Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Entscheid angefochten beim BGer

Abteilung I
A-4043/2015

Urteil vom 22. März 2016

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Christoph Bandli,
Richterin Marianne Ryter,
Richter Jürg Steiger,
Gerichtsschreiber Robert Lauko.

Parteien

Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG,
Kraftwerkstrasse 1025, 4313 Möhlin,
vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, Rechtsanwalt,
und/oder lic. iur. Michael Waldner, Rechtsanwalt,
VISCHER AG, Schützengasse 1,
Postfach 1230, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Swissgrid AG,
Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vorränge für grenzüberschreitende Energielieferungen aus dem Rheinkraftwerk Ryburg Schwörstadt.

Sachverhalt:

A.
Die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG mit Sitz in Rheinfelden betreibt am Rhein bei Riburg und Schwörstadt eine Wasserkraftanlage mit einer Nennleistung von (…) Megawatt (MW).

B.
Mit Schreiben vom 8. Oktober 2012 bat das Fachsekretariat der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG, die technischen und energiewirtschaftlichen Gegebenheiten beim Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt darzulegen. In ihrem Antwortschreiben vom 25. Oktober 2012 führte die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG aus, dass die Umwandlung der Wasserkraft in elektrische Energie in 4 identischen Turbinen-Generatorgruppen erfolge. Die von den Maschinengruppen 1 und 3 erzeugte Energie werde über die zugehörigen Transformatoren mit einer Spannung von 50 Kilovolt (nachfolgend: kV) in das Schweizer Verteilnetz, die von den Maschinengruppen 2 und 4 erzeugte Elektrizität über die zugehörigen Transformatoren mit einer Spannung von 110 kV in das deutsche Verteilnetz eingespeist. Der Transformator 3 lasse sich oberspannungsseitig umschalten, sodass ausnahmsweise von der Maschinengruppe 3 eine Einspeisung ins deutsche Verteilnetz möglich sei.

Mit Schreiben vom 15. April 2013 legte die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG zudem dar, dass bei Betrieb aller vier Maschinengruppen je (…) MW in das schweizerische und das deutsche Verteilnetz eingespeist würden. Bei störungsbedingtem Unterbruch in einer der beiden Ableitungen, bei Umbauten oder Revisionsarbeiten, infolge ungleichmässiger Anströmung der Maschinen oder bei Teilmaschinenbetrieb infolge tiefer Wasserführung erfolge die hälftige Aufteilung der Energie nicht über die symmetrische Einspeisung in das Verteilnetz. Daher sei zur Lieferung des jeweiligen Anteils bei Betrieb von nur zwei von vier Maschinengruppen ein Vorrang im Übertragungsnetz von 50 % dieses Teils, d.h. (…) MW von der Schweiz nach Deutschland bzw. von Deutschland in die Schweiz erforderlich. Ferner müsse im Fall der Kopplung der Maschine 3 mit dem deutschen Verteilnetz, wodurch folglich (…) MW nach Deutschland geliefert würden, entsprechend ein Vorrang von (…) MW von Deutschland in die Schweiz bestehen.

C.
Mit Schreiben vom 29. April 2014 orientierte die ElCom die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG, dass die Swissgrid AG mit Schreiben vom 29. April 2014 angewiesen werde, per 1. Juni 2014 keine Vorränge mehr im

grenzüberschreitenden Übertragungsnetz für Energielieferungen aus dem Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt zu gewähren. Bei Nichtanerkennung der Anweisung habe sie binnen 30 Tage eine Verfügung durch die ElCom zu verlangen.

D.
Am 27. Juni 2014 beantragte die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG der ElCom, ihr weiterhin einen Vorrang für grenzüberschreitende Energielieferungen im Umfang der gesamten Leistung und Produktion für Lieferungen in die Schweiz und nach Deutschland zu gewähren und die Swissgrid dementsprechend anzuweisen.

E.
Die deutschen Übertragungsnetzbetreiber (nachfolgend: ÜNB) kündigten das bisherige Kooperationsabkommen mit der Swissgrid AG per 31. Dezember 2014. In der Folge schlossen die Beteiligten am 11./12. Dezember 2014 ein neues Abkommen (nachfolgend: Kooperationsabkommen), welches auf den 1. Januar 2015 in Kraft gesetzt wurde und keine Vorränge bei der Zuteilung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten mehr vorsieht.

F.
Mit Eingabe vom 2. März 2015 ergänzte die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG ihr Begehren an die ElCom. Es sei festzustellen, dass das betreffende Kooperationsabkommen widerrechtlich und daher nichtig sei. Die Swissgrid AG sei anzuweisen, ein neues, landesrechtskonformes Kooperationsabkommen mit den zuständigen deutschen ÜNB abzuschliessen, welches die Vorränge und ihre praktische Umsetzung gewährleiste. Ferner sei die Swissgrid AG zu verpflichten, ihr für den Zeitraum ab 1. Januar 2015 und bis zur Wiederaufnahme der physischen Priorisierung der vorrangberechtigten Stromlieferungen die Auktionserlöse auszuzahlen, die sich aus der Auktionierung der der Gesuchstellerin vorrangig zustehenden grenzüberschreitenden Leitungskapazität ergäben.

G.
Mit Verfügung vom 19. Mai 2015 stellte die ElCom fest, dass die Verfügungsadressatin beim Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt über keinen Vorrang nach Art. 17 Abs. 2 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) verfüge und wies ihre Anträge ab, soweit sie darauf eintrat. Die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 2 StromVG seien nicht er-

füllt, da es nicht um grenzüberschreitende Lieferungen über das engpassbehaftete Übertragungsnetz gehe, sondern der Strom direkt ins jeweilige nationale Verteilnetz eingespeist werde. Mit Blick auf die vorgebrachten speziellen Betriebssituationen habe die hälftige Aufteilung gemäss der Verleihung nicht im Augenblick der Erzeugung zu erfolgen und lasse sich auch durch eine buchhalterische Abwicklung über Energieausgleichskonti oder via eine bevorzugte Lieferung in die Schweiz mit anschliessendem Ausgleich entgegen der Engpassrichtung nach Deutschland bewerkstelligen. Da für das Grenzkraftwerk Ryburg-Schwörstadt keine sich auf Art. 17 Abs. 2 StromVG stützenden Vorränge bestünden, rechtfertige sich auch keine Anweisung betreffend Verhandlung eines neuen Kooperationsabkommens.

H.

Mit Beschwerde vom 25. Juni 2015 gelangt die Kraftwerk Ryburg-Schwörstadt AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ans Bundesverwaltungsgericht und stellt folgende Rechtsbegehren:

> "1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben;
>
> 2. Der Beschwerdeführerin sei ungeschmälerter und ununterbrochener Vorrang im Umfang der gesamten Leistung und Produktion für Lieferungen in die Schweiz und für Lieferungen nach Deutschland zu gewähren (derzeit beansprucht je […] MW und zusätzlich für Situationen, in denen der Generator 3 nach Deutschland einspeist, […] MW);
>
> 3. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, für die gesamte Leistung und Produktion für Lieferungen in die Schweiz und für Lieferungen nach Deutschland (derzeit beansprucht je […] MW und zusätzlich für Situationen, in denen der Generator 3 nach Deutschland einspeist, […] MW) den Vorrang nach Art. 17 Abs. 2 StromVG ununterbrochen und dauerhaft auf den Bestand des Kraftwerks zu gewähren;
>
> 4. Es sei festzustellen, dass das Kooperationsabkommen Swissgrid – TransnetBW – Amprion vom Dezember 2014 widerrechtlich und daher nichtig ist;
>
> 5. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, ein neues Kooperationsabkommen mit den zuständigen deutschen Übertragungsnetzbetreibern zu verhandeln und abzuschliessen, welches mit dem Landesrecht konform ist und den Vorrang der grenzüberschreitenden Energielieferungen gemäss den Anträgen 1 und 2 sicherstellt und eine praktische Umsetzung dieses Vorrangs gewährleistet;
>
> 6. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für den Zeitraum seit 1. Januar 2015 und bis zur Wiederaufnahme der physischen Priorisierung der vorrangberechtigten Stromlieferungen die Auktionserlöse

auszuzahlen zuzüglich Verzugszins von 5 % seit jeweiliger Vereinnahmung, die sich aus der Auktionierung der der Beschwerdeführerin vorrangig zustehenden grenzüberschreitenden Leitungskapazität ergeben;

7. unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, der Gesetzgeber habe die Stromlieferungen aus erneuerbaren Energien und insbesondere von Grenzkraftwerken insgesamt und ohne weitere Voraussetzungen von der Auktionspflicht für grenzüberschreitende Netzkapazität ausnehmen wollen. Es sei ohne jede Relevanz, wie das Kraftwerk an das elektrische Netz angeschlossen und ob sie zur Erfüllung ihrer konzessionsrechtlichen Pflichten auf die Nutzung des Übertragungsnetzes angewiesen sei.

I.
In ihrer Vernehmlassung vom 31. August 2015 schliesst die ElCom (nachfolgend: Vorinstanz) auf Abweisung der Beschwerde und hält an ihren früheren Ausführungen fest. Sie merkt an, dass die bis 2014 gewährten Vorränge nie behördlich durch sie verfügt, geprüft oder genehmigt worden seien, sondern schlicht aufgrund einer gemeinsamen Handhabung durch die schweizerischen und deutschen ÜNB erfolgt seien.

J.
Mit Beschwerdeantwort vom 10. September 2015 beantragt die Swissgrid AG, die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei; unter gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen. Vom Vorrang erfasst werde einzig Elektrizität, die auf der schweizerischen Seite produziert und ins Ausland exportiert werde. Zudem werde die von der Beschwerdeführerin erzeugte Energie nicht ins Übertragungsnetz, sondern ins Verteilnetz abgegeben. Ohne Kooperation der deutschen ÜNB könne der Vorrang ohnehin nicht gewährleistet werden.

K.
In ihrer Stellungnahme vom 15. Oktober 2015 weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass sich die laufend ergebende Differenz bei den Einspeisungen (Asymmetrien) ins deutsche und schweizerische Verteilnetz einen Rücktransport über das Übertragungsnetz erforderlich mache, da keine grenzüberschreitende Verbindung zwischen den beiden Verteilnetzen bestehe. Für diesen Rücktransport habe sie einen bedingungslosen Anspruch auf Priorisierung.

L.
Mit Duplik vom 23. November 2015 hält die Vorinstanz dagegen, dass für den geltend gemachten zeitnahen Rücktransport keine Pflicht bzw. Rechtsgrundlage bestehe und der Gesetzgeber mit der Vorranggewährung nicht eventuelle Handelsopportunitäten habe belohnen wollen, welche sich durch die Möglichkeit einer beidseitigen Einspeisung im Verteilnetz ergäben. Die Beschwerdeführerin beanspruche demgegenüber einen wirtschaftlichen Vorteil im Stromhandel.

Mit Duplik vom 23. November 2015 führt die Beschwerdegegnerin aus, der geltend gemachte Rücktransport könnte nur in Frage kommen, wenn die konzessionsgemässe hälftige Aufteilung über einen längeren Zeitraum betrieblich unmöglich wäre. Solche Umstände würden aber nicht vorgebracht. Die Einspeisung von erzeugter Energie durch einen Stromproduzenten bzw. der Rücktransport sei überdies keine Stromlieferung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG.

M.
In ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 15. Dezember 2015 vertritt die Beschwerdeführerin die Ansicht, dass den Gesetzesmaterialien ein weites Begriffsverständnis der erneuerbaren Energien zugrunde liege, gleich mehrere Motive für die Priorisierung von solchem Strom bzw. von Strom aus Grenzkraftwerken entscheidend gewesen seien und sowohl Importe wie auch Exporte zu priorisieren seien. Es fänden sich keine Hinweise, dass das Vorliegen eines (Strom-)Liefervertrags Voraussetzung für die Vorranggewährung nach Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG sei.

N.
Mit Schreiben vom 7. Januar 2016 verzichtet die Vorinstanz auf eine weitere Stellungnahme. In ihrer Eingabe gleichen Datums äussert sich die Beschwerdegegnerin zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin.

O.
In ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 11. Februar 2016 weist die Beschwerdeführerin auf das beim Bundesverwaltungsgericht hängige Beschwerdeverfahren A-221/2016 über ein von der Vorinstanz priorisiertes Grenzkraftwerk hin und ersucht das Gericht, die beiden Verfahren inhaltlich zu koordinieren. Hierzu nimmt die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 22. Februar 2016 ihrerseits Stellung.

P.
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 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Der angefochtene Entscheid ist als Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b VwVG zu qualifizieren. Die ElCom 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).

1.1.1 Angesichts des grenzüberschreitenden Bezugs gilt es vorab zu klären, welches Recht bezüglich der internationalen Zuständigkeit anwendbar ist (vgl. Urteil des BVGer A-2342/2006, A-2343/2006 vom 23. November 2012 E. 7.2.1). Nach Art. 190 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) 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, 6. Aufl. 2010, Rz. 357; TSCHANNEN/ZIMMERLI/ MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, S. 184). 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 Lieferrichtung schon aus physikalischen

Gründen beide Anrainerstaaten (vgl. allgemein GÖRAN ANDERSSON, Technische Voraussetzungen des Stromhandels, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Stromhandel, 2007, S. 23 ff.). Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, stellt jeder Export aus der Sicht eines Nachbarstaates wirtschaftlich betrachtet einen Import und jeder Import einen entsprechenden Export dar. 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).

1.1.2 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. 357).

In staatsvertraglicher Sicht sind im vorliegenden Kontext insbesondere die Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden betreffend den Wasserverkehr auf dem Rhein von Neuhausen bis unterhalb Basels vom 10. Mai 1879 (SR 0.747.224.32) sowie der Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Regulierung des Rheins zwischen Strassburg/Kehl und Istein vom 28. März 1929 (SR 0.747.224.052.1) zu beachten. In Betracht fällt zudem die von der Schweizerischen Eidgenossenschaft am 29. Oktober 2010 gestützt auf die erwähnten Staatsverträge im Einvernehmen mit den deutschen Behörden erteilte Konzession für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Riburg und Schwörstadt (nachfolgend: Konzession). Im Zusammenspiel mit der inhaltlich weitgehend übereinstimmenden, nach Verständigung mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft erteilten Bewilligung der deutschen Behörden vom 29. Oktober 2010 hat diese nämlich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung völkerrechtliche Bedeutung (vgl. BGE 129 II 114 E. 4.3). Indessen äussert sich keiner der genannten Rechtstexte zur Frage der internationalen Zuständigkeit bei der Zuteilung von grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten. Andererseits sind 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, auf die Schweiz – jedenfalls aus Sicht der inländischen Behörden – nicht anwendbar (vgl. E. 4.2.1). Damit gelangt im vorliegenden Verfahren grundsätzlich schweizerisches Recht zur Anwendung und richtet sich die behördliche Zuständigkeit nach dem StromVG, das in

Art. 17 den Netzzugang bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz regelt.

1.1.3 Die ElCom 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 die Vorinstanz zum Erlass der angefochtenen Verfügung ohne Weiteres befugt. Auch insofern stellt diese ein taugliches Anfechtungsobjekt für die eingereichte Beschwerde dar.

1.2 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 Stromproduzentin und Betreiberin eines Grenzkraftwerks würde sie von der priorisierten Nutzung der grenzüberschreitenden Übertragungsnetzkapazität wirtschaftlich profitieren, womit sie ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung aufweist. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert.

1.3 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 die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG).

Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies

rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung ihrer Entscheide, entbindet das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Weiter 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. 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 vorgenommen hat (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-857/2014 vom 13. November 2014 E. 2 mit Hinweisen).

3.

Die Beschwerdeführerin macht hinsichtlich des beantragten Vorrangs geltend, der Gesetzgeber habe die Stromlieferungen aus Grenzkraftwerken insgesamt und ohne weitere Voraussetzungen von der Auktionspflicht für grenzüberschreitende Netzkapazität ausnehmen wollen. Es sei unerheblich, wie ein Kraftwerk, dessen Strom unter die Priorisierung von Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG falle, an das elektrische Netz angeschlossen sei. Gleiches gelte für die Frage, ob sie zur Erfüllung ihrer konzessionsrechtlichen Pflichten auf die Nutzung des Übertragungsnetzes angewiesen sei. Entscheidend sei einzig, dass es sich um eine Stromlieferung aus erneuerbaren Energien, insbesondere um Wasserkraft handle.

Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Ansicht, das bei Grenzkraftwerken einzig diejenige Energie von Art. 17 Abs. 2 i.V.m. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG erfasst sei, die auf schweizerischer Seite produziert und ins Ausland exportiert werde. Denn der Schweizer Gesetzgeber könne die auf deutscher Seite erzeugte Energie nicht regulieren. Auf Schweizer Seite produzierte und ins Verteilnetz eingespeiste Energie verbleibe im Inland und falle mangels grenzüberschreitenden Sachverhalts nicht in den Anwendungsbereich von Art. 17 Abs. 2 StromVG. Die Bestimmung beziehe sich ausschliesslich auf das Übertragungsnetz und stehe unter dem Vorbehalt, dass die deutschen ÜNB eine vorrangige Kapazitätsvergabe akzeptierten. Sie weise "appellatorischen" Charakter auf und diene lediglich der Verdeutlichung der Schweizer Sichtweise. Dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG komme daneben keine isolierte Bedeutung zu. Bei den von der Beschwerdeführerin bezeichneten Lieferungen an deutsche

Abnehmer handle es sich aufgrund der Anschlusssituation nicht um Exporte, sondern um einen deutschen Binnensachverhalt, weshalb die Beschwerdeführerin keinen wirtschaftlichen Nachteil erleide.

3.1

3.1.1 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 Elekrizitätswirtschaftsrecht, 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 (Satz 1). Die ElCom kann das Verfahren regeln (Satz 2). Daneben obliegt es der Beschwerdegegnerin, transparente und diskriminierungsfreie Verfahren zur Handhabung von Engpässen zu erarbeiten (Art. 20 Abs. 2 Bst. d StromVG).

3.1.2 Soweit ersichtlich, hat die Vorinstanz bislang keine Bestimmungen über die Zuteilung grenzüberschreitender Kapazitäten erlassen. Demgegenüber enthalten die Allgemeinen Bilanzgruppen-Regelungen (Version 1.8 vom 1. September 2015; nachfolgend: ABR) und die technischen Bilanzgruppen-Vorschriften (Version 1.27 vom 10. Februar 2015; nachfolgend: TBV) als integrierende Bestandteile des von der Beschwerdegegnerin mit den Bilanzgruppenverantwortlichen (nachfolgend: BGV) jeweils abgeschlossenen Bilanzgruppenvertrags (Version 1.1 vom 1. August 2013; abrufbar auf www.swissgrid.ch > Fachportal > Themenübersicht > Rechtsordnung > Bilanzgruppen) nähere Vorgaben hinsichtlich der Zuteilung der verfügbaren Übertragungskapazität. Zur Gewährleistung der Netzsicherheit und der Vermeidung von Engpässen ist die Beschwerdegegnerin nach Ziff. 5.1 des Bilanzgruppenvertrags insbesondere berechtigt, die Lieferungen von elektrischer Energie bzw. die Nutzung der Transportkapazität einzuschränken und ein Allokationsverfahren einzuführen, wobei die Auktionsregeln am jeweiligen Engpass dem Bilanzgruppenvertrag vorgehen.

3.1.3 Auf der Grundlage des seit 1. Januar 2015 geltenden Kooperationsabkommens werden an der Grenze Schweiz/Deutschland die verfügbaren Transportkapazitäten durch die verantwortlichen ÜNB TransnetBW GmbH (nachfolgend: TNG), Amprion GmbH und Swissgrid AG mittels Auktionen

zugeteilt. Die Auktionen werden durch das Joint Allocation Office JAO S.A. (vormals CASC.EU) durchgeführt, wobei die TNG als Auktionskoordinatorin fungiert und als solche die Kommunikationsschnittstelle zwischen dem Auktionsbüro, den Marktteilnehmern und den Auktionspartnern bildet und die Reservierungen der Auktionsteilnehmer entgegennimmt (Ziff. 6.3 Kooperationsabkommen). Die Teilnahme an einem Allokationsverfahren steht grundsätzlich allen BGV offen, sofern die jeweils geltenden Auktionsregeln erfüllt werden und die entsprechenden Verträge abgeschlossen sind (Ziff. 5.1.1 ABR; vgl. auch Art. 8 der Allocation Rules for Forward Capacity Allocation des JAO vom 21. August 2015, https://www.entsoe.eu, abgerufen am 24. Februar 2016). Über die Bilanzgruppe kann der BGV also Lieferungen von elektrischer Energie zwischen seiner Bilanzgruppe in der Regelzone Schweiz und einer ihm zugeordneten Bilanzgruppe in einer angrenzenden (ausländischen) Regelzone abwickeln; dies erfolgt über Fahrplanmeldungen mit externen Fahrplanzeitreihen (Ziff. 4.2.1 ABR; sog. externe Geschäftsfälle; vgl. auch FÖHSE, a.a.O., Rz. 60). Ziff. 10 TBV enthält sodann Regeln zur sog. Nomination, mit welcher ein Akteur erklärt, dass er den Anteil der Übertragungskapazität, der ihm alloziert wurde, tatsächlich benutzen wird (vgl. auch den Glossar für die Regeln des Schweizer Strommarktes, auf den Ziff. 1 des Bilanzgruppenvertrags verweist).

3.1.4 Art. 17 Abs. 2 StromVG sieht für bestimmte Situationen Ausnahmen von der dargelegten marktorientierten Kapazitätszuteilung vor: 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, sowie Lieferungen nach Art. 13 Abs. 3 StromVG Vorrang. Gemäss der letzteren Bestimmung haben bei der Zuteilung von Kapazität im Netz gegenüber sonstigen Lieferungen Vorrang in der nachstehenden Reihenfolge: (Bst. a) Lieferungen an Endverbraucher nach Art. 6 Abs. 1 StromVG und Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, insbesondere Wasserkraft (Bst. c).

Weder die dargelegten Vertragsbedingungen der Beschwerdegegnerin noch das Kooperationsabkommen oder die erwähnten Auktionsregeln äussern sich zur Ausübung der gesetzlichen Vorränge (vgl. dagegen den Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates vom 17. November 2015 zur Parlamentarischen Initiative [15.430] "Streichung von Vorrängen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz" [nachfolgend: Bericht UREK-S], S. 10, wonach die Vorränge zeitgleich mit

der Nomination ersteigerter Kapazitäten für Langfristprodukte bei der nationalen Netzgesellschaft Swissgrid geltend zu machen seien). Im Gegenteil schliesst das Kooperationsabkommen in seiner Präambel eine Vorrangstellung für Lieferungen aufgrund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen wurden, explizit aus. An der Geltung des Art. 17 Abs. 2 StromVG vermag dieser Umstand jedoch nichts zu ändern. Sodann ist entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht ersichtlich, weshalb die Bestimmung bloss appellatorische Bedeutung haben sollte (vgl. E. 3.2.7; vgl. dagegen zum programmatischen Charakter der Zweckbestimmung von Art. 1 StromVG WEBER/KRATZ, a.a.O., S. 10 und PIRKER/EPINEY, Zur vorrangigen Vergabe von Stromübertragungskapazitäten bei "Grenzkraftwerken" – ausgewählte rechtliche Aspekte. Gutachten im Auftrag der Eidgenössischen Elektrizitätskommission [nachfolgend: Gutachten Grenzkraftwerke], S. 9). Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit einer ausdrücklichen Erwähnung der betreffenden Stromlieferverträge, im Bewusstsein um die mangelnde internationale Akzeptanz der statuierten Vorränge, seinen Standpunkt gegenüber dem Ausland bekräftigen (AS 2006 S 847 Votum Carlo Schmid-Suter).

3.1.5 Nach Ansicht der Vorinstanz sind die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 2 StromVG nicht erfüllt, da es nicht um grenzüberschreitende Lieferungen über das engpassbehaftete Übertragungsnetz gehe, sondern der Strom direkt ins jeweilige nationale Verteilnetz eingespeist werde. Die beidseitig der Landesgrenzen vorhandenen Verteilnetzanschlüsse erlaubten es, die Energie direkt ab Werk nach Deutschland und in die Schweiz zu liefern, weshalb eine Auktionierung bisher gar nicht erfolgt sei. Das Kraftwerk sei bereits 1931 in Betrieb genommen worden, lange bevor die Übertragungsnetze von Frankreich, Deutschland und der Schweiz im Jahr 1958 erstmals zusammengeschaltet worden seien.

Aus den Eingaben der Beschwerdeführerin ergibt sich, dass sie den Vorrang für den zeitnahen Rücktransport desjenigen Stromanteils beantragt, der infolge asymmetrischer Einspeisungen in die nationalen Verteilnetze den vorgesehenen Verteilschlüssel von 50 % übersteigt und damit gemäss Konzession der anderen Seite zusteht. Dieser Rücktransport könne kurzfristig nur über das Übertragungsnetz erfolgen, da keine grenzüberschreitende Verbindung zwischen den beiden Verteilnetzen bestehe. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, dass die symmetrische Einspeisung erstens nicht zu jedem Zeitpunkt bzw. unmittelbar im Moment der Leistungserzeugung zu erfolgen habe. Zweitens bestünden praxistaugliche Al-

ternativen wie etwa eine buchhalterische Abwicklung über ein Energieausgleichskonto. Gemäss eigenen Angaben gleiche die Beschwerdeführerin bereits heute die Unterscheide der physikalischen Lieferungen im Inland durch solche Konten aus. Auch die Vorinstanz sieht für einen zeitnahen Ausgleich solcher Differenzen keine rechtliche Grundlage, weder in der Verleihung noch im Stromversorgungsrecht.

Die Argumentation der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz läuft letztlich auf eine Beschränkung des gesetzlichen Vorrangs auf Anschluss- bzw. Betriebssituationen hinaus, in denen keine (zumutbaren) Alternativen zur Priorisierung bestehen. Es ist im Nachfolgenden zu prüfen, ob sich eine solche Gesetzesinterpretation aufdrängt.

3.2

3.2.1 Der Wortlaut einer Bestimmung ist Ausgangspunkt jeder Auslegung. Vom klaren Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Bestehen entsprechende Zweifel, so ist die fragliche Bestimmung mit Hilfe der übrigen Auslegungselemente auszulegen, um den wahren Sinngehalt der Gesetzesbestimmung zu ermitteln. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung), ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen (systematische Auslegung) zukommt (sog. Methodenpluralismus; BGE 141 V 197 E. 5.2, 141 V 221 E. 5.2.1, 141 II 57 E. 3.2; Urteil des BGer 2C_963/2014 vom 24. September 2015 E. 4.1, zur Publikation vorgesehen). Eine Gesetzesinterpretation lege artis kann ergeben, dass ein an sich klarer Wortlaut zu weit gefasst und auf einen an sich davon erfassten Sachverhalt nicht anzuwenden ist (sog. teleologische Reduktion, vgl. Urteil des BVGer A-5557/2015 vom 17. November 2015 E. 5.1; BGE 141 V 191 E. 3 m.w.H.).

3.2.2 Die Gesetzesmaterialien sind dabei für die Gesetzesinterpretation weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend. Ein Gesetz entfaltet ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein, sobald es in Kraft getreten ist. Insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selbst zum Ausdruck kommen. Das gilt auch für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind. Als verbindlich für die Gerichte können nur die Normen selbst gelten, die vom Gesetzgeber in der hierfür vorgesehenen Form erlassen

worden sind. Das bedeutet nicht, dass die Gesetzesmaterialien methodisch unbeachtlich wären; sie können namentlich dann, wenn eine Bestimmung unklar ist oder verschiedene, einander widersprechende Auslegungen zulässt, beigezogen werden, sofern sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben oder dem Gericht als Hilfsmittel dienen, den Sinn einer Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Wo die Materialien keine eindeutige Antwort geben, sind sie als Auslegungshilfe indessen nicht dienlich (BGE 139 III 368 E. 3.2, 137 V 167 E. 3.2, 136 I 297 E. 4.1). Der Wille des historischen Gesetzgebers darf zwar insbesondere bei jüngeren Gesetzen nicht übergangen werden, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (BGE 141 V 221 E. 5.2.1, 141 III 155 E. 4.2; Urteile des Bundesgerichts 6B_708/2015 vom 22. Oktober 2015 E. 2.4.1 und 8C_33/2015 vom 14. Oktober 2015 E. 5.1). Hat dieser Wille jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend (BGE 139 III 368 E. 3.2, 137 V 167 E. 3.2, 136 I 297 E. 4.1; zum Ganzen Urteil A-5557/2015 E. 5.1).

3.2.3 Art. 17 StromVG befindet sich im 3. Kapitel des Gesetzes "Netznutzung", im 2. Abschnitt "Netzzugang und Netznutzungsentgelt" unter der Marginalie "Netzzugang bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz" und legt in Abs. 2 fest, dass bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz Lieferungen aufgrund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, sowie Lieferungen nach Art. 13 Abs. 3 StromVG Vorrang haben. Der diesbezüglich in allen Landessprachen klare Wortlaut von Art. 17 Abs. 2 StromVG sieht keine Einschränkung für Situationen vor, in denen Alternativen für eine grenzüberschreitende Lieferung bestehen, der Berechtigte mithin auf einen entsprechenden Vorrang nicht notwendigerweise angewiesen ist. Voraussetzung ist insofern nur, dass für die beanspruchte Stromlieferung tatsächlich ein Engpass besteht: Genügt die verfügbare Übertragungskapazität, um die gesamte Nachfrage zu decken, findet nach Art. 17 Abs. 1 StromVG von vornherein keine Auktion statt und entfällt die Notwendigkeit eines Vorrangs (vgl. Medienmitteilung UREK-S zur Eröffnung einer Vernehmlassung zu einer Änderung des Stromversorgungsgesetzes vom 4. Dezember 2015; vgl. auch Art. 2 Abs. 2 Bst. c der Verordnung [EG] Nr. 714/2009, wonach ein "Engpass" eine Situation darstellt, in der eine Verbindung zwischen nationalen Übertragungsnetzen wegen unzureichender Kapazität der Verbindungsleitungen und/ oder der betreffenden nationalen Übertragungsnetze nicht alle Stromflüsse im Rahmen des von den Marktteilnehmern *gewünschten* internationalen

Handels bewältigen kann). Die Netzkapazität in der engpassfreien Richtung ist de facto gratis, wobei solche Geschäfte dank des sog. Nettingeffekts letztlich sogar zur Entlastung des Engpasses beitragen (vgl. Bulletin electrosuisse 12/2013 "Umbruch im internationalen Stromhandel. Das Engpassmanagement aus regulatorischer Sicht", S. 10; vgl. auch die entsprechende Saldierungspflicht der europäischen ÜNB nach Art. 16 Abs. 5 der Verordnung [EG] Nr. 714/2009).

3.2.4 Wird zugeteilte Kapazität nicht in Anspruch genommen, so muss sie nach Art. 17 Abs. 4 StromVG erneut nach marktorientierten Verfahren zugeteilt werden. Damit soll verhindert werden, dass ungenutzte Übertragungskapazität gehortet werden kann, um daraus einen Wettbewerbsvorteil bzw. eine Wettbewerbsbehinderung zu erzielen. Nicht genutzte Kapazität wird also nach dem "use-it-or-lose-it"-Prinzip wieder an den Markt zurückgegeben (vgl. Bundesamt für Energie [BFE], Erläuternder Bericht zum Entwurf des StromVG vom 30. Juni 2004 und zum Entwurf der Revision des Elektrizitätsgesetzes, S. 71). Die Beschwerdeführerin vertritt denn auch die unwidersprochen gebliebene Auffassung, dass die von ihr prioritär beanspruchte, jedoch tatsächlich nicht genutzte Kapazität wieder an die Beschwerdegegnerin zurückfalle und von dieser per Auktion neu zugeteilt werden müsse (vgl. auch Verfügung der ElCom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Rz. 42 und Dispositiv-Ziffer 6, wonach die nicht nominierte Kapazität nach marktorientierten Verfahren gemäss Art. 17 Abs. 4 StromVG zugeteilt werden muss). Das Gesetz begegnet damit der Gefahr, dass Übertragungskapazität als knappe Ressource infolge tatsächlich nicht beanspruchter Vorränge brach liegt.

3.2.5 Eine nähere Regelung zur Vorranggewährung findet sich sodann auf Verordnungsstufe: Nach Art. 20 Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) können Importeure bei der Zuteilung der Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz den Vorrang für Lieferungen an Endverbraucher mit Grundversorgung nach Art. 17 Abs. 2 StromVG nur geltend machen, wenn sie nachweisen, dass sie ohne Importe diese Lieferpflicht nicht erfüllen können und dass sie nicht gleichzeitig Lieferungen an Dritte im Ausland angemeldet haben. Die Anwendung dieser vorliegend nicht einschlägigen Verordnungsbestimmung bildet Gegenstand eines weiteren vor dem Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahrens. Es ist an dieser Stelle lediglich festzuhalten, dass der Verordnungsgeber mit Bezug auf Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien und die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossenen Bezug- und Lieferverträge gerade keine Regelung getroffen hat,

obschon sich die Überschrift von Art. 20 StromVG "Verfahren zur Handhabung von Engpässen bei grenzüberschreitenden Lieferungen" auf sämtliche Stromlieferungen zu beziehen scheint.

3.2.6 Im Übrigen weist die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass der vom Gesetzgeber in Art. 17 Abs. 2 StromVG verwendete Begriff "Lieferungen" im Kontext von Art. 13 Abs. 3 StromVG neben den Exporten denknotwendig auch Importe erfassen muss. Denn Art. 13 Abs. 3 Bst. a StromVG betrifft mit den Lieferungen an Endverbraucher in der Schweiz explizit Importlieferungen. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Gesetzessystematik vermögen die von der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin vertretene Sichtweise zu untermauern, wonach der Vorrang nur auf Exportlieferungen anwendbar oder sonstigen Einschränkungen unterworfen sei.

3.2.7

3.2.7.1 Der bundesrätliche Entwurf des StromVG vom 30. Juni 2004 und die ursprünglich geplante vorgezogene Änderung des Elektrizitätsgesetzes sahen noch keinen Vorrang für Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien vor (vgl. Art. 18c Abs. 3 sowie die Botschaft vom 3. Dezember 2004 [BBl 2005 1611 ff. 1638]). In der ersten Lesung stimmte der Nationalrat allerdings einem Antrag seiner vorberatenden Kommission zu, der im grenzüberschreitenden Verkehr zusätzlich zu den Lieferungen an inländische Endverbraucher und den vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossenen Lieferverträgen in Art. 18f Abs. 2 auch "Lieferungen von Strom aus erneuerbaren Energien" privilegieren wollte. Neben der Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen für die Schweizer Wasserkraft (AB 2005 N 1039 Votum Rudolf Rechtsteiner ["In Deutschland haben die erneuerbaren Energien Vorrang beim Transport im Netz."]) argumentierten die Befürworter mit der Sicherheit für die Produzenten der erneuerbaren Energie (AB 2005 N 1039 Votum Geri Müller) und verfolgten ungeachtet der Einwände der Kommissionsminderheit das Ziel, diese an möglichst allen Orten im Gesetz zu fördern und Kohärenz mit anderen Gesetzen herzustellen (AB 2005 N 1039 Voten Ruedi Aeschbacher und Roger Nordmann). Der Bundesrat schloss sich diesem Antrag trotz Vorbehalten an (AB 2005 N 1040 Votum Moritz Leuenberger). Die Änderung blieb in den nachfolgenden Beratungen inhaltlich unwidersprochen, wurde in der Schlussabstimmung von beiden Räten angenommen und schliesslich in Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 StromVG umgesetzt.

3.2.7.2 Zu Diskussionen Anlass gab im Ständerat hingegen die Frage, ob und inwiefern Grenzkraftwerke von der Vorrangbestimmung erfasst würden. Dabei wurde auf einen möglichen Konflikt mit Italien um das Kraftwerk Hinterrhein hingewiesen: Nach Art. 2 des Zusatzprotokolls zur Vereinbarung zwischen der Schweiz und Italien über die Verleihung der Wasserkräfte des Reno di Lei vom 18. Juni 1949 (SR 0.721.809.454.2) seien auf Ersuchen der beliehenen Kraftwerkgesellschaft 20 % der gesamten Produktion nach Italien auszuführen, was bei Verweigerung des Netzzugangs zu einem Streit führen könnte (AB 2006 S 845 Votum Theo Maissen). Um diesen zu vermeiden, schlug der Parlamentarier vor, Lieferungen von Elektrizität infolge staatsvertraglicher Verpflichtungen der Schweiz im Gesetz explizit zu priorisieren. Bundespräsident Moritz Leuenberger vertrat dagegen die Auffassung, das Anliegen sei bereits in der Formulierung "Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien" und dem Zusatz "insbesondere Wasserkraft" enthalten (AB 2006 S 845). Gleicher Ansicht war auch der Kommissionsprecher, Ständerat Carlo Schmid-Sutter (AB 2006 S 847): Unter die Priorisierung von Art. 13 Abs. 4 Bst. c StromVG [entspricht dem geltenden Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG] falle namentlich auch der aus der Nutzbarmachung von Grenzgewässern gewonnene Strom. Die Schweiz habe 23 Wasserkraftwerke, die durch neun Staatsverträge mit dem Ausland normiert würden. Diese Verträge gingen davon aus, dass der Strom aus diesen Kraftwerken, welcher z.B. nach Italien geleitet werde, wie in Italien produzierter Strom behandelt werde und er daher keinen fiskalischen Belastungen und keinen handelspolitischen Schranken unterworfen sei. Dass solcher Strom nicht auch noch verauktioniert werden müsse, weil er eben in einem gewissen Sinne gar nicht grenzüberschreitend sei, erscheine klar und solle der Klarheit halber auch deutlich gesagt werden. Angesichts dieser Ausführungen zog Nationalrat Theo Maissen seinen Antrag wieder zurück.

3.2.7.3 Aus der Entstehungsgeschichte des StromVG erhellt somit, dass der historische Gesetzgeber Grenzkraftwerke von der Auktionierung ausnehmen bzw. ihre Stromlieferungen entsprechend priorisieren wollte. Eine Beschränkung des Vorrangs auf bestimmte Netzanschlusssituationen bzw. auf Fälle ausgewiesener technischer Notwendigkeit wurde in den Debatten, soweit ersichtlich, nicht thematisiert. Ebenso wenig lässt sich den Materialien entnehmen, dass der Gesetzgeber den Vorrang nur jenen (Grenz-)Kraftwerken zuerkannt hätte, deren Stromproduktion gemäss staatsvertraglicher Übereinkunft von allen Gebühren und anderen Abgaben befreit ist, wie dies etwa Art. 2 Abs. 2 des erwähnten Zusatzprotokolls statuiert. Viel eher wurde das Kraftwerk Hinterrhein beispielhaft als eines

der 23 Schweizer Grenzkraftwerke angesprochen, wenn auch mit Blick auf einen allfälligen diplomatischen Konflikt mit Italien. Die Debatte drehte sich letztlich um eine Vorrangbestimmung, die in ihrem Wortlaut weit über die diskutierten Grenzkraftwerke hinausgeht und sämtliche erneuerbaren Energien erfasst, mithin auch die gesamte in der Schweiz erzeugte Wasserkraft. Dass das Parlament innerhalb der neu geschaffenen allgemeinen Regelung zwischen den verschiedenen Arten von Grenzkraftwerken als Unterkategorie der (Lauf-)Wasserkraftwerke differenzierten wollte, ist nicht erstellt.

3.2.7.4 Keine Anhaltspunkte bestehen ferner für die im Gutachten Grenzkraftwerke, S. 11 f., vertretene Ansicht, wonach aufgrund der parlamentarischen Diskussion nur jenen Lieferungen aus erneuerbarer Energie Vorrang zu gewähren sei, bei denen es um den Schutz einer getätigten Investition gehe. Dem Gesichtspunkt des Investitionsschutzes bzw. der Rechtssicherheit hat der Gesetzgeber in Art. 17 Abs. 2 StromVG ausdrücklich mit Bezug auf die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossenen Liefer- und Bezugsverträge Rechnung getragen. Aus dem Schlussvotum von Nationalrat Carlo Schmid-Sutter geht hervor, dass er Exportlieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, insbesondere aus Wasserkraft und Grenzkraftwerken, von Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG erfasst sah. Weshalb diese Norm, wie im Gutachten behauptet, nicht als unabhängige Bestimmung und Rechtsgrundlage zu verstehen sei, erschliesst sich nicht aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

3.2.7.5 Gemäss dem Gutachten Grenzkraftwerke, S. 12, soll Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG schliesslich nur auf Exportlieferungen anwendbar sein. In der Tat deuten das erwähnte Schlussvotum wie auch die vom Gericht beigezogenen Protokolle der UREK-S darauf hin, dass der Gesetzgeber bei der Erschaffung des betreffenden Vorrangs vor allem Exportlieferungen aus Schweizer Kraftwerken im Auge hatte (vgl. auch Bericht der UREK-S, Ziff. 2.2.3). Auf der anderen Seite bestehen keine Hinweise dafür, dass Importlieferungen nicht priorisiert werden sollten. Bundespräsident Moritz Leuenberger sprach sich vielmehr dafür aus, die Gesetzesbestimmung durch die Ergänzung "ins Inland" zu präzisieren, um auszuschliessen, dass reine Transitlieferungen gegenüber Lieferungen ins Inland prioritär behandelt werden (AB 2005 N 1040). Auf diesen Präzisierungsvorschlag ging die Kommissions- und Ratsmehrheit zwar nicht weiter ein; auch in der ständerätlichen Diskussion wurden die Importlieferungen offenbar nicht mehr thematisiert. Allerdings geht aus den parlamentarischen Debatten die allgemeine Stossrichtung hervor, dass die Räte – mit

besonderem Augenmerk auf die spezielle Situation der Grenzkraftwerke – eine möglichst weitgehende Förderung der erneuerbaren Energie anstrebten, ohne diese explizit von der Lieferrichtung abhängig zu machen.

Die Annahme auf S. 12 des Gutachtens Grenzkraftwerke, das schweizerische Gesetz könne lediglich die auf schweizerischer Seite produzierte und ins Ausland exportierte Energie regeln, nicht aber den umgekehrten Fall des grenzüberschreitenden Stromimports, verfängt nicht: In beiden Fällen liegt ein Sachverhalt mit internationalem Bezug vor, der grundsätzlich eine gesetzliche Regelung beider Staaten erheischt (vgl. E. 1.1.1) und ohne Zusammenwirken der betroffenen ÜNB kaum umsetzbar ist (vgl. E. 4.2).

3.2.8 Die Vorränge gemäss Art. 17 Abs. 2 StromVG bilden Gegenstand der sich derzeit in der Vernehmlassung befindenden Initiative der UREK-S "Streichung von Vorrängen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz" (15.430).

3.2.8.1 Eine laufende Gesetzesrevision kann bei der Auslegung einer Norm des geltenden Rechts berücksichtigt werden, wenn das geltende System nicht grundsätzlich geändert, sondern nur eine Konkretisierung des bestehenden Rechtszustands angestrebt wird oder Lücken des geltenden Rechts ausgefüllt werden sollen (BGE 139 V 148 E. 7.2.4; Urteile des BGer 1C_348/2015 vom 19. August 2015 E. 5.5.3, zur Publikation vorgesehen, und 5A_92/2014 vom 23. Juli 2014 E. 2.3; je m.w.H.). Umgekehrt ermöglicht ein Revisionsvorhaben gegebenenfalls Rückschlüsse darauf, wie der (heutige) Gesetzgeber die gegenwärtige Rechtslage interpretiert, insbesondere wenn er diesbezüglichen Änderungsbedarf sieht.

3.2.8.2 Neu sollen nur noch Lieferungen aufgrund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen sowie Lieferungen aus hydroelektrischen Grenzkraftwerken Vorrang haben, Letztere jedoch nur, soweit dazu das Übertragungsnetz in Anspruch genommen werden muss (vgl. Art. 17 Abs. 2 Vorentwurf). Nicht zu privilegieren seien die Lieferungen in den betroffenen Anrainerstaat, wenn sie etwa über das Verteilnetz oder über kraftwerksinterne Leitungen erfolgen könnten (vgl. Bericht UREK-S, Ziff. 2.5). Weiter hält der Bericht in Ziff. 2.3 fest, dass mit der "voraussetzungslosen Gewährung aller Vorränge gemäss geltendem Gesetz" der grenzüberschreitende Austausch insgesamt derart beeinträchtigt würde, dass der Nutzen für die grundversorgten Endverbraucher und für die Förderung der erneuerbaren Energien insgesamt negativ sein dürfte.

Vor diesem Hintergrund ist klar, dass der heutige Gesetzgeber davon ausgeht, dass Grenzkraftwerke nach geltendem Recht unabhängig von ihrer Einbindung in die Netzinfrastruktur in den Genuss eines Vorrang nach Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG kommen. Weiter lässt sich dem Bericht entnehmen, dass mit den (neu nur noch bei entsprechender Notwendigkeit zu gewährenden) Vorrängen sichergestellt werden soll, dass die Energie der 23 hydroelektrischen Grenzkraftwerke, welche beiden Anrainerstaaten zusteht, auch beiden Staaten zu gleichen Bedingungen geliefert werden kann. Weder das so verstandene geltende Recht noch die geplante Änderung beschränken den Vorrang auf eine bestimmte Lieferrichtung.

Abgesehen davon sollen Gesuche um Vorränge, welche vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung eingereicht werden, sowie laufende Beschwerdeverfahren, nach bisherigen Recht beurteilt werden (Art. 33b Abs. 1 und 2 Vorentwurf). Für bereits rechtskräftig gewährte Vorränge sieht Art. 33b Abs. 3 Vorentwurf eine Übergangsfrist vor. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollen die gewährten Vorränge nämlich nicht bereits mit Inkrafttreten der Gesetzesänderung dahinfallen (Bericht UREK-S, Ziff. 3.1 zu Art. 33b). Nach dem Willen der Kommission soll mithin auf die geltende Rechtslage kein Einfluss genommen werden. Bei der geplanten Gesetzesänderung geht es demnach nicht um die blosse Präzision einer bereits geltenden Bestimmung. Vielmehr bezweckt die Initiative, Vorränge *de lege ferenda* im Sinne einer effizienten und diskriminierungsfreien Netznutzung so restriktiv wie möglich zu handhaben (Bericht UREK-S, Ziff. 2.5).

3.2.8.3 Für eine restriktive Handhabung sprach sich die UREK-S zwar bereits beim Erlass des geltenden Art. 17 Abs. 2 StromVG aus: Privilegierungen verminderten die verauktionierte Strommenge und führten damit zu höheren Preisen, die am Ende wohl der Konsument zu tragen hätte (vgl. Protokoll UREK-S vom 24. August 2006). Eindeutige Hinweise auf eine Beschränkung der Vorränge auf besondere (Anschluss-)Situationen sind aber auch in den eingereichten Kommissionsprotokollen nicht auszumachen.

3.2.9 In Anbetracht der Materialien ist folglich nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber in Wirklichkeit eine den Gesetzeswortlaut einschränkende Auslegung der Voraussetzungen für eine Vorranggewährung beabsichtigt hätte. Doch selbst wenn er die für Stromlieferungen aus erneuerbaren Energien gewährten Vorränge an zusätzliche Bedingungen hätte knüpfen wollen, so hätte sich dieser Wille im Gesetzestext nicht manifestiert. Für die Auslegung der insoweit klar abgefassten Vorrangbestimmung (vgl.

E. 3.2.3) wäre ein solcher gesetzgeberischer Wille nach dem Gesagten unbeachtlich (vgl. E. 3.2.2).

3.2.10 Bei der Auslegung zu berücksichtigen ist demgegenüber der Zweck der streitigen Vorrangregelung (teleologische Auslegung). Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG widerspiegelt nach dem Dargelegten die Absicht des Bundes, den Anteil der Elektrizität aus erneuerbaren Energien zu vergrössern; deshalb wurde der Einspeisung entsprechender Elektrizität eine Vorrangstellung eingeräumt (BBl 2005 1651; vgl. auch WEBER/KRATZ, § 4 Rz. 45). Dieses Ziel liegt im öffentlichen Interesse, wie es auch in Art. 89 Abs. 2 und 3 BV, Art. 1 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 [EnG, SR 730.0] sowie Art. 9 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 StromVG zum Ausdruck kommt. Art. 13 StromVG hat der Gesetzgeber ferner vor dem Hintergrund des „Regulated Third Party Access"-Prinzips (Prinzip des geregelten Netzzugangs auf Vertragsbasis) konzipiert. Die Bestimmung ist insofern als lex specialis zum Kartellgesetz zu sehen (BBl 2005 1650). Abgesehen davon bezweckt das StromVG nach Art. 1 eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt; beides Ziele, die als öffentliche Interessen auch in der Vorrangregelung ihren Niederschlag finden.

3.2.10.1 Mit der Ausnahme von der Auktionspflicht verbilligt sich die Übertragung der produzierten Elektrizität, was einen wirtschaftlichen Vorteil auf dem Strommarkt darstellt (vgl. Bericht UREK-S, Ziff. 2.2.2). Der Vorrang hat also zum Ziel, den Absatz und letztlich auch die Erschliessung erneuerbarer Energien zu fördern. Ob Art. 17 Abs. 2 StromVG tatsächlich eine wirksame Förderung erneuerbarer Energiequellen ermöglicht, erscheint nach Auffassung der UREK-S als sehr fraglich (Bericht UREK-S, Ziff. 2.3, vgl. E. 3.2.8.2 zum befürchteten negativen Effekt). Dabei ist jedoch zu beachten, dass Ziff. 2.3 des Berichtes UREK-S, wonach etwa zusätzliche Massnahmen zur Sicherstellung der Netzstabilität ergriffen werden müssten, von der Annahme einer voraussetzungslosen Gewährung sämtlicher der in Art. 17 Abs. 2 StromVG statuierten Vorränge ausgeht. Nach den Berechnungen wäre nur schon für die Belieferung der grundversorgten Endverbraucher ein Vorrang von 3'000 MW erforderlich, mithin viel mehr, als die Grenzkraftwerke für sich beanspruchen könnten. Die verfügbare Exportkapazität an der Schweizer Nordgrenze ist zudem praktisch immer grösser als die Nachfrage (Begründung der Kommissionsinitiative, vgl. auch E. 3.2.3), womit der Vorrang vor allem an der Südgrenze relevant wäre. Da aber mengenmässig bedeutsame Exporte in den EU-Raum seit 2012 offenbar nicht mehr möglich sind und Italien die Schweizer Herkunfts-

nachweise nicht mehr als gleichwertig mit den italienischen anerkennt (Bericht UREK-S Ziff. 2.4.3), dürfte sich der Anwendungsbereich von Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG faktisch auf die hydroelektrischen Grenzkraftwerke beschränken, welche sich – wie dasjenige der Beschwerdeführerin – überwiegend an der Nordgrenze der Schweiz befinden. Sollte die laufende Revision des StromVG angenommen werden, wären die eingeräumten Privilegien überdies von zeitlich begrenzter Dauer (vgl. E. 3.2.8.2).

Dass die voraussetzungslose Gewährung der Vorränge für Grenzkraftwerke die Versorgungssicherheit der Schweiz ernsthaft gefährden könnte, wird von keiner Partei behauptet und ist auch nicht augenfällig: Der verfügbaren Kapazität an der Schweizer Grenze zu Frankreich, Deutschland und Österreich von ca. 4'800 MW (vgl. Tätigkeitsbericht der ElCom 2014, S. 11; vgl. auch Bericht UREK-S Ziff. 2.3) und den Vorrängen für Langfristverträge in der Höhe von 2'500 MW steht eine deutlich geringere Gesamtleistung der deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerke von gut 800 MW gegenüber (vgl. Erhebung Grenzkraftwerke des Fachsekretariats der ElCom vom 30. Mai 2013, S. 4). Doch selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Kapazität der Nordgrenze nicht für alle nach Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG vorrangberechtigten Kraftwerke ausreicht, würde dies am rechtlichen Bestand der Vorränge an sich nichts ändern (vgl. E. 3.3.6). Betroffen wäre einzig die Frage der praktischen Umsetzung und nach allfälligen Sekundärrechtsfolgen (vgl. E. 4.2).

3.2.10.2 Für eine Gewährung des Vorrangs nur im Falle technischer Notwendigkeit bzw. entsprechender Netzanbindung spricht zwar das Ziel einer schonenden Verwendung knapper Ressourcen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz. Es liegt jedoch grundsätzlich am Gesetzgeber, eine allfällige Korrektur – wie bereits initiiert – auf dem Weg der Gesetzesrevision herbeizuführen (vgl. Urteil A-5557/2015 E. 5.4.3). Dabei spielt es auch keine Rolle, ob der Gesetzgeber beim Erlass der umstrittenen Vorschrift von falschen Prämissen ausging oder die Schwierigkeiten der praktischen Umsetzung bewusst in Kauf nahm. In ersterem Fall handelte es sich um eine sogenannt rechtspolitische oder unechte Gesetzeslücke, in letzterem Fall um ein qualifiziertes Schweigen. Raum für richterliche Lückenfüllung bleibt in beiden Fällen grundsätzlich keiner (BGE 139 II 404 E. 4.2 S. 417, 138 II 1 E. 4.2). Anders verhielte es sich einzig, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hätte, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann

(sog. "echte" Gesetzeslücke; zum Ganzen Urteil A-5557/2015 E. 5.4.3 m.w.H.). Art. 17 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG erweisen sich insofern jedoch nicht als lückenhaft. Triftige Gründe dafür, dass der diesbezüglich klare Gesetzeswortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt, liegen demnach nicht vor.

3.2.10.3 Würde man die Vorränge auf Grenzkraftwerke beschränken, welche effektiv auf eine Beanspruchung des Übertragungsnetzes zum Ausgleich der Leistungsdifferenzen angewiesen sind, so würden diese etwa im Vergleich zu inländischen Kraftwerken, die Strom aus erneuerbarer Energie ins Ausland exportieren und dafür auf keine technischen Alternativen zurückgreifen können, ohne sachlichen Grund benachteiligt. Ein Wertungswiderspruch ergäbe sich sodann für den Fall, dass sich die Beschwerdeführerin (oder ein anderes Grenzkraftwerk) insoweit auf einen Vorrang berufen könnte, als sie einen Teil derjenigen Elektrizität, der gemäss Konzession einem der Anrainerstaaten zufällt, aufgrund (freiwilliger) vertraglicher Liefervereinbarung an Abnehmer im anderen Staat ausführt. Im Ergebnis liefe dies darauf hinaus, dass das Kraftwerk zwar nicht zur Erreichung des in der Konzession festgelegten Verteilschlüssels, wohl aber für darüber hinausgehende eigentliche Exportlieferungen priorisiert würde. Eine Schlechterstellung staatsvertraglich bedingter Stromausfuhren gegenüber privatautonomer Lieferungen erweist sich indes unabhängig von der Frage nach allfälligen technischen Alternativen als nicht gerechtfertigt.

Nicht weniger problematisch erschiene die Einschränkung des Vorrangs im Verhältnis zu Grenzkraftwerken, die nur an eines der nationalen Verteilnetze angeschlossen sind: Kämen Letztere in den Genuss eines Vorrangs, hätten sie den zusätzlichen Vorteil, dass ihnen auch die Investitionskosten für eine beidseitige Anbindung erspart blieben.

3.2.10.4 Im Übrigen ist bei der Auslegung auch der gesetzgeberischen Intention, für die betroffenen Kraftwerksbetreiber Rechtssicherheit zu schaffen, Ausdruck zu verleihen (vgl. E. 3.2.8.2). Mit einer (vorgezogenen) Einschränkung der Vorränge ohne angemessene Übergangszeit würde diese Zielsetzung sowie der Zweck der geplanten Übergangsregelung untergraben.

3.2.11 Aus den dargelegten Gründen ergibt sich, dass der Vorrang nach Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG grundsätzlich voraussetzungslos, d.h. ohne Rücksicht auf die technische Netzanbindung des jeweiligen Kraftwerks zu gewähren ist.

3.3 Weiter ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin als Betreiberin eines Grenzkraftwerks "Lieferungen" nach Art. 13 Abs. 3 StromVG vornimmt, wie es nach der Formulierung von Art. 17 Abs. 2 StromVG für einen Vorrang vorausgesetzt wird.

3.3.1 In ihrer Stellungnahme vom 15. Oktober 2015 weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass sich die laufend ergebende Differenz der Einspeisungen (Asymmetrien) ins deutsche und schweizerische Verteilnetz einen Rücktransport über das Übertragungsnetz erforderlich mache, da keine grenzüberschreitende Verbindung zwischen den beiden Verteilnetzen bestehe. Für diesen Rücktransport, der einzig Gegenstand der vorliegenden Beschwerde bilde, habe sie einen bedingungslosen Anspruch auf Priorisierung. Die Wertigkeit des Stroms hänge in hohem Masse vom Zeitpunkt ab, in dem er ins jeweilige nationale Stromnetz eingespeist werden könne. Dies mache einen jederzeitigen (priorisierten) Zugang erforderlich. Soweit sie die beanspruchte Kapazität tatsächlich nicht nutze, falle diese nach Art. 17 Abs. 4 StromVG an die Beschwerdegegnerin zurück und müsse per Auktion neu zugeteilt werden, was deren Argumentation entkräfte.

Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin stellt die Einspeisung von erzeugter Energie aufgrund einer konzessionsrechtlichen Verpflichtung bzw. der Rücktransport keine Lieferung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG dar. Von Stromlieferverträgen, die etwa zwischen Produzenten, Händlern, Lieferanten oder Endverbrauchern abgeschlossen würden, seien Netznutzungs- und Netzanschlussverträge zu unterscheiden, die lediglich das physische Bereithalten und Verfügbarmachen von Strom beträfen. Da die Beschwerdeführerin keine eigentliche Auktionsteilnehmerin, sondern höchstens einer fremden Bilanzgruppe angeschlossen sei, habe sie (die Beschwerdegegnerin) systembedingt zu keinem Zeitpunkt Kenntnis darüber, wieviel grenzüberschreitende Kapazität die Beschwerdeführerin gegebenenfalls in Anspruch nehme. Deren Editions- bzw. Auskunftsbegehren bezüglich der im Jahr 2014 gewährten Priorisierung laufe daher ins Leere.

3.3.2 Gemäss Art. 30 Abs. 1 der Konzession entfällt die vom Kraftwerkunternehmen nutzbar gemachte Wasserkraft und die daraus gewonnene elektrische Energie einschliesslich Einstauersatz je zur Hälfte auf den Kanton Aargau und auf das Land Baden-Württemberg.

Der Beschwerdegegnerin ist insofern beizupflichten, als die konzessionsrechtliche Verpflichtung zur hälftigen Einspeisung der erzeugten Elektrizität

kein Stromlieferverhältnis begründet und mit diesem nicht gleichzusetzen ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Beschwerdeführerin als Produzentin in einem Energielieferverhältnis mit den Stromhändlern stehen dürfte, welche die erzeugte Elektrizität ihrerseits an Lieferanten bzw. Endkunden weiterveräussern (vgl. JEAN-MICHEL NOTZ, Präsentation "Organisation des liberalisierten Strommarktes der Schweiz", http://www.energienetwork.ch, abgerufen am 17. Februar 2016). Mangels eigener Ressourcen schliesst die Beschwerdegegnerin ferner mit den Kraftwerken Verträge über die Lieferung von positiver und negativer Regelenergie ab, wobei positive Regelenergie als vorgehaltene Kraftwerkskapazität im Bedarfsfall abgerufen und ins Netz eingespeist werden kann (MICHAEL WALDNER, Funktion und Rechtsnatur des Stromliefervertrages im liberalisierten Strommarkt, AJP 2010 S. 1311 ff., Rz. 22). Schliesslich sehen die Netznutzungsverträge häufig vor, dass bei Strombezug ohne Vorliegen eines Stromliefervertrages automatisch ein Strombezugsverhältnis mit dem Netzbetreiber zustande kommt (WALDNER, a.a.O., Rz. 54).

Aufgrund des dichten Vertragsgeflechts zwischen den Akteuren im Strommarkt ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der in einem Kraftwerk produzierte Strom am Ende stets einen Abnehmer im rechtlichen und wirtschaftlichen Sinne hat. Folglich wird wohl auch die von der Beschwerdeführerin erzeugte Energie ungeachtet ihrer konzessionsrechtlichen Qualität von Lieferverträgen erfasst sein, selbst wenn die Beschwerdeführerin nicht direkt mit den Endkunden solche Verträge eingeht. Es besteht jedenfalls kein Grund, die von Grenzkraftwerken ins Netz eingespeiste Energie vom Vorrang auszunehmen, nur weil keine konkreten Lieferverträge nachgewiesen sind. Das Gesetz selbst spricht beim Verweis auf Art. 13 Abs. 3 StromVG denn auch lediglich von "Lieferungen"; dies im Gegensatz zu den Lieferungen aufgrund von internationalen "Bezugs- und Lieferverträgen", die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen wurden. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber den streitigen Vorrang an das Vorliegen eines (bestimmten) Vertragsverhältnisses knüpfen wollte. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, steht beim streitbetroffenen Vorrang die Förderung erneuerbarer Energien im Vordergrund. Dieser Fördergedanke beruht nicht auf einer besonderen Vertragsbeziehung mit den (End-)Abnehmern, sondern auf einer bestimmten Art der Energieerzeugung (vgl. auch E. 3.2.10.1).

3.3.3 Würde man den Vorrang im Hinblick auf den konzessionsrechtlich begründeten Stromabsatz mit dem Argument der fehlenden Lieferung verneinen, so wären Grenzkraftwerke vom Privileg faktisch ausgenommen.

Dies liefe aber dem offenkundigen Willen des Gesetzgebers entgegen, der gerade diese Kraftwerke bei Kapazitätsengpässen priorisieren wollte und dabei insbesondere die im Zusatzprotokoll zur Vereinbarung zwischen der Schweiz und Italien vorgesehene Exportoption von 20 % der Gesamtproduktion im Blick hatte (vgl. E. 3.2.7.2). Zudem wollte der Gesetzgeber den von Grenzkraftwerken erzeugten Strom nicht verauktionieren, weil er seiner Ansicht nach in einem gewissen Sinne gar nicht grenzüberschreitend ist (AB 2006 S 847 Votum Carlo Schmid-Sutter).

3.3.4 Bei diesem Auslegungsergebnis kann dahingestellt bleiben, ob die Beschwerdeführerin ohne Gewährung des Vorrangs gegenüber der Konkurrenz benachteiligt wäre, weil die Alternativen zum laufenden Differenzenausgleich den ständigen Schwankungen des Strompreises unterworfen sind, oder ob sie bei einer Priorisierung ihrer Einspeisung umgekehrt einen wirtschaftlichen Vorteil hätte, indem sie allenfalls Arbitragegewinne erzielen könnte (vgl. aber E. 4.3.3). Dass mit der gesetzlichen Förderung eine Besserstellung gegenüber anderen Kraftwerken einhergeht, liegt in der Natur der Sache. Damit verhält es sich auch anders als mit Bezug auf die Vorränge für die Grundversorgung der Endverbraucher, die nicht eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des lokalen Versorgers bezwecken, sondern die Investitions- und Versorgungssicherheit gewährleisten sollen (vgl. Bericht UREK-S, Ziff. 2.4.2). Ebenfalls offenbleiben kann, ob die Verleihung einen möglichst zeitnahen Ausgleich der entstehenden Stromdifferenzen gebietet oder ob der festgelegte Verteilschlüssel auch über einen längeren Zeitraum zu erreichen ist.

3.3.5 Demnach ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin als Betreiberin eines Grenzkraftwerks für die geltend gemachten Rücktransporte über das Übertragungsnetz Schweiz/Deutschland grundsätzlich einen Vorrang im Sinne von Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG beanspruchen kann.

3.3.6 Dieses Ergebnis wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich die tatsächliche Gewährung des streitigen Vorrangs als schwierig oder sogar als undurchführbar erweisen könnte (vgl. E. 4.2). Zwar könnte bei (dauerhaft) fehlender Umsetzbarkeit fraglich erscheinen, ob die Bestimmung nicht als sinn- und zwecklos und damit als willkürlich zu betrachten wäre (vgl. zur Willkür in der Rechtsetzung BGE 136 II 120 E. 3.3.2). Doch bliebe selbst in diesem Fall die bundesrechtliche Norm aufgrund von Art. 190 BV als massgebendes Recht anwendbar. Nichts anderes würde schliesslich

gelten, wenn man im Vorrang eine Kontrahierungspflicht der Beschwerdegegnerin erblickte und sinngemäss auf die privatrechtlichen Regeln zu den Folgen der Leistungsunmöglichkeit abstellen wollte (vgl. dazu ERNST A. KRAMER, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, in: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abt. Allgemeine Bestimmungen, Unterteilband 1a, Bern 1991, Art. 19-20 Rz. 102 ff., 250 ff.). Denn die Unmöglichkeit wäre diesfalls keine objektive, sondern lediglich eine subjektive, zumal sich der Vorrang bei entsprechender Bereitschaft der ausländischen ÜNB durchaus umsetzen liesse (vgl. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl. 2009, § 13 Rz. 28; vgl. auch § 44 Abs. 2 Ziff. 4 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 25. Mai 1976, wonach ein Verwaltungsakt nichtig ist, den aus tatsächlichen Gründen *niemand* ausführen kann). Damit würde die Unmöglichkeit die grundsätzliche Pflicht der Beschwerdegegnerin zur Gewährung des Vorrangs nicht berühren, sondern lediglich zur Folge haben, dass ihre Primärleistungspflicht in eine Sekundärleistungspflicht umgewandelt würde (vgl. KOLLER, a.a.O., § 13 Rz. 28).

4.
Der angefochtene Entscheid, der den Vorrang für die von der Beschwerdeführerin erzeugte Elektrizität verneint, erweist sich demnach als rechtswidrig und ist aufzuheben.

4.1 Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Bei der Wahl zwischen den beiden Entscheidarten steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Liegen sachliche Gründe vor, ist eine Rückweisung regelmässig mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip eines einfachen und raschen Verfahrens vereinbar (Urteil des BVGer A-3434/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 5.1 m.w.H.; BGE 131 V 407 E. 2.1.1). Zur Rückweisung führt insbesondere eine mangelhafte Abklärung des Sachverhalts durch die Vorinstanz, die ohne eine aufwändigere Beweiserhebung nicht behoben werden kann. Ebenso ist eine Rückweisung angezeigt, wenn der Vorinstanz ein Ermessen zukommt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt (vgl. Urteil des BVGer A-4837/2015 vom 25. Januar 2016 E. 8.1 m.w.H.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.194).

4.2 Mit der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Vorrangs auf die von der Beschwerdeführerin begehrten Grenzkapazitäten stellen sich im Lichte der Parteivorbringen praktische Umsetzungsfragen. Art. 17 Abs. 2 StromVG steht nach der Auffassung der Beschwerdegegnerin unter dem Vorbehalt, dass die deutschen ÜNB eine vorrangige Kapazitätsvergabe akzeptieren. Das deutsche bzw. europäische Recht kenne indessen keine Priorisierung bei Engpässen. Vielmehr seien die Netzbetreiber nach § 15 Abs. 2 der deutschen Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen vom 15. Juli 2005 (StromNZV) bei Engpässen ausnahmslos verpflichtet, die verfügbaren Leitungskapazitäten nach marktorientierten und transparenten Verfahren diskriminierungsfrei zu bewirtschaften. Laut der Beschwerdeführerin ist die Rechtslage von der Vorinstanz jedoch unzureichend geklärt worden und nicht nachgewiesen, dass das deutsche oder das übergeordnete Europäische Recht eine Priorisierung im Verhältnis zur Schweiz als Nicht-EU-Mitgliedstaat verbieten würde. Aus den Akten ergebe sich einzig, dass die deutschen ÜNB auf eine Neuverhandlung und Neuverteilung der Risiken, nicht aber auf die Aufhebung der Vorränge gedrängt hätten. Ebenso wenig sei erstellt, dass die Beschwerdegegnerin etwas unternommen hätte, um den Widerspruch zwischen Art. 17 Abs. 2 StromVG und dem abgeschlossenen (nichtigen) Kooperationsabkommen auszuschliessen.

4.2.1 Eine einseitige Durchsetzung der Vorrangregelung ohne Kooperation der betroffenen ausländischen ÜNB ist schwer vorstellbar (vgl. STEFAN RECHSTEINER, Organisatorische Voraussetzungen des Stromhandels, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Stromhandel, 2007, S. 38 ff.; vgl. aber das Schreiben der ElCom vom 19. Dezember 2014, wonach Mittel und Wege zu finden seien, die Vorränge innerhalb des schweizerischen Territoriums umzusetzen). Die TNG ist nicht mehr gewillt, entsprechende Nominierungen der Bilanzgruppen zu verarbeiten (vgl. Kündigungsschreiben der TNG vom 29./30. September 2014). Auch kann die Beschwerdegegnerin die vom ausländischen ÜNB bzw. dem gemeinsam beauftragten Auktionsbüro anzuwenden Regeln nicht einseitig festlegen, sondern bloss auf dem Verhandlungsweg auf eine Berücksichtigung der Vorränge hinwirken. Immerhin ist festzuhalten, dass im völkerrechtlichen Kontext weder dem schweizerischen noch dem ausländischen Recht alleinige Geltung zukommen kann (vgl. E. 1.2.2). Ob und inwiefern Art. 16 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 714/2009 als Gemeinschaftsrecht für die betroffenen ausländischen Behörden mit Bezug auf die Schweiz überhaupt Gültigkeit beansprucht oder nur die grenzüberschreitende Kapazitätsvergabe zwischen den Staaten der europäischen Gemeinschaft regelt, ist umstritten (vgl. Gutachten

Grenzkraftwerke, S. 41 f. m.w.H.). Jedenfalls bezeichnet "Verbindungsleitung" nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung eine Übertragungsleitung, die eine Grenze zwischen Mitgliedstaaten überquert oder überspannt und die nationalen Übertragungsnetze der Mitgliedstaaten verbindet (vgl. aber die Definition des "Engpasses", der auch das jeweilige nationale Übertragungsnetz betreffen kann, E. 3.2.3).

4.2.2 Demgegenüber sieht Art. 16 Abs. 2 Bst. b der Richtlinie 2009/28/EG wie auch die Richtlinie 2009/72/EG als Pflicht der Mitgliedstaaten die Förderung erneuerbarer Energien durch vorrangigen oder garantierten Netzzugang vor. Deutschland hat diesen Gesetzgebungsauftrag für sein (innerstaatliches) Engpassmanagement in den §§ 8 Abs. 1 und 11 Abs. 1 des Gesetzes für den Ausbau erneuerbarer Energien vom 21. Juli 2014 (EEG 2014) umgesetzt (vgl. zum Ganzen CARSTEN KÖNIG, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, Diss. Baden-Baden 2013, S. 202 ff., a.a.O., S. 202 ff.). Das Ziel, erneuerbare Energien beim Netzanschluss bzw. bei der Stromübertragung zu unterstützen, ist dem europäischen bzw. deutschen Recht also keineswegs fremd. Die (hilfsweise) Kündigung des früheren Kooperationsvertrags vom 29. März 2006 auf Ende 2014 durch die TNG erfolgte denn auch nicht unter Berufung auf eine als entgegenstehend betrachtete Rechtsnorm, sondern wurde, gestützt auf eine Handlungsempfehlung aus der gutachterlichen Stellungnahme von Prof. Dr. Moench vom 17. Januar 2014 zur Wirksamkeit der Altverträge, mit der fehlenden Rechtsnachfolge in den bestehenden Kooperationsvertrag begründet (vgl. Kündigungsschreiben der TNG vom 29./30. September 2014). Zudem erachtete die TNG die darin vorgesehene Haftungs- und Risikoregelung als einseitig und argumentierte mit ihrer unternehmerischen Sicht (vgl. Schreiben der TNG vom 25. März 2014).

4.2.3 Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht ausschliessen, dass bei entsprechenden Bemühungen und allfälligen Zugeständnissen in anderen Bereichen ein dem Art. 17 Abs. 2 StromVG (besser) entsprechendes Abkommen erzielt werden könnte, wenngleich die TNG die Vorschläge der Beschwerdegegnerin zur Gewährung einer vorrangigen Vergabe bzw. zum Kapazitätssplitting bislang abgelehnt hat (vgl. Mitteilung der Beschwerdegegnerin an die Vorinstanz vom 17. Dezember 2014). Offenkundig bezogen sich die Gespräche auf die priorisierten Langfristverträge und nicht auf den hier streitigen Vorrang für erneuerbare Energien und die besondere Situation der Grenzkraftwerke. Entsprechende Verhandlungsbemühungen der Beschwerdegegnerin und Reaktionen der Gegenseite sind jedenfalls

nicht dokumentiert. Es liegen auch keine offiziellen Stellungnahmen der deutschen Behörden zur Streitfrage vor. Demnach lassen sich weder die Chancen für eine einvernehmliche Lösung noch ihre mögliche Ausgestaltung in diesem Verfahren abschätzen (vgl. Bericht der UREK-S, Ziff. 2.3, wo sequentielle Auktionen, eine anteilsmässige Kapazitätsaufteilung auf mehrere Vorrangberechtigte sowie ein Kapazitätssplitting zwischen den involvierten ÜNB als mögliche Umsetzungsvarianten angesprochen werden).

4.3

4.3.1 Der ElCom obliegt als fachkundige Stelle letztlich die Prüfung, ob und auf welche Weise die zu gewährenden Vorränge umzusetzen sind. Sie ist gesetzlich befugt, das Verfahren zur Kapazitätszuteilung zu regeln (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 StromVG) und ist für den Entscheid im Streitfall über den Netzzugang zuständig (Art. 22 Abs. 2 Bst. a StromVG). Allgemein überwacht sie die Einhaltung des Stromversorgungsgesetzes, trifft diejenigen Entscheide und erlässt diejenigen Verfügungen, die für den Vollzug des Stromversorgungsgesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Gemäss Botschaft zum StromVG (BBl 2005 1661) hat sie die umfassende Kompetenz, die Einhaltung der Bestimmungen des StromVG zu überwachen und die für dessen Vollzug notwendigen Entscheide zu treffen bzw. Verfügungen zu erlassen. Die Vorinstanz sei überall dort zuständig, wo die Entscheid- und Verfügungskompetenz nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sei. Sie ist als Aufsichtsbehörde für die Beurteilung von Rechtsfragen, welche sich im Zusammenhang mit der Stromversorgungsgesetzgebung stellen, sachlich zuständig (vgl. zum Ganzen Urteile des BVGer A-2850/2014 vom 28. Mai 2015 E. 5.3 und A-857/2014 vom 13. November 2014 E. 1.2.2 mit Hinweisen).

4.3.2 Die Beschwerdegegnerin hat ihrerseits die Aufgabe, die grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten in Koordination mit den Netzbetreibern der Nachbarländer festzulegen (Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. e StromVG; vgl. dazu RECHSTEINER, a.a.O., S. 40). Daraus lässt sich auch eine Pflicht zur Aufnahme und Durchführung ernsthafter Verhandlungen mit den betreffenden ausländischen ÜNB ableiten, um die Interessen der Schweiz und letztlich auch die Regeln des StromVG im internationalen Verhältnis zur Geltung zu bringen. Hingegen kann das Bundesverwaltungsgericht – entgegen dem Antrag 5 der Beschwerdeführerin – die Beschwerdegegnerin im Rechtsmittelverfahren nicht selbst zur Verhandlungsführung

anweisen. Hierfür wäre vielmehr die ElCom als Aufsichtsbehörde zuständig.

Obwohl ihr ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung im Gesetz ein unmittelbarer Eingriff in ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis verwehrt ist, hat eine Aufsichtsbehörde verschiedene Möglichkeiten, mit aufsichtsrechtlichen Anordnungen darauf Einfluss zu nehmen. Insbesondere kann sie die beaufsichtigte Unternehmung anweisen, wie sie sich in ihrer Vertragsbeziehung zu verhalten hat und sie unter Umständen auch zu einer Vertragsänderung anhalten oder allenfalls eine solche durch entsprechende Ersatzvornahme unmittelbar einleiten (vgl. zum Ganzen BGE 136 II 457 E. 6.3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 778). Mit Blick auf die Privatautonomie der beteiligten Vertragsparteien und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist jedoch im Einzelfall nicht weiter zu gehen, als dies zur Durchsetzung des öffentlichen Rechts erforderlich ist. Ferner ist die Vorinstanz aufgrund ihrer umfassenden Überwachungs- und Vollzugskompetenz gehalten, der Beschwerdegegnerin bei den Verhandlungen beizustehen und sie nach Möglichkeit zu unterstützen. Sie kann hierzu auch das Bundesamt für Energie (Bundesamt) beiziehen und ihm Weisungen erteilen (Art. 21 Abs. 3 StromVG). Die Wahl der Vorgehensweise ist letztlich der Vorinstanz zu überlassen.

4.3.3 Im Rahmen ihres neuen Entscheids wird sich die Vorinstanz über den Umfang und die Ausgestaltung des Vorrangs auszusprechen haben. Denn das Gesetz legt die Modalitäten des Vorrangs nicht selber fest (vgl. Gutachten Grenzkraftwerke, S. 13). Klar erscheint wenigstens, dass eine technische Privilegierung der Stromflüsse bei der Durchleitung aus physikalischen Gründen nicht möglich ist (KÖNIG, a.a.O., S. 203 Fn. 925) und der Vorrang somit die wirtschaftliche Zuteilung der Kapazitäten betreffen muss. Ob die in Art. 17 Abs. 2 StromVG enthaltene Vorrangregelung – im Falle mangelnder Kooperation der ausländischen ÜNB – auch durch Rückerstattung der geleisteten Auktionsentgelte umgesetzt werden könnte, ist fraglich und bildet Gegenstand des vor dem Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahrens A-221/2016 (vgl. auch die Verfügung der ElCom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Ziff. 57 und Dispositiv-Ziffer 7, in der eine Rückerstattung der Ersteigerungskosten angeordnet wurde). Festzuhalten ist, dass sich diese finanzielle Umsetzungsvariante grundsätzlich von einem Schadenersatzanspruch als Sekundärleistungspflicht im Falle rechtswidriger Verweigerung des eigentlichen Vorrangs unterscheidet. So könnte

der Schaden eines Grenzkraftwerks nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin etwa auch darin bestehen, dass es anstelle der Benützung des Übertragungsnetzes auf Alternativen zurückgreifen muss, die mit finanziellen Nachteilen verbunden sind (vgl. auch KÖNIG, a.a.O., S. 610, zur Bemessung allfälliger finanzieller Ausgleichsleistungen). Insofern träfe die Beschwerdeführerin aber auch eine Schadensminderungspflicht (vgl. ihr Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 19. Januar 2015; vgl. auch KÖNIG, a.a.O., S. 610 Fn. 2453 f.; Urteil des BVGer A-4632/2012 vom 11. Juni 2013 E. 6.1).

Darüber hinaus sprechen die Entstehungsgeschichte (vgl. E. 3.2.8.3) und der Ausnahmecharakter der Norm grundsätzlich für eine enge Auslegung des Vorrangbegriffs: Es kann nicht darum gehen, den erfassten Energielieferungen möglichst umfassend Vorrang und den Berechtigten einen maximalen wirtschaftlichen Vorteil einzuräumen (vgl. Gutachten Grenzkraftwerke, S. 13 ff.). Ausserdem ist bei der Bestimmung der Reichweite des Vorrangs auch den übrigen Zielsetzungen des StromVG sowie dem Gebot der Rechtsgleichheit Rechnung zu tragen. Im vorliegenden Fall ist soweit möglich zu verhindern, dass die Beschwerdeführerin als Vorrangberechtigte in die Lage versetzt wird, durch neue Handelsopportunitäten ungebührliche Arbitragegewinne zu erzielen. Die Beschwerdeführerin legt denn auch nicht substanziiert dar, weshalb die zeitliche Wertigkeit der Energie eine zeitnahe Erfüllung der Länderquote ohne Zusatzkosten für den Grenztransit erfordern sollte. Die Vorinstanz wird somit auch zu eruieren haben, ob der Vorrang nur durch kostenfreie Zuweisung grenzüberschreitender Kapazitäten umsetzbar ist oder ob auch (kostenpflichtige) Alternativen in Betracht kommen.

5.

Ferner beantragt die Beschwerdeführerin, die Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit des Kooperationsabkommens vom Dezember 2014 festzustellen (Beschwerdeantrag 4).

5.1 Gegenstand des streitigen Verwaltungsverfahrens und damit Streitgegenstand bildet das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit es angefochten wird. Gegenstände, über welche die Vorinstanz nicht entschieden hat und über die sie nicht zu entscheiden hatte, sind aus Gründen der funktionellen Zuständigkeit durch die zweite Instanz nicht zu beurteilen (Urteil des BVGer A-2771/2015 vom 27. Oktober 2015 E. 1.3; BVGE 2010/12 E. 1.2.1; vgl. auch Urteil des BGer 2C_642/2007 vom 3. März 2008 E. 2.2).

5.1.1 Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten. Sie kann auch im Rechtsmittelverfahren sowie selbst noch im Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden (BGE 138 II 501 E. 3.1, 137 I 273 E. 3.1, 136 II 415 E. 1.2, je m.w.H.).

Beim Kooperationsabkommen handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um einen ausdrücklich dem schweizerischen Recht unterstellten (zivilrechtlichen) Vertrag zwischen zwei privatrechtlich konstituierten Gesellschaften (vgl. Ziff. 16 des Abkommens; vgl. auch BVGE 2013/13 E. 5.5). Im Unterschied zu den aufeinander abgestimmten Wasserrechtskonzessionen (vgl. E. 1.1.2) hat das Abkommen auch keine völkerrechtliche Bedeutung. Von der soeben erwähnten Nichtigkeit im verwaltungsrechtlichen Sinn ist sodann die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Vertragsnichtigkeit nach Art. 20 OR zu unterscheiden. Diese bildet schon aufgrund der sachlichen Zuständigkeitsordnung kein selbständiges Objekt verwaltungsrechtlicher Beurteilung, sondern kann lediglich als Vorfrage in einem verwaltungsrechtlichen (Rechtsmittel-)Verfahren Relevanz erlangen (vgl. etwa Urteil des BVGer A-213/2015 vom 13. November 2015 E. 12.2; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 58 ff.). Voraussetzung dafür ist aber, dass das im Streit liegende Rechtsverhältnis von einem privatrechtlichen Tatbestand abhängt, mithin verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen an den betroffenen Vertrag angeknüpft sind (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 299). Ist dies nicht der Fall, kann auf ein entsprechendes Feststellungsbegehren mangels Bezugs zum Streitgegenstand nicht eingetreten werden.

5.1.2 Der zwischen den Parteien umstrittene Vorrang ist wohl in seiner Umsetzung, nicht aber in seinem rechtlichen Bestand vom Kooperationsabkommen abhängig (vgl. E. 3.3.6). Der Vorrang als öffentlich-rechtlicher Anspruch besteht mit anderen Worten ungeachtet der Frage, ob er sich auch praktisch und gegenüber den ausländischen Netzbetreibern durchsetzen lässt. Die diesbezüglichen Schwierigkeiten sind dem streitigen Vorrang nicht vor-, sondern gewissermassen nachgelagert. Die Rechtmässigkeit des Abkommens liegt damit ausserhalb des Streitgegenstands, wie er von der Vorinstanz im Rahmen ihrer richterlichen Funktion zu beurteilen war (vgl. dazu WEBER/KRATZ, a.a.O., § 6 Rz. 9). Selbst wenn die Vorinstanz aufgrund ihrer Aufsichtskompetenz befugt (gewesen) wäre, die geltend gemachte Nichtigkeit des neuen Kooperationsabkommens festzustellen (vgl. E. 4.3.2), hätte die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Anzeigeer-

statterin nach Art. 71 Abs. 2 VwVG nicht die Rechte einer Partei im Rechtsmittelverfahren und insbesondere keinen Behandlungsanspruch (vgl. BGE 133 II 468 E. 2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O, Rz. 774 m.w.H.).

5.2 Im Übrigen fehlt es der Beschwerdeführerin an einem schutzwürdigen Feststellungsinteresse nach Art. 25 Abs. 2 VwVG: Wäre das Kooperationsabkommen nichtig und damit unbeachtlich, so hätte dies nicht den von der Beschwerdeführerin gewünschten Effekt, sondern primär einen Zustand rechtlicher Unsicherheit an den betroffenen Grenzkuppelstellen zur Folge, mit dem auch der Beschwerdeführerin nicht gedient wäre.

5.3 Auf den Beschwerdeantrag 4 ist demnach nicht einzutreten.

6.
Schliesslich beantragt die Beschwerdeführerin eine Auszahlung der Auktionserlöse, welche die Beschwerdegegnerin seit dem 1. Januar 2015 aus der Vermarktung der ihr vorrangig zustehenden grenzüberschreitenden Leitungskapazität erzielt habe (Beschwerdeantrag 6). Konkret verlangt sie die Abschöpfung der aus Geschäftsführung ohne Auftrag erzielten Einnahmen.

Bestand und Umfang des geltend gemachten Gewinnherausgabeanspruchs hängen nicht nur von der Höhe der tatsächlichen Erlöse der Beschwerdegegnerin ab, sondern massgeblich von der Reichweite und Ausgestaltung der in Art. 17 Abs. 2 StromVG statuierten Vorränge, über welche die Vorinstanz in ihrem neuen Entscheid noch zu befinden haben wird (vgl. E. 4.3.3). Damit obliegt auch die Prüfung des Rückleistungsanspruchs in erster Linie der Vorinstanz, die in der angefochtenen Verfügung auf das entsprechende Rechtsbegehren wegen Ablehnung des Vorrangs indes nicht eingetreten ist. Die Sache ist daher – in Gutheissung des Beschwerdeantrags 6 – auch insoweit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Auskunfts- und Editionsbegehren der Beschwerdeführerin erübrigt sich im vorliegenden Verfahren.

7.
Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der von der Beschwerdeführerin nach Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Bst. c StromVG beantragte Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz zu Unrecht verweigert wurde. Die angefochtene Verfügung vom 19. Mai 2015 erweist sich daher als rechtswidrig und ist aufzuheben. Die

Sache ist im Sinne der Erwägungen zur Gewährung des beantragten Vorrangs und zur Prüfung eines Rückerstattungsanspruchs für den Zeitraum ab 1. Januar 2015 an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird die Vorinstanz insbesondere zu überprüfen haben, ob und inwiefern die Beschwerdegegnerin zur Umsetzung der Vorränge aufsichtsrechtlich anzuweisen ist, mit den deutschen ÜNB Verhandlungen durchzuführen (vgl. E. 4.3.2). Auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung der Nichtigkeit des Kooperationsabkommens vom Dezember 2014 ist nicht einzutreten.

8.

8.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Dabei gilt die Rückweisung der Angelegenheit zur weiteren Abklärung bzw. zum neuen Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (vgl. Urteil des BVGer A-549/2014 vom 18. Januar 2016 m.w.H.).

Beim vorliegenden Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin als vollständig obsiegend zu betrachten, ist doch die angefochtene Verfügung vollumfänglich aufzuheben (vgl. Urteil des BVGer A-4837/2015 vom 25. Januar 2016 E. 10.1). Die auf Fr. 15'000.– festzusetzenden Verfahrenskosten (vgl. dazu Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) sind demnach der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (zu deren Kostentragungspflicht vgl. Urteil des BVGer A-4730/2014 vom 17. September 2015 E. 10.3 m.w.H.). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 15'000.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

8.2 Der obsiegenden Partei ist für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin gilt als obsiegend und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Auferlegt wird diese in der Regel der unterliegenden Gegenpartei je nach deren Leistungsfähigkeit, sofern sich diese mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (vgl. Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG; vgl. Urteil des BVGer A-1354/2014 vom 30. Juli 2015 E. 10.2.1). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung und

allfällige Auslagen der Partei. Das Gericht setzt sie aufgrund der eingereichten Kostennote oder, mangels Einreichung einer solchen, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung ist vorliegend in Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands festzulegen. Da die Eingaben der Beschwerdeführerin weitgehend mit jenen im Parallelverfahren A-4025/2015 übereinstimmen, ist die Parteientschädigung angesichts der offensichtlichen Zeitersparnis für das vorliegende Beschwerdeverfahren auf einen reduzierten Betrag von Fr. 10'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und der Beschwerdegegnerin zur Zahlung aufzuerlegen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Die angefochtene Verfügung vom 19. Mai 2015 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Gewährung des von der Beschwerdeführerin beantragten Vorrangs bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz sowie zur Prüfung eines Rückerstattungsanspruchs für den Zeitraum ab 1. Januar 2015 an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 15'000.– festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.
Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Post- oder Bankverbindung mitzuteilen.

4.
Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 10'000.– zu bezahlen.

5.
Die Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 22. Februar 2016 geht an die übrigen Verfahrensbeteiligten.

6.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 232-00033; Einschreiben)
– das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Energie (A-Post)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Maurizio Greppi	Robert Lauko

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 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: