



Referenz/Aktenzeichen: 232-00046

Bern, 13.10.2020

---

---

# VERFÜGUNG

## der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Werner Luginbühl (Präsident), Laurianne Altwegg (Vizepräsidentin),  
Dario Marty, Sita Mazumder, Andreas Stöckli, Katia Delbiaggio, Felix Vontobel

in Sachen: **AEW Energie AG, Obere Vorstadt 40, 5000 Aarau,**  
vertreten durch RA Dr. Allen Fuchs und RA Dr. Mischa Morgenbesser, Badert-  
scher Rechtsanwälte AG, Mühlebachstrasse 32, Postfach 769, 8024 Zürich  
**(Gesuchstellerin)**

gegen **Swissgrid AG, Bleichemattstrasse 31, Postfach, 5001 Aarau,**  
**(Gesuchsgegnerin)**

betreffend **Vorränge für grenzüberschreitende Energielieferungen aus dem Kraftwerk  
Albruck-Dogern**

# Inhaltsverzeichnis

<b>I</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>4</b>
<b>II</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>12</b>
1	Zuständigkeit .....	12
2	Parteien und rechtliches Gehör .....	12
2.1	Parteien .....	12
2.2	Rechtliches Gehör .....	12
3	Materielle Beurteilung .....	13
3.1	Verfahrensgegenstand .....	13
3.2	Anwendbares Recht .....	14
3.3	Anspruch der Gesuchstellerin auf einen Vorrang .....	15
3.3.1	Allgemeines .....	15
3.3.2	Anspruch auf Vorrang .....	16
3.3.3	Geltendmachung des Anspruchs auf Vorrang .....	19
3.3.4	Unmöglichkeit der Vorranggewährung .....	20
3.4	Verantwortlichkeit für die Unmöglichkeit der Vorranggewährung .....	21
3.4.1	Allgemeines zur Verantwortlichkeitsprüfung .....	21
3.4.2	Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen .....	24
3.4.2.1	Vertragsentwurf aus dem Jahr 2011 .....	24
3.4.2.2	Gutachten Moench .....	24
3.4.2.3	Memorandum Donatsch .....	27
3.4.2.4	Reaktion der Behörden auf das Gutachten Moench .....	29
3.4.2.5	Intervention der Gesuchsgegnerin .....	32
3.4.2.6	Anweisung der EICom an die Gesuchsgegnerin betreffend Anpassung der Vorränge .....	32
3.4.2.7	Kündigung .....	35
3.4.3	Neuverhandlung eines Kooperationsvertrags .....	36
3.4.3.1	Allgemeines .....	36
3.4.3.2	Vorschlag der Gesuchsgegnerin für ein Kapazitätssplitting .....	37
3.4.3.3	Gegenvorschlag der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen .....	40
3.4.3.4	Abschluss des neuen Kooperationsvertrags .....	42
3.4.4	Ereignisse nach Inkrafttreten des neuen Kooperationsvertrags .....	43
3.4.5	Fazit .....	44
3.5	Ungerechtfertigte Bereicherung / Herausgabe des stellvertretenden Commodums .....	45
3.5.1	Allgemeines .....	45
3.5.2	Ungerechtfertigte Bereicherung .....	45
3.5.3	Stellvertretendes Commodum .....	47
3.5.4	Bezifferung des stellvertretenden Commodums .....	49
3.5.5	Verzugszinsen .....	51

3.6	Beseitigung des Rechtsvorschlags .....	53
4	Gebühren.....	53
<b>III</b>	<b>Entscheid.....</b>	<b>55</b>
<b>IV</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung.....</b>	<b>57</b>

# I Sachverhalt

## A.

1 Die Gesuchstellerin ist mit einem Aktienanteil von [...] Prozent an der Rheinkraftwerk Albruck-Dogern AG (RADAG) mit Sitz in Albruck (Deutschland) beteiligt.

2 Die Gesuchstellerin reichte am 15. September 2016 ein Gesuch mit folgenden Anträgen ein (act. 1):

1. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für Energielieferungen von der Regelzone Deutschland in die Regelzone Schweiz aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern einen Vorrang nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG zu gewähren.*

*Antrag betreffend Kalenderjahr 2015*

2. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent seit 24. September 2015 zu bezahlen;*

3. *Der Rechtsvorschlag der Gesuchsgegnerin in der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes Region Laufenburg gemäss Zahlungsbefehl vom 21. September 2015 sei zu beseitigen;*

*Antrag betreffend Kalenderjahr 2016 ff.*

4. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin jeglichen Schaden zu ersetzen, welcher der Gesuchstellerin entsteht, weil die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin keine vorrangige Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt, wobei der Schaden innert 30 Tagen ab Rechnungsstellung zu vergüten ist;*

*Prozessuale Anträge*

5. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, den «Vertrag über die gemeinsame Vergabe der verfügbaren Transportkapazität im grenzüberschreitenden Stromhandel zwischen Deutschland und der Schweiz» zwischen der TransnetBW, der Amprion und der Gesuchsgegnerin in der bis zum 31. Dezember 2014 und in der ab 1. Januar 2015 gültigen Fassung zu edieren;*

*alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchsgegnerin.*

3 Das Fachsekretariat der ElCom eröffnete am 4. Oktober 2016 ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) und forderte die Gesuchstellerin auf, Beilage 14 zu act. 1 in einem lesbaren Format erneut einzureichen und den Gründungsvertrag der RADAG vom 16. September 1929 sowie allfällige besondere Energiebezugsverträge im Kontext des Gründungsvertrags zu den Akten zu reichen. Die Gesuchstellerin wurde zudem aufgefordert, allfällige Geschäftsgeheimnisse gegenüber der Gesuchsgegnerin zu bezeichnen und die Frage zu beantworten, ob es aus technischer Sicht möglich sei, dass die im Kraftwerk Albruck-Dogern produzierte Energie über die 110 kV Verteilnetzleitung von der Umspannstation Tiengen in Richtung Klingnau in die Schweizer Regelzone gelangen könnte (act. 3 und 4).

- 4 Am 10. Oktober 2016 reichte die Gesuchstellerin die geforderten Unterlagen ein und ersuchte um Fristerstreckung für die Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen und das Beantworten der Frage zur 110 kV-Leitung Tiengen-Klingnau (act. 5).
- 5 Am 11. Oktober 2016 gewährte das Fachsekretariat der EICom der Gesuchstellerin die beantragte Fristerstreckung (act. 6).
- 6 Mit Eingabe vom 28. Oktober 2016 verzichtete die Gesuchstellerin auf die Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen gegenüber der Gesuchsgegnerin und legte dar, dass es aus technischer Sicht nicht möglich sei, die im Kraftwerk Albruck-Dogern produzierte Energie auf der 110 kV-Leitung von Tiengen nach Klingnau zu transportieren (act. 7).
- 7 Am 22. November 2016 stellte das Fachsekretariat der EICom das Gesuch sowie die weiteren Eingaben vom 10. und 28. Oktober 2016 der Gesuchsgegnerin zu und setzte dieser Frist zur Stellungnahme an (act. 8).
- 8 Mit Eingabe vom 16. Dezember 2016 ersuchte die Gesuchsgegnerin um Fristerstreckung bis zum 30. Januar 2017, welche ihr vom Fachsekretariat der EICom am 19. Dezember 2016 gewährt wurde (act. 9 und 10).
- 9 Am 30. Januar 2017 reichte die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme ein und stellte folgende Anträge (act. 11):
1. *Die Gesuchsanträge seien vollumfänglich abzuweisen.*
  2. *Unter Kostenfolge zulasten der Gesuchstellerin.*
- 10 Am 17. Februar 2017 stellte das Fachsekretariat der EICom die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zu. Das Fachsekretariat der EICom legte zudem dar, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in den zwei Urteilen A-4025/2015 und A-4043/2015 vom 22. März 2016 dahingehend geäußert habe, dass der Vorrang nach Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG grundsätzlich voraussetzungslos, d. h. ohne Rücksicht auf die technische Netzanbindung des jeweiligen Kraftwerks zu gewähren sei. Weiter müsse der in Artikel 17 Absatz 2 StromVG verwendete Begriff «Lieferungen» im Kontext von Artikel 13 Absatz 3 neben den Exporten denknötwendig auch Importe erfassen. Diese beiden Verfahren seien zurzeit vor Bundesgericht hängig. Die Frage, ob vom Vorrang gestützt auf Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG auch Importlieferungen erfasst werden, sei auch für das vorliegende Verfahren relevant und es sei nicht auszuschliessen, dass sich das Bundesgericht zu weiteren relevanten Aspekten äussern könne. Das Fachsekretariat der EICom schlug den Parteien daher vor, das Verfahren bis zum Erlass der Urteile des Bundesgerichts in den beiden Verfahren zu sistieren (act. 12 und 13).
- 11 Die Gesuchsgegnerin teilte dem Fachsekretariat der EICom am 28. Februar 2017 mit, dass sie keine Einwände gegen die vorgeschlagene Sistierung des Verfahrens habe (act. 14).
- 12 Die Gesuchstellerin erklärte mit Eingabe vom 1. März 2017, dass sie sich nur unter der Bedingung mit einer Verfahrenssistierung einverstanden erkläre, dass ihr nach Wiederaufnahme eine Frist zur Stellungnahme angesetzt werde und dass die Gesuchsgegnerin eine Verjährungseinredeverzichtserklärung unterzeichne (act. 15).
- 13 Am 6. März 2017 leitete das Fachsekretariat der EICom das von der Gesuchstellerin eingereichte Formular betreffend Verzicht auf die Verjährungseinrede der Gesuchsgegnerin weiter und ersuchte die Gesuchstellerin darum, nach Rückmeldung der Gesuchsgegnerin eine weitere Stellungnahme zur vorgeschlagenen Sistierung einzureichen (act. 16 und 17).

- 14 Am 16. März 2017 teilte die Gesuchsgegnerin dem Fachsekretariat der ECom mit, dass sie grundsätzlich keine Verjährungseinredeverzichtserklärungen unterzeichne (act. 18).
- 15 Am 22. März 2017 teilte das Fachsekretariat der ECom der Gesuchstellerin mit, dass auf die Sistierung des Verfahrens verzichtet und der Schriftenwechsel fortgesetzt werde. Der Gesuchstellerin wurde Gelegenheit gegeben, zur Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 30. Januar 2017 (act. 11) Stellung zu nehmen (act. 19).
- 16 Am 20. April 2017 reichte die Gesuchstellerin eine Replik ein (act. 20).
- 17 Das Fachsekretariat der ECom stellte die Replik am 26. April 2017 der Gesuchsgegnerin zu und gab dieser Gelegenheit zur Stellungnahme (act. 21).
- 18 Am 22. Mai 2017 ersuchte die Gesuchsgegnerin um Fristerstreckung, welche ihr das Fachsekretariat der ECom am 23. Mai 2017 gewährte (act. 22 und 23).
- 19 Am 23. Juni 2017 reichte die Gesuchsgegnerin eine Duplik ein (act. 24), welche der Gesuchstellerin am 13. Juli 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 25).
- 20 Am 27. Juli 2017 reichte die Gesuchstellerin eine unaufgeforderte Stellungnahme mit Bemerkungen zur Duplik der Gesuchsgegnerin ein (act. 26), welche der Gesuchsgegnerin am 8. August 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 27) und Anlass für eine weitere Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 24. August 2017 bot (act. 28), welche der Gesuchstellerin am 12. Oktober zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 29).
- 21 Die Gesuchstellerin reichte daraufhin am 2. November 2017 eine weitere Stellungnahme mit Bemerkungen zur Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 24. August 2017 ein (act. 30). Das Fachsekretariat stellte dieses mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis am 14. November 2017 der Gesuchsgegnerin zur Kenntnisnahme zu (act. 31). Die Gesuchstellerin wurde ebenfalls mit einem aktuellen Aktenverzeichnis bedient (act. 32).
- 22 Mit Eingabe vom 28. November 2017 nahm die Gesuchsgegnerin auf die am 6. November 2017 ergangenen Urteile des Bundesgerichts in den Verfahren 2C\_390/2016 und 2C\_391/2016 Bezug und führte aus, dass das vorliegende Verfahren nach ihrer Auffassung mit den weiteren hängigen Verfahren betreffend eine vorrangige Kapazitätsvergabe für grenzüberschreitende Energielieferungen zu koordinieren sei und den Verfahrensbeteiligten entsprechen das rechtliche Gehör zu gewähren sei (act. 33).
- 23 Das Fachsekretariat der ECom stellte die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 28. November 2017 am 30. November 2017 der Gesuchstellerin zur Kenntnis zu und teilte den Parteien mit, dass es zurzeit dabei sei, das vom Bundesgericht am 6. November 2017 erlassene Urteil betreffend Vorränge für grenzüberschreitende Energielieferungen sowie dessen Auswirkungen auf die hängigen Verfahren zu analysieren. Das Fachsekretariat der ECom werde die Parteien zu einem späteren Zeitpunkt über das weitere Vorgehen im vorliegenden Verfahren orientieren und das rechtliche Gehör gewähren (act. 34 und 35).

## **B.**

- 24 In einem Schreiben an beide Parteien vom 1. Juni 2018 listete das Fachsekretariat der ECom die in den Urteilen 2C\_390/2016 und 2C\_391/2016 vom 6. November 2017 enthaltenen Grundsätze betreffend Vorränge für Lieferungen aus Grenzkraftwerken gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG auf und machte mit Verweis auf die per 1. Oktober 2017 in Kraft getretene Änderung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG Ausführungen zum anwendbaren Recht. Die Parteien erhielten die Gelegenheit, mitzuteilen, inwieweit sie im Nachgang zu den Urteilen des Bundesgerichts vom

6. November 2017 an ihren Anträgen festhalten oder ihre Anträge allenfalls anzupassen. Ferner wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Fachsekretariat der ECom aufgrund des Zusammenhangs mit einem hängigen Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht zur Frage, wann ein internationaler Bezugs- und Liefervertrags vorliegt, in Erwägung ziehe, das vorliegende Verfahren bis zu einem rechtskräftigen Urteil zu sistieren. Die Parteien wurden aufgefordert, sich zu einer möglichen Sistierung zu äussern (act. 37 und 38).

25 Die Gesuchsgegnerin teilte dem Fachsekretariat der ECom am 28. Juni 2018 mit, dass sie an der vollumfänglichen Abweisung der Gesuchsanträge der Gesuchstellerin festhalte und einer Sistierung des Verfahrens aus den genannten Gründen ausdrücklich beipflichte (act. 39).

26 Die Gesuchstellerin erklärte mit Eingabe vom 29. Juni 2018, dass sie mit einer Sistierung des Verfahrens nicht einverstanden sei und passte ihre Anträge wie folgt an (act. 40):

1. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für Energielieferungen von der Regelzone Deutschland in die Regelzone Schweiz aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern einen Vorrang nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG zu gewähren;*

1a. *Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz für Energielieferungen aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern einen Vorrang nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG zu gewähren.*

*Antrag betreffend Kalenderjahr 2015*

2. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent seit 24. September 2015 zu bezahlen;*

3. *Der Rechtsvorschlag der Gesuchsgegnerin in der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes Region Laufenburg gemäss Zahlungsbefehl vom 21. September 2015 sei zu beseitigen;*

3a *Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Entschädigung im Umfang des Verlusts zu bezahlen, der ihr durch die Nichtgewährung der beantragten und streitgegenständlichen Vorränge entstanden ist.*

3b *Subeventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin den ihr durch den Wegfall der streitgegenständlichen Vorränge erzielten wirtschaftlichen Vorteil herauszugeben.*

*Antrag betreffend Kalenderjahr 2016 ff.*

4. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin jeglichen Schaden zu ersetzen, welcher der Gesuchstellerin entsteht, weil die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin keine vorrangige Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt, wobei der Schaden innert 30 Tagen ab Rechnungsstellung zu vergüten ist;*

4a. *Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Entschädigung im Umfang des Verlusts zu bezahlen, der ihr durch die Nichtgewährung der beantragten und streitgegenständlichen Vorränge entstanden ist und entsteht.*

- 4b. *Subeventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin den ihr durch den Wegfall der streitgegenständlichen Vorränge erzielten wirtschaftlichen Vorteil herauszugeben.*

*Prozessuale Anträge*

5. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, den «Vertrag über die gemeinsame Vergabe der verfügbaren Transportkapazität im grenzüberschreitenden Stromhandel zwischen Deutschland und der Schweiz» zwischen der TransnetBW, der Amprion und der Gesuchsgegnerin in der bis zum 31. Dezember 2014 und in der ab 1. Januar 2015 gültigen Fassung zu edieren;*

*alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchsgegnerin.*

27 Am 19. Juli 2018 teilte das Fachsekretariat der EICOM den Parteien mit, dass es auf eine Sistierung des Verfahrens verzichte. Die Gesuchstellerin wurde aufgefordert, allfällige ergänzende Unterlagen einzureichen, welche belegen, welcher Schaden durch die Nichtgewährung des Vorrangs seit dem 1. Januar 2015 entstanden ist und bis zum Ende des Vorrangs per 30. September 2018 noch entstehen wird. Die Gesuchsgegnerin wurde aufgefordert, sämtliche Dokumente einzureichen, welche den Ablauf und den Inhalt der Vertragsverhandlungen mit den deutschen Übertragungsnetzbetreibern belegen sowie die Bemühungen der Gesuchsgegnerin zur Umsetzung der das schweizerische Territorium betreffenden Vorränge aufzeigen. Die Gesuchsgegnerin wurde zudem aufgefordert, darzulegen, inwiefern ihr durch die Nichtgewährung des Vorrangs für die Gesuchsgegnerin finanziell ein Vorteil entstanden ist – insbesondere durch die Einnahme von höheren Auktionserlösen seit dem 1. Januar 2015 (act. 41 und 42).

28 Die Gesuchsgegnerin ersuchte am 23. August 2018 um Fristerstreckung, welche ihr am 27. August 2018 gewährt wurde (act. 43).

29 Die Gesuchstellerin reichte am 29. August 2018 ihre Stellungnahme ein und passte ihren Antrag Nr. 4 sowie die prozessualen Anträge wie folgt an (act. 44):

*Antrag betreffend Kalenderjahr 2016 ff.*

4. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent seit 30. August 2018 zu bezahlen; ferner sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent ab 1. Oktober 2018 zu bezahlen;*

4a. *Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Entschädigung im Umfang des Verlusts zu bezahlen, der ihr durch die Nichtgewährung der beantragten und streitgegenständlichen Vorränge entstanden ist und entsteht.*

4b. *Subeventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin den ihr durch den Wegfall der streitgegenständlichen Vorränge erzielten wirtschaftlichen Vorteil herauszugeben.*

*Prozessuale Anträge*

5. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, den «Vertrag über die gemeinsame Vergabe der verfügbaren Transportkapazität im grenzüberschreitenden Stromhandel zwischen*



*Deutschland und der Schweiz» zwischen der TransnetBW, der Amprion und der Gesuchsgegnerin in der bis zum 31. Dezember 2014 und in der ab 1. Januar 2015 gültigen Fassung zu edieren;*

6. *Die von der Gesuchsgegnerin gestützt auf das Schreiben der EICom vom 19. Juli 2018 eingereichte Stellungnahme samt Beilagen sei der Gesuchstellerin zur Stellungnahme bzw. Kenntnisnahme zuzustellen;*

*alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchsgegnerin.*

- 30 Am 27. September 2018 reichte die Gesuchsgegnerin dem Fachsekretariat der EICom eine Eingabe betreffend die Frage einer allfälligen Verantwortlichkeit der Gesuchsgegnerin für die Unmöglichkeit der Vorranggewährung ein (act. 45).
- 31 Am 3. Oktober 2018 wurden die beiden Eingaben der Parteien jeweils der Gegenpartei zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt (act. 46 und 47).
- 32 Die Gesuchsgegnerin beantragte am 25. Oktober 2018 eine Fristerstreckung, welche ihr am 29. Oktober 2018 gewährt wurde (act. 48 und 49). Ein von der Gesuchstellerin am 29. Oktober 2018 eingereichtes Fristerstreckungsgesuch wurde am 31. Oktober 2018 ebenfalls gutgeheissen (act. 50 und 51).
- 33 Die Gesuchsgegnerin reichte am 26. November 2018 eine Stellungnahme zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 29. August 2018 ein (act. 52).
- 34 Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 4. Dezember 2018 zur Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 27. September 2018 Stellung (act. 53).
- 35 Die beiden Eingaben wurden am 12. Dezember 2018 jeweils der Gegenpartei zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt (act. 54 und 55).
- 36 Ein Fristerstreckungsgesuch der Gesuchsgegnerin vom 18. Januar 2019 wurde am 21. Januar 2019 gutgeheissen (act. 56 und 57).
- 37 Die Gesuchstellerin reichte am 23. Januar 2019 eine Stellungnahme ein (act. 58).
- 38 Die Gesuchsgegnerin reichte am 25. Februar 2019 ihrerseits eine Stellungnahme ein (act. 59).
- 39 Die beiden Stellungnahmen wurden am 3. Mai 2019 jeweils der Gegenpartei zugestellt. Das Fachsekretariat der EICom teilte den Parteien mit, dass es nun die Liquidität des Sachverhalts prüfe und anschliessend entscheide, ob ein weiterer Schriftenwechsel erforderlich erscheine. In jedem Fall werde es den Parteien vor Abschluss des Verfahrens noch die Gelegenheit für Schlussbemerkungen geben (act. 60 und 61).
- 40 Am 22. Mai 2019 reichte die Gesuchsgegnerin eine unaufgeforderte Stellungnahme ein, welche der Gesuchstellerin am 27. Mai 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 62 und 63).
- 41 Mit Schreiben vom 17. Dezember 2019 forderte das Fachsekretariat der EICom die Gesuchstellerin auf, stündliche Ist-Werte der im Kraftwerk Albruck-Dogern total produzierten Elektrizität für den Zeitraum vom 24. September 2016 bis 30. September 2018 einzureichen (act. 65).
- 42 Mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 passte die Gesuchstellerin ihren Antrag Nr. 4 betreffend Kalenderjahr 2016 ff. wie folgt an (act. 66):

4. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent seit 30. August 2018 zu bezahlen; ferner sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent ab 1. Oktober 2018 zu bezahlen; ferner sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent ab 10. Dezember 2019 zu bezahlen.*

- 43 Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 20. Dezember 2019 wurde der Gesuchsgegnerin am 7. Januar 2020 zugestellt (act. 67).
- 44 Mit Eingabe vom 30. Januar 2020 stellte die Gesuchstellerin dem Fachsekretariat der ECom Fahrplandaten ihres geltend gemachten Anteils an der Produktion des Kraftwerks Albbruck-Dojern zur Verfügung (act. 68).
- 45 Die von der Gesuchstellerin eingereichten Daten wurden der Gesuchsgegnerin am 18. Februar 2020 zugestellt (act. 69). Ebenfalls am 18. Februar 2020 nahm das Fachsekretariat der ECom zudem ein Schreiben der ECom an die Bundesnetzagentur (BNetzA) vom 26. April 2018 sowie das Antwortschreiben der BNetzA vom 17. Juli 2018 in die Akten auf und stellte diese den Parteien zu (act. 69 und 70).
- 46 Mit Eingabe vom 28. Februar 2020 nahm die Gesuchsgegnerin zu den von der Gesuchstellerin am 30. Januar 2020 eingereichten Daten Stellung (act. 73).
- 47 Am 10. Juni 2020 erklärte sich die Gesuchsgegnerin auf Anfrage des Fachsekretariats der ECom hin mit der teilweisen Entfernung der von ihr angebrachten Schwärzungen in zwei Aktenstücken einverstanden (act. 74 f.).
- 48 Das Fachsekretariat der ECom nahm in der Folge von Amtes wegen mehrere Dokumente in die Verfahrensakten auf (act. 76 bis 82). Mit Schreiben vom 12. Juni 2020 stellte das Fachsekretariat der ECom diese unter gleichzeitiger Ansetzung einer Frist zur Einreichung von Schlussbemerkungen den Parteien zur Kenntnisnahme zu und stellte diesen Fragen zur Klärung des Sachverhalts (act. 83 f.).
- 49 Die Gesuchstellerin erklärte mit Eingabe vom 13. Juli 2020 den Verzicht auf Schlussbemerkungen und nahm zu den Fragen des Fachsekretariats der ECom Stellung (act. 85).
- 50 Die Gesuchsgegnerin reichte am 15. Juli 2020 ihre Schlussbemerkungen ein und nahm zu den Fragen des Fachsekretariats der ECom Stellung (act. 86).
- 51 Das Fachsekretariat der ECom stellte die Eingaben der Parteien vom 13. und 15. Juli 2020 am 16. Juli 2020 jeweils der Gegenpartei zu und ersuchte die Gesuchsgegnerin um Präzisierungen zu ihrer Eingabe (act. 87 f.).
- 52 Mit Schreiben vom 17. Juli 2020 setzte das Fachsekretariat der ECom der Gesuchstellerin nach Hinweis auf die Beweislage erneut eine kurze Frist zur Einreichung einer Stellungnahme sowie allfälliger Beweismittel an (act. 89).
- 53 Am 29. Juli 2020 reichte die Gesuchsgegnerin die mit Schreiben des Fachsekretariats der ECom vom 16. Juli 2020 erbetenen Präzisierungen zu ihren Schlussbemerkungen vom 15. Juli 2020 ein (act. 90).
- 54 Nach einmaliger Fristerstreckung (act. 91 und 92) reichte die Gesuchstellerin am 31. August 2020 ihre Stellungnahme gemäss Aufforderung des Fachsekretariats der ECom vom 17. Juli 2020 ein

(act. 93). Diese wurde der Gesuchsgegnerin am 4. September 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 94).

- 55 Die Gesuchsgegnerin nahm am 16. September 2020 zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 31. August 2020 Stellung (act. 95). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin wurde der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 17. September 2020 zugestellt (act. 96).
- 56 Mit Eingaben vom 25. September 2020 und 1. Oktober 2020 erklärten sich die Parteien auf Anfrage des Fachsekretariats der ElCom hin mit der elektronischen Zustellung des Anhangs zur vorliegenden Verfügung einverstanden (act. 97 und 98).
- 57 Auf die übrigen Vorbringen der Parteien wird, soweit entscheidrelevant, im Rahmen der Erwägungen eingegangen

## **II Erwägungen**

### **1 Zuständigkeit**

58 Gemäss Artikel 22 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die EICom die Einhaltung des Gesetzes und trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Im vorliegenden Verfahren sind Bestand, Umfang und Folgen eines allfälligen Vorrangs bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG (in der bis 30. September 2017 geltenden Fassung) streitig. Beantragt wird zudem die Beseitigung eines Rechtsvorschlages. Die Beseitigung des Rechtsvorschlages gegen eine öffentlich-rechtliche Forderung ist bei der in der Sache zuständigen Verwaltungsbehörde geltend zu machen (Art. 79 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 [SchKG; SR 281.1]; BGE 128 III 39 E. 2). Damit ist die Zuständigkeit der EICom zum Erlass der vorliegenden Verfügung gegeben.

### **2 Parteien und rechtliches Gehör**

#### **2.1 Parteien**

59 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.

60 Die Gesuchstellerin hat bei der EICom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Verfahren sind Bestand und Folgen eines Vorrangs gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG streitig. Die Gesuchsgegnerin legt in Koordination mit den Netzbetreibern der Nachbarländer die grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten fest und teilt diese nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zu, wenn die Nachfrage die verfügbare Kapazität übersteigt (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 und Art. 17 Abs. 1 StromVG). Bei der Zuteilung hat sie allfällige gesetzliche Vorränge zu berücksichtigen (Art. 17 Absatz 2 StromVG). Damit ist die Gesuchsgegnerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen und hat Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

#### **2.2 Rechtliches Gehör**

61 Die Gesuchstellerin beantragt in ihren Eingaben vom 15. September 2016 (act. 1), 29. Juni 2018 (act. 40) sowie 29. August 2018 (act. 44) die Edition des «Vertrags über die gemeinsame Vergabe der verfügbaren Transportkapazität im grenzüberschreitenden Stromhandel zwischen Deutschland und der Schweiz» zwischen der TransnetBW GmbH, der Amprion GmbH und der Gesuchsgegnerin respektive deren Rechtsvorgängerinnen, sowohl in der alten, bis 31. Dezember 2014 geltenden Fassung als auch in der neuen, ab 1. Januar 2015 geltenden Fassung. Diese Schriftstücke wurden von der Gesuchsgegnerin mit ihrer Eingabe vom 30. Januar 2017 zu den Akten gereicht (act. 11, Beilagen 2, 3, 5 und 6), wobei sie aufgrund geltend gemachter Geschäftsgeheimnisse auch teilweise geschwärzte Fassungen eingereicht hat. Letztere wurden der Gesuchstellerin am 17. Februar 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 12). Am 22. März 2017 wurde der Gesuchstellerin ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme zur Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 30. Januar 2017 – mitsamt der teils geschwärzten Beilagen – gegeben (act. 19). Die

Gesuchstellerin hat sich weder in ihrer Stellungnahme vom 20. April 2017 (act. 20) noch in den darauffolgenden weiteren Eingaben zu den in den beiden Schriftstücken von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Geschäftsgeheimnissen geäussert. Dem von der Gesuchstellerin mehrfach vorgebrachten Antrag auf Edition der beiden Vertragsexemplare wurde somit entsprochen und das rechtliche Gehör wurde in Bezug auf davon erfasste Aktenstücke gewährt.

62 Die Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 27. September 2018 wurde der Gesuchstellerin am 3. Oktober 2018 zur Stellungnahme zugestellt. Damit wurde auch diesem prozessualen Antrag (vgl. oben Rz 29, act. 44) entsprochen.

63 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren im Übrigen mehrfach Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingaben der Gesuchstellerin wurden der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme unterbreitet und umgekehrt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrundeliegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

### **3 Materielle Beurteilung**

#### **3.1 Verfahrensgegenstand**

64 Sind bereits im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren – neben der entscheidenden Behörde – zwei Parteien beteiligt, handelt es sich um ein Streitiges Verfahren, in welchem die Dispositionsmaxime eine grössere Bedeutung hat als im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren: Das Verfahren wird durch ein Gesuch eingeleitet und die Parteien bestimmen mit ihren Begehren den Streitgegenstand. Die entscheidende Behörde darf einer Partei grundsätzlich nicht mehr und nichts Anderes zusprechen, als diese beantragt hat, aber auch nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (BVGer A-8396/2015 E. 4.2.1).

65 Zusammengefasst ergeben sich aus den Eingaben der Gesuchstellerin folgende materielle Anträge (vgl. oben Rz. 26, 29 und 42):

1. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für Energielieferungen von der Regelzone Deutschland in die Regelzone Schweiz aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern einen Vorrang nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG zu gewähren;*

*Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz für Energielieferungen aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern einen Vorrang nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG zu gewähren.*

*Antrag betreffend Kalenderjahr 2015*

2. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent seit 24. September 2015 zu bezahlen;*

3. *Der Rechtsvorschlag der Gesuchsgegnerin in der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes Region Laufenburg gemäss Zahlungsbefehl vom 21. September 2015 sei zu beseitigen;*

3a *Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Entschädigung im Umfang des Verlusts zu bezahlen, der ihr durch die Nichtgewährung der beantragten und streitgegenständlichen Vorränge entstanden ist.*

- 3b *Subeventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin den ihr durch den Wegfall der streitgegenständlichen Vorränge erzielten wirtschaftlichen Vorteil herauszugeben.*

*Antrag betreffend Kalenderjahr 2016 ff.*

4. *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent seit 30. August 2018 zu bezahlen; ferner sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent ab 1. Oktober 2018 zu bezahlen; ferner sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin [...] Franken zuzüglich Zins von 5 Prozent ab 10. Dezember 2019 zu bezahlen.*
- 4a. *Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Entschädigung im Umfang des Verlusts zu bezahlen, der ihr durch die Nichtgewährung der beantragten und streitgegenständlichen Vorränge entstanden ist und entsteht.*
- 4b. *Subeventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin den ihr durch den Wegfall der streitgegenständlichen Vorränge erzielten wirtschaftlichen Vorteil herauszugeben.*

*alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchsgegnerin.*

66 Aus den Anträgen und deren Begründungen in den Eingaben der Gesuchstellerin ergibt sich, dass ihr Gesuch den Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 30. September 2018 betrifft (vgl. insb. act. 66). Für den Zeitraum ab 1. Oktober 2018 hat die Gesuchstellerin ein separates Gesuch eingereicht (hängiges Verfahren 232-00066). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit die Frage, ob und falls ja in welchem Umfang, der Gesuchstellerin zwischen dem 1. Januar 2015 und dem 30. September 2018 ein Vorrang für grenzüberschreitende Lieferungen aus dem Grenzkraftwerk Albruck-Dogern zustand (Antrag 1). Kann der Bestand eines Vorrangs bejaht werden, ist darüber zu befinden, ob die Nicht-Gewährung des Vorrangs im fraglichen Zeitraum Ersatzansprüche der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin begründet (Anträge 2 bis 4). Zudem ist über die von der Gesuchstellerin beantragte Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes Region Laufenburg zu befinden (Antrag 3).

### **3.2 Anwendbares Recht**

67 Die Gesuchstellerin macht einen Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG geltend (vgl. Antrag 1 oben Rz. 65). Die Bestimmung wurde mit der Änderung des StromVG vom 17. März 2017 (AS 2017 4999) revidiert und ist in der neuen Fassung am 1. Oktober 2017 in Kraft getreten.

68 Der in der alten Fassung der Bestimmung festgeschriebene Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz für Lieferungen aufgrund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, ist unverändert geblieben. Soweit sich die Gesuchstellerin auf einen Vorrang aufgrund eines internationalen Bezugs- und Liefervertrags beruft (act. 1 Rz. 16 f. und 42, act. 20 Rz. 24 ff., act. 44 Rz. 8), ist die Rechtsänderung daher im vorliegenden Verfahren bedeutungslos. In der neuen Fassung des StromVG nicht mehr enthalten ist jedoch der Vorrang für Lieferungen nach Artikel 13 Absatz 3 StromVG, auf die sich die Gesuchstellerin ebenfalls beruft (act. 1, Rz. 39 ff.). Gemäss Artikel 33b Absatz 1 StromVG sind Gesuche, mit denen gemäss bisherigem Artikel 17 Absatz 2 StromVG im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz ein Vorrang für Lieferungen nach Artikel

13 Absatz 3 StromVG beantragt wird und die beim Inkrafttreten der Änderung vom 17. März 2017 hängig sind, nach bisherigem Recht zu beurteilen. Gemäss Artikel 33b Absatz 3 StromVG gilt ein solcher Vorrang jedoch längstens zwölf Monate ab Inkrafttreten der neuen Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG, d. h. längstens bis zum 30. September 2018. Das Gesuch der Gesuchstellerin wurde am 15. September 2016 bei der ECom eingereicht und betrifft den Zeitraum bis zum 30. September 2018 (s. oben Rz.66). Der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Vorrang ist materiell somit nach bisherigem Recht zu beurteilen, soweit sich die Gesuchstellerin auf einen Vorrang für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien gemäss aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG beruft.

### **3.3 Anspruch der Gesuchstellerin auf einen Vorrang**

#### **3.3.1 Allgemeines**

- 69 Die aktuellen, von der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Regierungspräsidium Freiburg erteilten, übereinstimmenden Konzessionen der RADAG für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Albruck und Dogern sind seit dem 1. September 2003 in Kraft und sehen in Artikel 28 jeweils vor, dass die von der RADAG nutzbar gemachte Wasserkraft und die daraus gewonnene elektrische Energie einschliesslich Einstauersatz zu 54 Prozent auf den Kanton Aargau und zu 46 Prozent auf das Land Baden-Württemberg entfallen (act. 1 Beilagen 3 und 4). Gemäss Artikel 9 Absatz 1 des Gründungsvertrags der RADAG vom 16. September 1929 (Beilage zu act. 5; nachfolgend: Gründungsvertrag) hat jede Vertragspartei gegen Leistung der in Artikel 8 aufgeführten Jahreskosten Anspruch auf den Bezug desjenigen Teiles der jeweils verfügbaren Energie des Werkes, der ihrer Beteiligung und ihrem Anteil an den Jahreskosten entspricht, wobei für alle Vertragsparteien eine gleichwertige Abgabestelle in Betracht kommen soll. Gemäss Artikel 9 Absatz 2 des Gründungsvertrags werden die näheren Bedingungen für den Energiebezug durch besondere übereinstimmende Energiebezugsverträge festgesetzt. Gemäss der Eingabe der Gesuchstellerin vom 10. Oktober 2016 sind weder ihr noch der RADAG solche Energiebezugsverträge bekannt (act. 5). Es ist jedoch unbestritten, dass die Gesuchstellerin als Aktionärin bis Ende 2016 mit 12 Prozent und heute mit 17 Prozent an der RADAG beteiligt ist und dass ihr in diesem Umfang ein Recht auf Energiebezug aus dem Grenzkraftwerk Albruck-Dogern zusteht (act. 20 Rz. 22 und 29 sowie Beilagen 2 und 3; act. 44 Rz. 6 und Beilage 1).
- 70 Gemäss den Darlegungen der Gesuchstellerin wird die im Grenzkraftwerk Albruck Dogern erzeugte Energie von der Gesuchstellerin an der Amprion-Umspannstation Tiengen auf deutschem Staatsgebiet, d. h. am Einspeisepunkt des Kraftwerks Albruck Dogern in das deutsche Übertragungsnetz, abgenommen. Es besteht keine Ableitungsmöglichkeit in das Schweizer Verteilnetz (act. 1, Rz. 13 und 15). Zwar existiert eine 110-kV Hochspannungsleitung von Tiengen nach Klingnau. Diese diene gemäss den Darlegungen der Gesuchstellerin jedoch in der Vergangenheit dem Abtransport von Energie aus dem in der Schweiz gelegenen Kraftwerk Klingnau nach Tiengen in Deutschland und ermöglichte keinen Energiefluss in das mit 50 kV betriebene Klingnauer Verteilnetz. Die Leitung ist zudem seit dem 5. August 2015 ausgeschaltet und allseitig geerdet (act. 7). Ein Abtransport der im Grenzkraftwerk Albruck-Dogern produzierten Energie in die Schweiz kann folglich nur über das grenzüberschreitende Übertragungsnetz erfolgen (act. 1 Rz. 15 und 43 sowie Beilage 7).
- 71 Überschreitet die Nachfrage nach grenzüberschreitender Übertragungskapazität die verfügbare Kapazität, so kann die nationale Netzgesellschaft (Gesuchsgegnerin) diese nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zuteilen (Art. 17 Abs. 1 StromVG). Gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG haben bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz Vorrang:

1. Lieferungen auf Grund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2020 abgeschlossen worden sind, sowie
2. Lieferungen nach Artikel 13 Absatz 3 StromVG, d. h. Lieferungen an Endverbraucher nach Artikel 6 Absatz 1 StromVG (Art. 13 Abs. 3 Bst. a StromVG) sowie Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, insbesondere Wasserkraft (Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG).

72 Da grenzüberschreitende Übertragungsleitungen zwangsläufig die Hoheitsgebiete sowohl der Schweiz als auch des jeweiligen Nachbarlands betreffen, muss die Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität mit den Nachbarländern abgestimmt sein. An der Deutschen Grenze bestand dafür bis zum 31. Dezember 2014 ein Vertrag zwischen der Gesuchsgegnerin und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen TransnetBW GmbH und Amprion GmbH über die gemeinsame Vergabe der verfügbaren Transportkapazität im grenzüberschreitenden Stromhandel zwischen Deutschland und der Schweiz (act. 11, Beilagen 5 und 6; nachfolgend: alter Kooperationsvertrag). Der alte Kooperationsvertrag sah in der bis 31. Dezember 2014 geltenden Fassung in Anhang 6 ausdrücklich die Gewährung von Vorrängen für Lieferungen auf Grund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 StromVG vor, indem die zu versteigernde «verfügbare Transportkapazität» aus der nutzbaren Transportkapazität abzüglich der Kapazitäten, die aus der Nutzung von Altverträgen zu berücksichtigen sind, ermittelt wurde. Vorränge für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien i. S. v. aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG waren im alten Kooperationsvertrag hingegen nicht geregelt.

73 Der alte Kooperationsvertrag wurde von den Deutschen Vertragspartnern der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 25. September 2014 per 31. Dezember 2014 gekündigt (act. 45 Beilage 1). Der im Dezember 2014 von der Gesuchstellerin, der TransnetBW GmbH und der Amprion GmbH abgeschlossene neue Vertrag über die gemeinsame Vergabe der verfügbaren Transportkapazität im grenzüberschreitenden Stromhandel zwischen Deutschland und der Schweiz (act. 11 Beilagen 2 und 3; nachfolgend: neuer Kooperationsvertrag) sieht keine Vorränge bei der Vergabe der verfügbaren grenzüberschreitenden Übertragungskapazität mehr vor. Die Gesuchstellerin wurde über die Beendigung der vorrangigen Vergabe von grenzüberschreitender Übertragungskapazität mit Schreiben der TransnetBW GmbH vom 29. September 2014 informiert (act. 1 Beilage 9). Die Gesuchsgegnerin setzte die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 11. Dezember 2014 über den Abschluss des neuen Kooperationsvertrags in Kenntnis und teilte ihr mit, dass ab dem 1. Januar 2015 bis auf weiteres keine grenzüberschreitende Übertragungskapazität mehr vorrangig zugeteilt werden könne. Eine Sicherung des Netznutzungsrechts der von der Gesuchstellerin benötigten Kapazität könne gemäss dem neuen Kooperationsvertrag ausschliesslich im Rahmen des marktorientierten Zuteilungsverfahrens erfolgen (act. 1 Beilage 12).

### 3.3.2 Anspruch auf Vorrang

74 Die Gesuchstellerin macht zur Begründung des von ihr geltend gemachten Vorrangs auf Lieferungen aus dem Grenzkraftwerk Albruck-Dogern geltend, mit dem Gründungsvertrag sei ein internationales Bezugsrecht für einen grenzüberschreitenden Energiebezug vereinbart worden. Sie verfüge damit über eine Lieferung auf Grund eines internationalen Energiebezugsrechts, welches vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sei, im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 StromVG (act. 1, Rz. 16 f. und 42; act. 58). Gleichzeitig macht die Gesuchstellerin geltend, bei diesem Bezugsrecht für die im Grenzkraftwerk Albruck-Dogern produzierte Energie handle es sich um eine Lieferung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, insbesondere Wasserkraft, welche als Lieferung nach Artikel 13 Absatz 3 StromVG gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG Vorrang habe, ungeachtet eines internationalen Bezugs- und Liefervertrages (act. 1 Rz. 39 ff.).



Beide von der Gesuchstellerin genannten Tatbestände begründen bereits für sich alleine einen Vorrang im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 StromVG, weshalb es ausreicht, wenn einer davon erfüllt ist. In diesem Sinne führt die Gesuchstellerin selbst aus, dass die Frage, ob ein internationaler Liefervertrag vorliege, nur dann eine Rolle spiele, wenn das Bundesgericht (in den zu diesem Zeitpunkt noch hängigen Verfahren, vgl. nachfolgend Rz. 75) wider Erwarten zum Schluss gelange, dass es für die aus einem Wasserkraftwerk stammende Energie keinen allgemeinen Vorranganspruch gibt (act. 20 Rz. 24).

75 Das Bundesgericht hat sich in den beiden während der Hängigkeit des vorliegenden Verfahrens ergangenen Entscheiden 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 vom 6. November 2017 mit Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien aus Grenzkraftwerken gemäss aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG auseinandergesetzt und ausdrücklich festgehalten, dass die ganze in Grenzwasserkraftwerken produzierte Energie zugleich Elektrizität aus erneuerbarer Energie und damit als Teilmenge der in Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG geregelten Lieferungen priorisiert sei (E. 4.6.2.3). Wie bereits das Bundesverwaltungsgericht in den vorinstanzlichen Entscheiden A-4025/2015 und A-4043/2015 vom 22. März 2016, hat auch das Bundesgericht für Lieferungen von Elektrizität aus Grenzkraftwerken einen uneingeschränkten Vorrang gemäss aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG bejaht und zwar ohne die vom Bundesverwaltungsgericht angebrachten Einschränkungen und Relativierungen (E. 4.8; vgl. E. 4.3.3, dritter Absatz der Entscheide des BVGer). Priorisiert ist mithin nicht nur die Elektrizität aus Grenzkraftwerken, sondern jegliche in der Schweiz oder im Ausland aus erneuerbarer Energie produzierte Elektrizität (BGer 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 E. 4.7.1). Das Bundesgericht räumt zwar ein, dass eine Kürzung der Vorränge unumgänglich wäre, wenn mehr Vorränge geltend gemacht würden als Kapazität zur Verfügung steht. Wie auch das Bundesgericht festgestellt hat, ist diese Situation jedoch bisher nicht vorgekommen und kann auch in Zukunft nicht mehr eintreten. Denn für die bis 30. September 2017 geltend gemachten Ansprüche auf Vorrang gemäss aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG hätte die verfügbare Kapazität ausgereicht. Später geltend gemachte Gesuche um Vorrang können sich nicht mehr auf diese Bestimmung abstützen (vgl. oben Rz. 67 f.). Der von der Gesuchstellerin behauptete Anspruch auf Vorrang hätte ihr somit aus physischer Sicht im fraglichen Zeitraum problemlos gewährt werden können.

76 Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass sich aus dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Anspruch der Gesuchstellerin auf Vorrang ableiten lasse. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seien nämlich faktisch nur Grenzwasserkraftwerke unter dieser Bestimmung vorrangberechtigt. Das Bundesgericht führe bezüglich Vorrangansprüche von anderen Marktteilnehmern aus: *«Andere Vorränge für erneuerbare Energie können praktisch nicht geltend gemacht werden, weil die Herkunft aus erneuerbaren Energien nicht rechtzeitig nachweisbar ist [...]»* (act. 52 Rz. 10). Die Gesuchstellerin sei kein Grenzwasserkraftwerk, sondern eine privatrechtliche Aktiengesellschaft. Sie verfüge zwar über eine Beteiligung an der RADAG von 17 Prozent. Diese Aktionärsstellung lasse sie aber nicht zu einem Grenzwasserkraftwerk werden. Sie müsse daher gemäss der angeführten Rechtsprechung des Bundesgerichts für die von ihr geltend gemachten Vorränge für erneuerbare Energien deren Herkunft in Echtzeit nachweisen können. Diese Herkunftsnachweise habe die Gesuchstellerin nicht beigebracht und es sei davon auszugehen, dass sie dazu auch nicht in der Lage wäre. Entsprechend könne die Gesuchstellerin auch gestützt auf Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG keine vorrangige Kapazitätsvergabe für sich beanspruchen (act. 52 Rz. 11; vgl. auch act. 45 Rz. 2 und act. 24 Rz. 17 sowie act. 62).

77 Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, dass sie aufgrund installierter Lastgangmessung sehr wohl die Herkunftsnachweise in Echtzeit beibringen könne. Die durch die Produktion des Grenzkraftwerks generierten Schweizer Herkunftsnachweise würden monatlich der Pronovo AG, einer hundertprozentig von der Gesuchsgegnerin gehaltenen Tochtergesellschaft, gemeldet (act. 58).

- 78 Weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien zu Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG ist ersichtlich, auf welche Weise die Herkunft von Elektrizität aus erneuerbaren Energien nachzuweisen ist. Das Bundesgericht scheint in der von der Gesuchsgegnerin zitierten Passage der Urteile 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 davon auszugehen, dass der Nachweis für die Herkunft der Elektrizität aus erneuerbaren Energie in Echtzeit erfolgen müsse, ohne auf dieses – aus dem Wortlaut von Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG nicht ausdrücklich ersichtliche – Kriterium näher einzugehen. Der Gesuchsgegnerin ist beizupflichten, dass der echtzeitliche Nachweis der Herkunft einer Elektrizitätslieferung aus erneuerbaren Energien mittels Herkunftsnachweisen (HKN) nicht möglich ist: HKN dienen in erster Linie der Stromkennzeichnung gegenüber Endverbrauchern (vgl. Art. 9 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 [EnG; SR 730.0] sowie Art. 4 Abs. 1 der Energieverordnung vom 1. November 2017 [EnV; SR 730.01]) und bestätigen lediglich, dass im Umfang der gelieferten Elektrizität innerhalb eines definierten Zeitraums von einem bestimmten Kraftwerk Elektrizität aus einer bestimmten (allenfalls erneuerbaren) Quelle erzeugt worden ist. Für Herkunftsnachweise in der Schweiz beträgt der massgebende Produktionszeitraum für die Erfassung der produzierten Elektrizität i. d. R. einen Monat. Für die Entwertung des Herkunftsnachweises (für die Deklaration von Lieferungen an Endverbraucher) besteht mindestens ein Jahr Zeit (vgl. Verordnung des UVEK über den Herkunftsnachweis und die Stromkennzeichnung vom 1. November 2017 [HKSv; SR 730.010.1]). In den Mitgliedstaaten der europäischen Union gelten aufgrund der Richtlinie 2009/28/EG vergleichbare Vorgaben. Der Handel mit Elektrizität und der Handel von Herkunftsnachweisen funktionieren im Übrigen unabhängig voneinander. Eine Elektrizitätslieferung ist daher nicht eindeutig mit den Herkunftsnachweisen aus dem produzierenden Kraftwerk verknüpft. Herkunftsnachweise sind für einen echtzeitlichen Nachweis der Herkunft einer Elektrizitätslieferung aus erneuerbaren Energien somit weder vorgesehen noch geeignet.
- 79 Wie der Nachweis der Herkunft einer Elektrizitätslieferung aus erneuerbaren Energien gemäss Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG für beliebige Energielieferungen erfolgen müsste, kann vorliegend indes offenbleiben. Denn aus den oben erwähnten Ausführungen des Bundesgerichts wird im Umkehrschluss deutlich, dass dieses den Nachweis bei den «bisher von Grenzkraftwerken geltend gemachten Vorrängen für erneuerbare Energien» als erbracht angesehen hat (Urteile 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016, E. 4.7.3). Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin kann aus dieser Formulierung des Bundesgerichts nicht gefolgert werden, dass Vorränge gemäss Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG nur von den Betreibergesellschaften von Grenzkraftwerken geltend gemacht werden können. Das Bundesgericht hat unmissverständlich festgehalten, dass jegliche in der Schweiz oder im Ausland aus erneuerbarer Energie produzierte Elektrizität Vorrang gemäss Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG geniesst (vgl. oben Rz. 75) und dass die Stellung als Betreiberin von Grenzwasserkraftwerken für einen solchen Vorrang keine besondere Bedeutung hat (Urteile 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016, E. 4.6.2.3). Artikel 17 Absatz 2 StromVG räumt den Lieferungen gemäss Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG somit unabhängig davon einen Vorrang ein, von wem der Vorrang geltend gemacht wird. Die Frage, ob es sich um eine Lieferung aus einem Grenzkraftwerk oder um eine beliebige andere Lieferung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien handelt, ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts einzig für den Nachweis der Herkunft aus erneuerbaren Energien von Belang, welchen das Bundesgericht bei Lieferungen aus Grenzkraftwerken offenkundig als erbracht ansieht. Entscheidend ist somit, ob sich der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Vorrang auf eine Lieferung aus einem Grenzkraftwerk bezieht.
- 80 Wie oben in Rz. 69 bereits dargelegt, räumt der Gründungsvertrag zwischen den Aktionären der RADAG den einzelnen Aktionären in Artikel 9 Absatz 1 einen Anspruch auf Bezug der im Kraftwerk produzierten Energie im Umfang ihrer Beteiligung ein und es ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin als Aktionärin bis Ende 2016 mit 12 Prozent und seither mit einem Anteil von 17 Prozent an der RADAG beteiligt ist. Seit dem 1. Januar 2015 verwertet die Gesuchstellerin dieses

Energiebezugsrecht selbst. Aus der mit ihrer Eingabe vom 20. Dezember 2019 eingereichten aktualisierten Verlustkalkulation der Gesuchstellerin ist stundenscharf der ihr zugeteilte Anteil des Produktionsfahrplans für das Grenzkraftwerk Albruck Dogern ersichtlich (Beilage zu act. 66, s. auch Glossar in Zeile 7 der Tabelle sowie act. 68 und act. 85). Damit verfügt die Gesuchstellerin wirtschaftlich über Lieferungen aus einem Grenzwasserkraftwerk, welches Elektrizität aus erneuerbaren Energien produziert. Unerheblich ist dabei, ob die Gesuchstellerin die Vermarktung der ihr zustehenden Energie in ihrem Namen selbst vornimmt oder – wie es vorliegend der Fall ist – einem Dritten übertragen hat (act. 1 Rz. 31 f.).

- 81 Damit ist erstellt, dass die Gesuchstellerin gestützt auf aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG einen Vorrang geltend machen konnte. Gemäss Artikel 33b Absatz 3 StromVG gelten Vorränge, die gemäss bisherigem Artikel 17 Absatz 2 StromVG im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz für Lieferungen nach Artikel 13 Absatz 3 StromVG gewährt wurden oder noch gewährt werden, längstens zwölf Monate ab Inkrafttreten der Änderung des StromVG vom 17. März 2017 (1. Oktober 2017), d. h. bis 30. September 2018. Diese Regelung gilt selbstredend auch für geltend gemachte Vorränge, welche zwar nicht gewährt wurden, aber hätten gewährt werden müssen. Der Gesuchstellerin stand im Umfang der oben in Rz. 80 erwähnten Fahrplanlieferungen – und unter dem Vorbehalt der tatsächlichen Inanspruchnahme (vgl. unten Ziff. 3.3.3) – somit grundsätzlich für den gesamten streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 30. September 2018 ein Vorrang im Sinne von aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG zu.
- 82 Soweit sich die Gesuchstellerin in diesem Verfahren auf einen Vorrang gemäss der neuen Fassung des StromVG beruft (act. 20 Rz. 21 und 42), ist darauf daher nachfolgend nicht weiter einzugehen. Ebenfalls offenbleiben kann, ob die Gesuchstellerin sich auf einen Vorrang für eine Lieferung aufgrund eines internationalen Bezugs- und Liefervertrags, der vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden ist, gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG berufen kann, da die Gesuchstellerin ungeachtet dieser Beurteilung im verfahrensrelevanten Zeitraum einen Anspruch auf Vorrang gemäss aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG hatte.

### **3.3.3 Geltendmachung des Anspruchs auf Vorrang**

- 83 Es ist systemimmanent, dass ein Recht auf Vorrang auf dem grenzüberschreitenden Übertragungsnetz nur ausgeübt werden kann, indem der Vorrang bei der Gesuchsgegnerin rechtzeitig vor der marktorientierten Vergabe in den Tagesauktionen für einen bestimmten Lieferzeitpunkt oder generell für künftige Lieferungen geltend gemacht wird. Denn wird der Vorrang nicht rechtzeitig geltend gemacht, bleibt er bei der Festlegung der zu verauktionierenden Kapazität unberücksichtigt und die vorrangberechtigte Kapazität wird in der Auktion einem anderen Marktakteur zugeteilt. Ein nicht rechtzeitig vor dem jeweiligen Lieferzeitpunkt bei der Gesuchsgegnerin geltend gemachter und nominierter Vorrang verfällt somit und kann nicht rückwirkend geltend gemacht werden.
- 84 Die Gesuchstellerin macht geltend, dass ihr bzw. der [...], an welche sie ihre Energiebezugsrechte bis 31. Dezember 2014 übertragen hatte, für Stromlieferungen aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern bis 31. Dezember 2014 eine vorrangige Netznutzung im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz zwischen Deutschland und der Schweiz gewährt worden sei (act. 1 Rz. 22, act. 85 S. 1, act. 93 S. 2 erster Absatz).
- 85 Die der ElCom vorliegenden Akten deuten allerdings darauf hin, dass seit Anfang 2009 keine Vorränge mehr für Lieferungen aus dem Grenzkraftwerk Albruck Dogern gewährt wurden. Dies ergibt sich insbesondere aus Anhang 7a des alten Kooperationsvertrags der die zu berücksichtigenden Rechte aus Altverträgen auflistete und in Spalte 2 für Lieferungen aus dem Grenzkraft-

werk Albruck-Dogern eine Kapazität von [...] MW in Richtung DE-CH für [...] vorsah. Aus demselben Dokument ist auch ersichtlich, dass der diesem Vorrang zugrundeliegende Altvertrag per Ende 2009 gekündigt worden ist (act. 11 Beilage 5). Dies wird auch von der [...] bestätigt (act. 93 Beilage 1, S.1). Im Rahmen einer 2013/2014 durchgeführten Erhebung der EICom zu den an der Grenze zwischen der Schweiz und Deutschland bestehenden Vorrängen wurde die Gesuchsgegnerin zudem von der EICom aufgefordert, zu den einzelnen im Anhang 7a des alten Kooperationsvertrags erwähnten Altverträgen Angaben betreffend Umfang und meldende Bilanzgruppe zu machen (act. 45 Beilage 7). Aus der nach Rücksprache mit der Auktionskoordinatorin TransnetBW GmbH erstellten Antwort der Gesuchsgegnerin vom 28. Februar 2014 ist ersichtlich, dass der in Anhang 7a des alten Kooperationsvertrags ausgewiesene Vorrang für Lieferungen aus dem Grenzkraftwerk Albruck-Dogern, Stand Ende 2013, mit 0 MW ausgewiesen wurde (act. 45 Beilage 8). Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin stellt im Übrigen auch die Saldierung der Lieferung mit gegenläufigen Energielieferungen auf Fahrplanebene keine Inanspruchnahme eines Vorrangs dar (vgl. act. 93 Bst. a sowie Anhang 1 Absätze 5 und 6; vgl. auch die diesbezüglichen Ausführungen der Gesuchsgegnerin in act. 95 Rz. 2 ff.).

- 86 Es ist somit erstellt, dass für die der Gesuchstellerin zustehenden Lieferungen aus dem Grenzkraftwerk Albruck-Dogern in die Schweiz zum Zeitpunkt der Beendigung der vorrangigen Kapazitätsvergabe am 31. Dezember 2014 entgegen der Darstellung der Gesuchsgegnerin keine Vorränge gewährt wurden. Aus dem von der Gesuchstellerin eingereichten Schreiben der [...] vom 21. August 2020 geht allerdings hervor, dass die [...] hinsichtlich des Lieferanspruchs der Gesuchstellerin aus dem Grenzkraftwerk Albruck-Dogern auch nach Einstellung der vorrangigen Vergabe der entsprechenden Kapazität per Ende 2008 wiederholt auf die jeweilige Auktionskoordinatorin zugegangen ist und den Vorrang für die Lieferung eingefordert hat (act. 93 Beilage 1, S. 1, 4. Absatz sowie S. 2, 2. Absatz). Anhand dieser glaubhaften Angaben der [...] ist erstellt, dass der verfahrensgegenständliche Vorrang bereits vor dem 1. Januar 2015 wiederholt (erfolglos) geltend gemacht worden ist und somit nach Schweizer Recht zu gewähren gewesen wäre.

### 3.3.4 Unmöglichkeit der Vorranggewährung

- 87 Das Bundesgericht hat in den beiden Entscheiden 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 vom 6. November 2017 betreffend Vorränge gemäss aArtikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG für Grenzkraftwerke festgehalten, dass die Vorranggewährung durch die Gesuchsgegnerin praktisch nicht ohne die Kooperation mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen möglich sei und dass diese Kooperation seit der Kündigung der bisherigen Kooperationsverträge per Ende 2014 nicht mehr erfolge (E. 5.1). Da nebst der Gesuchsgegnerin auch kein anderer schweizerischer Rechtsunterworfener in der Lage sei, die Leistung zu erfüllen, sei die Gewährung des Vorrangs objektiv unmöglich (E. 5.3.2). Mangels einer besonderen Regelung im Verwaltungsrecht rechtfertige es sich, die Regelung von Artikel 119 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) analog anzuwenden. Demnach sei mit der Kündigung des alten Kooperationsvertrags ab 1. Januar 2015 die Pflicht der Beschwerdegegnerin, den nach schweizerischem Recht bestehenden Vorrang zu gewähren, infolge objektiver Unmöglichkeit entfallen und die Beschwerdegegnerin werde dadurch grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig und es entstünden auch keine Sekundärleistungspflichten, unter Vorbehalt der Haftung für ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 119 Abs. 2 OR) oder der Herausgabe des Stellvertretenden Commodums. Anders verhalte es sich jedoch, wenn die Beschwerdegegnerin die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiber oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden Vertrag abzuschliessen, zu verantworten oder mitzuverantworten hätte (Art. 119 Abs. 1 OR analog). In diesem Fall würde die Beschwerdegegnerin schadenersatzpflichtig (E. 5.3.4 f.).

- 88 Die Gewährung des der Gesuchstellerin zustehenden (s. oben Ziff. 3.3.2) und ab 2. September 2015 geltend gemachten (s. oben Ziff. 3.3.3) Vorrangs i. S. v. a) Artikel 17 Absatz 2 StromVG i. V. m. Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe c StromVG für Lieferungen aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern ist im Lichte dieser Rechtsprechung als objektiv unmöglich einzustufen, da auch die Gewährung dieses Vorrangs von der Kooperation mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen abhängt. Die Forderung der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin auf Gewährung des Vorrangs gilt somit in analoger Anwendung von Artikel 119 OR als erloschen. Der Antrag 1 der Gesuchstellerin, mit dem sie die Gewährung eines Vorrangs beantragt, ist daher abzuweisen.
- 89 Falls die Gesuchsgegnerin die eingetretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung jedoch mitverantworten hat, wird sie gegenüber der Gesuchstellerin unter Umständen schadenersatzpflichtig. Kann keine Mitverantwortung der Gesuchsgegnerin festgestellt werden, sind allfällige Ansprüche der Gesuchstellerin aus ungerechtfertigter Bereicherung oder auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums zu prüfen.

### **3.4 Verantwortlichkeit für die Unmöglichkeit der Vorranggewährung**

#### **3.4.1 Allgemeines zur Verantwortlichkeitsprüfung**

- 90 Vorab ist festzuhalten, dass der per Ende 2014 von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen gekündigte alte Kooperationsvertrag lediglich für Lieferungen aus sog. «Altverträgen», d. h. für solche aus internationalen Bezugs- und Lieferverträgen i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 StromVG, eine vorrangige Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität vorsah und die zu berücksichtigenden Altverträge in Anhang 7a ausdrücklich aufführte (act. 11, Beilagen 5 und 6, Anhänge 6 und 7). Wie oben in Rz. 85 dargelegt, ist der einzige in Bezug auf das Kraftwerk Albruck-Dogern aufgeführte Altvertrag bereits per Anfang 2009 erloschen und der darauf basierende Vorrang wurde nicht mehr gewährt. Vorränge für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien i. s. v. a) Artikel 17 Absatz 2 i. V. m. Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe c StromVG waren im alten Kooperationsvertrag zudem gar nie geregelt. Vor diesem Hintergrund erscheint es vorliegend fraglich, ob die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen in Bezug auf den Vorranganspruch der Gesuchstellerin überhaupt zu einer Leistungsunmöglichkeit der Gesuchsgegnerin geführt hat, da der Vorrang gestützt auf den exakten Wortlaut des alten Kooperationsvertrags bereits vor 2015 nicht gewährt werden konnte.
- 91 Es kann indes nicht ausgeschlossen werden, dass der Vorranganspruch der Gesuchstellerin unter dem Regime des alten Kooperationsvertrags – sei es durch eine weite Auslegung desselben oder durch dessen Anpassung – von der Gesuchsgegnerin hätte gewährt werden können. Die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und die dieser zugrundeliegenden rechtlichen Standpunkte stellen vor diesem Hintergrund einen allgemeinen Wendepunkt in Bezug auf die vorrangige Vergabe von grenzüberschreitender Übertragungskapazität gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG an der Grenze zwischen der Schweiz und Deutschland dar. Aufgrund der politischen Dimension dieses Kündigungsaktes muss mithin davon ausgegangen werden, dass damit nicht nur die Gewährung der unmittelbar im alten Kooperationsvertrag geregelten Vorränge unmöglich wurde, sondern dass damit jeglicher vorrangiger Vergabe grenzüberschreitender Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze ein Riegel geschoben wurde. Vor diesem Hintergrund und im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts in den beiden Urteilen 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 sind die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und der Umstand, dass der neue Kooperationsvertrag keine Vorränge mehr vorsieht, als Ursache für die

eingetretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung einzustufen. Dabei handelt es sich um Umstände, die grundsätzlich nicht der Gesuchsgegnerin, sondern Dritten, namentlich den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen, zuzurechnen sind. Auch das Bundesgericht hat dies in den Urteilen 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 anerkannt und festgehalten, dass die Vorranggewährung faktisch nicht ohne die Mitwirkung der nicht dem Schweizer Recht unterstehenden deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen möglich sei und dass dem Geltungsanspruch des schweizerischen Rechts insofern Grenzen gesetzt seien. Die Vorranggewährung sei daher objektiv unmöglich (s. oben Ziff. 3.3.4).

- 92 Das Bundesgericht hat jedoch in den Urteilen 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 auch festgehalten, dass die Gesuchsgegnerin schadenersatzpflichtig werde, wenn sie die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiber oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Vertrag abzuschliessen, zu verantworten oder mitzuverantworten hätte (Art. 119 Abs. 1 OR analog). In diesem Fall würde sie den Vorrangberechtigten Entschädigung im Umfang des Verlusts zu bezahlen haben, der ihnen durch die Nichtgewährung der beantragten und streitgegenständlichen Vorränge entstanden ist (E. 5.3.5).
- 93 Artikel 119 OR regelt die nachträgliche, vom Schuldner nicht zu verantwortende Unmöglichkeit einer Leistung und sieht als Rechtsfolge das Erlöschen der Forderung inkl. allfälliger sekundärer Leistungsansprüche vor (vgl. oben Rz. 87). Die Bestimmung bildet das Gegenstück zu Artikel 97 OR, welcher nicht nur auf Obligationen aus Verträgen, sondern auch auf gesetzliche Verpflichtungen anwendbar ist und eine Schadenersatzpflicht des Schuldners vorsieht, sofern dieser nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (WOLFGANG WIEGAND in: WIDMER LÜCHINGER, OSER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Basel [nachfolgend: Basler Kommentar OR I], Art. 97, Rz. 3 sowie Art. 119, Rz. 1). Artikel 119 Absatz 1 OR findet somit dann Anwendung, wenn der Schuldner den Exkulpationsbeweis oder den Entlastungsbeweis nach Artikel 97 OR erbringen kann (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 119, Rz. 8; OLIVER KÄLIN, Entlastung und Exkulpation nach Artikel 97 OR, AJP/PJA 11/2007, Ziffer VII).
- 94 Nebst einem (aufgrund der Beweislastumkehr in Artikel 97 OR vermuteten) Verschulden der Gesuchsgegnerin ist für eine Haftung nach dieser Bestimmung vorausgesetzt, dass zwischen der Nichterfüllung und einem allfälligen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 97, Rz. 41). Darüber hinaus muss aber auch zwischen dem Verhalten der Gesuchsgegnerin und dem Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung ein Kausalzusammenhang bestehen. Die Gesuchsgegnerin kann sich somit entlasten, indem sie nachweist, dass Zufall oder ein ihr nicht zurechenbares Drittverschulden die Leistungsunmöglichkeit bewirkt habe, womit kein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Gesuchstellerin besteht oder dieser unterbrochen wurde (OLIVER KÄLIN, a. a. O., Ziff. VI; WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 97, Rz. 42).
- 95 Ein (natürlicher) Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das fragliche Verhalten (oder die fragliche Unterlassung) nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen (statt vieler: BGE 95 IV 139 E. 2). Rechtlich relevant ist eine natürlich kausale Handlung der Gesuchsgegnerin indes nur dann, wenn sie auch die Kriterien der adäquaten Kausalität erfüllt, d. h. wenn das Verhalten der Gesuchsgegnerin nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, die Unmöglichkeit der Vorranggewährung herbeizuführen (statt vieler: BGE 123 III 110 E. 3a). Soweit der Gesuchsgegnerin nicht Handlungen, sondern pflichtwidrige Unterlassungen vorgeworfen werden, stellt sich im Sinne eines hypothetischen Kausalzusammenhangs die Frage, ob der Eintritt der Unmöglichkeit der Vorranggewährung bei rechtmässigem Handeln der Gesuchsgegnerin nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können. Dieser hypothetische Kausalzusammenhang ist nur zu bejahen, wenn eine unterlassene Handlung der Gesuchsgegnerin mit

überwiegender Wahrscheinlichkeit die eingetretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung vermieden hätte (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 97, Rz. 41; BGer 4A\_49/2016 vom 9.6.2016, E. 4.1).

- 96 Die Vorbringen der Parteien zur Frage der Verantwortlichkeit der Gesuchsgegnerin sind somit zunächst unter dem Blickwinkel der Kausalität zu würdigen. Fehlt es an einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Gesuchsgegnerin und dem Eintritt der Unmöglichkeit der Vorranggewährung oder wurde dieser unterbrochen, fehlt es an einer Haftpflichtvoraussetzung und die Verschuldensfrage stellt sich nicht mehr (vgl. auch OLIVER KÄLIN, a. a. O., Ziffer VI A.). Erweist sich das Verhalten der Gesuchsgegnerin hingegen als adäquat kausal für den Eintritt der Unmöglichkeit der Vorranggewährung, stellt sich die Frage, ob sie schuldhaft gehandelt oder Handlungen unterlassen hat.
- 97 Ein Verschulden ist gegeben, wenn der Schuldner die den Schaden verursachenden Umstände vorsätzlich verursacht oder sorgfaltswidrig (fahrlässig) herbeigeführt hat (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 99, Rz. 5 f.). Gemäss Artikel 99 Absatz 1 OR haftet der Schuldner für jedes Verschulden. Auch eine geringfügige Verletzung der erforderlichen Sorgfalt kann daher eine Haftung begründen (BGer 9C\_603/2014, E. 4). Dabei ist von einem objektivierten Verschuldensbegriff auszugehen. Massgebend sind mithin nicht Eigenschaften und Fähigkeiten des individuellen Schuldners, sondern die im Verkehrskreis des Schuldners übliche und geforderte Sorgfalt (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 99, Rz. 9). Für die Beurteilung eines allfälligen Verschuldens der Gesuchsgegnerin ist somit zu prüfen, ob diese sorgfaltswidrig gegen gesetzliche Verpflichtungen verstossen hat, wobei darauf abzustellen ist, welcher Sorgfaltsmassstab an einen Übertragungsnetzbetreiber mit spezifischen gesetzlichen Pflichten anzulegen ist. Im Vordergrund steht dabei die allgemeine Pflicht der Gesuchsgegnerin, mit den ausländischen Übertragungsnetzbetreibern zusammenzuarbeiten und die Interessen der Schweiz in den entsprechenden Gremien zu vertreten (Art. 20 Abs. 2 Bst. e StromVG) in Verbindung mit der Pflicht gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG, die in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Vorränge zu gewähren.
- 98 Soweit die Parteien in ihren Eingaben eine allfällige Mitverantwortung der ECom oder anderer Behörden für die eingetretene Unmöglichkeit der Vorranggewährung zur Sprache bringen (act. 45 Rz. 41, act. 53 Rz. 46), ist auf diese nur insofern einzugehen, als sie für die Beurteilung einer allfälligen Verantwortlichkeit der Gesuchsgegnerin unmittelbar relevant ist. Denn nur diese ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (s. oben Rz. 64 ff.).
- 99 Beide Parteien haben zur Frage einer allfälligen Verantwortlichkeit der Gesuchsgegnerin umfangreiche Eingaben gemacht (vgl. insb. act. 45, act. 53, act. 59). Der Übersichtlichkeit halber werden die wesentlichen Ereignisse rund um die Kündigung des alten Kooperationsvertrags und die Verhandlungen für den neuen Kooperationsvertrag nachfolgend in annähernd chronologischer Reihenfolge dargestellt und unter Berücksichtigung der von den Parteien vorgebrachten Argumente beurteilt. Dabei wird unterschieden zwischen den Ereignissen im Vorfeld der Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen (nachfolgend Ziffer 3.4.2), der Neuverhandlung des Kooperationsvertrags nach der Kündigung (nachfolgend Ziffer 3.4.3) sowie den Ereignissen nach Inkrafttreten des neuen Kooperationsvertrags (nachfolgend Ziff. 3.4.4).

## **3.4.2 Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen**

### **3.4.2.1 Vertragsentwurf aus dem Jahr 2011**

- 100 Mit Verweis auf eine E-Mail einer Mitarbeiterin der Amprion GmbH vom 1. Oktober 2014 in Beilage 22 von act. 45 und wirft die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin vor, diese habe bereits im Jahr 2011 einen neuen Kooperationsvertrag ausgehandelt, worin sie die Kündigung der Altrechte bereits akzeptiert gehabt hätte. Damit habe die Gesuchsgegnerin ihre eigene Verhandlungsposition von Anfang an und ohne Not verschlechtert (act. 53 Rz. 5, 6, 7, 17, 26, 48 1. Lemma, 52, 65, 70 1. Lemma, 82, 83, 85, sowie 97 1. Lemma). Die Gesuchstellerin beantragt in diesem Zusammenhang die Edition sämtlicher Unterlagen im Zusammenhang mit dem genannten Entwurf des Kooperationsvertrags von 2011 (act. 53 Rz. 7).
- 101 Die Gesuchsgegnerin hält entgegen, in der E-Mail im Verkehr zwischen den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und der Gesuchsgegnerin vom 1. Oktober 2014 (act. 45 Beilage 22) weise lediglich eine Mitarbeiterin der Amprion GmbH darauf hin, dass der Vertragsentwurf von 2011 eine Kündigung der Altrechte «antizipiere». Damit sei in erster Linie die Kündigung der Altverträge gemeint, welche die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen gegenüber der Gesuchstellerin am 29. September 2014 auch ausgesprochen hätten (act. 45 Beilage 20). Dass die Gesuchsgegnerin die Kündigung des Kooperationsvertrags und die damit einhergehende Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe akzeptiert habe, könne aus der erwähnten E-Mail sicherlich nicht abgeleitet werden (act. 59 Rz. 10). Der Entwurf 2011 sehe denn auch einzig einen vom 4. Mai 2011 stammenden Kommentar einer Amprion-Mitarbeiterin vor, wonach die Amprion GmbH die Entfernung des Absatzes zur Vorranggewährung aufgrund von Altverträgen bevorzuge (act. 59 Rz. 11 und Beilage).
- 102 In der Tat sind – abgesehen davon, dass es sich bei einer Kündigung ohnehin um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt – keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin 2011 eine Kündigung des Kooperationsvertrags akzeptiert hat. Im Vertragsentwurf von 2011, welcher als Basis für die Neuverhandlung 2014 herangezogen wurde, lässt sich lediglich ein Kommentar einer Mitarbeiterin der Amprion GmbH finden, wonach von der Amprion GmbH die Entfernung des Absatzes betreffend Kapazitätsrechte aus bestehenden Altverträgen bevorzugt werde. Die Amprion GmbH bezieht sich dabei auf die in Anhang 7a des alten Kooperationsvertrags gelisteten «zu berücksichtigenden» Rechte aus Altverträgen. Aus diesem Vorschlag der Amprion GmbH kann nicht abgeleitet werden, die Gesuchsgegnerin habe eine Jahre später angekündigte und ausgesprochene Kündigung des Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen akzeptiert. Die von der Gesuchstellerin beantragte Edition weiterer Unterlagen zu diesem Sachverhalt (oben Rz. 100) erübrigt sich damit.

### **3.4.2.2 Gutachten Moench**

- 103 Aus dem Kündigungsschreiben der TransnetBW GmbH und der Amprion GmbH an die Gesuchsgegnerin vom 25. September 2014 ist ersichtlich, dass die Entscheidung der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen, die im alten Kooperationsvertrag definierten, auf «Altverträgen» basierenden Vorränge nicht mehr auktionsunabhängig zu berücksichtigen, auf den Erkenntnissen und Handlungsempfehlungen aus der gutachterlichen Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Moench vom 17. Januar 2014 beruht (act. 45 Beilage 1, 1. und 3. Absatz). Dieses Gutachten (act. 45 Beilage 2) wird nachfolgend als «Gutachten Moench» bezeichnet.
- 104 Gemäss der Darstellung der Gesuchsgegnerin wurde das Gutachten Moench Anfang 2012 durch die TransnetBW GmbH bei der Anwaltskanzlei Gleiss Lutz in Auftrag gegeben (act. 45 Rz. 13).



Auf S. 19 des Gutachtens ist ersichtlich, dass auch die Amprion GmbH Auftraggeberin für das Gutachten war (act. 45 Beilage 2, S. 19). Zwar bezeichnete die TransnetBW GmbH das Gutachten Moench in einem Schreiben vom 11. Dezember 2017 an die Gesuchsgegnerin als «*gemeinsam von der Swissgrid, der Amprion GmbH und der TransnetBW GmbH in Auftrag gegeben*» (act. 45 Beilage 57 S. 2), womit der Eindruck entstehen könnte, auch die Gesuchsgegnerin sei Auftraggeberin für das Gutachten Moench gewesen. Die Gesuchsgegnerin hat indes auf Frage des Fachsekretariats der EICOM hin glaubhaft verneint, dass sie Auftraggeberin des Gutachtens Moench sei (act. 86 Rz. 12 f.). Auch finanziell war die Gesuchsgegnerin an der Erstellung des Gutachtens nicht beteiligt (act. 86 Rz. 14). Eine Beteiligung der Gesuchsgegnerin an der Ausarbeitung des Gutachtens Moench bestand lediglich insofern, als sie den Gutachter bei der Erarbeitung und Auslegung der schweizerischen Rechtslage in Bezug auf die Gewährleistung vorrangiger grenzüberschreitender Netznutzung für Grenzkraftwerke unterstützte (act. 86 Rz. 15 f.). Die Mitarbeit der Gesuchsgegnerin an der aus Sicht der EICOM korrekten Darstellung der damaligen schweizerischen Rechtslage im Gutachten Moench macht die Gesuchsgegnerin jedoch nicht zu einer Auftraggeberin für das Gutachten. Auch sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Mitarbeit sich in irgendeiner Weise zu Ungunsten der Vorrangberechtigten in der Schweiz ausgewirkt hätte, da die vorliegend relevanten Schlussfolgerungen im Gutachten offenkundig nicht auf der Beurteilung der Schweizer Rechtslage basieren. Beim Gutachten Moench handelt es sich somit um ein von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen in Auftrag gegebenes Gutachten, auf dessen Ergebnis die Gesuchsgegnerin keinerlei Einfluss genommen hat.

- 105 Der Gutachter kommt im Gutachten Moench zusammengefasst zum Ergebnis, dass die vorrangige Kapazitätsvergabe an den Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und der Schweiz (nachfolgend: D-CH) nach deutschem öffentlichen Recht (inklusive des europäischen Rechts) unzulässig sei. Die TransnetBW GmbH und die Amprion GmbH seien nach deutschem und europäischem Recht grundsätzlich verpflichtet, bei einem Engpass an der Grenzkuppelstelle die gesamte Stromübertragungskapazität in der deutschen Regelzone im deutschen Hoheitsgebiet diskriminierungsfrei und in einem marktorientierten Verfahren (ohne Berücksichtigung von [Vorrängen aus] Altverträgen) zu vergeben. Das Schweizer Recht enthalte für diese Fälle in Artikel 17 Absatz 2 StromVG eine *lex specialis*. Der darin angeordnete Vorrang gelte für die Regelzone Schweiz im Schweizer Hoheitsgebiet. Diese Regelung gelte unbeschadet dessen, dass in der deutschen Regelzone der Netzvorrang wegen Unvereinbarkeit mit dem deutschen und europäischen Recht nicht (mehr) gelte. Auf die Grenzkuppelstelle D-CH finde demnach im Ergebnis kein einheitlicher Rechtsrahmen Anwendung. Für die deutsche Regelzone gelte etwas anderes als für die Schweizer Regelzone. Denkbar sei einzig, dass Schweizer Vertragspartner nach dem Energiechartavertrag auch in Deutschland einen Netznutzungsvorrang geltend machen können, indem sie sich auf eine geschützte Investition berufen (act. 45 Beilage 2, S. 7 bis 10).
- 106 Die Gesuchstellerin wirft der Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit dem Gutachten Moench vor, sie habe kein Gegengutachten erstellen lassen, welches die nach Auffassung der Gesuchstellerin inhaltlich falschen Schlussfolgerungen des Gutachtens widerlegt (act. 53 Rz. 14 ff., 21, 25, 48 3. Lemma, 70 5. Lemma, 91, 95 und 97 4. Lemma). Es handle sich dabei um ein Gefälligkeitsgutachten zu Gunsten der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen (act. 53 Rz. 17). Die Gesuchstellerin führt dazu insbesondere aus, das Gutachten Moench sei in Bezug auf die Abklärung der Schweizer Rechtslage unvollständig (act. 53 Rz. 21) und gehe fälschlicherweise davon aus, das alte Regime von Artikel 24 der RL 96/92/EG sei nicht anwendbar (act. 53 Rz. 16).
- 107 Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, dass sich das Gutachten Moench eingehend zur Schweizer Rechtslage äussere (act. 59 Rz. 17). Sie habe zudem eine Auslegeordnung der Schweizer Rechtslage über den Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz erstellen lassen (Memorandum Donatsch; vgl. dazu eingehend unten Ziff. 3.4.3.2). Das Memorandum Donatsch setzte sich mit dem Regelungszweck von Artikel 17

Absatz 2 StromVG auseinander und halte unter anderem eindeutig fest, dass sich die Gesuchsgegnerin für die Verwirklichung bzw. Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG gegenüber den ausländischen Vertragspartnern einsetzen müsse (act. 59 Rz. 18). Ein weiteres Gutachten von einem Schweizer Rechtsgelehrten hätte die Kündigung des Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht verhindern können. Denn die massgebenden Rechtsgrundlagen liessen sich bekanntlich auch mit einem Gutachten nicht ändern. Dies zeige das im Auftrag der ECom durch Dr. Benedikt Pirker und Prof. Dr. Astrid Epiney erstellte und der ECom am 9. Januar 2015 übermittelte Gutachten (nachfolgend: Gutachten Pirker/Epiney). Auch dieses Gutachten komme – wie das Gutachten Moench – zum Schluss, dass die vorrangige Kapazitätsvergabe das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot verletze, nach Schweizer Recht jedoch genau solche Vorränge gewährt werden müssten (act. 59 Rz. 19; act. 86 Rz. 17).

- 108 Der Gutachter widmet dem Schweizer Recht auf S. 44 ff. des Gutachtens Moench einen eigenen Abschnitt und kommt darin zum Ergebnis, dass die Gesuchsgegnerin nach Schweizer Recht zur Gewährung der Vorränge gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG verpflichtet ist. Im Gegensatz zum später von der Gesuchsgegnerin in Auftrag gegebenen Memorandum Donatsch (vgl. unten Ziff. 3.4.3.2) kommt das Gutachten Moench sodann auch zum Ergebnis, dass für eine restriktive Auslegung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG, wonach die Norm nicht einseitig auf Schweizer Seite die Vorrangberechtigung anordne, wenn sich dieser Vorrang nicht in der benachbarten gelegenen Regelzone fortsetze, keine Anhaltspunkte bestünden. Der Gesuchsgegnerin ist somit beizupflichten, dass das Gutachten Moench die – inzwischen höchstrichterlich beurteilte – Schweizer Rechtslage korrekt darstellt.
- 109 Nicht beizupflichten ist der Gesuchsgegnerin hingegen, wenn sie geltend macht, sie habe mit dem Memorandum Donatsch ein Gegengutachten zum Gutachten Moench erstellen lassen (act. 59 Rz. 18 und 23). Die vorliegend relevante Hauptaussage des Gutachtens – und Hauptbegründung für die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen – ist, dass die nach Schweizer Recht vorgeschriebenen Vorränge an der Grenzkuppelstelle DE-CH nach deutschem öffentlichen Recht und europäischem Recht unzulässig sind. Das Memorandum Donatsch hingegen behandelt ausschliesslich die Auslegung des Schweizer Rechts (vgl. unten Ziff. 3.4.3.2) und war damit schon aufgrund der zugrundeliegenden Fragestellung nicht als Gegengutachten angelegt.
- 110 Indem die Gesuchsgegnerin vorbringt, ein weiteres, von einem Schweizer Rechtsgelehrten verfasstes Gutachten hätte die Kündigung des Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht verhindern können (oben Rz. 107), macht sie geltend, der von der Gesuchstellerin behauptete Umstand, dass kein solches Gutachten erstellt worden sei, sei nicht kausal für die erfolgte Kündigung des alten Kooperationsvertrags. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob mit der Erstellung eines solchen Gutachtens im Auftrag der Gesuchsgegnerin nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung die Richtigkeit der Erkenntnisse und Handlungsempfehlungen im Gutachten Moench in einer Art und Weise hätte widerlegt werden können, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Kündigung des alten Kooperationsvertrags abgesehen hätten (vgl. oben Rz. 95).
- 111 Dies könnte der Fall sein, wenn das Gutachten Moench in der Begründung und im Ergebnis offensichtlich falsch wäre oder wichtige Argumente zu Gunsten der Zulässigkeit der streitigen Vorränge nach deutschem und europäischem Recht unterschlagen hätte. Für beides bestehen jedoch keine Anhaltspunkte. Vielmehr ist ersichtlich, dass im Gutachten Moench durchaus auch Argumente berücksichtigt wurden, welche unter bestimmten Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Vorrängen sprechen würden (vgl. insb. die Ausführungen auf S. 75 ff. des Gutachtens Moench zum Energiechartavertrag; act. 45 Beilage 2). Soweit ersichtlich wurden im Gutachten

Moench zudem alle relevanten Rechtsgrundlagen ausgiebig und weitgehend nachvollziehbar untersucht. Dies schliesst zwar nicht aus, dass ein von der Gesuchsgegnerin in Auftrag gegebenes Gegengutachten in einzelnen Punkten zu anderen Ergebnissen hätte kommen können. Insgesamt erscheint es aber nicht wahrscheinlich, dass ein Gegengutachten das Gutachten Moench derart hätte entkräften können, dass dies zu einem Umdenken bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen geführt hätte. Dafür sprechen insbesondere auch folgende weitere Umstände:

- 112 Die EICom hat am 17. Juli 2014 beim Institut für Europarecht der Universität Fribourg ein Gutachten (nachfolgend Gutachten Epiney/Pirker) in Auftrag gegeben, welches gemäss dem zugrundeliegenden Pflichtenheft unter anderem mit dem Ziel erstellt wurde, das Gutachten Moench auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit in Bezug auf die für die Schweiz relevanten Aspekte bei der Nutzung des grenzüberschreitenden Übertragungsnetzes zu überprüfen.
- 113 Die Autoren des am 9. Januar 2015 an die EICom übermittelten Gutachtens Epiney/Pirker sind – wie auch das Gutachten Moench – zum Ergebnis gelangt, dass die Verordnung (EG) Nr. 714/2009 (StromhandelsVO) die Mitgliedstaaten verpflichte, die Vorgaben zur Nichtdiskriminierung und der Wahl marktorientierter Verfahren bei der Vergabe von Grenzkapazitäten aus Artikel 16 Absatz 1 der Verordnung umzusetzen. Völkerrechtliche Ansprüche auf Vorrang bei der Grenzkapazitätsvergabe könnten sich nur im Rahmen des Energiechartavertrags als Vertrag der Union sowie im Rahmen bestimmter (für die Grenze CH-DE nicht relevanter) Staatsverträge als geschützte Altverträge nach Artikel 351 AEUV ergeben (act. 82 S. 43 ff., 45 ff. sowie 58 3. Punkt).
- 114 Auch die Ausführungen der Gesuchstellerin, wonach die Gesuchsgegnerin hätte aufzeigen müssen, dass zwischen der Schweiz und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen weiterhin das alte Regime von Artikel 24 der Richtlinie 96/92/EG analog anwendbar sei, da EU-Recht auf die Schweiz nicht anwendbar sei (act. 53 Rz. 16), vermögen nicht in einer Weise zu überzeugen, dass damit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Umdenken der deutschen Übertragungsnetzbetreiber hätte herbeigeführt werden können: Die Bundesrepublik Deutschland hat unter der Geltung der Richtlinie 96/92/EG bei der EU-Kommission im vorliegenden Kontext keine Ausnahmegenehmigungen im Sinne von Artikel 24 der Richtlinie erwirkt. Die seit dem 3. März 2011 geltende StromhandelsVO enthielt keine derartige Regelung mehr. Die Gesuchstellerin legt weder dar, woraus sie eine analoge Anwendbarkeit der längst ausser Kraft gesetzten Richtlinie 96/92/EG im Verhältnis zur Schweiz ableitet noch führt sie aus, inwiefern sich eine solche gegebenenfalls auf die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ausgewirkt hätte. Die Gesuchstellerin konnte somit nicht plausibel darlegen, dass die Schlussfolgerungen im Gutachten Moench mit einem Gegengutachten hätten entkräftet werden können.
- 115 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das Verhalten der Gesuchsgegnerin hinsichtlich des Gutachtens Moench nicht kausal für die Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen war. Zu beachten gilt es ferner, dass in einer Sitzung mit Vertretern des Bundesamts für Energie (BFE), der EICom und der Gesuchsgegnerin am 18. Februar 2014, d. h. rund einen Monat nach dem Vorliegen des definitiven Gutachtens Moench, vom BFE und von der EICom in Aussicht gestellt wurde, die Angelegenheit selbst rechtlich zu prüfen (woraus der Auftrag für das oben in Rz. 112 f. erwähnte Gutachten Epiney/Pirker hervorging). Vor diesem Hintergrund kann der Gesuchsgegnerin auch kein sorgfaltswidriger Verzicht auf das Erstellen eines Gegengutachtens vorgeworfen werden.

### **3.4.2.3 Memorandum Donatsch**

- 116 Am 27. Januar 2014, d. h. unmittelbar nach Fertigstellung des Gutachtens Moench, hat die Gesuchsgegnerin bei Dr. iur. Marco Donatsch eine Rechtsabklärung mit folgenden Fragestellungen in Auftrag gegeben (vgl. act. 45 Rz. Beilage 5, S. 3):

1. Was ist der Zweck des Artikel 17 Absatz 2 StromVG?
2. Entfaltet Artikel 17 Abs. 2 StromVG nur auf Schweizer Territorium Wirkung oder bis zur Anschlussstelle auf dem benachbarten Territorium?
3. Welche Verpflichtungen resultieren aus Artikel 17 Absatz 2 StromVG?
4. Wenn der benachbarte TSO nicht bereit ist, einer Lösung zuzustimmen, die eine durchgängige vorrangige Kapazitätsvergabe über die Grenze erlaubt, wie kann Swissgrid ihre Verpflichtung aus Artikel 17 Absatz 2 StromVG erfüllen?
5. Sollte eine Erfüllung des Gesetzeszwecks von Artikel 17 Absatz 2 StromVG nicht möglich sein, erwächst Swissgrid daraus eine Ersatzverpflichtung?

Die Rechtsabklärung (Memorandum Donatsch) wurde am 21. Februar 2014 fertiggestellt (act. 45 Rz. 27).

117 Die Gesuchstellerin wirft der Gesuchsgegnerin vor, das Memorandum Donatsch sei ein Gefälligkeitsgutachten. Dessen Zweck sei gewesen, die Gesuchsgegnerin von jeglicher Verantwortung freizusprechen und ihr zu versichern, dass sie keinen Fehler mache, wenn sie sich nicht für die Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG einsetze. Das Memorandum sei eine Motivation für die Gesuchsgegnerin gewesen, sich nicht mehr für die Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG einzusetzen, was die schlechte Verhandlungsführung der Gesuchsgegnerin zu Folge gehabt habe (act. 53 Rz. 33). Die Gesuchsgegnerin wiederum macht geltend, mit dem Memorandum Donatsch ein Gegengutachten zum Gutachten Moench in Auftrag gegeben zu haben (act. 59 Rz. 23).

118 Wie oben in Rz. 109 bereits ausgeführt, kann das Memorandum Donatsch schon aufgrund der Fragestellung nicht als Gegengutachten zum Gutachten Moench angesehen werden. Angesichts der aufgrund der Handlungsempfehlungen im Gutachten Moench drohenden Einstellung der vorrangigen Vergabe grenzüberschreitender Übertragungskapazität erscheint es jedoch legitim, dass die Gesuchsgegnerin eine Rechtsabklärung in Auftrag gegeben hat, welches die Folgen einer potentiellen Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe auf deutscher Seite unter dem für die Gesuchsgegnerin geltenden Schweizer Recht beleuchtet. Das Memorandum Donatsch beantwortet die Fragestellungen der Gesuchsgegnerin zusammengefasst unter anderem wie folgt: Die gesetzliche Priorisierung gemäss Artikel 17 Absatz 2 stehe unter dem Vorbehalt, dass das Ausland diese akzeptiere (Frage 1). Eine Verpflichtung zur Gewährung der Vorränge bestehe nur, wenn die Kooperation mit den Nachbarstaaten möglich sei (Frage 3). Die Gesuchsgegnerin müsse gegenüber ausländischen Übertragungsnetzbetreiberinnen auf eine Durchsetzung der Vorränge hinwirken, sie habe den Vorrang aber nicht zu garantieren (Frage 4). Sollte eine Erfüllung des Gesetzeszwecks von Artikel 17 Absatz 2 StromVG nicht möglich sein, erwachse der Gesuchsgegnerin daraus keine Ersatzverpflichtung (Frage 5). Diese Schlussfolgerungen, denen die inzwischen ergangenen Gerichtsentscheide teils widersprechen (vgl. oben Ziffer 3.3 und 3.4.1), könnten in der Tat mindestens potentiell einen Einfluss darauf gehabt haben, wie vehement sich die Gesuchsgegnerin für den Erhalt der Vorränge eingesetzt hat. Jedoch ist dieser Zusammenhang weder erwiesen, noch bestehen Hinweise darauf, dass es sich beim Memorandum Donatsch um ein Gefälligkeitsgutachten handle, dessen Ergebnis von der Gesuchsgegnerin von vornherein angestrebt oder gar vorgegeben worden wäre. Das Gutachten kann im Übrigen schon deshalb nicht, wie es Gesuchstellerin geltend macht, eine Motivation für die Gesuchsgegnerin gewesen sein, sich gar nicht mehr für die Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG einzusetzen, weil es selbst ausdrücklich festhält, dass die Gesuchsgegnerin gegenüber ausländischen Übertragungsnetzbetreiberinnen auf eine Durchsetzung der Vorränge hinwirken müsse (act. 45 Beilage 5 Rz. 75).

#### 3.4.2.4 Reaktion der Behörden auf das Gutachten Moench

- 119 Die Gesuchsgegnerin hat die EICom im Frühling 2013 darüber in Kenntnis gesetzt, dass ein Gutachten in Erarbeitung ist und im November 2013 über den Zwischenstand des Gutachtens Moench und dessen voraussichtlich wichtigsten Erkenntnisse informiert. Das finale Gutachten wurde der EICom am 30. Januar 2014 übermittelt (act. 45 Rz. 22 und Beilage 3).
- 120 Die Gesuchstellerin macht geltend, die Gesuchsgegnerin habe die Behörden erst im Februar 2014 darüber informiert, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen eine Kündigung des alten Kooperationsvertrags planen. Sowohl das BFE als auch die EICom hätten die späte Information seitens der Gesuchsgegnerin gerügt. Die Gesuchsgegnerin treffe daher ein Mitverschulden an der Kündigung des alten Kooperationsvertrags (act. 53 Rz. 6, 29 ff., 41, 70 Punkt 2 und 97 Punkt 2).
- 121 Es trifft zwar zu, dass die Gesuchsgegnerin an einem Treffen zwischen der Gesuchsgegnerin, dem BFE und der EICom am 18. Februar 2014 gerügt wurde, sie habe den Behörden das Gutachten spät zur Verfügung gestellt (act. 45 Beilage 9). Diese Rüge bezog sich jedoch offenkundig auf die Ende Januar 2014 erfolgte Aushändigung des auf den 17. Januar 2014 datierten Gutachtens Moench in seiner finalen Fassung. Ungeachtet dieser damals nach Auffassung des BFE und der EICom zu späten Information der Behörden sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Kündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen hätte vermieden werden können, indem die Gesuchsgegnerin das finale Gutachten bereits unmittelbar nach dessen Vorliegen, d. h. knapp zwei Wochen früher, den Behörden zugestellt hätte.
- 122 Am 5. Februar 2014 kam es zu einem Austausch zwischen der EICom und der Gesuchsgegnerin. Hintergrund des Treffens war eine seit 2013 laufende technische und energiewirtschaftliche Bestandesaufnahme betreffend die gemäss dem alten Kooperationsvertrag zu gewährenden Vorränge für Grenzkraftwerke. Diese Abklärungen der EICom erfolgten aufgrund der damaligen (inzwischen vom Bundesgericht widerlegten) Rechtsauffassung der EICom, wonach für die Vorränge für Lieferungen aus Grenzkraftwerken die Gegebenheiten bezüglich deren Netzanbindung und Regelzonenzuordnung zu berücksichtigen seien und dass die Aufteilung der Energie auf die Schweiz und Deutschland gemäss den Konzessionen nicht kontinuierlich, d. h. zu jedem Zeitpunkt vorgenommen werden müsse. Die diesbezüglichen Abklärungen der EICom mündeten am 29. April 2014 in einem Schreiben an die Gesuchsgegnerin, in dem die EICom diese bat, die Vorränge gemäss einer beigefügten Tabelle anzupassen (act. 45 Beilage 15; vgl. dazu unten Ziff. 3.4.2.6).
- 123 An der Sitzung vom 5. Februar 2014 übergab die EICom der Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit dieser Abklärung einen Fragekatalog mit Fragen betreffend die Abwicklung von Kapazitätsvorrängen von Grenzkraftwerken (act. 45 Rz. 30 und Beilage 7).
- 124 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, sie habe die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen über «die entsprechenden Bestrebungen der EICom» in Kenntnis setzen müssen, da die von der EICom gestellten Fragen nur unter Einbezug von TransnetBW GmbH (als Auktionskoordinatorin) hätten beantwortet werden konnten. Vor diesem Hintergrund sei klar, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ab diesem Zeitpunkt davon hätten ausgehen können, dass auf schweizerischer Seite vom Schweizer Regulator keinerlei Einwände gegen die Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe zumindest in Bezug auf die Grenzkraftwerke bestehen würden (act. 45 Rz. 31 f.). Die Gesuchstellerin bezeichnet diese Ausführungen der Gesuchsgegnerin als äusserst rätselhaft. Für sie sei nicht erkennbar, weshalb die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen aus dem Fragekatalog der EICom zu einem solchen Schluss hätten kommen können (act. 53 Rz. 39).

- 125 In der Tat ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die damals von der EICom ins Auge gefasste Anpassung der Vorränge bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zum Eindruck hätte führen können, der Schweizer Regulator habe keinerlei Einwände gegen eine gänzliche Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe, zumal aus dem Schreiben der EICom an die Gesuchsgegnerin vom 29. April 2014 ersichtlich ist, dass für mehrere Grenzkraftwerke weiterhin Vorränge (wenn auch teilweise in reduziertem Umfang) vorgesehen waren (act. 45 Beilage 15). Hätte die Gesuchsgegnerin ausgehend von dieser vermeintlichen Haltung der EICom gänzlich aufgehört, sich gegenüber den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen für eine Lösung einzusetzen, welche das Schweizer Recht respektiert, könnte ihr in der Tat – wie es die Gesuchstellerin geltend macht (act. 53 Rz. 40) – eine gewisse Nachlässigkeit vorgeworfen werden. Wie die nachführenden Ausführungen zeigen, blieb die Gesuchsgegnerin in dieser Angelegenheit jedoch im Austausch mit den Behörden und setzte sich auch gegenüber den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen gegen eine Kündigung des alten Kooperationsvertrags ein (vgl. insbes. nachfolgend Rz. 133 ff.). Zudem wurde den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen vom BFE die Sichtweise der Behörden ausdrücklich mitgeteilt (vgl. unten Rz. 127). Den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen musste somit, als sie im Herbst 2014 die Kündigung des alten Kooperationsvertrags aussprachen, durchaus bewusst sein, dass die gänzliche Beendigung der vorrangigen Vergabe grenzüberschreitender Übertragungskapazität den Schweizer Interessen zuwiderlief und mit dem Schweizer Recht nicht vereinbar war. Dass dies der Fall war, zeigt auch ein späteres Schreiben der TransnetBW GmbH vom 26. Mai 2014 an die Gesuchsgegnerin, in welchem die TransnetBW GmbH die von der EICom gegenüber der Gesuchsgegnerin angeordnete Reduktion der Vorränge an der Grenze DE-CH (s. dazu unten Ziffer 3.4.2.6) als begrüssenswerten *«ersten Schritt hin zur Beendigung der vorrangigen Berücksichtigung von sämtlichen, auf den sog. Altverträgen beruhenden, Energielieferungen an der Grenze DE-CH»* bezeichnete (act. 45 Beilage 17; s. auch unten Rz. 139). Den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen war somit durchaus bewusst, dass von Schweizer Seite zwar eine Reduktion der bevorrangten Kapazität, jedoch keinesfalls eine gänzliche Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe vorgesehen war. Selbst wenn die Gesuchsgegnerin gegenüber den Übertragungsnetzbetreiberinnen tatsächlich im Februar 2014 einmal derart kommuniziert hätte, dass diese davon ausgehen mussten, die EICom hätte keine Einwände gegen eine gänzliche Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe, könnte dieses Verhalten daher nicht adäquat kausal für die am 25. September 2014 ausgesprochene Kündigung sein.
- 126 Am 18. Februar 2014 fand eine Sitzung zwischen der Gesuchsgegnerin, der EICom und dem BFE statt. Sowohl der damalige Direktor des BFE als auch der Geschäftsführer der EICom haben an dieser Sitzung betont, dass die Schweiz sich nicht durch ein deutsches Gutachten zu voreiligen Schlüssen veranlasst sehen würde. In besagter Sitzung wurde insbesondere beschlossen, dass die EICom auf die BNetzA zugehen werde, um die Frage der Gültigkeit und des allfälligen Vorrangs der strittigen Altverträge zu klären. Zudem würden sich das BFE und die EICom um die erforderlichen juristischen Prüfungen kümmern (act. 45 Beilage 9).
- 127 Am 25. Februar 2014 verschickte das BFE im Nachgang zur Sitzung vom 18. Februar 2014 ein Schreiben an die TransnetBW GmbH und führte aus, es sei informiert worden, dass die TransnetBW und die Amprion GmbH basierend auf dem Gutachten Moench rechtliche Schritte, namentlich eine Kündigung der betroffenen Verträge, in Betracht zögen. Das BFE zeigte sich erstaunt, dass ein solches Gutachten ohne jeglichen vorgängigen Einbezug der betroffenen Ministerien in Auftrag gegeben und erstellt worden sei. In der Sache gebe das BFE zu bedenken, dass für die zu analysierende Situation mit Blick auf den Energieabfluss aus Grenzkraftwerken nicht nur privatrechtliche, sondern zusätzlich auch völkerrechtliche und konzessionsrechtliche Komponenten relevant sein dürften. Das BFE werde in Zusammenarbeit mit der EICom die Klärung dieser aus Sicht des BFE noch nicht hinreichend beleuchteten Aspekte angehen. Dies werde voraussichtlich mehrere Monate dauern. Basierend auf den gewonnenen Erkenntnissen werde das BFE die Haltung der Schweiz zu den aufgeworfenen Fragen einbringen. Das BFE betonte

zudem, dass seines Erachtens übereilte Schritte der Sache in keiner Weise zugänglich wären. Man gehe demnach davon aus, dass eine Stellungnahme der Schweiz ohne Weiteres abgewartet werden könne (act. 45 Beilage 10).

- 128 Aus einer von der Gesuchsgegnerin eingereichten internen E-Mail vom 10. März 2014 betreffend ein Telefongespräch mit einer Mitarbeiterin der Amprion GmbH, ist erkennbar, dass sich die Amprion GmbH zumindest auf Sachbearbeiter-Ebene vom Schreiben des BFE vom 25. Februar 2014 wenig beeindruckt zeigte und weiterhin eine rasche Kündigung der altrechtlichen Verträge – und damit der vorrangigen Vergabe der Grenzkapazität – anstrebte. Dies mit der Begründung, dass das Gutachten Moench eine klare Empfehlung enthalte und es nicht angehe, weiterhin gegen geltendes Recht zu verstossen (act. 45 Beilage 13). Der Umstand, dass auch das offizielle behördliche Schreiben des BFE an der Absicht der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen, den alten Kooperationsvertrag rasch zu kündigen, wenig ändern konnte, weist darauf hin, dass diesbezüglich auch die Möglichkeiten der Gesuchsgegnerin beschränkt waren.
- 129 Mit Schreiben vom 13. März 2014 wandte sich das BFE an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und nahm auf das Gutachten Moench und die darin festgestellte Unvereinbarkeit der Altverträge mit europäischem und deutschem Recht sowie die Kündigungsabsichten der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen Bezug. Das Schreiben an die Deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen wurde zur Kenntnisnahme mitgeschickt und mit Blick auf ein anstehendes Treffen am 19. März 2014 wurde betont, dass auf einen Austausch in dieser Sache gehofft werde. Ein Schreiben gleichen Inhalts wurde auch an das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft des Landes Baden-Württemberg versandt (act. 45 Rz. 36 und Beilage 11).
- 130 Am 28. März 2014 fand ein weiteres Treffen zwischen der Gesuchsgegnerin und der EICom statt, an welchem die Beendigung der vorrangigen Kapazitätsvergabe thematisiert wurde. Gemäss der Darstellung der Gesuchsgegnerin machte die EICom sie bei dieser Gelegenheit darauf aufmerksam, dass sie die Gesuchsgegnerin zeitnah anweisen werde, zukünftig die verfügbaren Kapazitäten in marktorientierten Verfahren zu versteigern. Ein Vorschlag der Gesuchsgegnerin, dies zuerst mit den auf Schweizer Seite betroffenen bisherigen Vorrangberechtigten zu besprechen, sei von der EICom abgelehnt worden (act. 45 Rz. 44). Hintergrund dieser Ankündigung seitens der EICom war die seit 2013 laufende technische und energiewirtschaftliche Bestandesaufnahme betreffend die gemäss dem alten Kooperationsvertrag zu gewährenden Vorränge für Grenzkraftwerke (vgl. oben Rz. 122). Den betroffenen bisherigen Vorrangberechtigten wurde diesbezüglich später die Gelegenheit eingeräumt, eine anfechtbare Verfügung zu verlangen und sich im Rahmen des damit verbundenen Verfahrens zu äussern (vgl. unten Rz. 137).
- 131 Am 8. April 2014 fand ein Treffen zwischen der EICom und der BNetzA statt. Gemäss einer E-Mail des Geschäftsführers der EICom an das BFE vom 10. April 2014 wurde der BNetzA bei dieser Gelegenheit unter anderem mitgeteilt, dass die Gesuchsgegnerin ab dem 1. Juni 2014 für grenzüberschreitende Lieferungen aus bestimmten Grenzkraftwerken keine Vorränge mehr akzeptieren dürfe. Damit reduziere sich die maximal bevorrangte Leistung im Übertragungsnetz und die Regelzone der Amprion GmbH sei nicht mehr betroffen. Gemäss besagter E-Mail unterstützte die BNetzA das Vorhaben der EICom wohlwollend und war der Ansicht, dass damit die Dringlichkeit reduziert werden könne. Die BNetzA habe jedoch betont, dass sie keine rechtliche Handhabe habe um das Vorpreschen der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zu verhindern. Die BNetzA wurde gemäss der E-Mail im Übrigen darüber informiert, dass die EICom ein Rechtsgutachten in Auftrag geben werde, um die Grundsatzfrage bezüglich der Vorränge auch vor dem Hintergrund der Staatsverträge, Konzessionen und der Energiecharta zu prüfen (act. 76).
- 132 Die vorstehend dargestellten Ereignisse zeigen, dass auch eine direkte Intervention des BFE bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und den deutschen Behörden die Übertragungs-

netzbetreiberinnen nicht von ihrem Plan abbringen konnte, gestützt auf die Handlungsempfehlungen im Gutachten Moench den alten Kooperationsvertrag zu kündigen. Insbesondere sah sich auch die BNetzA als Aufsichtsbehörde der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht im Stande, eine solche Kündigung zu verhindern oder hinauszuschieben. Vor diesem Hintergrund muss es als äusserst unwahrscheinlich angesehen werden, dass zusätzliche oder eindringlichere Interventionen der Gesuchsgegnerin (s. dazu nachfolgend Ziff. 3.4.2.5) mehr bewirkt hätten als die deutschen und Schweizer Behörden bewirken konnten.

#### **3.4.2.5 Intervention der Gesuchsgegnerin**

- 133 Gemäss der Darstellung der Gesuchsgegnerin hat diese am 13. März 2014 in einer Telefonkonferenz mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen versucht, diese davon abzuhalten, den alten Kooperationsvertrag sofort zu kündigen. Anhand einer Präsentation sei darauf hingewiesen worden, dass sehr wenige Vorrangrechte aus Altverträgen effektiv genutzt würden. Vor diesem Hintergrund sei es angebracht, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zumindest die Stellungnahme der ECom, des BFE und der BNetzA abwarteten, bevor sie eine Kündigung des Kooperationsvertrags aussprechen würden (act. 45 Rz. 43 und Beilage 14).
- 134 Die Gesuchstellerin bestreitet mangels Belegen, dass eine solche Telefonkonferenz stattgefunden habe und macht im Übrigen geltend, dass es sich hierbei um die einzige Massnahme und den einzigen Versuch der Gesuchsgegnerin gehandelt habe, die Kündigung zu verhindern, wenn diese Telefonkonferenz stattgefunden habe (act. 53 Rz. 49). Die Gesuchsgegnerin habe in eklatanter Weise gegen Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verstossen, wonach sie mit den ausländischen Übertragungsnetzbetreiberinnen zusammenarbeiten und die Interessen der Schweiz in den entsprechenden Gremien vertreten muss (act. 53 Rz. 50).
- 135 Es besteht kein Anlass, an der Darstellung der Gesuchsgegnerin zu zweifeln. Das Telefongespräch vom 13. März 2014 wird auch in einem Schreiben der Gesuchsgegnerin an die TransnetBW GmbH vom 19. Mai 2014 (welches die Gesuchsgegnerin in anderem Kontext eingereicht hat), erwähnt (vgl. act. 45 Beilage 16). Die Gesuchsgegnerin hat somit durchaus versucht, eine Kündigung des alten Kooperationsvertrags vor Abschluss der Abklärungen durch BFE und ECom zu verhindern. Aus jenem Schreiben der Gesuchsgegnerin ist auch ersichtlich, dass dieser Versuch mindestens zu diesem Zeitpunkt dazu geführt hatte, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen konkrete Schritte erst nach einer Beurteilung des Sachverhalts durch die Schweizer Behörden unternehmen wollten. Offenkundig hatte die Intervention der Gesuchsgegnerin somit mindestens zu diesem Zeitpunkt dazu geführt, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen konkrete Schritte erst nach einer Beurteilung des Sachverhalts durch die Schweizer Behörden unternehmen wollten. Dass die Gesuchsgegnerin nicht noch weitere, intensivere Schritte in diese Richtung unternommen hat, kann ihr vor diesem Hintergrund kaum entgegeng gehalten werden, zumal ihr bekannt war, dass auch seitens des BFE und der ECom eine Intervention bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und der BNetzA erfolgt und geplant war (s. oben Rz. 126 ff. sowie act. 45 Beilage 9).

#### **3.4.2.6 Anweisung der ECom an die Gesuchsgegnerin betreffend Anpassung der Vorränge**

- 136 Aufgrund der durchgeführten Analyse der technischen und energiewirtschaftlichen Gegebenheiten der Grenzkraftwerke am Hochrhein wies die ECom die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 29. April 2014 gestützt auf Artikel 17 Absatz 1 StromVG an, gemäss der im Anhang des Briefs enthaltenen Tabelle die Vorränge für Energielieferungen aus den Hochrheinkraftwerken anzupassen. Die Anpassungen sollten per 1. Juni 2014 in Kraft gesetzt werden. Die ECom wies die Gesuchsgegnerin in besagtem Schreiben auch ausdrücklich an, in Zusammenarbeit mit der



TransnetBW GmbH als operativer Systemführer des Engpassmanagements an der Grenzkuppelstelle DE-CH die dazu notwendigen Vorbereitungen zu treffen. Ferner wurde die Gesuchsgegnerin darauf aufmerksam gemacht, dass sie bei der EICom eine Verfügung beantragen könne, wenn sie mit diesem Vorgehen nicht einverstanden sei (act. 45 Beilage 15). Die EICom begründete ihr Schreiben damit, dass die gemäss dem alten Kooperationsvertrag gewährten Vorränge der betroffenen Grenzkraftwerke nicht gerechtfertigt seien, da sie die Gegebenheiten bezüglich deren Netzanbindung und Zuordnung zu den Regelzonen nicht oder nur teilweise berücksichtigten. Darüber hinaus könne gemäss der EICom aus den Konzessionen der Kraftwerke nicht abgeleitet werden, dass die Aufhebung der Energie kontinuierlich, d. h. zu jedem Zeitpunkt, vorgenommen werden müsse (vgl. auch oben Rz. 122).

- 137 Mit Schreiben gleichen Datums setzte die EICom auch die vier von Reduktionen oder Aufhebungen ihrer Vorränge betroffenen Grenzkraftwerke darüber in Kenntnis, dass sie die Gesuchsgegnerin anweisen werde, für Energielieferungen aus dem jeweiligen Kraftwerk keine Vorränge im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz mehr zu gewähren oder diese zu reduzieren. Auch den Grenzkraftwerksgesellschaften wurde die Möglichkeit eingeräumt, eine anfechtbare Verfügung zu verlangen. Weder die RADAG noch die Gesuchstellerinnen als Aktionärin der RADAG waren unter den Angeschriebenen, da zu diesem Zeitpunkt gemäss der Analyse der EICom gar keine Vorränge für Lieferungen aus dem Grenzkraftwerk Albruck-Dogern gewährt wurden (s. dazu oben Rz. 84 ff.).
- 138 Mit Schreiben vom 19. Mai 2014 setzte die Gesuchsgegnerin die TransnetBW GmbH über diese Anweisung der EICom in Kenntnis und schlug vor, die seitens der EICom spezifizierten Anpassungen nach Ablauf der Einspruchsfrist (der Grenzkraftwerk-Betreiberinnen) zum nächstmöglichen Termin vorzunehmen. Im Schreiben wurde basierend auf dem Schreiben der EICom ausgeführt, dass die EICom die Gesuchsgegnerin anweise, einen Grossteil der Vorrangrechte nicht mehr zu gewähren (DE-CH neu [...] von bisher [...] MW; CH-DE neu [...] von bisher [...] MW). Da der alte Kooperationsvertrag eine Klausel enthielt, wonach die TransnetBW GmbH als Auktionskoordinatorin bei einer schuldhaften Verletzung der Vorränge gemäss Kooperationsvertrag zur Freistellung der anderen Auktionspartner verpflichtet ist (vgl. act. 11 Beilage 5/6, Ziffer 8), erklärte die Gesuchsgegnerin im Schreiben vom 19. Mai 2014 unwiderruflich, die TransnetBW GmbH von allen in Betracht kommenden Ansprüchen der Auktionspartner oder Dritter, die im Zusammenhang mit der nicht vorrangigen Berücksichtigung der in der Tabelle der EICom angeführten Vorrangrechte durch die TransnetBW GmbH herrühren und von diesen gegenüber der TransnetBW GmbH geltend gemacht werden, freizustellen sowie für allfällig gegenüber der Gesuchsgegnerin erhobene Ansprüche der Auktionspartner oder Dritter auf die Freistellung durch die TransnetBW GmbH zu verzichten (act. 45 Beilage 16).
- 139 In einem Antwortschreiben vom 26. Mai 2014 schrieb die TransnetBW GmbH dazu an die Gesuchsgegnerin, sie begrüsse diesen ersten Schritt hin zur Beendigung der vorrangigen Berücksichtigung von sämtlichen, auf den sog. Altverträgen beruhenden, Energielieferungen an der Grenze DE-CH (act. 45 Beilage 17).
- 140 Mit Schreiben vom 27. Mai 2014 teilte die EICom der Gesuchsgegnerin mit, dass die Frist für die Umsetzung der Anpassungen der Vorränge gemäss Schreiben vom 29. April 2014 aufgrund von Fristerstreckungsgesuchen der betroffenen Grenzkraftwerksgesellschaften – vorbehaltlich der Eröffnung formeller Verfahren – auf den 1. August 2014 verschoben werde (act. 45 Beilage 18).
- 141 Am 4. Juli 2014 teilte die EICom der Gesuchsgegnerin mit, dass bei der EICom Gesuche um Erlass einer anfechtbaren Verfügung von Grenzkraftwerksgesellschaften eingegangen seien. Daraus ergebe sich, dass die bisherigen Anweisungen der EICom (vgl. Schreiben vom 29. April 2014 sowie vom 27. Mai 2014) an die Gesuchsgegnerin bis auf Weiteres nicht umzusetzen seien. Die Gesuchsgegnerin werde daher gebeten, zurzeit keine Änderungen bei der Gewährung von

Vorrängen für grenzüberschreitende Energielieferungen aus den Grenzkraftwerken am Hochrhein vorzunehmen (act. 77).

- 142 Die Gesuchstellerin hält zu diesen Vorgängen unter anderem fest, dass die EICom nicht beabsichtigt habe, bei allen Grenzkraftwerken die Vorrangnutzung einzustellen. Die Gesuchsgegnerin sei deshalb verpflichtet gewesen, mit den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen eine Lösung zu erarbeiten (act. 53 Rz. 57). Gemäss der Gesuchstellerin hätte die Gesuchsgegnerin das Schreiben der TransnetBW GmbH vom 26. Mai 2014, in dem diese mitteilt, dass sie diesen ersten Schritt hin zur Beendigung der vorrangigen Berücksichtigung von sämtlichen Energielieferungen an der Grenze DE-CH begrüsse, nicht unbeantwortet lassen dürfen. Vielmehr hätte sie klarstellen müssen, dass die Anweisung der EICom nicht dahingehend verstanden werden dürfe, dass es sich hierbei um einen ersten Schritt zu Beendigung der Vorrangskapazitäten handle. Mit dieser Unterlassung habe die Gesuchsgegnerin gegen Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verstossen (act. 53 Rz. 60). Spätestens nach dem 4. Juli 2014 hätte die Gesuchsgegnerin die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen informieren müssen, dass die betroffenen Grenzkraftwerksgesellschaften gegen die Anordnung der EICom ein Verfahren eingeleitet hätten und dass die vorrangige Kapazitätsvergabe im bisherigen Umfang weiterzuführen sei (act. 53 Rz. 64). Indem die Gesuchsgegnerin dies unterliess, habe sie wiederum gegen Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verstossen und aufgrund ihrer Untätigkeit die Kündigung mitverschuldet (act. 53 Rz. 66 f.).
- 143 Die Gesuchsgegnerin führt dazu aus, die EICom habe mit ihrer wiederholten Anweisung, über welche die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen hätten unterrichtet werden müssen, klar zum Ausdruck gebracht, dass den betreffenden Grenzkraftwerken ihrer Auffassung nach kein Anspruch auf eine priorisierte Behandlung bei der Kapazitätsvergabe zustehen würde. Basierend auf dieser Ausgangslage sei es denn auch evident, dass es praktisch unmöglich gewesen sei, die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen fünf Monate später davon zu überzeugen, dass eine Vorranggewährung nach Schweizer Recht wiederum zwingend zu gewährleisten sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen in ihrem Vorhaben, die vorrangige Kapazitätsvergabe einzustellen, noch bestärkt worden seien. Vor diesem Hintergrund könne es der Gesuchsgegnerin nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen wenige Monate später die Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe beschlossen (act. 45 Rz. 53 f.). Wenn der Schweizer Regulator den Vorranganspruch der Grenzkraftwerke am Hochrhein grossmehrheitlich negiere, könne kaum erwartet werden, dass sich die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen bereit erklären, irgendwelche Vorränge zu akzeptieren. Wie die Gesuchsgegnerin vor diesem Hintergrund den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen hätte klarmachen sollen, es handle sich bei der Anweisung der EICom nicht um einen ersten Schritt zur Beendigung der Vorränge, sei schleierhaft (act. 59 Rz. 43).
- 144 Die Gesuchsgegnerin hat die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen mit ihrem Schreiben vom 19. Mai 2014 grundsätzlich inhaltlich korrekt darüber in Kenntnis gesetzt, dass die EICom eine Anpassung der Vorränge für gewisse Grenzkraftwerke angeordnet habe und dabei auch darauf hingewiesen, dass gegen diese Anweisung von den Betroffenen Rechtsmittel ergriffen werden könnten (oben Rz. 138; act. 45 Beilage 16). Wenn die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen darin einen «ersten Schritt hin zur Beendigung der vorrangigen Berücksichtigung von sämtlichen auf Altverträgen beruhenden Energielieferungen an der Grenze DE-CH» sahen (vgl. oben Rz. 139), kann dies somit grundsätzlich nicht der Gesuchsgegnerin angelastet werden. Angesichts der schon zu einem früheren Zeitpunkt geäusserten Kündigungsabsichten der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen erscheint es zudem naheliegend, dass diese in der von der EICom angeordneten Reduktion der vorrangig zu vergebenden Übertragungskapazität aus ihrer Sicht einen Schritt in die richtige Richtung sahen. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, bei den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen sei der Eindruck entstanden, die Schweiz gebe die im Schweizer Recht ausdrücklich vorgesehenen Vorränge gänzlich auf.

- 145 Die Gesuchsgegnerin reicht im vorliegenden Verfahren keine Belege dafür ein, dass sie die anschliessend von der ECom kommunizierte Verschiebung des Umsetzungstermins sowie den Rückzug der Anordnung «bis auf Weiteres» infolge der von den Grenzkraftwerksgesellschaften anhängig gemachten Verfahren in irgendeiner Weise den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen kommuniziert hätte. Die ECom geht zwar davon aus, dass die Gesuchsgegnerin dies mindestens der TransnetBW GmbH in ihrer Eigenschaft als Auktionskoordinatorin mitgeteilt hat, zumal es unbestritten ist, dass die von der Anweisung der ECom betroffenen Vorränge bis Ende 2014 ungeschmälert gewährt wurden. Gleichwohl fehlt jeglicher Beleg dafür, dass die Gesuchsgegnerin gegenüber den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen mit Nachdruck auf die Notwendigkeit der vorläufigen ungeschmälerten Fortführung der Vorränge gedrängt hat. Vielmehr schien sie davon auszugehen, dass es praktisch unmöglich sei, die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen davon zu überzeugen, dass eine Vorranggewährung nach Schweizer Recht wiederum zwingend zu gewährleisten sei (act. 45 Rz. 54) – dies, obschon diesen gegenüber von Schweizer Seite niemals eine gänzliche Einstellung der nach Schweizer Recht zu gewährenden Vorränge thematisiert worden war. Darin kann durchaus eine gewisse Sorgfaltswidrigkeit der Gesuchsgegnerin gesehen werden: Aufgrund des Schreibens der ECom vom 4. Juli 2014 musste der Gesuchsgegnerin klar sein, dass die Vorränge der Grenzkraftwerke an der Grenze DE-CH bis auf Weiteres im bisherigen Umfang zu gewähren sein würden und dass dies aufgrund der hängigen Verfahren über Jahre hinweg der Fall sein könnte. Gerade weil die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen die vorgesehene Reduktion der Vorränge seitens der ECom scheinbar als ersten Schritt hin zu einer gänzlichen Aufhebung der Vorränge aufgefasst hatten (vgl. oben Rz. 139 und 144) und weil sie ursprünglich in Aussicht gestellt hatten, mit der Kündigung bis zum Vorliegen der Rechtsabklärungen seitens der Schweizer Behörden zuzuwarten (vgl. act. 45 Beilage 16 sowie oben Rz. 135), wäre es die Pflicht der Gesuchsgegnerin gewesen, die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen deutlich auf den Fortbestand sämtlicher Vorränge gemäss Schweizer Recht und insbesondere auf die voraussichtliche (höchst)richterliche Überprüfung der von der ECom vertretenen Rechtsauffassung hinzuweisen.
- 146 Damit stellt sich die Frage, ob sich diese Unterlassung als kausal für die ausgesprochene Kündigung – oder zumindest den Zeitpunkt der Kündigung – erweist. Nach Auffassung der ECom kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine klare Information und Aufforderung der Gesuchsgegnerin an die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen die Kündigung mindestens hätte verschieben können. Denn diese hatten immerhin zugesichert, die Rechtsabklärungen der Schweizer Behörden (wobei hier allerdings in erster Linie die Rechtsabklärungen zum Gutachten Moench und nicht die gerichtliche Überprüfung der Auslegung des Schweizer Rechts durch die ECom gemeint war) abzuwarten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen sich davon hätten überzeugen lassen, die Klärung der Rechtslage in der Schweiz abzuwarten. Ein Kausalzusammenhang zwischen dieser (mutmasslichen) Unterlassung der Gesuchsgegnerin und der Kündigung des alten Kooperationsvertrags durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ist jedoch nur zu bejahen, wenn die Unterlassung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Kündigung vermieden hätte. Eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit ist vorliegend nicht ersichtlich. Das potentiell sorgfaltswidrige Verhalten der Gesuchsgegnerin in diesem Punkt ist daher nicht kausal für die Kündigung.

#### **3.4.2.7 Kündigung**

- 147 Mit Schreiben vom 23. September 2014 an die Gesuchsgegnerin kündigten die TransnetBW GmbH und die Amprion GmbH den bestehenden Kooperationsvertrag vom 29. März 2006 (act. 45 Beilage 1). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Amprion GmbH und die TransnetBW GmbH beabsichtigten, etwaige vertragliche Vereinbarungen betreffend grenzüberschreitende Liefer- bzw. Reserveverträge betreffend die Netznutzung des von der TransnetBW GmbH

betriebenen Transportnetzes an der Grenzkuppelstelle DE-CH (Altverträge) nicht mehr auktionunabhängig zu berücksichtigen bzw. hilfsweise zu kündigen. Ziffer 6 des Vertrags verpflichtete sie, die Kapazitätsrechte aus bestehenden Altverträgen zu berücksichtigen. Ziffer 8 des Vertrags verpflichtete sie gleichzeitig zur Freistellung der anderen Auktionspartner von Ansprüchen Dritter, welche diese aufgrund einer schuldhaften Verletzung der Pflicht zur vorrangigen Berücksichtigung der Altverträge geltend machen könnten. Vor dem Hintergrund dieser einseitigen Haftungsregelung und angesichts der eindeutigen Empfehlung des Gutachtens Moench sei es ihnen nicht möglich, dauerhaft an dem Kooperationsvertrag festzuhalten.

- 148 Mit Schreiben vom 29. September 2014 teilte die TransnetBW GmbH den mutmasslich aus Altrechten im Sinne des alten Kooperationsvertrags Berechtigten – so auch der Gesuchstellerin – mit, dass die in der Vergangenheit gewährte vorrangige Netznutzung des von der TransnetBW GmbH betriebenen Transportnetzes an der Grenzkuppelstelle Deutschland-Schweiz ab 1. Januar 2015 nicht mehr gewährt werden könnte. «Vorsorglich» wurden dabei gemäss der Empfehlung im Gutachten Moench hilfsweise alle vertraglichen Beziehungen, die ein entsprechendes Recht auf vorrangige Berücksichtigung an der Grenzkuppelstelle DE-CH begründen, auf dasselbe Datum gekündigt (act. 1 Beilage 10). Die in jenem Schreiben an die Gesuchstellerin aufgelisteten Altverträge betreffen keine Lieferungen aus dem Grenzkraftwerk Albruck-Dogern, was darauf zurückzuführen sein dürfte, dass der diesbezügliche Altvertrag gemäss Anhang 7a des alten Kooperationsvertrags seit geraumer Zeit nicht mehr gültig war, weshalb für solche Lieferungen kein Vorrang mehr gewährt wurde (vgl. dazu oben Rz. 84 ff.).
- 149 Mit E-Mail vom 1. Oktober 2014 informierte die Gesuchsgegnerin die ECom über die erfolgte Kündigung und teilte mit, dass die TransnetBW GmbH um eine unverzügliche Neuverhandlung des Kooperationsvertrags gebeten habe (act. 45 Beilage 20).

### **3.4.3 Neuverhandlung eines Kooperationsvertrags**

#### **3.4.3.1 Allgemeines**

- 150 Die Gesuchsgegnerin und die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nahmen daraufhin im Rahmen der «Arbeitsgruppe Auktionsregeln» umgehend Vertragsverhandlungen auf (act. 45 Rz. 60), welche sich, wie in der Zusammenarbeit zwischen den Übertragungsnetzbetreiberinnen üblich, per E-Mail und Telefonkonferenzen austauschte (act. 45 Rz. 58 und 60). Dabei wurde auf einen «bereits fortgeschrittenen Entwurf» aus dem Jahr 2011 abgestellt (act. 45 Beilage 22, vgl. auch oben Ziff. 3.4.2.1).
- 151 Für den Ablauf der Verhandlungen kann – soweit nicht in den nachfolgenden Ausführungen abgehandelt – auf die von der Gesuchsgegnerin eingereichte Übersicht verwiesen werden (act. 45 Beilagen 21/22). Bei der Beurteilung, ob die Gesuchsgegnerin im Rahmen der Verhandlungen dafür verantwortlich gemacht werden kann, dass im neuen Kooperationsvertrag keine vorrangige Vergabe grenzüberschreitender Übertragungskapazität mehr vorgesehen war, ist nachfolgend durchwegs zu berücksichtigen, dass die Kündigung des alten Kooperationsvertrags offenkundig mit dem Zweck erfolgt war, jegliche Gewährung von Vorrängen zu beenden. Die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen hatten mit der Kündigung klar zum Ausdruck gebracht, dass die Gewährung von Vorrängen aus ihrer Sicht weder mit dem deutschen noch mit dem übergeordneten europäischen Recht vereinbar sei. Es bedarf keiner weiteren Erklärung, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht bereit waren, in einem neu ausgehandelten Vertrag die nach ihrer Auffassung rechtswidrigen Vorränge aus dem alten Vertrag erneut unverändert aufzunehmen (vgl. auch act. 45 Beilage 23, E-Mail von [...] vom 1. Oktober 2014). Der Vorwurf der Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin habe sich gegen die Streichung der Vorränge aus dem bisherigen Vertragstext mit keinem Wort gewehrt (act. 53 Rz. 75), erweist sich vor diesem Hintergrund als

unbegründet. Zu prüfen ist nachfolgend allerdings, ob es verhandelbare Alternativen zur bisherigen Umsetzung von aArtikel 17 Absatz 2 StromVG gegeben hätte und falls dies der Fall ist, ob die Gesuchsgegnerin dafür verantwortlich gemacht werden kann, dass diese nicht in den neuen Kooperationsvertrag eingeflossen sind.

- 152 Soweit aus den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen zu den Vertragsverhandlungen ersichtlich, stand das Thema der vorrangigen Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG in einer ersten Phase nicht im Vordergrund. Dies ist insofern nachvollziehbar, als sich die Gesuchsgegnerin aufgrund der grossen Bedeutung des grenzüberschreitenden Stromhandels für die Versorgungssicherheit und die im Handel tätigen Elektrizitätsunternehmen hinsichtlich des Kapazitätszuteilungsverfahrens an der Grenzkuppelstelle DE-CH keinen vertragslosen Zustand leisten konnte. Erste Priorität musste nach der Kündigung des alten Kooperationsvertrags somit die Verhandlung eines neuen Kooperationsvertrags haben, der die Nutzung des engpassbehafteten grenzüberschreitenden Übertragungsnetzes als Grundlage für den zuverlässigen und leistungsfähigen Netzbetrieb ohne Unterbrechung sicherstellte (Art. 20 Abs. 1 StromVG).

### **3.4.3.2 Vorschlag der Gesuchsgegnerin für ein Kapazitätssplitting**

- 153 Die Gewährung von Vorrängen i. S. v. aArtikel 17 Absatz 2 StromVG wurde von der Gesuchsgegnerin erst in der zweiten Novemberhälfte 2014 in den Verhandlungen thematisiert. Mit E-Mail vom 21. November 2014 an das «Steering Committee», welches die Neuverhandlung begleitete, brachte die Gesuchsgegnerin als Lösungsansatz für die Gewährleistung der vom Schweizer Recht vorgesehenen Vorränge ein sogenanntes «Kapazitätssplitting» ein (act. 45 Beilage 43). Dabei wäre die an der Grenze verfügbare Übertragungskapazität virtuell je zur Hälfte dem jeweiligen Land zugesprochen worden (autonome Quote) und die Nutzung der jeweiligen autonomen Quote hätte sich nach der nationalen Gesetzgebung gerichtet. Im Rahmen der Schweizer Quote hätten somit die gesetzlichen Vorränge weiterhin gewährt werden können. Der nach Abzug der Vorränge verbleibende Anteil der Schweizer Quote wäre weiterhin mittels Auktion vergeben worden (act. 45 Rz. 62 ff. sowie Beilage 44).
- 154 Am 24. November 2014 präsentierte die Gesuchsgegnerin den Lösungsvorschlag in einer Telefonkonferenz dem Steering Committee (act. 45 Rz. 65). Aus dem von der TransnetBW GmbH erstellten Protokoll der Telefonkonferenz ist ersichtlich, dass die TransnetBW GmbH nach ersten Überlegungen im Vorschlag der Gesuchsgegnerin weiterhin eine nicht zulässige vorrangige Berücksichtigung von Altrechten sah, da nicht die gesamte verfügbare Kapazität auch im Markt verauktioniert werde. Aus dem Protokoll ist ferner ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin die deutschen Partner um Prüfung und Bewertung des Vorschlags bat, wozu diese einwilligten. Bemerkenswert ist an dieser Stelle, dass die Gesuchsgegnerin gemäss Protokoll den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zusicherte, dass dem Thema Altverträge in der Schweiz keine so hohe Bedeutung beigemessen werde, dass bei Nichteinigung eine getrennte Auktionsdurchführung drohe (act. 45 Beilage 46 S. 2).
- 155 Mit E-Mail vom 2. Dezember 2014 liess die TransnetBW GmbH der Gesuchsgegnerin namens der beiden deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen die in Aussicht gestellte Rückmeldung zum vorgeschlagenen Kapazitätssplitting zukommen und hielt im Ergebnis fest, sie seien nach der in der Kürze der Zeit gebotenen überschlägigen rechtlichen Einschätzung zum Ergebnis gelangt, dass dem Vorschlag der Gesuchsgegnerin nicht entsprochen werden könne. Zur Begründung führte die TransnetBW GmbH insbesondere aus, dass die Vorgehensweise einer ideellen bzw. virtuellen Aufteilung der verfügbaren Grenzkapazität und einer Berücksichtigung von Altverträgen im Rahmen der Schweizer Quote ihrer gesetzlichen Verpflichtung widerspreche, sämtliche Kapazitäten dem Markt zur Verfügung zu stellen. Gemäss dem Gutachten Moench fänden die

Vorgaben der StromhandelsVO und des deutschen Rechts uneingeschränkt auf die auf deutschem Hoheitsgebiet gelegenen Teile der Übertragungsleitungen an der Grenzkuppelstelle D-CH Anwendung. Bei einer ideellen Aufteilung der Grenzkapazitäten wären notwendigerweise auch Übertragungsleitungen im deutschem Hoheitsgebiet betroffen. Sofern in Bezug auf diese – auch für einen nur geringen Anteil der Schweizer autonomen Quote – Kapazitäten für Altvertragshalter vorrangig vergeben würden, dürfte dies den gesetzlichen Verpflichtungen der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen widerlaufen. Nebst weiteren Vorbehalten betreffend mögliche Marktverzerrungen, einen allfälligen Implementierungsaufwand und die Gefahr, dass die bisher eingenommene Rechtsposition durch eine solche Lösung konterkariert werden könne, wies die TransnetBW GmbH insbesondere darauf hin, dass sich die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ein solches Vorgehen vorab durch die BNetzA genehmigen lassen müssten. Ein Ergebnis der behördlichen Prüfung wäre angesichts bisheriger Erfahrungswerte kurzfristig nicht zu erwarten (act. 45 Beilage 48).

156 Die Gesuchstellerin bringt zu diesen Vorgängen im Wesentlichen vor, die Gesuchsgegnerin habe die für die Schweiz relevante Umsetzung der gesetzlich vorgeschriebenen Vorrangskapazitäten am 16. Oktober 2014 kampf- und kraftlos aufgegeben und zu spät einen Lösungsvorschlag eingebracht (act. 53 Rz. 79 ff.). Erst am 21. November 2014, also nachdem man über einen Monat verhandelt und signalisiert gehabt hatte, dass man keine Einwände gegen die Streichung der Gewährung von Vorrangskapazitäten habe, habe die Gesuchsgegnerin einen Vorschlag eingebracht, welcher im Einklang mit Artikel 17 Absatz 2 StromVG gestanden hätte. Zu diesem Zeitpunkt habe die Gesuchsgegnerin für dieses Anliegen über keine Verhandlungsmacht mehr verfügt (act. 53 Rz. 80). Derart spät in den Verhandlungen einen Vorschlag einzubringen, ohne dies bereits zu einem früheren Zeitpunkt angezeigt zu haben, entspreche nicht den Gepflogenheiten einer Vertragsverhandlung (act. 53 Rz. 81). Zudem lasse sich Beilage 44 von act. 45 entnehmen, dass der Vorschlag von der Gesuchsgegnerin nur auf Aufforderung der EICom hin unterbreitet worden sei (Act. 53 Rz. 83). Die Aussage der Gesuchsgegnerin, dass dem Thema Altverträge in der Schweiz keine so hohe Bedeutung beigemessen werde, dass bei Nichteinigung eine getrennte Auktionsdurchführung drohe, sei überraschend, da der Gesuchsgegnerin bekannt gewesen sei, dass sich die betroffenen Grenzkraftwerke gegen die Einschränkung der Vorrangskapazitäten rechtlich zur Wehr gesetzte hatten (Act. 53 Rz. 86 f.). Es habe mit der Möglichkeit einer getrennten Auktionsführung zudem eine Lösung gegeben, mit welcher Artikel 17 Absatz 2 StromVG hätte eingehalten werden können (act. 53 Rz. 88). Die Gesuchsgegnerin hätte auf ihren Lösungsvorschlag bestehen müssen und hätte den neuen Kooperationsvertrag niemals unterzeichnen dürfen, da sie mit dessen Unterzeichnung mehrfach gegen Schweizer Recht verstossen habe. Ohne Unterzeichnung des neuen Kooperationsvertrags wären die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ebenfalls unter Zugzwang gestanden, was eine rechtskonforme Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG erlaubt hätte (act. 53 Rz. 89). Dass die Gesuchsgegnerin den Vorschlag zu spät eingebracht habe zeige sich auch aus der Reaktion der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen, wonach nur eine «in der Kürze der Zeit gebotene überschlägige rechtliche Einschätzung» vorgenommen wurde sowie aus dem Umstand, dass ein derartiges Verfahren vorab durch die BNetzA hätte genehmigt werden müssen (act. 53 Rz. 90 und 93).

157 Wie die Gesuchsgegnerin in der Präsentation zu Händen des Steering Committee selbst dargelegt hat, ging ihr Vorschlag vom 21. November 2014 für ein Kapazitätssplitting in der Tat auf eine Aufforderung der EICom zurück, Lösungsmöglichkeiten zu prüfen, die im Rahmen der Kapazitätsvergabe den Rechtsrahmen beider Länder respektieren (Act. 45 Beilage 44). Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des zu diesem Zeitpunkt bestehenden Zeitdrucks für den Abschluss eines neuen Kooperationsvertrags ist davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin ohne diese Aufforderung der EICom selbst zu diesem späten Zeitpunkt nicht von sich aus alternative Lösungsvorschläge in die Verhandlung eingebracht hätte. Angesichts der zwecks Beendigung der vorrangigen Vergabe von Kapazitäten von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen ausgesprochenen Kündigung lag der Fokus der Gesuchsgegnerin mithin nicht auf der

Suche nach alternativen Umsetzungsvarianten für aArtikel 17 Absatz 2 StromVG, sondern darauf, per 1. Januar 2015 (respektive bereits im Dezember für die Durchführung der Jahresauktion für 2015) zumindest weiterhin eine koordinierte und effiziente Nutzung des grenzüberschreitenden Übertragungsnetzes sicherzustellen (vgl. dazu oben Rz. 152). Den neuen Kooperationsvertrag – wie von der Gesuchstellerin gefordert – als Druckmittel gegenüber den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nicht zu unterschreiben war dabei keine zulässige Option. Das Bundesgericht hat diesbezüglich in den Urteilen 2C\_390/2016 und 2C\_391/2016 festgehalten, dass es der Gesuchsgegnerin nicht freistehe, auf einen Vertragsabschluss zu verzichten, wenn die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen Bedingungen stellen, die mit der schweizerischen Rechtsordnung nicht vereinbar sind. Denn so würde die Gesuchsgegnerin ihren gesetzlichen Auftrag zur Sicherstellung des grenzüberschreitenden Elektrizitätsverkehrs überhaupt nicht erfüllen. Wenn sie in dieser Situation einen Vertrag eingehe, der das Funktionieren der grenzüberschreitenden Übertragungsnetze wenn auch ohne Vorranggewährung sicherstelle und damit die schweizerischen Interessen nicht vollständig, aber doch immerhin teilweise wahrnehme, dann könne ihr auch nicht vorgeworfen werden, einen nichtigen Vertrag (Art. 20 OR) abgeschlossen zu haben (Urteile 2C\_390/2016 und 2C\_391/2016, E. 5.3.3). Dass die Gesuchsgegnerin dem rechtzeitigen Abschluss eines neuen Kooperationsvertrags Priorität einräumte und dabei auch in Kauf nahm, dass dieser unter Umständen nicht alle Vorgaben des schweizerischen Rechts erfüllt, kann ihr somit in der damaligen Situation nicht in grundsätzlicher Weise vorgeworfen werden.

- 158 Gleichwohl stellt sich die Frage, ob durch ein frühzeitigeres Einbringen alternativer Lösungsansätze ein Vertrag hätte verhandelt werden können, welcher aArtikel 17 Absatz 2 StromVG vollständig oder zumindest teilweise umgesetzt hätte. In einer E-Mail vom 13. Oktober 2014 an Mitarbeitende der Amprion GmbH schrieb die Gesuchsgegnerin zwar, dass die Anpassung der Passagen zu den Altverträgen Priorität haben sollte (act. 45 Beilage 23; vgl. auch act. 59 Rz. 51). Soweit aus den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen ersichtlich, hat diese dem Thema Vorränge in den Verhandlungen dann jedoch bis zur Einreichung des Vorschlags für ein Kapazitätssplitting nicht nur wenig, sondern so gut wie gar keine Priorität eingeräumt.
- 159 Dies zeigt sich insbesondere in der Aussage der Gesuchsgegnerin am 24. November 2014 gegenüber dem Steering Committee, dass dem Thema Altverträge in der Schweiz keine so hohe Bedeutung beigemessen werde, dass bei Nichteinigung eine getrennte Auktionsdurchführung drohe (act. 45 Beilage 46 S. 2; oben Rz. 154). Eine getrennte Auktionsdurchführung würde bedeuten, dass ein und dieselbe grenzüberschreibende Übertragungskapazität in unkoordinierter Weise einmal auf deutscher und einmal auf Schweizer Seite mittels Auktion vergeben würde. Dieses Vorgehen wäre die ultima ratio, wenn mangels Kooperation zwischen der Gesuchsgegnerin und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen kein gemeinsames Vergabeverfahren zustande käme. Zwar könnten so auf Schweizer Seite die Vorränge gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt werden. Eine unkoordinierte doppelte Vergabe der Übertragungskapazitäten hätte jedoch zur Folge, dass nur diejenigen Marktteilnehmer tatsächlich Übertragungskapazität in Anspruch nehmen können, welche sowohl auf deutscher als auch auf Schweizer Seite die benötigte Übertragungskapazität erwerben konnten. Die verfügbare Kapazität könnte in vielen Fällen nicht voll ausgenutzt werden, weshalb sich ein solches Verfahren als hochgradig ineffizient erweise und dem Markt wertvolle grenzüberschreitende Übertragungskapazität entzöge. Eine getrennte Auktionsdurchführung widerspräche daher im Ergebnis der allgemeinen Pflicht der Netzbetreiber zur Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes (Art. 8 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 20 Abs. 1 StromVG) und würde zudem der ausdrücklichen Pflicht der Gesuchsgegnerin zur Kooperation mit den ausländischen Übertragungsnetzbetreiberinnen (Artikel 20 Abs. 2 Bst. e StromVG) zuwiderlaufen. Es handelt sich bei diesem Ansatz somit entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin (vgl. oben Rz. 156) nicht um eine Option, welche die Gesuchsgegnerin in die Vertragsverhandlungen hätte einbringen dürfen oder müssen, sondern um ein ineffizientes, den Prinzipien des StromVG zuwiderlaufendes Szenario, welches einträfe, wenn die Kooperation bei der Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität (mit Ausnahme

der auch in diesem Szenario erforderlichen Abstimmung bei der Festlegung der nutzbaren Kapazität; vgl. act. 59 Rz. 60) zum Erliegen käme. Trotzdem erscheint die Aussage der Gesuchsgegnerin, wonach dem Thema Vorränge in der Schweiz keine so grosse Bedeutung zugemessen werde, dass es zu diesem Szenario kommen könnte, im Verhandlungskontext äusserst problematisch und zeugt von der geringen Priorität, mit der die Gesuchsgegnerin dieses Thema behandelte. Vor dem Hintergrund der unmittelbar davor erfolgten Anweisung der EICom, in den Verhandlungen Lösungsmöglichkeiten zu prüfen, welche das Schweizer Recht respektieren sowie der von den Grenzkraftwerksgesellschaften anhängig gemachten – und der Gesuchsgegnerin als involvierte Partei bestens bekannten – Verfahren konnte die Gesuchsgegnerin nach Treu und Glaube nicht davon ausgehen, dem Thema Vorränge werde in der Schweiz keine grosse Bedeutung zugemessen. Trotzdem gab sie mit obgenannter Aussage gegenüber ihren Verhandlungspartnerinnen deutlich zu verstehen, dass diese bei einer Ablehnung von Vorschlägen zur Umsetzung von aArtikel 17 Absatz 2 StromVG nicht mit nennenswertem Widerstand zu rechnen hatten. In diesem Punkt ist der Gesuchsgegnerin daher durchaus eine sorgfaltswidriges Verhalten in der Verhandlung vorzuwerfen und es stellt sich die Frage, ob dieses kausal dafür war, dass der eingebrachte Lösungsvorschlag nicht in den neuen Kooperationsvertrag Eingang gefunden hat.

- 160 Aus der Rückmeldung der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen vom 2. Dezember 2014 (vgl. oben Rz. 155) ist ersichtlich, dass diese den von der Gesuchsgegnerin eingebrachten Vorschlag für ein Kapazitätssplitting in Form einer Aufteilung der Gesamtkapazität in zwei autonome Quoten als rechtlich unzulässig einstufen. Zwar handelte es sich dabei infolge des bestehenden Zeitdrucks nur um eine «überschlägige» rechtliche Einschätzung. Es erscheint gleichwohl sehr unwahrscheinlich, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen nach einer vertiefteren Prüfung des Lösungsvorschlags zu einem völlig anderen Ergebnis gelangt wären. Auch bei einer härteren Verhandlungsart der Gesuchsgegnerin hätte dieser Lösungsvorschlag somit kaum durchgesetzt werden können. Hinzu kommt, dass ein solcher Systemwechsel bei der Vergabe der marktorientierten Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität gemäss den Aussagen der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen von der BNetzA hätte genehmigt werden müssen. Abgesehen davon, dass eine solcher Entscheid der BNetzA damals nicht rechtzeitig hätte eingeholt werden können, muss ferner auch davon ausgegangen werden, dass die BNetzA damals zu derselben rechtlichen Einschätzung gelangt wäre wie die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen. Dies zeigt insbesondere ein später mit Blick auf die Umsetzung des per 1. Oktober 2017 revidierten Artikel 17 Absatz 2 StromVG durchgeführter Austausch zwischen der EICom und der BNetzA. Die EICom hat der BNetzA in diesem Zusammenhang am 14. August 2018 mehrere Lösungsvorschläge für die künftige Umsetzung der nach Schweizer Recht weiterhin vorgesehenen Vorränge unterbreitet, wovon zwei im Wesentlichen auf dem damals von der Gesuchsgegnerin in die Verhandlung eingebrachten Konzept des Kapazitätssplittings beruhten (act. 78, Varianten a und b). Die BNetzA hielt in ihrer Antwort an die EICom vom 20. November 2018 unmissverständlich fest, dass diese Lösungsvorschläge aus ihrer Sicht genauso wenig mit dem deutschen und europäische Gleichbehandlungsgebot vereinbar seien wie die alte Rechtspraxis vor der Kündigung des alten Kooperationsvertrags zwischen den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen und der Gesuchsgegnerin (act. 79). Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen auch damals nicht die erforderliche Zustimmung der BNetzA für den Lösungsvorschlag der Gesuchsgegnerin erhalten hätten. Das in diesem Punkt potentiell sorgfaltswidrige Verhalten der Gesuchsgegnerin war somit nicht kausal dafür, dass ihr Lösungsvorschlag im neuen Kooperationsvertrag nicht berücksichtigt wurde.

### **3.4.3.3 Gegenvorschlag der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen**

- 161 Aus dem vorstehend in Randziffer 154 erwähnten Protokoll zur Telefonkonferenz des Steering Committee vom 24. November 2014 ist ersichtlich, dass von der TransnetBW GmbH als «nahezu



gleichwertige mögliche Alternative» zum Kapazitätssplitting (vgl. dazu oben Ziffer 3.4.3.2) eine rein finanzielle Entschädigung der Vorrangberechtigten aus den Engpasserlösen auf Schweizer Seite vorgeschlagen wurde. Gemäss Protokoll entgegnete die Gesuchsgegnerin, dass hierfür in der Schweiz die gesetzliche Basis fehle und es ist kurz diskutiert worden, ob die finanzielle Entschädigung für die Altrechteinhaber akzeptabel wäre. Gemäss der Gesuchsgegnerin hätten die bisherige Reaktionen der Altrechteinhaber gezeigt, dass sie eine physikalische Nutzung bevorzugen (act. 45 Beilage 46 S. 2).

162 Nachfolgend ist daher zu klären, ob eine rein finanzielle Gewährung von Vorrängen damals eine zulässige Option gewesen wäre und falls ja, ob die Gesuchstellerin mit der Ablehnung des von deutscher Seite eingebrachten Vorschlags zur Unmöglichkeit der Vorranggewährung beigetragen hat. Die Gesuchsgegnerin ging damals offenkundig von der Unzulässigkeit einer finanziellen Gewährung von Vorrängen aus und lehnte diesen Vorschlag daher ab. Auch im vorliegenden Verfahren merkt sie diesbezüglich (allerdings mit Blick auf die nicht verfahrensgegenständliche Umsetzung der Vorränge unter der seit 1. Oktober 2017 geltenden Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG) an, dass aus ihrer Sicht eine finanzielle Rückerstattung gesetzlich nicht vorgesehen sei und dass die Vorränge aufgrund der gesetzgeberischen Intention in erster Linie physisch zu gewähren seien. Artikel 17 Absatz 2 StromVG gehe nämlich davon aus, dass die dort geregelten Vorränge nicht nach den in Absatz 1 genannten markorientierten Verfahren, sondern vorab bzw. ausserhalb dieser Verfahren zugeteilt werden. Bei einer rein finanziellen Gewährung von Vorrängen müssten jedoch auch die Vorrangberechtigten zunächst an diesen markorientierten Verfahren teilnehmen; es würden somit entgegen dem Wortlaut von Artikel 17 Absatz 2 StromVG nicht Vorränge «bei der Zuteilung von Kapazitäten» gewährt, sondern nachträgliche finanzielle Kompensationen geleistet. Die Gesuchsgegnerin verweist diesbezüglich auf das Urteil des Bundesgerichts 2C\_632/2016 vom 6. November 2017, E. 3.7 (act. 86 Rz. 22).

163 Vorab ist in diesem Kontext festzuhalten, dass die ECom gegenüber der Gesuchsgegnerin bereits einmal die rückwirkende Gewährung eines finanziellen Vorrangs verfügt hat (Verfügung 921-09-003 vom 12. Mai 2011). Diese Verfügung ist rechtskräftig. Der Gesuchsgegnerin ist somit bekannt, dass die ECom deren heute vertretene Auffassung zur Zulässigkeit rein finanzieller Vorränge gemäss aArtikel 17 Absatz 2 StromVG mindestens in der Vergangenheit nicht teilte. Offensichtlich beruft sich die Gesuchsgegnerin nun jedoch auf die inzwischen ergangene Rechtsprechung der Rechtsmittelinstanzen der ECom, weshalb diese nachfolgend zu untersuchen ist: Das Bundesgericht hat im von der Gesuchstellerin zitierten Urteil 2C\_632/2016 vom 6. November 2017 betreffend «kaufmännische Vorränge» (in diesem Fall für Lieferungen an feste Endverbraucher gemäss aArt. 17 Abs. 2 i. V. m. Art. 13 Abs. 3 Best. a StromVG), wie von der Gesuchsgegnerin vorgebracht, festgehalten, aArtikel 17 Absatz 2 StromVG gehe davon aus, dass die dort geregelten Vorränge nicht nach den in Absatz 1 genannten markorientierten Verfahren, sondern vorab bzw. ausserhalb dieser Verfahren zugeteilt würden. Bei einem kaufmännischen Vorrang müssten jedoch auch die Vorrangberechtigten zunächst an diesen markorientierten Verfahren teilnehmen; es würden somit entgegen dem Wortlaut von aArtikel 17 Absatz 2 StromVG nicht Vorränge «bei der Zuteilung von Kapazitäten» gewährt, sondern nachträgliche finanzielle Kompensationen geleistet. Die Auktionspreise, welche die Vorrangberechtigten zunächst an die Gesuchsgegnerin bezahlen, wären somit Teil der Auktionserlöse. Deren Verwendungszwecke seien aber in Artikel 17 Absatz 5 StromVG abschliessend geregelt: Rückerstattungen an Vorrangberechtigte gehörten nicht dazu; sie könnten insbesondere nicht als Kosten zur Gewährleistung der Verfügbarkeit der zugeteilten Kapazität (lit. a) betrachtet werden, würde doch durch eine nachträgliche Kompensation gerade nicht eine zugeteilte Kapazität verfügbar gehalten. Dies sei ein Hinweis, dass der Gesetzgeber offenbar nicht an einen kaufmännischen Vorrang gedacht habe (E. 3.7.3.1). Gemäss Bundesgericht wirft ein solches System zudem zahlreiche Fragen auf, die gesetzlich nicht geregelt sind. Dies sei ein weiterer Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber einen solchen kaufmännischen Vorrang nicht in Betracht gezogen habe. Gänzlich ausschliessen wollte das Bundesgericht in diesem Urteil die Möglichkeit finanzieller Vorränge indes doch nicht. Denn

es führte auch aus, dass – wenn überhaupt – höchstens ein System mit Artikel 17 Absatz 5 StromVG vereinbar wäre, bei welchem derjenige Teil der Auktionserlöse an die Vorrang- bzw. Kompensationsberechtigten verteilt werde, der von den Vorrangberechtigten stamme. Da die Auktionserlöse hälftig den ausländischen Übertragungsnetzbetreiberinnen zustünden, würde somit effektiv höchstens die Hälfte der von den Vorrangberechtigten bezahlten Auktionspreise zurückerstattet (E. 3.7.3.3).

- 164 Auch in den vorstehend unter Ziffer 3.3.2 bereits eingehend betrachteten, gleichentags gefällten Urteilen des Bundesgerichts 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 vom 6. November 2017 ging das Bundesgericht davon aus, dass die vom schweizerischen Recht vorgeschriebene Vorranggewährung i. S. v. aArtikel 17 Absatz 2 StromVG faktisch nicht ohne die Mitwirkung der nicht dem schweizerischen Recht unterstehenden deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen möglich sei und hat daraus geschlossen, dass die Vorranggewährung objektiv unmöglich sei (E. 5.3.2). Die Frage der Zulässigkeit finanzieller Vorränge wurde vom Bundesgericht zwar nicht explizit beantwortet. Implizit ergibt sich aus dem Urteilen aber, dass das Bundesgericht keine andere Umsetzungsmöglichkeit von aArtikel 17 Absatz 2 StromVG sah als eine physische.
- 165 Aus der zitierten Rechtsprechung lässt sich nach Auffassung der EICom zwar kein absoluter Ausschluss einer finanziellen Gewährung von Vorrängen unter aArtikel 17 Absatz 2 StromVG erkennen: So hat das Bundesgericht im Urteil 2C\_632/2016 immerhin dargelegt, wie ein StromVG-konformer finanzieller Vorrang allenfalls aussehen könnte. Und in den Urteilen 2C\_390/2016 und 2C\_391/2016 ging das Bundesgericht zwar implizit davon aus, dass Vorränge nur physisch gewährt werden können. Gleichzeitig hielt es aber auch fest, dass die finanziellen Folgen bei Nichtgewährung des Vorrangs (welche nach Auffassung der EICom im Ergebnis je nach konkreter Ausgestaltung einer finanziellen Gewährung von Vorrängen gleichkommen können) durch die EICom festzulegen seien. Nichts desto trotz ergibt sich aus den erwähnten Urteilen aber deutlich, dass der Gesetzgeber beim Erlass von aArtikel 17 Absatz 2 StromVG zumindest keine finanziellen Vorränge vor Augen hatte. Die am 24. November 2014 im Steering Committee – trotz Kenntnis eines von der EICom angeordneten finanziellen Vorrangs – geäusserte Einschätzung der Gesuchsgegnerin, wonach in der Schweiz die gesetzliche Basis für rein finanzielle Vorränge fehle, erweist sich in Bezug auf die damalige Rechtslage somit als vertretbar. Ein sorgfaltswidriges Verhalten kann der Gesuchsgegnerin diesbezüglich nicht vorgeworfen werden.

#### **3.4.3.4 Abschluss des neuen Kooperationsvertrags**

- 166 Am 8. Dezember 2014 stellte die TransnetBW GmbH den Vertragspartnern die finale Fassung des neuverhandelten Kooperationsvertrags zur Unterschrift zu (act. 45 Rz. 69 und Beilage 56). Die Gesuchsgegnerin stellte diesen am Folgetag auch der EICom zur Kenntnisnahme zu (act. 45 Beilage 49).
- 167 Am 11. Dezember 2014 informierte die Gesuchsgegnerin sämtliche Vorrangberechtigte – so auch die Gesuchstellerin – über die Einstellung der vorrangigen Kapazitätsvergabe aufgrund der Kündigung des alten Kooperationsvertrags (act. 45 Rz. 70; act. 1 Beilage 12).
- 168 Mit Schreiben vom 17. Dezember 2014 teilte die Gesuchsgegnerin der EICom formell den Abschluss des neuen Kooperationsvertrags mit und führte aus, dass die Vorschläge der Gesuchsgegnerin zur Gewährung der vorrangigen Vergabe – auch zum Splitting der Grenzkapazitäten – abgelehnt worden seien. Der neue Kooperationsvertrag sehe dementsprechend ausschliesslich eine Vergabe nach marktorientierten Zuteilungsverfahren vor. Aus diesem Grund entfalle per 1. Januar 2015 die Möglichkeit, die Berücksichtigung von Kapazitätsrechten aus bestehenden Altverträgen sowie von Vorrängen nach Artikel 17 Absatz 2 StromVG an der Grenzkuppelstelle DE-CH rechtlich wie auch faktisch durchzusetzen. Die Gesuchsgegnerin habe die bisherigen Begünstigten mit Schreiben vom 11. Dezember 2014 darüber informiert, dass ab 1. Januar 2015 bis

auf Weiteres keine grenzüberschreitende Übertragungskapazität mehr vorrangig zugeteilt werden könne und sämtlicher Bedarf an Kapazität im marktorientierten Zuteilungsverfahren zu beschaffen sei. Die EICom werde gebeten, die Gesuchsgegnerin zu informieren, sofern von behördlicher Seite Optionen und Möglichkeiten bestünden, die Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG an der Grenzkuppelstelle Deutschland-Schweiz sicherzustellen (act. 11 Beilage 1).

- 169 Mit Schreiben an die Gesuchsgegnerin vom 19. Dezember 2014 nahm die EICom vom Abschluss des neuen Kooperationsvertrags Kenntnis und hielt fest, dass die stromversorgungsrechtlichen Vorgaben und insbesondere die Vorrangregelung gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG zu beachten und einzuhalten seien. Aufgrund der der EICom vorliegenden Informationen sei nicht definitiv abschätzbar, welche durch Artikel 17 Absatz 2 StromVG geschützten Vorränge an der schweizerisch-deutschen Grenze bestünden. Würden solche vorliegen, seien Mittel und Wege zu finden, diese innerhalb des schweizerischen Territoriums auch umzusetzen.

#### **3.4.4 Ereignisse nach Inkrafttreten des neuen Kooperationsvertrags**

- 170 Mit Blick auf die am 1. Oktober 2017 in Kraft getretene neue Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG (vgl. oben Ziff. 3.2), welche neu ausdrücklich auch die Vorränge der Grenzkraftwerke regelt und auf die Sicherstellung staatsvertraglich definierter Hoheitsanteile abstellt, hat die Gesuchsgegnerin die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen mit Schreiben vom 28. September 2017 um die gemeinsame Berücksichtigung dieser gesetzgeberischen Änderung gebeten. Gemäss den identischen Antwortschreiben vom 11./12. Dezember 2017 der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen stellt die Änderung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG ausschliesslich eine Konkretisierung des Kreises an auf schweizerischer Seite vorrangig zu berücksichtigender Rechte von Marktteilnehmern dar. Sie führe jedoch nicht zu einer Neubetrachtung des Sachverhalts. Im Übrigen führten die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen u. a. aus, den Grenzkraftwerken sei es unbenommen, die benötigten Grenzkapazitäten im Wege des üblichen Auktionsprozesses zu erwerben (act. 45 Beilagen 57 und 58).
- 171 Auch die EICom ist mit Blick auf die Umsetzung des revidierten Artikel 17 Absatz 2 StromVG aktiv geworden, um zusammen mit der BNetzA eine Lösung für die künftige Umsetzung der im Schweizer Recht vorgesehenen Vorränge zu erarbeiten. Mit Schreiben vom 26. April 2018 wies die EICom die BNetzA u. a. darauf hin, dass aus Schweizer Sicht nach wie vor Vorränge zu gewähren seien. Die grenzüberschreitende Kapazität sei nach Auffassung der EICom ein gemeinsames Thema beider Länder und könne entsprechend nicht durch das Recht des einen Landes vollumfänglich und abschliessend im Alleingang definiert werden. Die EICom gelange daher in einem ersten Schritt mit der Frage an die BNetzA, als zuständige deutsche Behörde, ob sie die Auffassung der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen teile, wonach das deutsche Recht keinen Vorrang zulasse (act. 71).
- 172 In einem Schreiben vom 17. Juli 2018 führte die BNetzA dazu aus, dass ihres Erachtens das Gutachten Moench sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis nicht zu beanstanden sei. Die BNetzA teile die darin zum Ausdruck gebrachte Einschätzung, wonach es mit dem unions- und bundesrechtlichen Diskriminierungsverbot nicht vereinbar sei, einzelnen Kraftwerken oder sonstigen Marktakteuren unter Meldung ihrer Teilnahme am regulären Auktionsverfahren vorrangig einen Netzzugang zu gewähren. Zum Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots gehörten auch die im Unions- und Bundesgebiet befindlichen Teile der Grenzkuppelstelle. Die daraus folgende Konsequenz, wonach an einer Grenzkuppelstelle an der Unionsaussengrenze zwei Rechtsregime Anwendung finden, möge zwar zu Ineffizienzen bei der Kapazitätsvergabe führen. Dies sei aber für sich genommen noch kein Rechtfertigungsgrund, um Grenzkraftwerke zu privilegieren. Aus Sicht einer Behörde eines Mitgliedstaates der Europäischen Union wäre eine andere Sichtweise juristisch schwer begründbar (act. 72).

- 173 In einem erneuten Schreiben an die BNetzA vom 14. August 2018 präsentierte die EICom dieser vier Lösungsvorschläge, welche aus Sicht der EICom den Rechtsrahmen beider Länder respektieren und eine möglichst effiziente Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität gewährleisten. Es handelte sich dabei im Wesentlichen um verschiedene Varianten der beiden Ansätze «Kapazitätssplitting» und «finanzieller Vorrang» (act. 78).
- 174 Mit Schreiben vom 20. November 2018 teilte die BNetzA der EICom mit, dass die gemachten Vorschläge ihres Erachtens mit dem deutschen und europäischen Rechtsrahmen nicht vereinbar seien und daher von ihr nicht mitgetragen werden könnten. Selbst in Bezug auf die Variante «d», welche eine ausschliesslich von der Gesuchsgegnerin abgewickelte finanzielle Abgeltung der Vorrangberechtigten vorsieht, äusserte die BNetzA Bedenken, hielt dazu aber immerhin fest, dass sie von sich aus von einer Beanstandung absehen würde, wenn die anderen Nachbar-Regulatoren der Schweiz die Zahlungen an die Grenzkraftwerke als innerschweizerische Angelegenheit betrachten würden (act. 79).
- 175 Auf Frage der EICom hin bestätigte die BNetzA in einem weiteren Schreiben vom 25. Februar 2019, dass sie die Einschätzung der EICom teile, wonach die separate Vergabe der Grenzkupplkapazitäten an der deutsch-schweizerischen Grenze, d. h. eine Vergabe auf der schweizerischen Seite nach schweizerischem Recht und eine Vergabe auf der deutschen Seite nach deutschem Recht, beide Rechtsrahmen respektieren würde. Zudem teile sie auch die Ansicht der EICom wonach eine separate Vergabe aufgrund der Ineffizienz nicht angestrebt werden sollte, solange es eine andere Möglichkeit gebe, welche beide Rechtsordnungen respektiert (act. 80 und 81).
- 176 Sowohl die Gesuchsgegnerin als auch die EICom haben sich somit nach Inkrafttreten des revidierten Artikel 17 Absatz 2 StromVG auf deutscher Seite um eine Lösung für die Gewährleistung der im Schweizer Recht vorgesehenen Vorränge bemüht. Dabei hat sich erneut gezeigt, dass eine physische Umsetzung der Vorränge auf deutscher Seite sowohl von den Übertragungsnetzbetreiberinnen als auch von der BNetzA mit Verweis auf den auf deutscher Seite geltenden Rechtsrahmen weiterhin kategorisch abgelehnt wird. Dies verdeutlicht die klare Haltung welche von deutscher Seite seit Vorliegen des Gutachtens Moench in dieser Frage eingenommen wurde und bestätigt, dass ein physischer Vorrang weder Ende 2014 noch zu einem späteren Zeitpunkt verhandelbar war.

### **3.4.5 Fazit**

- 177 Aus den vorstehenden Erwägungen wird deutlich, dass die eingetretene Unmöglichkeit der (physischen) Gewährung von Vorrängen an der deutsch-schweizerischen Grenze auf die nach Vorliegen des Gutachtens Moench von den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen eingenommene Haltung zurückgeht, wonach jegliche vorrangige Vergabe von grenzüberschreitender Übertragungskapazität dem deutschen und europäischen Recht widerspricht. Aus den obigen Ausführungen folgt auch, dass die Gesuchsgegnerin für den Entscheid der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen zur Kündigung des alten Kooperationsvertrags nicht verantwortlich gemacht werden kann. Denn es ist in dieser Hinsicht bezüglich der verschiedenen Ereignisse nur in einem Punkt ansatzweise eine Pflichtverletzung der Gesuchsgegnerin erkennbar und es besteht kein adäquater Kausalzusammenhang zwischen ihren Handlungen und der ausgesprochenen Kündigung.
- 178 Im Rahmen der Verhandlungen für einen neuen Kooperationsvertrag kann der Gesuchsgegnerin zwar der Vorwurf gemacht werden, sie habe dem Thema «Vorränge» nicht die nötige Bedeutung zugemessen und das Thema infolgedessen in den Verhandlungen nicht mit der nötigen Priorität behandelt. Wie die obigen Ausführungen unter Ziffer 3.4.3 gezeigt haben, hätte aber auch eine

härtere, stärker auf die vom Schweizer Recht vorgesehenen Vorränge fokussierte Verhandlungsart der Gesuchsgegnerin nicht zu einer das Schweizer Recht respektierenden Lösung im neuen Kooperationsvertrag geführt. Auch dass die Gesuchsgegnerin den von deutscher Seite mutmasslich akzeptierten Lösungsansatz eines rein finanziellen Vorrangs nicht akzeptierte, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden. Denn wie die wenig später ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung zeigt, war die Einschätzung der Gesuchsgegnerin, wonach für eine solche Lösung die gesetzliche Grundlage fehle, in Bezug auf die alte Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG vertretbar.

- 179 Im Ergebnis ist die Gesuchsgegnerin somit weder für die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen noch für deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Kooperationsvertrag abzuschliessen, verantwortlich. Die Anträge 2, 3a, 4 und 4a der Gesuchstellerin (vgl. oben Rz. 65) sind daher abzuweisen.

### **3.5 Ungerechtfertigte Bereicherung / Herausgabe des stellvertretenden Commodums**

#### **3.5.1 Allgemeines**

- 180 Nach den obigen Ausführungen steht fest, dass die Unmöglichkeit der Vorranggewährung durch Umstände eingetreten ist, welche die Gesuchsgegnerin nicht zu verantworten hat (Art. 119 Abs. 1 OR). Sie wird daher nicht schadenersatzpflichtig (BGer 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016, E. 5.3.4). Zu prüfen ist aber, ob die Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums hat (BGer 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016, E. 5.3.4 f.).

#### **3.5.2 Ungerechtfertigte Bereicherung**

- 181 Gemäss Artikel 62 Absatz 1 OR hat wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Diese Verbindlichkeit tritt insbesondere dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 2 OR). Die Bestimmung ist auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts anwendbar (HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT in: Basler Kommentar OR I, Art. 62, Rz. 2). Voraussetzung für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist zunächst eine Bereicherung, d. h. eine Vermögensvermehrung auf der einen Seite und eine Entreichung auf der anderen Seite. Die Vermögensvermehrung des Bereicherten muss somit zu Lasten eines anderen, dem Entreicherten, erfolgt sein (HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT a. a. O., Art. 62, Rz. 5 ff. und 8). Eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen dem Entreicherten und dem Bereicherten ist dabei nicht vorausgesetzt. Auszugleichen ist vielmehr jede Bereicherung, die der Schuldner auf Kosten eines anderen erlangt hat (BGer 4C.338/2006 vom 27.11.2006, E. 3.1). Dabei ist aber mindestens ein Sachzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreichung erforderlich (HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT, a. a. O., Art. 62, Rz. 9). Eine Bereicherung kann dabei nicht nur durch eine Zuwendung des Entreicherten entstehen (sog. Leistungskondition; vgl. HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT a. a. O., Art. 62, Rz. 11 ff.), sondern auch durch unberechtigte Eingriffe des Bereicherten in das Vermögen eines anderen. Ein solcher Eingriff liegt vor, wenn jemandem die Herrschaft über einen Gegenstand (Sache, Recht) entzogen wird, wenn jemand am Gebrauch oder der Nutzung einer Sache oder eines Rechts gehindert wird, oder wenn eine fremde Sache verbraucht wird. (sog. Eingriffskondition, vgl. HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT, a. a. O., Art. 62, Rz. 19 ff.). Vorausgesetzt ist zu guter Letzt, dass die Bereicherung ungerechtfertigt ist, d. h., dass sie ohne Rechtsgrund erfolgt ist (HERMAN SCHULIN/ANNAÏG L. VOGT, a. a. O., Art. 62, Rz. 10). Der

Nutzen, den jemand aus einem Recht, das ihm aufgrund eines gültigen Rechtsgrundes von einem Dritten eingeräumt worden ist, erlangt hat, kann deshalb nicht unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung herausverlangt werden (BGer 4C.337/2002 vom 3.3.2003, E.2.2; HERMAN SCHULIN/ANNAIG L. VOGT, a. a. O., Art. 62, Rz. 10a).

- 182 Der mit dem neuen Kooperationsvertrag einhergehende Wegfall der vor dem 1. Januar 2015 gewährten Vorränge führt dazu, dass sich die mittels Auktion zu vergebende verfügbare Kapazität bei gleichbleibender nutzbarer Kapazität im Umfang der weggefallenen Vorränge erhöht. Jeder nicht gewährte Vorrang führt daher bei den Übertragungsnetzbetreibern grundsätzlich zu zusätzlichen Auktionserlösen (vgl. dazu ausführlicher unten Ziff. 3.5.4).
- 183 Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass sie seit dem 1. Januar 2015 solche Erlöse erzielt. Sie stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass sie durch die Einnahme von Auktionserlösen zu keinem Zeitpunkt einen wirtschaftlichen oder finanziellen Vorteil jedweder Art erzielt habe. Diese Einnahmen kämen nicht der Gesuchsgegnerin zugute, sondern würden von ihr lediglich treuhänderisch gehalten und nach Genehmigung durch die EICOM (Art. 22 Abs. 2 Bst. c StromVG) entsprechend den gesetzlich vorgesehenen Verwendungszwecken gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG eingesetzt (act. 45 Rz. 83). Der Einsatz von Auktionserlösen gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG führe in allen drei vorgesehenen Fällen dazu, dass sich die tarifbestimmenden Kosten reduzieren. Der Einsatz von Auktionserlösen komme daher einzig und alleine dem Endverbraucher – mithin der gesamten schweizerischen Volkswirtschaft – zugute. Auf den Betriebsgewinn der Gesuchsgegnerin zeitige die Einnahme von Auktionserlösen keinen Einfluss. Folglich profitiere sie als Unternehmen in finanzieller oder wirtschaftlicher Hinsicht auch nicht von höheren Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren (act. 45 Rz. 84; act. 86 Rz. 1 ff.).
- 184 Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, dass das Bundesgericht in den beiden Urteilen 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 nicht erwogen habe, dass der wirtschaftliche Vorteil der Gesuchsgegnerin zukommen müsse, sondern nur, dass die Gesuchsgegnerin einen solchen erzielt haben müsse. Es liege somit auch dann ein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen vor, wenn dieser Vorteil nicht bei der Gesuchsgegnerin verbleibe, sondern den Endverbrauchern zugutekomme. Dieser Vorteil könne beziffert werden und stehe nicht den Endverbrauchern, sondern den von der Nichtgewährung des Vorrangs betroffenen Anspruchsberechtigten zu (act. 53 Rz. 101 f.).
- 185 Das Bundesgericht hat sich im Urteil BGer 2C\_352/2015 vom 23. Mai 2016 in E. 7.5.3 zu einer ähnlichen Konstellation geäußert: In jenem Urteil ging es um Einnahmen der Gesuchsgegnerin aus Tarifen für Kraftwerksbetreiberinnen, welche gestützt auf eine gesetzeswidrige Verordnungsbestimmung, d. h. ohne gültigen Grund, erhoben worden waren und daher von der Gesuchsgegnerin zurückzubezahlen waren. Das Bundesgericht hat dazu erwogen, dass die Zahlungen an die Beschwerdegegnerin nicht isoliert betrachtet werden könnten, sondern nur im Kontext des gesamten gesetzlichen Systems. Dieses sehe vor, dass die Gesuchsgegnerin ihre anrechenbaren Netzkosten auf die Endverbraucher überwälzen könne (Art. 14 f. StromVG). Werde dieses System gesetzeskonform vollzogen, könne die Gesuchsgegnerin ihre gesamten Kosten mit ihren Einnahmen decken und es entstehe kein Liquiditätsengpass und kein Bedarf nach Fremdfinanzierung. Hätte es die gesetzeswidrige Verordnungsbestimmung nicht gegeben, hätte die Gesuchsgegnerin denjenigen Teil ihrer Kosten, den die Kraftwerksbetreiberinnen zu Unrecht bezahlt haben, vollumfänglich den Endverbrauchern überwälzen können. In der hypothetischen Vergleichssituation wäre ihr Vermögensstand deshalb gleich gewesen wie jetzt und sie hätte ebenfalls keine Fremdkapitalzinsen bezahlen müssen. Die Kraftwerksbetreiberinnen hätten anstelle der eigentlich zahlungspflichtigen Endverbraucher der Gesuchsgegnerin das nötige Kapital zur Verfügung gestellt; es liege wohl eine Entreichung der Kraftwerke vor, aber nicht eine entsprechende (Ersparnis-) Bereicherung der Gesuchsgegnerin.

- 186 Diese Erwägungen des Bundesgerichts stützen die Argumentation der Gesuchsgegnerin und hätte konsequent zu Ende gedacht zur Folge, dass sämtliche gemäss dem StromVG – und damit der Cost Plus Regulierung – unterliegende Unternehmen per Definition niemals bereichert sein könnten. Aus Sicht der ECom bestehen indes keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der im StromVG vorgesehenen Cost Plus Regulierung eine ganze Branche von einem wesentlichen Rechtsinstitut wie der Kondiktion hätte ausnahmen wollen. In den beiden – über ein Jahr nach dem vorstehend zitierten Urteil 2C\_352/2015 ergangenen – Urteilen 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 hat das Bundesgericht zudem ausdrücklich festgehalten, dass die Gesuchsgegnerin durch den Wegfall der Vorränge einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt haben könnte, welcher nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben wäre (E. 5.3.5). Damit bestehen durchaus Anhaltspunkte dafür, dass eine Bereicherung der Gesuchsgegnerin vorliegen könnte. Die Frage kann vorliegend aber letztlich offengelassen werden, da ein Anspruch der Gesuchstellerin aus ungerechtfertigter Bereicherung aus anderen Gründen zu verneinen ist.
- 187 Es ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin ihren Anteil an der im Grenzkraftwerk Albruck-Doorn produziertem Elektrizität seit dem 1. Januar 2015 in Deutschland verwertet hat und daher für diese Lieferungen keine grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten ersteigert hat (act. 1 Rz. 29). Die im Umfang des Vorrangs der Gesuchstellerin zusätzlich erzielten Auktionserlöse der Gesuchsgegnerin wurden somit nicht von der Gesuchstellerin, sondern von anderen Marktteilnehmern bezahlt, welche regulär an den Kapazitätsauktionen teilgenommen haben. Es fehlt vorliegend somit an einer Zuwendung der Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin und damit an einer Voraussetzung für eine Leistungskondiktion. Bei genauer Betrachtung fehlt es zudem auch an den Voraussetzungen für eine Eingriffskondiktion. Denn infolge des Eintritts der nicht von der Gesuchstellerin zu verantwortenden objektiven Unmöglichkeit der Vorranggewährung ist die Forderung der Gesuchstellerin auf Gewährung des strittigen Vorrangs gemäss Artikel 119 Absatz 1 OR erloschen (BGer 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 E. 5.3.4; vgl. oben Rz. 91 ff.). Die Gesuchsgegnerin hat daher, indem sie die durch die Nichtgewährung des Vorrangs der Gesuchstellerin frei gewordene Übertragungskapazität in den Auktionen anderen Marktteilnehmern zugeteilt hat, nicht in ein Recht der Gesuchstellerin eingegriffen. Hervorzuheben ist zudem, dass die Einnahmen aus der Versteigerung dieser Kapazität an Dritte auf einem gültigen Rechtsgrund (regelkonforme Teilnahme und Zuschlag in der Auktion) basieren, weshalb sie von vornherein nicht unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung herausverlangt werden können (s. oben Rz. 181; BGer 4C.337/2002 vom 3.3.2003, E. 2.2). Unabhängig von der vorliegend offen gelassenen Frage, ob die Gesuchsgegnerin durch die zusätzlichen Auktionserlöse überhaupt bereichert ist, hat die Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin somit keine Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, weil die erzielten Auktionserlöse auf einem gültigen Rechtsgrund basieren. Nachfolgend ist daher zu untersuchen, ob die Gesuchstellerin einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums geltend machen kann.

### 3.5.3 Stellvertretendes Commodum

- 188 Die im Schweizer Recht nicht ausdrücklich verankerte, aber in Lehre und Rechtsprechung anerkannte Theorie des Anspruchs auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums bei nicht verantworteter Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Artikel 119 Absatz 1 OR besagt, dass der Schuldner dem Gläubiger alles herauszugeben hat, was er infolge des Ereignisses, das die nachträgliche Unmöglichkeit herbeiführte, als Ersatz bzw. Gegenleistung für den ursprünglich geschuldeten Gegenstand erhalten hat (BGE 112 II 235 E. 4c; BGer 4C.199/2004 E. 10.1; PAUL PFAMMATER, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Dissertation, Bern, 1983, §3 I.). Voraussetzung ist nur, dass zwischen der Erlangung des stellvertretenden Commodums und dem Unmöglichkeitseintritt ein enger wirtschaftlicher, nicht unbedingt aber ein rechtlicher und adäquater Zusammenhang besteht (WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 119, Rz. 15; PAUL PFAMMATER, a.

a. O., §3, II, 3., b.) und dass zwischen dem Gegenstand, dessen Leistung unmöglich geworden ist, und dem Gegenstand, für den ein Ersatz geleistet worden ist, Identität besteht. Ersatz im Sinne eines stellvertretenden Commodums ist mithin jedes «wirtschaftliche Äquivalent», das im Vermögen des Schuldners an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes getreten ist (PAUL PFAMMATER, a. a. O., §3, II., 4.). Gemäss herrschender Lehre handelt es sich beim Recht auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums um ein Gestaltungsrecht. Der Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums lebt mithin erst auf und wird fällig, wenn dieses vom Gläubiger herausverlangt wird (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 64.14; PAUL PFAMMATER, a. a. O., §5, I., 4.; BGE 112 II 235 E. 4c).

189

Vorliegend ist unbestritten, dass die Nichtgewährung des Vorrangs der Gesuchstellerin bei der Gesuchsgegnerin zu zusätzlichen Auktionserlösen geführt hat (vgl. oben Rz. 182). Die Gesuchsgegnerin bestreitet zwar, dass sie dadurch bereichert sei (vgl. oben Rz. 183 ff.). Im Gegensatz zum Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist für den Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums indes nicht vorausgesetzt, dass eine Netto-Bereicherung stattgefunden hat, sondern es ist schlicht alles herauszugeben was die Gesuchstellerin als Ersatz für die anderweitige Verwertung des ursprünglich der Gesuchstellerin geschuldeten Vorrangs von Dritten erhalten hat. Wie vorstehend in Rz. 182 dargelegt, kann die der Gesuchstellerin von Gesetzes wegen vorrangig zustehende grenzüberschreitende Übertragungskapazität aufgrund der nunmehr unmöglichen Gewährung von Vorrängen zusätzlich in den Auktionen vergeben werden und führt so grundsätzlich bei den beteiligten Übertragungsnetzbetreiberinnen zu zusätzlichen Auktionserlösen. Der geforderte wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Unmöglichkeitseintritt und den zusätzlich erzielten Auktionserlösen ist damit offenkundig gegeben. Ebenso offenkundig handelt es sich bei den zusätzlich erzielten Auktionserlösen der Gesuchsgegnerin um ein «wirtschaftliches Äquivalent», das an die Stelle des nicht gewährten Vorrangs der Gesuchstellerin getreten ist, ergibt sich der Wert der versteigerten Kapazität doch direkt aus dem in der Auktion erzielten Preis. Ungeachtet der Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin die Auktionserlöse in ihren Büchern als «treuhänderisch gehaltene Positionen» führt, handelt es sich dabei entgegen ihrer Auffassung um Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin selbst und nicht etwa um treuhänderisch verwaltetes Vermögen Dritter (vgl. Ausführungen der Gesuchsgegnerin oben Rz. 183). Der Umstand, dass die Verwendung dieser Einnahmen abschliessend gesetzlich definiert und von der EICom zu genehmigen ist (Art. 17 Abs. 5 und 22 Abs. 2 Bst. c StromVG), vermag daran nichts zu ändern und steht einer Herausgabe als stellvertretendes Commodum nicht entgegen: Zwar hat das Bundesgericht im oben in Randziffer 163 erwähnten Urteil 2C\_632/2016 vom 6. November 2017 betreffend «kaufmännische Vorränge» ausgeführt, dass Rückerstattungen an Vorrangberechtigte nicht zu den Verwendungszwecken von Artikel 17 Absatz 5 StromVG gehörten (E. 3.7.3.1). Wie oben in Randziffer 163 dargelegt, hat das Bundesgericht diese Aussage indes noch im selben Urteil relativiert und eine Rückerstattung nicht per se ausgeschlossen. In den gleichentags gefällten Urteilen 2C\_390/2016 sowie 2C\_391/2016 hat das Bundesgericht zudem unmissverständlich ausgeführt, dass die EICom zu prüfen habe, ob die Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder einen Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums habe. Wäre das Bundesgericht von der Unzulässigkeit jeglicher Rückerstattung aus den eingenommenen Auktionserlösen ausgegangen, hätte es der EICom diesen Auftrag nicht erteilt. Nach Auffassung der EICom handelt es sich beim herauszugebenden stellvertretenden Commodum denn auch nicht um Einnahmen aus den Auktionen, welche unter Berücksichtigung der gesetzlichen Verwendungszwecke einzusetzen sind, sondern um Einnahmen, welche bei gegebenen Voraussetzungen von vornherein gestützt auf Artikel 119 OR herauszugeben und dem Verteilungsmechanismus gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG daher gar nicht zuzuführen sind. Damit ist erstellt, dass es sich bei den zusätzlichen Auktionserlösen der Gesuchsgegnerin, welche auf den nicht gewährten Vorrang der Gesuchstellerin im Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 30. September 2018 zurückgehen, um ein



stellvertretendes Commodum handelt, dessen Herausgabe die Gesuchstellerin bei gegebenen Voraussetzungen verlangen kann.

- 190 Mit dem Einreichen der Anträge 3b und 4b im vorliegenden Verfahren hat die Gesuchstellerin von der Gesuchsgegnerin die Herausgabe des stellvertretenden Commodums verlangt (vgl. oben Rz. 65). Die erforderliche Wahlerklärung der Gesuchstellerin zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums (vgl. oben Rz. 188) liegt daher vor und die betroffenen Auktionserlöse sind von der Gesuchsgegnerin an die Gesuchstellerin herauszugeben.

#### **3.5.4 Bezifferung des stellvertretenden Commodums**

- 191 Wie in Ziffer 3.3.3 dargelegt, wurde der Vorrang für die der Gesuchstellerin zustehenden Lieferungen aus dem Grenzkraftwerk Albruck-Dogern bereits vor 2015 mehrfach gegenüber der jeweiligen Auktionskoordinatorin geltend gemacht. Der für die Rückerstattung des stellvertretenden Commodums relevante Vorrang der Gesuchstellerin ergibt sich unter Berücksichtigung des Verfahrensgegenstands (s. oben Rz. 66) somit aus den oben in Rz. 80 erwähnten Fahrplanlieferungen im Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 30. September 2018 (vgl. auch oben Rz. 81).
- 192 Da der vorstehend definierte Vorrang niemals real gewährt wurde, kann nicht festgestellt werden, ob er von der Gesuchsgegnerin ausschliesslich bei der Festlegung der Kapazität in den Tagesauktionen oder allenfalls bereits in gewissem Umfang bei den Jahres- und Monatsauktionen berücksichtigt worden wäre. Die ECom hat daher für die Berechnung des stellvertretenden Commodums im Sinne eines plausiblen Modells festzulegen, wie die erzielten Preise in den Jahres-, Monats- oder Tagesauktionen zu berücksichtigen sind. Während die im alten Kooperationsvertrag betragsmässig von vornherein festgelegten Vorränge aus Altverträgen von Anfang an bekannt waren, hängt der vorliegend relevante Vorrang der Gesuchstellerin von der tatsächlichen Produktion im Kraftwerk Albruck Dogern ab und ist somit gewissen Schwankungen unterworfen. Der Vorrang hätte somit bei der Auktionskoordinatorin basierend auf den entsprechenden Prognosen angemeldet werden müssen. Diese Prognosen sind naturgemäss mit Unsicherheiten behaftet, die bis zum Lieferzeitpunkt zunehmend kleiner werden. Eine Berücksichtigung des Vorrangs in den Jahres- oder Monatsauktionen wäre mithin mit Prognosefehlern einhergegangen und ist daher nicht als wahrscheinliches Szenario einzustufen. Vor diesem Hintergrund erachtet es die ECom als angemessen, im Sinne eines plausiblen Modells für die Berechnung des stellvertretenden Commodums ausschliesslich auf die Auktionserlöse aus den Tagesauktionen abzustellen.
- 193 Nachfolgend ist folglich zu ermitteln, wie hoch die Auktionserlöse sind, welche die Gesuchsgegnerin in den Tagesauktionen zusätzlich erzielt hat, weil im Umfang des nicht gewährten Vorrangs der Gesuchstellerin zusätzliche Übertragungskapazität vergeben werden konnte. Dafür müssten grundsätzlich die tatsächlich erzielten Auktionserlöse auf theoretischer Basis mit den hypothetischen Auktionserlösen verglichen werden, welche unter Berücksichtigung des Vorrangs der Gesuchstellerin sowie allfälliger weiterer Vorränge, welche zu gewähren gewesen wären, erzielt worden wären. Dabei kann jedoch nicht auf die tatsächliche Gebotskurve abgestellt werden, welche ohne Berücksichtigung der Vorränge zustande gekommen ist. Denn für die theoretische Betrachtung ist zumindest in denjenigen Stunden, in denen die zu berücksichtigenden Vorränge nicht vernachlässigbar klein sind, davon auszugehen, dass sich die Gebotskurve aufgrund des verringerten Angebots und der infolge der Gewährung von Vorrängen verringerten Nachfrage nach Kapazität verschieben würde. Art und Ausmass der zu erwartenden Veränderung der Angebotskurve lassen sich jedoch nicht exakt bestimmen, hängt diese doch von der jeweiligen Beschaffungsstrategie sämtlicher Auktionsteilnehmer ab. Eine solche Betrachtung wäre daher spekulativ. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass sich die vom Preisgefälle zwischen den

betroffenen Gebotszonen abhängende Werthaltigkeit der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität im hypothetischen Szenario mit verringertem Angebot und verringerter Nachfrage in der Auktion nicht wesentlich von derjenigen im realen Szenario ohne Berücksichtigung der Vorränge unterscheidet. Auch die Gesuchsgegnerin hat auf Anfrage des Fachsekretariats der EICom hin bestätigt, dass nach ihrer Auffassung geringe Änderungen der in der Auktion verfügbaren Kapazität den Preis – mit Ausnahme einzelner Stunden – nur unwesentlich beeinflussen (act. 86 Rz. 10). Die EICom erachtet es daher als sachgerecht, im Sinne eines vereinfachten Berechnungsmodells auf die tatsächlich erzielten Preise in den Tagesauktionen abzustellen.

- 194 Basis für die Berechnung des stellvertretenden Commodums sind somit die stündlichen Leistungswerte der oben in Rz. 80 erwähnten Fahrplanlieferungen, welche der infolge der Unmöglichkeit der Vorranggewährung zusätzlich von den Übertragungsnetzbetreiberinnen versteigerten Kapazität im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz entsprechen. Diese sind mit den für die jeweilige Stunde erzielten Auktionspreisen in Euro für die Richtung DE-CH in der Tagesauktion zu multiplizieren, welche unter <https://www.jao.eu/> öffentlich zugänglich sind. Gemäss Ziffer 7.2 des neuen Kooperationsvertrags kommen die an der Grenze DE-CH vereinnahmten Erlöse zu 50 Prozent der Gesuchsgegnerin und zu 50 Prozent der TransnetBW GmbH und der Amprion GmbH zu Gute und werden den Auktionspartnern direkt vom Auktionsbüro gutgeschrieben (act. 11, Beilagen 2 und 3). Das von der Gesuchsgegnerin herauszugebende stellvertretende Commodum entspricht somit der Hälfte der insgesamt für die Vergabe der fraglichen Kapazität erzielten Auktionserlöse. Zusammengefasst ergibt sich für die Berechnung des stellvertretenden Commodums somit folgende Gleichung, wobei i für jede Stunde steht:

$$\text{Stellvertretendes Commodum [EUR]} = \frac{\sum \text{Fahrplanlieferung}_i \text{ [MWh]} * \text{Market clearing price der Tagesauktion}_i \text{ [EUR/MWh]}}{2}$$

- 195 Dies ergibt ein stellvertretendes Commodum von total [...] Euro (s. Berechnung in der Excel-Tabelle im Anhang der Verfügung).

- 196 Gemäss Artikel 84 OR sind Geldschulden in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen. Geschuldet ist vorliegend die Herausgabe des in der Währung Euro bei der Gesuchsgegnerin eingegangenen stellvertretenden Commodums. Artikel 84 Absatz 2 OR räumt der Gesuchsgegnerin zwar im Sinne einer alternativen Ermächtigung das Recht ein, anstelle der ausländischen Währung in Landeswährung zu bezahlen, falls sich der Leistungsort in der Schweiz befindet (vgl. ULRICH G. SCHROETER in: Basler Kommentar OR I, Art. 84, Rz. 35). Eine richterliche Instanz kann jedoch im Erkenntnisverfahren nur eine Zahlung in der geschuldeten Fremdwährung zusprechen (ULRICH G. SCHROETER, a. a. O., Art. 84, Rz. 37; BGer 4A\_391/2015 vom 1.10.2015, E. 3; BGE 134 III 151 E. 2.4.). Die Gesuchsgegnerin ist daher zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums in Euro zu verpflichten.

- 197 Zu berücksichtigen ist vorliegend, dass die im Zeitraum vom 1. Dezember 2015 bis 30. September 2018 eingenommenen Auktionserlöse der Gesuchsgegnerin zum heutigen Zeitpunkt bereits vollumfänglich von der Gesuchsgegnerin verwendet worden sind. Die Mehrheit der Auktionserlöse wurde dabei für die Senkung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes verwendet (Art. 17 Abs. 5 Bst. c StromVG). Die Herausgabe des stellvertretenden Commodums an die Gesuchstellerin ist von der Gesuchsgegnerin daher aus den laufenden Einnahmen aus den Auktionen zu finanzieren. Der Umstand, dass die EICom deren Verwendung bereits bis und mit dem Kalenderjahr 2021 genehmigt hat (Verfügung 232-00076 vom 6. April 2020), steht dem nicht entgegen. Die Auszahlung des stellvertretenden Commodums schmälert lediglich die nach allen zulässigen Abzügen verbleibenden Auktionserlöse, zu deren Verwendung die EICom sich bereits verbindlich geäußert hat.

### 3.5.5 Verzugszinsen

- 198 Die Gesuchstellerin macht für die von ihr geltend gemachten Beträge Verzugszinsen von 5 Prozent geltend (vgl. oben Rz. 65). Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre gilt mangels einer besonderen gesetzlichen Regelung oder eines qualifizierten Schweigens als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen die Pflicht, Verzugszins zu bezahlen, wenn der Schuldner im Verzug ist (BGer 2C\_352/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.2.1). In der Stromversorgungsgesetzgebung findet sich keine Bestimmung zur Höhe des Zinssatzes bezüglich einer Geldforderung im Falle des Schuldnerverzugs. Folglich beträgt der Zinssatz im Zusammenhang mit der Rückerstattung von nicht geschuldeten SDL-Akontozahlungen in analoger Anwendung von Artikel 104 Absatz 1 OR 5 Prozent (BVGer A-2619/2009 vom 29. November 2011, E. 5).
- 199 Voraussetzung für den Schuldnerverzug ist in analoger Anwendung von Art. 102 Abs. 1 OR einerseits die Fälligkeit der Forderung sowie die Mahnung durch den Gläubiger. Vor der Fälligkeit kann kein Verzug eintreten. Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt. Mit der Mahnung muss die zu erbringende Leistung so genau bezeichnet werden, dass der Schuldner erkennt, was der Gläubiger fordern will. Eine Bezifferung ist jedoch nicht erforderlich, wenn sie im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung nicht möglich ist, weil deren genaue Höhe noch nicht feststeht. Auch im öffentlichen Recht wird verlangt, dass die Geldforderung unmissverständlich geltend gemacht und zur Zahlung innert einer bestimmten Frist aufgefordert wird, z. B. durch Zustellung eines Zahlungsbefehls (BGer 2C\_352/2015 vom 23. Mai 2016 E. 4.2.2). Auch die Erhebung einer Leistungsklage gilt als Verzug auslösende Mahnung (BGE 130 III 591 E. 3.1; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, WOLFGANG WIEGAND in: Basler Kommentar OR I., Art. 102, Rz. 9). Entscheidend ist dabei der Tag der Zustellung der Klage oder des Gesuchs an die Beklagte/Gesuchsgegnerin (vgl. BGE 56 II 212 E. 3 [S. 220]).
- 200 Die Gesuchstellerin macht für ihre Ansprüche betreffend das Jahr 2015 einen Verzugszins seit dem 24. September 2015 geltend (vgl. oben Rz. 65) und stützt sich damit auf das Datum der Zustellung des Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes Region Laufenburg (act. 1 Rz. 87, Beilage 22). Für Ihre Forderungen betreffend die Kalenderjahre 2016 ff. macht sie wie folgt Verzugszinsen geltend (vgl. oben Rz. 65):
- Für die geltend gemachten Ansprüche vom 1. Januar 2016 bis 31. Juli 2018 ab 30. August 2018: Die Gesuchstellerin stützt sich dabei auf die Einreichung ihrer Eingabe vom 29. August 2018 bei der ECom (act. 44 Rz. 19).
  - Für einen Teil der geltend gemachten Ansprüche vom 1. August bis 30. September 2018 ab 1. Oktober 2018: Die Gesuchstellerin stützt sich dabei auf die Einreichung ihrer Eingabe vom 29. August 2018 bei der ECom, mit der sie den geltend gemachten Schaden für die Monate August und September 2018 provisorisch bezifferte und Zinsen per 1. Oktober 2018 geltend machte (act. 44 Rz. 19).
  - Für einen weiteren Teil der Ansprüche vom 1. August bis 30. September 2018 ab 10. Dezember 2019; im Umfang der Differenz zwischen der vorstehend erwähnten Schätzung gemäss act. 44 und definitiv geltend gemachtem Betrag (act. 66).
- 201 Betreffend die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Verzugszinsen gilt es zu berücksichtigen, dass der Verzug nicht vor Fälligkeit der Forderung eintreten kann (vgl. oben Rz. 199). Die Fälligkeit des Anspruchs der Gesuchstellerin auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums

ist, wie oben unter Ziffer 188 dargelegt, frühestens mit der Ausübung einer entsprechenden Wahlerklärung der Gesuchstellerin eingetreten. Soweit ersichtlich ist eine solcher Erklärung erstmals mit den Subeventualanträgen 3b und 4b in der Eingabe der Gesuchstellerin vom 29. Juni 2018 erfolgt (act. 40). Diese wurde der Gesuchsgegnerin am 20. Juli 2018 zugestellt (act. 41). Der Anspruch auf Gewährung des stellvertretenden Commodums vom 2. September 2015 bis 20. Juli 2018 ist somit ausgehend von der Zugangstheorie, wonach eine empfangsbedürftige Willenserklärung zum Zeitpunkt des Zugangs beim Empfänger wirksam wird (vgl. dazu BGer 4A\_11/2013 vom 16.05.2013, E. 5), grundsätzlich seit dem 20. Juli 2018 fällig. Da die Gesuchstellerin zu diesem Zeitpunkt nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte und musste, dass ihr der Vorrang bis auf Weiteres nicht gewährt werden würde, muss ihr Subeventualantrag 4b, welcher ausdrücklich die Kalenderjahre 2016 ff. betrifft, so gedeutet werden, dass sich die «Subeventual-Wahlerklärung» auch auf künftige Ansprüche bezieht, welche erst nach Einreichung der Eingabe vom 29. Juni 2018 (act. 40) entstehen. Für den Eintritt der Fälligkeit ist sodann generell zu berücksichtigen, dass diese erst dann eintreten kann, wenn die Gesuchsgegnerin überhaupt über ein herauszugebendes stellvertretendes Commodum verfügt, was jeweils dann der Fall ist, wenn die Forderung der Gesuchsgegnerin auf Auszahlung der Auktionserlöse gegenüber dem Auktionsbüro JAO ihrerseits fällig wird.

202 Die Abrechnung der Auktionserlöse zwischen der Gesuchsgegnerin und dem Auktionsbüro JAO erfolgt jeweils am 5. des Monats und bezieht sich auf die Erlöse der Tagesauktionen des Vormonats. Diese Forderung wird spätestens Ende des Abrechnungsmonats fällig. Die Forderung der Gesuchsgegnerin für den Monat M werden somit Ende des Monats M+1 fällig (act. 90). Daraus ergeben sich folgende Fälligkeitstermine für die Herausgabe des stellvertretenden Commodums:

1.	1. Dezember 2015 – 31. Mai 2018:	20. Juli 2018
2.	Für den Juni 2018:	31. Juli 2018
3.	Für den Juli 2018:	31. August 2018
4.	Für den August 2018:	30. September 2018
5.	Für den September 2018:	31. Oktober 2018

203 Nachdem feststeht, wann die Fälligkeit des Anspruchs auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums eingetreten ist, bleibt zu beurteilen, ob und wann der Verzug eingetreten ist. Mahnungen der Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin sind hinsichtlich der Herausgabe des stellvertretenden Commodums keine ersichtlich. Abzustellen ist daher auf den Zeitpunkt, in dem die Gesuchstellerin ihren Anspruch bei der EICOM geltend gemacht hat, welcher als Verzug auslösend gilt (vgl. Ausführungen oben in Rz. 199). Dies war erstmals in act. 40 der Fall (s. oben Rz. 201). Der Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums im Zeitraum vom 2. September 2015 bis 31. Mai 2018 ist somit per 20. Juli 2018 nicht nur fällig geworden, sondern die Gesuchsgegnerin ist gleichzeitig auch in Verzug geraten. Wie bereits in Bezug auf die Fälligkeit, muss der Antrag der Gesuchstellerin auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums vorliegend nach Treu und Glauben so gedeutet werden, dass er sich auch auf künftige Forderungen bezieht, welche nach Zugang der Anträge bei der Gesuchsgegnerin fällig werden. Eine solche vor Fälligkeit zugehende Mahnung ist wirksam, wenn sie die Leistung zum Fälligkeitstermin verlangt (CORINNE WIDMER LÜCHINGER, WOLFGANG WIEGAND, a. a. O., Art. 102, Rz. 8).

204 Damit ist der Gesuchstellerin ihr Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums wie folgt zuzusprechen:

- Für den Zeitraum vom 1. Dezember 2015 bis 31. Mai 2018: [...] Euro zzgl. Verzugszins von 5 Prozent seit dem 20. Juli 2018.
- Für den Juni 2018: [...] Euro zzgl. Verzugszins von 5 Prozent seit dem 31. Juli 2018

- Für den Juli 2018: [...] Euro zzgl. Verzugszins von 5 Prozent seit dem 31. August 2018
- Für den August 2018: [...] Euro zzgl. Verzugszins von 5 Prozent seit dem 30. September 2018
- Für den September 2018: [...] Euro zzgl. Verzugszins von 5 Prozent seit dem 31. Oktober 2018

### **3.6 Beseitigung des Rechtsvorschlags**

- 205 Die Gesuchstellerin hat im September 2015 beim Betreibungsamt Region Laufenburg die Betreuung Nr. [...] gegen die Gesuchsgegnerin eingeleitet. Als Grund für die geltend gemachte Forderung von [...] Franken zzgl. Zins von 5 Prozent seit 1. Januar 2015 hat sie «Schadenersatzanspruch Beendigung der vorrangigen Vergabe von Grenzkapazitäten» angegeben (act. 1 Beilage 22). Im vorliegenden Verfahren beantragt die Gesuchstellerin der ECom die Beseitigung des von der Gesuchsgegnerin am 21. September 2015 erhobenen Rechtsvorschlags (s. oben Rz. 64).
- 206 Die Gesuchstellerin hat in ihrem Betreibungsbegehren eine Schadenersatzforderung geltend gemacht. Die vorliegende Verfügung spricht der Gesuchstellerin für den fraglichen Zeitraum zwar einen Geldbetrag zu. Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen Schadenersatzanspruch. Der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Schadenersatzanspruch wird mit der vorliegenden Verfügung vielmehr ausdrücklich verneint und der entsprechende Antrag ist abzuweisen. Damit einhergehend ist auch der Antrag auf Beseitigung des diesen Anspruch betreffenden Rechtsvorschlags abzuweisen (Art. 79 SchKG).

## **4 Gebühren**

- 207 Die ECom 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).
- 208 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 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.
- 209 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).
- 210 Die Gesuchstellerin obsiegt im vorliegenden Verfahren zwar nicht vollumfänglich. Insbesondere mit ihren Schadenersatzbegehren dringt sie nicht durch. In den wesentlichen Punkten (Bestand

eines Vorrangs und grundsätzlicher Anspruch finanzieller Natur gegenüber der Gesuchsgegnerin) hat sie indes obsiegt. Es rechtfertigt sich daher, der Gesuchsgegnerin als mehrheitlich unterliegende Partei 80 Prozent und der Gesuchstellerin 20 Prozent der Gebühren aufzuerlegen.

### III      **Entscheid**

#### **Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:**

1. Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der AEW Energie AG aus den laufenden Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze zu bezahlen:
  - [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 20. Juli 2018
  - [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Juli 2018
  - [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. August 2018
  - [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 30. September 2018
  - [...] Euro zzgl. Zins von 5 Prozent seit dem 31. Oktober 2018
2. Im Übrigen wird das Gesuch der AEW Energie AG abgewiesen.
3. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird zu 80 Prozent der Swissgrid AG und zu 20 Prozent der AEW Energie AG auferlegt. Die Rechnungen werden nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
4. Die Verfügung wird der AEW Energie AG und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 13.10.2020

#### **Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom**

Werner Luginbühl  
Präsident

Renato Tami  
Geschäftsführer

Versand:

#### Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- AEW Energie AG, Obere Vorstadt 40, 5000 Aarau,  
vertreten durch RA Dr. Allen Fuchs und RA Dr. Mischa Morgenbesser, Badertscher Rechtsanwälte AG, Mühlebachstrasse 32, Postfach 769, 8024 Zürich

- Swissgrid AG, Bleichemattstrasse 31, Postfach, 5001 Aarau

Anhang:

- Excel-Tabelle zur Berechnung des stellvertretenden Commodums (elektronisch eröffnet)



## 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).