



Referenz/Aktenzeichen: 232-00072

Bern, 7. Februar 2023

---

---

# VERFÜGUNG

## der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: **RWE Generation Hydro GmbH, RWE Platz 3, 45141 Essen, Deutschland**  
vertreten durch Rheinkraftwerk Albruck-Dogern AG, Wehrkraftwerk,  
Stauwehrweg 579, 5324 Leibstadt

**(Gesuchstellerin)**

gegen: **Swissgrid AG, Bleichemattstrasse 31, 5001 Aarau,**

**(Gesuchsgegnerin)**

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

## Inhaltsverzeichnis

<b>I</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>6</b>
	1    Zuständigkeit .....	6
	2    Parteien und rechtliches Gehör.....	6
	2.1  Parteien .....	6
	2.2  Rechtliches Gehör.....	6
	3    Materielle Beurteilung.....	6
	3.1  Anspruch auf Vorrang .....	6
	3.2  Abwicklung des Vorrangs.....	9
	3.3  Fazit.....	15
	4    Gebühren .....	15
<b>III</b>	<b>Entscheid</b> .....	<b>16</b>
<b>IV</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung</b> .....	<b>17</b>

# I Sachverhalt

## A.

- 1 Die Gesuchstellerin ist mit einem Aktienanteil von 77 Prozent an der Rheinkraftwerk Albrück-Dogern AG (RADAG) mit Sitz in Albrück (Deutschland) beteiligt und verfügt über Bezugsrechte in Höhe von insgesamt 78 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albrück-Dogern (act. 8, Beilage 2; act. 26, S. 1). Die im Kraftwerk Albrück-Dogern produzierte Energie wird ausschliesslich über die Amprion-Umspannstation in Tiengen, Deutschland, in das Netz eingespeist. Eine Ableitungsmöglichkeit in das Schweizer Verteilnetz besteht nicht. Ein Abtransport der im Kraftwerk Albrück-Dogern produzierten elektrischen Energie in die Schweiz ist somit nur über das grenzüberschreitende Übertragungsnetz möglich (Verfügung der ECom 232-00046 vom 13.10.2020, Rz. 70).
- 2 Am 22. Juli 2019 reichte die RADAG bei der ECom ein Gesuch ein, mit dem sie die ECom um Einräumung eines Vorrangs für das von ihr betriebene Grenzkraftwerk am Standort Albrück-Dogern (Grenzfluss Rhein) bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) ersuchte. Die RADAG präziserte dazu, dass sich das Gesuch vorrangig auf den Strombezugsanteil der innogy SE beziehe, welcher 32/54 der auf die Schweiz entfallenden Kapazität der RADAG zustünden. Die RADAG mache somit für diesen Strombezugsanteil den Anspruch auf Vorrang einerseits in eigenem Namen (falls der Vorranganspruch der RADAG zustehe) und andererseits im Namen ihrer Aktionärin innogy SE (falls der Vorranganspruch der Aktionärin zustehe) geltend (act. 1).
- 3 Mit Schreiben vom 8. August 2019 forderte das Fachsekretariat der ECom die RADAG auf, in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen (act. 3). Die RADAG kam dieser Aufforderung mit Eingabe vom 13. August 2019 nach (act. 4).
- 4 Am 11. September 2019 eröffnete das Fachsekretariat der ECom ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021; act. 5 und 6). Die RADAG wurde dabei aufgefordert, eine Vertretungsvollmacht der innogy SE nachzureichen und zudem mitzuteilen und zu belegen, worauf die RADAG den namens der innogy SE geltend gemachten Anspruch auf Vorrang im Umfang von 32/54 der Schweizer Quote abstütze (act. 5).
- 5 Mit Eingabe vom 22. November 2019 reichte die RADAG die Vertretungsvollmacht der innogy SE nach und legte den Umfang ihrer Strombezugsrechte für die Produktion der RADAG dar (act. 8).
- 6 Mit Schreiben vom 26. November 2019 (act. 9) an die RADAG wies das Fachsekretariat auf die per 1. Oktober 2017 in Kraft getretene neue Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG hin und führte aus, dass die ECom, falls aus dieser Bestimmung ein Anspruch auf Vorrang abgeleitet werden könne, festzulegen werden habe, wie dieser Vorrang umzusetzen sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Gewährung von Vorrängen auf dem grenzüberschreitenden Übertragungsnetz von den Behörden der Bundesrepublik Deutschland als unzulässig eingestuft worden sei und aus Schweizer Sicht daher gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als objektiv unmöglich eingestuft werden (BGer 2C\_390/2016 und 2C\_391/2016 vom 6. November 2017). Weiter skizzierte das Fachsekretariat der ECom, wie die künftige Abwicklung der Vorränge auf grenzüberschreitende Lieferungen an der deutsch-schweizerischen Grenze aus Sicht der ECom erfolgen sollte und nahm diverse Urkunden aus der Korrespondenz zwischen der ECom und der Bundesnetzagentur zu den Akten (act. 9a bis 9f). Im Übrigen legte das Fachsekretariat der ECom dar, dass ein Vorrang aus seiner Sicht demjenigen Akteur zustehe, welcher wirtschaftlich über die betroffene Lieferung verfüge, d. h. demjenigen, der ohne die Gewährung von Vorrängen die entsprechende grenzüberschreitende Übertragungskapazität ersteigern müsste und die grenzüberschreitenden Fahrpläne anmelde. Vor diesem Hintergrund forderte das Fachsekretariat der ECom die RADAG auf, mitzuteilen, wer im vorliegenden Verfahren

Gesuchsteller sei. Die RADAG erhielt Gelegenheit, allfällige Anpassungen an ihren Anträgen vorzunehmen, zum geplanten Vorgehen der EICom Stellung zu nehmen und die vorstehend erwähnte Mitteilung zu machen (act. 9).

- 7 Mit Eingabe vom 7. Januar 2021 teilte die RADAG mit, dass die innogy SE ihre Aktienanteile an der RADAG an die Gesuchstellerin übertragen habe und dass die Gesuchstellerin auch an die Stelle der innogy SE in den Gründungsvertrag der RADAG eingetreten sei. Die RADAG reichte eine Vertretungsvollmacht der Gesuchstellerin ein und präzisierte, dass der Anspruch auf Vorrang im Namen der Gesuchstellerin geltend gemacht werden. Im Übrigen schlug die Gesuchstellerin für die Umsetzung des Vorrangs bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG eine rein finanzielle Abwicklung ohne Teilnahme an den Kapazitätsauktionen und ohne tatsächlichen Erwerb der Kapazitäten der Vorrangberechtigten vor (act. 10).
- 8 Mit Schreiben vom 19. Februar 2021 (act. 11) stellt das Fachsekretariat der EICom die Eingabe der Gesuchstellerin vom 7. Januar 2021 der Gesuchsgegnerin zu und skizzierte, wie bereits gegenüber der Gesuchstellerin, wie die künftige Abwicklung der Vorränge auf grenzüberschreitende Lieferungen an der deutsch-schweizerischen Grenze aus Sicht der EICom erfolgen sollte. Die Gesuchsgegnerin erhielt die Gelegenheit, zur Eingabe der Gesuchstellerin sowie zum geplanten Vorgehen der EICom Stellung zu nehmen (act. 11).
- 9 Nach einmaliger Fristerstreckung (act. 12 f.) reichte die Gesuchsgegnerin am 23. April 2021 eine Stellungnahme ein und beantragte, es sei beim Bundesamt für Energie eine Stellungnahme zur Frage einzuholen, wie hoch der Schweizer Hoheitsanteil an der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern unter Berücksichtigung eines in der Vergangenheit etablierten Austauschmechanismus' mit dem Kraftwerk Birsfelden ausfalle (act. 14).
- 10 Mit Schreiben vom 12. Mai 2021 an das Bundesamt für Energie (BFE) ersuchte das Fachsekretariat der EICom dieses, in einem Amtsbericht zur Frage Stellung zu nehmen, wie hoch der heute auf die Schweiz bzw. den Kanton Aargau entfallende Anteil der im Kraftwerk Albruck-Dogern gewonnenen Energie (Schweizer Hoheitsanteil) sei (act. 15).
- 11 Ebenfalls mit Schreiben vom 12. Mai 2021 stellte das Fachsekretariat der EICom den Parteien das an das BFE gerichtete Gesuch um Amtsbericht zur Kenntnisnahme zu (act. 16 und 17). Der Gesuchstellerin stellt es zudem die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 23. April 2021 zur Kenntnisnahme zu (act. 16).
- 12 Mit Schreiben vom 10. Juni 2021 nahm das BFE in einem Amtsbericht zur Fragestellung gemäss Schreiben des Fachsekretariats der EICom vom 12. Mai 2021 Stellung (act. 18).
- 13 Am 14. Juni 2021 stellte das Fachsekretariat der EICom den Parteien den Amtsbericht des BFE vom 10. Juni 2021 zur Kenntnisnahme zu und gewährte ihnen eine Frist zur Einreichung allfälliger Bemerkungen (act. 19 und 20).
- 14 Die Gesuchsgegnerin verzichtete mit Eingabe vom 12. Juli 2021 auf eine Stellungnahme (act. 22). Die Gesuchstellerin reichte am 16. Juli 2021 eine Stellungnahme ein (act. 23).
- 15 Am 20. Oktober 2022 forderte teilte das Fachsekretariat der EICom den Parteien mit, dass es die Angelegenheit als spruchreif erachte und gab den Parteien Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen (act. 24 und 25).
- 16 Die Gesuchstellerin reichte am 17. November 2022 Schlussbemerkungen ein (act. 26). Diese wurden der Gesuchsgegnerin am 7. Dezember 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 27). Die Gesuchsgegnerin liess sich nicht vernehmen.

- 17 Auf die übrigen Vorbringen der Parteien wird, soweit entscheidrelevant, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

## **II Erwägungen**

### **1 Zuständigkeit**

- 18 Gemäss Artikel 22 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) überwacht die ECom die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Gemäss Artikel 17 Absatz 1 StromVG kann sie das Verfahren für die Zuteilung grenzüberschreitender Übertragungskapazität regeln.
- 19 Verfahrensgegenstand sind vorliegend der Bestand und die Handhabung von Vorrängen bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG. Damit ist eine Bestimmung des Stromversorgungsgesetzes betroffen, deren Vollzug in der Kompetenz der ECom liegt (Art. 22 Abs. 1 StromVG; vgl. auch Verfügung der ECom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 58).

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

#### **2.1 Parteien**

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

#### **2.2 Rechtliches Gehör**

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

### **3 Materielle Beurteilung**

#### **3.1 Anspruch auf Vorrang**

- 23 Die Gesuchstellerin beantragt für die ihr zustehenden Energielieferungen aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern einen Vorrang gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG im Umfang von 32/54 der auf die Schweiz entfallenden Kapazität des Kraftwerks Albruck-Dogern (vgl. oben Rz. 1 2; act. 1, S. 1; act. 8, Beilage 2; act. 23).

- 24 Gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG haben grenzüberschreitende Lieferungen bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz Vorrang, wenn sie entweder auf internationalen Bezugs- und Lieferverträgen beruhen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, oder wenn sie aus Grenzwasserkraftwerken stammen, soweit die grenzüberschreitende Übertragung zur Sicherstellung der jeweiligen Hoheitsanteile nötig ist. Beide Tatbestände begründen bereits für sich alleine einen Vorrang im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 StromVG, weshalb es ausreicht, wenn einer davon erfüllt ist.
- 25 Die Gesuchstellerin hat in ihrem Gesuch nicht dargelegt, ob sie sich zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs auf Gewährung eines Vorrangs auf Artikel 17 Absatz 2 Satz 1 oder auf Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG bezieht. Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob die Voraussetzungen gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG erfüllt sind.
- 26 Das Kraftwerk Albruck Dogern ist ohne Zweifel ein Grenzwasserkraftwerk. Es bleibt somit zu beurteilen, ob der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Vorrang im Umfang von 32 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern respektive 32/54 des auf die Schweiz entfallenden Anteils dieser Produktion für die Sicherstellung eines Hoheitsanteils nötig ist.
- 27 Die Gesuchstellerin führt dazu aus, sie besitze 77 Prozent der Anteile der RADAG. Entsprechend dem Gründungsvertrag der RADAG übernehme sie daher 77 Prozent der Produktionskosten der RADAG und erhalte daher im Gegenzug 77 Prozent der Stromerzeugung. Zusätzlich habe die weitere RADAG Gesellschafterin EnBW AG ihren 1 Prozent-Anteil an sie übertragen, so dass die Gesuchstellerin insgesamt über Strombezugsrechte von 78 Prozent verfüge (act. 8, Beilage 2; act. 26). Der Deutsche Hoheitsanteil der RADAG betrage 46 Prozent. Diese 46 Prozent der Stromerzeugung würden komplett durch die Gesuchstellerin bezogen. Damit verblieben noch 78 Prozent minus 46 Prozent, d. h. 32 Prozent Strombezugsanteil der Gesuchstellerin, welcher aus dem Schweizer Stromanteil der RADAG beliefert werde. Der Schweizer Hoheitsanteil der RADAG betrage 54 Prozent. Der verbliebene Anteil der Gesuchstellerin an der Gesamtproduktion der RADAG betrage 32 Prozent, der Anteil der übrigen Aktionäre 22 Prozent. Der Schweizer Hoheitsanteil werde daher entsprechend dieser Quoten aufgeteilt zu 32/54 für die Gesuchstellerin und zu 22/54 für die übrigen Aktionäre, entsprechend ca. 59.3 Prozent Gesuchstellerin und 40.7 Prozent übrige Aktionäre (act. 8 Beilage 2).
- 28 Es ist unbestritten, dass das Kraftwerk Albruck-Dogern über keinen Netzanschluss in der Regelzone Schweiz verfügt und somit für Lieferungen in die Regelzone Schweiz auf die Nutzung des grenzüberschreitenden Übertragungsnetzes angewiesen ist (vgl. Verfügung der ECom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, Rz. 70). Die Notwendigkeit einer grenzüberschreitenden Übertragung im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG ist somit für die Sicherstellung des schweizerischen Hoheitsanteils an der im Kraftwerk Albruck-Dogern gewonnenen elektrischen Energie gegeben (vgl. dazu auch Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates [UREK-S] vom 1. September 2016, BBl 2016 S. 8329).
- 29 Die aktuellen, von der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Regierungspräsidium Freiburg erteilten, übereinstimmenden Konzessionen der RADAG für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Albruck und Dogern vom 27. Mai 2003 sehen in Artikel 28 jeweils vor, dass die von der RADAG nutzbar gemachte Wasserkraft und die daraus gewonnene elektrische Energie einschliesslich Einstauersatz zu 54 Prozent auf den Kanton Aargau und zu 46 Prozent auf das Land Baden-Württemberg entfallen (act. 18, Beilage 10). Die Gesuchsgegnerin äusserte in diesem Zusammenhang aufgrund von Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Dauer eines an die Laufzeit der ursprünglichen Konzessionen geknüpften Energieabtausches zwischen den Kraftwerken Albruck-Dogern und Birsfelden Zweifel daran, ob der Schweizer Hoheitsanteil tatsächlich 54 Prozent betrage (act. 14 Rz. 3). Das Fachsekretariat der ECom hat daher das BFE mit Schreiben vom 12. Mai 2021 ersucht, zur Frage Stellung zu nehmen, wie hoch der heute auf die Schweiz bzw. den Kanton Aargau entfallende Anteil der im Kraftwerk Albruck-Dogern gewonnenen elektrischen Energie (Schweizer Hoheitsanteil) sei (act. 15). In seinem Amtsbericht vom 10. Juni 2021 legte das BFE dar, es könne offen bleiben, ob der Energieabtausch

zwischen den Kraftwerken Albruck-Dogern und Birsfelden über die vorzeitige Konzessionserneuerung der RADAG hinaus noch weiterbestanden habe, da aus den Protokollen der Arbeitsgruppe Hochrhein der schweizerisch-deutschen Kommission für die Wasserkraftnutzung auf der Rheinstraße Basel-Bodensee hervorgehe, dass die Behörden davon ausgegangen seien, dass der Energieabtausch spätestens im Jahr 2012 beim Kraftwerk Albruck-Dogern beendet gewesen sei. Gemäss Artikel 28 der heute gültigen Konzession vom 27. Mai 2003 entfielen somit 54 Prozent der vom Kraftwerksunternehmen nutzbar gemachten Wasserkraft und der daraus gewonnenen elektrischen Energie einschliesslich Einstauersatz auf den Kanton Aargau (Schweizer Hoheitsanteil) und 46 Prozent auf das Land Baden-Württemberg. Davon zu unterscheiden seien die Abmachungen zwischen den Aktionären der RADAG über die Energiebezüge aus diesem Kraftwerk (act. 18, S. 2).

- 30 In den genannten Konzessionen ist somit vorgesehen, dass 54 Prozent der im Kraftwerk Albruck-Dogern gewonnenen elektrischen Energie der Schweiz bzw. dem Kanton Aargau zusteht. Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob dieser in den Konzessionen definierte Anteil auch einen Hoheitsanteil im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG darstellt.
- 31 Das Stromversorgungsrecht definiert den Begriff «Hoheitsanteil» nicht näher. Dessen Bedeutung ist daher durch Auslegung zu ermitteln. Bei jeder Auslegung ist vom Wortlaut der massgeblichen Norm auszugehen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Wichtig ist auch das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematische Auslegung; BGE 148 III 314 E. 2.2.). Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich zur Auslegung neuerer Texte, die noch auf wenig veränderte Umstände und ein kaum gewandeltes Rechtsverständnis treffen, kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 144 V 333 E. 10.1 mit Hinweisen). Unter diesen Auslegungsmethoden gibt es keine Hierarchie; keiner Auslegungsmethode kommt der Vorrang vor einer anderen zu (BGE 142 V 488 E. 6.3.1 mit Hinweisen).
- 32 Aufgrund des unbestimmten Wortlauts und weil es sich vorliegend um eine erst kürzlich ins StromVG aufgenommene Bestimmung handelt, kann für die Auslegung des Begriffs «Hoheitsanteil» auf die Materialien abgestellt werden. Die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates (UREK-S) führte in ihrem Bericht vom 1. September 2016 zur Parlamentarischen Initiative «Streichung von Vorrängen im Übertragungsnetz» (Geschäftsnummer 15.430) u. a. aus, dass der Vorrang für Lieferungen aus Grenzwasserkraftwerken nur gelte, soweit er für die Überleitung der Elektrizitätsanteile, welche den Anrainerstaaten für das jeweilige Kraftwerk zustehen, nötig sei. Dieser Anteil bestimme sich nach dem Staatsvertrag oder den Konzessionen, welche dem Grenzkraftwerk zugrunde liegen. Zumeist sei darin auch geregelt, wie die Elektrizität den beteiligten Staaten zur Verfügung zu stellen sei, wobei verschiedentlich festgelegt sei, dass die Elektrizität frei von Gebühren und anderen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen in den Nachbarstaat zu überführen ist, sodass sie dort genutzt werden kann, wie wenn sie im Inland selbst erzeugt worden wäre (BBI 2016, S. 8329).
- 33 Aus den zitierten Ausführungen der UREK-S kann gefolgert werden, dass ein Hoheitsanteil i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG vorliegt, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Konzession besteht, welche ausdrücklich den Anteil der im Kraftwerk gewonnenen Energie definiert, der auf die Schweiz entfällt. Der Bericht erwähnt zwar, dass in gewissen Staatsverträgen oder Konzessionen auch festgelegt sei, dass die Elektrizität frei von Gebühren und anderen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen in den Nachbarstaat zu überführen sei. Es deutet indes alles

darauf hin, dass eine solche Regelung nicht als Voraussetzung für das Bejahen eines Hoheitsanteils vorgesehen war. Ein Hoheitsanteil i. S. v. Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG liegt somit auch dann vor, wenn nicht im Detail geregelt ist, wie die einem Anrainerstaat zustehende elektrische Energie diesem zur Verfügung zu stellen ist. Für diese Sichtweise sprechen insbesondere auch die Ausführungen im Bericht der UREK-S, wonach sich mit der vorgeschlagenen Regelung trotz der Aufhebung von zwei Vorrangprivilegien wenig am Status quo ändere (BBI 2016 S. 8328). Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich unter der bis 30. September 2017 geltenden Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG sämtliche Grenzkraftwerke auf einen Vorrang für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien berufen konnten (vgl. auch BBI 2016 S. 8317 und 8322). Auch der Bundesrat ging in seiner Stellungnahme vom 9. November 2016 zum Bericht der UREK-S davon aus, dass die neue ausdrückliche Regelung der Vorränge für Grenzwasserkraftwerke lediglich die diesen schon bisher gewährten Vorränge weiterführe (BBI 2016 S. 8336). Im Ständerat erklärte Bundesrätin Doris Leuthard zudem wörtlich, dass ein Vorrang für die 23 Grenzwasserkraftwerke bestehen bleiben solle (AB 2016 S 1235). Ebenso erklärte sie dies im Nationalrat (AB 2017 N 303).

- 34 Die Konzessionen vom 27. Mai 2003 definieren somit einen dem Kanton Aargau – und damit der Schweiz – zukommenden Hoheitsanteil im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG im Umfang von 54 Prozent der im Kraftwerk Albruck-Dogern erzeugten elektrischen Energie. Es ist vorliegend unbestritten, dass die Gesuchstellerin 77 Prozent der Aktien der RADAG hält und somit gemäss dem Gründungsvertrags der RADAG einen Anspruch auf Bezug von 77 Prozent der im Kraftwerk Albruck-Dogern erzeugten elektrischen Energie hat (act. 8, Beilage 2). Ebenso ist erstellt, dass die EnBW AG ihr Bezugsrecht von einem Prozent auf die Gesuchstellerin übertragen hat (act. 26). Die Gesuchstellerin kann somit über 78 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern verfügen.
- 35 Ebenfalls unbestritten ist, dass dem Schweizer Hoheitsanteil in erster Linie die Bezugsrechte der Schweizer Aktionäre der RADAG zuzuordnen sind. Diese verfügen jedoch nur über einen Aktienanteil von 22 Prozent, während der Schweizer Hoheitsanteil 54 Prozent beträgt (vgl. oben Rz. 29). Von den restlichen Bezugsrechten, welche vollumfänglich der Gesuchstellerin zustehen, sind somit 32 Prozentpunkte dem Schweizer Hoheitsanteil zuzurechnen.
- 36 Aus den obigen Erwägungen folgt, dass die Gesuchstellerin für den dem Schweizer Hoheitsanteil zuzurechnenden Anteil Ihrer Bezugsrechte, d. h. für 32/54 des Hoheitsanteils oder 32 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern, grundsätzlich einen Anspruch auf Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG hat. Ob die Gesuchstellerin sich auch auf das Vorliegen eines internationalen Bezugs- und Liefervertrags gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 1 StromVG berufen könnte, kann daher vorliegend offenbleiben.

### **3.2 Abwicklung des Vorrangs**

- 37 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.).

- 38 Die ECom kam im ebenfalls das Kraftwerk Albruck-Dogern betreffenden, rechtskräftig erledigten Verfahren 232-00046 mit Verfügung vom 13. Oktober 2020 zum Ergebnis, dass die Gesuchsgegnerin weder für die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen noch für deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Kooperationsvertrag abzuschliessen, verantwortlich sei und verfügte für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 30. September 2018 die Herausgabe des stellvertretenden Commodums an die gesuchstellende Partei in jenem Verfahren (vgl. Rz. 90 – 197 der Verfügung).
- 39 Ein in den Jahren 2018 und 2019 durchgeführter Austausch zwischen der ECom und der Bundesnetzagentur (vgl. act. 9a bis 9f) hat gezeigt, dass die vom Bundesgericht in seinen Urteilen 2C\_390/2016 und 2C\_391/2016 vom 6. November 2017 festgestellte Unmöglichkeit der Vorranggewährung durch die Gesuchsgegnerin fortbesteht: So führte die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 17. Juli 2018 insbesondere aus, dass sie es als mit dem unions- und bundesrechtlichen Diskriminierungsverbot unvereinbar erachte, einzelnen Kraftwerken oder sonstigen Marktakteuren unter Meldung ihrer Teilnahme am regulären Auktionsverfahren vorrangig einen Netzzugang zu gewähren (act. 9b).
- 40 An der deutsch-schweizerischen Grenze können somit auch künftig keine «physischen» Vorränge bei der Zuteilung grenzüberschreitender Übertragungskapazität im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt werden, indem die vorab reservierte Kapazität den Anspruchsberechtigten nach entsprechender Nomination kostenlos zur Verfügung steht. Dies bedeutet indes nicht, dass die Gewährung von Vorrängen an der deutsch-schweizerischen Grenze künftig per se ausgeschlossen ist und die Anspruchsberechtigten gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (Urteile 2C\_390/2016 und 2C\_391/2016 vom 6. November 2017) und die daraus abgeleiteten Verfügungen der ECom (vgl. insb. Verfügung 232-00046 der ECom vom 13. Oktober 2020) auf unbestimmte Zeit hin Ansprüche auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums geltend machen können. Vielmehr gilt es zu berücksichtigen, dass Artikel 17 Absatz 2 StromVG per 1. Oktober 2017 vom Gesetzgeber revidiert wurde: Die am 1. Oktober 2017 in Kraft getretene Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt für Lieferungen aus Grenzwasserkraftwerken einen Vorrang, soweit die grenzüberschreitende Übertragung zur Sicherstellung der jeweiligen Hoheitsanteile nötig ist (vgl. dazu oben Rz. 24 ff.). Die Bestimmung gewährt zudem weiterhin auch für Lieferungen aus internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, einen Vorrang. Entscheidend dabei ist, dass dem Gesetzgeber im Rahmen dieser Revision die Unmöglichkeit einer Vorranggewährung im bisherigen Sinne an der deutsch-schweizerischen Grenze durchaus bewusst war. So hielt der Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerats (UREK-S) vom 1. September 2016 ausdrücklich fest, dass an der Grenze zu Deutschland seit 1. Januar 2015 keine Vorränge mehr gewährt würden, weil die deutschen Übertragungsnetzbetreiber TransnetBW GmbH und Amprion GmbH das ehemals bestehende Kooperationsabkommen mit der Gesuchsgegnerin gekündigt hätten. Dabei verwies die UREK-S auch auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches zu diesem Zeitpunkt in den beiden Entscheiden A-1025/2015 und A-1043/2015 bereits festgehalten hatte, dass die praktische Umsetzung der nach schweizerischem Recht vergebenen Vorränge von der Mitwirkung des benachbarten Übertragungsnetzbetreibers abhängig sei (BBl 2016 S. 8316). Aus dem Bericht ist auch ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin sowie drei weitere Vernehmlassungsteilnehmer im Rahmen der Vernehmlassung zur Vorlage angeregt

hatten, dass der Vorrang bezüglich der Grenzwasserkraftwerke im Gesetz ausdrücklich unter Vorbehalt der Kooperationsbereitschaft des nachbarstaatlichen Übertragungsnetzbetreibers stehen solle. Da dessen Mitwirkung zur praktischen Umsetzung unabdingbar sei, solle auch der juristische Bestand des Vorrangs davon abhängig sein (BBI 2016 S. 8319). Diese Anregung blieb gemäss dem Bericht der UREK-S jedoch bewusst unberücksichtigt. Die UREK-S führt dazu aus, die Durchsetzung der nationalen Vorränge sei zwar tatsächlich von der Mitwirkung des betreffenden ausländischen Übertragungsnetzbetreibers abhängig, doch es erscheine unangebracht, den juristischen Bestand eines von der nationalen Rechtsordnung gewährten Rechts – auch de iure – in die Hand eines ausländischen Entscheidungsträgers zu legen (BBI 2016 S. 8328). Der aktuellen Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG liegt mithin ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers zu Grunde, den Grenzwasserkraftwerken – im Wissen um die faktische Nichtumsetzbarkeit an der deutsch-schweizerischen Grenze – gleichwohl einen rechtlichen Anspruch auf Vorrang einzuräumen.

- 41 Die ECom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 StromVG dessen Einhaltung und trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des StromVG und dessen Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Gemäss Artikel 17 Absatz 1 Satz 2 StromVG kann sie das Verfahren für die Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz regeln. Angesichts des im Rahmen der Revision von Artikel 17 Absatz 2 StromVG klar geäusserten Willens des Gesetzgebers, den Grenzwasserkraftwerken an der deutsch-schweizerischen Grenze – im Wissen um die faktische Nichtumsetzbarkeit einer vorrangigen Vergabe von Grenzkapazitäten im bisherigen Sinne – gleichwohl einen rechtlichen Anspruch auf Vorrang einzuräumen, ist für diese Grenze ein Verfahren festzulegen, welches den nach Schweizer Recht bestehenden Anspruch auf Vorrang ungeachtet der faktischen Einschränkungen bestmöglich umsetzt.
- 42 Eine mögliche Lösung wäre die Durchführung getrennter nationaler Auktionen. Eine getrennte Auktionsdurchführung würde bedeuten, dass ein und dieselbe grenzüberschreitende Übertragungskapazität in unkoordinierter Weise einmal auf Deutscher und einmal auf Schweizer Seite mittels Auktion vergeben würde. Dieses Vorgehen wäre die ultima ratio, wenn mangels Kooperation zwischen der Gesuchsgegnerin und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen gar kein gemeinsames Vergabeverfahren zustande käme. Zwar könnten so auf Schweizer Seite die Vorränge gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG gewährt werden. Eine unkoordinierte doppelte Vergabe der Übertragungskapazitäten hätte jedoch zur Folge, dass nur diejenigen Marktteilnehmer tatsächlich Übertragungskapazität in Anspruch nehmen können, welche sowohl auf deutscher als auch auf Schweizer Seite die benötigte Übertragungskapazität erwerben konnten. Die verfügbare Kapazität könnte in vielen Fällen nicht voll ausgenutzt werden, weshalb sich ein solches Verfahren als hochgradig ineffizient erweise und dem Markt wertvolle grenzüberschreitende Übertragungskapazität entzöge. Eine getrennte Auktionsdurchführung widerspräche daher im Ergebnis der allgemeinen Pflicht der Netzbetreiber zur Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes (Art. 8 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 20 Abs. 1 StromVG; act. 16 f).
- 43 Eine weitere denkbare Möglichkeit bestünde darin, die grenzüberschreitende Übertragungskapazität gedanklich in einen deutschen und einen schweizerischen Teil aufzuteilen (sog. Kapazitätssplitting, vgl. dazu auch Rz. 153 in der Verfügung der ECom 232-00046 vom 13. Oktober 2020). Die grenzüberschreitende Übertragungskapazität könnte dabei weiterhin in einer gemeinsam von der Gesuchsgegnerin und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen durchgeführten Auktion vergeben werden. Die technisch zur Verfügung stehende Übertragungskapazität würde im Rahmen dieser Auktion jedoch in zwei autonome Quoten aufgeteilt, über die beide Staaten jeweils frei verfügen können. Dabei würden die nach Schweizer Recht bestehenden Vorränge vollumfänglich zu Lasten der Schweizer Quote gewährt und können wie bisher vorgängig zur expliziten Auktion nominiert werden. Ein solches Modell wird indes von den Deutschen Behörden als mit dem deutschen und europäischen Recht unvereinbar eingestuft und daher abgelehnt. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur kommt vielmehr nur ein Vorgehen in Betracht, bei dem sämtliche grenzüberschreitende Übertragungskapazität wie bisher mittels

einer gemeinsamen expliziten Auktion vergeben wird (vgl. Ausführungen der Bundesnetzagentur in act. 9d). Die Einführung eines Verfahrens, welches die Vorränge mittels eines Kapazitätssplittings gewährt, erweist sich damit als undurchführbar und würde zudem auch die Schweizer Endverbraucher ungerechtfertigt belasten (vgl. dazu unten Rz. 46 f.)

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

- 47 Das künftige Verfahren zur Gewährung von Vorrängen an der deutsch-schweizerischen Grenze ist daher so festzulegen, dass keine Mehrbelastung der Endverbraucher im Vergleich zur regulären, vom Gesetzgeber ursprünglich angedachten Vorranggewährung erfolgt. Die finanzielle Rückerstattung darf daher die Erlöse, welche die Gesuchsgegnerin in der expliziten Auktion für die Vergabe der vorrangberechtigten Kapazität erzielt hat, d. h. 50 Prozent der in der Auktion für diese Kapazität erzielten Erlöse, nicht überschreiten.
- 48 Ein mit dieser Rahmenbedingung festgelegtes Verfahren zur Gewährung «finanzieller» Vorränge steht auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: So äusserte das Bundesgericht im Urteil 2C\_632/2016 vom 6. November 2017 zwar im Rahme eines Obiter dictum in Erwägung 3.7.2.1 zunächst Zweifel an der Zulässigkeit rein finanzieller Vorränge und führte verschiedene Argumente an, wonach Vorränge gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG in erster Linie physisch zu gewähren seien. So gehe Artikel 17 Absatz 2 StromVG davon aus, dass die dort geregelten Vorränge nicht nach den in Absatz 1 genannten marktorientierten Verfahren, sondern vorab bzw. ausserhalb dieser Verfahren zugeteilt werden. Mit einer Rückerstattung im Nachgang zur Teilnahme an der Auktion würden somit entgegen dem Wortlaut von Artikel 17 Absatz 2 StromVG nicht Vorränge «bei der Zuteilung von Kapazitäten» gewährt, sondern nachträgliche finanzielle Kompensationen. Die Auktionspreise, welche die Vorrangberechtigten zunächst an die nationale Netzgesellschaft bezahlen, wären somit Teil der Auktionserlöse. Deren Verwendungszwecke seien aber in Artikel 17 Absatz 5 StromVG abschliessend geregelt: Rückerstattungen an Vorrangberechtigte gehörten nicht dazu. Dies sei ein Hinweis, dass der Gesetzgeber offenbar nicht an einen finanziellen Vorrang gedacht habe. Nach weiteren Ausführungen gelangte das Bundesgericht zum Ergebnis, dass ein solches System zahlreiche Fragen aufwerfen würde, die gesetzlich nicht geregelt seien (E. 3.7.3.3).
- 49 Diese auf den ersten Blick ablehnende Würdigung finanzieller Vorränge durch das Bundesgericht wurde indes noch im selben Urteil vom Bundesgericht selbst relativiert: So hielt das Bundesgericht in Erwägung 3.7.3.3 des Urteils fest, dass – wenn überhaupt – jedenfalls höchstens ein System mit Artikel 17 Absatz 5 StromVG vereinbar wäre, bei welchem derjenige Teil der Auktionserlöse an die Vorrang- bzw. Kompensationsberechtigten verteilt werde, der vom Vorrangberechtigten stammt. Die Nationale Netzgesellschaft weise zudem zurecht darauf hin, dass die Auktionserlöse (mindestens) hälftig den ausländischen Übertragungsnetzbetreibern zustünden. Effektiv würde somit höchstens die Hälfte der von den Vorrangberechtigten bezahlten Auktionspreise zurückerstattet.
- 50 Das Bundesgericht führte eine Kompensationslösung, wie die vorliegend von der ECom angestrebte, somit selbst als mögliche Lösung auf. Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Urteil des Bundesgerichts zwar in Kenntnis der aktuellen Rechtslage erging, sich inhaltlich aber ausdrücklich auf die bis 30. September 2017 geltende ursprüngliche Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG bezog, bei deren Erlass der Gesetzgeber unbestrittenermassen die damals an allen Schweizer Grenzen vollziehbare physische Gewährung von Vorrängen vor Augen hatte (E. 2.2 f.). Wie oben in Rz. 40 ausgeführt, wurde die heute geltende Fassung von Artikel 17 Absatz 2 StromVG vom Gesetzgeber hingegen ausdrücklich im Wissen erlassen, dass eine physische Gewährung von Vorrängen – mindestens an der deutsch-schweizerischen Grenze – nicht mehr möglich ist. Vor diesem Hintergrund kann der bundesgerichtlichen Argumentation, dass eine finanzielle Gewährung von Vorrängen nicht vorgesehen sei, weil der Gesetzgeber nicht an eine solche gedacht hatte, aus heutiger Sicht nicht mehr uneingeschränkt gefolgt werden. Mit Blick auf die abschliessende Aufzählung der Verwendungszwecke für die Auktionserlöse in Artikel 17 Absatz 5 StromVG ist zudem festzuhalten, dass es sich bei den fraglichen Erlösen um solche handelt, welche bei einer regulären Vorranggewährung gemäss der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers gar nicht erzielt worden wären. Es handelt sich mithin um einen Mittelzufluss bei der Gesuchsgegnerin, der einzig darauf zurückzuführen ist, dass die Vorranggewährung behelfsmässig über eine Teilnahme an der expliziten Auktion erfolgen muss. Unter diesem Blickwinkel handelt sich bei den betreffenden Erlösen nicht um reguläre Auktionserlöse gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG, sondern um Mittel, die von der Gesuchsgegnerin von vornherein einzig zwecks Rückerstattung an den Vorrangberechtigten eingenommen werden. Die

eingeschränkte Verwendbarkeit der Auktionserlöse durch die Gesuchsgegnerin gemäss Artikel 17 Absatz 5 StromVG steht einer finanziellen Abwicklung der Vorränge daher nicht entgegen.

- 51 Möchte die Gesuchstellerin ihren Anspruch auf Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG geltend machen, wird sie die entsprechende Kapazität somit zunächst regulär erwerben müssen. Anschliessend ist sie berechtigt, bei der Gesuchsgegnerin ein Gesuch um Rückerstattung der für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse einzufordern. Dabei hat die Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin die erworbenen Kapazitäten sowie ihren tatsächlichen Anspruch auf Vorrang in Höhe von 32 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern mittels Ist-Produktionsdaten stundenscharf zu belegen.
- 52 Die Gesuchstellerin bezeichnete ein solches Vorgehen als umsetzbar, hielt aber fest, die einzelnen Prozessschritte würden einen erheblichen Aufwand sowohl bei der Gesuchstellerin als auch auf Seiten der Gesuchsgegnerin verursachen. Ein deutlich weniger komplexes Verfahren wäre aus ihrer Sicht eine rein finanzielle Abwicklung ohne Teilnahme an den Kapazitätsauktionen und damit ohne tatsächlichen Erwerb der Kapazitäten durch die Vorrangberechtigten (act. 10).
- 53 Obschon die Abwicklung des von der Gesuchstellerin vorgeschlagenen Verfahrens, welches im Ergebnis der Auszahlung des stellvertretenden Commodums gemäss der oben in Randziffer 37 zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts darstellt – mindestens für sie – weniger aufwändig wäre als das mit vorliegender Verfügung festgelegte Verfahren, kommt es nicht in Betracht, da es dem Stromversorgungsrecht widerspricht: Wie oben in Randziffer 40 aufgezeigt, hat sich der Gesetzgeber bewusst für die Beibehaltung eines Rechtsanspruchs entschieden, von dem er wusste, dass dessen vollständige Umsetzung von der nicht erwartbaren Kooperation der deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen abhängen würde. Solange – wie vorliegend – eine Möglichkeit besteht, diesem Anspruch zumindest teilweise gerecht zu werden, besteht keine Grundlage dafür, auch in Zukunft ein stellvertretendes Commodum auszubezahlen. Denn ein solcher Anspruch würde voraussetzen, dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin infolge einer objektiven Unmöglichkeit gar nicht die Möglichkeit einräumt, einen Vorrang geltend zu machen und infolgedessen einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt. Mit dem oben in Randziffer 51 dargelegten Verfahren verfügt die Gesuchstellerin jedoch über die Möglichkeit, den Vorrang zumindest teilweise, d. h. soweit rechtlich umsetzbar, geltend zu machen. Zu beachten ist ferner, dass der Sinn und Zweck des Vorrangs gemäss Artikel 17 Absatz 2 StromVG nebst der Erfüllung internationaler Bezugs- und Lieferverträge insbesondere die Sicherstellung von in Staatsverträgen oder Konzessionen festgelegten Schweizer Hoheitsanteilen an der Produktion von Grenzwasserkraftwerken ist. Würde der Gesuchstellerin dauerhaft die Geltendmachung eines Vorrangs mit der Begründung der objektiven Unmöglichkeit verweigert und gleichzeitig ein stellvertretendes Commodum ausbezahlt, käme dies der Gewährung eines Vorrangs gleich, ohne dass gewährleistet wäre, dass die anspruchsberechtigte Energie tatsächlich in die Schweiz importiert wird. Die Entschädigung in Form des stellvertretenden Commodums würde unabhängig davon geleistet, ob die Gesuchstellerin Netzkapazitäten für die Einfuhr der Produktion von Deutschland in die Schweiz erwirbt oder nicht und unabhängig davon, ob sie beabsichtigt, den Produktionsanteil in die Schweiz zu importieren oder nicht. Die Gesuchstellerin erhielte damit einen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil. Das zentrale Kriterium von Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG für die Begründung eines Anspruchs auf Vorrang, nämlich dass der Vorrang für die Sicherstellung eines Hoheitsanteils (d. h. für die Lieferung der betreffenden Energie in das jeweilige Hoheitsgebiet) nötig sein muss, würde verletzt.

### 3.3 Fazit

- 54 Aus den Ausführungen in Ziffer 3.1 ergibt sich, dass die Gesuchstellerin für den dem Schweizer Hoheitsanteil zuzurechnenden Anteil Ihrer Bezugsrechte, d. h. für 32/54 des Hoheitsanteils oder 32 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albbbruck-Dogern, einen Anspruch auf Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 StromVG hat.
- 55 Gemäss den Erwägungen in Ziffer 3.2 kann die Gesuchstellerin ihren Anspruch auf Vorrang geltend machen, indem sie zunächst die entsprechende Kapazität in der regulären Auktion erwirbt und anschliessend bei der Gesuchsgegnerin ein Gesuch um Rückerstattung der für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse stellt. Dabei hat sie gegenüber der Gesuchsgegnerin die erworbenen Kapazitäten sowie ihren tatsächlichen Anspruch auf Vorrang in Höhe von 32/54 des Hoheitsanteils oder 32 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albbbruck-Dogern mittels Ist-Produktionsdaten stundenscharf zu belegen. Die Gesuchsgegnerin ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin auf Gesuch hin die von der Gesuchsgegnerin für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse auszubezahlen.

## 4 Gebühren

- 56 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).
- 57 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: 7 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend 1'750 Franken), 2 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend 460 und 28 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend 5'600 Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von 7'810 Franken.
- 58 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). Die Gesuchstellerin dringt mit ihren Begehren im vorliegenden Verfahren vollumfänglich durch. Die Verfahrenskosten sind daher der Gesuchsgegnerin als unterliegende Partei aufzuerlegen.

### III Entscheid

#### Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

1. Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der RWE Generation Hydro GmbH auf Gesuch hin aus den laufenden Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze die Erlöse auszubehalten, welche die Swissgrid AG für die von der RWE Generation Hydro GmbH erworbene, vorrangberechtigte Kapazität eingenommen hat.

Die RWE Generation Hydro GmbH hat dazu die erworbenen grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten sowie ihren tatsächlichen Anspruch auf Vorrang in Höhe von 32 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern mittels Ist-Produktionsdaten stundenscharf zu belegen.

2. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt 7'810 Franken. Sie wird der Swissgrid AG auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
3. Die Verfügung wird der RWE Generation Hydro GmbH und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 7. Februar 2023

#### Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom

Werner Luginbühl  
Präsident

Urs Meister  
Geschäftsführer

Versand:

–

#### Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- RWE Generation Hydro GmbH, RWE Platz 3, 45141 Essen, Deutschland  
vertreten durch Rheinkraftwerk Albruck-Dogern AG, Wehrkraftwerk, Stauwehrweg 579,  
5324 Leibstadt
- Swissgrid AG, Bleichemattstrasse 31, 5001 Aarau

## 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).