

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-1482/2023

Urteil vom 24. September 2024

Besetzung

Richter Stephan Metzger (Vorsitz),
Richterin Christine Ackermann,
Richter Alexander Mistic,
Gerichtsschreiber Roland Hochreutener.

Parteien

AEW Energie AG,
Obere Vorstadt 40, 5000 Aarau,
vertreten durch
Dr. iur. Allen Fuchs, Rechtsanwalt, und
Dr. iur. Mischa Morgenbesser, Rechtsanwalt,
Badertscher Rechtsanwälte AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Swissgrid AG,
Bleichemattstrasse 31, Postfach, 5001 Aarau 1,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom,

Christoffelgasse 5, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vorränge für grenzüberschreitende Energielieferungen.

Sachverhalt:**A.**

Die AEW Energie AG mit Sitz in Aarau bezweckt laut Handelsregister insbesondere die leitungsgebundene Versorgung – beinhaltend namentlich die Produktion, Beschaffung, Verteilung und den Verkauf von Energie an Energieversorgungsunternehmen und Endverbraucher, die Versorgung im Bereich Telekommunikation sowie die Erbringung von damit verbundenen Dienstleistungen, insbesondere im Kanton Aargau und im näheren Ausland – sowie die Erfüllung der gemäss Energiegesetz des Kantons Aargau übertragenen Verpflichtungen. Sie ist mit einem Aktienanteil von 17 Prozent an der Rheinkraftwerk Albrück-Dogern AG (RADAG) mit Sitz in Albrück (Deutschland) beteiligt. Die in diesem Grenzkraftwerk produzierte Energie wird ausschliesslich über die von der Amprion GmbH betriebene Umspannstation in Tiengen in das Stromnetz eingespiesen, wobei keine Ableitmöglichkeit in das Schweizer Verteilnetz besteht. Ein Abtransport der in der RADAG produzierten Energie in die Schweiz kann nur über das grenzüberschreitende Übertragungsnetz erfolgen.

B.

Mit Schreiben vom 29. September 2014 teilte die deutsche Übertragungsnetzbetreiberin TransnetBW GmbH der AEW Energie AG mit, dass laut einer rechtlichen Prüfung durch eine externe Kanzlei keine wirksame Rechtsnachfolge der TransnetBW GmbH (Rechtsvorgängergesellschaft ENnBW Transportnetze AG) bestehe; mangels vertraglicher Grundlage mit der TransnetBW GmbH bestehe deshalb kein Rechtsanspruch auf Einräumung vorrangiger Netzkapazitäten. Aus den Verträgen könnten daher keine Ansprüche mehr hergeleitet werden; rein vorsorglich kündige sie alle vertraglichen Beziehungen mit Wirkung per 31. Dezember 2014. Ab dem 1. Januar 2015 werde sie keine vorrangige Berücksichtigung von Kapazitäten mehr durchführen. Am 11. Dezember 2014 orientierte die Swissgrid AG die AEW Energie AG darüber, dass sie mit der TransnetBW GmbH einen neuen, voraussichtlich per 1. Januar 2015 in Kraft tretenden Kooperationsvertrag abgeschlossen habe. Nach diesem Vertrag würden alle grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten ausschliesslich im marktorientierten Zuteilungsverfahren vergeben. Ab 1. Januar 2015 könnten demnach Vorränge für grenzüberschreitende Energielieferungen weder rechtlich noch faktisch durchgesetzt werden. Eine Sicherung des Nutzungsrechts für die benötigte Kapazität könne neu nur mehr noch über das marktorientierte Zuteilungsverfahren erfolgen.

C.

Mit Eingabe vom 27. September 2018 stellte die AEW Energie AG bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission EICom das Gesuch, die Swissgrid AG sei ab 1. Oktober 2018 zu verpflichten, ihr für Energielieferungen von der Regelzone Deutschland in die Regelzone Schweiz aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern einen Vorrang im Sinne von Art. 17 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7; in Kraft ab 1. Oktober 2017) zu gewähren. Eventualiter sei die Swissgrid AG zu verpflichten, ihr bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz für Energielieferungen aus dem Kraftwerk Albruck-Dogern einen Vorrang nach Art. 17 Abs. 2 StromVG zu gewähren. Die Swissgrid sei zu verpflichten, ihr jeglichen Schaden zu ersetzen, der ihr entstehe, weil sie ihr keine vorrangige Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Art. 17 Abs. 2 StromVG gewähre, wobei der Schaden innert 30 Tagen ab Rechnungsstellung zu vergüten sei. Eventualiter sei die Swissgrid AG zu verpflichten, ihr eine Entschädigung im Umfang des Verlustes zu bezahlen, der ihr durch die Nichtgewährung der beantragten und streitgegenständlichen Vorränge entstanden sei und entstehe. Subeventualiter sei die Swissgrid AG zu verpflichten, ihr den durch den Wegfall der streitgegenständlichen Vorränge erzielten wirtschaftlichen Vorteil herauszugeben. Zur Begründung führte die AEW Energie AG im Wesentlichen an, die Swissgrid AG müsse ihr gestützt auf Art. 17 Abs. 2 StromVG vorrangig Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz zuteilen, weil sie über einen vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossenen internationalen Bezugsvertrag verfüge.

D.

Am 13. Dezember 2018 sistierte die EICom das Verfahren mit Zustimmung der Parteien bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids im Verfahren 232-00046. Nachdem die EICom die Frage, ob sich ein allenfalls zu gewährender Vorrang aus einem internationalen Bezugs- und Liefervertrag ergebe, im Verfahren 232-00046 in der (inzwischen in Rechtskraft erwachsenen) Verfügung vom 13. Oktober 2020 offengelassen hatte, teilte sie den Parteien am 26. November 2020 die Wiederaufnahme des Verfahrens mit.

E.

Gestützt auf ein entsprechendes Begehren der EICom nahm das Bundesamt für Energie in einem Amtsbericht vom 10. Juni 2021 dahingehend

Stellung, dass gemäss der derzeit gültigen Konzession vom 27. Mai 2003 54 % der vom Grenzkraftwerk nutzbar gemachten Wasserkraft und der daraus gewonnenen elektrischen Energie auf den Kanton Aargau und 46 % auf das Land Baden-Württemberg falle.

F.

Mit Verfügung vom 7. Februar 2023 ordnete die ECom Folgendes an:

- «1. Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der AEW Energie AG aus den laufenden Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze im Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2023 das stellvertretende Commodum im Sinne der Erwägungen in Ziffer 3.2 dieser Verfügung auszubehalten. Die Berechnung des stellvertretenden Commodums erfolgt auf der Basis der stündlichen Leistungswerte des 17 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern umfassenden Vorrangs der AEW Energie AG gemäss folgender Formel:

Stellvertretendes Commodum (EUR=)

$$\sum (\text{Fahrplanlieferung}_i [\text{MWh}] * \text{Market clearing price der Tagesauktion}_i [\text{EUR/MWh}]) : 2$$

2. Das Stellvertretende Commodum gemäss Dispositiv Ziffer 1 ist wie folgt mit einem Verzugszins von 5 Prozent p.a. zu verzinsen:

Stellvertretendes Commodum aus Auktionen in den Monaten:	Verzugszins ab:
Oktober bis November 2018	1. Januar 2019
Dezember 2018 bis November 2019	1. Januar 2020
Dezember 2019 bis November 2020	1. Januar 2021
Dezember 2020 bis November 2021	1. Januar 2022
Dezember 2021 bis November 2022	1. Januar 2023
Dezember 2022 bis November 2023	1. Januar 2024
Dezember 2023	1. Januar 2025

3. Im Übrigen wird der Antrag der AEW Energie AG auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums abgewiesen.
4. Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der AEW Energie AG ab 1. Januar 2024 auf Gesuch hin aus den laufenden Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze die Erlöse auszubehalten, welche die Swissgrid AG für die von der AEW Energie AG erworbene, vorrangberechtigte Kapazität eingenommen hat.

Die AEW Energie AG hat dazu die erworbenen grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten sowie ihren tatsächlichen Anspruch auf Vorrang in Höhe von 17 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern mittels Ist-Produktionsdaten stundenscharf zu belegen.

5. Der prozessuale Antrag Nummer 6 der AEW Energie AG wird abgewiesen.
6. Der Antrag der Swissgrid AG auf Beizug der Akten des Verfahrens 232-00046 wird abgewiesen.
7. Die Gebühr der Verfügung beträgt 10'840 Franken. Sie wird zu drei Vierteln der Swissgrid AG und zu einem Viertel der AEW Energie AG auferlegt. Die Rechnungen werden nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
8. Die Verfügung wird der AEW Energie AG und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.»

Zur Begründung führte die EICom insbesondere aus, die Notwendigkeit einer grenzüberschreitenden Übertragung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 Satz 2 StromVG sei für die Sicherstellung des schweizerischen Hoheitsanteils an der durch die RADAG gewonnenen Energie gegeben. Die bestehenden Konzessionen würden einen dem Kanton Aargau – und damit der Schweiz – zukommenden Anteil von 54 Prozent der durch die RADAG erzeugten elektrischen Energie definieren. Aufgrund des unbestrittenen Aktienanteils von 17 Prozent habe die AEW Energie AG einen Anspruch auf Bezug von 17 Prozent der durch die RADAG erzeugten elektrischen Energie. Für diesen Anteil an der Produktion habe die AEW Energie AG seit dem 1. Oktober 2018 einen Anspruch auf Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 2 StromVG. Gemäss Kooperationsabkommen zwischen der Swissgrid AG und den deutschen Übertragungsnetzbetreiberinnen kämen die an der Grenze vereinnahmten Erlöse zu 50 % der Swissgrid AG und zu 50 % der TransnetBW GmbH und der Amprion GmbH zu Gute und würden den Auktionspartnern direkt vom Auktionsbüro gutgeschrieben. Das von der Swissgrid AG herauszugebende stellvertretende Commodum (Ersatzleistung bzw. Ersatzanspruch gegen Dritte) entspreche somit der Hälfte der insgesamt für die Vergabe der fraglichen Kapazität erzielten Auktionserlöse. Als Folge der Nichtgewährung des Vorrangs seit dem 1. Oktober 2018 sei der AEW Energie AG im Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2023 das stellvertretende Commodum nach folgender Formel zu erstatten (wobei i für jede Stunde stehe):

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

Für die Zukunft bzw. für die Zeit ab 1. Januar 2024 komme zur Gewährung der Vorränge an der deutsch-schweizerischen Grenze nur ein Verfahren in

Betracht, mit dem die gesamte grenzüberschreitende Kapazität in einer expliziten Auktion vergeben werde und das den Vorrang in Form einer finanziellen Kompensation gewähre. Auch Vorrangberechtigte hätten zunächst die für ihre grenzüberschreitenden Lieferungen erforderlichen Kapazitäten regulär in der Auktion zu erwerben. Die anschliessende Kompensation müsse dabei grundsätzlich sämtliche Kosten abdecken, die den Vorrangberechtigten beim Erwerb der entsprechenden Kapazität in der Auktion entstünden. Möchte die AEW Energie AG ihren Anspruch auf Vorrang bei der Zuteilung der Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz ab 1. Januar 2024 geltend machen, werde sie die entsprechende Kapazität zunächst regulär erwerben müssen. Anschliessend sei sie berechtigt, bei der Swissgrid AG ein Gesuch um Rückerstattung der für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse einzufordern. Gemäss Kooperationsvertrag kämen die an der Grenze vereinnahmten Erlöse zu 50 Prozent der AEW Energie AG und zu 50 Prozent der TransnetBW GmbH zu Gute. Dabei habe sie gegenüber der Swissgrid AG die erworbenen Kapazitäten und ihren tatsächlichen Anspruch auf Vorrang in der Höhe von 17 Prozent der Produktion der RADAG stundenscharf zu belegen. Das künftige Verfahren zur Gewährung von Vorrängen sei so festzulegen, dass keine Mehrbelastung der Endverbraucher im Vergleich zur regulären, vom Gesetzgeber ursprünglich vorgesehenen Vorrangsgewährung erfolge. Die finanzielle Rückerstattung dürfe daher die von der Swissgrid AG in der Auktion für die Vergabe der vorrangberechtigten Kapazität erzielten Erlöse nicht überschreiten.

G.

Gegen diese Verfügung der ECom (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt die AEW Energie AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 15. März 2023 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Anträgen:

- «1. Disp.-Ziffer 1 der Verfügung 232-00066 vom 7. Februar 2023 sei wie folgt anzupassen:

Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der AEW Energie AG aus den laufenden Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze ~~im Zeitraum vom~~ ab 1. Oktober 2018 ~~bis 31. Dezember 2023~~ das stellvertretende Commodum im Sinne der Erwägungen in Ziffer 3.2 dieser Verfügung auszubehalten. [Rest unverändert.]

2. Disp.-Ziffer 2 der Verfügung 232-00066 vom 7. Februar 2023 sei wie folgt anzupassen:

[Rest unverändert.]

Stellvertretendes Commodum

Verzugszins ab:

[Rest unverändert.]

Dezember 2023 **bis November 2024**

1. Januar 2025

Dezember 20XX bis November 20XX+1

1. Januar 20XX+2

3. Disp.-Ziffer 3 der Verfügung 232-00066 vom 7. Februar 2023 sei wie folgt anzupassen:

Der Anspruch auf Ausbezahlung des stellvertretenden Commodums gemäss Disp.-Ziffern 1 und 2 endet, wenn die Swissgrid AG der AEW den physischen Vorrang nach Art. 17 Abs. 2 StromVG gewährt oder wenn Art. 17 Abs. 2 StromVG ersatzlos aufgehoben wird.

4. Disp.-Ziff. 4 der Verfügung 232-00066 vom 7. Februar 2023 sei aufzuheben.

Eventualantrag:

5. Disp.-Ziffer 1 der Verfügung 232-00066 vom 7. Februar 2023 sei wie folgt anzupassen:

Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der AEW Energie AG aus den laufenden Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze im Zeitraum vom 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember **2025** das stellvertretende Commodum im Sinne der Erwägungen in Ziffer 3.2 dieser Verfügung auszubehalten. [Rest unverändert.]

6. Disp.-Ziffer 2 der Verfügung 232-00066 vom 7. Februar 2023 sei wie folgt anzupassen:

[Rest unverändert.]

Stellvertretendes Commodum

Verzugszins ab:

[Rest unverändert.]

Dezember 2023 **bis November 2024**

1. Januar 2025

Dezember 2024 bis November 2025

1. Januar 2026

Dezember 2025

1. Januar 2027

7. Disp.-Ziffer 4 der Verfügung 232-00066 vom 7. Februar 2023 sei wie folgt anzupassen:

Die Swissgrid AG wird verpflichtet, der AEW Energie AG ab 1. Januar 2026 auf Gesuch hin aus den laufenden Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität an der deutsch-schweizerischen Grenze die Erlöse auszubezahlen, welche die Swissgrid AG für die von der AEW Energie AG erworbene, vorrangberechtigte Kapazität eingenommen hat [Rest unverändert.]

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerin.»

H.

Mit Beschwerdeantwort vom 21. April 2023 beantragt die Swissgrid AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerde.

I.

In ihrer Vernehmlassung vom 5. Mai 2023 nimmt die Vorinstanz zu den Argumenten der Beschwerdeführerin im Einzelnen Stellung, ohne einen Antrag zu stellen.

J.

In ihren Schlussbemerkungen vom 9. Juni 2023 hält die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Argumenten und Anträgen fest.

K.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die bei den Akten befindlichen Dokumente wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Der angefochtene Entscheid ist als Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG zu qualifizieren. Die ECom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist somit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2

1.2.1 Angesichts des grenzüberschreitenden Bezugs gilt es vorab zu klären, welches Recht bezüglich der internationalen Zuständigkeit anwendbar ist (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 1.1.1 mit Hinweisen). Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesverwaltungsgericht und andere rechtsanwendende Behörden massgebend. Im öffentlichen Recht gilt sodann das Territorialitätsprinzip: Das schweizerische öffentliche Recht ist grundsätzlich nur anwendbar auf Sachverhalte, die sich in der Schweiz zutragen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 310 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2022, Rz. 535-537). Gemäss dem sog. Auswirkungsprinzip kann es jedoch, unter Umständen auch ohne diesbezügliche Anordnung, auch auf Sachverhalte Anwendung finden, die sich zwar im Ausland ereignen, aber in einem ausreichenden Mass auf dem Territorium der Schweiz auswirken (vgl. BGE 133 II 331 E. 6.1).

Jede grenzüberschreitende Nutzung des (schweizerischen) Übertragungsnetzes betrifft unabhängig von der Lieferichtung schon aus physikalischen Gründen beide Anrainerstaaten (vgl. allgemein GÖRAN ANDERSSON, Technische Voraussetzungen des Stromhandels, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Stromhandel, 2007, S. 23 ff.). Jeder Export betrifft aus der Sicht eines Nachbarstaates wirtschaftlich betrachtet einen Import und jeder Import einen entsprechenden Export. Folglich betreffen grenzüberschreitende

Stromübertragungen letztlich die Gebietshoheit beider Staaten, wobei kein Grenzstaat völkerrechtlich betrachtet für sich das einseitige Recht für eine abschliessende Regelung in Anspruch nehmen kann (vgl. BGE 129 II 114 E. 4.1 ff. mit Hinweis auf das völkergewohnheitsrechtliche Schädigungsverbot; vgl. auch BGE 121 II 447 E. 3a und statt vieler Urteil des BVGer A-5836/2015 vom 26. Mai 2016 E. 1.2 mit Hinweisen).

1.2.2 Schweizerische Behörden wenden stets schweizerisches öffentliches Recht an, sofern nicht ausnahmsweise die Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts aufgrund eines Staatsvertrags geboten erscheint (BGE 95 II 109 E. 3c; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 310).

Die Normen des EU-Rechts, namentlich die Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 (nachfolgend: VO 714/2009; ABl. 2009 L 211, S. 15 ff.) sind auf die Schweiz – jedenfalls aus Sicht der inländischen Behörden – nicht anwendbar (vgl. Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 1.1.2 i.V.m. E. 4.2.1). Damit gelangt im vorliegenden Verfahren grundsätzlich schweizerisches Recht zur Anwendung und die behördliche Zuständigkeit richtet sich nach dem StromVG, das in Art. 17 den Netzzugang bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz regelt.

1.2.3 Die EICom überwacht die Einhaltung des StromVG und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug dieses Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen notwendig sind (vgl. Art. 22 Abs. 1 StromVG). Sie ist dabei unter anderem zuständig für den Entscheid im Streitfall über den Netzzugang und die Netznutzungsbedingungen (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG), mithin auch für Fragen betreffend den Netzzugang bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz (vgl. Art. 17 StromVG). Demnach war sie zum Erlass der angefochtenen Verfügung ohne Weiteres befugt.

1.3 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist von der angefochtenen Verfügung besonders betroffen bzw. durch diese materiell beschwert. Als Teilhaberin eines Grenzkraftwerks würde sie von der priorisierten Nutzung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität wirtschaftlich profitieren, womit sie ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung aufweist. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert.

1.4 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft angefochtene Verfügungen auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – grundsätzlich – Unangemessenheit (vgl. Art. 49 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Soweit es um Verfügungen der Vorinstanz geht, ist zu beachten, dass diese keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen ist (vgl. Art. 21 f. StromVG). Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung ihrer Verfügungen. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die vorinstanzliche Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Die Vorinstanz amtiert weiter in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl im Bereich der Stromversorgung als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Ihr steht dabei – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches «technisches Ermessen» zu. Bei der Beurteilung von Fachfragen darf ihr daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. statt vieler BGE 133 II 35 E. 3; BVGE 2009/35 E. 4; Urteil des BVGer A-4025/2015 vom 22. März 2016 E. 2 mit Hinweisen sowie MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.154 f.).

3.

3.1 Die nationale Netzgesellschaft betreibt das schweizerische Übertragungsnetz und damit auch denjenigen Teil, der dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient (Art. 18 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG). Sie sorgt für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes und legt in Koordination mit den Netzbetreibern der Nachbarländer die grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten fest (Art. 20 Abs. 1 StromVG). Der Netzzugang für grenzüberschreitende Stromlieferungen über das Übertragungsnetz ist hinsichtlich des sog. Engpassmanagements spezialgesetzlich reguliert (vgl. dazu KATHRIN S. FÖHSE, Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz [StromVG], 2014, Rz. 64 ff.; WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, § 4 Rz. 121). Gemäss Art. 17 Abs. 1 StromVG kann die nationale Netzgesellschaft die verfügbare Kapazität nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zuteilen, wenn die Nachfrage nach grenzüberschreitender Übertragungskapazität die verfügbare Kapazität überschreitet. Die ElCom kann hierbei das Verfahren regeln.

3.2 Das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene wird von der nationalen Netzgesellschaft, der Swissgrid AG, betrieben (Art. 18 Abs. 1 StromVG). Das Übertragungsnetz umfasst dabei das Elektrizitätsnetz, das der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dient (Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG). Die Netzgesellschaft sorgt dauernd für einen diskriminierungsfreien, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb des Übertragungsnetzes und legt die grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten in Koordination mit den Netzbetreibern der Nachbarländer fest (Art. 20 Abs. 1 StromVG). Überschreitet die Nachfrage nach grenzüberschreitender Übertragungskapazität die verfügbare Kapazität, so kann sie die verfügbare Kapazität nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zuteilen. Die ElCom kann das Verfahren regeln (Art. 17 Abs. 1 StromVG). Bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz haben Lieferungen aufgrund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, Vorrang. Vorrang haben auch Lieferungen aus Grenzwasserkraftwerken, soweit die grenzüberschreitende Übertragung zur Sicherstellung der jeweiligen Hoheitsanteile nötig ist (Art. 17 Abs. 2 StromVG). Die Nutzung zugeteilter Kapazität

darf nur eingeschränkt werden, wenn die Sicherheit des Übertragungsnetzes gefährdet ist und die nationale Netzgesellschaft keine anderen zumutbaren und wirtschaftlich vertretbaren Massnahmen zum Ausgleich der Netzbelastung ergreifen kann (Art. 17 Abs. 3 StromVG). Wird zugeteilte Kapazität nicht in Anspruch genommen, so muss sie erneut nach marktorientierten Verfahren zugeteilt werden (Art. 17 Abs. 4 StromVG). Die nationale Netzgesellschaft erstattet der EICom Bericht über die Handhabung der Vorrangregelung nach Art. 17 Abs. 2 StromVG und stellt ihr einen Antrag für die Verwendung der Einnahmen nach Art. 17 Abs. 5 StromVG (Art. 20 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008, StromVV; SR 734.71).

Mit der ab 1. Oktober 2017 in Kraft getretenen neuen Regelung wurden die (bisher anerkannten) Vorränge für Stromlieferungen an Endverbraucher in der Grundversorgung sowie für Lieferungen aus erneuerbaren Energien aufgehoben. Die Vorränge für Lieferungen aus Grenzwasserkraftwerken und aus den vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossenen Langfristverträgen blieben bestehen (vgl. dazu Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 30. August 2017; < www.bfe.admin.ch > News und Medien > Medienmitteilungen > Vorränge im grenzüberschreitenden Stromnetz werden neu geregelt, abgerufen am 02.09.2024).

3.3 Die mit den Auktionsverfahren erzielten Erlöse stehen der nationalen Netzgesellschaft und dem benachbarten Übertragungsnetzbetreiber je zur Hälfte zu (vgl. dazu Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates vom 1. September 2016, Parlamentarische Initiative Streichung von Vorrängen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz [nachfolgend: Bericht UREK-S], Ziff. 3.3.6, BBl 2016 8313 S. 8327). Nach Art. 17 Abs. 5 StromVG sind die Erlöse aus marktorientierten Zuteilungsverfahren für den Erhalt oder den Ausbau des Übertragungsnetzes, zur Deckung anderer anrechenbarer Kosten des Übertragungsnetzes oder aber zur Deckung der Kosten aus grenzüberschreitenden Elektrizitätslieferungen, die nicht einzelnen Verursachern direkt angelastet werden, einzusetzen.

Elektrizitätslieferungen aus Grenzwasserkraftwerken sind nach der Konzeption des Gesetzgebers deshalb grundsätzlich vorrangig, weil es sich dabei um Lieferungen aus erneuerbaren Energien handelt. Bei der Behandlung des Vorrangs zugunsten der erneuerbaren Energien wurde in der

parlamentarischen Debatte zur Änderung des Elektrizitäts- und Stromversorgungsgesetzes denn auch ausdrücklich auf den aus Grenzgewässern gewonnenen Strom Bezug genommen (Bericht UREK-S, BBl 2016 8313 S. 8327).

3.4 Mit Blick auf die schweizerisch-deutsche Grenze ist hervorzuheben, dass seit 2015 keine physischen Vorgänge mehr gewährt werden. Das bisherige Abkommen zwischen den betroffenen Übertragungsnetzbetreibern wurde gekündigt und in einem neu abgeschlossenen Abkommen konnte keine entsprechende Einigung zur Gewährung von Vorrängen erzielt werden. Unilateral können die in der Schweiz geltenden Vorränge nicht mehr durchgesetzt werden (BENEDIKT PIRKER, Grenzüberschreitende Kapazitäten – Neuregelung der Vorränge im grenzüberschreitenden Stromnetz, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, in: Schriften zum Energierecht, Bd. 10, 2019, S. 157 Rz. 10 und S. 163 Rz. 22).

3.5 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist – mit Blick auf die Kündigung des (früheren) Kooperationsabkommens – ab dem 1. Januar 2015 die Pflicht der Swissgrid AG, den nach schweizerischem Recht an sich bestehenden Vorrang zu gewähren, infolge objektiver Unmöglichkeit entfallen. Mangels einer besonderen Regelung im Verwaltungsrecht rechtfertige es sich, die Regelung von Art. 119 OR analog anzuwenden. Die Swissgrid AG werde grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig (Art. 119 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, fünfter Teil: Obligationenrecht; OR, SR 220; analog) und es entstünden auch keine Sekundärpflichten, unter Vorbehalt der Haftung für ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 119 Abs. 2 OR) oder der Herausgabe eines stellvertretenden Commodums (vgl. dazu BGE 112 II 235 E. 4c S. 239 f.; Urteil des BGer 4C.199/2004 vom 11. Januar 2005 E. 0.1). Anders verhalte es sich jedoch, wenn die Swissgrid AG die Vertragskündigung durch die deutschen Übertragungsnetzbetreiber oder deren Weigerung, einen die Vorränge respektierenden neuen Vertrag abzuschliessen, mitzuverantworten hätte (Art. 119 Abs. 1 OR analog). In diesem Fall würde sie schadenersatzpflichtig (Urteil des BGer 2C_390/2016, 2C_391/2016 vom 6. November 2017 E. 5.3.4). Falls die von der ECom noch durchzuführenden Abklärungen ergäben, dass die Swissgrid AG die Unmöglichkeit der Vorranggewährung zu verantworten oder mitzuverantworten habe, hätte sie den Kraftwerken eine Entschädigung im Umfang des Verlusts zu bezahlen, der ihnen durch die Nichtgewährung der

beantragten Vorränge entstanden sei. Sollte die Swissgrid AG zwar die Unmöglichkeit nicht zu verantworten haben, durch den Wegfall der streitgegenständlichen Vorränge jedoch einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt haben, so wäre dieser nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung oder des stellvertretenden Commodums an die Kraftwerksbetreiberinnen herauszugeben (E. 5.3.5).

4.

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin mit 17 Prozent an der RADAG beteiligt ist und dass ihr in diesem Umfang ein Recht auf Energiebezug aus diesem Kraftwerk zusteht. Einig sind sich die Parteien auch darin, dass aufgrund der Kündigung des Kooperationsvertrages ab 1. Januar 2015 die Pflicht der Beschwerdegegnerin, den nach schweizerischem Recht bestehenden physischen Vorrang zu gewähren, objektiv unmöglich geworden ist. Im Grundsatz unbestritten ist überdies die mit Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung angeordnete Verpflichtung der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin für die Zeit vom 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2023 das stellvertretende Commodum im Sinne der Erwägung 3.2 der Verfügung auszubezahlen. Umstritten ist dagegen die zeitliche Befristung für die Herausgabe des stellvertretenden Commodums auf den 31. Dezember 2023. Streitig und zu prüfen ist dabei in erster Linie die Frage, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin verpflichten kann, ab 1. Januar 2024 die entsprechende Kapazität zunächst regulär im Auktionsverfahren zu erwerben, um daraufhin von der Beschwerdegegnerin die Auszahlung der Einnahmen aus der marktorientierten Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität einzufordern.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung ihrer Anträge im Wesentlichen vor, die im Schweizer Recht nicht ausdrücklich verankerte, in der Lehre und Rechtsprechung aber anerkannte Theorie des Anspruchs auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums bei nicht verantworteter Leistungsunmöglichkeit im Sinne von Art. 119 Abs. 1 OR besage, dass der Schuldner dem Gläubiger alles herauszugeben habe, was er infolge des Ereignisses, das die nachträgliche Unmöglichkeit herbeigeführt habe, als Ersatz bzw. Gegenleistung für den ursprünglich geschuldeten Gegenstand erhalten habe. Voraussetzung sei nur, dass zwischen der Erlangung des stellvertretenden Commodums und dem Unmöglichkeitseintritt ein

enger wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe und dass zwischen dem Gegenstand, dessen Leistung unmöglich geworden sei, und dem Gegenstand, für den ein Ersatz geleistet worden sei, Identität bestehe. Ersatz im Sinne eines stellvertretenden Commodums sei jedes «wirtschaftliche Äquivalent», das im Vermögen des Schuldners an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes getreten sei. Vorliegend sei unbestritten, dass die Nichtgewährung des Vorranges der Beschwerdeführerin bei der Beschwerdegegnerin zu zusätzlichen Auktionserlösen geführt habe. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin handle es sich dabei nicht um treuhänderisch verwaltetes Vermögen Dritter.

Für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2023 sei der Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums von der Vorinstanz zu Recht bejaht worden. Basis für die Berechnung seien die stündlichen Leistungswerte des 17 Prozent der Produktion des Kraftwerks Albruck-Dogern umfassenden Vorrangs. Das von der Beschwerdegegnerin herauszugebende stellvertretende Commodum entspreche somit der Hälfte der insgesamt für die Vergabe der fraglichen Kapazität erzielten Auktionserlöse (Verfügung der EICom 232-00046 vom 13. Oktober 2020). Dem vorliegenden Gesuch liege im Wesentlichen derselbe Sachverhalt zugrunde wie jener der Verfügung der EICom 232-00046 vom 13. Oktober 2020, so dass das von der Beschwerdegegnerin herauszugebende stellvertretende Commodum der Hälfte der insgesamt für die Vergabe der fraglichen Kapazität erzielten Auktionserlöse entspreche (Rz. 194 dieser Verfügung).

Es bestehe keine gesetzliche Grundlage für die ihr von der Vorinstanz auferlegte Verpflichtung, die Transportkapazitäten zunächst selber zu ersteigern, um von der Beschwerdegegnerin anschliessend die Rückerstattung der für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse einzufordern. Die Verpflichtung der nach Art. 17 Abs. 2 StromVG Vorrangberechtigten, am marktorientierten Verfahren nach Art. 17 Abs. 1 StromVG teilzunehmen, widerspreche dem klaren Wortlaut von Art. 17 Abs. 2 StromVG. Indem die Vorinstanz nun die vom Gesetzgeber ausdrücklich verworfene finanzielle Abgeltung des Vorranganspruchs anordne, stelle sie sich in Widerspruch zu diesem und missachte dessen Vorgaben. Nach Auffassung des Gesetzgebers sei die finanzielle Gewährung des Vorranges nur zulässig, falls dem Vorrangberechtigten die gesamten Auktionserlöse zurückerstattet würden. Wenn ihr die Vorinstanz nur 50 % der Auktionserlöse zugestehe, setze sie sie über diese Vorgabe hinweg.

5.2 Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin habe die Kommission des Ständerates in ihrem Bericht vom 1. September 2016 eine rein finanzielle Gewährung des Vorranges nicht ausgeschlossen. Die nationale Rechtsordnung könne einem Vorrangberechtigten zweifelsohne keinen Rechtsanspruch auf den durch einen ausländischen Übertragungsnetzbetreiber erzielten Auktionserlös einräumen. Werde der Vorrang rein finanziell gewährt, könne die Vorranggewährung somit zum Vornherein nur denjenigen Anteil des Auktionserlöses betreffen, welcher der Normierung durch das nationale Recht unterliege. Sie weise zudem darauf hin, dass im Zusammenhang mit dem hier zur Diskussion stehenden Grenzkraftwerk bereits eine rechtskräftige Verfügung der Vorinstanz (Nr. 232-00072 vom 10. Februar 2023) bestehe, die als Lösung ebenfalls eine Gewährung der Vorränge in rein finanzieller Form analog zur angefochtenen Verfügung vorsehe. Es wäre widersprüchlich, wenn sie für dasselbe Kraftwerk zwei verschiedene Formen für die Abgeltung der Vorränge in finanzieller Form anzuwenden hätte. Aus ihrer Sicht wäre es zudem stossend, wenn sie gegenüber der Beschwerdeführerin vorbehaltlos zur Herausgabe des stellvertretenden Commodums verpflichtet würde, unbenommen davon, ob die Beschwerdeführerin überhaupt elektrische Energie in die Schweiz importiere.

5.3 Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung vom 5. Mai 2023 der Argumentation der Beschwerdeführerin entgegen, die Teilnahme an der Auktion stelle de facto die einzige Möglichkeit für den Erwerb der notwendigen Kapazitäten dar, da von Deutschland ausschliesslich eine marktorientierte Vergabe der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität geduldet werde. Mit der revidierten Regelung von Art. 17 Abs. 2 StromVG stehe nicht mehr die Förderung der erneuerbaren Energien, sondern vielmehr die Sicherstellung der Schweizer Hoheitsanteile, d.h. des Schweizer Anteils der Produktion in den Grenzkraftwerken, im Vordergrund. Auch die analoge Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die geltende Fassung von Art. 17 Abs. 2 StromVG sei nach ihrer Auffassung nicht angezeigt. Zu berücksichtigen gelte es auch, dass die von der Beschwerdeführerin auf unbestimmte Zeit hin geforderte Auszahlung des stellvertretenden Commodums wirtschaftlich weitgehend der von ihr verfügbaren finanziellen Entschädigung entspreche. Denn in beiden Fällen erhalte die Beschwerdeführerin grundsätzlich die (Schweizer) Hälfte der in der Auktion von den Übertragungsnetzbetreiberinnen für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse. Der zentrale Unterschied liege darin, dass die Beschwerde-

führerin die Entschädigung im ersten Fall (stellvertretendes Commodum) unabhängig davon erhalte, ob sie den Schweizer Hoheitsanteil importiere, während die Auszahlung im zweiten Fall (Teilnahme an der Auktion mit finanzieller Entschädigung) an den Erwerb der entsprechenden grenzüberschreitenden Kapazität gekoppelt sei. Dem Sinn und Zweck der Norm werde mit dem verfügbaren Verfahren wesentlich besser entsprochen als mit der Auszahlung des stellvertretenden Commodums. Es sei zutreffend, dass die Beschwerdeführerin lediglich die Hälfte der in der Auktion für die vorrangige Kapazität erzielten Erlöse erhalte. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Kosten einer vorrangigen Zuteilung von Übertragungskapazitäten respektive die Erlöse bei einer Nichtgewährung physischer Vorränge auf beiden Seiten der Grenzen anfielen. Der Schweizer Gesetzgeber könne naturgemäss nicht über den deutschen Anteil der Kapazitäten verfügen.

5.4 Die Beschwerdeführerin hält in ihren Schlussbemerkungen vom 9. Juni 2023 an ihrer bisherigen Argumentation fest. Ergänzend führt sie aus, die ständerätliche Kommission habe die Auffassung vertreten, dass der Vorrangberechtigte auch Anspruch auf den durch den ausländischen Übertragungsnetzbetreiber erzielten Auktionserlös habe. Die Beschwerdegegnerin könne sodann aus der fehlenden Anfechtung der Verfügung vom 7. Februar 2023 (RWE Generation Hydro GmbH) nichts für sich ableiten. Es treffe auch nicht zu, dass ein finanzieller Ersatzanspruch nur bestehen soll, wenn sie Grenzkapazitäten ersteigere. Die Pflicht zur Entschädigung durch die Beschwerdegegnerin bestehe auch unabhängig davon, ob sie den ihr aus der RADAG zustehenden Strom importiere, zumal die Beschwerdegegnerin ihr den physischen Vorrang des Stroms im Sinne der Primärpflicht verweigere.

Aufgrund des grossen Aufwandes, den die Ersteigerung von Grenzkapazitäten für sie hätte, und aufgrund des grossen finanziellen Aufwandes, den sie tragen müsste, weil ihr nur für die Hälfte der verauktionierten Grenzkapazitäten eine Rückerstattung des Auktionserlöses gewährt würde, stelle das von der Vorinstanz verfügte Verfahren zur Gewährung von Vorrängen nicht die bestmögliche Umsetzung von Art. 17 Abs. 2 Satz 2 StromVG dar.

6.

6.1 Unbestritten ist, dass die Gewährung der Pflicht der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin den Vorrang real zu gewähren, aufgrund

einer nachträglichen objektiven Unmöglichkeit dahingefallen ist. Umstritten und nachfolgend zu prüfen ist dabei, ob die Beschwerdeführerin auch für die Zeit ab 1. Januar 2024 Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden Commodums hat oder ob sie entsprechend den Vorgaben der Vorinstanz die Vorränge zu ersteigern hat, um sich alsdann den nachgewiesenen Aufwand von der Beschwerdegegnerin entschädigen zu lassen.

6.2 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (sog. Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 150 II 26 E. 3.5; 147 II 25 E. 3.3; 146 V 224 E. 4.5.1).

Es ist zudem grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber abgeschlossene und ratifizierte Staatsverträge beziehungsweise internationale Übereinkommen gelten lassen möchte; im Zweifel muss innerstaatliches Recht daher völkerrechtskonform ausgelegt werden (BGE 130 I 312 E. 1.1; 94 I 669 E. 6a).

6.2.1 In Bezug auf den Wortlaut der massgeblichen Bestimmung ist zu beachten, dass Art. 17 Abs. 2 Satz 1 StromVG von der Gewährung des Vorranges bei der «Zuteilung der Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz» (frz. Version: «attribution de capacités au niveau du réseau de transport transfrontalier»; ital. Version: «attribuzione di capacità nella rete di trasporto transfrontaliera») spricht. Gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 2 StromVG haben Vorrang auch Lieferungen aus Grenzwasserkraftwerken, soweit die grenzüberschreitende Übertragung zur Sicherstellung der jeweiligen Hoheitsanteile nötig ist. Aus der französischen bzw. italienischen Version ergeben sich diesbezüglich keine wesentlichen Differenzierungen (frz.

Fassung: «Les livraisons provenant de centrales hydroélectriques transfrontalières ont également la priorité, pour autant que le transport transfrontalier soit nécessaire pour assurer les parts de souveraineté respectives»; ital. Fassung: «Le forniture provenienti da centrali idroelettriche di frontiera sono parimenti prioritarie, per quanto il trasporto transfrontaliero sia necessario al fine di assicurare le rispettive parti di sovranità»). Der Wortlaut der Bestimmung lässt darauf schliessen, dass der Gesetzgeber nicht an die blosse Gewährung eines finanziellen Vorrangs gedacht hat (vgl. dazu auch Urteil des BGer 2C_632/2016 vom 6. November 2017 E. 3.7.3.1; PIRKER, a.a.O., S. 175 Rz. 50). Vielmehr legt der Wortlaut von Art. 17 Abs. 2 Satz 1 StromVG den Schluss nahe, dass sich der vorrangige Anspruch auf die effektive Zuteilung bzw. den tatsächlichen Erwerb von (knappen) Kapazitäten im Übertragungsnetz bezieht. Der Wortlaut («Zuteilung der Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz») spricht für die Zuteilung eines Vorranges unter der Voraussetzung, dass die (knappe) grenzüberschreitende Übertragungskapazität tatsächlich in Anspruch genommen wird. Eine von der tatsächlichen Inanspruchnahme der Kapazitäten unabhängige Erstattung des stellvertretenden Commodums lässt sich demnach mit dem Wortlaut nicht vereinbaren.

6.2.2 Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte ist im hier zu beurteilenden Kontext relevant, dass dem Gesetzgeber im Rahmen dieser Revision die Unmöglichkeit einer Vorranggewährung im bisherigen Sinn an der deutsch-schweizerischen Grenze durchaus bewusst war. So geht insbesondere aus dem Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerats (UREK-S) vom 1. September 2016 hervor, dass an der Grenze zu Deutschland seit dem 1. Januar 2015 keine Vorränge mehr gewährt würden, weil die deutschen Übertragungsnetzbetreiber TransnetBW GmbH und Amprion GmbH das ehemals bestehende Kooperationsabkommen mit der Gesuchsgegnerin gekündigt hätten (Bericht UREK-S, BBl 2016 8313 S. 8316 Ziff. 1.2.3). Die UREK-S stufte auch die Gewährung einer rein finanziellen Form des Vorrangs als möglich ein. Danach könnten die Vorränge nicht physisch, sondern in rein finanzieller Form gewährt werden. In diesem Fall müssten die erforderlichen Kapazitäten auch für vorrangige Lieferungen regulär in den Auktionen ersteigert werden. Der Vorrang würde daraufhin wirtschaftlich gewährt, indem der betreffende Lieferant seinen Auktionseinsatz im Nachhinein (zumindest teilweise) zurückerstattet erhalte (Bericht UREK-S, BBl 2016 8313 S. 8324 f., Ziff. 3.2.4). Im Rahmen ihrer Gesamtwürdigung kam die Kommission zum Schluss, dass

die Durchsetzung der nationalen Vorränge tatsächlich von der Mitwirkung des betreffenden ausländischen Netzbetreibers abhängig sei; doch erschiene es unangebracht, den juristischen Bestand eines von der nationalen Rechtsordnung gewährten Rechts – auch de iure – in die Hand eines ausländischen Entscheidungsträgers zu legen (Bericht UREK-S, BBI 2016 8313 S. 8328, Ziff. 3.4).

6.2.3 In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass Art. 17 Abs. 2 StromVG als Ausnahme von der in Abs. 1 festgelegten Möglichkeit der Swissgrid AG zu verstehen ist, die verfügbaren Übertragungsnetzkapazitäten nach marktorientierten Verfahren zuzuteilen. Das Stromversorgungsgesetz bezweckt, die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen (Art. 1 Abs. 1 StromVG). Die beiden Ziele sind grundsätzlich gleichwertig. Die gesetzliche Konkretisierung setzt sie insofern differenziert um, als im Rahmen der Grundversorgung kein Wettbewerb, sondern eine staatlich regulierte Versorgungspflicht des zuständigen Verteilnetzbetreibers besteht (Art. 6 StromVG), während im Übrigen die Elektrizitätsversorgung wettbewerbsorientiert erfolgt, soweit nicht aufgrund des natürlichen Netzmonopols ein Regulierungsbedarf besteht. Namentlich erfolgt die Stromlieferung ausserhalb der Grundversorgung auf vertraglicher, marktwirtschaftlicher Basis. Entsprechend diesem Wettbewerbsgrundsatz müssen die Netzbetreiber (als Inhaber des natürlichen Netzmonopols) Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang gewähren (Art. 13 Abs. 1 StromVG). Konsequenterweise soll auch die Verteilung knapper Kapazität im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz grundsätzlich auf marktwirtschaftlichem Weg erfolgen, wie das in Art. 17 Abs. 1 StromVG vorgesehen ist. Das entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen, sich beim Engpassmanagement an die EU-rechtliche Regelung anzulehnen (BBI 2005 1625, 1638, 1656, 1672; Urteil 2C_632/2016 E. 3.4 m.w.H.). Vorrangregeln, wie sie in Art. 17 Abs. 2 StromVG enthalten sind, diskriminieren zudem alle nicht priorisierten Lieferungen und sind rechtfertigungsbedürftige Ausnahmen; sie sind daher im Zweifel eng auszulegen (BENEDIKT PIRKER/ASTRID EPINEY, Zur vorrangigen Vergabe von Stromübertragungskapazitäten bei "Grenzkraftwerken" - Anwendbarkeit und Verhältnis von schweizerischem, Völker- und Unionsrecht, 2015, S. 11).

Mit Blick auf die Regelung im EU-Binnenmarkt gilt es sodann die VO 714/2009 zu beachten (vgl. hierzu auch FRANZ J. KESSLER, in:

Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse, Kommentar zum Energierecht, 2016, N. 15 zu Art. 17 StromVG). Nach Art. 16 Abs. 1 dieser Verordnung soll Netzengpässen mit nichtdiskriminierenden marktorientierten Lösungen begegnet werden, von denen wirksame wirtschaftliche Signale an die Marktteilnehmer und beteiligten Übertragungsnetzbetreiber ausgehen (vgl. dazu auch PIRKER, a.a.O., S. 154 f. Rz. 5 f.).

Der systematische Blickwinkel legt demnach nahe, die Ausnahme der Vorranggewährung restriktiv auszulegen. Dies gilt es auch für die hier in Betracht fallende finanzielle Vorranggewährung zu beachten. Dieses Auslegungselement spricht folglich dafür, eine Rückerstattung nur insoweit vorzusehen, als die Beschwerdeführerin eine entsprechende Übertragungskapazität in der regulären Auktion tatsächlich erworben hat und ihren Vorranganspruch in der Höhe von 17 Prozent der Produktion der RADAG auch nachzuweisen imstande ist.

6.2.4 Mit Blick auf den Zweck der Norm gilt es zu beachten, dass der Gesetzgeber mit der hier zur Diskussion stehenden Vorranggewährung die Hoheitsanteile sicherstellen wollte. Wenn die Beschwerdeführerin inskünftig berechtigt ist, die entsprechende Kapazität zunächst im Auktionsverfahren selber zu erwerben und bei der Beschwerdegegnerin anschliessend die Rückerstattung der für die vorrangberechtigte Kapazität erzielten Erlöse einzufordern, so entspricht dieses Vorgehen besser der Absicht des Gesetzgebers als die Erstattung des stellvertretenden Commodums. Denn würde eine Entschädigung in Form des stellvertretenden Commodums unabhängig davon gewährt, ob die Beschwerdeführerin Netzkapazitäten für die Einfuhr der Produktion von Deutschland in die Schweiz erwirbt, so erhielte sie einen vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen wirtschaftlichen Vorteil, ohne dass sie einen Vorrang für die Sicherstellung eines Hoheitsanteils tatsächlich in Anspruch nehmen müsste. Die Regelung von Art. 17 StromVG setzt mit anderen Worten logischerweise voraus, dass ein Vorrangberechtigter die grenzüberschreitende Übertragungsnetzkapazität tatsächlich nachfragt (so auch Urteil 2C_390/2016, 2C_391/2016 E. 4.1).

6.3 Aus dem Gesagten folgt zusammengefasst, dass der Wortlaut, die Systematik und der Zweck der massgeblichen Bestimmung für die Gewährung eines finanziellen Vorranges in der Form der Rückerstattung von Auktionserlösen durch die Beschwerdegegnerin sprechen, verbunden mit der Auflage an die Beschwerdeführerin, die erworbenen grenzüberschreitenden

Übertragungskapazitäten und ihren tatsächlichen Anspruch auf Vorrang (in der Höhe von 17 Prozent der Produktion der RADAG) detailliert nachzuweisen. Diese Auslegung steht auch im Einklang mit den Materialien, welche die Möglichkeit eines finanziellen Vorranges in der Form der (teilweisen) Rückerstattung des Auktionseinsatzes explizit erwähnen.

6.4 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen.

6.4.1 Soweit sie argumentiert, es stehe hier eine Dauerverfügung zur Diskussion und ein Anlass für ein Rückkommen sei nicht gegeben, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn gerade bei Dauerverfügungen ist das öffentliche Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts stark zu gewichten, weil die Rechtswidrigkeit auf unbestimmte Zeit fortzudauern droht. Das öffentliche Interesse rechtfertigt deshalb in diesen Fällen eine nachträgliche Korrektur einer unrichtigen Rechtsanwendung (TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, a.a.O., Rz. 859). Eine Anpassung der Praxis würde sich deshalb selbst dann rechtfertigen, wenn man die (mit der Änderung des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 17. März 2017 erfolgte) Anpassung von Art. 17 Abs. 2 StromVG (AS 2017 4999, in Kraft seit 1. Oktober 2019) und den darin explizit verankerten Vorrang für die Lieferung aus Grenzkraftwerken nicht als relevante Änderung der Rechtslage einstufen wollte.

6.4.2 Nicht durchzudringen vermag die Beschwerdeführerin sodann mit ihrem Einwand der fehlenden gesetzlichen Grundlage. Wie vorstehend (E. 6.2.3 hiervor) dargelegt, ist im Rahmen der (systematischen) Auslegung auch der Grundsatz von Art. 17 Abs. 1 StromVG zu beachten, wonach bei einem Nachfrageüberhang nach grenzüberschreitender Übertragungskapazität die Zuteilung nach marktorientierten Verfahren in Betracht fällt. Nachdem der Gesetzgeber einen finanziellen Ausgleich nicht ausgeschlossen hat (vgl. E. 6.2.2 hiervor), kann auch nicht von einem Widerspruch zum legislatorischen Willen gesprochen werden.

6.4.3 Schliesslich steht die von der Vorinstanz gewählte Lösung für die Gewährung des finanziellen Vorranges auch nicht im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Das Urteil 2C_632/2016 ist unbestrittenmassen unter dem Geltungsbereich des früheren (bis zum 30. September 2017 in Kraft gestandenen) Rechts ergangen. Die Argumentation, wonach der Gesetzgeber einen kaufmännischen Vorrang nicht in Betracht gezogen habe (E. 3.7.3.3), kann für die seit dem 1. Oktober 2017 geltende

Regelung in Art. 17 StromVG nicht mehr unbesehen übernommen werden, da sich der Gesetzgeber bei der Revision der Problematik der Unmöglichkeit der Gewährung des physischen Vorranges offensichtlich bewusst war.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, der Systemwechsel sei erst per 1. Januar 2026 zu vollziehen, da sie über die im Kraftwerk Albruck-Dogern produzierte Energie bereits verfügt habe. Für das Jahr 2024 sei der Energieanteil bereits zu 65 % und für das Jahr 2025 bereits zu 33 % verkauft. Bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 7. Februar 2023 sei sie davon ausgegangen, dass ihr auch in Zukunft die Herausgabe des stellvertretenden Commodums gewährt werde. Bis zu diesem Zeitpunkt habe sie nicht damit rechnen müssen, dass ihr die ersteigerten Transportkapazitäten zurückerstattet würden, so dass sie bis dahin ihre Energie in Deutschland habe verkaufen dürfen. Ein Rückkauf der in Deutschland bereits verkauften Energie würde zu einem Verlust führen, da ihr die Energie aus dem Grenzkraftwerk zu Gestehungskosten zustehe und die Marktpreise in letzter Zeit erheblich variiert hätten.

7.2 Die Vorinstanz hält dieser Argumentation entgegen, bei einem Rückkauf der in Deutschland gehedgten Energie und einem zeitgleichen Verkauf der Energie im Schweizer Markt entstünde in der Regel kein Verlust; aufgrund der Preisdifferenz zwischen den Märkten würde vielmehr ein Gewinn resultieren. Der Beschwerdeführerin stünde es im Übrigen frei, die mit dem Verkauf der Energie erzielten Gewinne (Differenz zwischen den Gestehungskosten und dem durch den Verkauf erzielten Preis zzgl. des stellvertretenden Commodums oder der Rückerstattung gemäss Verfügung El-Com) dafür aufzuwenden, die Energie aus dem Grenzkraftwerk in der Grundversorgung nahezu zu den Gestehungskosten zu verkaufen. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten enormen Kosten und Schäden, die mit einem Verkauf der in Deutschland gehedgten Energie in der Schweiz und dem entsprechenden Kapazitätserwerb einhergingen, seien mangels Begründung für sie nicht nachvollziehbar. Es seien keine Gründe ersichtlich, weshalb die Ersteigerung von Grenzkapazitäten nicht ebenfalls (wie bereits der Verkauf der Energie in Deutschland) von einer Dienstleisterin abgewickelt werden könnte.

7.3 Entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin erscheint der Aufwand für die Ersteigerung der notwendigen Transportkapazitäten vor

dem Hintergrund des gesetzlichen Grundsatzes der Zuteilung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazität nach marktorientierten Verfahren nicht als unverhältnismässig. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang über eine spezifische Fachkunde verfügt, so dass ihr diesbezüglich ein entsprechender Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu belassen ist (vgl. E. 2 hiervor).

Hervorzuheben gilt es in diesem Zusammenhang überdies, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme an die Vorinstanz vom 8. Juli 2021 selber noch explizit beantragt hat, den Systemwechsel aufgrund der von ihr bisher getätigten Dispositionen (erst) per 1. Januar 2024 zu vollziehen (act. 33, S. 2). Nachdem die Vorinstanz diesem Antrag Folge geleistet hat, ist es mit dem Vertrauensprinzip vereinbar, wenn die Umsetzung des Systemwechsels mit der Vorinstanz per Anfang 2024 vorgenommen wird. Der Antrag auf eine (erneute) Verschiebung des Systemwechsels auf den 1. Januar 2026 ist folglich abzuweisen.

8.

Zusammengefasst ergibt die Auslegung von Art. 17 Abs. 2 Satz 1 StromVG, dass die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf die Gewährung eines finanziellen Vorranges in der Form der Rückerstattung von Auktionserlösen durch die Beschwerdegegnerin hat, sofern und soweit sie die erworbenen grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten und ihren tatsächlichen Anspruch auf Vorrang detailliert nachzuweisen vermag. Dass die Vorinstanz den Anspruch auf die Bezahlung des stellvertretenden Commodums auf die Zeit bis zum 31. Dezember 2023 befristet und den Systemwechsel per 1. Januar 2024 vollzogen hat, ist nicht zu beanstanden, zumal ihr als Fachbehörde ein erheblicher Ermessensspielraum einzuräumen ist. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

9.

9.1 Die Beschwerdeführerin hat infolge ihres Unterliegens die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE; SR 173.320.2). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 15'000.– festzusetzen und dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen.

9.2 Sowohl der unterliegenden Beschwerdeführerin (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG) wie auch der Vorinstanz (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE) sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Nachdem die Beschwerdegegnerin nicht anwaltlich vertreten ist, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

(Für das Urteilsdispositiv wird auf die nächste Seite verwiesen).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 15'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und das Generalsekretariat UVEK.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Stephan Metzger

Roland Hochreutener

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)