**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**



Abteilung I
A-2836/2012

# Urteil vom 17. Juni 2013

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter André Moser, Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiber Bernhard Keller.

Parteien

1. **Axpo Power AG,** Parkstrasse 23, 5401 Baden,
2. **Nordostschweizerische Kraftwerke Grid AG,**
Parkstrasse 23, Postfach, 5401 Baden,
3. **Repower AG,** Via da Clalt 307, 7742 Poschiavo,
4. **Repower Transportnetz AG,** Via da Clalt 307,
7742 Poschiavo,
5. **Alpiq AG,** Bahnhofquai 12, 4600 Olten,
6. **Alpiq Netz AG Gösgen/Laufenburg,** c/o Swissgrid AG,
Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg,
7. **Alpiq Suisse SA,** chemin de Mornex 10, 1003 Lausanne,
8. **Alpiq Réseau SA Lausanne/Laufenburg,** c/o Swissgrid
AG, Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg,
9. **BKW FMB Energie AG,** Viktoriaplatz 2, 3000 Bern 25,
10. **BKW Übertragungsnetz AG,** Viktoriaplatz 2, 3000 Bern
25,
11. **EGL AG,** Werkstrasse 10, 5080 Laufenburg,
12. **EGL Grid AG,** Werkstrasse 10, 5080 Laufenburg,
13. **CKW AG,** Täschmattstrasse 4, Postfach, 6002 Luzern,
14. **CKW Grid AG,** Täschmattstrasse 4, Postfach,
6002 Luzern,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer und
Rechtsanwalt Dr. Samuel Jost, Schellenberg Wittmer
Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, Postfach 1876,
8021 Zürich,

Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Swissgrid AG,** Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick,
Beschwerdegegnerin,

**Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,**
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verwendung der Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren aus dem Jahr 2009.

## Sachverhalt:

**A.**
Das Stromversorgungsrecht sieht vor, dass bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz die verfügbare Kapazität nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zugeteilt werden kann und bestimmt mehrere Möglichkeiten, wie diese Einnahmen (Auktionserlöse) zu verwenden sind. Mit Schreiben vom 12. Januar 2009 gelangte die nationale Netzgesellschaft Swissgrid AG (Swissgrid) an die ElCom und beantragte, dass die Auktionserlöse 2009 letztmals vollständig an die Übertragungsnetzeigentümerinnen auszuschütten seien. Diesem Antrag fügte sie am 29. Januar 2009 ein Schreiben der swissasset, einer Vereinigung von Übertragungsnetzeigentümerinnen, bei, die sich diesem Antrag anschliesst. Am 6. Februar 2009 leitete Swissgrid der ElCom ein Schreiben der Azienda Elettrica Ticinese (AET) weiter, mit dem diese für sich zwei Prozent der an die Eigentümerinnen auszuzahlenden Auktionserlöse Schweiz-Italien forderte.

**B.**
Mit Verfügung vom 6. März 2009 legte die ElCom insbesondere die Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1 und für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL) fest und senkte dadurch die von Swissgrid zuvor festgelegten Tarife für das Jahr 2009. In dieser Verfügung ordnete die ElCom ferner an, dass 30 Millionen Franken der Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren aus dem Jahr 2009 für die Deckung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes zu verwenden seien. Über die Verwendung der restlichen Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren entscheide die ElCom zu einem späteren Zeitpunkt und in einem separaten Verfahren. Bis zu ihrem Entscheid dürften diese restlichen Einnahmen nicht verwendet werden.

**C.**
Am 29. März 2010 reichte Swissgrid der ElCom eine Aufstellung der Auktionserlöse aus dem Jahr 2009 ein und lieferte auf deren Verlangen am 31. Mai 2011 weitere Angaben. Im Verlauf des Jahres 2010 beantragten verschiedene Übertragungsnetzeigentümerinnen die Ausschüttung der Auktionserlöse.

**D.**
Die ElCom informierte die Übertragungsnetzeigentümerinnen am 15. Juli 2011 über die verschiedenen Verwendungsmöglichkeiten für die Auktionserlöse und gab die Absicht bekannt, diese an die

Übertragungsnetzeigentümerinnen auszuschütten. Hierfür sei jedoch ein sachgerechter Verteilschlüssel erforderlich. Des Weiteren forderte die ElCom Swissgrid auf, mit den Übertragungsnetzeigentümerinnen bis am 30. September 2011 einen solchen zu erarbeiten und festzulegen. Sollte keine Einigung erzielt werden, werde sie in Betracht ziehen, die restlichen Auktionserlöse für den Erhalt und Ausbau des Übertragungsnetzes zu verwenden.

**E.**
Mit Schreiben vom 27. Oktober 2011 teilte Swissgrid der ElCom mit, dass keine Einigung mit den Übertragungsnetzeigentümerinnen über die Verwendung der restlichen Auktionserlöse erzielt worden sei und reichte verschiedene Beilagen ein.

**F.**
Die ElCom gewährte den Übertragungsnetzeigentümerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme bis am 13. Januar 2012, wovon AET, ewz Übertragungsnetz AG, BKW Übertragungsnetz AG, Axpo AG und Nordostschweizerische Kraftwerke Grid AG, CKW Grid AG, EGL AG, EGL Grid AG, Repower AG und Repower Transportnetz AG Gebrauch machten, Anträge stellten und diese begründeten. Die meisten Übertragungsnetzeigentümerinnen beantragten einen Verteilschlüssel, der auf den Eigentumsanteilen an den Grenzkapazitäten und deren Nutzung beruht, die AET beantragt einen Anteil aus den Auktionserlösen für ihre Leitung Airolo-Magadino, die für grenzüberschreitende Lieferungen elektrischer Energie genutzt und im Übrigen auch für die Berechnungen von internationalen Transitkapazitäten berücksichtigt werde.

**G.**
Mit Verfügung vom 16. April 2012 stellte die ElCom fest, dass die aus dem Jahr 2009 verbleibenden Auktionserlöse 30'881'429 Euro betragen (Dispositiv-Ziffer 1). Weiter ordnete sie an, dass Swissgrid diesen Betrag für den Erhalt oder Ausbau des Übertragungsnetzes zu verwenden habe und zwar für Projektkosten, die ab 1. Januar 2013 bei Swissgrid anfallen, wobei diese bis am 31. Dezember 2013 über die getätigten und geplanten Investitionen aus diesem Betrag die ElCom zu informieren und nach Verwendung des gesamten Betrages eine Übersicht über die getätigten Investitionen einzureichen habe (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4). Die Kosten für das Verfahren setzte die ElCom auf Fr. 13'230.— fest, wovon

sie Fr. 4'410.— der Swissgrid und je Fr. 980.— den beteiligten Übertragungsnetzeigentümerinnen auferlegte (Dispositiv-Ziffer 5).

**H.**
Am 24. Mai 2012 erheben Axpo AG (Beschwerdeführerin 1), Nordostschweizerische Kraftwerke Grid AG (Beschwerdeführerin 2), Repower AG (Beschwerdeführerin 3), Repower Transportnetz AG (Beschwerdeführerin 4), Alpiq AG (Beschwerdeführerin 5), Alpiq Netz AG Gösgen (Beschwerdeführerin 6), Alpiq Suisse SA (Beschwerdeführerin 7), Alpiq Réseau SA Lausanne (Beschwerdeführerin 8), BKW FMB Energie AG (Beschwerdeführerin 9), BKW Übertragungsnetz AG (Beschwerdeführerin 10), EGL AG (Beschwerdeführerin 11), EGL Grid AG (Beschwerdeführerin 12), CKW AG (Beschwerdeführerin 13) und CKW Grid AG (Beschwerdeführerin 14) gemeinsam Beschwerde gegen die Verfügung der ElCom (Vorinstanz) vom 16. April 2012.

Sie beantragen die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 2 bis 5 der angefochtenen Verfügung sowie die vollumfängliche und ausschliessliche Ausschüttung der verbleibenden Auktionserlöse an die (ursprünglichen) Eigentümerinnen von Grenzkapazitäten. Ferner beantragen sie die gerichtliche Anweisung an Swissgrid (Beschwerdegegnerin), den konkreten Verteilschlüssel zu berechnen und die Ausschüttung vorzunehmen sowie den in Euro vereinnahmten Betrag zu dem im Zeitpunkt der Vereinnahmung massgeblichen Währungskurs in Schweizer Franken zu konvertieren und als Ausschüttungsbetrag zu Grunde zu legen. Weiter beantragen sie, die Ausschüttung entsprechend dem direkten oder indirekten Anteil der Axpo AG, der Repower AG, der Alpiq AG, der Alpiq Suisse SA, der BKW FMB Energie AG, der EGL AG und der CKW AG an den Grenzkapazitäten sowie die Verzinsung dieses Anteils zu 4,55 % für das Jahr 2010, zu 4,25 % für das Jahr 2011 und zu 4,14 % für das Jahr 2012. Als Eventualantrag verlangen die Beschwerdeführerinnen, dass die auf die Axpo AG, die Repower AG, die Alpiq AG, die Alpiq Suisse SA, die BKW FMB Energie AG, die EGL AG und die CKW AG entfallenden Anteile an die Nordostschweizerische Kraftwerke Grid AG, die Repower Transportnetz AG, die Alpiq Netz AG Gösgen, die EGL Grid AG und die CKW Grid AG entsprechend ihrem Anteil an den Grenzkapazitäten auszuschütten seien, zuzüglich eines Zinses von 4,55 % für das Jahr 2010, 4,25 % für das Jahr 2011 und 4,14 % für das Jahr 2012.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragen die Beschwerdeführerinnen die Einräumung der Parteistellung an die Centralschweizerischen Kraftwerke AG und die Alpiq Suisse SA.

Zur Begründung bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Vorinstanz habe ihre Verfahrensrechte verletzt und das einschlägige Recht falsch angewandt, insbesondere ihren Ausschüttungsanspruch verletzt und eine Ausschüttung an übermässige und gesetzeswidrige Anforderungen bzw. Nachweise geknüpft.

**I.**
In ihrer Vernehmlassung vom 19. Juli 2012 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde sowie der prozessualen Anträge und weist die Vorwürfe der Beschwerdeführerinnen zurück.

**J.**
Mit Beschwerdeantwort vom 21. August 2012 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung des Antrages 3 der Beschwerdeführerinnen, wonach der in Euro vereinnahmte Betrag zum Kurs im Zeitpunkt der Vereinnahmung in Schweizer Franken zu konvertieren sei. Weiter beantragt sie die Feststellung, dass im Falle der Gutheissung der Anträge 4 und 5 der Beschwerdeführerinnen von ihr kein Zins geschuldet sei, eventuell bloss im Umfang des effektiv von ihr auf dem Ausschüttungsbetrag erzielten Zinsertrages abzüglich darauf zu entrichtender Steuern. Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens seien ihr keine Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuerlegen. Im Übrigen verzichtet die Beschwerdegegnerin ausdrücklich auf Anträge zu den Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen.

**K.**
In ihrer Replik vom 25. September 2012 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren Anträgen fest. Sie sehen insbesondere keinen Grund und keine rechtliche Grundlage, ihnen das Wechselkursrisiko bzw. die Wechselkursverluste zu überwälzen und begründen ihren Zinsanspruch.

**L.**
Die Vorinstanz bestätigt ihren Antrag und ihre Ausführungen in der Duplik vom 19. Oktober 2012. Auch die Beschwerdegegnerin hält an ihren Anträgen fest und betont, dass sie die Auktionserlöse in Euro vereinnahmt habe und auf Euro-Bankkonten treuhänderisch verwalte.

**M.**
Die Beschwerdeführerinnen bestätigen ihre Anträge und Ausführungen in den Schlussbemerkungen vom 27. November 2012.

**N.**
Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten und die sich in den Akten befindenden Dokumente wird im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie für den Entscheid relevant sind.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

**1.**
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die ElCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7]).

**2.**
Zur Erhebung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht 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 Vorinstanz bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerinnen 7 und 13. Die übrigen Beschwerdeführerinnen sind Adressatinnen der angefochtenen Verfügung, haben als Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind vom Inhalt der Verfügung besonders betroffen. Sie sind damit zur Beschwerde legitimiert. Gemäss Rechtsprechung genügt es für die Bejahung der Zulässigkeit einer Beschwerde, wenn zumindest ein Beteiligter legitimiert ist, insbesondere wenn die Beschwerdeführenden gemeinsam auftreten (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. September 1998 E. 2, publiziert in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 101/2000 S. 83 ff.; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3762/2010 vom 25. Januar 2012 E. 2.3 und A-1156/2011 vom 22. Dezember 2011 E. 1.1). Es kann offen bleiben, ob auch die Beschwerdeführerinnen 7 und

13 alle Voraussetzungen zur Beschwerdeführung erfüllen, da sie ihre Beschwerde gemeinsam mit den übrigen Beschwerdeführerinnen erhoben haben.

**3.**
Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

**4.**
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition, das heisst auch auf eine allfällig unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts hin, ebenso auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

Die Vorinstanz ist indessen keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Sodann amtet die Vorinstanz 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. In diesem Rahmen darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen 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. BGE 133 II 35 E. 3, BGE 132 II 257 E. 3.2, BGE 131 II 13 E. 3.4, BGE 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen; BVGE 2009/35 E. 4; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.155).

**5.**
Die Beschwerdeführerinnen rügen zunächst formelle Mängel der angefochtenen Verfügung bzw. des ihr zugrunde liegenden Verfahrens. Die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, indem sie die drei von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagenen Varianten einer

Ausschüttung der Aktionserlöse gemäss Art. 32 StromVG nicht geprüft habe. Unerheblich sei dabei, ob sich die Übertragungsnetzeigentümerinnen auf eine Variante einigen können oder nicht. Es sei nicht die Aufgabe der Beschwerdegegnerin, für eine Einigung zu sorgen, die Vorinstanz überspanne mit dieser Anforderung die Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten. Indem die Vorinstanz zudem einen Nachweis weiterer Kosten als Voraussetzung für eine Ausschüttung verlange, wende sie Art. 32 StromVG falsch an; die entsprechende Verordnungsbestimmung (Art. 31 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV, SR 734.71]) sei gesetzwidrig. Eine Ausschüttung setze vielmehr voraus, dass die Übertragungsnetzeigentümerinnen Investitionen in Grenzkapazitäten getätigt hätten; diese seien nachgewiesen. Zudem habe die Vorinstanz die Ausschüttung der Auktionserlöse aus dem Jahr 2008 gestützt auf vergleichbare Angaben genehmigt und damit den Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung verletzt. Ferner habe die Vorinstanz im Laufe des Verfahrens mehrfach die Absicht betont, die Auktionserlöse auszuschütten und nunmehr berechtigtes Vertrauen enttäuscht. Auch den Anspruch auf rechtliches Gehör habe die Vorinstanz in mehrfacher Hinsicht verletzt, nämlich indem sie die Übertragungsnetzeigentümerinnen nicht über die angebliche Unvollständigkeit des Antrags informiert, die Parteivorbringen nicht geprüft und auch den Anspruch auf Begründung verletzt habe.

**5.1** Die Vorinstanz macht geltend, dass Art. 31 StromVV nicht gesetzwidrig sei und dass die einmalige Ausschüttung der Auktionserlöse aus dem Jahr 2008 keine bestehende oder gefestigte Praxis begründet habe, deren Änderung nur unter bestimmten Bedingungen zulässig sei. In Bezug auf den Untersuchungsgrundsatz betont die Vorinstanz die Mitwirkungs- und Beweispflichten der Parteien und dass ihnen bekannt gewesen sei, dass weitere Angaben hätten eingereicht werden müssen. Sie habe überdies nie eine vertrauensbegründende Zusicherung abgegeben. Es sei sachgerecht und ein geeignetes Mittel, dass die Parteien einen rechtskonformen Verteilschlüssel festlegten. Schliesslich weist die Vorinstanz auch den Vorwurf, das rechtliche Gehör der Parteien verletzt zu haben, zurück. Die Verfahrensbeteiligten hätten gewusst, dass zusätzliche Angaben einzureichen waren und hätten dies auch angekündigt, zumal es sich um Sachumstände handle, für die eine Mitwirkungspflicht bestehe und die von den Betroffenen vorzulegen seien. Sie habe sich mit den Parteivorbringen auseinandergesetzt und ihren Entscheid begründet.

**5.2** Wie die Beschwerdeführerinnen in der Begründung ihrer formellen Rügen darlegen, kommt dem Inhalt von Art. 32 StromVG zentrale Bedeutung zu. Mit Ausnahme der Rügen zum rechtlichen Gehör, die als erste nachfolgend zu behandeln sind, lassen sich die formellen Rügen somit nicht losgelöst vom materiellen Recht und den daraus fliessenden Rechten und Pflichten beurteilen. Vielmehr ergeben sich die konkreten Untersuchungs- und Mitwirkungspflichten erst im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen. Die Prüfung der entsprechenden Rügen fällt daher mit der materiell-rechtlichen Beurteilung zusammen.

**5.3** Der Anspruch auf rechtliches Gehör, der als selbständiges Grundrecht in der Bundesverfassung verankert ist (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) und sich für das Bundesverwaltungsverfahren aus den Art. 29 ff. VwVG ergibt, umfasst unter anderem das Recht der Parteien auf vorgängige Anhörung und Äusserung (Art. 30 Abs. 1 VwVG) sowie das Recht, dass die verfügende Behörde von diesen Äusserungen auch Kenntnis nimmt, sich damit auseinandersetzt (Art. 32 VwVG) und ihre Verfügung begründet (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Notwendige Voraussetzung für das Recht auf vorgängige Äusserung ist das Recht auf Orientierung, etwa über unvollständige oder mangelhafte Eingaben. In solchen Fällen hat die Behörde für deren Nachreichung eine angemessene Frist anzusetzen (BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Zürich 2009, Art. 29 N 71 ff. und 76).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist gemäss konstanter Bundesgerichtspraxis formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ist eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs jedoch ausnahmsweise einer Heilung zugänglich, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen befugt ist, welche der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können. Von der Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs kann in solchen Fällen nach dem Grundsatz der Verfahrensökonomie abgesehen werden, wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde (vgl. statt vieler: BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 132 V 387 E. 5.1 und BGE 127 V 431 E. 3d.aa; PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das

Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Art. 29 Rz. 16 und 18 mit Hinweisen; WALDMANN/BICKEL, VwVG-Praxiskommentar, a.a.O., Art. 29 Rz. 106, 108, 111 und 114 mit Hinweisen).

Aus den Akten der Vorinstanz ist nicht ersichtlich, dass sie die Verfahrensbeteiligten, namentlich die Beschwerdeführerinnen, aufgefordert hatte, die in Art. 31 StromVV vorgesehenen Kosten zu belegen und ausdrücklich mitgeteilt hatte, das sie das Gesuch insofern als unvollständig erachte. Die Vorinstanz macht dies auch nicht geltend. Aus dem Wortlaut von Art. 31 StromVV – dessen Rechtmässigkeit freilich bestritten ist – geht zwar hervor, dass der Antrag für die Verwendung von Auktionserlösen die weiteren Kosten ausweisen müsse und darzulegen ist, inwiefern diese Kosten nicht durch das Netznutzungsentgelt gedeckt seien. Die Pflicht, die Kosten nachzuweisen, findet sich demnach bereits in der Verordnung und ist somit allgemein bekannt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass für diesen Antrag gemäss Art. 20 Abs. 1 StromVV die Beschwerdegegnerin zuständig ist, die somit formell Gesuchstellerin ist. Die nach Art. 31 StromVV erforderlichen Angaben und Belege zu den Kosten können demgegenüber in erster Linie die Übertragungsnetzeigentümerinnen liefern, weshalb die Beschwerdegegnerin auf deren Unterstützung angewiesen ist. Folgerichtig hat die Vorinstanz auch die Übertragungsnetzeigentümerinnen in das Verfahren einbezogen. Von Bedeutung ist ferner, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Eingabe vom 29. Januar 2009 (act. 2) vorbringt, die zusätzlichen Angaben nach Art. 31 StromVV mit dem beiliegenden Schreiben von swissasset vom 27. Januar 2009 einzureichen, also ab jenem Zeitpunkt von der Vollständigkeit des Gesuchs ausgegangen ist. In der Folge hat die Vorinstanz zunächst am 4. März 2010 die Schlussabrechnung über die Erlöse und Aufwändungen aus den Auktionsverfahren des Jahres 2009 einverlangt (act. 4) und am 6. April 2011 noch detaillierte Informationen zur Position "Auktionsbetrieb und Dritte" (act. 38). Aus den Schreiben der Vorinstanz an verschiedene Verfahrensbeteiligte ergibt sich weiter, dass sie im November 2010 und Februar 2011 eine Ausschüttung als Möglichkeit erachtete (act. 13 bis 18). Angesichts all dieser Umstände, aber auch weil die Vorinstanz die Ausschüttung der Auktionserlöse aus dem Jahr 2008 gestützt auf einen vergleichbaren Antrag ohne detaillierten Kostennachweis genehmigt hatte, wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, die Verfahrensbeteiligten auf das Fehlen der Kostennachweise hinzuweisen und eine Frist für deren Nachreichung anzusetzen. Indem sie dies unterlassen hat, hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt.

**5.4** Damit ist zu prüfen, ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden kann. Aus der Begründung des angefochtenen Entscheides geht hervor, dass die Vorinstanz Art. 31 StromVV dem Wortlaut entsprechend angewandt hat und eine Ausschüttung nur dann für zulässig erachtet, wenn für die weiteren Kosten Nachweise vorliegen. Dieser Nachweis sei nicht erbracht worden. Es war den Beschwerdeführerinnen daher spätestens nach der Lektüre der angefochtenen Verfügung bekannt, was die Vorinstanz erwartet hatte bzw. wie sie diese Norm verstanden und angewandt hat. Entsprechend war es ihnen möglich, sich im Beschwerdeverfahren zu diesen Kosten zu äussern und sie zu belegen. Sie haben sich denn auch dazu geäussert und bringen zugleich vor, diese Kosten nicht ausweisen zu können, da es sich hierbei um auf Annahmen und Erfahrungswerten beruhende Risikozuschläge handle (vgl. insbesondere Beschwerde Rz. 72). Die Beschwerdeführerinnen hatten somit Gelegenheit, das im vorinstanzlichen Verfahren angeblich Fehlende nachzureichen, ohne dass ihnen im Beschwerdeverfahren ein Nachteil entstanden ist. Wie in E. 4 ausgeführt, verfügt das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz, zumal im vorliegenden Zusammenhang nicht eine technische Frage zu beurteilen ist, für die sich eine gewisse Zurückhaltung rechtfertigt, sondern die Auslegung von Art. 32 StromVG und Art. 31 StromVV umfassend zu prüfen ist. Da zudem die Nachweispflicht ausdrücklich in Art. 31 StromVV enthalten ist, wiegt dieser Mangel nicht derart schwer, dass er nicht im Beschwerdeverfahren geheilt werden kann. Von einer Rückweisung an die ElCom alleine wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher abzusehen, zumal dies nur zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der Beschwerdeführerinnen an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (so BGE 133 I 201 E. 2.2), handelt es sich doch beim Streitgegenstand um Erlöse aus dem längst vergangenen Jahr 2009. Zu beachten ist ferner, dass die Beschwerdeführerinnen selbst geltend machen, es sei ihnen nicht möglich, die von der Vorinstanz verlangten Nachweise beizubringen. Eine Rückweisung an die Vorinstanz, damit diese das Verfahren wieder aufnehme und den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit einräume, die Kosten nachzuweisen, bliebe unter diesen Umständen ohne Ergebnis und stellte einen formalistischen Leerlauf dar.

**5.5** Die Beschwerdeführerinnen machen in Bezug auf das rechtliche Gehör weiter geltend, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihren Vorbringen zu den höheren Kosten von Grenzleitungen auseinandergesetzt und

insofern auch ihre Begründungspflicht verletzt. Es sei für sie nämlich nicht nachvollziehbar, weshalb ihre Vorbringen (in Bezug auf die höheren Kosten einer Grenzleitung) nicht den Anforderungen der ElCom genügt hätten. Die Vorinstanz bestreitet dies und verweist auf Rz. 58 ihrer Verfügung.

Die Parteien haben Anspruch auf Prüfung ihrer Vorbringen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich die entscheidende Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken, darf dabei aber nur diejenigen Argumente stillschweigend übergehen, die für den Entscheid erkennbar unbehelflich sind (SUTTER, Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 32, Rz. 2).

Die Beschwerdeführerinnen haben diese angeblichen zusätzlichen Kosten für Grenzleitungen nicht belegt. Verschiedene Netzeigentümerinnen machten in ihren Eingaben vor der Vorinstanz geltend, für die Konstruktion einer Grenzleitung sei der Aufwand erhöht, ebenso das wirtschaftliche Risiko, da diese nur bei einem unterschiedlichen Preisniveau in den durch diese Leitung verbundenen Regionen wirtschaftlich betrieben werden könne, was nicht beeinflussbar sei. Indem die Vorinstanz in Rz. 59 f. ihrer Verfügung ausführt, keine einzige Übertragungsnetzeigentümerin habe geltend gemacht, welche konkreten Kosten vorliegen und nicht durch das Netznutzungsentgelt gedeckt seien und anschliessend zum Schluss kommt, die "weiteren Kosten" seien nicht ersichtlich und weder geltend gemacht noch belegt, hat sie die betreffenden Vorbringen zu den Kosten einer Grenzleitung zwar sehr knapp, aber dennoch behandelt. Ebenso geht aus dieser Begründung hervor, dass die ElCom Belege erwartet hatte, aus denen die angeblichen höheren Kosten einer Grenzleitung hervorgehen. Insofern hat die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör nicht verletzt.

Dem Umstand, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit dem Nachweis weiterer Kosten verletzt hat, ist im Rahmen der Verlegung der Verfahrenskosten und der Bemessung einer allfälligen Parteientschädigung angemessen Rechnung zu tragen (BGE 126 II 111 E. 7b; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7143/2008 vom 16. September 2009 E. 12.7.3 und A-2606/2009 vom 11. November 2010 E. 5.5.4).

**6.**
In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen eine falsche Anwendung von Art. 32 StromVG und bezeichnen dies als Kernfrage ihrer Beschwerde. Sie machen geltend, die Vorinstanz habe den Begriff "weitere Kosten" falsch angewandt; hierbei handle es sich nämlich um Investitionsrisiken, die risikogerecht entschädigt werden sollen. Diese "weiteren Kosten" seien von den anrechenbaren Netzkosten gemäss Art. 14 ff. StromVG abzugrenzen. Die Investitionen in Grenzkapazitäten seien risikogerecht zu entschädigen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bestehe zudem ein Ausschüttungsanspruch, wobei nur die Grenzleitungseigentümerinnen anspruchsberechtigt seien.

**6.1** Die Vorinstanz entgegnet, die Auffassung der Beschwerdeführerinnen stehe im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 32 StromVG, die erwähnten weiteren Kosten müssten irgendwo entstanden sein oder vorliegen; zudem bestehe gemäss Wortlaut keine Pflicht zur Ausschüttung an die Eigentümerinnen von grenzüberschreitenden Leitungen. Die Beschwerdeführerinnen machten nach wie vor keine Angaben zu diesen weiteren Kosten. Es erscheine mehr als fraglich, ob auch Risiken durch eine Entschädigung nach Art. 32 StromVG gedeckt werden sollten, die sich gar nie realisiert haben.

**6.2** Art. 32 StromVG trägt den Titel "Übergangsbestimmung für Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren" und lautet wie folgt:

> "Die Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren nach Artikel 17 Absatz 5 dürfen während zwei Jahren ab Inkrafttreten dieses Gesetzes auch zur Entschädigung von weiteren Kosten im Übertragungsnetz, insbesondere von risikoadäquaten Entschädigungen der Eigentümer des Übertragungsnetzes, verwendet werden."

**6.2.1** Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich bereits in seinen Urteilen A-2606/2009 vom 11. November 2010 E. 17 und insbesondere A-2654/2009 vom 7. Mai 2013 E. 10 mit den Auktionserlösen zu befassen. Es hat festgestellt, dass die in Art. 17 Abs. 5 und Art. 32 StromVG aufgezählten Verwendungsmöglichkeiten gleichwertig sind und insbesondere diejenige nach Art. 32 StromVG keinen Vorrang hat. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut, wonach die Erlöse "auch" zur Entschädigung von weiteren Kosten im Übertragungsnetz, insbesondere von risikoadäquaten Entschädigungen der Eigentümer des Übertragungsnetzes, verwendet werden "dürfen". Es handle sich bei Art. 32 StromVG

somit um eine fakultative zusätzliche Möglichkeit. Weder der Botschaft noch den Ratsprotokollen sei sodann etwas Gegenteiliges zu entnehmen (vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005 1657; AB 2005 N 1070, AB 2006 S 846 f. und AB 2005 N 1075, AB 2006 S 867; Erläuternder Bericht zu Art. 20 Abs. 1 und 31 StromVV). Demzufolge besteht kein Ausschüttungsanspruch, wie er von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht wird, sondern nur eine Ausschüttungsmöglichkeit.

**6.2.2** Auch mit dem im Stromversorgungsgesetz mehrfach verwendeten Begriff "Kosten" hatte sich das Bundesverwaltungsgericht auseinanderzusetzen. Es hatte im Urteil A-2842/2010 vom 20. März 2013 in E. 4.4.3 festgestellt, dass die Stromversorgungsgesetzgebung an den betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff anknüpft. In E. 4.4.3.1 präzisierte das Bundesverwaltungsgericht, dass unter Kosten als Begriff des betrieblichen Rechnungswesens der nach betrieblich-objektiven Gesichtspunkten festgestellte, in Geldeinheiten ausgedrückte Substanzabfluss zu verstehen ist bzw. die bewerteten Güter- und Dienstleistungsabgänge (Wertverzehr/Substanzverbrauch) einer Periode, die aus der betrieblichen Leistungserstellung entstehen. Die Kosten bilden zusammen mit dem Gegenstück der Leistung die Basis der Betriebsbuchhaltung. Leistungen sind die mit Geld bewerteten, sachzielbezogenen Güter- und Dienstleistungserstellungen (Substanzzufluss) eines Unternehmens pro Periode (JEAN-PAUL THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, 4. Aufl. Zürich 2008, Stichwort "Kosten", S. 370 und Stichwort "Leistung", S. 396; ALDO C. SCHELLENBERG, Rechnungswesen, Zürich 1995, Ziff. 10.2.1 S. 229 und Ziff. 10.2.2 S. 232; BRUNO RÖÖSLI, 1000 Fragen und Antworten zum Rechnungswesen, 4. Aufl. Zürich 2007, Ziff. 4020 S. 284; DERSELBE, Das betriebliche Rechnungswesen, Grundlagen, 6. Aufl. Zürich 2007, Glossar Begriff "Kosten", S. 356 sowie DERSELBE, Das betriebliche Rechnungswesen, Kostenrechnungssysteme und Planungsrechnung, 5. Aufl. Zürich 2008, Ziff. 1.3 S. 22 und Glossar Begriff "Kosten", S. 336 und Begriff "Leistung" S. 337).

Keine Kosten im Sinne des Stromversorgungsgesetzes sind demgegenüber Mindererlöse oder Erlösschmälerungen. Diese sind in der der Stromversorgungsgesetzgebung zu Grunde liegenden betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise keine Substanzabflüsse, sondern verminderte Substanzzuflüsse (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2842/2010 vom 20. März 2013 E. 4.4.3.3 mit Hinweisen).

**6.2.3** Es bestehen keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber in Art. 32 StromVG etwas anderes unter dem Begriff "Kosten" verstanden hätte als im übrigen Stromversorgungsrecht. Bereits der erste Entwurf einer solchen Bestimmung, der in Art. 18f Abs. 5 Bst. c des Entwurfes zur Revision des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (BBl 2003 1683) zu finden war, sah eine Entschädigung weiterer Kosten vor. Ebenso wird in den Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz (BBl 2005 1638) einzig der Begriff Kosten verwendet. Es bestehen daher keine Hinweise, dass auch Risiken oder entgangene Einnahmen vergütet werden sollten.

**6.2.4** Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und der bisherigen Rechtsprechung zum Stromversorgungsgesetz ergibt sich somit, dass eine Entschädigung nach Art. 32 StromVG nur eine von vier gleichwertigen Verwendungsmöglichkeiten für Auktionserlöse ist, also auch die in Art. 17 Abs. 5 StromVG genannten Möglichkeiten von der Vorinstanz gewählt werden können. Zudem setzt die Ausrichtung der Entschädigung voraus, dass "weitere Kosten" entstanden sind, also ein Substanzabfluss vorliegt. Bei blossen Risiken fehlt es an diesem Element, jedenfalls solange sich diese nicht verwirklichen. Die Risiken für sich alleine lassen sich nicht als "weitere Kosten" unter Art. 32 StromVG subsumieren. Ebenso wenig lassen sich entgangene Einnahme-möglichkeiten als "Kosten" im Sinne von Art. 32 StromVG qualifizieren, handelt es sich doch auch hierbei nicht um Kosten – also einen Substanzabfluss –, sondern um einen ausbleibenden Substanzzufluss. Die Vorinstanz hat demnach Art. 32 StromVG nicht falsch angewandt.

**7.**

Im vorliegenden Fall ist weiter strittig, ob Art. 31 StromVV gesetzmässig ist und ob die Vorinstanz diese Norm zu Recht angewandt hat. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies und insbesondere die Zulässigkeit des Nachweises der Kosten und deren Nichtdeckung durch das Netznutzungsentgelt. Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, Art. 31 StromVV liege innerhalb des gesetzlichen Rahmens, der sich auch aus Art. 8 Abs. 1 Bst. a, Art. 14, Art. 15, Art. 30 Abs. 2 und Art. 31 StromVG ergebe. Selbst wenn Art. 31 StromVV gesetzwidrig und im vorliegenden Fall nicht anwendbar sein sollte, würde die Anwendung der zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zum selben Ergebnis führen.

Der umstrittene Art. 31 StromVV hat folgenden Wortlaut:

Die Verwendung von Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren gemäss Artikel 32 StromVG bedarf einer Bewilligung der ElCom. Der Antrag nach Artikel 20 Absatz 1 an die ElCom muss die weiteren Kosten im Übertragungsnetz ausweisen und darlegen, inwiefern diese nicht durch das Netznutzungsentgelt gedeckt sind.

**7.1** Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Werden Rechtsetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber übertragen, spricht man von Gesetzesdelegation. Der Gesetzgeber ermächtigt damit im formellen Gesetz die Exekutive zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen. Reine Vollziehungsverordnungen sind dagegen kein Delegationsfall, denn für den Erlass solcher Vorschriften verfügt der Bundesrat über eine verfassungsunmittelbare Kompetenz (vgl. Art. 182 Abs. 2 BV; PIERRE TSCHANNEN, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar [Kommentar BV], Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/ Vallender [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 34 zu Art. 164; THOMAS SÄGESSER, in: Kommentar BV, Rz. 17 zu Art. 182).

**7.2** Beim Erlass von Vollziehungsverordnungen sind dem Bundesrat in verschiedener Hinsicht Grenzen gesetzt, deren Überschreitung eine Verletzung des Gewaltenteilungs- und des Legalitätsprinzips bedeuten würde: Eine Vollziehungsverordnung muss sich auf eine Materie beziehen, die Gegenstand des zu vollziehenden Gesetzes ist. Sie muss der Zielsetzung des Gesetzes folgen und darf dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, durch Detailvorschriften näher ausführen, jedoch weder aufheben noch abändern. Ansprüche, die aus dem Gesetz hervorgehen, darf sie nicht beseitigen. Sie darf auch keine neuen, nicht schon aus dem Gesetz folgenden Pflichten auferlegen, und zwar selbst dann nicht, wenn diese Ergänzungen mit dem Zweck des Gesetzes in Einklang stehen (vgl. zum Ganzen: BGE 136 I 29 E. 3.3, 130 I 140 E. 5.1, mit Hinweisen; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3479/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.3, A-4930/2010 vom 21. Oktober 2011 E. 2.2.2; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 1860; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N 2700; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 46 N 18 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 14 N 21 ff.; ULRICH

HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 135 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener [Hrsg.], Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 19 N 33 ff.).

**7.3** Das Bundesverwaltungsgericht kann eine Verordnungsbestimmung des Bundesrates auf Beschwerde hin vorfrageweise auf ihre Gesetzmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle; statt vieler: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8057/2010 vom 6. September 2011 E. 1.3.2). Im Rahmen der konkreten Normenkontrolle kann das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich auch die Verfassungsmässigkeit der Bestimmung beurteilen. Es kann namentlich prüfen, ob sie sich auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen (vgl. BGE 134 I 23 E. 8 und 9.1, 133 V 42 E. 3.1, jeweils mit Hinweisen). Soweit das Gesetz den Bundesrat jedoch ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen bzw. seine Regelung lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, fällt die Verordnungsbestimmung trotz allenfalls festgestellter Verfassungswidrigkeit unter das Anwendungsgebot von Art. 190 BV (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., N 2098). Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt im Übrigen der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit zu äussern (vgl. BGE 136 II 337 E. 5.1, mit zahlreichen Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8057/2010 vom 6. September 2011 E. 1.3.2).

**7.4** Das Bundesverwaltungsgericht hatte im Urteil A-2842/2010 vom 20. März 2013 in E. 4.5.3 festgehalten, dass der Bundesrat in Art. 15 Abs. 4 StromVG vom Gesetzgeber ermächtigt worden ist, Grundlagen zur Berechnung der Betriebs- und Kapitalkosten sowie zur einheitlichen und verursachergerechten Überwälzung der Kosten festzulegen. Im Zusammenhang mit Kosten, die die grenzüberschreitende Netznutzung verursacht, beschränkt sich die Delegation auf die Festlegung der Abschreibungsdauer und des angemessenen Zinssatzes sowie die Bezeichnung der betriebsnotwendigen Vermögenswerte (vgl. Art. 16 Abs. 3 StromVG). Beim Erlass von Art. 31 StromVV konnte sich der Bundesrat demgegenüber nicht auf eine Delegationsnorm stützen, sondern hat von seiner allgemeinen verfassungsrechtlichen Kompetenz

zum Gesetzesvollzug Gebrauch gemacht. In Art. 30 Abs. 2 StromVG wird die entsprechende verfassungsmässige Zuständigkeit für den Bereich der Stromversorgungsgesetzgebung lediglich wiederholt. Konkret hat der Bundesrat in Art. 31 StromVV festgelegt, was erforderlich ist, um die Auktionserlöse gemäss Art. 32 StromVG zu verwenden, also Bestimmungen für das betreffende Entscheidverfahren erlassen. Insbesondere wird verlangt, dass die Kosten ausgewiesen werden und dargelegt wird, inwiefern diese nicht durch das Netznutzungsentgelt gedeckt sind. Da die Auslegung von Art. 32 StromVG ergeben hat, dass Kosten im Sinne eines Substanzabflusses entschädigt werden sollen, dürfen im Rahmen des Gesetzesvollzuges der Nachweis der Kosten sowie die Abgrenzung zu den durch das Netznutzungsentgelt gedeckten Kosten verlangt werden. Dies umso mehr, als Art. 25 Abs. 1 StromVG den Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft eine Auskunftspflicht für den Vollzug dieses Gesetzes auferlegt. Art. 31 StromVV ist daher eine zulässige Präzisierung für den Vollzug des Stromversorgungsgesetzes und es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Norm gesetzwidrig sein sollte.

**7.5** Verschiedene Beschwerdeführerinnen machten bereits vor der Vorinstanz geltend, eine Grenzleitung erfordere in der Konstruktion einen höheren Aufwand und ihr Betrieb weise erhöhte Risiken auf, die von den Netzeigentümerinnen nicht beeinflusst werden könnten. Ein wirtschaftlicher Betrieb setze voraus, dass aus den grenzüberschreitenden Energietransiten ein kommerzieller Ertrag erzielt werde bzw. dass in den durch die Leitung verbundenen Regionen ein unterschiedliches Preisniveau bestehe (vgl. act. 78 und 80). Diese Ausführungen leuchten nicht ohne Weiteres ein. Insbesondere wird weder dargelegt, worin die angeblich höheren Konstruktionskosten bestehen noch welches Ausmass diese Mehrkosten haben sollen. Als Folge der Entflechtung zwischen Stromhandel und Netznutzung erscheint für die Wirtschaftlichkeit einer Grenzleitung eher der Umfang ihrer Nutzung wesentlich als der Gewinn, der aus dem Im- oder Export der Elektrizität erzielt wird. Auch mittels langfristiger Lieferverträge kann beispielsweise eine Grenzleitung ausgelastet und damit zumindest teilweise finanziert werden, wobei zugleich die Risiken minimiert werden.

Zu beachten ist ferner, dass Grenzleitungen gemäss der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 Bst. h StromVG ebenfalls Teil des Übertragungsnetzes bilden, nämlich insofern es "dem Verbund mit ausländischen Netzen dient" (vgl. hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-161/2011 vom 26. März 2012 und die darin erwähnte Verfügung der ElCom vom

11. November 2011). Auch für Grenzleitungen können die Eigentümerinnen deshalb Kapital- und Betriebskosten anrechnen lassen, wie dies etwa im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2654/2009 vom 7. Mai 2013 in Bezug auf die Leitungen Laufenburg - Sierentz (E. 7.3) oder Pradella – Westtirol (E. 9), beides offensichtlich Grenzleitungen, festgehalten worden ist. Einzig die zusätzlichen Kosten, die durch die grenzüberschreitende Transaktion entstehen, dürfen nicht den inländischen Endverbrauchern angelastet werden (Art. 16 Abs. 1 und 2 StromVG; vgl. auch Botschaft StromVG, BBl 2005 1655).

Angesichts dieser Umstände ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz Belege für die Kosten verlangt hat und sich schliesslich mangels Nachweises für eine andere Verwendungsart entschieden hat.

**7.6** Selbst wenn die Kosten im Sinne von Art. 31 StromVV nachgewiesen worden wären, hätte es der Vorinstanz im Übrigen frei gestanden, die Auktionserlöse nicht an die Beschwerdeführerinnen auszuschütten, sondern im Sinne von Art. 17 Abs. 5 StromVG zu verwenden. Wie bereits in E. 6.2.1 dargelegt, ist die Ausschüttung nach Art. 32 StromVG nur eine weitere fakultative Verwendungsmöglichkeit, die zudem auf die Jahre 2008 und 2009 befristet ist. Es ist unbestritten, dass die Vorinstanz im Vorjahr, d.h. im Jahr 2008 die Ausschüttung der gesamten Auktionserlöse im Sinne von Art. 32 StromVG genehmigt und damit die in Art. 17 Abs. 5 StromVG genannten, gleichwertigen Möglichkeiten damals nicht berücksichtigt hatte. Der Entscheid der Vorinstanz, im Jahr 2009 die Auktionserlöse statt gemäss Art. 32 StromVG gemäss Art. 17 Abs. 5 StromVG zu verwenden, ist auch vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden.

**8.**

Zu prüfen bleiben somit noch die weiteren verfahrensrechtlichen Rügen der Beschwerdeführerinnen. Sie bringen vor, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt und eine übermässige Mitwirkungspflicht von ihnen verlangt. Zudem habe die Vorinstanz den Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung verletzt, indem sie ein vergleichbares Gesuch für die Auktionserlöse 2008 noch gutgeheissen habe, dasjenige für die Auktionserlöse 2009 jedoch nicht. Schliesslich sei ihr Vertrauen auf eine Ausschüttung, das auf den Äusserungen der Vorinstanz während des Verfahrens beruhe, enttäuscht worden. Die Vorinstanz weist diese Vorwürfe zurück.

**8.1** Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Nach der in Art. 25 Abs. 1 StromVG festgehaltenen spezialgesetzlichen Auskunftspflicht sind die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft aber verpflichtet, den zuständigen Behörden die für den Vollzug dieses Gesetzes erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Die Parteien sind entsprechend verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 StromVG). Mit "Sachverhalt" sind die rechtserheblichen Tatsachen gemeint, d.h. jene faktischen Grundlagen, welche für die Regelung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses relevant sind (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2606/2009 vom 11. November 2010 E. 7.3). Den Beschwerdeführerinnen kommt somit in Bezug auf den Nachweis der weiteren Kosten und zu den Risiken im Sinne von Art. 32 StromVG eine Mitwirkungspflicht zu, da nur sie diese Sachumstände kennen. Weisen sie diese Kosten nicht nach, darf sie die Vorinstanz als nicht bewiesen einstufen (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 12 N 55). Als Folge dieser unbewiesenen, für eine Ausschüttung nach Art. 32 StromVG wesentlichen Tatsachen, konnte die Vorinstanz zudem weder eine der von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagenen Varianten zur Ausschüttung der Auktionserlöse auf die Rechtmässigkeit prüfen und genehmigen noch selbst einen rechtmässigen Verteilschlüssel ausarbeiten. Die Vorinstanz hat demzufolge ihre Pflicht zur Sachverhaltsermittlung nicht verletzt.

**8.2** Aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) folgt, dass eine Behörde im Rahmen der Rechtsanwendung gleiche Sachverhalte gleich zu beurteilen hat bzw. das Vertrauen in die Fortführung einer Praxis grundsätzlich zu schützen ist (BGE 135 II 78 E. 2.4, 125 I 458 E. 4a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 507 ff.). Indessen ist eine Praxisänderung aus sachlichen Gründen zulässig.

Es ist fraglich, ob die erstmalige Genehmigung der Ausschüttung der Auktionserlöse des Jahres 2008 nach einer eher summarischen Prüfung bereits eine eingelebte, bzw. ständige Praxis und damit einen Anspruch auf Gleichbehandlung und entsprechendes Vertrauen zu begründen vermochte. Gemäss Rechtsprechung und Lehre darf eine Praxis ohnehin geändert werden, wenn die bisherige als unrichtig erkannt wurde (BGE 133 V 37 E. 5.3.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 511). Wie in E. 6.2 ff. festgestellt worden ist, sieht Art. 32 StromVG nur eine

Entschädigung nachgewiesener Kosten vor, nicht aber blosser Risiken oder entgangener Einnahmemöglichkeiten. Die richtige Rechtsanwendung stellt somit einen sachlichen und wichtigen Grund für eine Praxisänderung dar. Zu beachten ist jedoch in diesem Zusammenhang auch, dass eine Ausschüttung der Auktionserlöse an die ursprünglichen Eigentümerinnen von Grenzkapazitäten nur eine von vier gleichwertigen, im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten darstellt und kein Anspruch auf eine solche Ausschüttung besteht. Schon von Gesetzes wegen muss daher selbst bei vergleichbaren Sachverhalten nicht in jedem Jahr dieselbe Verwendungsart gewählt werden, ohne dass dadurch ein allfälliger Anspruch auf Gleichbehandlung verletzt wird.

**8.3** Gemäss dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 BV) und dessen Teilgehalten dürfen sich Private auf behördliche Handlungen, namentlich Zusicherungen und Auskünfte, welche berechtigterweise bestimmte verhaltenswirksame Erwartungen wecken, auch dann verlassen, wenn diese unrichtig waren oder gar nicht hätten umgesetzt werden dürfen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-699/2011 vom 9. Februar 2012 E. 3.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 22 Rz. 3). Keine solche Vertrauensbasis bilden vage Absichtserklärungen oder ein Hinweis auf eine bisherige Praxis (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 669). Damit das erweckte Vertrauen geschützt wird und im Einzelfall vom Gesetz abgewichen werden darf, ist regelmässig zusätzlich eine nachteilige Vertrauensbetätigung erforderlich, d.h. dass der Private gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 660 f.). Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im Einzelfall zwischen den Interessen der betreffenden Person und dem mit dem verletzten Gesetz verfolgten öffentlichen Interesse abzuwägen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 629).

Die Vorinstanz hat zwar im Laufe des Verfahrens verschiedentlich die Möglichkeit einer Ausschüttung der Auktionserlöse erwähnt, eine Zusicherung, den Antrag zu genehmigen oder eine Auskunft, wonach die Voraussetzungen einer Ausschüttung erfüllt wären, hat sie jedoch nicht abgegeben. Die vorinstanzlichen Schreiben sind daher höchstens als vage Absichtserklärungen einzustufen, erwähnen sie doch auch andere Möglichkeiten. Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerinnen gestützt auf die Äusserungen der Vorinstanz nachteilige Dispositionen getroffen haben. Damit fehlt es von vornherein an den Voraussetzungen für einen Vertrauensschutz und die entsprechende Rüge erweist sich als unbegründet.

**9.**
Die Beschwerdeführerinnen verlangen schliesslich die Aufhebung von Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung, d.h. der Gebührenverlegung im vorinstanzlichen Verfahren. Diesen Antrag begründen sie jedoch in keiner Weise. Da zudem nicht ersichtlich ist, inwiefern die Festsetzung und Verlegung der Verfahrenskosten rechtswidrig sein sollte, ist auch dieser Antrag abzuweisen.

**10.**
Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde abgesehen von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, die jedoch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden konnte, als unbegründet. Art. 32 StromVG räumt den Beschwerdeführerinnen keinen Anspruch auf Ausschüttung der Auktionserlöse ein. Die Ausführungsbestimmung dazu, Art. 31 StromVV und insbesondere die Pflicht, die Kosten nachzuweisen, ist nicht gesetzwidrig und wurde von der Vorinstanz zutreffend ausgelegt und angewandt. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Verwendung der Auktionserlöse gemäss Art. 17 Abs. 5 StromVG angeordnet hat. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich die Prüfung der weiteren Rügen, namentlich die Frage nach der massgeblichen Währung, der Tragung des Wechselkursrisikos sowie nach der Verzinsung.

**11.**
Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse Fr. 100.— bis Fr. 50'000.— (Art. 63 Abs. $4^{bis}$ Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2). Vorliegend ist zweifellos von einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse auszugehen. Angesichts der Rechtsbegehren ist die Verwendung von mehr als 30 Millionen Euro strittig, also ein Streitwert von über 5 Millionen Franken gegeben. Gemäss Art. 4 VGKE beträgt der diesbezügliche Gebührenrahmen Fr. 15'000.— bis Fr. 50'000.—. Unter Würdigung aller Umstände des Verfahrens, namentlich einer Komplexität und eines Umfanges mittleren Grades, werden die Verfahrenskosten auf Fr. 20'000.— festgesetzt.

Von diesem Gesamtbetrag haben die Beschwerdeführerinnen entsprechend ihrem Unterliegen Fr. 16'000.— zu tragen. Der Rest von Fr. 4'000.— entfiele wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerinnen (vorne E. 5.4 f.) auf die Vorinstanz, ist ihr aber aufgrund von Art. 63 Abs. 2 VwVG nicht zu belasten. Der von den Beschwerdeführerinnen geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.— ist mit den ihnen auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 16'000.— zu verrechnen.

**12.**
Anspruch auf eine Parteientschädigung gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. VGKE haben infolge anwaltlicher Vertretung einzig die Beschwerdeführerinnen. Gemäss Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG wird die Entschädigung der Vorinstanz auferlegt, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann; der Gegenpartei kann sie je nach deren Leistungsfähigkeit auferlegt werden, wenn sie sich mit eigenen Begehren am Verfahren beteiligt hat. Da die Beschwerdeführerinnen unterliegen, ist ihnen nur eine kleinere Entschädigung wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. vorne E. 5.4 f.) zuzusprechen, wobei diese unter den gegebenen Umständen der Vorinstanz aufzuerlegen ist. Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen haben keine Honorarnote eingereicht, weshalb die Entschädigung auf Grund der Akten festzusetzen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Diese wird auf Fr. 2'000.— (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festgesetzt.

## Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

**1.**
Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**
Von den gesamten Verfahrenskosten von Fr. 20'000.— werden Fr. 16'000.— den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Sie werden mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.— verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 11'000.— ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung eines Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**3.**
Den Beschwerdeführerinnen wird für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.— zugesprochen. Diese ist von der Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten.

**4.**
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 929-09-006; Gerichtsurkunde)
– das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

| Die vorsitzende Richterin: | Der Gerichtsschreiber: |
|---|---|
| Kathrin Dietrich | Bernhard Keller |

## 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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Frist steht still vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 46 Abs. 1 Bst. b BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: