



Referenz/Aktenzeichen: 212-00384

Bern, 3. Juni 2025

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: **Swissgrid AG**, Bleichemattstrasse 31, Postfach, 5001 Aarau
(**Gesuchstellerin**)

gegen: **BKW Energie AG**, Viktoriaplatz 2, 3013 Bern
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jäger, Kellerhals Carrard, Effingerstrasse 1,
Postfach, 3001 Bern
(**Gesuchsgegnerin**)

betreffend Netznutzungsvertrag für Verteilnetzbetreiber und Endverbraucher mit
Anschluss an das Übertragungsnetz

Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt	4
II	Erwägungen	11
1	Anwendbares Recht	11
2	Verfahrensgegenstand und Zuständigkeit	13
2.1	Vorbringen Gesuchstellerin	13
2.2	Vorbringen Gesuchsgegnerin	16
2.2.1	Nichteintreten	16
2.2.2	Eventualantrag: Nur teilweise Zuständigkeit	18
2.3	Regelungskonzept des StromVG: Kooperation und Subsidiarität	19
2.4	Verfahrensgegenstand	21
2.5	Zuständigkeiten der ECom: Übersicht und Rechtsprechung	26
2.5.1	Artikel 22 Absatz 1 StromVG: Umfassende Kompetenz	26
2.5.2	Artikel 22 Absatz 2 StromVG: Ausdrücklich genannte Kompetenzen	27
2.5.3	Rechtsprechung	28
2.5.4	Zwischenfazit	30
2.6	Zuständigkeit der ECom für im nNNV noch strittige Punkte	30
2.6.1	Vorbemerkungen	30
2.6.2	Zuständigkeit nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG	30
2.6.3	Zuständigkeit nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG	36
2.6.4	Zuständigkeit der ECom nach Artikel 22 Absatz 1 StromVG	37
2.6.5	Kein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip	37
2.6.6	Keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit	40
2.7	Fazit	40
3	Parteien und rechtliches Gehör	40
3.1	Parteien	40
3.2	Rechtliches Gehör	41
4	Materielle Beurteilung	41
4.1	Vorbemerkungen	41
4.2	Gleichbehandlungsgebot	42
4.2.1	Vorbringen Gesuchstellerin	42
4.2.2	Vorbringen Gesuchsgegnerin	42
4.2.3	Würdigung	42
4.3	Ziffer 1.3: Vertragsbestandteile und Rangfolge	43
4.3.1	Vorbringen Gesuchstellerin	43
4.3.2	Vorbringen Gesuchsgegnerin	44
4.3.3	Würdigung	45
4.4	Ziffer 2.2 Bezugsanpassung aus dem Übertragungsnetz	47
4.4.1	Vorbringen Gesuchstellerin	47
4.4.2	Vorbringen Gesuchsgegnerin	47
4.4.3	Würdigung	48

4.5	Ziffer 3.3 Konventionalstrafe oder Aufwandsersatz bei falscher Datenlieferung	49
4.5.1	Vorbringen Gesuchstellerin	49
4.5.2	Vorbringen Gesuchsgegnerin	51
4.5.3	Würdigung	51
4.6	Ziffer 4 Energiedatenmanagement.....	55
4.7	Ziffer 5 und Ziffer 2.2 Absatz 6 Haftung	55
4.7.1	Vorbemerkungen, Vorbringen Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin.....	55
4.7.2	Würdigung	55
4.8	Ziffer 6 Inkrafttreten, Vertragsdauer und Kündigung.....	57
4.9	Ziffer 8 Absätze 6 und 7 Vertraulichkeit und Datenschutz	58
4.9.1	Vorbringen Gesuchstellerin	58
4.9.2	Vorbringen Gesuchsgegnerin	59
4.9.3	Würdigung	59
4.10	Ziffer 12 Anpassung des Vertrags.....	62
4.10.1	Vorbringen Gesuchstellerin	62
4.10.2	Vorbringen Gesuchsgegnerin	62
4.10.3	Würdigung	63
5	Fazit.....	64
6	Umsetzung der Verfügung der Vertragsziffern	65
7	Entzug der aufschiebenden Wirkung	66
8	Gebühren	66
9	Parteientschädigung.....	67
III	Entscheid	68
IV	Rechtsmittelbelehrung	71

I Sachverhalt

A.

- 1 Die nationale Netzgesellschaft und Betreiberin des schweizerischen Übertragungsnetzes Swissgrid AG (Gesuchstellerin) und die Verteilnetzbetreiber und Endverbraucher mit Anschluss an das Übertragungsnetz) haben erstmals per 1. Januar 2009 einen Netznutzungsvertrag abgeschlossen (aNNV; act. 1 Beilage 2). Weitere Verträge wie der Netzanschlussvertrag und die Betriebsvereinbarung regeln die Zusammenarbeit zwischen der Gesuchstellerin und den an das Übertragungsnetz angeschlossenen Netznutzern (sog. Branchenverträge, für eine Übersicht siehe «Vertragslandschaft – Zuordnung der Branchenverträge zu den Branchendokumenten»; abrufbar unter www.swissgrid.ch > Partner > Alle Themen > Branchenverträge und Anhänge; beide zuletzt besucht am 9. April 2025). In jenem Zeitpunkt existierten noch keine Branchendokumente des Verbands Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE). Seit damals hat der VSE verschiedene Branchenempfehlungen und weitere Branchendokumente verabschiedet, die den Betrieb des Übertragungsnetzes und der weiteren 6 der insgesamt 7 Netzebenen des Schweizerischen Elektrizitätsnetzes regeln. Dazu gehören die Branchenempfehlungen Netznutzungsmodell Übertragungsnetz (NNMÜ), Transmission Code (TC), Metering Code (MC) und Standardisierter Datenaustausch (SDAT; alle abrufbar unter www.strom.ch > Download; zuletzt besucht am 9. April 2025). Die Branchendokumente werden laufend weiterentwickelt (act. 1 Rz. 12-14).
- 2 Im Jahr 2017 kam die Gesuchstellerin zum Schluss, dass der Netznutzungsvertrag revidiert werden sollte. Dadurch könne er an den aktuellen Stand der gesetzlichen Grundlagen und die – die netzwirtschaftlichen und technischen Regelungsinhalte in Bezug auf die Netznutzung nun präziser als der aNNV beschreibende – Branchenpraxis angepasst und konsolidiert werden. Zudem sollte dabei eine Harmonisierung mit zwischen Swissgrid und den weiteren mit den Branchenvertretern bestehenden Verträgen herbeigeführt werden (act. 1 S. 5 f.).
- 3 Am 27. Juni 2017 gab die Geschäftsleitung der Gesuchstellerin eine überarbeitete und aktualisierte Version des Netznutzungsvertrages (nNNV) zur Vernehmlassung bei den Netznutzern frei. Unter den 235 Kommentaren, die in der Folge eingingen, befand sich auch eine Stellungnahme der BKW Energie AG (Gesuchsgegnerin; act. 8 Beilage 4). Die Auswertung der Konsultation ergab Unstimmigkeiten, insbesondere bei den Regelungen zur Bezugsanpassung aus dem Übertragungsnetz, zur Konventionalstrafe, zur Haftung und zum einseitigen Vertragsanpassungsrecht (act. 1 Rz. 17 u. 18).
- 4 Am 8. Mai 2018 versendete die Gesuchstellerin den gestützt auf die Ergebnisse der Vernehmlassung überarbeiteten Vertragsentwurf und informierte über das weiter geplante Vorgehen. Danach sollten die Netznutzer ihre allfälligen generelle Fragen zum nNNV bis zum 25. Mai 2018 stellen. Ab dem 4. Juni 2018 werde sie den alten Vertrag auf den 1. Januar 2019 kündigen und ihnen den neuen Vertrag mit Gültigkeit ab jenem Datum zustellen. Zudem wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass sie in Ziffer 2.2 zur „Einschränkung und Unterbrechung der Netznutzung“ noch einen zusätzlichen Satz eingefügt hatte. Danach ist sie neu nicht nur berechtigt, zur Beherrschung kritischer Netzsituationen Anlagen vom Netz zu trennen und den Netznutzer zur Inbetriebnahme oder zur Trennung von Anlagen anzuweisen, sondern auch den Netznutzer anzuweisen, den Bezug aus dem Übertragungsnetz anzupassen (act. 1 Beilage 8; act. 8 Beilage 5).

- 5 Als die Gesuchstellerin am 24. Mai 2018 in der VSE-Kommission EVU-TSO über die Vernehmlassung des nNNV berichtete, wurden von Seiten der Kommissionsmitglieder ebenfalls Vorbehalte hinsichtlich der Regelungen zur Bezugsanpassung aus dem Übertragungsnetz bzw. der damit verbundenen Haftungsfragen sowie zur Konventionalstrafe vorgebracht (act. 1 Rz. 21). Der Vertreter der Gesuchstellerin wies den Vorschlag eines Teilnehmers, bezüglich der Haftung wieder auf die alte Formulierung zurückzugehen mit der Begründung ab, das sei keine Option, da der Vertrag schon von ihrer Geschäftsleitung genehmigt worden sei (vgl. act. 8 Beilage 8 S. 3).
- 6 Mit E-Mail vom 25. Mai 2018 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass mehrere ihrer zentralsten Änderungsanträge nicht umgesetzt worden seien und wies darauf hin, dass sie den Vertrag so nicht unterzeichnen könne (act. 8 Beilage 7).
- 7 Mit E-Mail vom 4. Juni 2018 antwortete die Gesuchstellerin, sie nehmen die Punkte der Gesuchsgegnerin zur Kenntnis und verweise in diesem Zusammenhang auch auf ihre Äusserungen zum nNNV am 24. Mai 2018 in der Kommission EVU-TSO (act. 8 Beilage 7).
- 8 Mit E-Mail vom 5. Juni 2018 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, sie habe an der Sitzung vom 24. Mai 2018 lediglich ihr Vertragsangebot vorgestellt und keine Anregungen zu Vertragsanpassungen zugelassen. Sie forderte die Gesuchstellerin nochmals auf, ihre Punkte zu reflektieren und die Vertragsvorlage im Sinne eines partnerschaftlichen Miteinanders zu überarbeiten (act. 8 S. 19; act. 8 Beilage 7).
- 9 Mit Schreiben vom 5. Juni 2018 kündigte die Gesuchstellerin den aNNV per 31. Dezember 2018. Gleichzeitig versendete sie den von ihr bereits unterzeichneten nNNV (Version 5. Juni 2018; act. 1 Beilage 5; abrufbar unter www.swissgrid.ch > Partner > Allgemeine Themen > Branchenverträge und Anhänge; zuletzt besucht am 9. April 2025). Die Gesuchstellerin setzte den Netznutzern für die Gegenzeichnung Frist an bis zum 30. September 2018 (act. 1 Rz. 22).
- 10 Am 20. Juni 2018 fand eine Telefonkonferenz statt, in der die Gesuchstellerin den Netznutzern nochmals die strittigen Passagen des nNNV (namentlich Bezugsanpassung aus dem Übertragungsnetz, Konventionalstrafe und einseitige Vertragsanpassung) erläuterte (act. 1 Rz. 24). Am 10. Juli 2018 versendete die Gesuchstellerin eine von ihr erstellte Zusammenfassung dieser Telefonkonferenz an alle Netznutzer. Gemäss dieser Zusammenfassung habe sie klargestellt, dass am nNNV keine Änderungen mehr vorgenommen würden (act. 1 Beilage 14).
- 11 Am 27. September 2018 sendete die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin einen unterschriebenen nNNV zu, an dem sie handschriftliche Änderungen vorgenommen hatte (act. 8 Beilage 9).
- 12 Neun der siebzehn direkt an das Übertragungsnetz angeschlossenen Netznutzer unterzeichneten den nNNV bis Ende September 2018 (act. 1 Rz. 26).

- 13 Die Gesuchstellerin stellte den sieben Netznutzern, welche den nNNV weiterhin nicht unterzeichneten, am 21. November 2018 einen befristeten Side Letter zum nNNV zu. Im Side Letter wurde den Netznutzern zugesichert, dass die Ziffer zur Bezugsanpassung aus dem Übertragungsnetz im nNNV in seiner Anwendung sistiert werde, bis die abgestimmten Ergebnisse der VSE-Arbeitsgruppe Manueller Lastabwurf – und damit die Grundlagen für eine Verankerung des manuellen Lastabwurfs in der Betriebsvereinbarung zwischen der Gesuchstellerin und den Verteilnetzbetreibern (VNB) – vorliegen würden. Der Gesuchsgegnerin teilte sie dabei weiter mit, sie sei per Gesetz verpflichtet, mit den VNB einheitliche Verträge über den Zugang und die Nutzung der Übertragungsnetzinfrastruktur abzuschliessen. Daher könne sie die von ihr einseitig vorgenommenen Vertragsanpassungen nicht akzeptieren. Zwischen ihnen beiden sei somit kein gültiger Netznutzungsvertrag mit Geltung ab dem 1. Januar 2019 zustande gekommen. Das erwähnte Vorgehen biete sie ihr im Sinne eines letztmaligen Angebots an. Die Gesuchstellerin bat die Gesuchsgegnerin, den unterzeichneten Vertrag sowie das unterzeichnete Schreiben bis spätestens 7. Dezember 2018 an sie zu retournieren. Ansonsten gelte der Vertrag als nicht zustande gekommen. Sollte keine einvernehmliche Einigung erzielt werden, werde sie nicht umhinkommen, die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom um Verfügung des Vertragsabschlusses zu ersuchen (act. 1 S. 8 u. Beilage 15).
- 14 In der Folge unterzeichneten zwei weitere Netznutzer den nNNV. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2018 antwortete die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin, und teilte ihr unter anderem mit, dass sie an ihren Anpassungen des Netznutzungsvertrages festhalte. Sie könne der Ziffer 2.2 nicht zustimmen, da die Resultate der Arbeitsgruppe noch nicht bekannt seien und sie nach den Erfahrungen des letzten Jahres nicht davon ausgehen könnten, dass die Ergebnisse der Arbeitsgruppe die Interessen der Partner im gleichen Masse berücksichtigen würde. Sie lehne die Ziffer daher ab und stelle der Gesuchstellerin nochmals ihre Anpassungsanträge zu, die sie gerne mit ihr besprechen würde. Nur mit den vorgeschlagenen Änderungen sei für sie eine faire und partnerschaftliche Zusammenarbeit im Sinne der Versorgungssicherheit der Schweiz möglich. Sie übermittelte der Gesuchstellerin noch einmal die Verträge mit denselben handschriftlichen Korrekturen (act. 1 Beilage 16).
- 15 Aus Gesprächen mit den weiteren ohne Unterzeichnung verbleibenden Netznutzern entstand ein so bezeichneter Letter of Comfort (LoC), der als Auslegungshilfe die noch strittigen Bestimmungen im nNNV (Bezugsanpassung, Konventionalstrafe, Möglichkeit der einseitigen Vertragsanpassung durch Swissgrid, individuelle Kritikpunkte) zusammenfasste (act. 1 Beilage 18). Im Falle eines Disputs sollten diese Ausführungen den Netznutzern eine verbindliche Grundlage für die Auslegung des nNNV und des Side Letters bieten. Mit dem LoC unterzeichneten sämtliche übriggebliebenen weiteren Netznutzer ausser der Gesuchsgegnerin den nNNV. Am 18. Dezember 2019 stellte die Gesuchstellerin den LoC allen Netznutzern, welche den nNNV bereits unterzeichnet hatten, ebenfalls zur Verfügung (act. 1 S. 8 f. und Beilage 17).
- 16 Am 22. Februar 2019 fand eine Besprechung zum nNNV zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin statt (act. 1 Beilage 19).
- 17 Mit Schreiben vom 28. Februar 2019 stellte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin erneut einen LoC zu (act. 1 Beilage 19). Mit E-Mail vom 1. März 2019 teilte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit, dass sie den LoC nochmals überarbeitet und mit den Punkten aus ihrer Diskussion ergänzt habe. Sie bat um Prüfung aus Sicht der Gesuchsgegnerin (act. 1 Beilage 19).
- 18 Mit Schreiben vom 28. März 2019 teilte die Gesuchsgegnerin mit, sie erachte sowohl die Interpretation wie auch die Lösung mit separatem LoC als nicht zufriedenstellend. Falls von Seiten der Gesuchstellerin der Bedarf an einem (neuen) Netznutzungsvertrag bestehe, sei dieser mit ihr als Vertragspartnerin im Einvernehmen und ohne einseitige Nachteile zu ihren Lasten abzuschliessen (act. 1 Beilage 20).

- 19 Am 8. Mai 2019 verabschiedete der Vorstand des VSE die von der Arbeitsgruppe Manueller Lastabwurf ausgearbeitete Branchenempfehlung Manueller Lastabwurf (BE ML; abrufbar mit dem Suchbegriff unter www.strom.ch > Downloads; zuletzt besucht am 9. April 2025).
- 20 Am 20. Juni 2019 fand ein weiteres Gespräch betreffend den nNNV zwischen den Parteien statt (act. 1 Beilage 21). Gemäss dem internen Protokoll der Gesuchsgegnerin sollen je ein Team von beiden Parteien zusammen einen neuen Netznutzungsvertrag ausarbeiten, mit inhaltlich übereinstimmenden, rechtskonformen Erklärungen beider Parteien bis zum Ende des Jahres 2019. Das Prinzip der Augenhöhe zwischen Übertragungsnetzbetreiber und VNB werde angewandt. Der ausgearbeitete Vertrag werde dann als Weiterentwicklung des bestehenden Vertrages in der Branche unterbreitet (act. 8 Beilage 10).
- 21 Mit E-Mail vom 26. Juni 2019 unterbreitete die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin Vorschläge für einen Folgetermin und bat sie um schriftliche und begründete Rückmeldung, welche Punkte im nNNV sie weiterhin moniere (act. 1 Beilage 21).
- 22 Mit E-Mail vom 13. August 2019 sendete die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin ihre Anpassungsvorschläge mit Begründung in einem separaten Dokument zu (act. 1 Beilagen 22 u. 23).
- 23 Nach der nächsten Besprechung vom 23. August 2019 arbeitete die Gesuchstellerin einen Vorschlag aus und sendete der Gesuchsgegnerin am 23. Oktober 2019 einen überarbeiteten LoC. Das Hauptvertragsdokument wolle sie hingegen nicht verändern (act. 1 Beilage 24 u. 25).
- 24 Mit E-Mail vom 31. Oktober 2019 teilte die Gesuchsgegnerin mit, dass sie den überarbeiteten Netznutzungsvertrag trotz der Anpassungen nicht unterzeichne. Sie anerkenne, dass die Gesuchstellerin im neu zugestellten LoC versucht habe, ihre Anliegen abzubilden, jedoch seien für sie wichtige Punkte nicht oder nicht in befriedigender Weise aufgenommen worden. Im Folgenden ging sie auf einige dieser Punkte nochmals ein (Ziff. 1.3 Vertragsbestandteile, Ziff. 2.2 lit. c Bezugsanpassungen aus dem Übertragungsnetz, Ziff. 3.3 Konventionalstrafe, Ziff. 5.3 Haftung, Ziff. 8 Datenaustausch, Ziff. 12 Anpassungen des Vertrags). Angesichts dieser Ausgangslage schlage sie vor, den vereinbarten Besprechungstermin vom 5. November 2019 zu verschieben und gegen Ende Jahr einen neuen Termin zu vereinbaren (act. 1 Beilage 26).
- 25 Im November 2019 sendete die Gesuchstellerin allen Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz einen Zusatz zum Anhang 1 der Betriebsvereinbarung, um auf diese Weise den manuellen Lastabwurf vertraglich zu verankern. Der Zusatz hat folgenden Wortlaut (act. 1 Beilage 13): «Die VSE Branchenempfehlung Manueller Lastabwurf ist in ihrer jeweils in Kraft stehenden Fassung Bestandteil der Betriebsvereinbarung mit VNB für direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Verteilnetze.» Alle VNB ausser der Gesuchsgegnerin und einem weiteren Verteilnetzbetreiber unterzeichneten den Zusatz zum Anhang 1 der Betriebsvereinbarung (act. 1 S. 8). Diese zwei Parteien unterzeichneten aus folgenden Gründen nicht: Haftungs- und Kostentragungsregeln würden fehlen und es seien weiterhin technische und organisatorische Fragen bei der Umsetzung des manuellen Lastabwurfs offen (act. 1 Beilagen 15, 16).
- 26 Am 8. Mai 2020 stellte die Gesuchstellerin bei der ECom ein Gesuch gegen die Gesuchsgegnerin (act. 1) mit den folgenden Anträgen (S. 2):
1. *Es sei der fehlende Wille der Gesuchsgegnerin zum Abschluss des Netznutzungsvertrages mit direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern, Version vom 5. Juni 2018 (nNNV; Gesuchsbeilage 5) durch Verfügung zu ersetzen.*
 2. *Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, den Netznutzungsvertrag mit direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern,*

Version vom 5. Juni 2018 (Gesuchsbeilage 5) mit Swissgrid ohne Änderung zu unterzeichnen.

3. *Einer Beschwerde gegen die ersuchte Endverfügung gemäss dem Antrag 1 bzw. eventualiter dem Antrag 2 sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.*
 4. *Unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin.*
- 27 Am gleichen Tag reichte die Gesuchstellerin bei der ECom ein Gesuch betreffend Verfügung der Verankerung des manuellen Lastabwurfs in der Betriebsvereinbarung gegen die Gesuchsgegnerin und den weiteren Verteilnetzbetreibern ein (act. 8 Rz. 36).
- 28 Am 13. Mai 2020 eröffnete das Fachsekretariat der ECom (FS ECom) ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) (212-00384) und setzte der Gesuchsgegnerin eine Frist zur Stellungnahme an (act. 3). Zur Behandlung des Gesuchs betreffend Betriebsvereinbarung eröffnete das Fachsekretariat der ECom zudem ein Verfahren gegen die Gesuchsgegnerin 1 und den weiteren Verteilnetzbetreiber bzw. Netznutzer (231-00078; act. 8 Rz. 38).
- 29 In ihrer Stellungnahme vom 12. August 2020 zum Gesuch betreffend nNNV (act. 8) stellt die Gesuchsgegnerin die folgenden Anträge:
1. *Auf das Gesuch sei nicht einzutreten.*
 2. *Eventualiter: Soweit darauf eingetreten werden kann, sei das Gesuch abzuweisen und auf eine Verfügung der Vertragsinhalte zu verzichten.*
 3. *Subeventualiter: Sofern streitige Vertragsbestandteile oder der gesamte Vertragsinhalt verfügt werden sollten, sei der Vertragsinhalt nicht gemäss Gesuch festzulegen, stattdessen sei*
 - a. *der Vertragsinhalt gemäss Antwortbeilage 12 festzulegen; und*
 - b. *einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen.*
 4. *Verfahrensantrag: Das vorliegende Verfahren sei mit dem Verfahren 231-00078 zu vereinigen, eventualiter materiell mit diesem zu koordinieren.*

Unter Kostenfolge

- 30 Die Gesuchstellerin reichte am 30. November 2020 eine Replik ein. Am 3. Dezember 2020 teilte die ECom den Parteien mit, dass die beiden Verfahren getrennt fortgeführt werden, die beiden Verfahren jedoch sowohl formell als auch materiell koordiniert werden (act. 16-18).
- 31 Am 15. Januar 2021 reichte die Gesuchsgegnerin eine Duplik ein (act. 19).
- 32 Am 14. April 2021 stellte die ECom ein Auskunftsbegehren an den Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) betreffend den Stand der Umsetzungsarbeiten der Arbeitsgruppe des VSE zur Branchenempfehlung zum manuellen Lastabwurf (act. 20). In seiner Stellungnahme vom 11. Mai 2021 gab der VSE an, dass die Arbeitsgruppe für die Umsetzung dieser Branchenempfehlung unter der Leitung der Gesuchstellerin stehe (act. 23), worauf das Auskunftsbegehren an diese weitergeleitet wurde. Am 22. Juli 2021 reichte die Gesuchstellerin die gewünschten Auskünfte sowie eine Version des Fachberichts der Arbeitsgruppe zum manuellen Lastabwurf vom 21. Juni 2021 ein (act. 27).

- 33 Am 1. Oktober 2021 liess die ECom die Unterlagen der Gesuchsgegnerin zukommen und setzte ihr Frist zur Stellungnahme zu den obgenannten Eingaben des VSE und der Gesuchstellerin an (act. 28). Gleichen Datums setzte die ECom der Gesuchstellerin Frist zur Stellungnahme zu den Dupliken an (act. 29). Die Parteien reichten je mit Eingaben vom 1. Dezember 2021 Stellungnahmen ein (act. 33 u. 34).
- 34 Mit Schreiben vom 16. März 2022 lud das FS ECom die Parteien im Parallelverfahren (231-00078) zu Einigungsgesprächen unter der Leitung des FS ECom ein (act. 55). Die Parteien vereinbarten, Einigungsgespräche unter der Leitung des FS ECom zu führen und das Verfahren zum Netznutzungsvertrag vorerst nicht weiterzuführen. Am 13. Mai 2022, 28. Juni 2022, 23. August 2022, 6. September 2022 und 25. Oktober 2022 fanden Einigungsgespräche zwischen den Parteien statt. Am 30. November 2022 zog die Gesuchstellerin ihr Gesuch um Erlass einer Verfügung betreffend Verankerung des manuellen Lastabwurfs in der Betriebsvereinbarung mit direkt an das Übertragungsnetz angeschlossenen Verteilnetzbetreibern gegen die Gesuchsgegnerin 1 und den Gesuchsgegner 2 zurück. Überdies reichte sie je eine Vereinbarung mit der Gesuchsgegnerin 1 und dem Gesuchsgegner 2 zur Umsetzung des manuellen Lastabwurfs sowie der diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen inklusive Anhänge 1 und 2 (Vereinbarung MLA) ein. Die Vereinbarung war von beiden Parteien unterzeichnet und ist am 1. Dezember 2022 in Kraft getreten. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2022 schrieb die ECom das Verfahren ab (Verfügung 231-00078 Rz. 20, 21, 24 u. 27; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen > Versorgungssicherheit).
- 35 Anschliessend sondierte das FS ECom, ob die Parteien im vorliegenden Verfahren ebenfalls an einer Einigung interessiert wären. Die Gesuchstellerin teilte im Februar 2023 mit, dass sie nicht an Vergleichsverhandlungen interessiert ist. Nachdem sich auch in einer von der Gesuchstellerin initiierten ganzheitlich orientierten Diskussion der Kostenverteilung zwischen Übertragungsnetzbetreiberin und VNB kein Lösungsansatz für eine gütliche Einigung des vorliegenden Verfahrens ergab, setzte die ECom den Parteien am 22. Juni 2023 Frist an zur Einreichung von Schlussbemerkungen. Mit Schreiben vom 11. Juli 2023 nahm die ECom der Gesuchsgegnerin die Frist zur Einreichung von Schlussbemerkungen einstweilen ab (act. 37-39).
- 36 Nachdem die Gesuchstellerin in ihren Schlussbemerkungen vom 31. August 2023 an den im Gesuch vom 8. Mai 2020 gestellten Anträgen vollumfänglich festhält (act. 44), setzte das FS ECom am 5. September 2023 der Gesuchsgegnerin erneut Frist an, um Schlussbemerkungen einzureichen (act. 45).
- 37 In ihren Schlussbemerkungen vom 5. Oktober 2023 (act. 46) passte die Gesuchsgegnerin ihre Anträge folgendermassen an:

1. Auf das Gesuch sei nicht einzutreten.

2. Eventualiter: Sofern streitige Vertragsbestandteile oder der gesamte Vertragsinhalt verfügt werden sollten, sei der Vertragsinhalt nicht gemäss Gesuch festzulegen, stattdessen sei

a. Der Vertragsinhalt gemäss Antwortbeilage 19 festzulegen und

b. einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen.

Verfahrensantrag:

3. Die Akten des Verfahrens ECom-231-0078 seien beizuziehen.

Unter Kostenfolge

- 38 Mit Schreiben vom 10. Oktober 2023 stellte das FS ECom der Gesuchstellerin die Schlussbemerkungen der Gesuchsgegnerin zu und teilte ihr mit, dass es der ECom beantragen werde, dem Verfahrens Antrag auf Beizug der Akten des Verfahrens ECom 231-0078 stattzugeben und insbesondere die genannte Vereinbarung zu berücksichtigen (act. 47).
- 39 Mit E-Mails vom 20. Februar 2024 und 27. Februar 2024 teilte der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin, Rechtsanwalt Dr. Martin Föhse, dem FS ECom mit, dass die Gesuchsgegnerin sich künftig von Rechtsanwalt Dr. Christoph Jäggi vertreten lasse (act. 48-52).
- 40 Mit Schreiben vom 30. Mai 2024 machte das FS ECom die Gesuchsgegnerin darauf aufmerksam, dass aus ihren Schlussbemerkungen nicht klar hervorgeht, ob sie weiterhin beantragt, den Haftungsausschluss der Gesuchstellerin für pflichtgemässe Dienstaussübung (Ziff. 5.1 nNNV) zu streichen (act. 53).
- 41 Am 17. Juni 2024 teilte die Gesuchsgegnerin mit, dass sie den Haftungsausschluss der Gesuchstellerin für pflichtgemässe Dienstaussübung nicht mehr zur Streichung beantrage (act. 54).
- 42 Mit Schreiben vom 18. Oktober 2024 teilt das FS ECom den Parteien mit, dass die Verfügung voraussichtlich nicht mehr im Jahr 2024 ergehen werde (act. 55).
- 43 Auf Einzelheiten des Sachverhalts und der Eingaben der Parteien wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

II Erwägungen

1 Anwendbares Recht

- 44 Am 9. Juni 2024 hat die Schweizer Stimmbevölkerung das Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (sog. Mantelerlass) angenommen, mit dem das Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) und das Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (StromVG; SR 734.7) revidiert werden. Der Bundesrat hat beschlossen, die betreffenden Gesetzesartikel und die für deren Vollzug erforderlichen Verordnungsbestimmungen gestaffelt in Kraft zu setzen. Das erste Paket ist seit dem 1. Januar 2025 in Kraft (AS 2024 679; 2024 706). Ein zweites Paket wird am 1. Januar 2026 in Kraft treten (www.bfe.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > Bundesrat setzt zweites Paket des Bundesgesetzes für eine sichere Stromversorgung in Kraft; zuletzt besucht am 9. April 2025). Vorab ist daher zu prüfen, welches Recht anzuwenden ist.
- 45 Unter den bereits in Kraft getretenen Änderungen, die der Gesetzgeber mit der Revision vorgenommen hat, befindet sich der neu eingefügte Artikel 20a StromVG, der insbesondere die Vereinbarungen zur Vermeidung oder Beseitigung einer Gefährdung des sicheren Betriebs des Übertragungsnetzes zum Inhalt hat. Neu in das Gesetz aufgenommen wurde weiter ein Abschnitt 4b betreffend Datenaustausch und Datenplattform (Art. 17f-17i StromVG). Geändert hat der Gesetzgeber ausserdem die Regeln zur vorliegend bestrittenen Zuständigkeit der ECom. Dabei hat er namentlich die Aufzählung der wichtigsten Zuständigkeiten der ECom in Artikel 22 Absatz 2 erweitert (Bst. a-g) und neu in das Gesetz aufgenommen, dass die ECom nötigenfalls den Abschluss von Vereinbarungen zwischen Parteien, einschliesslich Vorgaben zum notwendigen Mindestinhalt, verfügen kann (Art. 22 Abs. 2 Bst. e StromVG; zu den Zuständigkeiten der ECom siehe auch Fn. 90 zu Art. 22 Abs. 2 Bst. b-d). Überdies hat der Bundesrat per 1. Januar 2025 Artikel 5 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71; Stand am 1. März 2025) aufgehoben. Im Folgenden werden die früheren Versionen der durch das erste Paket abgeänderten Bestimmungen als aArtikel [xx] StromVG/StromVV bezeichnet.
- 46 Wenn keine explizite übergangsrechtliche Regelung getroffen wird, kommen die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen intertemporalen Regeln zur Anwendung (vgl. BGE 144 II 273 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Danach sind verfahrensrechtliche Neuerungen grundsätzlich mit dem Tag des Inkrafttretens sofort und in vollem Umfang anwendbar (vgl. BGE 150 II 144 E. 3.3.1; 149 II 187 E. 4.4; 144 V 210 E. 4.3.1; 144 II 273 E. 2.2.4; 132 V 215 E. 3.1.2; Urteil 2C_654/2022 vom 28. September 2022 E. 3.2). Eine Ausnahme gilt für die Zuständigkeitsordnung. Diese richtet sich grundsätzlich nach den Normen, die bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Verfahrens in Kraft sind. Sie bleibt von der Anwendung des neuen Verfahrensrechts unberührt (Urteil des Bundesgerichts 2C_487/2012 vom 2. April 2013; WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allg. Verfahrensrechts, Band 1, Bern 2012, Rz. 816 m.w.H., so auch DAUM MICHEL/BIERI PETER in: Auer/Müller/Schindler, VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, DIKE-Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 7 Rz. 14; und FLÜCKIGER THOMAS, in: Waldmann Bernhard/Krauskopf Patrick L. (Hrsg.), VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 7 Rz. 26). Nach Flückiger können Sinn und Zweck der anzuwendenden Normen jedoch ausnahmsweise Differenzierungen erfordern (FLÜCKIGER THOMAS, a. a. O., Art. 7 Rz. 26 mit Hinweisen auf die Lehre). So könne sich bei noch laufenden Dauersachverhalten eine Übertragung der Zuständigkeit rechtfertigen, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse oder die rechtliche Regelung nachträglich ändern (FLÜCKIGER THOMAS, a. a. O., Art. 7 Rz. 26, mit Hinweis auf EVG, Urteil I 232/03 vom 22. Januar 2004).

- 47 Nicht einheitlich sind die Rechtsprechung und die Lehre zu den in materieller Hinsicht anwendbaren Normen. In einem Teil der Entscheide werden grundsätzlich die Rechtssätze als massgeblich erachtet, welche bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung hatten (vgl. BGE 150 II 334 E. 4; 149 II 187 E. 4.4; 146 V 364 E. 7.1; 144 V 210 E. 4.3.1; je mit Hinweisen; zum Ganzen siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3857/2023 vom 15. Januar 2025 E. 1.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 288 ff.). In anderen Entscheiden stellt das Bundesgericht grundsätzlich auf die materielle Rechtslage im Zeitpunkt des Entscheids ab (BGE 150 II 444 E. 3.3.2; 139 II 263 E. 6; je mit Hinweisen). Grundsätzlich zulässig ist aber jedenfalls die Anwendung neuen Rechts auf einen zeitlich offenen Sachverhalt, sofern dem nicht wohlerworbene Rechte bzw. der Grundsatz des Vertrauensschutzes entgegenstehen. Als zeitlich offener bzw. Dauersachverhalt gilt ein Vorgang, der zwar unter altem Recht begonnen hat, aber beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch fort dauert (BGE 148 I 233 E. 4.4.2; 146 V 364 E. 7.1; 137 II 371 E. 4; 133 II 97 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 3.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 24 Rz. 562; je mit Hinweisen). In gewissen Fällen wendet das Bundesgericht ausserdem Vorschriften an, wenn sie erst im Lauf eines Rechtsmittelverfahrens in Kraft treten. Dies tut es zum Beispiel aus prozessökonomischen Gründen, wenn eine Bewilligung oder Konzession aufzuheben wäre, weil sie dem alten Recht widerspricht, während sie nach neuem Recht auf erneutes Gesuch hin zu erteilen wäre (BGE 150 II 444 E. 3.3.2 mit zahlreichen Hinweisen, u.a. auf BGE 129 II 497 E. 5.3.2 und BGE 126 II 522 E. 3b/aa und Urteil 1C_22/2019 vom 6. April 2020 E. 8, nicht publ. in: BGE 146 II 304).
- 48 Vorliegend sind weder verfahrens- noch materiellrechtliche Übergangsbestimmungen anwendbar. Die Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 29. September 2023 (Art. 33c StromVG) sind bereits aus dem Grund nicht anwendbar, dass die neuen Vorgaben zur Grundversorgung nach Artikel 6 sich nicht auf die Netznutzung beziehen. Sodann haben sich der Entstehungsprozess des nNNV und dessen Nichtunterzeichnung durch die Gesuchsgegnerin und die Gesuchseinreichung durch die Gesuchstellerin vor dem Inkrafttreten des ersten Pakets des revidierten StromVG abgespielt. Der nNNV als Rechtsverhältnis, dessen verbindliche Regelung die Gesuchstellerin mit dem Gesuch begehrt, soll jedoch für unbestimmte Zeit gelten und ist damit ein zeitlich offener Dauersachverhalt. Im vorliegenden Verfahren werden keine vermögenswerten Ansprüche von Privaten gegenüber dem Staat geltend gemacht. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern der Grundsatz des Vertrauensschutzes oder andere Gründe einer Anwendung des neuen Rechts entgegenstehen könnten. Insbesondere liegen keine spezifisch nach altem Recht zu beurteilende Anträge (z.B. betreffend die Verwendung von Daten vor dem 1. Januar 2025) im Streit. Wenn auf das Gesuch nach altem Recht nicht einzutreten oder dieses abzuweisen wäre, aber nach neuem Recht einzutreten oder das Gesuch gutzuheissen wäre, könnte die Anwendung des alten Rechts jedoch zu einem prozessualen Leerlauf führen. Denn in diesem Fall könnte die Gesuchstellerin mit einem identischen Gesuch erneut an die ElCom gelangen. Diese Umstände sprechen dafür, neues Recht anzuwenden. Das gilt insbesondere auch für die vorliegend bestrittene Zuständigkeit der ElCom. Nach dem Gesagten sind sowohl in prozessualer Hinsicht (inklusive Zuständigkeit) als auch in materieller Hinsicht die am 1. Januar 2025 in Kraft getretenen Regeln anzuwenden (so auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3857/2023 vom 15. Januar 2025 E. 1.1 für das neue gesetzliche Beschwerderecht der ElCom in Art. 23 Abs. 2 StromVG; siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 3.4 f.). Demnach ist im Folgenden nicht auf die Vertragsverfügungskompetenz nach Artikel 5 Absätze 2 und 3 StromVV einzugehen.

2 Verfahrensgegenstand und Zuständigkeit

2.1 Vorbringen Gesuchstellerin

- 49 Die Gesuchstellerin macht geltend, eine Zuständigkeit der ECom zur Verfügung des Vertragsabschlusses sei gestützt auf Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG; SR 734.7 sowie Artikel 22 Absatz 1 StromVG i.V.m. Artikel 5 Absatz 3 StromVV gegeben (act. 1 Rz. 1-3; act. 16 Rz. 1-28; act 34 Rz. 8).
- 50 Kernaufgabe der Gesuchstellerin sei es, dauernd für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes als wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung der Schweiz zu sorgen (Art. 20 Abs. 1 StromVG). Daraus folge unter anderem, dass sie die Netznutzer grundsätzlich gleich behandeln müsse, es sei denn, es lägen sachliche Gründe vor, die eine Ungleichbehandlung im Einzelfall rechtfertigen (act. 1 Rz. 48).
- 51 Der Netznutzungsvertrag regle einerseits die Pflicht der Gesuchstellerin, die Netznutzung vorbehaltlich von Ausnahmesituationen stets zu gewährleisten. Andererseits regle er die Pflicht der Netznutzer zur Bezahlung des Netznutzungsentgelts. Die hierzu bestehenden gesetzlichen Grundlagen (vgl. Art. 14 StromVG) würden somit durch den Netznutzungsvertrag detailliert geregelt und könnten im Falle von Differenzen mit vertragsrechtlichen Instrumenten durchgesetzt werden. Die Gesuchstellerin und die Vertragspartner würden damit dem Gebot des effizienten Übertragungsnetzbetriebes Rechnung tragen (act. 1 Rz. 49).
- 52 Sie Sorge von Gesetzes wegen dauernd für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes als wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung der Schweiz (Art. 18 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 StromVG). Nach der Rechtsprechung erfülle sie damit eine ihr vom Bundesgesetzgeber übertragene öffentlich-rechtliche Aufgabe. Sie habe eine gesetzliche Aufgabenerfüllungspflicht, verfüge aber über keine hoheitlichen Entscheidbefugnisse. Sie sei nicht ermächtigt, die Rechtsbeziehungen zur Gesuchsgegnerin einseitig und hoheitlich zu begründen oder zu gestalten (act. 16 Rz. 16). Die gesetzliche Aufgabenerfüllung erfolge durch vertragliche Rechtsbeziehungen. Komme dabei wie vorliegend keine umfassende Einigung zustande, statuiere das Gesetz in Artikel 22 StromVG eine generalklauselartige Zuständigkeit und Verfügungskompetenz der ECom (act. 16 Rz. 17).
- 53 Die Regelungen im nNNV würden die Umsetzung der in Artikel 8 StromVG statuierten Koordinationspflichten der Netzbetreiber bezwecken. Die Ausführungen der Gesuchsgegnerin zu diesen Koordinationspflichten der Netzbetreiber würden aber zu kurz greifen, da es beim Netznutzungsvertrag im Grundsatz – ungeachtet aller technischen Einzelheiten – um den Netzzugang und die Netznutzungsbedingungen gehe (so auch act. 8 Rz. 6).
- 54 Die Argumentation der Gesuchsgegnerin sei letztlich reichlich akademisch bzw. hypothetischer Natur. Denn im umgekehrten Fall, d.h. wenn sie ihr den Netzzugang zum Übertragungsnetz verweigern würde, stünde doch selbstredend ausser Frage, dass die ECom zuständig wäre, die Gesuchstellerin zur Gewährung des Netzzugangs zu verpflichten. Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a Satz 3 StromVG halte ausdrücklich fest, dass die ECom den Netzzugang vorsorglich verfügen könne. Mit einer solchen Verpflichtung ginge sodann der Abschluss der entsprechenden Verträge einher, wie sie für alle anderen Anschlussnehmer bzw. Netznutzer gelten würden (act. 16 Rz. 13).

- 55 Selbstverständlich und aus Verhältnismässigkeitsgründen verweigere sie der Gesuchsgegnerin nicht die Nutzung des Übertragungsnetzes. Folglich funktioniere die Zusammenarbeit zwischen den Verfahrensbeteiligten auch ohne Abschluss bzw. gegenseitige Unterzeichnung des nNNV. Allerdings bringe die Gesuchsgegnerin durch ihr Verhalten zum Ausdruck, dass sie in Bezug auf die umstrittenen Vertragspunkte nicht die von allen anderen Netznutzern akzeptierten Netznutzungsbedingungen gegen sich gelten lassen wolle. Entsprechend sei ihr Gesuch darauf ausgerichtet, diese zu verpflichten, die von der Branche vereinbarten Netznutzungsbedingungen, wie sie im nNNV enthalten seien, als verbindlich anzuerkennen (act. 16 Rz. 14).
- 56 Der Vollzug des StromVG beruhe auf den Grundsätzen der Kooperation und Subsidiarität (Art. 3). Regelungen betreffend den Vollzug sollen daher auf einem Branchenkonsens beruhen. Dementsprechend habe die Gesuchstellerin in einem aufwändigen Prozess für die Ausarbeitung des nNNV mit den betroffenen Branchenteilnehmern einen Konsens erarbeitet, der mit Ausnahme von allen ihren Vertragspartnern akzeptiert werde. Akzeptiere ein einziger der Anschlussnehmer bzw. Netznutzer des Übertragungsnetzes wie hier die Gesuchsgegnerin die ausgehandelten Bedingungen nicht, so müsse nach dem gesetzlichen Konzept des StromVG eine Verfügungskompetenz der ECom bestehen. Ob die im nNNV getroffenen Regelungen alle zwangsweise qua Verfügung der ECom auch für die Gesuchsgegnerin gelten müssen und welche Bedeutung dabei dem Gleichbehandlungsgebot zukomme, sei nicht eine Frage der formellen Zuständigkeit der ECom, sondern der materiellen Beurteilung (act. 1 Rz. 15; act. 16 Rz. 20).
- 57 aArtikel 5 Absatz 3 StromVV verleihe der ECom die Kompetenz, den Vertragsabschluss zu verfügen, wenn die Vertragspartner den Abschluss verweigern. Zwar sei diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut nur auf Vereinbarungen betreffend die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit zu treffenden Massnahmen bezogen. Jedoch umfasse die Sachüberschrift von aArtikel 5 StromVV auch ausdrücklich den effizienten Netzbetrieb. Entsprechend komme der ECom auch die Kompetenz zu, den Abschluss des nNNV zu verfügen. Nur so könne der effiziente Netzbetrieb trotz Widerstand einzelner Netznutzer gewährleistet und die Gleichbehandlung aller Netznutzer sichergestellt werden (act. 1 Rz. 52).
- 58 Der in aArtikel 5 Absatz 3 StromVV erwähnte Kontrahierungszwang kollidiere zudem auch nicht mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit als Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit nach Artikel 27 BV. Die Gesuchstellerin verfüge beim Betrieb des Übertragungsnetzes über ein gesetzliches bzw. rechtliches Monopol. Rechtliche Monopole bzw. die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unterständen nicht der Wirtschaftsfreiheit (vgl. BGE 132 V 6, E. 2.5.4 und BGE 125 II 508 E. 5b). Betreffend sämtliche Vertragsverhältnisse, welche mit dem Anschluss und der Nutzung des Übertragungsnetzes einhergehen, besteht für die Gesuchsgegnerin keine Autonomie, ob und mit wem sie ein Vertragsverhältnis abschliesse. Aufgrund der Regulierung im StromVG liegt beim Betrieb und der Nutzung des Übertragungsnetzes eine staatliche Ordnung vor, welche den Wettbewerb ausschliesse (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_348/2015 vom 23. Mai 2016 E. 6.2.3). Für privatautonomes Handeln bestehe daher gar kein Raum. Vor diesem Hintergrund erhele, weshalb sie der Gleichbehandlung der Anschlussnehmer bzw. Vertragspartner ein derart hohes Gewicht beimesse. Ihre gesetzliche Verpflichtung zum diskriminierungsfreien Betrieb des Übertragungsnetzes lasse es nämlich gar nicht zu, mit jedem Vertragspartner gesonderte Vertragsbestimmungen auszuhandeln (act. 16 Rz. 28).

- 59 Die Gesuchsgegnerin bringe durch ihr Verhalten zum Ausdruck, dass sie die nicht bestrittenen Punkte des nNNV akzeptiere und die Gesuchstellerin gewähre ihr die Netznutzung bzw. den Netzzugang zum Übertragungsnetz. Im Streit liegen würden damit lediglich einzelne Aspekte der Netznutzungsbedingungen und der Koordination. Deshalb sei nicht einzusehen, weshalb die Gesuchsgegnerin nicht integral zum Abschluss des nNNV verpflichtet werden könne. Eine solche Verpflichtung tangiere zudem in keiner Art und Weise zukünftige Vertragsanpassungen, welche sich nach den im nNNV statuierten Anpassungs- oder Kündigungsbestimmungen richten würden. Die Gesuchsgegnerin übersehe, dass die Verfügung der ECom nicht anstelle des nNNV trete. Durch eine Verpflichtung zum Vertragsabschluss werde die Gesuchsgegnerin lediglich allen anderen Branchenteilnehmern gleichgestellt (act. 16 Rz. 16).
- 60 Schliesslich sei es auch verhältnismässig, dass der gesamte Vertragsinhalt verfügt werde. Würde nur über die Punkte befunden, bei denen sich die Parteien uneinig seien, bestünden damit nur punktuelle Regelungen und kein «ganzer» in sich stimmiger Vertrag. Der Vertrag sei doch gerade wegen der Bestimmungen, bei denen sich die Parteien nicht einig seien, auch in den übrigen Punkten noch nicht geschlossen worden. Solange auch nur ein Punkt offen bleibe, könne der Vertrag nicht abgeschlossen werden. Von einer vertraglichen Einigung (auch einer bloss punktuellen), wie von der Gesuchsgegnerin behauptet, könne somit keine Rede sein. Damit gehe auch das Argument der Gesuchsgegnerin fehl, dass hier keine Zuständigkeit der ECom bestehen würde – im Streit liege der gesamte nNNV. Fehl gehe aber auch die Forderung nach einer weiteren (inhaltlichen) Substantiierung dieser Punkte: Sie habe bereits dargetan, dass und weshalb auch diese Punkte verfügt werden müssen und dies möglich sei. Einer weiteren Begründung bedürfe es nicht – man sei sich ja ohnehin einig (act. 44 Rz. 14).
- 61 Im konkreten Fall sei eine solche Verfügung auch verhältnismässig. Die allergrösste Mehrheit der Netznutzer habe den nNNV unterzeichnet. Wie oben aufgezeigt, habe die Gesuchstellerin ausserdem die Netznutzer eng in die Überarbeitung des aNNV mit einbezogen und sich mit allen Möglichkeiten um eine einvernehmliche Lösung mit der Gesuchsgegnerin bemüht. Das Verfügen des Vertragsabschlusses sei entsprechend im Sinne einer Letztmassnahme mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar (act. 1 Rz. 53).
- 62 Der rechtlichen Auffassung der Gesuchsgegnerin zu entsprechen, hiesse im Übrigen, es der Gesuchstellerin faktisch zu verunmöglichen, zukünftig einheitliche Verträge mit mehreren Vertragspartnern abzuschliessen, solange auch nur ein Vertragspartner mit einer einzelnen Vertragsbestimmung nicht einverstanden sei. In der Konsequenz würde dadurch nämlich jedem Vertragspartner ein Vetorecht eingeräumt und das vom Gesetzgeber vorgegebene Subsidiaritätsprinzip ausgehebelt. Das dürfte wohl kaum die Intention des Gesetzgebers gewesen sein (act. 44 Rz. 15).
- 63 Die ECom verfüge zusammenfassend gestützt auf Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a i.V.m. Artikel 5 StromVV über die Kompetenz, vorliegend den Abschluss des Netznutzungsvertrages in der Version nNNV gegenüber der Gesuchsgegnerin zu verfügen. Sollte sie sich wider Erwarten nicht kompetent sehen, den Abschluss des nNNV zu verfügen, sei die Gesuchsgegnerin eventualiter dazu zu verpflichten, den nNNV mit der Gesuchstellerin abzuschliessen (act. 1 Rz. 54 f.).

2.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin

2.2.1 Nichteintreten

- 64 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Gesuchstellerin verlange ein Eingreifen in eine Vereinbarung zwischen ihnen beiden, die (u.a.) die Zusammenarbeit für den sicheren (Übertragungs-)Netz- betrieb sowie die Netznutzungsbedingungen, also die weiteren mit der Nutzung des Übertragungsnetzes verknüpften Pflichten, regle. Die Gesuchstellerin vermische hier aber verschiedene Kompetenzen der Regulierungsbehörde und lege die betreffenden gesetzlichen Regelungen falsch aus (act. 8 S. 5).
- 65 Der nNNV enthalte von Grund auf sehr verschiedenartige Regelungen, die nur zum Teil umstritten seien. Einige würden sich eher auf die Zusammenarbeit der Vertragspartner zur Sicherstellung eines sicheren (Übertragungs-)Netzbetriebs beziehen. Bei anderen handle es sich um Bedingungen der Nutzung des Übertragungsnetzes, mit eher organisatorischem oder finanziellem Gehalt, die aber keinen direkten Bezug zur Sicherheit des Netzbetriebs hätten. Schliesslich gebe es weitere „Nebenbestimmungen“ die weder als Regelungen zwecks sicheren Netzbetriebs noch als Regelung von Netznutzungsbedingungen erscheinen würden (act. 8 Rz. 6).
- 66 Gemäss den für den vorliegenden Fall einschlägigen StromVG-Normen seien die Netzbetreiber zuständig, ihre Zusammenarbeit für ein sicheres leistungsfähiges und effizientes Netz untereinander in der Form des Vertrags, also konsensual, zu regeln. Diese Zuständigkeit sei ausschliesslich und zwar gelte dies auch für Massnahmen (inkl. deren Folgen), die für den Fall der Gefährdung des sicheren Netzbetriebs zwischen den Netzbetreibern und der Übertragungsnetzbetreiberin vereinbart würden. Für eine (gleichzeitige) Zuständigkeit der ECom, hier hoheitlich Rechtsbeziehungen festzulegen, bestehe deshalb kein Raum (act. 8 S. 9-11).
- 67 Artikel 22 Absatz 1 StromVG schaffe zwar eine umfassende Aufsichtskompetenz der ECom. In BVGE 2013/14 (insbes. E. 4.2.2.) habe das Bundesverwaltungsgericht zu Tarifen ausgeführt, dass deren Festsetzung trotz der Generalklausel in Artikel 22 StromVG nicht in die Kompetenz der ECom fallen könne, da sich aus dem StromVG (obgleich bloss implizit) hierfür eine Zuständigkeit der Netzbetreiber ergebe (act. 8 S. 6). Vorliegend würden bezüglich der Zuständigkeiten der Netzbetreiber und deren Pflicht, sich vertraglich zu einigen, sogar explizite Regelungen bestehen. Als besondere Regelungen würden diese der Kompetenz der ECom vorgehen und in diesem Bereich – wie bei der Tarifgestaltung – eine hoheitliche Verfügungskompetenz der ECom per se ausschliessen, jedenfalls in rechtsgestaltender Weise (act. 8 S. 5).
- 68 Der blosse Umstand, dass noch keine Einigung auf alle Punkte des neuen schriftlichen Vertrags erfolgt sei, stelle keine StromVG-Verletzung dar. Über die Eckwerte der Zusammenarbeit und Netznutzung sei man sich auch nach Kündigung des alten schriftlichen Vertrags durchaus (mündlich) einig, immerhin zahle die Gesuchsgegnerin auch weiterhin ihre Netznutzungsentgelte, liefere Daten, unterstütze die Gesuchstellerin beim Betrieb des Übertragungsnetzes und sei selbstverständlich nach wie vor auch bereit, diesbezüglich erforderliche Massnahmen zu ergreifen. Es bestehe gegenwärtig also sehr wohl ein Vertrag, nur kein schriftlicher. Die Zusammenarbeit funktioniere. Die Handhabung basiere derzeit auf beiderseits anerkannten gesetzlichen Grundlagen und Branchendokumenten (act. 8 Rz. 13).

- 69 Die Gesuchstellerin stütze sich zur Begründung der Kompetenz der ElCom auf Artikel 5 Absatz 3 StromVV. Da gemäss gesetzlich zwingender Zuständigkeitsordnung (allein) die Netzbetreiber zuständig seien, schaffe Artikel 5 Absatz 3 StromVV eine neue Zuständigkeit, die im Gesetz nicht vorgesehen sei. Zudem stelle die Norm eine wichtige rechtsetzende Bestimmung im Sinne von Artikel 164 Absatz 1 BV dar, auch weil sie die Grundlage für die ElCom bilden würde, in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen einzugreifen, insbesondere in die Vertragsfreiheit als Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Eine solche wichtige Bestimmung bedürfte einer klaren Grundlage im Gesetz, die sie im geltenden Recht gerade nicht habe (Art. 164 Abs. 1 BV; act. 1 Rz. 14-17).
- 70 Die Argumentation der Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 52), wonach sich aus der Sachüberschrift ergebe, dass der ElCom die Kompetenz zukomme, den Abschluss des nNNV (insgesamt) zu verfügen, sei nicht nachvollziehbar. Die weit gefasste Sachüberschrift sei den übrigen Regelungen in Artikel 5 StromVV (z.B. Abs. 1 und 6) geschuldet und vermöge nicht den klaren Wortlaut in Absatz 3 zu übersteuern, wonach die ElCom einzig die Vereinbarungen nach Absatz 2 verfügen könne. Andere Elemente der Zusammenarbeit zwischen der Gesuchstellerin und Netzbetreiberin könnten demnach nicht per Verfügung festgelegt werden (act. 8 Rz. 25).
- 71 Zwar möge es ohne solches Eingreifen der ElCom an einer Durchsetzungsmöglichkeit für die Pflichten zum Vertragsabschluss fehlen. Dieser Umstand allein vermöge aber Art. 5 Abs. 3 StromVV nicht zu legitimieren. Vielmehr sei dies die sachlogisch richtige Konsequenz, wenn eine Materie der Disposition bestimmter Akteure überlassen werde, zumal das stromversorgungsrechtliche Anliegen (sicherer Netzbetrieb) ja durch die gesetzlich verankerte Anordnungscompetenz der Gesuchstellerin vollständig abgesichert sei und seitens Gesuchsgegnerin auch nicht bestritten werde (act. 8 Rz. 16).
- 72 Diese Bestimmung könne aber erstens nur für tatsächliche «Netznutzungsbedingungen» im Sinne des StromVG von Relevanz sein, nicht aber für darüber hinausgehende Vereinbarungen unter Netzbetreibern betreffend die Netzsicherheit oder die Zusammenarbeit beim Netzbetrieb. Zweitens sei Artikel 22 Absatz 2 StromVG gemäss dem klaren Wortlaut des Gesetzes (vgl. Begriff „insbesondere« in Abs. 2) als Konkretisierung von Artikel 22 Absatz 1 StromVG zu verstehen. D.h., der ElCom stehe nur insoweit ein Entscheid über Netznutzungsbedingungen zu, als dies zur Sicherstellung der Einhaltung resp. zum Vollzug des Stromversorgungsrechts notwendig sei. Dies treffe dort zu, wo das Gesetz tatsächlich Netznutzungsbedingungen vorgebe (z.B. Art. 16 StromVG), deren Verletzung es zu verhindern gelte. Was dagegen vom Stromversorgungsrecht gerade nicht geregelt, sondern den betroffenen Parteien überlassen worden sei, sei vertraglich zu regeln und solle und dürfe nicht durch eine Verfügung des Regulators ersetzt werden. Jene Regelungen, die vorliegend umstritten seien, sollten zwar unter dem Dach des nNNV vereinbart werden. Es handle sich dabei aber gerade nicht nur um die Regelung von Netznutzungsbedingungen im eigentlichen Sinn, sondern primär um Regelungen zur Zusammenarbeit zwecks Sicherstellung des Netzbetriebs oder andere Regelungen, organisatorische Fragen etc. Zu den hier umstrittenen Regelungen mache das Gesetz zudem in keiner Weise Vorgaben (act. 8 Rz. 20; act. 19 Rz. 5-7).
- 73 Für das Handeln der ElCom gelte das Legalitätsprinzip. Wo es um Inhalte gehe, zu denen sich das StromVG ausschweige, könne daher, in Ermangelung eines gesetzlichen Rahmens, d.h. einer rechtlichen Grundlage, auch die Regulierungsbehörde keine Vorgaben machen, denn es würden dazu schlicht die gesetzlichen Grundlagen als Leitplanken fehlen. Auch darin zeige sich, dass der Gesetzgeber eben diese Regelungen gerade nicht habe treffen wollen, sondern den Netzbetreibern habe überlassen wollen. Dementsprechend überrasche nicht, dass auch die Gesuchstellerin an keiner Stelle eine materielle gesetzliche Regelung angeben könne, die mit dem behördlichen Eingreifen sicherzustellen wäre (act. 8 Rz. 21).

- 74 Im Übrigen gebieten schon nur die vielen mit einer solchen Verfügung einhergehenden offenen Fragen Zurückhaltung beim behördlichen Eingreifen. Die Verfügung eines solchen Vertragsinhalts werde in Zukunft Fragen aufwerfen. Namentlich sei unklar, was eine solche Verfügung für künftige Vertragsverhandlungen bedeutet. Mit der Verfügung dürften die Inhalte der Disposition der Parteien entzogen sein. Das entspreche aber nicht dem Gesetz, wonach die Netzbetreiber diese Dinge grundsätzlich untereinander zu regeln hätten. Spätestens wenn sich Anpassungsbedarf abzeichnet, könne dies zu Problemen führen. Angesichts einer vorhandenen hoheitlichen Festlegung werde ein Vorgehen nach den im Vertrag statuierten Regeln über die Vertragsanpassung kaum möglich sein. Das sei umso problematischer, als die Verfügung nur das Verhältnis zwischen den Parteien beschlage, während die übrigen VNB nicht Verfügungsadressaten seien und die vorliegend getroffenen Festlegungen für sie demnach nicht gelten würden. Auch vor diesem Hintergrund sei eine allfällige Verfügungskompetenz der ECom äusserst eng auszulegen und könne sich keinesfalls undifferenziert auf den gesamten nNNV beziehen (act. 8 Rz. 34).
- 75 Grundsätzlich zweifle die Gesuchsgegnerin den Sinn einer Netznutzungs- resp. Zusammenarbeitsvereinbarung keineswegs an. Sie habe ja auch stets konstruktiv darauf hingearbeitet. Sie sei aber nicht der Ansicht, dass ein solcher Vertrag um jeden Preis und unter grossem Zeitdruck erzwungen werden muss. Die letzten 1.5 Jahre würden beweisen, dass es auch mit einem mündlichen Vertrag auf Zusehen hin gehe, insbesondere solange Vertragsverhandlungen im Gang seien (act. 8 Rz. 75).
- 76 Der Entscheid BVGE 2013/14 zeige bestens den hier wichtigen Unterschied zwischen der Kompetenz zu erstmaligen Festlegungen, und jener, gesetzeswidrige Festlegungen zu korrigieren. Ebenso wie die ECom nicht selbst Tarife festlegen dürfe, stehe ihr nicht zu, die hier auszuhandelnden Vertragsinhalte selbst festzulegen (act. 19 Rz. 6).
- 77 Die Gesuchstellerin versuche den Eindruck zu erwecken, es gehe hier bloss um «einfache Netznutzungsbedingungen wie den diskriminierungsfreien Netzzugang und die Netznutzungsentgelte. Vorliegend seien aber gerade nicht entsprechende Netznutzungsbedingungen strittig, sondern Fragen der Zusammenarbeit (act. 19 Rz. 7). Selbst wenn es sich um solche Bedingungen handeln würde, wäre ein Abstützen auf Artikel 5 Absatz 3 StromVV nicht zulässig. Denn diese Bestimmung komme ausschliesslich bei Vereinbarungen über Massnahmen für den Fall einer sich konkret abzeichnenden Gefährdung des Netzbetriebs zum Zug. Es führe kein Weg daran vorbei, für die Vertragsinhalte je einzeln zu analysieren, ob sie überhaupt unter eine der Normen fallen (act. 19 Rz. 8).
- 78 Die Ausführungen der Gesuchstellerin in act. 44 Rz. 14 seien nicht nachvollziehbar. Selbstverständlich wäre es möglich, dass nur Teile des Vertrages einseitig und hoheitlich festgelegt werden und man diese Teile dann in den Gesamtvertrag aufnehme. Weshalb dies nicht gehen solle, sei nicht ersichtlich. Natürlich werde man dann darauf achten müssen, dass die entsprechenden Regeln dem Teil, in dem man einen Konsens erzielt habe, nicht tangieren (ausser die ECom wäre zuständig und würde auch solche Aspekte teilweise als nicht sachgerecht qualifizieren und per Verfügung übersteuern; act. 46 Rz. 18).

2.2.2 Eventualantrag: Nur teilweise Zuständigkeit

- 79 Sollte Artikel 5 Absatz 3 StromVV wider Erwarten als gesetzeskonform ausgelegt werden, wäre zumindest sein Anwendungsbereich restriktiv auszulegen und auf das absolut Notwendige im Zusammenhang mit Massnahmen für den sicheren Übertragungsnetzbetrieb zu beschränken. Verschiedene Themen wie Konventionalstrafe, Datenaustausch und Vertragsanpassung hätten keinen solchen Zusammenhang. Auf diese sei nicht einzutreten (act. 8 Rz. 23-31 f.). Unabhängig vom Gehalt der jeweiligen Regelungen bestehe bei unbestrittenen Vertragsbestandteilen schon nur deswegen keine Zuständigkeit, weil bereits eine vertragliche Einigung habe gefunden werden können. Insoweit sei auf das Gesuch nicht einzutreten (act. 8 Rz. 34).

2.3 Regelungskonzept des StromVG: Kooperation und Subsidiarität

- 80 Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Erwägungen werden einleitend das Regelungskonzept und die Grundsätze des StromVG dargestellt. Artikel 3 StromVG verankert die Prinzipien der Kooperation und der Subsidiarität auf Gesetzesebene. Nach dessen Absatz 1 arbeiten der Bund und, im Rahmen ihrer Zuständigkeit, die Kantone für den Vollzug dieses Gesetzes mit betroffenen Organisationen, insbesondere solchen der Wirtschaft zusammen. Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften prüfen sie freiwillige Massnahmen dieser Organisationen. Soweit möglich und notwendig übernehmen sie deren Vereinbarungen ganz oder teilweise in das Ausführungsrecht (Art. 3 Abs. 2 StromVG). Artikel 3 Absatz 2 StromVG enthält den Grundsatz des Vorrangs privater Massnahmen vor staatlichen Massnahmen (Subsidiaritätsprinzip; siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-321/2017 vom 20. Februar 2019 E. 5.5; A-6065/2020 vom 24. Juni 2022 E. 6.7.1). Die Kompatibilität mit den Grundsätzen des Gesetzes und das Vorliegen innert nützlicher Frist bleiben vorbehalten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4797/2011 vom 28. Februar 2012 E. 9.3; Botschaft des Bundesrates vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz; fortan «Botschaft StromVG», BBl 2005 1611, 1643).
- 81 Der Gesetzgeber wollte mit dem StromVG nicht die gesamte Stromversorgung abschliessend regeln, sondern dafür einen regulatorischen Rahmen schaffen. Gemäss der Botschaft zum StromVG ist die Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung nach dem Subsidiaritätsprinzip primär eine Aufgabe der Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft. Nach dem Grundsatz der Subsidiarität und Kooperation sollen primär diejenigen Aufgaben hoheitlich geregelt werden, die durch die Elektrizitätswirtschaft nicht selber im Gesamtinteresse wahrgenommen werden. Vor dem Erlass neuer Bestimmungen sollen bestehende Vereinbarungen geprüft und in Zusammenarbeit mit betroffenen Organisationen praxisnahe Lösungen erarbeitet werden (Botschaft StromVG, BBl 2005 1617, 1648). Umgekehrt ist die Elektrizitätsbranche gefordert, allgemein akzeptierte gesetzeskonforme Konzepte und Vorschläge, insbesondere für die Berechnung der Netznutzungsentgelte, zu erarbeiten (siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1682/2010 vom 4. Mai 2011 E. 4.4; Botschaft StromVG, BBl 2005 1629).
- 82 Das Subsidiaritätsprinzip verlangt somit, dass die Elektrizitätswirtschaft den zur Erfüllung ihrer Aufgabe notwendigen Handlungsspielraum behält (Botschaft StromVG, BBl 2005 1630). Aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität und Kooperation liegt dem StromVG der Gedanke der gesteuerten Selbstregulierung zu Grunde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-212/2011 vom 25. April 2012 E. 9.1.2). Soweit die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft ihre Aufgaben pflichtgemäss erfüllen (können), hat sich der Staat zurückzuhalten. Wo der Staat eingreift, hat er sich am Verhältnismässigkeitsprinzip zu orientieren und die zur Erreichung des angestrebten Zieles mildeste Massnahme zu treffen (Botschaft StromVG, BBl 2005 1648 zu den Massnahmen, die der Bundesrat nach Art. 9 StromVG bei Gefährdung der Versorgungssicherheit erlassen kann).

- 83 Private Vereinbarungen können auch dann ganz oder teilweise ins Ausführungsrecht übernommen werden, wenn nicht die ganze Elektrizitätswirtschaft davon betroffen ist. Auf diese Weise werden Organisationen und Unternehmen belohnt, welche sachgerechte Vollzugsregeln finden und gleichzeitig solche ins Recht gefasst, die sich den Vereinbarungen nicht anschliessen (sog. «free riders»). Vor einer Übernahme von privaten Versicherungen ins Ausführungsrecht wird geprüft, ob neben der betreffenden Vereinbarung andere praxisnahe Lösungen bestehen, welche das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel besser zu verwirklichen vermögen (Botschaft StromVG, BBl 1643). Als Kooperationspartner steht der Verband Schweizer Elektrizitätsunternehmen (VSE) im Vordergrund (Botschaft StromVG, BBl 2005 1643). Im VSE sind die Stromverbundunternehmen am stärksten repräsentiert, was namentlich bei der Überprüfung bzw. Übernahmen von Richtlinien zu berücksichtigen ist. Die Selbstregulierung durch die Branche auf der Basis privater Vereinbarungen bringt jedoch eine gewisse Gefahr wettbewerbswidriger Absprachen mit sich. Deshalb sind private Vereinbarungen auf ihre Kompatibilität mit den Grundsätzen des StromVG zu überprüfen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7561/2015 vom 8. November 2016 E. 4.2 mit Hinweisen).
- 84 Die ElCom prüft bei strittigen Anschlussbedingungen, ob sie dem Stromversorgungsrecht widersprechen oder den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]). Dies bedeutet, dass die ElCom auch zu prüfen hat, ob eine Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist sowie der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen steht, die den Privaten auferlegt werden. Die ElCom prüft daher neben der Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Grundlagen auch, ob die Anschlussbedingungen geeignet sind, einen Beitrag zum sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb zu leisten, ob sie zur Leistung dieses Beitrags erforderlich sind und ob sie für den betroffenen Netzanschlussnehmer zumutbar sind (siehe die ElCom-Verfügungen 233-00059 vom 19. November 2015 Rz. 68-70 und 212-00283 vom 19. Januar 2017 Rz. 23-26 mit Hinweisen).
- 85 In der Verfügung betreffend Überführung des Übertragungsnetzes leitete die ElCom aus Artikel 3 Absatz 2 StromVG in Verbindung mit weiteren stromversorgungsrechtlichen Normen Rechte und Pflichten für die Gesuchstellerin und weitere Akteure ab. Dabei ging es um die Pflichten der Gesuchstellerin, Eigentümerin des von ihr betriebenen Übertragungsnetzes zu sein (Art. 18 Abs. 2 StromVG), und der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, ihr dieses zu übertragen (Art. 33 Abs. 4 StromVG). Die ElCom erwog, für eine hoheitliche Anordnung der Vorkehren, die für die Übergangszeit mindestens teilweise direktes (sachenrechtliches) Eigentum erlaubten, sehe die ElCom im damaligen Zeitpunkt keinen Anlass. Die Parteien seien in Anwendung des Subsidiaritätsprinzips nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, für die Übergangszeit entsprechende Vorkehren zu treffen. Die Gesuchsgegnerinnen hätten für entsprechende Lösungen Hand zu bieten (Verfügung 928-12-010 vom 3. Juni 2013 Rz. 47 f.; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Verfügungen > Verfügungen 2013).
- 86 Das Bundesverwaltungsgericht sah keine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips darin, dass die ElCom von Amtes wegen ein Verfahren eröffnete und in den Arbeitsprozess des Projekts der Überlandwerke für die Transaktion des Übertragungsnetzes (inkl. Kapitalstruktur) auf die Gesuchstellerin eingriff, um sicherzustellen, dass diese Transaktion innert der in Artikel 33 StromVG vorgesehenen Frist von fünf Jahren abgewickelt werde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4797/2011 vom 28. Februar 2012 E. 5, 9.3 und 13.3.3).

- 87 Aus diesen Ausführungen erhellt einerseits, dass das Regulierungskonzept des StromVG auf dem Grundsatz der Selbstregulierung der Elektrizitätswirtschaft beruht und Vereinbarungen (d.h. Verträge) das primäre Mittel der Zusammenarbeit sind. Der Staat soll nur (aber immerhin) und so mild wie möglich eingreifen, wenn die Branche innert nützlicher Frist selber keine genügenden Regeln schafft. Wo er dies tut, nehmen diese Regeln die betreffenden Akteure (Netzbetreiber und Netznutzer) direkt in die Pflicht. Die Zusammenarbeit in der Elektrizitätswirtschaft erfolgt zwar in erster Linie über Verträge. Im Rahmen ihrer Aufgaben zur Überwachung des StromVG kann die ECom aber in Verträge eingreifen und – mit der aufgrund der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips gebotenen Zurückhaltung – deren Inhalt bestimmen. Dies ist systeminhärent und dementsprechend prüft die ECom nach ihrer Praxis Netznutzungsbedingungen dahingehend, ob sie den gesetzlichen Grundlagen entsprechen, durch öffentliche Interessen gerechtfertigt sind und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten. Letzteres bejaht sie, wenn die Regelungen der Netzbetreiber geeignet und erforderlich sind, einen Beitrag zum sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb zu leisten und im engeren Sinn verhältnismässig sind (Interessenabwägung).

2.4 Verfahrensgegenstand

- 88 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der nNNV bzw. dessen Verfügung durch die ECom. Dabei sind namentlich die folgenden Fragen zu beantworten: Gestützt auf welche Grundlage und in welcher Form die ECom zuständig ist, den nNNV bzw. dessen Abschluss zu verfügen und was der Inhalt eines solchen Vertrags sein kann. Ob die Gesuchstellerin mit der Gesuchsgegnerin einen individuellen Vertrag aushandeln darf oder das Gleichbehandlungsgebot dem entgegensteht. Im Verlauf des Verfahrens haben sich Tatsachen ereignet, welche sich auf den Inhalt dieser Streitpunkte auswirken, insbesondere der Abschluss der Vereinbarung MLA und die Abschreibung des Parallelverfahrens bezüglich Verfügung des Anhangs der Betriebsvereinbarung. In der Folge hat die Gesuchsgegnerin (aber nicht die Gesuchstellerin) ihre Anträge angepasst (act. 46 Beilage 1; von der Gesuchsgegnerin als Antwortbeilage 19 bezeichnet). Sie schreibt dazu, sollte die ECom sich als zuständig erachten, seien eventualiter die streitigen Vertragsinhalte so festzulegen, dass sie materiell den Regelungen aus der Vereinbarung MLA zwischen den Parteien entsprechen (act. 46 Rz. 7). Im Übrigen bestreitet sie aber immer noch die Zuständigkeit der ECom und hält explizit an den diesbezüglichen Ausführungen in ihren früheren Eingaben fest (act. 46 Rz. 10 mit Verweis auf act. 8 Rz. 8 ff.; act. 19, Rz. 2 ff.).
- 89 Angesichts der Prozessgeschichte und den dargelegten Umständen erscheint es angezeigt, aufzuzeigen, welche Ziffern neben der Zuständigkeit der ECom und dem Gleichbehandlungsgebot noch strittig sind. Zur Übersicht wird deshalb hier das Inhaltsverzeichnis des nNNV wiedergegeben. Die inhaltlich strittigen Vertragsziffern sind ausgeschrieben. Durchgestrichen sind die von der Gesuchsgegnerin beantragten Änderungsvorschläge, in blau die von ihr beantragten Einfügungen. Nicht wiedergegeben wird die Unternummerierung, welche die Gesuchsgegnerin bei allen Ziffern des nNNV begehrt (act. 46 Beilage 1). Die Gesuchsgegnerin beantragt nicht mehr, dass Transite aus dem Übertragungsnetz durch das Netz der Netznutzer vom Vertragsgegenstand ausgenommen sind (act. 46 Beilage 1 Ziff. 1.1), sondern nur noch eine Anpassung der Unternummerierung (Ziff. 1.1.1-1.1.3).

«Inhaltsverzeichnis

- 1 Allgemeine Bestimmungen
 - 1.1 Vertragsgegenstand
 - 1.2 Begriffe
 - ~~1.3 Vertragsbestandteile~~

~~Bestandteile dieses Vertrages bilden, in der jeweils gültigen Fassung, die folgenden Anhänge mit ihren Beilagen:~~

- Anhang 1: Tarife für das Übertragungsnetz;
- Anhang 2: Datenblatt Netznutzung;
- Anhang 3: Branchendokument Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz (NNMÜ);
- Anhang 4: Branchendokument Transmission Code;
- Anhang 5: Branchendokument Metering Code samt Anhang;
- Anhang 6: Branchendokument Standardisierter Datenaustausch samt Anhängen.

~~Im Falle eines Widerspruchs zwischen den Anhängen und dem Vertragstext gehen die Anhänge dem Vertragstext vor. Bei Widersprüchen zwischen den Anhängen geht der zeitlich jüngere Anhang dem älteren vor.~~

~~Die Anhänge werden auf der Website der Swissgrid (www.swissgrid.ch) in der jeweils gültigen Fassung publiziert und können vom Netznutzer dort eingesehen werden. Das Datenblatt Netznutzung wird in Form einer Formularvorlage auf der Webseite der Swissgrid aufgeschaltet.~~

1.3 Branchenempfehlungen

Die Parteien berücksichtigen zudem die Einschlägigen Branchenempfehlungen. Namentlich jene zum Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz, sowie die international und national anerkannten Normen. Sollten sich einzelne Regelungen in Branchenempfehlungen als nicht sachgerecht erweisen, kann in begründeten Fällen jede Partei davon abweichen. Dies gilt auch für die Verweise in dieser Vereinbarung auf Branchenempfehlungen und deren Anhänge. Bei allfälligen Widersprüchen geht diese Vereinbarung in jedem Fall vor.

2 Pflichten von Swissgrid

2.1 Netznutzung

2.2 Einschränkung und Unterbrechung der Netznutzung

[...]

~~Zur Beherrschung kritischer Netzsituationen ist Swissgrid berechtigt:~~

~~A. Den Netznutzer anzuweisen, den Bezug aus dem Übertragungsnetz anzupassen.~~

~~B. Anlagen vom Netz zu trennen~~

~~C. Den Netznutzer zur Inbetriebnahme oder zur Trennung von Anlagen anzuweisen.~~

~~Bei absehbaren oder planbaren Sachverhalten, die zu betriebsbedingten Unterbrechungen führen, erfolgt vorab eine Absprache mit dem betroffenen Netznutzer.~~

~~Die Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung durch Swissgrid gemäss den Bestimmungen dieses Vertrags befreit den Netznutzer nicht von seinen bestehenden Zahlungspflichten für fällige Rechnungen oder von der Erfüllung anderer Verpflichtungen gegenüber Swissgrid.~~

~~Aus der Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung gemäss den Bestimmungen dieses Vertrags entsteht dem Netznutzer kein Anspruch auf Entschädigungen irgendwelcher Art.~~

3 Pflichten des Netznutzers

3.1 Daten

3.2 Entgelte für die Nutzung des Übertragungsnetzes

3.3 Konventionalstrafe

~~Macht der Netznutzer falsche Angaben im Datenblatt, ist Swissgrid berechtigt, vom Netznutzer eine Konventionalstrafe im Umfang von 50% des vom Netznutzer nachgeforderten Netznutzungsentgelts zu verlangen. Swissgrid ist in jedem Falle berechtigt, nebst der Strafe auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern.~~

3.3 Aufwandersatz bei falscher Datenlieferung

Bei falschen Angaben im Datenblatt, ist die Swissgrid berechtigt, vom Netznutzer einen angemessenen pauschalisierten Aufwandersatz für den Mehraufwand bei der Datenpflege zu verlangen.

Swissgrid ist in jedem Falle berechtigt, nebst dem Aufwandersatz auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern.

3.4 Rechnungsstellung

4 Energiedatenmanagement

Es gelten die ~~unter Punkt 1.3 erwähnten~~ einschlägigen Branchendokumente im Rahmen von Ziff. 3 (recte: 1.3) in der jeweils gültigen Fassung. [...]

5 Haftung

~~5.1 Die Haftung richtet sich nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und ist auf den entstandenen Schaden begrenzt. Jede weitere Haftung ist ausgeschlossen; insbesondere für entgangenen Gewinn, mittelbare Schäden, Folgeschäden und bei Force Majeure sowie bei leichter und mittlerer Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Dieser Ausschluss gilt im Rahmen des gesetzlich Zulässigen auch für Ansprüche aus ausservertraglicher Haftung. Swissgrid haftet ausserdem nicht für Schaden, der im Rahmen pflichtgemässer Dienstausübung entsteht.~~

5.2 Hinsichtlich der Haftung im Zusammenhang mit dem manuellen Lastabwurf und den diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen gelten die speziellen Regeln aus der Betriebsvereinbarung bzw. der Vereinbarung zur Umsetzung des manuellen Lastabwurfs sowie der diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen.

6 Vertragsdauer und Kündigung

Dieser Vertrag tritt am ~~1. Januar 2019~~ [XX.XX.XXXX] in Kraft und bleibt grundsätzlich gültig, solange der Netzanschlussvertrag besteht.

~~Vom Netznutzer kann~~ Die Parteien können diesen Vertrag jederzeit mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten schriftlich auf das Ende eines Monats gekündigt werden.

Wird über ~~den Netznutzer~~ eine Partei der Konkurs eröffnet oder ein sonstiges Insolvenzverfahren, insbesondere Nachlassstundung oder Konkursaufschub eingeleitet oder erklärt er sich als zahlungsunfähig, ist Swissgrid die andere Partei berechtigt, diesen Vertrag mit sofortiger Wirkung aufzulösen.

7 Rechtsnachfolger

8 Vertraulichkeit und Datenschutz

[...]

Eine Verwendung von Daten im Rahmen der Aufgaben von Swissgrid und der Netznutzer gemäss dem geltenden Energiegesetz und; dem Stromversorgungsgesetz und den jeweils zugehörigen Verordnungen sowie im Rahmen von Aufträgen, welche ihr von Behörden übertragen werden, ist ihr ausdrücklich erlaubt.

Ausserdem stimmten Swissgrid und der Netznutzer dem im Zusammenhang mit der Erfüllung dieses Vertrages erforderlichen Informationsaustausch zwischen Swissgrid bzw. dem Netznutzer und Dritten (z.B. andere Netznutzer, Messdienstleister oder Verteilnetzbetreiber) zu.

[...]

9 Schriftform

10 Salvatorische Klausel

11 Kontaktstellen für Mitteilungen

12 Anpassung

12.1 Änderungen im Falle von zwingenden Vorgaben

~~Swissgrid ist berechtigt, diesen~~ Dieser Vertrag kann einschliesslich der dazugehörigen Anhänge 1 und 2 mit einem Vorlauf von mindestens drei Monaten einseitig angepasst werden, sofern eine Änderung erforderlich ist, um einschlägigen Gesetzen oder Verordnungen, und/oder rechtsverbindlichen höchststrichterlichen Vorgaben von Gerichten sowie ggf. der Eidgenössischen Elektrizitätskommission zu entsprechen. Soweit es zwingend erforderlich ist, kann eine Anpassung auch mit sofortiger Wirkung erfolgen. ~~Die Anpassung der Anhänge 3—6 erfolgt gemäss den Regeln zur Anpassung von Branchendokumenten. Swissgrid informiert den Netznutzer per E-Mail an die in Ziffer 11 aufgeführte Kontaktstelle über die geänderten Bedingungen.~~

12.2 Änderungen in anderen Fällen

~~Swissgrid ist zudem berechtigt, diesen Vertrag einschliesslich der dazugehörigen Anhänge 1 und 2 für die Zukunft einseitig zu ändern, sofern für Swissgrid ein berechtigtes Interesse an einer Veränderung der vertraglichen Ausgestaltung besteht. Swissgrid konsultiert die Netznutzer vorgängig. Swissgrid informiert den Netznutzer mindestens drei Monate vor dem Inkrafttreten der neuen Regelungen per E-Mail an die in Ziffer 11 aufgeführte Kontaktstelle über die geänderten Bedingungen.» Änderungen welche nicht gestützt auf Ziff. 12.1 erfolgen. werden von der antragstellenden Partei vorgeschlagen und führen im Falle berechtigter Anliegen zu einer Anpassung des vorliegenden Vertrages, wobei der Anpassung eine Vernehmlassung unter den involvierten Parteien voranzugehen hat.~~

13 Schlussbestimmungen

13.1 Anwendbares Recht und Gerichtsstand

13.2 Aufhebungen

- 90 Somit betreffen die strittigen Punkte die folgenden Ziffern des nNNV. Ziffer 4 ist nicht inhaltlich strittig, die dort beantragte Änderung wäre vorzunehmen, falls Ziffer 1.3 zum Vertragsinhalt wird. Wenn dem Eventualantrag der Gesuchsgegnerin gefolgt wird, würden ausserdem die zwei letzten Sätze von Ziffer 12.1 betreffend Anpassung der Branchenempfehlung und Information der Netznutzer obsolet und wären zu streichen (act. 1 S. 11 u. Beilage 26);
- Ziffer 1.3 Vertragsbestandteile und Rangfolge;
 - Ziffer 2.2 Einschränkung und Unterbrechung der Netznutzung;
 - Ziffer 3.3 Konventionalstrafe;
 - Ziffer 4 Energiedatenmanagement;
 - Ziffer 5 Haftung;
 - Ziffer 6 Vertragsdauer und Kündigung;
 - Ziffer 8 Vertraulichkeit und Datenschutz;
 - Ziffer 12 Anpassungen des Vertrages.
- 91 Über die übrigen Vertragsinhalte sind die Parteien sich einig. Zudem haben sie ihre Hauptpflichten – die zur Verfügungsstellung des Übertragungsnetzes gegen Bezahlung eines Netznutzungsentgelts – auch ununterbrochen erfüllt (act. 8 Rz. 13; act. 16 Rz. 16). Mit Schreiben vom 21. November 2018 teilte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit, sie sei per Gesetz verpflichtet, mit den VNB einheitliche Verträge über den Zugang und die Nutzung der Übertragungsnetzinfrastruktur abzuschliessen. Daher könne sie die von der Gesuchsgegnerin einseitig vorgenommenen Vertragsanpassungen nicht akzeptieren. Zwischen ihnen beiden sei somit kein gültiger Netznutzungsvertrag mit Geltung ab dem 1. Januar 2019 zustande gekommen (act. 1 Beilage 15). Auch nachdem die Gesuchsgegnerin den unterzeichneten Vertrag mit ihren Änderungsvorschlägen nochmals der Gesuchstellerin übermittelte, hat die Gesuchstellerin diese soweit ersichtlich nicht angenommen. So hat der LoC vom 18. Dezember 2019 erneut ausgeführt, dass mit der Gesuchsgegnerin ein vertragsloser Zustand bestehe. Nachdem die Gesuchstellerin den aNNV per 31. Dezember 2018 gekündigt hat, ist daher durch die gegenseitige (Weiter-)erfüllung nicht ohne Weiteres konkludent ein neuer Vertrag bezüglich der nicht strittigen Inhalte des nNNV entstanden. Deshalb hat die Gesuchstellerin grundsätzlich weiterhin ein schutzwürdiges Interesse, dass die nicht mehr strittigen Punkte bzw. der nNNV als Ganzes Geltung erlangt.

- 92 Die Gesuchstellerin führt im Weiteren aber auch aus, die Gesuchsgegnerin bringe durch ihr Verhalten zum Ausdruck, dass sie die nicht bestrittenen Punkte akzeptiere, lediglich einzelne Aspekte der Netznutzungsbedingungen würden im Streit liegen (act. 16 Rz. 16). Die Gesuchsgegnerin sei nicht willens, sich in einzelnen Punkten diesem (Branchen)konsens anzuschliessen. Auch die Gesuchstellerin scheint davon auszugehen, dass bezüglich der nicht mehr strittigen Punkte Konsens besteht. Ansonsten enthalten ihre Eingaben zwar einige Ausführungen, die anders verstanden werden könnten. In den Schlussbemerkungen vom 31. August 2023 macht sie weiter geltend, im Streit liege der gesamte nNNV. Wegen der Bestimmungen, über welche die Parteien sich nicht einig seien, sei auch in den übrigen Punkten kein Vertrag zustande gekommen. Solange auch nur ein Punkt offen bleibe, könne der Vertrag nicht abgeschlossen werden. Von einer bloss punktuellen Regelung könne keine Rede sein (act. 44 Rz. 14).
- 93 Durch die vorstehenden Ausführungen stellt sie aber nicht in Frage, dass bezüglich der nicht mehr bestrittenen Punkte Konsens besteht. Sie würdigt die teilweise Einigung bloss anders als die Gesuchsgegnerin, welche insoweit von einem konkludent abgeschlossenen mündlichen Vertrag ausgeht. Soweit die Gesuchstellerin behauptet, sie habe bereits dargetan, weshalb die unstrittigen Punkte verfügt werden müssen (act. 44 Rz. 14), ist mangels Zitierung der betreffenden Verfahrensakten einerseits unklar, worauf sie konkret Bezug nimmt. Andererseits substantiiert sie in ihren übrigen Vorbringen nicht, weshalb die nicht strittigen Vertragsinhalte verfügt werden müssten. So führt sie etwa bloss aus, es sei nicht ersichtlich, weshalb der Umstand, dass nur ein Teil des nNNV strittig sei, dazu führen sollte, dass die ECom nicht den Abschluss des gesamten Vertrags verfügen könne. Gründe, aus welchen diese Schlussfolgerung abgeleitet werden könnte, gibt sie keine an. Keine entsprechende Begründung lässt sich auch dem Vorbringen entnehmen, es sei nicht eine Frage der formellen Zuständigkeit der ECom, sondern der materiellen Beurteilung, ob die im nNNV getroffenen Regelungen allesamt zwangsweise qua Verfügung der ECom auch für die Gesuchsgegnerin gelten müssten (act. 16 Rz. 20).
- 94 Mangels eigener Regeln zu den Voraussetzungen und den Folgen eines Vertragsabschlusses im Verwaltungsrecht sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) als subsidiäres öffentliches Recht zumindest sinngemäss anzuwenden (vgl. TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, § 34 Rz. 995 und BGE 122 I 328 E. 7b, wonach das Bundesgericht die Regeln des Obligationenrechts „als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze“ sieht).
- 95 Die Gesuchstellerin hat mit dem Hinweis, dass der nNNV bei fehlender Unterzeichnung nicht zustande käme, zwar einen Gültigkeitsvorbehalt angebracht. Daher ist der nNNV auch bezüglich der Punkte über welche die Parteien sich einig sind, nicht zustande gekommen. Sie tut jedoch nicht in nachvollziehbarer Weise dar, weshalb die nicht mehr strittigen Ziffern des nNNV verfügt werden müssten. Die Einigung über die noch offenen Punkte hat vielmehr den Charakter einer objektiv ungewissen künftigen Tatsache bzw. eines Ereignisses, von dem die Wirksamkeit eines Vertrages abhängt. Wenn die Parteien über die noch offenen Punkte eine Einigung erzielen können, besteht Konsens über den gesamten Vertrag und der nNNV entsteht als Ganzes. Bis dahin befinden sich die nicht bestrittenen Punkte in einer Art «Schwebezustand». Bei Erzielen einer Einigung über die strittigen Punkte beginnt der gesamte Vertrag Wirkung zu erzeugen, ohne dass ein weiteres Zutun der Parteien erforderlich wäre (vgl. Art. 151 Abs. 2 OR; WIDMER/COSTANTINI/EHRAT BSK OR 1 7. Aufl. 2020, Art. 151 Rz. 5, 9; WUFFLI DANIEL, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 151 N 1).

- 96 Die Einigung über die strittigen Punkte ist somit insoweit vergleichbar mit einer (aufschiebenden) Bedingung i.S.v. Artikel 151 OR. Einer Einigung gleichzusetzen wäre die rechtskräftige Verfügung der strittigen Ziffern. Mit der allfälligen Verfügung des strittigen Vertragsinhalts des nNNV würden demnach auch die unstrittigen Ziffern gültig. Dies gilt unabhängig von der Form und dem Zeitpunkt der Einigung. Im Falle einer Gesuchsabweisung oder eines Nichteintretens würde sich hingegen der Schwebezustand fortsetzen. Folglich kann das Verfahren auf die strittigen Punkte beschränkt werden, ohne dass dadurch das Entstehen eines in sich stimmigen Vertrags verhindert wird. Dass die Gesuchstellerin dadurch anderweitig in rechtlichen oder tatsächlichen Interessen tangiert wird, ist nicht ersichtlich. Diese Inhalte zu verfügen ist somit weder erforderlich noch verhältnismässig. Zudem würde es dem Subsidiaritätsprinzip widersprechen, wonach staatliche Eingriffe nur wenn nötig erfolgen und so mild wie möglich sein sollen (siehe Rz. 87).
- 97 Bezüglich der nicht strittigen Vertragsinhalte liegt nach dem Gesagten insoweit kein Streitfall über die Netznutzungsbedingungen vor. Die Parteien bringen ferner nicht vor, dass die vertragliche Regelung der nicht strittigen Punkte dem Stromversorgungsrecht widersprechen und es deswegen notwendig wäre, für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen eine Verfügung zu erlassen. Folglich besteht kein Anlass, bezüglich dieser Punkte hoheitlich einzugreifen. Auch im Lichte der Zuständigkeitsregeln der ElCom (Art. 22 Abs. 1 StromVG und Art. 22 Abs. 2 StromVG) ist kein Grund ersichtlich, eine Verfügung betreffend die unstrittigen Punkte zu erlassen.
- 98 Insgesamt erweist sich die Argumentation der Gesuchstellerin, wonach der gesamte Vertrag zu verfügen sei, als nicht stichhaltig. Im entsprechenden Umfang ist nicht auf das Gesuch einzutreten.

2.5 Zuständigkeiten der ElCom: Übersicht und Rechtsprechung

2.5.1 Artikel 22 Absatz 1 StromVG: Umfassende Kompetenz

- 99 Die ElCom überwacht die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des StromVG und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Demnach ist die ElCom grundsätzlich überall dort zuständig, wo der Vollzug – sowohl des StromVG als auch der in der StromVV enthaltenen Vollziehungsbestimmungen – nur durch einen Entscheid oder eine Verfügung sichergestellt werden kann und die Kompetenz dazu nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist (subsidiäre Generalkompetenz). Im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach StromVG kommt der ElCom eine umfassende Kompetenz zu (zum Ganzen siehe Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1225/2020 vom 24. Juni 2020 E. 4.3; A-2850/2014 vom 28. Mai 2015 E. 5.3 [veröffentlicht als BVGE 2015/38]; Botschaft StromVG, BBl 2005 1611, 1661, 1698; WYSS DANIELA, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band III, Bern 2020, Art. 22 StromVG Rz. 10). Der Mantelerlass hat Artikel 22 Absatz 1 StromVG nicht verändert.

2.5.2 Artikel 22 Absatz 2 StromVG: Ausdrücklich genannte Kompetenzen

- 100 Die nicht abschliessende Aufzählung in Artikel 22 Absatz 2 Buchstaben a-g StromVG fasst die wichtigsten Zuständigkeiten der ElCom zusammen. Nach aArtikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG ist die ElCom unter anderem für den Entscheid im Streitfall über die Netznutzungsbedingungen zuständig. Die Rechtsstreitigkeiten müssen das StromVG und die Ausführungsbestimmungen betreffen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3343/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.1.2.2; WYSS DANIELA, in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band III, Bern 2020, Art. 22 StromVG Rz. 11). Gemäss der Botschaft zu aArtikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG, der im Mantelerlass redaktionell angepasst wurde und neu auch von Amtes wegen gilt, ist die Regulierungskompetenz, insbesondere betreffend Netzzugang und Netznutzungsbedingungen, notwendig, weil im Netzbereich auch nach einer partiellen Öffnung des Elektrizitätsmarktes kein eigentlicher Wettbewerb möglich ist. Im Netzbereich bleiben monopolistische Verhältnisse bestehen. Als Ersatz für die in diesem Bereich fehlenden Marktkräfte ist daher, ergänzend zur Regulierung, eine Überwachung zum Zwecke der Sicherstellung der Versorgung einerseits und zur Verhinderung des Missbrauchs der Monopolstellung andererseits notwendig (Botschaft StromVG, BBI 2005 1660).
- 101 Gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verfügt die ElCom im Zusammenhang mit Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs (Art. 20a) nötigenfalls den Abschluss einer Vereinbarung zwischen den jeweiligen Parteien, einschliesslich der Vorgaben zum notwendigen Mindestinhalt. Artikel 20a Absatz 1 StromVG bestimmt, dass die nationale Netzgesellschaft mit den an das Übertragungsnetz angeschlossenen VNB, Erzeugern, Endverbrauchern und Speicherbetreibern auf einheitliche Weise alle notwendigen Massnahmen vereinbart, die sie zur Vermeidung oder zur Beseitigung einer Gefährdung des sicheren Betriebs des Übertragungsnetzes ergreift. Gemäss der Botschaft ist der sichere Übertragungsnetzbetrieb dann gefährdet, wenn die Netz- und Systemsicherheit bedroht ist, das heisst insbesondere dann, wenn lokale Ausfälle des Übertragungsnetzes oder kurzfristige Netzzengpässe vorliegen und die Frequenz- und Spannungshaltung nicht mehr im erforderlichen Mass gewährleistet werden kann. Mit präventiven Massnahmen («Vermeidung») soll der Eintritt einer Gefährdung verhindert werden. Damit sind Massnahmen gemeint, die ausgelöst werden, wenn die Gefährdung zwar noch nicht eingetreten ist, sich aber bereits konkret abzeichnet («dunkelorange Bereich»). Massnahmen, die bereits vor einer sich konkret abzeichnenden Gefährdung Wirkung entfalten, betreffen den Normalbetrieb und sind von Artikel 20a nicht erfasst Als Beispiel für eine präventive Massnahme kann das Notkonzept «Beschaffung von Regelleistung bei mangelnder Liquidität bei der Leistungsausschreibung» der Swissgrid erwähnt werden, mit dem Erzeuger ausnahmsweise zur Erbringung von Regelleistung verpflichtet werden können (Botschaft Mantelerlass, BBI 2021 1666 S. 111).
- 102 Gemäss der Botschaft zum StromVG solle das Vorgehen bei einem Redispatching (Art. 20 Abs. 2 Bst. c StromVG) und Netzzengpässen (Art. 20 Abs. 2 Bst. d StromVG) mit den Beteiligten privatrechtlich geregelt werden, zugleich solle es aber nicht nur – wie im Gesetzestext vorgesehen – transparent und diskriminierungsfrei erfolgen, sondern auch verhältnismässig sein (Botschaft StromVG, BBI 2006 1634 f., 1659; zu Art. 20 Abs. 2 Bst. c u. d). Dieser Gedanke findet sich auch in der Botschaft zum Mantelerlass in Bezug auf die Regelung der Vorkaufsrechte an Aktien der Gesuchstellerin: als ein zwischen der AG und ihren potenziellen Aktionären spielendes Instrument sei diese privatrechtlicher Natur und unterliege der Zivilgerichtsbarkeit. Die ElCom könnte nur zum Zuge kommen, wenn sich im Zusammenhang mit Vorkaufsrechten auch öffentlich-rechtliche Fragen in Bezug auf das StromVG stellen, etwa wenn sie feststelle, dass die Gesuchstellerin die Regelung nicht oder systematisch falsch umsetze (Botschaft Mantelerlass, BBI 2021 1666 S. 107 ff.).

- 103 Für eigentliche Vertragsstreitigkeiten über die Vergütung von Flexibilität, also solche, die sich aus der Anwendung abgeschlossener Verträge ergeben, sind gemäss der Botschaft die Zivilgerichte zuständig. Bevor solche Verträge geschlossen werden, könne die allgemeine ECom-Überwachungskompetenz zum Tragen kommen. Würden zum Beispiel die Vorschriften, die der Bundesrat zum Schutz der Flexibilitätsinhaber erlasse, umgangen bzw. nicht in die Verträge integriert, könne die ECom bei den fehlbaren Netzbetreibern eingreifen. Nur bei der Vergütung habe die ECom eine explizite Kompetenz, die darauf beschränkt sei, Missbräuche zu unterbinden. Fragen der Einhaltung beziehungsweise Verletzung vertraglicher Rechte und Pflichten sowie deren Durchsetzung würden grundsätzlich in die Kompetenz der Gerichte fallen (Botschaft Mantelerlass, BBl, 2021 1666 S. 114). Im Zusammenhang mit den zwei spezifischen Zuständigkeiten der ECom im Zusammenhang mit Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs (Art. 22 Abs. 2 Bst. e StromVG) hält die Botschaft ferner fest, dass die ECom sehr wohl Entscheide mit unmittelbarer Auswirkung auf Vereinbarungen fällen könne. So könnte sie etwa gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 StromVG überprüfen, ob die in einer Vereinbarung geregelten Massnahmen geeignet sind, um einer Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs zu begegnen (Art. 20 Abs. 2 Bst. c; Botschaft Mantelerlass, BBl, 2021 1666 S. 115).

2.5.3 Rechtsprechung

- 104 Das Bundesgericht hat sich mit Urteil vom 11. Januar 2022 (4A_275/2021 u. 4A_283/2021) mit der rechtlichen Qualifikation von Verträgen zwischen der Gesuchstellerin und weiteren Akteuren auseinandergesetzt. Zum einen hat es die Betriebsvereinbarung mit einer direkt an das Übertragungsnetz angeschlossenen Kraftwerksbetreiberin mit Blick auf aArtikel 5 Absatz 5 StromVV analysiert, zum andern hat es geprüft, ob das vorinstanzliche Zivilgericht, den Bilanzgruppenvertrags mit einer Bilanzgruppenverantwortlichen zu Recht als öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis beurteilt hatte.
- 105 Das Bundesgericht erwog, aArtikel 5 Absatz 5 StromVV, wonach die Pflichten aus Vereinbarungen zwischen der Gesuchstellerin und anderen Netzbetreibern sowie weiteren Akteuren über die für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit zu treffenden Massnahmen auf dem Zivilweg durchgesetzt würden, sei verfassungswidrig. Eine solche Regel weiche von der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung ab und müsse daher in Gesetzesform ergehen. Ob eine streitige Zivilsache oder eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit vorliegt, beurteile sich nach der Rechtsnatur des Streitgegenstands. In Bezug auf Verträge stehe die Funktionstheorie im Vordergrund, wonach ein dem öffentlichen Recht unterstehender, d.h. verwaltungsrechtlicher Vertrag sich dadurch auszeichne, dass er direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt habe oder einen öffentlich-rechtlich normierten Gegenstand betreffe, wie zum Beispiel Erschliessungen, Enteignungen oder Subventionen. Dagegen liegt eine privatrechtliche Vereinbarung vor, wenn sich ein Gemeinwesen zum Beispiel durch Kauf- oder Werkverträge bloss die Hilfsmittel beschafft, die es zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf. Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung werde von aArtikel 5 Absatz 2 StromVV vorgeschrieben. Die gestützt auf die Betriebsvereinbarung veranlasste Produktionsanpassung durch das Kraftwerk diene unmittelbar der Sicherstellung eines stabilen Netzbetriebs und damit einer öffentlichen Aufgabe. Insoweit seien die Kraftwerksbetreiber gestützt auf Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe c StromVG und aArtikel 5 Absatz 2 StromVV vertraglich direkt in die Gewährleistung des stabilen Netzbetriebs eingebunden. Die fehlende Entschädigung spreche gegen ein im Rahmen der Privatautonomie abgeschlossenes privatrechtliches Rechtsverhältnis. Bei der Betriebsvereinbarung mit der Beklagten sei demnach von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag auszugehen (Urteile des Bundesgerichts 4A_275/2021 u. 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.2 u. 4; teilweise veröffentlicht in BGE 148 III 172).

- 106 Das StromVG sehe vor, dass die Gesuchstellerin die betreffenden Verträge abschliesse und die Preise für Ausgleichsenergie nach bestimmten gesetzlichen Vorgaben einseitig festlege. Beim Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes durch die Gesuchstellerin handelt es sich um eine gesetzlich übertragene öffentliche Aufgabe (Urteile des Bundesgerichts 4A_275/2021 u. 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022 E. 4.2.2 u. 5.2.3 mit Hinweisen). Die im Bilanzgruppenvertrag geregelte Abwicklung von Fahrplanmeldungen und die Abrechnung von Ausgleichsenergie würden kein blosses Hilfsmittel im Sinne der Bedarfsverwaltung darstellen, sondern als notwendiger Bestandteil des Bilanzmanagements unmittelbar der Gewährleistung eines sicheren Netzbetriebs dienen. Insofern seien sie Instrumente, mit denen die Beklagte ihre öffentliche Aufgabe wahrnehme. Die Beklagte als nationale Netzgesellschaft hat mit jeder Bilanzgruppe einen Vertrag abzuschliessen (Art. 23 Abs. 2 StromVV), wobei jede Bilanzgruppe einen Bilanzgruppenverantwortlichen zu bestimmen habe (Art. 23 Abs. 3 StromVV). Weder aus Sicht der Beklagten noch aus derjenigen der Bilanzgruppenverantwortlichen bestehe demnach eine Wahl hinsichtlich des Vertragspartners, was ebenfalls für den öffentlich-rechtlichen Charakter spreche. Der Bilanzgruppenvertrag stelle daher ebenfalls einen öffentlich-rechtlichen Vertrag dar. Die Beurteilung von Streitigkeiten aus diesem Vertragsverhältnis unterliege daher nicht der Zivilgerichtsbarkeit. Der strittige materielle Anspruch sei im Verwaltungsverfahren geltend zu machen (Urteile 4A_275/2021 u. 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022 E. 5.2.3 f.).
- 107 Aufgrund des StromVG bestehe gemäss Bundesgericht Anspruch auf Netzzugang; die Netzbetreiber unterlägen einer gesetzlichen Kontrahierungspflicht für den Abschluss von Netznutzungsverträgen. Die Stromlieferung erfolge hingegen auf der Grundlage privatrechtlicher Vereinbarungen und ausserhalb des StromVG. Das StromVG wolle die netzseitigen Voraussetzungen schaffen, damit der freie Strommarkt in der Praxis funktionieren könne. Da privatrechtlich grundsätzlich jedermann Stromlieferungsverträge abschliessen könne, habe (abgesehen von den festen Endverbrauchern) auch jedermann Anspruch auf Netzzugang, also auch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Elektrizitätserzeuger oder Stromhandelsunternehmen (Urteil des Bundesgerichts 2C_12/2016 u. 2C_13/2016, beide vom 16. August 2016 E. 3.3.3 mit Hinweis auf Botschaft StromVG, BBl 2006 1650). Der Netzbetreiber sei gesetzlich verpflichtet, Endverbraucher und Elektrizitätserzeuger anzuschliessen und ihnen diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren (Art. 5 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 StromVG), ausser wenn gesetzlich vorgesehene Verweigerungsgründe bestehen (Art. 13 Abs. 2 StromVG). Zudem seien die Netzbetreiber nach Massgabe der Artikel 7 ff. EnG verpflichtet, in ihrem Netzgebiet erzeugte Energie abzunehmen und zu vergüten. Insofern bestehe eine klare gesetzliche Grundlage für eine Verpflichtung des Netzbetreibers, mit dem Produzenten zu kontrahieren (Urteil 2C_1142/2016 vom 14. Juli 2017 E. 4.4).
- 108 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu aArtikel 2 Absatz 1 der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV, SR 730.01) legen die Energieproduzenten nach aArtikel 7 aEnG und die Netzbetreiber die Anschlussbedingungen, wie z.B. die Anschlusskosten, vertraglich fest (vgl. Art. 15 EnG und Art. 10 der Energieverordnung vom 1. November 2017). Die Entstehung und Wirkung einer solchen Vereinbarung zwischen den Parteien würden sich zwar nach dem Zivilrecht richten. Da ein entsprechender Vertrag jedoch Auswirkungen auf die Stromversorgungsgesetzgebung haben könne, müsse es der ElCom im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit in diesem Bereich möglich sein, allfällige Anordnungen zu treffen (vgl. Urteil A-857/2014 vom 13. November 2014 E. 1.2.2 mit Hinweisen).

2.5.4 Zwischenfazit

- 109 Folglich kann die Zuständigkeit der ElCom für die Beurteilung von Streitigkeiten über den Abschluss des nNNV nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstaben a-g StromVG oder direkt gestützt auf ihre subsidiäre Generalkompetenz (Art. 22 Abs. 1 StromVG) gegeben sein. Letzteres folgt insbesondere aus der Botschaftspassage (oben Rz. 103). Da auch durch stillschweigenden Konsens Verträge entstehen können (Art. 1 Abs. 2 OR) und das Stromversorgungsrecht kein Schriftlichkeitserfordernis vorsieht, scheint ferner die Differenzierung der Gesuchstellerin zwischen Streitigkeiten betreffend den Abschluss von Verträgen und über die Rechten und Pflichten aus einmal entstandenen Verträgen (vgl. oben Rz. 59 u. 60) nicht stringent.

2.6 Zuständigkeit der ElCom für im nNNV noch strittige Punkte

2.6.1 Vorbemerkungen

- 110 Wie oben erläutert, sind die unstrittigen Punkte nicht (mehr) Verfahrensgegenstand. Insoweit besteht kein Streitfall über die Netznutzungsbedingungen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG) und der Erlass einer Verfügung ist nicht notwendig (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Deshalb ist dafür auch keine entsprechende Zuständigkeit der ElCom gegeben.
- 111 Die Parteien machen nicht geltend, dass Gerichte oder andere Verwaltungsbehörden (erstinstanzlich) zuständig sind. Da wir uns unbestrittenermassen im Anwendungsbereich des eidgenössischen StromVG befinden, ist dies auch nicht ersichtlich. Fraglich und im Folgenden zu prüfen ist, ob und gegebenenfalls in welcher Form die ElCom zuständig ist, die noch strittigen Punkte zu beurteilen.
- 112 Der nNNV regelt die Bedingungen der Nutzung des Übertragungsnetzes und betrifft mehrheitlich den Normalbetrieb. Eine Ausnahme bildet z.B. Ziffer 2.2 nNNV, welcher die Fälle beschreibt, in denen die Gesuchstellerin die Netznutzung einschränken oder unterbrechen darf. Diese könnten daher gegebenenfalls auch gestützt auf Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG verfügt werden. Da mehrheitlich der Normalbetrieb betroffen ist, ist primär zu prüfen, ob sich aus Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG eine Zuständigkeit der ElCom zur Behandlung des vorliegend zu beurteilenden Gesuchs bzw. der darin gestellten Anträge ergibt. Die Prüfung ist beschränkt auf die Frage, ob die Zuständigkeiten der ElCom die Verfügung der beantragten Vertragsinhalte umfassen. Bejahendenfalls ist auf diese einzutreten und im materiellen Teil zu beurteilen, ob die ElCom diese verfügen soll oder nicht. Weiter stellt sich die Frage, ob der Erlass einer Verfügung notwendig ist, um das StromVG oder dessen Ausführungsbestimmungen zu vollziehen (Art. 22 Abs. 1 StromVG, Ziff. 2.6.4). Zudem wird namentlich zu prüfen sein, ob die Anforderungen an Form und Bestimmtheit der Rechtsgrundlage in der hier zu beurteilenden Konstellation erfüllt sind (Legalitätsprinzip, Ziff. 2.6.5).

2.6.2 Zuständigkeit nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG

2.6.2.1 Erfordernis eines Netznutzungsvertrags zwischen den Parteien als *Netzbetreiberinnen*

- 113 Gemäss Artikel 8 StromVG haben die Netzbetreiber die folgenden Aufgaben:

Die Netzbetreiber koordinieren ihre Tätigkeiten. Ihnen obliegt insbesondere:

- a. die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes;
- b. die Organisation der Netznutzung und die Regulierung des Netzes unter Berücksichtigung des Austausches mit anderen Netzen;
- c. die Bereitstellung der benötigten Reserveleitungskapazität;

- d. die Erarbeitung der technischen und betrieblichen Mindestanforderungen für den Netzbetrieb. Sie berücksichtigen dabei internationale Normen und Empfehlungen anerkannter Fachorganisationen.
- 114 Die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin sind Netzbetreiberinnen mit verbundenen Netzen. Artikel 8 StromVG gilt sowohl für die Betreiber von Verteilnetzen als auch für die schweizerische Übertragungsnetzbetreiberin (Botschaft StromVG, BBl 2005 1646). Sie werden daher durch das Gesetz verpflichtet, die Aufgaben in Artikel 8 StromVG zu erfüllen. Dazu müssen die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin miteinander (neben einem Netzanschlussvertrag) einen Netznutzungsvertrag abschliessen. Insoweit fliesst ein Kontrahierungszwang aus Artikel 8 Absatz 1 i.V.m. Artikel 3 Absatz 2 StromVG.
- 2.6.2.1 Erfordernis eines Netznutzungsvertrags *aus dem Netznutzungsverhältnis*
- 115 Die Gesuchstellerin hat ausserdem für einen diskriminierungsfreien Betrieb des Übertragungsnetzes zu sorgen (Art. 20 Abs. 1 StromVG) und ist verpflichtet, Dritten den Netzzugang zu gewähren (Art. 13 Abs. 1 StromVG). Insoweit trifft sie eine Kontrahierungspflicht.
- 116 Die Artikel 14 und 15 StromVG gelten ebenfalls für das Übertragungsnetz und Artikel 15 StromVV enthält Regeln für die Anlastung von Kosten des Übertragungsnetzes. Zudem macht Artikel 16 StromVG Vorgaben für die Kosten der Netznutzung durch grenzüberschreitende Lieferungen (siehe auch Art. 14 StromVV und Urteil des Bundesgerichts 2C_824/2015 vom 21. Juli 2016 E. 1.1, wonach von der bundesrechtlichen Regelung auch die Überwälzung der für das Übertragungsnetz anfallenden *Netznutzungskosten* über die Netzebenen tieferer Spannungen auf den Endverbraucher erfasst ist [Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG; Art. 15 und Art. 16 StromVV] mit Hinweisen). Die Obergrenze des Netznutzungsentgelts für das Übertragungsnetz ist somit ebenfalls vom StromVG vorgegeben und die Entgelte unterliegen der Regulierung durch die ElCom). Soweit die Bedingungen der Nutzung des Übertragungsnetzes nicht direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt haben, betreffen sie somit jedenfalls einen öffentlich-rechtlich normierten Gegenstand. Nach der für Verträge im Vordergrund stehenden Funktionstheorie ist daher auch das (Übertragungs-)netznutzungsverhältnis und damit der nNNV als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.
- 117 Wie dargelegt, hat der Gesetzgeber der ElCom ausdrücklich eine Kompetenz zum Entscheid über die Netznutzungsbedingungen eingeräumt. Zugleich haben er bzw. der Bundesrat darauf verzichtet, alle diese Bedingungen zu regeln, sondern dies den Netzbetreibern überlassen (vgl. insbes. Art. 8 Abs. 1 Bst. b u. d StromVG sowie aArt. 5 Abs. 6 StromVV). Aus diesen Entscheiden des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers folgt, dass er davon ausging, dass das gesetzlich festgeschriebene Netznutzungsverhältnis einer Konkretisierung mittels Netznutzungsbedingungen bedarf. Solche Bedingungen sind vertraglicher Natur.
- 118 Aus diesen Ausführungen erhellt zum einen, dass die Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Netznutzungsverhältnis der zuständigen Verwaltungsbehörde, d.h. der ElCom, obliegt (Urteile des Bundesgerichts 4A_275/2021 u. 4A_283/2021 vom 11. Januar 2022 E. 4.2.2 u. E. 5.2.3 f. mit Hinweisen: siehe auch BGE 144 III 111 E. 5.1). Zum andern geht daraus hervor, dass nicht nur die Gesuchstellerin einer gesetzlichen Kontrahierungspflicht für den Abschluss von Netznutzungsverträgen mit Netznutzerinnen wie der Gesuchsgegnerin unterliegt. Auch die an das Übertragungsnetz angeschlossenen Parteien gehen mit der Ausübung des Anspruchs auf Netzzugang im Gegenzug die Verpflichtung ein, einen Vertrag abzuschliessen, der die Bedingungen über den Zugang und die Nutzung des Netzes regelt. Somit besteht (auch) aus Artikel 13 Absatz 1 i.V.m. Artikel 20 Absatz 1 StromVG ein zweiseitiger Kontrahierungszwang zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin.

2.6.2.2 Müssen Netznutzungsbedingungen in StromVG/StromVV enthalten sein?

- 119 Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, die ECom sei nur zuständig, wo das Gesetz tatsächlich Netznutzungsbedingungen vorgebe (z.B. Art. 16 StromVG), geht ihre Argumentation fehl. Es liegt in der Natur des auf Selbstregulierung mit Rahmengesetzgebung aufbauenden Regulierungskonzepts, dass die Netznutzungsbedingungen vertraglichen Charakter haben und Aspekte regeln, welche im übergeordneten Recht nur im Grundsatz oder gar nicht geregelt sind. So haben Netznutzer aufgrund des gesetzlichen Monopols im Netzbetrieb keine Wahl, ob und mit wem sie einen Netznutzungsvertrag abschliessen, sondern sind gemäss Artikel 13 Absatz 1 StromVG verpflichtet, Netznutzungsverträge abzuschliessen, um den Netzzugang diskriminierungsfrei zu gewähren. Zudem werden die Netznutzer unmittelbar durch das Gesetz zur Entrichtung eines Netznutzungsentgelts verpflichtet und dieses enthält einige Vorgaben zu dessen Ausgestaltung (Artikel 14 Absatz 2 StromVG). Das Gesetz regelt aber nur die Grundsätze: Für einen geordneten Ablauf müssen beispielsweise auch die Zahlungsmodalitäten (Zahlungsfristen, Vollzugsfolgen etc.) und weitere Aspekte im konkreten Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer definiert sein, die nicht im engeren Sinn zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit erforderlich sind. Die Stromversorgungsgesetzgebung regelt diese Punkte nicht. Daraus folgt, dass Netznutzungsverträge abzuschliessen sind.
- 120 Nicht nur die Gesuchstellerin, sondern auch die Gesuchsgegnerin und soweit ersichtlich die meisten weiteren VNB verwenden einen vorformulierten Netznutzungsvertrag bzw. Netznutzungsbedingungen gegenüber ihren Netznutzern, mehrheitlich in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Folglich sind die nicht im StromVG genannten, aber in der Praxis nötigen weiteren Netznutzungsbedingungen einerseits vertraglich zu vereinbaren, andererseits dienen sie – namentlich aufgrund von Artikel 3 Absatz 2 und Artikel 8 Absatz 1 StromVG – auch dem Vollzug des StromVG, indem sie Gegenstände regeln, die sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben. Dies zumal es vorliegend um die Netznutzungsbedingungen zwischen zwei Netzbetreibern geht und diese werden einerseits durch Artikel 8 Absatz 1 StromVG zur Zusammenarbeit verpflichtet, andererseits trifft sie direkt gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip eine Pflicht zur Zusammenarbeit. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin ist bei den Streitfällen über die Netznutzungsbedingungen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG) somit keine Notwendigkeit zum Vollzug des StromVG im engeren Sinne erforderlich (Art. 22 Abs. 1 StromVG), damit die Zuständigkeit der ECom gegeben ist.
- 121 Zu den Streitigkeiten aus dem Netznutzungsverhältnis gehören folglich auch Streitfälle über die Bestimmung von Netznutzungsbedingungen, die nicht vom StromVG vorgegeben werden. Diese müssen im Streitfall ebenfalls von der ECom beurteilt und durchgesetzt werden können. Nach den erwähnten Materialien (Rz. 102) gilt dies zumindest, wenn es um den Vertragsabschluss bzw. um die Frage geht, welche Netznutzungsbedingungen Vertragsinhalt sein sollen (zum Bestimmtheitserfordernis als Teil des Legalitätsprinzips siehe unten Ziff. 2.6.5). Soweit die strittigen Bestimmungen des nNNV Bedingungen über die Nutzung des Übertragungsnetzes enthalten, sind sie Teil des von den Netzbetreibern zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben abzuschliessenden Netznutzungsvertrags. Insoweit ist die Zuständigkeit der ECom nach aArtikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG gegeben.
- 122 Der Gesuchsgegnerin gelingt es nicht, in Frage zu stellen, dass es sich um Netznutzungsbedingungen handelt. So leitet sie aus der Annahme ab, dass es sich um eine Massnahme nach aArtikel 5 Absatz 2 StromVV handle, die Kompetenz der ECom sei auf das absolut notwendige für den sichereren Übertragungsnetzbetrieb zu beschränken. Da es vorliegend um die Zuständigkeit nach Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a StromVG geht, ist dies jedoch nicht stichhaltig. Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, die ECom sei nicht zuständig, Bedingungen der Nutzung des Übertragungsnetzes, mit eher organisatorischem oder finanziellem Gehalt oder weitere Nebenbestimmungen zu verfügen, kann ihr nicht gefolgt werden (act. 8 Rz. 6, 21, 23-31).

2.6.2.3 Zwischenfazit

- 123 Die Parteien sind als Netzbetreiber verpflichtet, einen Netznutzungsvertrag abzuschliessen, um ihren gesetzlichen Aufgabe zur Zusammenarbeit und Koordination nachzukommen. Ausserdem schafft das StromVG für das Übertragungsnetznutzungsverhältnis zwischen den Parteien einen Kontrahierungszwang. Gestützt auf ihre Kompetenz zur Beurteilung von Streitfällen betreffend Netznutzungsbedingungen ist die ElCom somit grundsätzlich zuständig, zu beurteilen, ob die noch strittigen Punkte des nNNV zu verfügen sind. Dies kann auch der Fall sein, wenn das StromVG und die StromVV keine entsprechenden Inhalte vorgeben. Im Folgenden ist aber für die Punkte einzeln zu prüfen, ob sie tatsächlich unter diese Zuständigkeit fallen oder keinen Bezug zur Netznutzung haben, so dass es gegen das Legalitätsprinzip verstossen würde, wenn die ElCom sie verfügen würde (wie dies die Gesuchgegnerin geltend macht; act. 8 Rz. 19 ff.). Soweit eine ElCom-Zuständigkeit gegeben ist, ist weiter zu prüfen, ob die ElCom auch zuständig wäre, die von der Gesuchgegnerin eventualiter beantragten Vertragsinhalte (act. 46 Beilage 19) zu verfügen.

2.6.2.4 Ziff. 1.3: Vertragsbestandteile und Rangfolge

- 124 Die Gesuchstellerin beantragt, dass gemäss Ziff. 1.3 nNNV als Anhänge 3-6 vier Branchendokumente NNMÜ, TC, MC (samt Anhang) und SDAT (samt Anhängen) in den nNNV aufzunehmen seien. Die Gesuchgegnerin beantragt eventualiter, die Formulierung aufzunehmen, dass die einschlägigen Branchenempfehlungen, namentlich die NNMÜ sowie die international und national anerkannten Normen zu berücksichtigen seien, die Parteien in begründeten Fällen aber davon abweichen können, wenn sich einzelne Regelungen in Branchenempfehlungen als nicht sachgerecht erweisen.
- 125 Der VSE hat unter Einbezug und Mithilfe von Branchenvertretern ein Marktmodell für die Elektrische Energie Schweiz (MMEE-CH) ausgearbeitet. Als Branchenempfehlung regelt es die zentralen Aspekte der Organisation des Strommarktes Schweiz und ist Teil eines umfassenden Regelwerks für die Elektrizitätsversorgung im offenen Strommarkt. Das MMEE-CH beinhaltet ein Netznutzungsmodell (NNM), technische Bestimmungen zu Anschluss, Betrieb und Nutzung des Übertragungsnetzes (TC), ein Bilanzmanagementkonzept (Balancing Concept), technische Bestimmungen zu Anschluss, Betrieb und Nutzung des Verteilnetzes (Distribution Code) sowie technische Bestimmungen zur Messung und Messdatenbereitstellung (MC; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7561/2015 vom 8. November 2016 E. 4.2; der VSE selber bezeichnet diese Branchenempfehlungen als Schlüsseldokumente).
- 126 Gemäss dem Erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007 übernimmt die StromVV die wichtigsten Grundsätze dieser Dokumente, soweit dies zweckmässig ist und trägt damit Artikel 3 Absatz 2 StromVG Rechnung. Zudem werden die Netzbetreiber an verschiedenen Stellen in der Verordnung verpflichtet, die zum Vollzug erforderlichen Richtlinien festzulegen (Erläuternder Bericht StromVV 2007 S. 4). Gemäss aArtikel 8 Absätze 1 u. 2 StromVV sind die Netzbetreiber für das Messwesen und die Informationsprozesse verantwortlich und legen dazu transparente und diskriminierungsfreie Richtlinien fest. Die neuste Auflage des Branchendokuments Standardisierter Datenaustausch für den Strommarkt Schweiz (SDAT – CH 2022) beschreibt die Datenaustauschprozesse (z.B. Messdatenaustausch, Wechselprozesse), und deren verbindliche Umsetzung. Es besteht aus drei Teilen und vier Anhängen. Die SDAT betrifft also die Messdaten und die Prozesse für deren Austausch. Ohne diese wäre die Inrechnungstellung des Netznutzungsentgelts nicht möglich. Prozesse ohne die das StromVG nicht angewendet werden kann. Diese Daten und Prozesse sind sowohl für den Vollzug des StromVG als auch des nNNV wesentlich und gelten als Richtlinien im Sinne von Artikel 27 Absatz 4 StromVV.

- 127 Nach dem Gesagten regeln die vier streitgegenständlichen Branchenempfehlungen direkt mit dem Netzbetrieb zusammenhängende Gegenstände und dienen der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Netzbetreiber (siehe oben Rz. 113). Insoweit handelt es sich bei der Frage, ob diese als Vertragsinhalt gelten sollen, ohne Weiteres um einen Streitfall über die Bedingungen der Netznutzung bzw. eine Frage der von den Parteien im Rahmen ihrer Koordinationspflicht zu regelnden Organisation der Netznutzung, die für die Aufgaben des sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetriebs von Bedeutung ist. Somit ist die ElCom nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG zuständig, Ziffer 1.3 nNNV zu verfügen.

2.6.2.5 Ziffer 2.2 Bezugsanpassung aus dem Übertragungsnetz

- 128 Die Gesuchstellerin beantragt, die Ziff. 2.2 des nNNV (Einschränkung und Unterbrechung der Netznutzung) zu verfügen. Die Gesuchsgegnerin will deren dritten Absatz streichen, der insbesondere die Massnahmen enthält, die Swissgrid zur Beherrschung kritischer Netzsituationen berechtigt, die Netznutzung durch die Netznutzer einzuschränken. Zudem geht es um Modalitäten bei deren Ausübung (vorgängige Absprache) und die Rechtsfolgen solcher Einschränkungen (insbesondere auf die Zahlungspflicht). Diese Regeln weisen einen direkten Bezug zum Netzbetrieb auf und gelten somit ohne Weiteres als Netznutzungsbedingungen im Sinne von Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG, weshalb die Zuständigkeit der ElCom gegeben ist. Sodann wird ein Anspruch auf Entschädigungen aus der Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung gemäss den Bestimmungen dieses Vertrags gegenüber Swissgrid ausgeschlossen. Dieser Ausschluss wird unter Haftung (Ziff. 5) behandelt.

2.6.2.6 Ziffer 3.3 Konventionalstrafe

- 129 Die Gesuchstellerin beantragt die Verfügung einer Konventionalstrafe für Falschangaben im Datenblatt (im Umfang von 50% des vom Netznutzer nachgeforderten Netznutzungsentgelts; das Datenblatt ist mit dem nNNV abrufbar unter www.swissgrid.ch > Partner > Alle Themen > Branchenverträge und Anhänge; zuletzt besucht am 4. März 2025). Zudem wäre sie nach der beantragen Ziffer 3.3 in jedem Falle berechtigt, nebst der Strafe auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern. Die Gesuchsgegnerin beantragt eventualiter, bei falschen Angaben im Datenblatt sei die Gesuchstellerin zu berechtigen, vom Netznutzer einen angemessenen pauschalisierten Aufwandsersatz zu verlangen und daneben auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern.
- 130 Gemäss den unbestrittenen Angaben der Gesuchstellerin, bilden die von den Netznutzern auf dem Datenblatt zu deklarierenden Daten die Grundlage für die Abrechnung des Netznutzungsentgelts (act. 1 Rz. 69). Damit besteht auch hier ein offensichtlicher Bezug zur Netznutzung. Die Gewährleistung eines effizienten Netzbetriebes gebietet es der Gesuchstellerin, dass sie Kosten, die ihr durch das Fehlverhalten einzelner Netznutzer entstehen, diesen Netznutzern individuell in Rechnung stellt (vgl. auch Art. 14). Solche Kosten sind nicht als Kosten des Übertragungsnetzes anrechenbar. Gemäss dem erläuternden Bericht zur StromVV können die Vereinbarungen nach aArtikel 5 Absatz 2 StromVV ferner auch Konventionalstrafen enthalten (Erläuternder Bericht StromVV 2007 S. 8 u. 9). Der Bundesrat ging somit davon aus, dass dieses Instrument im Stromversorgungsrecht eingesetzt werden kann.
- 131 Es liegt ein genügender Bezug zur Nutzung des Übertragungsnetzes vor. Die Zuständigkeit der ElCom ist nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG gegeben.

2.6.2.7 Ziffer 5 Haftung

- 132 Die Gesuchstellerin beantragt, die Haftung gemäss Ziffer 5 nNNV auszuschliessen bzw. einzuschränken. Die Gesuchsgegnerin stellt den Eventualantrag, eine anderslautende Klausel zur Beschränkung der Haftung aufzunehmen. Das Stromversorgungsrecht enthält keine Regeln zur Haftung. Die ECom ist daher grundsätzlich weder für vertragliche noch ausservertragliche Haftpflichtansprüche zuständig. Wie erwähnt gilt Artikel 8 StromVG aber für beide Parteien und die Aufgabe des sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetriebs (Abs.1 Bst. a) ist auch als allgemeine Zielsetzung der Aufgabenerfüllung zu verstehen (KAISER ANDREA, Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 8 StromVG, Rz 3; WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, a. a. O., § 3 Rz. 40).). Der Netzbetrieb hat daher auch kosteneffizient zu sein.
- 133 Soweit ein Netzbetreiber für Schaden haftet, entstehen ihm Kosten. Er darf diese nur in die anrechenbaren Betriebskosten einrechnen, sofern sie für ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz notwendig sind (Art. 15 Abs. 1 StromVG). Aus der Pflicht zum effizienten Netzbetrieb fliesst daher, dass der Netzbetreiber seine Haftung im Zusammenhang mit dem Betrieb des Netzes gegenüber Dritten soweit zulässig einschränken kann. Dies gilt sowohl gegenüber anderen Netzbetreibern als auch gegenüber weiteren Dritten. Daher nehmen die Netzbetreiber üblicherweise Haftungsausschlussklauseln in ihre AGB auf. Dementsprechend schliesst auch die Gesuchsgegnerin in Artikel 13 ihrer AGB Netzanschluss/Netznutzung die Haftung aus, soweit dies gesetzlich zulässig ist (siehe www.bkw.ch > AGB & Rechtliches > Netzanschluss/Netznutzung; zuletzt abgerufen am 4. März 2025). Überdies können die Vereinbarungen nach aArtikel 5 Absatz 2 StromVV gemäss dem erläuternden Bericht zur StromVV 2007 auch die Haftung regeln (S. 8). Der Bundesrat geht somit davon aus, dass die Haftung Gegenstand der Vereinbarungen zwischen der Gesuchstellerin und den Netznutzern sein kann. Selbst wenn das Stromversorgungsrecht die Haftung nicht regelt und die ECom nicht dafür zuständig ist, ist die ECom folglich zuständig, Ziffer 5 und den letzten Satz von Ziffer 2.2 nNNV zu verfügen.

2.6.2.8 Ziffer 6 Vertragsdauer und Kündigung

- 134 Die Gesuchstellerin beantragt die Verfügung von Ziffer 6 nNNV, wonach die Netznutzer den Vertrag mit einer Frist von drei Monaten bzw. im Falle eines Konkurses oder eines sonstigen Insolvenzverfahrens sofort kündigen können. Die Gesuchsgegnerin beantragt eventualiter, dass die betreffenden Kündigungsrechte beiden Parteien zustehen. Wie erläutert, sind die Parteien verpflichtet, einen Netznutzungsvertrag abzuschliessen (siehe Rz. 114, 118). Wie im Kapitel zum Subsidiaritätsprinzip aufgezeigt, sind Verträge das Mittel, mit dem die Netzbetreiber ihre Zusammenarbeit wahrnehmen. Daher ist die ECom zuständig zu beurteilen, ob und unter welchen Bedingungen der nNNV gekündigt werden darf.

2.6.2.9 Ziffer 8 Absätze 6 u. 7 Vertraulichkeit und Datenschutz

- 135 Das StromVG regelt, unter welchen Voraussetzungen die Netzbetreiber die für eine ordnungsgemässe Elektrizitätsversorgung nötigen Daten erhalten, verwenden und weitergeben dürfen, und zwar auch für Daten im Zusammenhang mit dem EnG und der EnV (siehe Art. 17f Abs. 1 und Art. 17g StromVG sowie Art. 8 Abs. 3 StromVV). Das StromVG enthält auch Regeln zum Datenschutz (siehe Art. 17j StromVG sowie Art. 8d StromVV). Gemäss Ziffer 8 Absatz 1 nNNV verpflichten die Parteien sich gegenseitig zur Geheimhaltung aller Informationen und Unterlagen, die sie im Zusammenhang mit diesem Vertrag erlangen und die weder der Öffentlichkeit zugänglich noch allgemein bekannt sind. Es geht also nur um Daten im Zusammenhang mit dem nNNV, der die Nutzung des Übertragungsnetzes zum Zwecke des Transports von elektrischer Energie zum Gegenstand hat. Damit haben Ziffer 8 Absätze 6 u. 7 nNNV sowohl einen offensichtlichen Bezug zur Netznutzung als auch zur ordnungsgemässen Elektrizitätsversorgung. Die Zuständigkeit der ECom ist zu bejahen.

2.6.2.10 Ziffer 12 Anpassungen des Vertrages

- 136 Als für den nNNV zuständige öffentlich-rechtliche Behörde ist die ECom zuständig, zu verfügen, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag angepasst werden kann. Die ECom ist zuständig, Ziffer 12 nNNV zu verfügen.

2.6.2.11 Fazit

- 137 Die strittigen Punkte des nNNV gelten als Netznutzungsbedingungen im Sinne von Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG. Insoweit sind sie zum Vollzug des Stromversorgungsrechts notwendig. Die ECom ist nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG zuständig, die strittigen Punkte zu verfügen. Insoweit ist der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Nichteintreten abzuweisen und nicht auf das Gesuch einzutreten. Somit hat die ECom materiell zu beurteilen, ob die weiteren strittigen Punkte als Vertragsinhalt verfügt werden sollen. Dabei wendet sie das Recht von Amtes wegen an. Da die von der Gesuchsgegnerin im Eventualantrag beantragten Inhalte sich auf dieselben Punkte beziehen, weisen sie ebenfalls einen genügenden Zusammenhang zum Netzbetrieb auf, so dass die ECom auch bei diesen zuständig ist, sie zu verfügen. Insoweit ist ebenfalls auf das Gesuch einzutreten. Die ECom kann auch darauf verzichten, einzelne Punkte zu verfügen und den Antrag der Gesuchstellerin insoweit abweisen (zum Legalitätsprinzip siehe unten, Ziff. 2.6.5).

2.6.3 Zuständigkeit nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG

- 138 Gewisse Teile des nNNV betreffen nicht den Normalbetrieb, sondern Massnahmen, die bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs zur Anwendung kommen und zwischen der Gesuchstellerin sowie Netznutzern, unter anderem mit den an das Übertragungsnetz angeschlossenen VNB wie der Gesuchsgegnerin zu vereinbaren sind (Art. 20a StromVG). Von den hier strittigen Ziffern gilt dies namentlich für Ziffer 2.2 Absatz 3 nNNV, wonach die Gesuchstellerin zur Beherrschung kritischer Netzsituationen berechtigt ist, den Netznutzer anzuweisen, den Bezug aus dem Übertragungsnetz anzupassen, Anlagen vom Netz zu trennen, oder den Netznutzer zur Inbetriebnahme oder zur Trennung von Anlagen anzuweisen (Bst. A-C). Für diese Ziffern des nNNV könnte die ECom daher grundsätzlich auch gestützt auf Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG den Abschluss einer Vereinbarung zwischen den jeweiligen Parteien, einschliesslich der Vorgaben zum notwendigen Mindestinhalt verfügen. Wie erläutert ist die ECom jedoch bereits gestützt auf die Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG zuständig, sämtliche strittigen Inhalte des nNNV zu verfügen. Zudem ist ihre Zuständigkeit für die Verfügung nach Artikel 22 Absatz 1 StromVG gegeben (siehe sogleich Rz. 139). Daher kann offen bleiben, wie weit die Zuständigkeit der ECom zur Verfügung der strittigen Ziffern des nNNV nach Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG reicht (nur Vertragsabschluss oder auch Haftung, etc.) und wie das Verhältnis dieser Zuständigkeit zu weiteren bestehenden Vereinbarungen bezüglich der Massnahmen nach Artikel 20a StromVG wie namentlich der Vereinbarung MLA ist.

2.6.4 Zuständigkeit der ECom nach Artikel 22 Absatz 1 StromVG

- 139 Die ECom kann gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 StromVG Verträge überprüfen und Entscheide mit unmittelbarer Auswirkung auf Vereinbarungen fällen. Wie bereits erläutert, sind die Parteien aufgrund ihrer Aufgaben nach Artikel 8 Absatz 1 StromVG zur Zusammenarbeit verpflichtet. Aufgrund des gesetzlichen Anspruchs auf Netzzugang unterliegen sie auch im Verhältnis Übertragungsnetzbetreiberin und Netznutzerin einer gesetzlichen Kontrahierungspflicht für den Abschluss eines Netznutzungsvertrags (Urteil des Bundesgerichts 2C_12/2016 u. 2C_13/2016, beide vom 16. August 2016 E. 3.3.3). Die Gesuchsgegnerin bringt denn auch selber vor, grundsätzlich zweifle sie den Sinn einer Netznutzungs- resp. Zusammenarbeitsvereinbarung keineswegs an (act. 8 Rz. 75). Trotz mehreren Versuchen ist es den Parteien über eine längere Zeitdauer nicht gelungen, sich auf einen Netznutzungsvertrag zu einigen. Sie haben die ihnen aus dem Subsidiaritätsprinzip erwachsende Pflicht, sich innert nützlicher Frist zu einigen, nicht erfüllt. Wie erläutert haben die noch offenen Punkte einen genügenden Bezug zum Netzbetrieb, um als Netznutzungsbedingungen zu gelten. Insoweit ist der Erlass einer Verfügung betreffend die noch strittigen Vertragsinhalte im Sinne von Artikel 22 Absatz 1 StromVG notwendig, um das Gesetz zu vollziehen.
- 140 Daher ist die ECom auch gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 i.V.m. Artikel 3 Absatz 2, Artikel 8 Absatz 1 und Artikel 20 Absatz 1 StromVG zuständig, die noch strittigen Punkte zu beurteilen.

2.6.5 Kein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip

2.6.5.1 Legalitätsprinzip

- 141 Gemäss dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) muss sich jeder staatliche Akt auf eine materiell-rechtliche Grundlage stützen, die hinreichend bestimmt und vom zuständigen Organ erlassen worden ist (BGE 141 II 169 E. 3.1). Das Erfordernis des Rechtssatzes (Satz 1) verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Nach dem Erfordernis der Gesetzesform (Satz 2) bedürfen schwere Einschränkung einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn, während für leichte Eingriffe eine Grundlage in einer kompetenzgemäss erlassenen Verordnungsvorschrift genügt (BGE 147 I 450 E. 3.2.1; 145 I 156 E. 4.1).
- 142 Die Gesuchsgegnerin macht im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip geltend, eine Vertragsverfügungskompetenz sei eine wichtige Bestimmung, die einer klaren Grundlage im Gesetz bedürfe, was sie im geltenden Recht gerade nicht habe (Art. 164 Abs. 1 BV; act. 1 Rz. 14-17). Wie erläutert, stützt sich die Zuständigkeit der ECom vorliegend auf Artikel 22 Absatz 1 und Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG, weshalb das Erfordernis der Gesetzesform erfüllt ist. Diese beiden Normen erwähnen Verträge nicht explizit. Daher ist zu prüfen, ob es das Erfordernis des Rechtssatzes verletzen würde, wenn die ECom gestützt darauf den nNNV verfügt.

2.6.5.2 Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes

- 143 Die anzuwendenden Rechtssätze müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können. Das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen darf nicht absolut verstanden werden. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 144 I 126 E. 6.1; 143 I 310 E. 3.3.1; 139 I 280 E. 5.1; BGE 138 I 378 E. 7.2 S. 391; Urteile des Bundesgerichts 1D_4/2016 vom 4. Mai 2017 E. 2.2.1; 8C_675/2016 vom 1. März 2017 E. 5.2.2; je mit Hinweisen).

- 144 Unbestimmte Regelungen können insbesondere dann genügen, wenn ein Rechtsverhältnis zur Diskussion steht, welches die Betroffenen freiwillig eingegangen sind oder bei dem die Rechte und Pflichten zwischen Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können (BGE 129 I 161 E. 2.2 S. 163; Urteil des Bundesgerichts 8C_675/2016 vom 1. März 2017 E. 5.2.2). Die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot sind weniger streng zu handhaben, wenn eine stark technische Materie oder unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse einer sachgerechten Flexibilität Differenzierungen im Anwendungsfall angebracht erscheinen; so oder anders dürfen die wesentlichen Wertungen aber nicht von der rechtsanwendenden Behörde selber ausgehen (vgl. BGE 143 II 162 E. 3.2 mit Hinweis auf WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, N. 1344 mit Hinweisen).
- 145 Der Bestimmtheitsgrad eines Erlasses wird auch nachhaltig beeinflusst durch die angewandte Normierungstechnik, welche zeit-, problem- und gesellschaftsabhängig ist. Die Erkenntnis hat sich durchgesetzt, dass die staatliche Gesetzgebung bei besonders komplexen und schnelllebigen Materien zum Teil überfordert ist. Das führt dazu, dass der Staat namentlich im Wirtschaftsrecht zunehmend dazu übergeht, die Betroffenen zur Selbstregulierung anzuhalten. Der Gesetzgeber legt lediglich Ziele fest, kontrolliert die private Rechtssetzung und hält allenfalls im Sinne des Subsidiaritätsprinzips eine Auffangregelung bereit. Solche Entwicklungen zu unbestimmten Normierungen und zu gesteuerter Selbstregulierung entsprechen einem legitimen Bedürfnis; es ist jedoch stets darauf zu achten, dass die Grundanliegen des Bestimmtheitsgebots (nämlich die Gewährleistung von Rechtssicherheit und -gleichheit) weiterhin ausreichend berücksichtigt werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-212/2011 vom 25. April 2012 E. 9.1.2 mit Hinweis auf HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 345 ff.).
- 146 Hinsichtlich des Bestimmtheiterfordernisses an die gesetzliche Grundlage lässt sich zunächst festhalten, dass auch dem StromVG aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität und Kooperation der Gedanke der gesteuerten Selbstregulierung zu Grunde liegt. Im Weiteren lässt sich bereits dem Wortlaut von Artikel 4 Absatz 2 StromVG entnehmen, der dem Bundesrat die Kompetenz einräumt, die Begriffe nach Absatz 1 sowie weitere im StromVG verwendete Begriffe näher auszuführen und den veränderten technischen Voraussetzungen anzupassen, dass es sich beim Stromversorgungsrecht um eine komplexe, schnelllebige und technische Materie handelt. Gestützt auf diese Ausführungen hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Entscheid betreffend das StromVG erwogen, deswegen können vorliegend keine allzu strengen Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage gestellt werden. Anschliessend hat es gefolgert, dass Artikel 18 Absätze 1 und 2 und Artikel 33 Absatz 4 i.V.m. Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h und Artikel 4 Absatz 2 StromVG den Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für den Eingriff in die Eigentumsgarantie genügt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-212/2011 vom 25. April 2012 E. 9.1.2 mit Hinweisen).
- 147 Im zu beurteilenden Fall geht es mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes um eine sehr technische Materie. Aus den Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben a, b und d und Artikel 20 Absatz 1 StromVG geht zudem hervor, dass ein Netznutzungsvertrag abzuschliessen ist. Aus diesen Normen i.V.m. Artikel 3 Absatz 2, Artikel 22 Absatz 1 oder Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG ergibt sich, dass die EICom diesen Vertrag verfügen kann, wenn die Parteien sich nicht innert nützlicher Frist darauf einigen können. Artikel 20 Absatz 1 StromVG und Artikel 14 StromVG definieren die Hauptpflichten des Vertrags (Überlassung Netznutzung gegen Zahlung eines Entgelts). Daher gehen die wesentlichen Wertungen über das Zustandekommen und den Inhalt des nNNV nicht von der rechtsanwendenden Behörde aus und die Rechtssicherheit wird durch dessen Verfügung durch die EICom nicht gefährdet. Im Gegenteil wird dadurch die Rechtsunsicherheit beseitigt, die durch die Kündigung des aNNV und die Nichtunterzeichnung des nNNV entstand. Die Rechtsgleichheit ist auch nicht in Frage gestellt, so zielt das Gesuch ja genau darauf ab, dass für die Gesuchsgegnerin die gleichen Bedingungen gelten wie für die anderen Verteilnetzbetreiber und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz.

- 148 In Anwendung des Subsidiaritätsprinzips und der Koordinationspflicht zwischen Netzbetreibern ist die Zusammenarbeit zwischen ihr und den weiteren Netzbetreiberinnen wie der Gesuchsgegnerin in erster Linie durch freiwillige, konsensuale Vereinbarungen zu regeln. Falls ihnen dies nicht innert vernünftiger Frist gelingt, ergibt sich wie erwähnt aus den Artikeln 8 Absatz 1 Buchstaben a, b und d StromVG i.V.m. Artikel 20 Absatz 1 u. 2 Buchstabe a StromVG i.V.m. Artikel 3 Absatz 2 und Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a sowie Artikel 22 Absatz 1 StromVG, dass die ECom zuständig ist, die noch strittigen Punkte des nNNV zu verfügen, obwohl das Gesetz dies nicht explizit vorsieht. Insofern besteht ein im Gesetz veranlagter Kontrahierungszwang. Soweit die Gesuchsgegnerin argumentiert, das StromVG sehe eine ausschliessliche Zuständigkeit der Netzbetreiber zur konsensualen Regelung der Zusammenarbeit für ein sicheres, leistungsfähiges und effizientes Netz vor, die eine gleichzeitige Zuständigkeit der ECom ausschliesse, verkennt sie dies. Da es in der Natur des Gesetzeskonzepts liegt, wonach die Regelung der Inhalte soweit möglich der Branche überlassen wird und mittels Verträgen erfolgen soll, sind auch in der vorliegenden Streitigkeit keine strengen Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage zu stellen.
- 149 Nichts an dieser Schlussfolgerung zu ändern vermag im Übrigen der Umstand, dass der ebenfalls im Gesetz veranlagte Kontrahierungszwang nach aArtikel 20 Absatz 2 Buchstabe c zunächst in Artikel 5 Absätze 2 u. 3 StromVV konkretisiert worden war und nun auf Gesetzesstufe verankert worden ist (Art. 20a Abs. 2 Bst. c StromVG; erläuternder Bericht StromVV 2007 S. 8). Aufgrund seiner zentralen praktischen Bedeutung hat der Bundesrat für diese Massnahmen explizite Regeln ausgearbeitet und es war dem Gesetzgeber ein Anliegen, diese nun noch detaillierter auf Stufe Gesetz zu verankern (Botschaft Mantelerlass, BBl, 2021 1666 S. 111). Vor dem Hintergrund, dass das gesamte Regelungskonzept des StromVG darauf beruht, dass der Bundesrat rechtsetzend bzw. die ECom rechtsanwendend eingreifen, wenn die Akteure ihre Aufgaben nicht innert nützlicher Frist selber erfüllen, kann aus diesem Umstand nicht abgeleitet werden, dass das StromVG im Übrigen keinen Zwang zum Abschluss von Verträgen beinhaltet. Vielmehr hat die ECom aufgrund des Subsidiaritätsprinzips und ihrer umfassenden Entscheidzuständigkeit auch eine Vertragsverfügungskompetenz, wo dies zur Erfüllung des StromVG nötig ist. Eine explizite Grundlage ist nicht erforderlich. Wie ausführlich begründet, ergibt sich im zu beurteilenden Fall mit genügender Bestimmtheit aus dem Gesetz, dass die Parteien einen Vertrag über die Nutzung des Übertragungsnetzes abschliessen müssen und sie haben das nicht innert nützlicher Frist getan. Daher wird das Legalitätsprinzip nicht verletzt, wenn die ECom die noch strittigen Punkte des nNNV durch die Gesuchsgegnerin verfügt. Weil die Zuständigkeit der ECom sich direkt aus Gesetzesnormen ableitet, ist nicht im Einzelnen auf die gesuchsgegnerischen Vorbringen zu aArtikel 5 Absatz 2 StromVV einzugehen.
- 150 Nichts zu ihren Gunsten ableiten kann die Gesuchsgegnerin sodann, soweit sie in diesem Zusammenhang auf BVGE 2013/14 verweist. In jenem Entscheid schloss das BVGer zwar unter anderem aus dem Umstand, dass die Tariffestsetzung nicht in der Aufzählung der explizit der ECom zugewiesenen Aufgaben in Artikel 22 StromVG enthalten sei, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Netzbetreiber für die Festlegung und die ECom für die Prüfung der festgelegten Tarife zuständig sei (E. 4.2.2). Vorliegend haben die Parteien sich trotz mehreren Versuchen nicht auf einen Netznutzungsvertrag einigen können, der – wie dargelegt – zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist. Werden die Grundsätze aus dem BVGE 2013/14 auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt angewendet, ergibt sich somit ohne Weiteres, dass die ECom zuständig ist, diese Bedingungen festzulegen und die Verträge samt deren Inhalt zu verfügen.

2.6.6 Keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit

- 151 Die Gesuchsgegnerin bringt vor, es würde in ihre Vertragsfreiheit als Teil der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) eingegriffen, wenn sie durch eine Verfügung zum Abschluss des nNNV verpflichtet werde. Soweit durch die Verfügung des nNNV in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit eingegriffen würde, wäre ein solcher Eingriff gerechtfertigt. Mit den Artikeln 8 Absatz 1 Buchstaben a, b und d StromVG i.V.m. Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a oder Artikel 22 Absatz 1 StromVG u. Artikel 3 Absatz 2 StromVG; bzw. Artikel 20 Absatz 1 u. 2 Buchstabe a StromVG i.V.m. Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a oder Artikel 22 Absatz 1 u. Artikel 3 Absatz 2 StromVG liegen formell-gesetzliche Grundlagen vor, um den nNNV zu verfügen (siehe Art. 36 Abs. 1 BV; oben Rz. 137-139). Die Gesuchstellerin betreibt das Übertragungsnetz als wesentliche Grundlage für die sichere Versorgung der Schweiz mit Strom (Art. 20 Abs. 1 StromVG) und der Abschluss von Netznutzungsverträgen erfolgt im Rahmen der Erfüllung dieser gesetzlichen Aufgabe. Damit liegt ein genügendes öffentliches Interesse vor (Art. 36 Abs. 2 BV; siehe WEBER ROLF. H./KRATZ BRIGITTA, a. a. O., § 3 Rz. 37). Die Netzbetreiber können ihre gesetzlichen Aufgaben nur selber wahrnehmen – eine Ersatzvornahme ist nicht möglich – und es gelang den Parteien nicht innert nützlicher Frist, sich auf einen neuen Netznutzungsvertrag zu einigen. Daher ist es auch verhältnismässig, die noch strittigen Inhalte zu verfügen (Art. 36 Abs. 3 BV). Mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit läge im Übrigen ein grundsatzkonformer Eingriff vor (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV), zumal das Stromversorgungsgesetz die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt schafft (vgl. Art. 1 Abs. 1 StromVG; BGE 149 II 187 E. 8). Die Wirtschaftsfreiheit ist folglich nicht verletzt.

2.7 Fazit

- 152 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die ECom für die Verfügung der unstrittigen Ziffern nicht zuständig ist. Insoweit ist nicht auf das Gesuch einzutreten. In Bezug auf die weiteren Ziffern des nNNV, über welche die Parteien noch keine Einigung erzielen konnten, ist die ECom im vorliegenden Fall gestützt auf Artikel 22 Absatz 1 sowie Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a i.V.m. Artikel 3 Absatz 2, Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben a, b und d StromVG zuständig, die strittigen Vertragsziffern zu verfügen. Für die Verfügung eines Teils der strittigen Punkte ist die ECom ferner auch gemäss Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e i.V.m. Artikel 20a Absatz 1 StromVG zuständig. Der Nichteintretensantrag der Gesuchsgegnerin ist abzuweisen, soweit er sich auf die noch strittigen Punkte bezieht. Die ECom ist auch zuständig für die Verfügung der von der Gesuchsgegnerin eventualiter beantragten Vertragsinhalte. Auf das Gleichbehandlungsgebot und die Frage, ob unterschiedliche Verträge mit den Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz zulässig sind, ist im materiellen Teil einzugehen.

3 Parteien und rechtliches Gehör

3.1 Parteien

- 153 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.

- 154 Die Gesuchstellerin hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Verfahren ist streitig, ob der nNNV (bzw. Teile davon) gegenüber der Gesuchsgegnerin zu verfügen ist. Damit ist diese vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Auch sie hat daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

3.2 Rechtliches Gehör

- 155 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Eingaben der Gegenpartei gegeben. Überdies wurde den Parteien Gelegenheit zur Einreichung von Schlussbemerkungen eingeräumt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diese zugrundeliegenden entscheiderelevanten Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

4 Materielle Beurteilung

4.1 Vorbemerkungen

- 156 Die Gesuchstellerin hält dafür, den (gesamten) nNNV zu verfügen (act. 44 Rz. 14). Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, die meisten der hier diskutierten Vertragsinhalte würden Bereiche betreffen, in denen das StromVG eine vertragliche Lösung vorsehe. Die Inhalte seien den Parteien überlassen, das Gesetz mache selbst keine Vorgaben, womit auch Leitlinien für die ElCom fehlen würden, wie die Inhalte denn festzulegen wären. Eine Art «Vermutung» zu Gunsten der Lösung der Gesuchstellerin gebe es nicht, auch nicht dadurch, dass andere VNB den Vertrag unterzeichnet hätten oder unter Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot. Der ElCom müsse eine freie und objektive Prüfung und die Verfügung der objektiv sachgerechten Regelung zustehen. Ansonsten könne die Verfügung kaum ein adäquater Ersatz der eigentlich gewollten Vertragslösung sein. Die Grenze würden, wo vorhanden, rechtliche Vorgaben bilden. Die von der ElCom verfügten Lösungen hätten namentlich verhältnismässig zu sein (Art. 5 Abs. 2 BV; act. 8 Rz. 78). Die Gesuchstellerin entgegnet, es sei klarerweise nicht so, dass sie mit ihrem Gesuch der ElCom in Bezug auf den Verfügungsinhalt keine Wahl lasse. Die ElCom entscheide als unabhängige Aufsichts- und Entscheidbehörde mit freier Kognition und ohne jegliche Interessensbindung zugunsten der Gesuchstellerin (act. 34 Rz. 28; act. 44 Rz. 8).
- 157 Als rechtsprechende Behörde ist die ElCom verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt die richtigen Rechtsnormen anzuwenden (HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 998). Daraus folgt, dass sie einen anderen Vertragsinhalt zu verfügen hat, wenn die richtige Rechtsanwendung dies gebietet. Dementsprechend sieht der neue Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe e StromVG vor, dass die ElCom nötigenfalls nicht nur den Abschluss einer Vereinbarung verfügt, sondern auch die Vorgaben zum notwendigen Mindestinhalt einschliesst.
- 158 Im Folgenden wird zuerst auf das Gleichbehandlungsgebot und anschliessend der Reihenfolge nach auf die noch strittigen Punkte eingegangen.

4.2 Gleichbehandlungsgebot

4.2.1 Vorbringen Gesuchstellerin

- 159 Die Gesuchstellerin hält wiederholt dafür, es würde gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen, wenn sie mit der Gesuchsgegnerin einen anderen Netznutzungsvertrag als mit allen anderen Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz verhandeln würde (act. 1 Rz. 6, 48, 50; act. 16 Rz. 37-45; act. 44 Rz. 10).

4.2.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin

- 160 Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, das StromVG sehe vor, dass die Zusammenarbeit zwischen den Netzbetreibern in der Form von Verträgen erfolge (Art. 8 StromVG) und schreibe im Weiteren bloss vor, dass der Netzzugang und der Betrieb des Übertragungsnetzes diskriminierungsfrei sein müssten (Art. 13 Abs. 1 u. Art. 20 Abs. 1 StromVG; act. 8 Rz. 66-73). Überdies verlange sie keine «Sonderlösung», sondern sei der Auffassung, dass die von ihr vorgeschlagene Lösung auch für andere VNB sachgerecht wäre (act. 8 Rz. 74).

4.2.3 Würdigung

- 161 Im Parallelverfahren hat die Gesuchstellerin das Gesuch zurückgezogen und in Aussicht gestellt, die abgeschlossene Vereinbarung auch den übrigen Betreibern der direkt am Übertragungsnetz angeschlossenen Verteilnetze sowie den SBB anzubieten. Die ElCom hat diesbezüglich keinen Verstoß gegen das StromVG und die StromVV festgestellt und das Verfahren abgeschlossen (Verfügung 231-00078 vom 13. Dezember 2022 Rz. 25, 29). Ein entsprechendes Vorgehen ist auch im vorliegenden Fall zulässig und ist insbesondere mit der gesetzlichen Aufgabe zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs vereinbar. Soweit aufgrund der vorliegenden Verfügung ein anderer Vertrag zustande kommt, bleibt der diskriminierungsfreie Betrieb des Übertragungsnetzes gewährleistet, soweit die Gesuchstellerin diesen Vertrag den weiteren Netznutzern auch anbietet. Überdies haben die übrigen Netznutzern ebenfalls die Möglichkeit gehabt, sich der Unterzeichnung des nNNV zu widersetzen. Sie haben davon aber keinen Gebrauch gemacht und den Vertrag unterschrieben. Soweit dadurch eine gewisse Ungleichbehandlung begründet wird, dass diesen Netznutzern «nur» der mit der Gesuchsgegnerin verhandelte bzw. gegenüber ihr verfügte Vertrag angeboten wurde und nicht ein von ihnen selbst verhandelter, liegt somit ein sachlicher Grund vor.
- 162 Soweit die Gesuchstellerin argumentiert, Artikel 13 Absatz 1 StromVG sei ein spezialgesetzliches Diskriminierungsverbot, das in Anlehnung an das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Artikel 8 Absatz 1 auszulegen sei, vermag sie daraus nichts anderes abzuleiten (act. 16 Rz. 40). Soweit die Gesuchstellerin in ihren Schlussbemerkungen immer noch vorbringt, es gebe keinen Grund, im Verhältnis zur Gesuchsgegnerin bei den im Streit liegenden Punkten des nNNV ein Sonderregime zu begründen (act. 44 Rz. 10), verkennt sie, dass das geschilderte Vorgehen die Gleichbehandlung gewährleistet und eben gerade nicht zu einer Spezialregelung für die Gesuchsgegnerin führt. Überdies hat die Gesuchstellerin bei den LoC ein so gut wie identisches Vorgehen gewählt und hat diesen in Gesprächen mit vier Netzbetreibern ausgearbeitet und anschliessend den Netznutzern, welche den nNNV bereits unterschrieben hatten, ebenfalls angeboten (act. 1 Rz. 29 f.).

- 163 Sodann bringt die Gesuchstellerin soweit ersichtlich in den Schlussbemerkungen erstmals vor, der Abschluss einheitlicher Verträge entspreche im Übrigen auch dem im StromVG statuierten Effizienzgebot, und allenfalls notwendige ergänzende Regelungen würden bereits heute in den Abschnitt 5 («Ergänzende Regelungen») des Anhang 2 («Datenblatt Netznutzung») zum nNNV aufgenommen (act. 44 Rz. 10). Damit vermag sie nicht zu begründen, dass es eine gesetzeswidrige Ungleichbehandlung darstellen würde, wenn sie mit der Gesuchsgegnerin einen separaten Vertrag verhandelte. Einerseits bedeutet einheitlich nämlich nicht identisch (vgl. Botschaft Mantelerlass S. 112, wonach die notwendigen Massnahmen i.S.v. Art. 20a Abs. 1 zwar auf einheitliche Weise zu vereinbaren sind, aber trotzdem Raum für Einzelfallregelungen besteht). Andererseits schliesst die Möglichkeit, «Ergänzende Regelungen» in den Anhang 2 aufzunehmen, die Verhandlung anderslautender Vertragsziffern nicht aus. Im Übrigen ist ihr zwar insofern zuzustimmen, dass aus Effizienzgründen ein koordiniertes und zielstrebiges Vorgehen erforderlich ist. Dabei ist aber stets auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber sich für eine Verhandlungslösung entschieden hat.
- 164 Wenn gegenüber der Gesuchsgegnerin ein anderer Vertrag als der nNNV verfügt wird, ist dieser auch den anderen Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz anzubieten. Dadurch werden die Diskriminierungsfreiheit von Netzzugang und -nutzung gewahrt. Unbenommen der verfügten Vertragsinhalte steht es den Parteien im Übrigen auch nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung frei, im Rahmen des Gesetzes einen anderen Netznutzungsvertrag zu vereinbaren, soweit dieser auch den weiteren Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz angeboten wird.

4.3 Ziffer 1.3: Vertragsbestandteile und Rangfolge

4.3.1 Vorbringen Gesuchstellerin

- 165 Die Gesuchstellerin macht geltend, im Zusammenhang mit der Netznutzung seien insbesondere das NNMÜ, der TC, der MC sowie das SDAT relevant. Diese Branchendokumente, die laufend weiterentwickelt würden, würden die netzwirtschaftlichen und technischen Regelungsinhalte in Bezug auf die Netznutzung nunmehr an vielen Stellen präziser als der aNNV beschreiben (act. 1 Rz. 12). Branchenempfehlungen hätten lediglich Empfehlungscharakter und seien nicht bindend. Um die Gleichbehandlung aller Netznutzer zu gewährleisten und die Rechtssicherheit zu stärken, sei es daher unerlässlich, dass die Branchenempfehlungen im Umfang des Geltungsbereichs des nNNV zu Vertragsbestandteilen würden (act. 1 Rz. 58). Nur durch die vertragliche Verankerung könne sichergestellt werden, dass die mittels Branchenkonsens erstellten Regelungen für die Vertragsparteien bindend seien.
- 166 VNB – darunter auch die Gesuchsgegnerin – würden mit ihren Netznutzern ebenfalls entsprechende Verträge mit Netznutzungsbedingungen abschliessen, die denjenigen des nNNV sehr nahekommen würden (act. 1 Rz. 59). Beispielsweise sehe die Gesuchsgegnerin in ihren technischen Anschlussbedingungen für Mittelspannungsanlagen selbst vor, dass die Branchendokumente des VSE «in der jeweils gültigen Fassung» einzuhalten seien (act. 34 Rz. 31). Sie sei auf eine einheitliche Handhabung von Branchenstandards angewiesen. Die Integration von Branchendokumenten als Vertragsbestandteile sei dazu die naheliegendste und angemessenste Massnahme. Die Branche habe sich bereits auf die in den Branchendokumenten enthaltenen Grundsätze geeinigt, weshalb eine Anwendbarkeit im Rahmen des Netznutzungsvertrages keine neuen Rechte und Pflichten begründe, sondern einen bestehenden Konsens aufnehme (act. 1 Rz. 64).

- 167 Die vertragliche Verankerung von Branchenempfehlungen in ihren Branchenverträgen sei nicht neu. Der einzelne VNB werde beispielsweise bereits in Ziffer 4 der heute gültigen Betriebsvereinbarung-VNB verpflichtet, die ihn betreffenden anerkannten betrieblichen, technischen und organisatorischen Regeln, insbesondere diejenigen des TC, des MC und der Betriebsführungshandbuchs in der jeweils gültigen Fassung einzuhalten (act. 34 Rz. 30).
- 168 NNMÜ und TC würden dabei unter der Verantwortung der Gesuchstellerin als nationaler Netzgesellschaft stehen. Für sie gelte das mit dem VSE abgestimmte Dokument "Koordinationsprozess von Branchendokumenten im Verantwortungsbereich der nationalen Netzgesellschaft" (Koordinationsdokument; act. 1 Beilage 27). Gemäss dem Koordinationsdokument bedürfe es für das Inkrafttreten der in der Verantwortung der Gesuchstellerin stehenden Schlüsseldokumente des VSE die Freigabe durch den Verwaltungsrat der Gesuchstellerin sowie des VSE-Vorstands. Die Zustimmung der Branche via den VSE-Vorstand sei demnach unabdingbar (act. 1 S. 15).
- 169 Die Gesuchstellerin habe im Rahmen ihrer bisherigen Eingaben dargelegt, dass der derzeit mit der Mehrheit der VNB abgeschlossene nNNV sachgerecht sei und habe eingehend Sinn und Zweck der im vorliegenden Verfahren strittigen Regelungen dargelegt (act. 34 S. 6).

4.3.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin

- 170 Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, Branchenempfehlungen würden einen Konsens, aber nicht die einzige zulässige Lösung darstellen. Dass auch andere Lösungen zulässig seien, sei integraler Bestandteil dieses Konsenses (act. 8 Rz. 82). Die Aufnahme in den Vertrag bewirke eine Verbindlichkeit, die ansonsten weder bei Richtlinien noch bei den übrigen Branchendokumenten gegeben sei. Dies sei ein Nachteil für alle VNB, da sie sich damit exakt jenen Spielraum verbauen würden, den die Branchendokumente belassen würden, was ja gerade der Sinn dieses Systems sei. Dies gelte erst recht, wenn wie hier auch noch mittels eines dynamischen Verweises alle zukünftigen Branchenempfehlungen zum Vertragsinhalt gemacht werden sollten. Damit werde der Vertragsinhalt komplett der Disposition der Parteien entzogen (act. 19 Rz. 29).
- 171 Die Gesuchsgegnerin beantragte zunächst, dass die Branchendokumente MC und SDAT nicht vollumfänglich zum Bestandteil des Netznutzungsvertrages zu erklären seien. Vielmehr dürften nur diejenigen Regelungen vertragliche Verbindlichkeit erlangen, die aufgrund der gesetzlichen Delegation als Richtlinie (im Sinne von Art. 27 Abs. 4 StromVV) erstellt worden seien. Bei den Branchendokumenten NNMÜ und TC sei sie angesichts der zentralen Bedeutung der Dokumente bereit, sie integral zum Vertragsbestandteil zu erklären. Da die Gesuchstellerin für diese verantwortlich sei, müssten Änderungen daran vom Netznutzer akzeptiert werden können. Ansonsten würde der gesamte Vertragsinhalt im Belieben der Gesuchstellerin stehen. Daher würde sie nur einer Lösung zustimmen, wonach die im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung gültige Fassung Vertragsbestandteil sei (act. 8 Rz. 81-87).
- 172 Die Gesuchsgegnerin änderte ihre Anträge in den Schlussbemerkungen dahingehend ab, dass einschlägige Branchenempfehlungen namentlich jene zum Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz, sowie die international und national anerkannten Normen zu berücksichtigen seien. Sollten sich einzelne Regelungen in Branchenempfehlungen als nicht sachgerecht erweisen, kann in begründeten Fällen jede Partei davon abweichen (vgl. oben Rz. 89 Ziff. 1.3). Zur Begründung führt sie aus, sie beantrage damit eine Gleichschaltung mit der Regelung zum manuellen Lastabwurf. Die Branchendokumente seien dort nicht Teil der Vereinbarung geworden, sondern sie seien lediglich zu berücksichtigen. Der gewählte Wortlaut sei der Vereinbarung MLA Ziffer 4 Absatz 2 sinngemäss nachempfunden (act. 46 Rz. 27).

4.3.3 Würdigung

173 Die Branchendokumente des VSE sind hierarchisch in vier unterschiedliche Stufen gegliedert – Neben dem Grundsatzdokument «Marktmodell für die elektrische Energie» (MMEE – CH) und den Schlüsseldokumente wie NNMÜ, TC und MC gibt es Umsetzungsdokumente (z.B. die SDAT) sowie Werkzeuge/Software (vgl. MMEE – CH 2024 S. 9; abrufbar unter www.strom.ch > Downloads; zuletzt besucht am 13. März 2025). Wie erwähnt, obliegt es einerseits den Netzbetreibern im Rahmen ihrer Koordinierungspflicht, unter Berücksichtigung internationaler Normen und Empfehlungen anerkannter Fachorganisationen die technischen und betrieblichen Mindestanforderungen für den Netzbetrieb zu erarbeiten (Art. 8 Abs. 1 Bst. d StromVG). Andererseits ist damit die Pflicht verbunden, international anerkannte Normen und Empfehlungen für den Netzbetrieb in der Schweiz zu übernehmen und verbindlich zu regeln (Botschaft StromVG, BBl 2005 1647).

174 Die Gesuchstellerin nennt im LoC vom 18. Dezember 2019 (act. 1 Beilage 17 S. 2) im Sinne einer beispielhaften und nicht abschliessenden Auflistung die folgenden relevanten Inhalte der vier Branchenempfehlungen:

- Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz (NNMÜ)

Beschreibung Entgeltberechnung für Netznutzung und Systemdienstleistungen, Ermittlung notwendiger elektrischer Basisgrössen und Voraussetzungen für Saldierung von Zählungen, Vorgehen und Fristen bei Mutationen (z.B. Anschlusspunkte, Zuordnungen von Pumpen in Pumpspeicherkraftwerken und Eigenbedarf von Kraftwerken auf Anschlusspunkte);

- Transmission Code (TC)

Einrichtung, Änderung und Auflösung von Netzanschlüssen, Bedingungen und Vorgaben zur Nutzung von Netzanschlüssen; hinsichtlich der Bezugsanpassung wird auf die VSE-Branchenempfehlung «Manueller Lastabwurf» verwiesen;

- Metering Code (MC)

Mindestanforderungen und Prozess Messdatenbereitstellung samt Fristen;

- Standardisierter Datenaustausch (SDAT) samt Anhängen

Datenaustauschprozesse, insbesondere primärer Messdatenaustausch (Kapitel 4), und deren verbindliche Umsetzung; eine vollständige Automatisierung der Prozesse wird nicht vorausgesetzt (vgl. Kapitel 1.1 (2) und Kapitel 6, Version Oktober 2018); Vorbehalten bleiben Änderungen und Anpassungen des SDAT.

- 175 Vorliegend ist unstrittig, dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen den vier Branchenempfehlungen und dem nNNV besteht. Die Gesuchsgegnerin stört sich hauptsächlich am dynamischen Verweis und dem Umstand, dass die Fachnormen durch die Vereinbarung vertragliche Geltung erhalten sollen. Die Gesuchstellerin bringt zur Begründung vor, dass es notwendig sei, dass die vier Branchenempfehlungen Vertragsinhalt würden. Nur dann seien sie verbindlich. Weshalb diese Verbindlichkeit nötig ist, begründet sie in ihren Eingaben aber nicht näher. Sie tut nicht im Einzelnen dar, für welche Prozesse und weiteren Zwecke oder Inhalte es erforderlich ist, dass die in den vier Branchenempfehlungen enthaltenen Bestimmungen bindende Wirkung haben müssten, um den nNNV vollziehen zu können. Die Gesuchstellerin nennt in ihren Eingaben weder die für den nNNV relevanten Inhalte der Branchenempfehlungen noch ein Beispiel aus der Praxis, bei dem es einen Unterschied macht, wenn dies der Fall ist und wenn nicht. Auch für die oben wiedergegebenen Punkten aus dem LoC erläutert sie nicht, weshalb es relevant ist, dass diese Vertragsbestandteil werden und abgesehen davon äussert sie sich überhaupt nicht zu den Inhalten der Branchenempfehlungen und deren Relevanz für die Anwendung des nNNV.
- 176 Die Gesuchstellerin begründet insbesondere nicht, inwiefern es die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben, wie namentlich die Gewährleistung des diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betriebs des Übertragungsnetzes (Art. 20 Abs. 1 StromVG) tangieren würde, wenn die Netznutzer in begründeten Fällen von einzelnen Regeln in diesen Branchenempfehlungen abweichen dürfen, weil die Regeln sich als nicht sachgerecht erweisen. Schliesslich ergibt sich weder aus der Auflistung der relevanten Inhalte noch aus ihren weiteren Ausführungen, inwiefern die vier Branchenempfehlungen international anerkannte Normen und Empfehlungen für den Netzbetrieb in der Schweiz übernehmen und verbindlich regeln sollten. Insgesamt tut die Gesuchstellerin somit nicht genügend konkret dar, weshalb es tatsächlich erforderlich ist, dass NNMÜ, TC, MC und SDAT samt Anhängen Vertragsinhalt werden und es nicht genügt, wenn die Parteien sich (über das Gesetz hinaus im Vertrag) verpflichten, die einschlägigen Branchenempfehlungen zu berücksichtigen, aber in begründeten Einzelfällen davon abweichen können, wenn sie sich als nicht sachgerecht erweisen. Dies zumal die Gleichbehandlung wie erläutert genügend sichergestellt würde, wenn die weiteren Netznutzer auch die Gelegenheit hätten, denselben Vertrag abzuschliessen und somit unter den entsprechenden Voraussetzungen ebenfalls von Regelungen in Branchenempfehlungen abweichen könnten (im Rahmen der Gesetzgebung, insbesondere des StromVG).
- 177 Bezüglich des Antrags der Gesuchsgegnerin ist ferner darauf hinzuweisen, dass diese die vier Branchenempfehlungen, welche nach der Gesuchstellerin Vertragsinhalt sein sollen, bei den insbesondere zu berücksichtigenden Branchenempfehlungen zwar nicht namentlich nennt. Die weiteren Netznutzer, die neben den Verfahrensparteien von dieser Regel betroffen sein könnten, sind mit Ausnahme der Schweizerischen Bundesbahnen SBB jedoch alle Verteilnetzbetreiber und die SBB ist ebenfalls VSE-Mitglied (siehe act. 1 Rz. 5 und die Mitgliederliste auf www.strom.ch > Über uns > Mitgliedschaft; zuletzt besucht am 26. März 2025). Deswegen ist davon auszugehen, dass die betroffenen Netznutzer die Branchenempfehlungen kennen und beurteilen können, welche einschlägig sind. Die Formulierung ist daher genügend bestimmt. Als einschlägig zu berücksichtigen sind im Übrigen stets die aktuell geltenden Versionen der betreffenden Branchenempfehlungen. Insoweit handelt es sich um einen dynamischen Verweis. Dies ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit, die vorliegend nur der guten Ordnung halber festgehalten wird, da die Gesuchsgegnerin zuerst einen dynamischen Verweis ablehnte. Lediglich der Vollständigkeit halber sei ferner darauf hingewiesen, dass seit Gesuchseinreichung neue Versionen der streitgegenständlichen Branchenempfehlungen verabschiedet worden sind (NNMÜ-CH 2022; MC-CH 2022 und SDAT-CH 2022; abrufbar unter www.strom.ch > Downloads; zuletzt besucht am 13. März 2025). Da gemäss dem angepassten Antrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen ist, dass sämtliche einschlägigen Branchenempfehlungen zu berücksichtigen sind, ist ferner nicht mehr auf die Frage einzugehen, welche Regelungen in den Branchendokumenten MC und SDAT als Richtlinie (im Sinne von Art. 27 Abs. 4 StromVV) gelten.

- 178 Nach dem Gesagten ist Ziffer 1.3 gemäss dem angepassten Antrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen, soweit er sich auf die vier Branchenempfehlungen NNMÜ, TC, MC und SDAT bezieht. Es ist nicht ersichtlich, dass es im vorliegenden Fall für die Gewährleistung des sicheren, leistungsfähigen und effizienten Übertragungsnetzbetriebs erforderlich wäre, diese vier Branchenempfehlungen samt Anhängen als Vertragsinhalt zu verfügen. Die Branchenempfehlungen NNMÜ, TC, MC und SDAT sind somit nicht als Anhänge 3-6 des nNNV zu verfügen. Daraus folgt zum einen, dass auch Ziffer 4 nNNV entsprechend dem Antrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen ist, zum andern wird deswegen der zweitletzte Satz von Ziffer 12.1 betreffend Anpassung der Anhänge 3-6 obsolet (vgl. oben Rz. 89). Obsolet wird mit der Streichung der vier Branchenempfehlungen auch der dritte Absatz von Ziffer 1.3 betreffend Widerspruch zwischen den Anhängen und dem Vertragstext. Dieser ist ebenfalls zu streichen. Soweit die Gesuchsgegnerin weiter beantragt, aus Ziffer 1.3 zu streichen, dass die Anhänge 1 (Tarife für das Übertragungsnetz) und 2 (Datenblatt Netznutzung) Bestandteile des Vertrages bilden und die Anhänge auf der Website der Swissgrid publiziert werden, begründet sie dies nicht. Insbesondere angesichts der zentralen Bedeutung des Datenblatts für die Abrechnung der Netznutzungsentgelte ist auch nicht ersichtlich, wieso die Streichungen erfolgen sollten. Dies zumal auch in der Ziffern 1.1., 3.1 und 3.2 auf die Anhänge 1 und 2 Bezug genommen wird und die Gesuchsgegnerin diesbezüglich keine Anpassungen beantragt. Bezüglich dieser Punkte ist somit ihr Antrag abzuweisen und als Titel von Ziffer 1.3 ist «Vertragsbestandteile und Branchendokumente» in den Vertrag aufzunehmen.

4.4 Ziffer 2.2 Bezugsanpassung aus dem Übertragungsnetz

4.4.1 Vorbringen Gesuchstellerin

- 179 Die Gesuchstellerin beantragt, Ziffer 2.2 (Abs. 1-6) nNNV (Einschränkung und Unterbrechung der Netznutzung) zu verfügen. Die Gesuchsgegnerin beantragt in ihren Schlussbemerkungen, die Absätze 3-6 zu streichen. Sie begründet dies damit, dass dieser Bereich durch die Vereinbarung MLA abgedeckt sei. Würde er nicht gelöscht, bedürfe es einer Regelung gleichen Inhalts. Davon, die gleichen Regeln parallel festzuhalten, sollte allerdings abgesehen werden, da längerfristig die Gefahr bestehe, dass bei Anpassungen Fehler oder Widersprüche entstehen würden. Die Abschnitte 5 (keine Befreiung von Zahlungs- und anderen Pflichten) und 6 (kein Anspruch auf Entschädigung) bei Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung nach Ziffer 2.2 seien ohnehin redundant, da dies selbstredend auch ohne diese Bestimmung gelte (act. 46 Rz. 28).

4.4.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin

- 180 Die Gesuchstellerin hat sich nicht dazu geäußert, ob Ziffer 2.2 Absätze 3-6 nNNV durch die Vereinbarung MLA abgedeckt sei.

4.4.3 Würdigung

- 181 Gemäss Ziffer 2.2 Absatz 3 nNNV ist die Gesuchstellerin zur Beherrschung kritischer Netzsituationen berechtigt, den Netznutzer anzuweisen, den Bezug aus dem Übertragungsnetz anzupassen (Bst. A), Anlagen vom Netz zu trennen (Bst. B), oder den Netznutzer zur Inbetriebnahme oder zur Trennung von Anlagen anzuweisen (Bst. C). Der Geltungsbereich der Vereinbarung MLA ist gemäss deren Ziffer 2(1) beschränkt auf den manuellen Lastabwurf sowie die diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen (inkl. vorbereitende Massnahmen), die Swissgrid als auslösende Stelle infolge einer drohenden (lokalen) Überlastung oder eines drohenden Spannungskollapses im Übertragungsnetz anordnet. Der Begriff der kritischen Netzsituation ist umfassender. Er erfasst auch Situationen, die nicht von der Vereinbarung MLA abgedeckt sind. Gründe, weshalb in anderen kritischen Netzsituation die Massnahmen gemäss Ziffer 2.2 Absatz 3 Buchstaben A-C der Gesuchstellerin nicht zur Verfügung stehen sollten, sind nicht ersichtlich. Ferner sind auch keine Widersprüche zwischen den beiden Verträgen erkennbar und damit besteht kein Anlass, im nNNV einen anderen Inhalt zu verfügen. Soweit bei zukünftigen Vertragsanpassungen Widersprüche entstehen könnten, reicht diese abstrakte Möglichkeit jedenfalls nicht, um auf die Verfügung von Ziffer 2.2 Absatz 3 nNNV zu verzichten. Der Vollständigkeit halber ist aber festzuhalten, dass die Vereinbarung MLA das Vorgehen bei Gefährdungen des stabilen Netzbetriebes detaillierter und spezifischer regelt. In ihrem Anwendungsbereich geht sie daher als speziellere Regelung vor.
- 182 Es liegt in der Natur von drohenden (lokalen) Überlastungen und drohenden Spannungskollapsen im Übertragungsnetz, dass sie ungeplant auftreten. Inwiefern Ziffer 2.2 Absatz 4 nNNV, wonach vor vorhersehbaren und planbaren Unterbrechungen eine Absprache erfolgen soll, durch die Vereinbarung MLA abgedeckt sein soll, ist daher nicht ersichtlich. Die Koordination bei Unterbrechungen im Normalbetrieb ist richtigerweise im nNNV zu regeln.
- 183 Sodann begründet die Gesuchsgegnerin nicht, weshalb es redundant sein sollte, die Weitergeltung anderer Pflichten wie namentlich der Zahlungspflicht im Vertrag festzuhalten. Überdies enthalten ihre AGB für nachgelagerte VNB eine Klausel, wonach die Unterbrechung des Netzanschlusses durch die Gesuchsgegnerin den Kunden nicht von der Zahlungspflicht für ausgestellte Rechnungen oder von der Erfüllung anderer Verbindlichkeiten gegenüber der Gesuchsgegnerin befreit. Aus der rechtmässigen Einschränkung oder Einstellung des Netzbetriebs durch die Gesuchsgegnerin entsteht dem Kunden zudem kein Anspruch auf Entschädigung irgendwelcher Art («Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Anschluss von Verteilnetzen an das BKW-Netz und Nutzung des BKW-Netzes» Ziff. 3.5.4; abrufbar unter www.bkw.ch > AGB & Rechtliches > Strom > Bedingungen für VNB; zuletzt abgerufen am 13. März 2025). Vor diesem Hintergrund überzeugt die Argumentation der Gesuchsgegnerin nicht, sondern es erscheint – namentlich im Lichte der Aufgabe der Gewährleistung eines effizienten Netzbetriebs – vielmehr sachgerecht, Ziffer 2.2 Absatz 5 nNNV zu verfügen. Absatz 6 ist unter Haftung weiter zu prüfen.
- 184 Aus den erwähnten Gründen sind die Absätze 3-5 von Ziffer 2.2 nNNV zu verfügen. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf deren Streichung ist abzuweisen. Absatz 6 ist unter Haftung zu prüfen.

4.5 Ziffer 3.3 Konventionalstrafe oder Aufwandsersatz bei falscher Datenlieferung

4.5.1 Vorbringen Gesuchstellerin

- 185 Die Gesuchstellerin beantragt in Ziffer 3.3 die Verfügung einer Konventionalstrafe für Falschangaben im Datenblatt im Anhang des nNNV (im Umfang von 50% des vom Netznutzer nachgeforderten Netznutzungsentgelts). Zudem wäre sie nach der beantragen Ziffer 3.3 in jedem Falle berechtigt, nebst der Strafe auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern. Zur Begründung führt sie aus, bereits unter dem aNNV habe die Lieferung der notwendigen Netznutzungsdaten, welche die Grundlage für die Abrechnung des Netznutzungsentgelts bilden, auf dem Prinzip der Selbstdeklaration durch die Netznutzer beruht. Davon könne auch unter dem nNNV nicht abgewichen werden. Die Gesuchstellerin kenne die Daten betreffend die unterliegende Netzsituation nicht und könne diese folglich nicht überprüfen. Im Laufe der Jahre seien ihr zunehmend Verstösse gegen das NNMÜ sowie gegen die vertraglichen Bestimmungen bekannt geworden. So hätten gewisse Netznutzer im Datenblatt zum aNNV angegeben, ein zusammenhängendes Verteilnetz zu betreiben. Dadurch hätten sie von der Saldierung der an den Anschlussstellen gemessenen Lastgänge profitieren können (vgl. NNMÜ, Abschnitt 5.1.2.1. Leistungskomponente, Abschnitt c). Habe sich nachträglich herausgestellt, dass der jeweilige Netznutzer stattdessen über mehrere Verteilnetze verfügte, die nicht miteinander verbunden betrieben worden seien, habe die Gesuchstellerin eine aufwändige Rückabwicklung der bereits abgerechneten Netznutzungsentgelte vornehmen müssen. So hätte sie neue Rechnungen, welche die tatsächlich vorherrschende Netzsituation widerspiegeln, stellen müssen (act. 1 Rz. 69 f.).
- 186 Falsche Angaben, aus welchen ein finanzieller Vorteil für einen einzelnen Netznutzer resultiere, führten zu entsprechend höheren Netznutzungstarifen bei allen Netznutzern. Jeder Netznutzer habe ein grosses Interesse daran, dass die jeweils anderen Netznutzer ihren Pflichten nachkommen und keine falschen Daten zu Händen der Gesuchstellerin liefern (act. 1 Rz. 74). Bezahle ein Netznutzer aufgrund falscher Angaben zu wenig Netznutzungsentgelt, müssten als Folge alle anderen Netznutzer automatisch anteilmässig mehr bezahlen, da die Summe aller Kosten für die Netznutzung bei der Gesuchstellerin im Wesentlichen unverändert bleibe. Rückabwicklungen seien für sie jeweils äusserst komplex und mit erheblichem Zeit- und Ressourcenaufwand verbunden. Der nicht korrekt deklarierende Netznutzer habe dagegen bis anhin im schlimmsten Fall lediglich eine Nachzahlung im Umfang der Differenz zur korrekten Deklaration leisten müssen. Habe die falsche Deklaration über fünf Jahre zurückgelegen, habe er sich sogar auf die Verjährung der Forderung berufen können. Somit habe unter dem aNNV keinerlei Anreiz für die Netznutzer bestanden, ihre Deklaration vertieft zu prüfen und bei Zweifeln oder Unsicherheiten vorgängig zu den Deklarationen das Gespräch mit der Gesuchstellerin zu suchen (act. 1 Rz. 71).

- 187 Die Konventionalstrafe bezwecke eine finanzielle Anreizwirkung, um falsche Datendeklarationen zu vermeiden. Sie stelle sicher, dass sich ein vertragswidriges Verhalten eines Netznutzers nicht nachteilig auf die anderen Netznutzer auswirke und sei daher im Interesse aller Vertragspartner. Da eine falsche Datendeklaration die anderen Netznutzer unrechtmässig benachteilige und für die Gesuchstellerin mit hohem Rückabwicklungsaufwand verbunden sei, sei es verhältnismässig, die Konventionalstrafe in der vorgesehenen Höhe (50% des falsch deklarierten Betrages) anzusetzen. Eine Aufwandspauschale lasse sich hingegen kaum beziffern, da der Rückabwicklungsaufwand von Fall zu Fall unterschiedlich hoch ausfalle. Dass die Aufwandspauschale erst nach einer unbestimmten Anzahl Falschdeklarationen zur Anwendung kommen solle, mache die Regelung zahnlos und schaffe keine Anreize für die korrekte Datendeklaration unter dem nNNV (act. 1 Rz. 74 u. 75; act. 16 Rz. 52-54). Entgegen den Vorbringen der Gesuchsgegnerin handle es sich bei der Konventionalstrafe nicht um eine Strafbestimmung im Sinne von Artikel 29 StromVG bzw. eine Ergänzung des im Stromversorgungsrecht vorgesehenen Strafenkatalogs. Sie beantrage nicht die hoheitliche Festlegung einer Busse, sondern die Abgabe einer Willenserklärung bzw. eventualiter die Vornahme einer Handlung durch die Gesuchsgegnerin (act. 44 Rz. 17). Die Einnahmen aus den Konventionalstrafen würden ferner nicht der Gesuchstellerin zugutekommen, sondern über die Verrechnung mit den tarifbestimmenden Kosten vollumfänglich an alle Netznutzer weitergegeben (act. 1 Rz. 74).
- 188 Im Übrigen erwähne auch der Erläuternde Bericht zum Vernehmlassungsentwurf der Stromversorgungsverordnung vom 27. Juni 2007, dass Swissgrid im Rahmen ihrer Vereinbarungen auch Konventionalstrafen vorsehen und die ElCom eine Vereinbarung mit einer Konventionalstrafe auch verfügen dürfe. Danach können auch im Fall eines durch Verfügung angeordneten Vertragsabschlusses – wie bei den andern Vereinbarungen – Konventionalstrafen vereinbart werden. Damit würden Partner aus freiwillig geschlossenen Vereinbarungen und solche, die durch angeordnete Vertragsschlüsse verpflichtet werden, einander gleichgestellt (Erläuternder Bericht StromVV 2007 S. 8; act. 1 Rz. 76).
- 189 Die Konventionalstrafe in Ziffer 3.3 nNNV diene zusammengefasst der Effizienz des Übertragungsnetzbetriebes, indem durch Anreizschaffung für eine korrekte Datendeklaration Kosten für eine nachträgliche Korrektur verhindert werden könnten. Ausserdem trage die Konventionalstrafe dem Verursacherprinzip Rechnung, da die übrigen Netznutzer bzw. deren Endverbraucher nicht für Falschdeklarationen eines anderen Netznutzers einstehen müssten (act. 1 Rz. 78).

4.5.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin

- 190 Die Gesuchsgegnerin wendet ein, die einseitige und hoheitliche Festlegung einer solchen (letztlich unabhängig vom Aufwand anfallenden) echten Strafzahlung sei rechtlich unzulässig. Dies insbesondere mit Blick auf die im StromVG enthaltenen Straftatbestände und auf das Legalitätsprinzip im Bereich des Strafrechts. Der Gesetzgeber habe im Bereich der Datenlieferung keine Strafen vorgesehen (vgl. Art. 29 StromVG). Diese Wertung sei zu respektieren. Eine nicht vereinbarte, sondern einseitig festgelegte Konventionalstrafe habe den Charakter einer Ergänzung dieser Straftatbestände, unabhängig davon, wohin die Gelder fließen würde. Für eine solche Verfügung mangle es an einer gesetzlichen Grundlage. Zudem wäre eine solche Verfügung unverhältnismässig, da die Konventionalstrafe nachweislich nicht notwendig sei. Verträge seien einzuhalten, Nichteinhaltung führe zu Schadenersatz. Das gelte auch hier und sei ausreichend, zumal die Gesuchsgegnerin in der Vergangenheit die betreffenden Pflichten stets eingehalten habe – auch ohne Konventionalstrafe (act. 8 Rz. 94). Die Gesuchsgegnerin habe nie behauptet, die Konventionalstrafe sei eine Strafbestimmung im Sinne des StromVG. Das wäre in der Tat falsch. Sie habe einzig darauf hingewiesen, dass eine Konventionalstrafe im Gesamtsystem StromVG ein Fremdkörper wäre und es nicht sein kann, dass die Gesuchstellerin gewissermassen über die Hintertür vertragliche Pönalen einführt, wo man von Gesetzes wegen eben gerade nicht mit Strafen operiere (act. 46 Rz. 21). Sie sei bereit, einen Aufwandsersatz für verursachte Mehrkosten in pauschalisierter Form zu akzeptieren, wenn dies zur Entlastung der Gesuchstellerin beitrage (act. 8 Rz. 89).

4.5.3 Würdigung

- 191 Beide Parteien sind damit einverstanden, in den Vertrag aufzunehmen, dass die Gesuchstellerin bei Falschangaben im Datenblatt in jedem Falle berechtigt ist, die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern. Damit wird klargestellt, dass es sich dabei nicht um eine periodische Leistung handelt. Folglich besteht insoweit Konsens, dass die Gesuchstellerin bei einer Falschangabe unbestrittenermassen vom Netznutzer verlangen können soll, dass er ihr das nach der Berichtigung korrigierte Netznutzungsentgelt bezahlt und der Netznutzer zu einer Nachzahlung verpflichtet sein soll, die nicht nach fünf Jahren verjährt (Art. 127 i.V. 128 Ziff. 1 OR analog). Strittig ist nur, ob neben diesen Anspruch eine Konventionalstrafe oder ein Aufwandsersatz treten soll. Beides zielt primär darauf ab, die Netznutzer davon abzuhalten, Falschangaben zu machen und die Gesuchstellerin dadurch zu entlasten. Daher ist unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu prüfen, ob für einen ordnungsgemässen und effizienten Vollzug des StromVG (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a StromVG) eine der beiden Klauseln in den Vertrag aufzunehmen ist und gegebenenfalls welche. Neben der Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Grundlagen und den übrigen Ziffern des nNNV sind diese daher darauf zu prüfen, ob sie geeignet sind, einen Beitrag zum sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb zu leisten, zur Leistung dieses Beitrags erforderlich sind und für den betroffenen Netznutzer zumutbar sind (siehe oben Rz. 84).

- 192 Gemäss der Gesuchstellerin soll die Konventionalstrafe verhindern, dass Falschdeklarationen erfolgen. Dies zumal nicht korrekt deklarierende Netznutzer bis anhin im schlimmsten Fall lediglich eine Nachzahlung im Umfang der Differenz zur korrekten Deklaration hätten leisten müssen (act. 1 Rz. 71). Seitens der Gesuchstellerin besteht somit ein Bedürfnis nach einer zusätzlichen Klausel im Sinne der Anträge und die Gesuchsgegnerin anerkennt dieses Anliegen, sie beantragt lediglich eine andere Lösung für dessen Umsetzung. Selbst wenn es sich wie unten aufgezeigt beim Mehraufwand grundsätzlich um einen zu ersetzenden (Vertrags-)Schaden handelt, ist ausserdem nicht ohne weiteres klar, ob und auf welcher Grundlage die Gesuchstellerin den Ersatz dieser Kosten verlangen könnte. Ein Zusatz im Vertrag (Ziff. 3.3 Abs. 1) im Sinne der Anträge ist der Effizienz und Klarheit halber daher geeignet und erforderlich, einen Beitrag zum sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzbetrieb zu leisten, ebenso, dass die Gesuchstellerin in jedem Fall berechtigt ist, daneben auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern (Ziff. 3.3 Abs. 2). Die Gesuchsgegnerin beantragt allerdings die Aufnahme eines angemessenen pauschalisierten Aufwandersatzes ohne zu begründen, was sie unter angemessen versteht, oder weshalb es eine Pauschalisierung braucht und wie eine solche zu berechnen wäre. Diesbezüglich ist daher vorab festzuhalten, dass es grundsätzlich als angemessen erscheint, wenn der Aufwand ersetzt wird, welcher der Gesuchstellerin tatsächlich entsteht. Inwiefern ein Aufwandersatz, der nicht in einem Verhältnis zum Aufwand steht, angemessen sein könnte, ist nicht ersichtlich. Die Gesuchstellerin ist überdies der Auffassung, dass sich eine Pauschale kaum beziffern lasse, da ihr Aufwand von Fall zu Fall variere. Sie kann ihren Aufwand somit beziffern bzw. es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb eine Bezifferung nicht möglich sein sollte. Eine Pauschalisierung ist daher nicht erforderlich und der Antrag der Gesuchsgegnerin ist daher im Folgenden in Bezug auf den tatsächlichen Mehraufwand zu prüfen.
- 193 Mit Ausnahme der vorliegend nicht einschlägigen Strafbestimmungen (Art. 29 StromVG) enthält das Stromversorgungsrecht keine Regeln bezüglich Falschangaben und deren möglichen Konsequenzen. Ein wichtiger Grundsatz des schweizerischen Stromversorgungsrechts ist es allerdings, Kosten verursachergerecht der jeweiligen Netzebene zuzuordnen (vgl. Art. 14 StromVG und Art. 16 Abs. 2 StromVV; siehe auch die Verfügung der ElCom 212-00282 vom 18. August 2021 Rz. 128). Stellt sich im Nachhinein heraus, dass im Datenblatt Falschangaben gemacht wurden, muss die Gesuchstellerin die bereits abgerechneten Netznutzungsentgelte rückabwickeln und neue Rechnungen ausstellen (act. 1 Rz. 69 f.). Mit einer Falschangabe im Datenblatt verursacht der Netznutzer der Gesuchstellerin bzw. ihren Angestellten somit Mehraufwand, für den sie die betreffenden Angestellten bezahlen muss. Nach dem erwähnten stromversorgungsrechtlichen Grundsatz wären diese Kosten folglich der Ebene Verteilnetz zuzuordnen.

- 194 Aus vertragsrechtlicher Perspektive handelt es sich bei den Falschangaben um eine Nicht- oder Schlechterfüllung vertraglicher Pflichten (vgl. insbesondere die Ziff. 1.1, 3.1. u. 3.2 nNNV). Nach den Regeln des Obligationenrechts können Konventionalstrafen zwar vereinbart werden (Art. 160 Abs. 1 OR). Die gewöhnliche Rechtsfolge für die Nicht- oder Schlechterfüllung einer vertraglichen Pflicht ist jedoch die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz (vgl. Art. 97 Abs. 1, Art. 103 Abs. 1 u. Art. 107 Abs. 2 OR). Nach der in der Schweiz herrschenden Differenztheorie ist ein Schaden gegeben, wenn zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, eine Differenz besteht. Der Schaden kann dabei in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 132 III 359 E. 4, 564 E. 6.2). Wenn die Gesuchstellerin aufgrund einer Falschangabe im Datenblatt eine Rückabwicklung vornehmen muss, vermehren sich im Umfang der dafür anfallenden Mehraufwände ihre Passiven und es entsteht ihr ein Schaden im Sinne der Differenztheorie. Nach dem nNNV und den erwähnten OR-Bestimmungen ist der Schaden, welcher der Gesuchstellerin durch Falschangaben entsteht, überdies grundsätzlich vom Netznutzer zu ersetzen. So schliesst Ziffer 5 nNNV nur die weitere, d.h. die über den entstandenen Schaden hinausgehende Haftung aus und nach allgemeinem Vertragsrecht ist der Schuldner zudem in der Regel zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet, soweit er nicht beweist, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt (Art. 97 Abs. 1, Art. 99 Abs. 1, Art. 103 Abs. 2 u. Art. 109 Abs. 2 OR).
- 195 Die Pflicht zur Leistung einer Konventionalstrafe setzt demgegenüber keinen Schaden voraus und die ganze Konventionalstrafe ist alleine aufgrund der Nicht- oder nicht richtigen Erfüllung der Hauptverpflichtung geschuldet, selbst wenn ein allfälliger effektiver Schaden kleiner als die Strafe ist (Art. 161 Abs. 1 OR; WIDMER/COSTANTINI/EHRAT BSK OR 1, 7. Aufl. 2020, Art. 161 Rz. 4 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Ein Verschulden wird nur vorausgesetzt, um den Mehrbetrag einzufordern, wenn der erlittene Schaden den Betrag der Strafe übersteigt (vgl. Art. 161 Abs. 2 OR). Ferner sieht Artikel 163 Absatz 3 OR zwar vor, dass der Richter übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen hat. Diese Bestimmung ist aber mit Zurückhaltung anzuwenden. Sie soll nur bei krassen Missverhältnissen eingesetzt werden (WIDMER/COSTANTINI/EHRAT BSK OR 1, 7. Aufl. 2020, Art. 163 Rz. 10 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).
- 196 Der Antrag der Gesuchsgegnerin hätte zur Folge, dass der Mehraufwand und der diesem entsprechende Schaden durch den Verursacher zu ersetzen ist. Diese Lösung ist mit dem StromVG vereinbar und stimmt mit den übrigen gemäss Vertrag und Gesetz anwendbaren Regeln überein. Demgegenüber könnte eine Konventionalstrafe im Rahmen des nNNV vereinbart werden, würde aber insoweit ein zusätzliches Element darstellen. Zudem ergibt sich ihr Betrag aus der Höhe der Nachforderung. Soweit ersichtlich besteht damit kein Zusammenhang zwischen der Höhe der Konventionalstrafe und dem Schaden bzw. den Kosten, die der Gesuchstellerin wegen der Falschdeklaration entstehen. Folglich kann er über den Betrag hinausgehen, der nach den Grundsätzen des Stromversorgungs- (Kosten) bzw. Vertragsrechts (Schadenersatz) zu vergüten wäre. Soweit die Gesuchstellerin ausführt, die Konventionalstrafe trage dem Verursacherprinzip Rechnung, stimmt dies somit nur bedingt und trifft jedenfalls weniger zu als bei der Alternative des Ersatzes des konkreten Mehraufwands. Wie erläutert würde die Konventionalstrafe ferner in den meisten Fällen unabhängig von einem Verschulden des Netznutzers anfallen und könnte nur herabgesetzt werden, wenn sie in einem krassen Missverhältnis zum Schaden steht. Aus diesen Gründen ist ein Aufwandersatz geeignet und erforderlich, um diese Kosten auszugleichen und eine effiziente Abrechnung der Netznutzungsentgelte zu gewährleisten. Als milderer Mittel ist er daher zu bevorzugen.

- 197 Die Gesuchstellerin führt aus, die Konventionalstrafe sei verhältnismässig, da eine falsche Datendeklaration die anderen Netznutzer unrechtmässig benachteilige und für die Gesuchstellerin mit hohem Rückabwicklungsaufwand verbunden sei. Die Benachteiligung der anderen Netznutzer wird aber dadurch ausgeglichen, dass sie in jedem Falle berechtigt ist, nebst dem Aufwandsersatz auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern, was unbestrittenermassen in den Vertrag aufgenommen werden soll. Soweit sie sich auf den hohen Aufwand beruft, beschreibt sie diesen zum einen nicht konkret. So führt sie bloss aus, dass Rückabwicklungen jeweils äusserst komplex und mit erheblichem Zeit- und Ressourcenaufwand verbunden seien. So müsse sie etwa neue Rechnungen erstellen (act. 1 Rz. 70 f.). Da ihr Schaden bzw. Mehraufwand in Arbeit besteht, erscheint eine Bezifferung jedenfalls ohne Weiteres möglich. Soweit die Gesuchstellerin argumentiert, eine Aufwandspauschale lasse sich kaum beziffern, da der Rückabwicklungsaufwand von Fall zu Fall unterschiedlich hoch ausfalle (act. 1 Rz. 75), bezieht sich das auf die Pauschalisierung und ist kein Argument, weshalb die Höhe des konkreten Mehraufwands nicht angegeben werden könnte. Vor allem geht die Gesuchstellerin aber davon aus, dass die Konventionalstrafe verhältnismässig sei, ohne auf die Erforderlichkeit einzugehen. Namentlich ist nicht ersichtlich, dass sie versucht hat, durch Geltendmachung ihrer vertraglichen Ansprüche zu verhindern, dass die Netzbetreiber Falschangaben machen. Zudem erklärt sie nicht schlüssig, weshalb Falschangaben nicht auf andere Weise – insbesondere durch den Ersatz der tatsächlich angefallenen Mehraufwände – verhindert werden könnten. Soweit sie ausführt, dass die Aufwandspauschale erst nach einer unbestimmten Anzahl Falschdeklarationen zur Anwendung kommen solle und dies die Regelung zahnlos mache, nimmt sie soweit ersichtlich auf eine vor der Einleitung des vorliegenden Verfahrens von der Gesuchsgegnerin vorgeschlagene Variante Bezug. Deren Anträge zur Verfügung eines Aufwandsatzes sehen jedenfalls keine entsprechende Regelung vor.
- 198 Eine Verpflichtung zum Ersatz des Mehraufwands ist aber auch geeignet, um Falschangaben im Datenblatt zu verhindern und die effiziente Inrechnungstellung der (korrekten) Netznutzungsentgelte zu gewährleisten. Weshalb diese Variante dafür nicht ausreichen sollte, ist nicht ersichtlich, zumal der aNNV überhaupt keine Regel zu Falschangaben enthielt. Wie erwähnt wäre die Gesuchstellerin soweit ersichtlich auch gestützt auf die erwähnten Regeln des OR berechtigt, Ersatz für ihren Mehraufwand zu verlangen. Es ist aber nicht ohne weiteres klar, gestützt auf welche Norm sie dazu berechtigt wäre und dem Netznutzer würde der Entlastungsbeweis offen stehen. Im Lichte der gesetzlichen Aufgabe des effizienten Netzbetriebs erscheint der Verzicht auf die Aufnahme einer Klausel bezüglich der Rechtsfolgen von Falschangaben im Datenblatt ferner nicht als gleich geeignet wie die Verfügung von Ziffer 3.3 gemäss dem Antrag der Gesuchsgegnerin (ohne das Wort «pauschalisiert»). Aus diesen Gründen erscheint es daher vorliegend nicht als verhältnismässig, eine Konventionalstrafe zu verfügen.
- 199 Im Übrigen ist vorliegend das Argument nicht stichhaltig, dass mit der Verfügung einer Konventionalstrafe Partner aus freiwillig geschlossenen Vereinbarungen und solche, die durch angeordnete Vertragsschlüsse verpflichtet werden, einander gleichgestellt würden. Die Gleichbehandlung würde dadurch gewährleistet, dass der durch Verfügung zustande gekommene Vertrag den weiteren Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz angeboten wird. Insoweit besteht keine Erforderlichkeit zur Verfügung der Konventionalstrafe. Wie erwähnt sind die Parteien sich ausserdem einig, dass die Gesuchstellerin in jedem Falle berechtigt sein soll, auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern und dadurch wird das von der Gesuchstellerin angesprochene Problem bezüglich der Verjährung nach fünf Jahren gelöst.
- 200 Nach dem Gesagten erweist es sich als verhältnismässig, dass die Gesuchstellerin bei falschen Angaben im Datenblatt zu berechtigen ist, vom Netznutzer einen angemessenen Aufwandsersatz für den Mehraufwand bei der Datenpflege zu verlangen. Ziffer 3.3 ist daher gemäss dem Antrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen (ohne das Wort «pauschalisierten»). Ihr Antrag ist im entsprechenden Umfang gutzuheissen. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verfügung der Konventionalstrafe gemäss Ziffer 3.3 nNNV ist abzuweisen.

4.6 Ziffer 4 Energiedatenmanagement

- 201 Die Gesuchstellerin beantragt, als erster Satz von Ziffer 4 nNNV sei zu verfügen, dass die unter Ziffer 1.3 erwähnten Branchendokumente in der jeweils gültigen Fassung gelten. Die Gesuchsgegnerin beantragt die Aufnahme der Formulierung: «Es gelten die einschlägigen Branchendokumente im Rahmen von Ziff. 1.3» (vgl. oben Rz. 89). Wie erläutert ist Ziffer 1.3 gemäss dem Eventualantrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen, weshalb die Branchenempfehlungen NNMÜ, TC, MC und SDAT nicht als Anhänge des nNNV zu verfügen und nicht in Ziffer 1.3 zu erwähnen sind (siehe oben Ziff. 4.3; insbes. Rz. 178). Konsequenterweise ist daher auch bei Ziffer 4 dem Antrag der Gesuchsgegnerin zu folgen.

4.7 Ziffer 5 und Ziffer 2.2 Absatz 6 Haftung

4.7.1 Vorbemerkungen, Vorbringen Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin

- 202 Soweit in den folgenden Erwägungen auf Haftungsvoraussetzungen Bezug genommen wird, sind diese allgemeiner Natur. Zudem können daraus keine direkten Rückschlüsse gezogen werden, ob die Haftungsvoraussetzungen in allfälligen Anwendungsfällen erfüllt sind oder nicht. Die Gesuchstellerin beantragt eine Haftungsbeschränkungsklausel. Die Gesuchsgegnerin beantragt Anpassungen an deren Formulierung und namentlich die Aufnahme einer Klausel, wonach für die Haftung im Zusammenhang mit dem manuellen Lastabwurf und den diesen vorgelagerten Bezugsanpassungen die speziellen Regeln aus der Betriebsvereinbarung bzw. der Vereinbarung MLA gelten sollen.

4.7.2 Würdigung

- 203 Wie erläutert fliesst aus der Pflicht zum effizienten Netzbetrieb, dass der Netzbetreiber seine Haftung im Zusammenhang mit dem Betrieb des Netzes gegenüber anderen Netzbetreibern und weiteren Dritten soweit möglich einschränken kann (oben Rz. 132 f.). Gemäss den Versionen beider Parteien richtet die Haftung sich nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. Als Haftungsgrundlagen in Frage kommen neben spezialgesetzlichen Haftungstatbeständen die vertragliche und ausservertragliche Haftung (Art. 97 ff. bzw. Art. 41 ff. OR; REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 6. Aufl. 2024 Rz. 5). Zumindest gewisse Einschränkungen sind möglich – auch für Netzbetreiber. So kann etwa die Haftung für leichtes Verschulden vertraglich wegbedungen werden und selbst wenn Netzbetreiber als obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe im Sinne von Artikel 100 Absatz 2 OR qualifiziert würden, stände es im Ermessen des Richters, einen entsprechenden Verzicht als nichtig zu betrachten (vgl. WEBER ROLF H., OR Berner Kommentar, 2000, Art. 100 Rz. 113 f.; HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2019, S. 316, die Elektrizitätswerke als Beispiele obrigkeitlich konzessionierter Gewerbe nennen). Mit Blick auf die Aufgabe, einen (kosten)effizienten Netzbetrieb zu gewährleisten, macht es daher Sinn, dass die Parteien ihre Haftung im Zusammenhang mit dem Betrieb des Netzes gegenüber anderen Netzbetreibern und weiteren Dritten einschränken und ist entsprechend zu verfügen.

- 204 Nachdem die Gesuchsgegnerin nicht mehr die Streichung des Haftungsausschlusses der Gesuchstellerin für Schaden beantragt, der im Rahmen pflichtgemässer Dienstausbübung entsteht (act. 54), bestehen keine ersichtlichen inhaltlichen Differenzen mehr zwischen den Versionen der beiden Parteien. Daher ist die von der Gesuchstellerin beantragte Haftungsklausel als Ziffer 5.1 zu verfügen. Vor diesem Hintergrund ist auf die Ausführungen der Parteien zu möglichen Haftungsgrundlagen, -positionen und Anwendungsfällen im Zusammenhang mit der Netznutzung (siehe etwa act. 8 Rz. 103-126), zum Verhältnis zwischen den Haftungsbestimmungen im nNNV und den verschiedenen weiteren Branchenverträgen wie der Betriebsvereinbarung VNB (act. 8 Rz. 128-133; act. 16 Rz. 35 f.), und zur Bedeutung des Haftungsausschlusses bei pflichtgemässer Dienstausbübung nicht einzugehen (act. 8 Rz. 134 u. 135).
- 205 Dass die Kosten der Vorbereitung und der Durchführung von Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs seit dem 1. Januar 2025 «im Übrigen» den Kosten des Übertragungsnetzes zuzuordnen und nach Massgabe von Artikel 15 anrechenbar sind (Art. 20a Abs. 5 StromVG), stellt die Verhältnismässigkeit von Haftungsbeschränkungen weder grundsätzlich noch in Bezug auf den nNNV in Frage. Zu Haftungsfällen kann es auch im Zusammenhang mit der Netznutzung im Normalbetrieb kommen und der nNNV regelt primär den Normalbetrieb. Für solche Situationen machen Haftungseinschränkungen im nNNV weiterhin Sinn. Ziffer 2.2 nNNV erfasst zwar auch Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs. Die grosse Mehrheit jener Massnahmen fällt aber unter die Vereinbarung MLA. Diese erfasst neben dem manuellen Lastabwurf nämlich auch die diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen 1-14 (inkl. vorbereitende Massnahmen), die eine grosse Anzahl der Massnahmen enthalten, die zur Verfügung stehen, um die Systemstabilität im Übertragungsnetz wieder herzustellen (siehe Ziff. 5.1.(1) der Branchenempfehlung Manueller Lastabwurf). Für die Massnahmen in der Vereinbarung MLA gehen die speziellen Regeln in jener Vereinbarung vor (siehe unten Rz. 207). Deswegen besteht kein Anlass, wegen diesen Massnahmen auf Haftungsbeschränkungen im nNNV zu verzichten. Soweit einzelne Massnahmen bei Gefährdung des sicheren Übertragungsnetzbetriebs dennoch unter Artikel 20a StromVG fallen könnten, aber von der Vereinbarung MLA erfasst werden, stellt dies ebenfalls keinen ausreichenden Grund dar, um auf Haftungsbeschränkungen zu verzichten oder eine Sonderregel für solche Massnahmen in den nNNV aufzunehmen.
- 206 Die Vereinbarung MLA regelt nicht nur die organisatorische und technischen Umsetzung des manuellen Lastabwurfs und der vorgelagerten Bezugsanpassungen (inklusive der Rechte und Pflichten der Parteien; siehe Ziff. 5), sondern enthält auch spezifische Kosten- und insbesondere Haftungsregeln (Ziff. 6 u. 7). Letztere enthalten neben Regeln zum Haftungsausschluss im Aussenverhältnis (Ziff. 7.1) Klauseln betreffend die Haftung im Innenverhältnis (Ziff. 7.2) und Ansprüche von Dritten (Ziff. 7.3). Daher erscheint es (auch in Bezug auf diese Punkte) sachgerecht, dass jene Vereinbarung vorgehen soll. Dies scheint übrigens auch die Gesuchstellerin anzuerkennen, sieht darin aber keinen Anlass, ihre Anträge anzupassen (act. 44 Rz. 20). Die Kosten- und Haftungsregeln in der Vereinbarung MLA werden ferner nicht durch die Kostenzuordnung zum Übertragungsnetz im vorerwähnten Artikel 20a Absatz 5 StromVG in Frage gestellt. So steht diese Regel unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass es keine abweichende Vereinbarung zwischen der nationalen Netzgesellschaft und den Akteuren nach Absatz 1 – wie eben die Vereinbarung MLA zwischen der Gesuchstellerin und den an das Übertragungsnetz angeschlossenen Netznutzern – gibt. Die Gesuchsgegnerin tut allerdings nicht dar, weshalb hinsichtlich der Haftung im Zusammenhang mit dem manuellen Lastabwurf und den vorgelagerten Bezugsanpassungen die speziellen Regeln aus der Betriebsvereinbarung zur Anwendung kommen sollten bzw. um was für spezielle Regeln es sich handeln sollte. Dies ist auch nicht erkennbar. Bei allen diesen Massnahmen sind auf Haftungsfragen die erwähnten, umfassenden Regeln in Ziffer 7 der Vereinbarung MLA anzuwenden. Für eine Anwendung der Betriebsvereinbarung bleibt kein Raum. Nach dem Gesagten ist der Antrag der Gesuchsgegnerin zu Ziffer 5.2 nNNV gutzuheissen, der Passus «der Betriebsvereinbarung bzw.» ist jedoch zu streichen.

- 207 Zu prüfen bleibt, ob Ziffer 2.2 Absatz 6 nNNV zu verfügen ist, wonach dem Netznutzer aus der Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung gemäss den Bestimmungen dieses Vertrags kein Anspruch auf Entschädigungen irgendwelcher Art entsteht. Dies gilt nicht nur für die Unterbrechungen oder Einschränkungen zur Beherrschung kritischer Netzsituationen (Ziff. 2.2 Abs. 3), sondern auch, wenn die Unterbrechung oder Einschränkung durch einen der Gründe gemäss Ziffer 2.2 Absatz 1 (z.B. höhere Gewalt ausserordentliche Vorkommnisse und Naturereignisse) oder Absatz 2 (z.B. rechtswidrige Netznutzung) verursacht werden. Gemäss der Botschaft zum Mantelerlass kann die Gesuchstellerin sich einerseits vertraglich das Recht einräumen lassen, im Sinne einer Letztmassnahme Lasten abzuwerfen. In diesem Fall würden die bei betroffenen Endverbrauchern allfällig entstandenen Schäden nicht zu den Kosten der Durchführung gehören, zumal eine Einwilligung für die Abschaltung vorliege. Andererseits seien Kosten, die im Zusammenhang mit einem Netzzusammenbruch aufgrund höherer Gewalt anfallen, keine anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes, da es sich nicht um eine Massnahme der Gesuchstellerin handle. In solchen Fällen würden die allgemeinen haftungsrechtlichen Bestimmungen sowie allfällige diesbezügliche vertragliche Regelungen gelten (Botschaft Mantelerlass, BBI 2021 1666 S. 113). Folglich geht der Gesetzgeber davon aus, dass bei im nNNV geregelten Tatbeständen wie höherer Gewalt vertragliche Regelungen und somit grundsätzlich auch Haftungsbeschränkungen gelten können. Vor diesem Hintergrund erscheint es ohne Weiteres nachvollziehbar und im Interesse ihrer Aufgabe der Gewährleistung eines effizienten Übertragungsnetzbetriebs, dass die Gesuchstellerin im nNNV festhalten will, dass dem Netznutzer aus der Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung gemäss Ziffer 2.2 dieses Vertrags kein Anspruch auf Entschädigungen irgendwelcher Art entsteht. Dies zumal die Gesuchsgegnerin wie erwähnt in ihren AGB ähnliche Regeln vorsieht (siehe oben Rz. 183).
- 208 Die Ziffern 2.2 Absatz 6 und 5.1 nNNV sind gemäss dem Antrag der Gesuchstellerin zu verfügen, Ziffer 5.2 gemäss dem Antrag der Gesuchsgegnerin (ohne den Passus «der Betriebsvereinbarung bzw.»). Die Anträge der Parteien sind insoweit gutzuheissen oder abzuweisen.

4.8 Ziffer 6 Inkrafttreten, Vertragsdauer und Kündigung

- 209 Gemäss der von der Gesuchstellerin beantragten Ziffer 6 Absatz 1 nNNV tritt dieser Vertrag am 1. Januar 2019 in Kraft und bleibt grundsätzlich gültig, solange der Netzanschlussvertrag besteht. Gemäss dem Antrag der Gesuchsgegnerin tritt dieser Vertrag am [XX.XX.xxxx] in Kraft und bleibt grundsätzlich gültig, solange der Netzanschlussvertrag besteht. Wie oben erläutert, ist die Einigung über die strittigen Punkte vergleichbar mit einer aufschiebenden Bedingung i.S.v. Artikel 151 OR und die rechtskräftige Verfügung der betreffenden Ziffern ist mit einer Einigung gleichzusetzen. Mit deren rechtskräftiger Verfügung beginnt somit der gesamte Vertrag Wirkung zu erzeugen, ohne dass ein weiteres Zutun der Parteien erforderlich wäre (vgl. auch Art. 151 Abs. 2 OR; Rz. 94). Der Klarheit halber ist rein deklaratorisch in Ziffer 6 Absatz 1 nNNV aufzunehmen, dass der Vertrag mit Rechtskraft der vorliegenden Verfügung in Kraft tritt.

- 210 Die Gesuchstellerin beantragt die Verfügung von Ziffer 6 nNNV zur Vertragsdauer und Kündigung. Sie begründet dies in ihren Eingaben aber nicht spezifisch. Im LoC führt sie jedoch aus, dass sie den Netzzugang von Gesetzes wegen gewähren müsse. Sie könne daher höchstens den nNNV kündigen. Mit der Ausübung des Kündigungsrechts würde jedoch ein vertragsloser Zustand geschaffen, was weder in ihrem Interesse noch in demjenigen des Netznutzers sei (vgl. act. 1 Beilage 17 S. 2). Sie will deshalb nur ein Kündigungsrecht für den Netznutzer aufnehmen. Das überzeugt nicht. Die Gesuchstellerin hat selber den aNNV mit allen Netznutzern gekündigt, bevor diese den nNNV unterzeichnet hatte und macht geltend, es bestehe nun ein vertragsloser Zustand gegenüber der Gesuchsgegnerin. In anderen Branchenverträgen hat die Gesuchstellerin ebenfalls ein Kündigungsrecht. So sieht die Betriebsvereinbarung mit VNB vor, dass diese Vereinbarung jeweils unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten auf das Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden kann. Erfolgt auf den Kündigungszeitpunkt hin keine dauernde Trennung des Verteilnetzes vom Übertragungsnetz, ist auf diesen Zeitpunkt hin eine neue Vereinbarung abzuschliessen (siehe Ziff. 13 der Betriebsvereinbarung mit VNB für direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Verteilnetze; Version vom 2.0 vom 20. Juli 2010; abrufbar unter www.swissgrid.ch > Partner > Alle Themen > Branchenverträge und Anhänge; beide zuletzt besucht am 14. März 2025). Dementsprechend ist nicht ersichtlich, weshalb die Gesuchstellerin nicht berechtigt sein sollte, auch den nNNV zu kündigen. Sie muss dann einen neuen Vertrag abschliessen, bzw. wenn ihr dies nicht in nützlicher Frist gelingt, gegebenenfalls die ECom anrufen. Die Kündigungsrechte durch die Parteien und aufgrund von Konkurs- oder sonstigen Insolvenzverfahren sind daher beiden Parteien einzuräumen.
- 211 In Ziffer 6 Absatz 1 nNNV ist aufzunehmen, dass der Vertrag mit Rechtskraft der Verfügung in Kraft tritt. Im Übrigen ist Ziffer 6 gemäss dem Eventualantrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen.

4.9 Ziffer 8 Absätze 6 und 7 Vertraulichkeit und Datenschutz

4.9.1 Vorbringen Gesuchstellerin

- 212 Die Gesuchstellerin beantragt, zu verfügen, dass ihr eine Verwendung von Daten im Rahmen der Aufgaben von Swissgrid gemäss dem geltenden Energiegesetz, dem Stromversorgungsgesetz und den jeweils zugehörigen Verordnungen sowie im Rahmen von ihr von Behörden übertragenen Aufträgen ausdrücklich zu erlauben sei. Die Gesuchsgegnerin verkenne, dass die Nutzung des Übertragungsnetzes den Vertragsgegenstand des nNNV bilde, die Datendeklaration erfolge daher vom Netznutzer an die Gesuchstellerin (act. 16 Rz. 58). Dies habe sie mit der Gesuchsgegnerin klären wollen, mit E-Mail vom 31. Oktober 2019 habe diese die Bereitschaft zu weiteren Gesprächen abgelehnt (act. 1 Rz. 104).

4.9.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin

- 213 Die Gesuchsgegnerin beantragt, ihr sei dasselbe Recht auch zu gewähren (aber für beide Parteien auf Gesetze zu beschränken), und die Streichung der Regel für von Behörden übertragene Aufträge. Sie beantrage zwei Anpassungen, nämlich eine rechtsgleiche Ausgestaltung der Datennutzungsberechtigung sowie eine korrektere Umschreibung der Fälle, in denen rechtmässig Daten verwendet werden dürfen (act. 8 Rz. 138). Aufgrund der Dynamik des Vertrags (dynamische Verweise, Einbezug künftiger Rechtsänderungen) lasse sich die Tragweite der Klausel aber ohnehin nicht abschliessend klären, zumal der Bereich der Datenflüsse einem starken Wandel unterliege (act. 8 Rz. 140). Entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin sei durchaus denkbar, dass es auch Datenflüsse von dieser zu ihr gebe, z.B. an den Übergabestellen). Die Gesuchstellerin bringe keine Argumente für ihre Lösung vor (act. 19 Rz. 38). Die von der Gesuchstellerin beantragte Regelung sei nicht nur überflüssig, sondern schaffe unnötige Unsicherheiten. Verordnungen hätten sich an den Rahmen des Gesetzes zu halten, behördliche „Aufträge“ müssten ebenfalls hinreichend gesetzlich abgestützt sein. Es gebe also nicht Datenverwendungen gemäss dem Gesetz *und* solche gemäss behördlichen Anordnungen. Sollte sich im Einzelfall ein Auftrag nicht im Rahmen des Gesetzes bewegen so wäre die entsprechende Datenverwendung gerade nicht legitim (act. 8 Rz. 141).

4.9.3 Würdigung

- 214 Die Absätze 1-5 von Ziffer 8 nNNV sind unbestritten. Diese lauten folgendermassen:

Die Parteien verpflichten sich gegenseitig zur Geheimhaltung aller Informationen und Unterlagen, die sie im Zusammenhang mit diesem Vertrag erlangen und die weder der Öffentlichkeit zugänglich noch allgemein bekannt sind. Die Parteien sind verantwortlich dafür, dass diese Bestimmungen auch durch alle ihre Arbeitnehmer und Hilfspersonen eingehalten werden.

Davon ausgenommen ist die Weitergabe von Informationen an Behörden aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder behördlichen Anordnung.

Betrieblich notwendige Daten dürfen ausschliesslich für die Abwicklung betrieblicher Prozesse weitergegeben werden. Die Empfänger der Daten sind vom Netznutzer zu verpflichten, diese vertraulich zu behandeln.

Die Parteien anerkennen ausdrücklich, dass die Geheimhaltungspflicht auch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses gilt, und zwar ungeachtet der Gründe für die Auflösung und von wem das Vertragsverhältnis aufgelöst wurde.

Die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz sind von den Parteien bei der Bearbeitung von Daten einzuhalten.

- 215 Ziffer 8 Absätze 6 und 7 nNNV betreffen somit nur Informationen und Unterlagen, welche die Parteien im Zusammenhang mit dem nNNV erlangen. Gegenstand des nNNV ist die Zurverfügungstellung des Übertragungsnetzes zum Zwecke des Transports von elektrischer Energie gegen Bezahlung eines Netznutzungsentgeltes (Ziff. 1.1 nNNV). Der Netznutzer ist verpflichtet, die Gesuchstellerin für die Nutzung des Übertragungsnetzes gemäss den jeweils aktuellen Tarifen gemäss Anhang 1 zu entgelten (Ziff. 3.2 nNNV). Die Gesuchstellerin ist für die Berechnung der vom Netznutzer geschuldeten Entgelte auf Daten des Netznutzers angewiesen (Ziff. 1.1 u. 3.1 nNNV). Im Datenblatt Netznutzung für VNB und Endverbraucher mit Anschluss an das Übertragungsnetz (Anhang 1 nNNV) haben die Netznutzer deshalb die Übersicht der Anschlüsse inklusive Messpunktbezeichnung, die Zuordnung der Anschlüsse zu Netzgebieten und die abzugsberechtigten Speicher, Pumpen in Pumpspeicherkraftwerken und Eigenbedarfe von Kraftwerken anzugeben (Ziff. 2-4). Die Tarife für die Nutzung des Übertragungsnetzes setzen sich aus einer Arbeits- (Rp./kWh) und einer Leistungskomponente (CHF/MW) sowie einem fixen Grundtarif pro gewichtetem Ausspeisepunkt zusammen (siehe die Tarife für die Jahre 2024-2026; abrufbar unter www.swissgrid.ch > Partner > Alle Themen > Tarife; zuletzt besucht am 28. März 2025). Zur Abwicklung des nNNV braucht es folglich vor allem die Messdaten der Messpunkte, an denen die Netznutzer an das Übertragungsnetz angeschlossen sind.
- 216 Der Gesuchstellerin ist daher insofern zuzustimmen, als dass die Datendeklaration für die Erfüllung des nNNV vom Netznutzer an die Gesuchstellerin erfolgt. Jedoch bestreitet sie das Vorbringen der Gesuchsgegnerin nicht, dass es auch zu Datenflüssen zur Gesuchsgegnerin kommen könnte. Wenn die Last in einem Verteilnetz kleiner ist als die Produktion – etwa bei Mittagsspitzen durch PV-Produktion und bei so genannten Transitflüssen aus dem Übertragungsnetz in das Verteilnetz und wieder zurück in das Verteilnetz – kann es zu Energieflüssen vom Verteilnetz in das Übertragungsnetz kommen. Daher erscheinen auch entsprechend Datenflüsse nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Gesuchsgegnerin bringt ferner zutreffend vor, dass die Gesuchstellerin nicht begründet, was dagegen spricht, der Gesuchsgegnerin in solchen Situationen ein entsprechendes Recht zu gewähren.
- 217 Welche Daten die Gesuchstellerin und andere Netznutzer bzw. Netzbetreiber wie die Gesuchsgegnerin im Rahmen ihrer Aufgaben nach dem StromVG, dem EnG und der StromVV an wen weitergeben dürfen, bestimmt sich primär nach den Vorgaben des Bundesrechts. Am 1. Januar 2025 sind im StromVG die Abschnitte 2.d betreffend Datenaustausch und Datenplattform (Art. 17f-17i) und 2.e betreffend Datenschutz und Datensicherheit (Art. 17j) in Kraft getreten. Da keine spezifisch nach altem Recht zu beurteilende Anträge (z.B. betreffend die Verwendung von Daten vor dem 1. Januar 2025) im Streit liegen (siehe oben Rz. 48), sind die Absätze 6 u. 7 von Ziffer 8 nNNV ausschliesslich nach neuem Recht zu beurteilen. Besondere Regeln bestehen sodann namentlich für den Umgang mit Mess- und Stammdaten, wenn es sich um die Bearbeitung von Personendaten und Daten juristischer Personen handelt (vgl. Art. 8d Abs. 1-4 StromVV).
- 218 Nach Artikel 17f Absatz 1 StromVG geben die Netzbetreiber einander, den Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, den Bilanzgruppen, der nationalen Netzgesellschaft und der Vollzugsstelle nach Artikel 64 EnG unmittelbar, unentgeltlich, diskriminierungsfrei und in der notwendigen Qualität alle Daten und Informationen bekanntgeben, soweit dies für eine ordnungsgemässe Elektrizitätsversorgung nötig ist. Zum andern hat der Austausch von Mess- und Stammdaten zwischen den Beteiligten nach Artikel 17f Absatz 1 für die Abwicklung der Lieferantenwechsel, Abrechnung der Netz-, der Elektrizitäts- und der Messkosten; Prognose im Rahmen des Bilanzmanagements und die Erfassung der Elektrizität mittels Herkunftsnachweisen über eine zentrale Datenplattform zu erfolgen (Art. 17g Abs. 1 Bst. a-d StromVG). Artikel 8 Absatz 3 StromVV bestimmt, dass zur Sicherstellung einer ordnungsgemässen Elektrizitätsversorgung nach Artikel 17f Absatz 1 StromVG die für die folgenden Aufgaben notwendigen Messdaten, Stammdaten und weiteren Daten bekannt gegeben werden müssen:
- a. Netzbetrieb;

- b. Bilanzmanagement;
- c. Energielieferung;
- d. Anlastung der Kosten;
- e. Berechnung der Netznutzungsentgelte;
- f. Abrechnungsprozesse im Zusammenhang mit dem EnG und der EnV;
- g. Direktvermarktung;
- h. Einsatz von intelligenten Steuer- und Regelsystemen;
- i. Lieferantenwechsel; und
- j. Gewährleistung des Rechts der Endverbraucher, der Erzeuger und der Speicherbetreiber nach Artikel 8a^{ter} Absatz 2.

- 219 Gemäss dem Erläuternden Bericht zur StromVV vom 20. November 2024 werden neu die Mess- und Stammdaten von den weiteren Daten unterschieden. Letztere sind alle Daten, bei denen es sich nicht um personenbezogene Daten handelt. Sowohl bei den Mess- und Stammdaten wie auch bei den weiteren Daten ist eine Datenbekanntgabe im Rahmen der ordnungsgemässen Elektrizitätsversorgung im Sinne von Artikel 17f Absatz 1 StromVG nur zulässig, sofern diese für die in den Buchstaben a bis j aufgezählten Sachbereiche notwendig sind (Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien: Änderung der Stromversorgungsverordnung mit Inkrafttreten am 1. Januar 2025 S. 16 f.; abrufbar mit dem Suchbegriff unter www.bfe.admin.ch > News und Medien > Publikationen; zuletzt besucht am 9. April 2025).
- 220 Zur Verwendung von Daten im Rahmen der Aufgaben der Parteien gemäss dem geltenden EnG, dem StromVG und dem im Zusammenhang mit der Erfüllung des nNNV erforderlichen Informationsaustausch mit Dritten ist daher Folgendes festzuhalten: Die Parteien sind juristische Personen. Soweit sie Messdaten der anderen Partei bearbeiten, ist grundsätzlich Artikel 8d StromVV zu beachten. Da es gemäss Ziffer 8 Absatz 1 nNNV nur um Daten im Zusammenhang mit dem nNNV geht und dieser die Nutzung des Übertragungsnetzes zum Zwecke des Transports von elektrischer Energie zum Gegenstand hat, ist ferner die grosse Mehrheit der betroffenen Daten und Informationen für eine ordnungsgemässe Elektrizitätsversorgung nötig. Dies zumal nicht nur die Mess- und Stammdaten, sondern auch die weiteren, nicht personenbezogenen Daten erfasst werden. Unter welchen Voraussetzungen die Parteien die betroffenen Daten und Informationen im Rahmen ihrer Aufgaben gemäss dem geltenden EnG, dem StromVG und den dazugehörigen Verordnungen verwenden und übertragen dürfen, wird darum in erster Linie in den genannten Normen geregelt. Namentlich dürfen sie zu den in Artikel 8 Absatz 3 StromVV erwähnten Zwecken weitergegeben werden. Zum einen widersprechen Ziffer 8 Absätze 6 u. 7 nNNV diesen Vorgaben aber nicht, zum andern kann nicht ausgeschlossen werden, dass der nNNV auch Daten betrifft, welche nicht unter Artikel 17f Absatz 1 StromVG fallen. Daher ist es grundsätzlich verhältnismässig, Ziffer 8 Absätze 6 u. 7 nNNV zu verfügen.
- 221 Die beiden Absätze entfalten allerdings nur zwischen den Parteien Wirkung und die Parteien haben jeweils im konkreten Anwendungsfall sicherzustellen, dass sie die einschlägigen Rechtsnormen einhalten. Durch die Vertraulichkeitsbestimmungen und den Hinweis auf die Datenschutzgesetzgebung erscheinen überdies die Rechte Dritter genügend geschützt. Auch in rechtlicher Hinsicht sind ferner keine Gründe ersichtlich, die dagegen sprechen, dass den Netznutzern bei der Datenverwendung und dem Informationsaustausch dieselben Rechte wie der Gesuchstellerin eingeräumt werden. Insoweit ist der Antrag der Gesuchstellerin auf Verfügung von Ziffer 8 Absätze 6 u. 7 nNNV gutzuheissen (gemäss dem Antrag der Gesuchsgegnerin mit Geltung für beide Parteien). Wie erwähnt enthält insbesondere die StromVV Bestimmungen, die für die Datenbearbeitung und -übertragung relevant sind. Daher ist der Antrag der Gesuchsgegnerin bezüglich der Streichung der zugehörigen Verordnungen abzuweisen.

- 222 Bezüglich der von Behörden übertragenen Aufträge substantiiert die Gesuchstellerin weder die Aufträge noch die Daten und Informationen, welche ihr übertragen werden könnten. Sie begründet auch nicht, weshalb die Verfügung dieser Variante erforderlich sein sollte. Das ist auch nicht ersichtlich. Es liegt in der Verantwortung der auftraggebenden Behörde, dafür besorgt zu sein, dass die Gesuchstellerin berechtigt ist, die zu dessen Ausführung erforderlichen Daten zu verwenden. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verfügung, dass ihr die Datenverwendung im Rahmen von solchen Aufträgen erlaubt sei, ist abzuweisen.
- 223 Ziffer 8 Absätze 6 und 7 ist entsprechend den obigen Ausführungen zu verfügen.

4.10 Ziffer 12 Anpassung des Vertrags

4.10.1 Vorbringen Gesuchstellerin

- 224 Die Gesuchstellerin beantragt eine Ziffer 12.1 «Änderungen im Falle von zwingenden Vorgaben», die sie berechtigen würde, den nNNV mit einem Vorlauf von mindestens drei Monaten einseitig anzupassen, sofern eine Änderung erforderlich ist, um einschlägigen Gesetzen oder Verordnungen, und/oder rechtsverbindlichen höchstrichterlichen Vorgaben von Gerichten sowie ggf. der ElCom zu entsprechen. Soweit es zwingend erforderlich ist, soll eine Anpassung auch mit sofortiger Wirkung erfolgen können. Sie informiere den Netznutzer per E-Mail an die in Ziffer 11 aufgeführte Kontaktstelle über die geänderten Bedingungen.
- 225 Zudem beantragt die Gesuchstellerin eine Ziffer 12.2, die sie berechtigt, den Netznutzungsvertrag einschliesslich der dazugehörigen Anhänge 1 und 2 für die Zukunft einseitig zu ändern, sofern für sie ein berechtigtes Interesse an einer Veränderung der vertraglichen Ausgestaltung bestehe. Sie konsultiere die Netznutzer vorgängig und informiere sie mindestens drei Monate vor dem Inkrafttreten der neuen Regelungen per E-Mail an die in Ziffer 11 aufgeführte Kontaktstelle über die geänderten Bedingungen.
- 226 Mit der Formulierung von Ziffer 12 nNNV trage die Gesuchstellerin dem Umstand Rechnung, dass sich die Rahmenbedingungen des nNNV stetig ändern und entsprechend eine Anpassung notwendig sei. Mit dem einseitigen Anpassungsrecht werde sichergestellt, dass auf solche Änderungen rasch und diskriminierungsfrei reagiert werden könne. Gleichzeitig werde mit dieser Vorgehensweise auch das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt. Bei wesentlichen Vertragsanpassungen könnten sich die Netznutzer aktiv in die Vertragsanpassung einbringen (act. 1 Rz. 114 f.).

4.10.2 Vorbringen Gesuchsgegnerin

- 227 Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, ein bloss einseitiges Anpassungsrecht der Gesuchstellerin sei nicht adäquat, vielmehr müsse es sich um eine gemeinsame Anpassungspflicht beider Parteien handeln. Diese solle allerdings nur gelten, wenn Anpassungen erforderlich seien, um den Vertrag an einschlägige Gesetze und höchstrichterliche Vorgaben anzupassen. Denn die Erfahrung zeige, dass Vorgaben im Stromversorgungsbereich (insbes. StromVG/StromVV, EnG/EnV) sehr schnelllebig seien. Nicht selten seien Verordnungsbestimmungen als nicht gesetzmässig beurteilt oder innert kürzester Zeit mehrfach revidiert worden, häufig wegen sich erst in der Umsetzung zeigenden rechtlichen oder praktischen Problemen. Weiter würden viele Streitfälle zu langwierigen Verfahren führen, in denen nicht selten die Entscheide mehrfach gedreht würden. Das werde sich auch in Zukunft kaum ändern (act. 8 Rz. 144).

- 228 Die Gesuchsgegnerin bringt zu ihrem Antrag zu Ziffer 12.2 weiter vor, neben der Anpassungspflicht für Fälle, in denen das Gesetz oder bundegerichtliche Rechtsprechung eine Anpassung verlangt, sollte eine zusätzliche Anpassungsmöglichkeit bestehen. Damit bestehe zugleich ein Weg, auch die obgenannten Verordnungsänderungen oder Entscheide anderer Instanzen nachzuvollziehen, sofern sie unbestritten seiend. Auch andere Auslöser für Vertragsänderungen seien denkbar. Entsprechend dem Vertragsprinzip sollen solche Änderungen aber von beiden Parteien vorgeschlagen werden können und seien bei den Betroffenen zu vernehmlassen (act. 8 Rz. 145).

4.10.3 Würdigung

- 229 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es der Gesuchstellerin nach der Einleitung des vorliegenden Verfahrens gelungen ist, sich mit den weiteren Akteuren der Branche auf einen allgemeinen Änderungsprozess für Branchenverträge zu einigen (siehe das Dokument Allgemeiner Änderungsprozess der Branchenverträge vom 13. Juli 2022; abrufbar unter www.swissgrid.ch > Partner > Alle Themen > Branchenverträge und Anhänge; zuletzt besucht am 14. März 2025). Dieses Dokument enthält einen detaillierten Prozess, wie für Vertragsänderungen vorzugehen ist (Ziff. 1(2)(a)-(p)). Im Falle einer fehlenden Einigung versuchen sich die Gesuchstellerin sowie die nicht unterzeichnungswillige Vertragspartnerin auf einen Eskalationsprozess zu einigen (Ziff. 1(3)). Gemäss Ziffer 2 des Dokuments Änderungsprozess gibt es zudem drei Möglichkeiten: die Anhänge der Branchenverträge zu ändern, gemäss dem Änderungsprozess nach Ziffer 1, bilateral durch gemeinsame schriftliche Zustimmung der Parteien oder einseitig (nur für den Inhalt einzelner Daten- und Informationsfelder, durch Unterzeichnung, Datierung und Übermittlung des geänderten Anhangs an die andere Partei; siehe Ziff. 2(1)(a)-(c)). Der jeweilige Branchenvertrag regelt, welcher der drei genannten Prozesse für die Änderung des jeweiligen Anhangs des betreffenden Branchenvertrages zur Anwendung kommt (Ziff. 2(2)).
- 230 Wie die Praxis gezeigt hat, ist überdies schwer vorhersehbar, in welchen Situationen es tatsächlich eine einseitige Anpassung braucht. So sieht der Rahmenvertrag für die Teilnahme an der Sekundärregelung vor, dass die Gesuchstellerin in gewissen Situationen berechtigt ist, die Preisgrenzen des Anhangs «Ausschreibungsbedingungen Sekundärregelung einseitig zu ändern (Ziff. 16.3(3)(a)); abrufbar unter www.swissgrid.ch > Partner > Alle Themen > Branchenverträge und Anhänge; zuletzt besucht am 14. März 2025). Bei der Einführung einer Preis- bzw. Gebotsgrenze für Sekundärregelenergie haben die Gesuchstellerin und sämtliche Systemdienstleistungsverantwortlichen (SDV) mit Ausnahme eines Marktakteurs die entsprechende Zusatzvereinbarung unterzeichnet, so dass diese in Kraft treten konnte (siehe die ElCom-Mitteilung «Hohe Preise für Sekundärregelenergie (SRE): Einführung einer befristeten Preisgrenze» vom 18. Dezember 2024 S. 4; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Mitteilungen). In diesem Beispiel konnten die Verträge somit mit Einverständnis fast aller Parteien geändert werden, ohne dass eine Anpassung gemäss des Änderungsprozesses oder eine einseitige Vertragsanpassung erfolgen musste.
- 231 Vor diesem Hintergrund vermag die Gesuchstellerin mit ihren Ausführungen nicht darzutun, weshalb sie (weiterhin) ein einseitiges Anpassungsrecht benötigen sollte. Die von der Gesuchsgegnerin beantragte Version erscheint ebenfalls nicht erforderlich. Sofern Vertragsbestimmungen im Widerspruch zu einschlägigen zwingenden Gesetzes- oder Verordnungsartikeln oder vollstreckbaren Entscheiden (unabhängig von welcher Instanz) stehen, werden sie von diesen übersteuert. In solchen Fällen sind Vertragsanpassungen rein deklaratorisch. Sofern der Vertrag mit den einschlägigen nicht dispositiven Rechtsnormen und Entscheiden übereinstimmt muss er nicht angepasst werden. Daher braucht es für solche Sachverhalte nicht zwingend eine vertragliche Regelung und jedenfalls nicht eine Kann-Bestimmung, wie dies die Gesuchsgegnerin beantragt, obwohl sie in ihrer Eingabe von einer Pflicht ausgeht. Angesichts des Allgemeinen Änderungsprozesses für Branchenverträge kann auch auf Ziffer 12.2 verzichtet werden. Sachgerecht erscheint, für Änderungen auf jenes Dokument zu verweisen.

- 232 Die Anträge der Parteien zu Ziffer 12 sind abzuweisen. In Ziffer 12 ist zu verfügen, dass Änderungen des Vertrags nach dem Dokument Allgemeiner Änderungsprozess der Branchenverträge vom 13. Juli 2022 vorzunehmen sind. Der zweitletzte Satz von Ziffer 12.1 nNNV betreffend Anpassung der Anhänge 3-6 wäre im Übrigen auch nicht als Vertragsinhalt zu verfügen, weil die Branchenempfehlungen NNMÜ, TC, MC und SDAT nicht als Anhänge 3-6 des nNNV zu verfügen sind und er damit obsolet wird (siehe oben Rz. 178).

5 Fazit

- 233 Die Ziffer 2 Absätze 3-6 und die Ziffer 5.1 sind gemäss dem Antrag der Gesuchstellerin zu verfügen. Die Ziffer 8 Absätze 6 und 7 sind gemäss dem Antrag der Gesuchstellerin mit den erwähnten, von der Gesuchsgegnerin beantragten Ergänzungen zu verfügen. Zudem ist der Antrag der Gesuchstellerin zu Ziffer 8 Absatz 6 abzuweisen, soweit er sich auf der Gesuchstellerin von Behörden übertragene Aufträge bezieht. Der Antrag der Gesuchsgegnerin zu Ziffer 8 Absatz 6 ist abzuweisen, soweit er die Streichung der dem StromVG und dem EnG zugehörigen Verordnungen betrifft. Die Ziffern 1.3, 3.3, 4, 5.2 und 6 sind gemäss dem Eventualantrag der Gesuchsgegnerin zu verfügen (Ziff. 3.3 ohne das Wort «pauschalisierten», Ziff. 5.2 ohne den Passus «der Betriebsvereinbarung bzw.», Ziff. 6 mit der Anpassung, dass der Vertrag mit Rechtskraft der Verfügung in Kraft tritt). In Ziffer 12 ist zu verfügen, dass Änderungen des Vertrags nach dem Dokument «Allgemeiner Änderungsprozess der Branchenverträge» vom 13. Juli 2022 vorzunehmen sind. Die Anträge der Parteien sind im jeweiligen Umfang gutzuheissen und abzuweisen. Die verfügten Vertragsziffern sind in das Dispositiv aufzunehmen. Auf die unstrittigen Ziffern des nNNV ist nicht einzutreten. Mit der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung kommt aber der Vertrag als Ganzes zustande und ist so in den Anhang der Verfügung aufzunehmen.
- 234 Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, den vorliegenden Vertrag den weiteren Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz anzubieten. Unbenommen der verfügten Vertragsinhalte steht es den Parteien auch nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung frei, einen anderen Netznutzungsvertrag zu vereinbaren, soweit dieser auch den weiteren Netznutzern auf Netzebene 2 angeboten wird.
- 235 Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass (auch) die verfügten Vertragsinhalte einerseits einen genügenden Zusammenhang zum StromVG aufweisen, um vom Legalitätsprinzip gedeckt zu sein, andererseits nicht so schwer in die Rechtspositionen der Parteien eingreifen, dass eine Grundlage in einem Bundesgesetz im formellen Sinne erforderlich wäre, oder die Parteien in ihrer Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt würden, soweit Letztere überhaupt anwendbar ist (Art. 164 Abs. 1 BV u. Art. 27 BV).

6 Umsetzung der Verfügung der Vertragsziffern

- 236 Als Verfügungen im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 VwVG gelten hoheitliche, auf Rechtswirkungen ausgerichtete und verbindliche Anordnungen einer Behörde im Einzelfall, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben (Bst. a). Ebenso gelten als Verfügung in diesem Sinne Feststellungen des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten und Pflichten (Bst. b) sowie die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten, oder das Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c). Eine Verfügung muss ohne weitere Konkretisierungs-Verfügung unmittelbar durchsetzbar sein. Dies bedingt eine minimale Präzision und Klarheit. Für den Verfügungsadressaten und die Behörde muss klar und unmissverständlich sein, was zwischen ihnen gilt; nur so erfüllt die Verfügung die für sie spezifischen Kriterien der direkten Vollstreckbarkeit und der beschwerdemässigen Anfechtung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-85/2015 vom 22. Januar 2016 E. 1.1 mit Hinweisen). In jenem Entscheid ist das Gericht nicht auf eine Beschwerde gegen eine Anordnung eingetreten, da diese nicht genügend konkret sei und es ihr daher am Verfügungscharakter mangle (E. 1.2-1.6). Nur das Dispositiv des Urteils erwächst in formelle Rechtskraft und ist vollstreckbar (Art. 39 ff. VwVG; CAMPRUBI MADELEINE, in Auer/Müller/Schindler, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, DIKE-Kommentar 2. Aufl. 2019 Art. 61 Rz. 24; KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE / BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, Rz. 1196).
- 237 Die Gesuchstellerin stellt den Hauptantrag, den fehlenden Willen der Gesuchsgegnerin zum Abschluss des nNNV durch Verfügung zu ersetzen. Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, den nNNV zu unterzeichnen. Die Gesuchsgegnerin führt einzig aus, dass es um einen Streit über den Abschluss des nNNV gehe und nicht um eine Streitigkeit aus einem bestehenden Vertragsverhältnis (act. 16 Rz. 11). Die Gesuchsgegnerin ist der Auffassung, dass für sie ein rein formaler Unterschied zwischen den beiden Anträgen der Gesuchstellerin bestehe. Im Ergebnis sei es in beiden Fällen die hoheitliche Festlegung des Inhalts von Rechtsbeziehungen zwischen zwei Rechtssubjekten. Zudem macht sie geltend, es sei nicht klar, was nach der Auffassung der Gesuchstellerin genau der Inhalt der beantragten Verfügung sein solle (act. 8 Rz. 4 f.).
- 238 Der Hauptantrag enthält mit dem Willen ein subjektives Element, bei dem nicht ohne Weiteres klar ist, wie dieses durchsetzbar ist. Das Gesetz und die Materialien schweigen sich zudem dazu aus, wie die Verfügung des Vertragsabschlusses konkret erfolgen soll. Im Erläuternden Bericht StromVV 2007 steht dazu nur, dass mit Verfügung das Bestehen eines Vertrags angeordnet wird und nicht nur die Verpflichtung zur Unterzeichnung wie die Gesuchstellerin beantragt (Erläuternder Bericht StromVV 2007 S. 9).
- 239 Einerseits werden in der vorliegenden Verfügung die strittigen Vertrags-Ziffern und damit der Inhalt des Vertrags direkt in das Dispositiv aufgenommen, andererseits wird der gesamte, durch die Verfügung geltende Netznutzungsvertrag in den Anhang der Verfügung aufgenommen, womit klar und unmissverständlich ist, was gilt. Dementsprechend hat die ElCom in der Verfügung 25-00074 vom 20. Oktober 2016 einen von den Parteien eingereichten Vertrag auf Konformität mit dem StromVG geprüft und hat dabei gewisse Anordnungen in das Dispositiv der Verfügung aufgenommen und den gesamten Vertrag in deren Anhang. Die Gesuchsgegnerin wird also nicht lediglich zur Unterzeichnung des Vertrages verpflichtet.

7 Entzug der aufschiebenden Wirkung

- 240 Die Gesuchstellerin beantragt den Entzug der aufschiebenden Wirkung mit der Begründung, zwischen der Gesuchsgegnerin und ihr bestehe seit dem 1. Januar 2019 kein Netznutzungsvertrag. Zwar müsse diese weiterhin gestützt auf die stromversorgungsrechtlichen Grundlagen Netznutzungsentgelt an die Gesuchstellerin entrichten, jedoch sei es ihr nicht möglich, eine falsche Datendeklaration zu pönalisieren. Im Lichte des Gleichbehandlungsgebots erachtet es die Gesuchstellerin als schwierig bzw. stossend, diejenigen Klauseln im revidierten Netznutzungsvertrag gegenüber den übrigen Netznutzern durchzusetzen, welche sich zu diesen zusätzlichen Pflichten bereits vertraglich verpflichtet haben (act. 1 Rz. 6). Würde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen, so würde dies zum Ergebnis führen, dass ein einzelner Vertragspartner die Durchsetzung eines ansonsten von der überwiegenden Mehrheit der Branche anerkannten Vertrages über Jahre blockieren könnte. Selbst wenn die Klauseln im revidierten Netznutzungsvertrag gegenüber den anderen Netznutzern – und damit unter Nichtbeachtung des Gleichbehandlungsgebots – durchgesetzt werden, so würde die Gesuchsgegnerin bei Nichtentzug der aufschiebenden Wirkung über einen längeren Zeitraum ohne sachlichen Grund gegenüber anderen Netznutzern bessergestellt. Entsprechend besteht eine Dringlichkeit, die es notwendig macht, den revidierten Netznutzungsvertrag möglichst zeitnah mit der Gesuchsgegnerin abzuschliessen. Eine allfällige Beschwerde gegen die gegenständlich ersuchte Endverfügung würde eine solche zeitnahe vertragliche Verankerung verhindern (act. 1 Rz. 7).
- 241 Sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat, kann die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Gemäss Rechtsprechung rechtfertigen nicht nur ganz aussergewöhnliche Umstände den Entzug der aufschiebenden Wirkung (BGE 129 II 289 E. 3.2). Immerhin muss die verfügende Behörde überzeugende Gründe dartun können. Sind solche vorhanden, ist weiter zu prüfen, ob die Massnahme verhältnismässig ist. Insbesondere sind die sich gegenüberstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Bei der Interessenabwägung steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (Zwischenverfügung A-2619/2009 der ECom vom 15. Juni 2009 E. 6).
- 242 Die Gesuchstellerin tut abgesehen von der Konventionalstrafe und der Gleichbehandlung keine Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung dar. Die Konventionalstrafe wird vorliegend gar nicht verfügt. Im Übrigen hat die Nichtgeltung des nNNV während der Verfahrensdauer soweit ersichtlich zu keinen operativen Schwierigkeiten geführt oder in anderweitiger Hinsicht Probleme verursacht, weder mit der Gesuchsgegnerin noch mit anderen Netznutzern. Soweit ersichtlich hat die Gesuchsgegnerin während dieser Zeit ihre Pflichten so erfüllt, als ob der nNNV abgeschlossen worden wäre. Die rein abstrakte Ungleichbehandlung aufgrund der fehlenden Unterzeichnung reicht nicht, um Dringlichkeit zu begründen. Der Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen.

8 Gebühren

- 243 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).

- 244 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: 12 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend 3'000 Franken), 40 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend 9'200 Franken) und 451 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend 90'200 Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von 102'400 Franken.
- 245 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).
- 246 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass die ECom nun von der Gesuchstellerin gezwungen werde, eine Verfügung zu erlassen, sei angesichts der Vorgeschichte, v.a. dem Umstand, dass man in mehreren strittigen Punkten ja bereits eine Lösung gefunden habe – an die sich die Gesuchstellerin hier aber offensichtlich nicht halten möchte – nicht nachvollziehbar und unnötig, und sei alleine von der Gesuchstellerin zu vertreten. Sie habe ohne Not Gespräche verweigert, auf ihren Anträgen beharrt und völlig unnötig eine Verfügung erzwungen. Dies müsse sich in der Kostentragung dieses Verfahrens niederschlagen (act. 46 Rz. 8, 37 f.).
- 247 Die Gesuchstellerin hat durch ihr Gesuch die Verfügung veranlasst. Auf einen grossen Teil der strittigen Punkte ist einzutreten. Insoweit unterliegt die Gesuchsgegnerin. Selbst wenn die Gesuchstellerin durch ihren Verzicht auf Vergleichsgesprächen die Ursache für die vorliegende Verfügung gesetzt hat, kann den Ausführungen der Gesuchsgegnerin zur Kostentragung nicht gefolgt werden. Bezüglich der verfügten Inhalte wird wiederum zum Teil den Anträgen der Gesuchstellerin und zum Teil den Anträgen der Gesuchsgegnerin gefolgt. Schliesslich unterliegt die Gesuchstellerin mit ihrem Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung. Insgesamt erscheint bei diesem Verfahrensausgang eine hälftige Kostenteilung gerechtfertigt.

9 Parteientschädigung

- 248 Der Gesuchsgegnerin beantragt eine Parteientschädigung. Die Umstände würden es vorliegend gar rechtfertigen, der Gesuchstellerin nicht nur die Verfahrenskosten aufzuerlegen, sondern sie darüber hinaus zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin die Parteikosten zu ersetzen, jedenfalls soweit sie die letzte Runde mit diesen Schlussbemerkungen betreffen (act. 46 Rz. 37 f.)
- 249 Weder das StromVG noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (BGE 132 II 47 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen). Aus diesem Grund sind vorliegend keine Parteientschädigungen zu sprechen.

III Entscheid

Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

1. Soweit die Swissgrid AG die Verfügung der nicht strittigen Vertragsziffern beantragt, wird nicht auf das Gesuch eingetreten.
2. Im Übrigen wird auf das Gesuch eingetreten und die folgenden Vertragsinhalte werden zwischen der Swissgrid AG und der BKW Energie AG verfügt:

1.3 Vertragsbestandteile und Branchendokumente

Bestandteile dieses Vertrages bilden, in der jeweils gültigen Fassung, die folgenden Anhänge mit ihren Beilagen:

Anhang 1: Tarife für das Übertragungsnetz;

Anhang 2: Datenblatt Netznutzung;

Die Anhänge werden auf der Website der Swissgrid (www.swissgrid.ch) in der jeweils gültigen Fassung publiziert und können vom Netznutzer dort eingesehen werden. Das Datenblatt Netznutzung wird in Form einer Formularvorlage auf der Webseite der Swissgrid aufgeschaltet.

Die Parteien berücksichtigen zudem die einschlägigen Branchenempfehlungen, namentlich jene zum Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz, sowie die international und national anerkannten Normen. Sollten sich einzelne Regelungen in Branchenempfehlungen als nicht sachgerecht erweisen, kann in begründeten Fällen jede Partei davon abweichen. Dies gilt auch für die Verweise in dieser Vereinbarung auf Branchenempfehlungen und deren Anhänge. Bei allfälligen Widersprüchen geht diese Vereinbarung in jedem Fall vor.

2.2 Einschränkung und Unterbrechung der Netznutzung

Zur Beherrschung kritischer Netzsituationen ist Swissgrid berechtigt:

- A. *Den Netznutzer anzuweisen, den Bezug aus dem Übertragungsnetz anzupassen.*
- B. *Anlagen vom Netz zu trennen*
- C. *Den Netznutzer zur Inbetriebnahme oder zur Trennung von Anlagen anzuweisen.*

Bei absehbaren oder planbaren Sachverhalten, die zu betriebsbedingten Unterbrechungen führen, erfolgt vorab eine Absprache mit dem betroffenen Netznutzer.

Die Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung durch Swissgrid gemäss den Bestimmungen dieses Vertrags befreit den Netznutzer nicht von seinen bestehenden Zahlungspflichten für fällige Rechnungen oder von der Erfüllung anderer Verpflichtungen gegenüber Swissgrid.

Aus der Unterbrechung oder Einschränkung der Netznutzung gemäss den Bestimmungen dieses Vertrags entsteht dem Netznutzer kein Anspruch auf Entschädigungen irgendwelcher Art.

3.3 Aufwandersatz bei falscher Datenlieferung

Bei falschen Angaben im Datenblatt, ist die Swissgrid berechtigt, vom Netznutzer einen angemessenen Aufwandersatz für den Mehraufwand bei der Datenpflege zu verlangen.

Swissgrid ist in jedem Falle berechtigt, nebst dem Aufwandersatz auch die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Netznutzers zu fordern.

4 Energiedatenmanagement

Es gelten die einschlägigen Branchendokumente im Rahmen von Ziffer 1.3.

5 Haftung

5.1 Die Haftung richtet sich nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und ist auf den entstandenen Schaden begrenzt. Jede weitere Haftung ist ausgeschlossen: insbesondere für entgangenen Gewinn, mittelbare Schäden, Folgeschäden und bei Force Majeure sowie bei leichter und mittlerer Fahrlässigkeit. Dieser Ausschluss gilt im Rahmen des gesetzlich Zulässigen auch für Ansprüche aus ausservertraglicher Haftung. Swissgrid haftet ausserdem nicht für Schaden, der im Rahmen pflichtgemässer Dienstaussübung entsteht.

5.2 Hinsichtlich der Haftung im Zusammenhang mit dem manuellen Lastabwurf und den diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen gelten die speziellen Regeln aus der Vereinbarung zur Umsetzung des manuellen Lastabwurfs sowie der diesem vorgelagerten Bezugsanpassungen.

6 Vertragsdauer und Kündigung

Dieser Vertrag tritt mit Rechtskraft der ECom-Verfügung 212-00384 vom 3. Juni 2025 in Kraft und bleibt grundsätzlich gültig, solange der Netzanschlussvertrag besteht.

Die Parteien können diesen Vertrag jederzeit mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten schriftlich auf das Ende eines Monats kündigen.

Wird über eine Partei der Konkurs eröffnet oder ein sonstiges Insolvenzverfahren, insbesondere Nachlassstundung oder Konkursaufschub eingeleitet oder erklärt eine Partei sich als zahlungsunfähig, ist die andere Partei berechtigt, diesen Vertrag mit sofortiger Wirkung aufzulösen.

8 Vertraulichkeit und Datenschutz

Eine Verwendung von Daten im Rahmen der Aufgaben von Swissgrid und der Netznutzer gemäss dem geltenden Energiegesetz und dem Stromversorgungsgesetz und den jeweils zugehörigen Verordnungen ist ausdrücklich erlaubt.

Ausserdem stimmen Swissgrid und der Netznutzer dem im Zusammenhang mit der Erfüllung dieses Vertrages erforderlichen Informationsaustausch zwischen Swissgrid bzw. dem Netznutzer und Dritten (z.B. andere Netznutzer, Messdienstleister oder Verteilnetzbetreiber) zu.

12 Anpassung des Vertrags

Änderungen des Vertrags sind nach dem auf der Website der Swissgrid AG abrufbaren Dokument «Allgemeiner Änderungsprozess der Branchenverträge» vom 13. Juli 2022 vorzunehmen.

3. Die Swissgrid AG wird verpflichtet, den Vertrag gemäss dieser Verfügung nach Rechtskraft der Verfügung den weiteren Verteilnetzbetreibern und Endverbrauchern mit Anschluss an das Übertragungsnetz anzubieten.
4. Der Antrag der Swissgrid AG, einer Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen, wird abgewiesen.
5. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt 102'400 Franken. Sie wird je zu 51'200 Franken der Swissgrid AG und der BKW Energie AG auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
6. Die Verfügung wird der Swissgrid AG und der BKW Energie AG je mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 3. Juni 2025

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Werner Luginbühl
Präsident

Michael Bhend
StV. Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- Swissgrid AG, Bleichemattstrasse 31, Postfach, 5001 Aarau
- BKW Energie AG
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jäger, Kellerhals Carrard, Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Anhang:

- Netznutzungsvertrag zwischen Swissgrid AG und BKW Energie AG gemäss Verfügung

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).