge handelte (vgl. act. 1, Beilagen 23 – 31), deren Nichtbezahlung in der Regel nicht einfach so untergeht. Zum anderen erfolgte die Kündigung der Zusatzenergielieferungen mit Einschreiben vom [...] (act. 1, Beilage 22), womit der Gesuchstellerin unmissverständlich hätte klarwerden müssen, dass mit dem Auslaufen der Zusatzenergielieferungen auch eine Umstellung bei der Verrechnung des Netznutzungsentgelts hätte einhergehen müssen. Die Behauptung der Gesuchstellerin, dass es sich bei der Weiterführung des Abrechnungsregimes um ein Versehen handelte, erscheint daher wenig glaubwürdig.

Umgekehrt bedeutet der – allenfalls versehentlich erfolgte – Verzicht auf die Erhebung eines Netznutzungsentgelts nicht, dass ein solches nicht geschuldet gewesen wäre. Die Gutschrift für die Kosten der Netznutzung erfolgte nicht, weil die Voraussetzungen von Artikel 14 Absatz 5 StromVG erfüllt gewesen wären, sondern weil die Gesuchstellerin sich aus anderen Gründen dazu veranlasst sah.

- 76 Indem die Gesuchstellerin für den Zeitraum ab 1. Juli 2016 bis heute ein Netznutzungsentgelt für die Lieferung der zusätzlichen Energie durch Dritte einfordert und keine Gutschriften mehr ausstellt, bringt sie zum Ausdruck, dass sie in Bezug auf die von Dritten gelieferte Energie ein Netznutzungsentgelt erhebt. Die Gesuchstellerin hat nach Artikel 14 Absatz 2 StromVG i.V.m. Artikel 16 Absatz 1 StromVV gegenüber der Gesuchsgegnerin 5 Anspruch auf Zahlung eines Netznutzungsentgelts gemäss dem jeweils anwendbaren Netznutzungstarif.

4.3 Schlussfolgerung

- 77 Insgesamt ergibt sich, dass beim Bezug von Energie bei Dritten für die Versorgung der Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 die Voraussetzungen für die Befreiung von der Pflicht zur Entrichtung eines Netznutzungsentgelts im Sinne von Artikel 14 Absatz 5 StromVG nicht gegeben sind, weshalb die Gesuchsgegnerin 5 für diese Energie antragsgemäss ab dem 1. Juli 2016 ein Netznutzungsentgelt gemäss dem jeweiligen Tarif an die Gesuchstellerin zu bezahlen hat.

5 Gebühren

- 78 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).
- 79 Für die vorliegende Verfügung werden – unter Berücksichtigung der schon verlegten Gebühren für die Zwischenverfügung vom 11. April 2011 – folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken.
- 80 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3).
- 81 Anlass für die vorliegende Verfügung hat die Gesuchstellerin gegeben. Mit ihren Rechtsbegehren ist sie durchgedrungen, weshalb die Gesuchsgegnerinnen als unterliegend zu betrachten sind. Die Gebühren in der Gesamthöhe von [...] Franken sind von den Gesuchsgegnerinnen 1 – 3 in der Höhe von [...] und von der Gesuchsgegnerin 5 [...] unter solidarischer Haftung zu tragen.

6 Parteientschädigung

- 82 Ihre Anträge stellen sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gesuchsgegnerinnen unter Entschädigungsfolge.
- 83 Weder das StromVG noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m.w.H.: BGE 132 II 47 E. 5.2). Aus diesem Grund wird vorliegend keine Parteientschädigung gesprochen.

III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die EE Energia Engiadina wird verpflichtet, der Engadiner Kraftwerke AG ab dem 1. Juli 2016 für die von Dritten gelieferte Energie ein Netznutzungsentgelt gemäss dem jeweils anwendbaren Tarif der Engadiner Kraftwerke AG inkl. MwSt. zu bezahlen.
2. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird den Gemeinden Scuol, Valsot und Zernez [...] und der EE Energia Engiadina [...] unter solidarischer Haftung auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
3. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.
4. Die Verfügung wird der Engadiner Kraftwerke AG, der EE Energia Engiadina und den Konzessionsgemeinden Scuol, Valsot und Zernez mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 13.09.2018

Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- Engadiner Kraftwerke AG, Muglinè 29, 7530 Zernez
vertreten durch RA Franz J. Kessler, von der Crone Rechtsanwälte AG, Samariterstrasse 5, 8032 Zürich
- Konzessionsgemeinden (Scuol, Valsot, Zernez)
vertreten durch RA Fadri Ramming, Hinterm Bach 6, Postfach 539, 7001 Chur 1
- EE Energia Engiadina, Bagnera 171, 7550 Scuol
vertreten durch RA Fadri Ramming, Hinterm Bach 6, Postfach 539, 7001 Chur 1

Mitzuteilen an:

- Konzessionsgemeinde S-chanf
vertreten durch RA Fadri Ramming, Hinterm Bach 6, Postfach 539, 7001 Chur 1

IV **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen (Art. 50 VwVG, Art. 23 StromVG). Die Frist steht still:

- a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 22a VwVG).

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat (Art. 52 Abs. 1 VwVG).