Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-2844/2010

Urteil vom 20. März 2013

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiberin Tanja Haltiner.

Parteien

Axpo Trading AG,
Werkstrasse 10, 5080 Laufenburg,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Stefan Rechsteiner und
Rechtsanwalt lic. iur. Michael Waldner , VISCHER AG,
Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Swissgrid AG,
Werkstrasse 10, 5080 Laufenburg
Beschwerdegegnerin,

und

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kosten und Tarife 2010 für die Netznutzung Netzebene 1
und Systemdienstleistungen.

Sachverhalt:

A.
Mit Datum vom 19. Mai 2009 veröffentlichte die nationale Netzgesellschaft swissgrid ag (im Urteilszeitpunkt: Swissgrid AG [Swissgrid]) als Betreiberin des schweizerischen Übertragungsnetzes für elektrische Energie (Netzebene 1) die Kosten und Tarife 2010 für die Netzebene 1. Sie erhöhte den Tarif für die Netznutzung der Netzebene 1 um 26 Prozent.

Am 16. Dezember 2009 unterzeichnete die Swissgrid eine internationale Vereinbarung mit weiteren dem European Network of Transmission System Operators for Electricity (ENTSO-E) angehörenden europäischen Übertragungsnetzbetreibern betreffend den internationalen Transitkostenausgleich zur Entschädigung der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber für durch grenzüberschreitende Stromflüsse über ihre Netze entstehende Kosten ("Inter-Transmission System Operator-Compensation-Agreement" kurz ITC-Agreement 2010). Dieses Agreement hat zwei Kompensationskomponenten: Eine nach der With-and-Without-Transit (WWT) Methode vorgenommene Wirkverlust-Kompensation sowie eine Infrastrukturkostenabgeltung auf der Basis eines Framework Fund.

B.
Am 28. Mai 2009 gab die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) bekannt, sie überprüfe die Tarife des Übertragungsnetzes von Amtes wegen.

C.
In der Folge legte die ElCom mit Verfügung vom 4. März 2010 insbesondere die Tarife 2010 für die Netznutzung der Netzebene 1 (Dispositiv-Ziffer 1), für allgemeine Systemdienstleistungen (SDL) für Netzbetreiber und direkt am Übertragungsnetz angeschlossene Endverbraucher (Dispositiv-Ziffer 4), für SDL für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW (Dispositiv-Ziffer 5), für die Lieferung von Blindenergie (Dispositiv-Ziffer 7) und für Wirkverluste (Dispositiv-Ziffer 8) neu fest. Mit Ziffer 11 des Dispositivs bestimmte sie, dass 40 Mio. CHF der Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren aus dem Jahr 2010 für die Deckung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes desselben Jahres zu verwenden seien. Über die Verwendung der restlichen Einnahmen in diesem Bereich werde zu einem späteren Zeitpunkt separat entschieden. Des Weiteren ordnete sie in Dispositiv-Ziffer 12 die Anlastung von tatsächlichen Mindererlösen aus dem "Inter-Transmission

System Operator-Compensation" (ITC) im Umfang von voraussichtlich rund 23.4 Mio. CHF (10.7 Mio. CHF für Infrastrukturkosten, 12.7 Mio. CHF für Wirkverlustkompensation) an die Vertragsparteien von internationalen Energiebezugs- und -lieferungsverträgen nach Art. 17 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7) an. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (Dispositiv-Ziffer 14). Die Verfügung wurde der Swissgrid und den übrigen beteiligten Parteien (Übertragungsnetzeigentümer, Netzbetreiber und Endverbraucher mit Ausspeisepunkten vom Übertragungsnetz sowie Betreiber von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW) eröffnet.

D.

Mit Eingabe vom 22. April 2010 erhebt die EGL AG (im Urteilszeitpunkt: Axpo Trading AG, nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung der ElCom (nachfolgend: Vorinstanz) vom 4. März 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt die Aufhebung von Ziffer 12 des Dispositivs. In formeller Hinsicht macht sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.

E.

Die Beschwerdeführerin ersucht mit Eingabe vom 2. Juli 2010 um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der eingereichten Beschwerde. Dieses Gesuch wird mit Zwischenverfügung vom 27. Juli 2010 abgewiesen.

F.

Das Beschwerdeverfahren wird mit Zwischenverfügung vom 30. Juli 2010 bis zum letztinstanzlichen Entscheid des Bundesgerichts bzw. des Bundesverwaltungsgerichts über die Anordnungen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 6. März 2009 sistiert.

G.

Mit Eingabe vom 2. Mai 2012 äussert sich die Beschwerdeführerin zur beabsichtigen Aufhebung der Sistierung, ergänzt ihre Begründung und stellt den prozessualen Antrag auf Einsichtnahme in das ITC-Agreement 2010.

H.

Mit Verfügung vom 29. Mai 2012 hebt das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung auf und nimmt das Beschwerdeverfahren wieder anhand.

I.
Die Beschwerdegegnerin verzichtet mit Beschwerdeantwort vom 20. August 2012 ausdrücklich auf einen Antrag zum Hauptbegehren der Beschwerdeführerinnen. Im Fall einer Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 12 der angefochtenen Verfügung sei die Vorinstanz jedoch anzuweisen, die ihr dadurch entstehende Unterdeckung in den Folgejahren gemäss Weisung 1/2012 betreffend Deckungsdifferenzen aus den Vorjahren zum Ausgleich anzuerkennen. Der Antrag der Beschwerdeführerin betreffend Gewährung der Akteneinsicht ins ITC-Agreement 2010 sei abzuweisen.

J.
Mit Vernehmlassung vom 20. August 2012 beantragt die Vorinstanz, sowohl die Beschwerde als auch der prozessuale Antrag auf Einsichtnahme ins ITC-Agreement 2010 seien abzuweisen.

K.
Die Beschwerdeführerin hält mit Stellungnahme vom 7. September 2012 an ihrem Begehren samt entsprechenden Ausführungen sowie am prozessualen Antrag auf Einsichtnahme ins ITC-Agreement 2010 vollumfänglich fest.

L.
Mit Zwischenverfügung vom 28. September 2012 wird das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin grösstenteils gutgeheissen und mit Instruktionsverfügung vom 9. November 2012 geht eine Kopie des ITC-Agreements 2010 sowie der Anhänge P, S, Y und Z und O insoweit, als es sich um Daten der Schweiz handelt, an die Beschwerdeführerin. Gleichzeitig wird ihr Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme eingeräumt.

M.
Per 26. November 2012 reicht die Beschwerdeführerin nach erfolgter Einsichtnahme ins ITC-Agreement 2010 eine Beschwerdeergänzung ein.

N.
Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz nehmen mit jeweiliger Eingabe vom 4. Februar 2013 zur Ergänzung der Beschwerde Stellung, wobei die Beschwerdegegnerin auf ihre Anträge und deren Begründung in der Beschwerdeantwort vom 20. August 2012 verweist und die Vorinstanz unverändert beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

O.
Die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin datieren vom 22. Februar 2013. Per 5. März 2013 reicht die Vorinstanz diesbezüglich weitere Bemerkungen ein.

P.
Auf die Ausführungen der Beteiligten und sich bei den Akten befindliche Dokumente wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 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 StromVG).

1.2 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat als beteiligte Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch Dispositiv-Ziffer 12 der angefochtenen Verfügung als Vertragspartei diverser internationaler Energiebezugs- und -lieferverträge i.S.v. Art. 17 Abs. 2 StromVG (sogenannte "Long-Term-Contracts", LTC) besonders betroffen. Sie ist damit zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.
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 keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen (vgl. Art. 21 f. StromVG). 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).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht, die Vorinstanz habe mit der Verweigerung der Einsichtnahme in das ITC-Agreement 2010 ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanz habe zu ihrem Nachteil auf geheime oder damals nicht vorliegende Akten abgestellt. Sie habe im vorinstanzlichen Verfahren zweimal um Einsichtnahme in das ITC-Agreement 2010 ersucht, wobei dieser Antrag jeweils unter Hinweis auf die Geheimhaltungsverpflichtung der Beschwerdegegnerin abgelehnt und ein weiteres pendentes Einsichtsgesuch in der angefochtenen Verfügung nicht behandelt worden sei. Demnach habe die Vorinstanz auf ein geheimes Dokument abgestellt, woraus eine finanzielle Belastung ihrerseits von einem voraussichtlich siebenstelligen Betrag resultiere. Dies widerspreche den Grundsätzen eines fairen Verfahrens; in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips hätte die Vorinstanz ihr zumindest in die nicht geheimhaltungsbedürftigen Teile des ITC-Agreements 2010, wozu insbesondere die für sie relevante Beschreibung des Ausgleichsmechanismus gehöre, Einsicht gewähren müssen. Die Vorinstanz habe ihr je-

doch nur die Höhe der aus dem ITC-Agreement 2010 angeblich resultierenden Mindererlöse bekannt gegeben, was für eine sachgerechte Stellungnahme nicht genüge. Aufgrund der erfolgten Verletzung des rechtlichen Gehörs sei die angefochtene Verfügung aufzuheben.

3.1 Nach ständiger Rechtsprechung und Lehre umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) als Teilgehalt ebenfalls das Recht der Parteien auf Akteneinsicht. Dieses wird auf Gesetzesebene für das Bundesverwaltungsverfahren in den Art. 26 ff. VwVG (i.V.m. Art. 37 VGG) konkretisiert. Gemäss dem in Art. 26 Abs. 1 VwVG beschriebenen Akteneinsichtsrecht hat jede Partei oder ihr Vertreter grundsätzlich Anspruch darauf, in ihrer Sache die Verfahrensunterlagen, d.h. insbesondere die Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden (Bst. a) und alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Bst. b), am Sitz der verfügenden Behörde einzusehen. Innerhalb der jeweiligen Sache erstreckt sich das Einsichtsrecht auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheides zu bilden. Die Akteneinsicht ist demnach auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag. Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen werden, kann daher nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos. Es muss den Betroffenen selbst überlassen werden, die Relevanz der Akten zu beurteilen (BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Praxiskommentar zum VwVG], Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 26 Rz. 58).

Nach Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern. Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich dabei nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Art. 27 Abs. 2 VwVG). In Einklang hiermit steht die Regelung in Art. 10 Abs. 2 StromVG, wonach wirtschaftlich sensible Informationen, die aus dem Betrieb der Elektrizitätsnetze gewonnen werden, von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen unter Vorbehalt der gesetzlichen Offenlegungspflichten vertraulich behandelt werden müssen und nicht für andere Tätigkeitsbereiche genutzt werden dürfen. Im Falle der Verweigerung der Einsichtnahme in ein Aktenstück darf auf dieses gemäss Art. 28 VwVG zum Nachteil der Partei

nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

3.2 Allerdings rechtfertigt nicht jedes entgegenstehende öffentliche oder private Interesse die Verweigerung oder Einschränkung der Akteneinsicht: Es ist Aufgabe der Verwaltungsbehörde oder im Streitfall des Gerichts, im Einzelfall abzuwägen, ob ein konkretes Geheimhaltungsinteresse das grundsätzlich (ebenfalls) wesentliche Interesse an der Akteneinsicht überwiegt. Die sorgfältige und umfassende Abwägung und Bewertung der im Konflikt stehenden Interessen ist dabei nach pflichtgemässem Ermessen, allenfalls nach Rücksprache mit Dritten und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips vorzunehmen (grundlegend BGE 115 V 297 E. 2c ff. mit Hinweisen; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 242; STEPHAN C. BRUNNER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Kommentar VwVG], Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 27 Rz. 5 und 9; WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar zum VwVG, a.a.O., Art. 27 Rz. 3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.96 mit Hinweisen). Der in Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG aufgeführte Begriff des "wesentlichen Interesses" öffentlicher oder privater Natur zur Einsichtsbeschränkung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der den Behörden einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt. Welches dem grundsätzlichen Einsichtsrecht entgegenstehende Interesse in dem Sinne als wesentlich zu gelten hat, bestimmt sich nicht generell, sondern wiederum im konkreten Einzelfall (BGE 125 II 228 E. 4a; BGE 117 Ib 481 E. 7a/aa mit Hinweis).

Aus dem bereits zitierten Art. 27 Abs. 2 VwVG ergibt sich, dass sich die Verweigerung der Akteneinsicht auf das Erforderliche zu beschränken hat. Mithin dürfen nur Akten und Aktenteile, welche selber einen geheimhaltungswürdigen Inhalt aufweisen, der Einsichtnahme entzogen werden. Diese in Art. 27 Abs. 2 VwVG vorgenommene Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips führt somit zu einem Anspruch auf insgesamt teilweise Einsichtsgewährung bzw. volle Einsichtsgewährung in alle übrigen Akteninhalte, gegen deren Offenlegung keine überwiegenden Interessen auszumachen sind (vgl. WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar zum VwVG, a.a.O., Art. 27 Rz. 38; ALBERTINI, a.a.O., S. 245).

3.3 In seiner Zwischenverfügung vom 28. September 2012 hat das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf die vorgenannten Erwägungen festgehalten, dass das ITC-Agreement 2010 entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin keine umfassende Geheimhaltungsverpflichtung statuiert und die Beschwerdeführerin demnach grundsätzlich Anspruch auf Einsichtnahme hat. Zusammenfassend wurde das Vorliegen entgegenstehender öffentlicher Interessen vollständig, dasjenige überwiegender privater Interessen grösstenteils verneint und damit die Akteneinsicht mehrheitlich gewährt (vgl. Zwischenentscheid A -2844/2010 vom 28. September 2012 E. 6). Demzufolge hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Einsicht in das ITC-Agreement 2010 und in einen Grossteil der dazugehörigen Anhänge zu Unrecht verweigert und deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

3.4

3.4.1 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, VwVG-Kommentar, a.a.O., Art. 29 Rz. 16 und 18 mit Hinweisen; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, VwVG-Praxiskommentar, a.a.O., Art. 29 Rz. 106, 108, 111 und 114 mit Hinweisen).

3.4.2 Dadurch, dass der Beschwerdeführerin die Einsichtnahme in das ITC-Agreement 2010 und in weite Teile der entsprechenden Anhänge verweigert worden ist, wurde wie erwähnt ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Es stellt sich die Frage, ob die erfolgte Verletzung geheilt werden kann oder zur Kassation der angefochtenen Verfügung führen muss. Gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts können Gehörs-

verletzungen dank der umfassenden Kognition der Beschwerdeinstanz in bestimmten Schranken geheilt werden; dies insbesondere unter der Voraussetzung, dass die unterbliebenen Handlungen nachgeholt werden und die betroffenen Beschwerdeführenden sich dazu haben äussern können. Eine Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt. Zudem darf den Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (vgl. statt vieler: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-372/2012 vom 25. Mai 2012 E. 4.1, A-737/2012 vom 5. April 2012 E. 2.1.2 und A-1813/2009 vom 21. September 2011 E. 7.1, je mit Hinweisen).

Mit Instruktionsverfügung vom 9. November 2012 ging eine Kopie des ITC-Agreements 2010 sowie der Anhänge P, S, Y und Z und O insoweit, als es um Daten der Schweiz geht, an die Beschwerdeführerin, welche Gelegenheit zur Stellungnahme erhielt. Da sie im Beschwerdeverfahren die entsprechenden Aktenstücke einsehen sowie dazu Stellung nehmen konnte, kann die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör seitens der Vorinstanz hier somit als geheilt betrachtet werden.

4.

Materiellrechtlich stellt sich vorliegend die Frage der Rechtmässigkeit der Anlastung der sogenannten ITC-Mindererlöse an LTC-Vertragsparteien gemäss Art. 17 Abs. 2 StromVG gestützt auf Art. 14 Abs. 3 letzter Satz der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c erster Satz StromVV.

4.1

4.1.1 Die Vorinstanz führt zum Mechanismus gemäss ITC-Agreement 2010 aus, bei der Berechnung der massgebenden Transite berücksichtige das ENTSO-E nur diejenigen grenzüberschreitenden Netzkapazitäten, die nach marktorientierten Verfahren zugeteilt worden seien, was bei LTC-Verträgen nach Art. 17 Abs. 2 StromVG eben nicht der Fall sei. Deshalb würden sich bei der Beschwerdegegnerin erhebliche Einbussen bei den Erlösen aus dem ITC ergeben. Da inländische Endverbraucher nach Art. 16 Abs. 1 StromVG nicht mit den durch die grenzüberschreitende Nutzung des Übertragungsnetzes entstehenden Kosten belastet werden dürften, seien diese Kosten in Anwendung von Art. 14 Abs. 3 StromVV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV "verursachergerecht" den LTC-Parteien anzulasten, weil die Reservation von Grenzkapazitäten direkt zu

den Mindererlösen führe (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 211, 216, 218 f. und 311 f.).

Für die Abgeltung von Infrastrukturkosten wurde im ITC-Agreement 2010 ein Framework Fund von EUR 100 Mio. vereinbart. Gemäss Vorinstanz ist dieser Betrag ohne konkretes Rechnungsmodell erfolgt und nicht kostenbasiert. Der voraussichtliche Anteil der Beschwerdegegnerin am Framework Fund von CHF 17.3 Mio. verringere sich aufgrund der reservierten Grenzkapazitäten voraussichtlich auf CHF 6.6 Mio. (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 213 und 217 ff.). Basis für die Abgeltung der Wirkverlustkosten ist das WWT-Modell, bei welchem die durch die Transite verursachten Wirkverluste aus Lastflussberechnungen mit und ohne Transit ermittelt werden. Basierend auf dem ITC-Agreement 2010 prognostiziert die Vorinstanz bei zusätzlicher Berücksichtigung der reservierten Grenzkapazitäten voraussichtliche Erlöse von CHF 24.5 Mio. Da jedoch für die Berechnung nach dem ITC-Agreement 2010 nur Grenzkapazitäten, die nach marktorientierten Verfahren zugeteilt werden, berücksichtigt würden, erleide die Beschwerdegegnerin Mindererlöse in der Höhe von CHF 12.7 Mio. Verursacht werde dieser Verlust durch die LTC-Vertragsparteien nach Art. 17 Abs. 2 StromVG (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 297 und 312).

4.1.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, den Vertragsparteien von Langfristverträgen gestützt auf Art. 14 Abs. 3 StromVV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV und in Anwendung des ITC-Agreements 2010 Mindererlöse aufzuerlegen, verstosse gegen das StromVG und allgemein gegen das Legalitätsprinzip: Wenn die Kosten der grenzüberschreitenden Nutzung des Übertragungsnetzes derzeit nicht bestimmt werden könnten, wie die Vorinstanz ausführe, so dürften sie auch nicht den Nutzern dieser Leitung angelastet werden. Art. 16 StromVG schreibe vor, dass die Kosten für die grenzüberschreitende Netznutzung anlagespezifisch zu ermitteln seien; unbestrittenermassen habe bis heute eine Ermittlung der tatsächlichen Kosten nicht stattgefunden, vielmehr basierten die Ausgleichszahlungen, die sich unter dem ITC-Agreement 2010 zwischen den beteiligten Übertragungnetzbetreibern ergäben, auf einer mehr oder weniger willkürlichen Schätzung gesamteuropäischer Kosten. Weiter widerspreche es Sinn und Zweck von Art. 17 Abs. 2 StromVG, die Mindererlöse aufgrund des ITC-Agreements der Beschwerdeführerin anzulasten; mit einem solchen Gesetzesverständnis werde die Priorisierung nach Art. 17 Abs. 2 StromVG umgangen.

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, Mindererlöse seien keine Netzkosten i.S. des StromVG: Die gewöhnliche Nutzung des Übertragungsnetzes werde über das Netznutzungsentgelt finanziert, welches am Ausspeisepunkt von den inländischen Endkunden getragen werde. Netznutzungsentgelte seien kostenbasiert, d.h. sie würden die realen direkten Kosten für Kapital und Betrieb (Art. 15 StromVG) decken. Für die Nutzung durch grenzüberschreitende Lieferungen gelte nach Art. 16 StromVG eine Sonderregelung: Es seien auch dort die tatsächlichen Kosten zu ermitteln; diese dürften jedoch nicht den inländischen Endverbrauchern angelastet werden. Wie die Kapitalkosten für diese Kategorie zu ermitteln seien, erkläre Art. 16 Abs. 2 StromVG im Detail; für die Alternativberechnung der Vorinstanz gebe es keine Grundlage. Eine gesetzeskonforme Ermittlung der Zusatzkosten von Transitflüssen läge bis heute weder in allgemeiner noch in anlagespezifischer Form vor. Stattdessen seien die Kosten für die grenzüberschreitende Netznutzung im Jahr 2010 auf der Basis des ITC-Agreements 2010 ausgeglichen worden. Die Ein- und Auszahlungen im Rahmen des ITC-Agreements 2010 würden in keiner Weise auf einer Ermittlung der tatsächlichen Kosten für grenzüberschreitende Stromflüsse basieren; vielmehr handle es sich um eine im Wesentlichen nach politischen Gesichtspunkten festgelegte Summe, die als Ausgangsgrösse mehr oder weniger willkürlich festgelegt werde. Hätte der Gesetzgeber von der tatsächlichen Kostenermittlung gemäss Art. 16 Abs. 1 StromVG abweichen und einen Vorbehalt zugunsten privatrechtlicher Verträge machen wollen, so hätte dies in einem Gesetz im formellen Sinn explizit verankert werden müssen.

Das Vorgehen der Vorinstanz sei also in doppeltem Sinne falsch: Zum einen behandle sie die Mindererlöse aus den ITC-Einnahmen als Kosten, obwohl mit Art. 15 und 16 StromVG die vollen Kosten bereits abgedeckt seien und die ITC-Einnahmen mit Infrastrukturkosten nichts zu tun hätten und die behaupteten hypothetischen Mindererlöse solcher Einnahmen ebenso wenig. Gemäss einschlägiger europäischer Regelungen würden ITC-Mindererlöse gar keine durch die grenzüberschreitende Netznutzung verursachten Kosten darstellen. Zum anderen diene ein grosser Teil der LTC-Verträge der Versorgung der Endkunden in der Schweiz; eine Belastung der Vertragsparteien von Langfristverträgen mit Mindererlösen würde dazu führen, dass schlussendlich die Schweizer Endkunden solche Mindererlöse tragen müssten, was Art. 16 Abs. 1 StromVG gerade verhindern wolle.

Hinzu komme, dass das ITC-Agreement eine freiwillige Vereinbarung zwischen den Übertragungsnetzbetreibern und keinen Staatsvertrag im eigentlichen Sinne darstelle; es sei kein massgebendes Völkerrecht i.S.v. Art. 190 BV. Offensichtlich sei es von der Beschwerdegegnerin unterzeichnet worden, wofür eine gesetzliche Grundlage fehle. Aufgrund des ITC-Agreements 2010 könnten ihr deshalb keine neuen Pflichten auferlegt werden. Die Halter von LTC-Verträgen hätten im Übrigen bei der Ausarbeitung dieses Agreements keinerlei Mitwirkungsmöglichkeiten gehabt und auch nie darin eingewilligt bzw. es nicht unterzeichnet. Ausserdem seien die Verursacher von Kosten für grenzüberschreitende Netznutzung i.S.v. Art. 16 Abs. 1 StromVG nicht die LTC-Vertragsparteien, sondern die ausländischen Übertragungsnetzbetreiber, in deren Netzen die grenzüberschreitenden, das schweizerische Übertragungsnetz belastenden Stromflüsse beginnen oder enden würden.

Zusammenfassend hält die Beschwerdeführerin fest, mit dem Erlass von Art. 14 Abs. 3 StromVV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV ordne der Bundesrat in Abweichung der klaren gesetzlichen Grundlage von Art. 16 StromVG die Verrechnung von sogenannten Mindererlösen an, die in keiner Weise auf einer gesetzeskonformen Berechnung der tatsächlichen Kosten beruhe; der Bundesrat nehme auf ein von privaten Parteien vereinbartes Vertragswerk Bezug und er bzw. die Vorinstanz führten mit der Auferlegung der Mindererlöse an die LTC-Halter neue, in Art. 16 StromVG nicht vorgesehene Adressaten ein. Da der Verordnungsgeber mit Art. 14 Abs. 3 StromVV i.Vm. Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV, auf welche die Anlastung der Mindererlöse an die LTC-Parteien gemäss Vorinstanz abgestützt werden könne, seine Kompetenzen überschritten habe, seien diese Bestimmungen rechtswidrig und im vorliegenden Verfahren nicht anwendbar. Sie widersprächen Sinn und Zweck von Art. 16 und 17 Abs. 2 StromVG. Falls Art. 14 Abs. 1 StromVV tatsächlich dahingehend zu verstehen sein solle, dass auch privatrechtliche Vereinbarungen wie das ITC-Agreement dem Gesetz vorgehen würden, so hätte der Verordnungsgeber damit die verfassungsrechtliche Stufenordnung aufgehoben und somit ebenfalls Art. 16 Abs. 1 StromVG verletzt.

4.2

4.2.1 Art. 16 StromVG regelt die Ermittlung der Kosten der Nutzung des grenzüberschreitenden Übertragungsnetzes: Das Entgelt für die grenzüberschreitende Netznutzung richtet sich nach den durch die tatsächliche Nutzung verursachten Kosten. Diese sind separat zu ermitteln und dürfen

nicht den inländischen Endverbrauchern in Rechnung gestellt werden (Abs. 1). Da es sich um durch grenzüberschreitende Lieferungen verursachte Kosten handelt, sieht die Botschaft hinsichtlich der Methodik der Kostenermittlung die Beachtung internationaler bzw. europäischer Regelungen vor und erachtet insbesondere Artikel 3 Absatz 6 der inzwischen aufgehobenen Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des europäischen Parlaments und des Rats vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel als massgeblich. Demzufolge stützt sich die Berechnung der Kosten nicht wie bei den Verteilnetzen auf ein von der Nutzung einzelner Netzeinrichtungen unabhängiges Durchschnittskostenprinzip ab (vgl. Botschaft zum StromVG BBl 2005 1655). Gemäss Art. 16 Abs. 2 StromVG werden die Kapitalkosten auf der Grundlage der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (Long range average incremental costs, LRAIC) der in Anspruch genommenen Netzkapazitäten ermittelt. Ausgangspunkt der Entgeltberechnung sind dementsprechend diejenigen Kosten, welche durch eine zusätzliche grenzüberschreitende Transaktion entstehen (vgl. BBl 2005 1655).

In Art. 17 StromVG wird der Netzzugang bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz geregelt. Gemäss Absatz 1 ist die verfügbare Kapazität grundsätzlich nach marktorientierten Verfahren zuzuteilen. 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, jedoch Vorrang (Abs. 2).

4.2.2 Art. 14 StromVV trägt den Titel "grenzüberschreitende Netznutzung" und behält in Abs. 1 für die Berechnung der durch grenzüberschreitende Lieferungen nach Artikel 16 StromVG verursachten Kosten internationale Regelungen vor. Die Einnahmen aus der grenzüberschreitenden Nutzung des Übertragungsnetzes im Zusammenhang mit dem Ausgleich zwischen europäischen Übertragungsnetzbetreibern (ITC) sind nach Abzug der Aufsichtsabgabe nach Artikel 28 StromVG vollumfänglich für die Deckung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes zu verwenden (Art. 14 Abs. 2 StromVV). Bei der Berechnung der Einnahmen nach Absatz 2 können gemäss Art. 14 Abs. 3 StromVV nur jene Mindererlöse abgezogen werden, welche nicht einem bestimmten Verursacher zugeordnet werden können oder welche aus einer Ausnahme beim Netzzugang für Netzkapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz resultieren (Artikel 17 Absatz 6 StromVG). Die übrigen Mindererlöse werden den Verursachern nach Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c StromVV in

Rechnung gestellt. Dementsprechend stellt die nationale Netzgesellschaft den Verursachern von Mindererlösen für die grenzüberschreitende Netznutzung den entsprechenden Betrag individuell in Rechnung (Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV).

4.3 Auf die im vorliegenden Zusammenhang relevanten internationalen Regelungen wird nachfolgend eingegangen.

4.3.1 Die Schweiz verhandelt seit 2007 mit der Europäischen Union (EU) über ein bilaterales Abkommen im Elektrizitätsbereich. Im Herbst 2010 hat der Bundesrat das Schweizer Verhandlungsmandat erweitert. Dieses berücksichtigt nun die jüngsten Rechtsentwicklungen in der EU wie etwa das dritte Energiebinnenmarktpaket und zielt langfristig auf ein umfassendes Energieabkommen mit der EU ab. Im Vordergrund steht dabei für beide Seiten die Versorgungssicherheit, die im stark vernetzten Energiebereich von keinem Land alleine erreicht werden kann. Ein Vertrag zwischen der Schweiz und der EU soll deshalb den grenzüberschreitenden Stromhandel regeln, die Sicherheitsstandards harmonisieren, den freien Marktzugang absichern sowie eine Mitgliedschaft der Schweiz in den verschiedenen Gremien garantieren (vgl. Beitrag "Energieverhandlungen Schweiz - EU" vom 6. Juni 2012 unter www.bfe.admin.ch > Themen > Stromversorgung > Energieverhandlungen Schweiz - EU, besucht am 15. Februar 2013 und Beitrag "Strom/Energie" vom September 2011 unter www.europa.admin.ch > Themen > Weitere Dossiers CH - EU > Strom/Energie, besucht am 15. Februar 2013). Ein bilaterales Stromabkommen zwischen der Schweiz und der EU ist demnach vorgesehen, aber im Urteilszeitpunkt noch nicht in Kraft (vgl. auch Auflistung abgeschlossener bilateraler Abkommen zwischen der Schweiz und der EU unter www.europa.admin.ch > Themen > Bilaterale Abkommen CH - EU, besucht am 15. Februar 2013).

4.3.2 Die vorne in Erwägung 4.2.1 erwähnte Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, welche mit Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel aufgehoben wurde, regelt in Art. 3 den Ausgleichsmechanismus zwischen den Übertragungsnetzbetreibern. Diese erhalten demgemäss einen Ausgleich für die *Kosten*, die durch grenzüberschreitende Stromflüsse über ihre Netze entstehen (Abs. 1). Den genannten Ausgleich leisten die Betreiber der nationalen Übertragungsnetze, aus denen die grenzüberschreitenden Stromflüsse stammen, und der Netze, in denen diese Stromflüsse enden

(Abs. 2). Die Ausgleichszahlungen werden regelmäßig für einen bestimmten Zeitraum in der Vergangenheit geleistet. Die Zahlungen werden, wenn nötig, nachträglich den tatsächlich entstandenen Kosten angepasst (Abs. 3). Die Grösse der durchgeleiteten grenzüberschreitenden Stromflüsse und die Grösse der als aus nationalen Übertragungsnetzen stammend und/oder dort endend festgestellten grenzüberschreitenden Stromflüsse werden auf der Grundlage der in einem bestimmten Zeitraum tatsächlich gemessenen materiellen Leistungsflüsse bestimmt (Abs. 5). Die infolge der Durchleitung grenzüberschreitender Stromflüsse entstandenen Kosten werden auf der Grundlage der zu erwartenden langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten ermittelt. Dabei sind Verluste, Investitionen in neue Infrastrukturen und ein angemessener Teil der Kosten der vorhandenen Infrastruktur zu berücksichtigen, soweit diese Infrastruktur zur Übertragung grenzüberschreitender Stromflüsse genutzt wird. Bei der Ermittlung der entstandenen Kosten werden anerkannte Standardkostenberechnungsverfahren verwendet. Nutzen, der in einem Netz infolge der Durchleitung grenzüberschreitender Stromflüsse entsteht, ist zur Verringerung des erhaltenen Ausgleichs zu berücksichtigen (Abs. 6). Art. 13 Abs. 1 bis 3 sowie Abs. 5 und 6 der Nachfolge-Verordnung (EG) Nr. 714/2009 stimmen mit diesem Wortlaut überein.

4.3.3 Mit der Verordnung (EG) Nr. 774/2010 der Kommission vom 2. September 2010 zur Festlegung von Leitlinien für den Ausgleich zwischen Übertragungsnetzbetreibern und für einen gemeinsamen Regelungsrahmen im Bereich der Übertragungsentgelte wurden verbindliche Leitlinien für die Schaffung eines Ausgleichsmechanismus für Übertragungsnetzbetreiber erstellt, die eine stabile Grundlage für die Anwendung dieses Ausgleichsmechanismus und für einen fairen Ausgleich der *Kosten* bilden sollten, die Übertragungsnetzbetreibern infolge der Durchleitung grenzüberschreitender Stromflüsse entstehen (E. 3). Es wird erwogen, Übertragungsnetzbetreiber in Drittländern oder in Gebieten, die mit der Union Vereinbarungen über die Übernahme und Anwendung von EU-Recht im Elektrizitätsbereich geschlossen haben, sollten berechtigt sein, an dem Ausgleichsmechanismus für Übertragungsnetzbetreiber auf der gleichen Grundlage wie Übertragungsnetzbetreiber in den Mitgliedstaaten teilzunehmen (E. 4). Weiter sei es zweckmässig zuzulassen, dass Übertragungsnetzbetreiber in Drittländern, die mit der Union keine Vereinbarung über die Übernahme und Anwendung von EU-Recht im Elektrizitätsbereich geschlossen haben, mit den Übertragungsnetzbetreibern in den Mitgliedstaaten multilaterale Vereinbarungen treffen, die es allen Parteien

ermöglichen, für die Durchleitung grenzüberschreitender Stromflüsse einen fairen und gerechten Ausgleich zu erhalten (E. 5).

Übertragungsnetzbetreiber sollten einen Ausgleich für Energieverluste infolge der Durchleitung grenzüberschreitender Stromflüsse erhalten. Grundlage des Ausgleichs sollte eine *Schätzung* der Verluste sein, die ohne Stromtransite entstanden wären (E. 6). Zum Zwecke des Ausgleichs der *Kosten*, die Übertragungsnetzbetreibern durch die Bereitstellung der Infrastruktur für die Durchleitung grenzüberschreitender Stromflüsse entstehen, sollte ein Fonds eingerichtet werden. Die finanzielle Ausstattung dieses Fonds sollte auf der Grundlage einer EU-weiten Bewertung der durch die Bereitstellung der Infrastruktur für die Durchleitung grenzüberschreitender Stromflüsse anfallenden langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (LRAIC) festgelegt werden (E. 7). Für Übertragungsnetzbetreiber in Drittländern sollten die Kosten für die Nutzung des Übertragungsnetzes der Union genauso hoch sein wie für Übertragungsnetzbetreiber in Mitgliedstaaten (E. 8). Art. 1 hält demzufolge fest, dass Übertragungsnetzbetreiber für die infolge der Durchleitung grenzüberschreitender Stromflüsse über ihre Netze entstehenden *Kosten* einen Ausgleich auf der Grundlage der in Teil A des Anhangs festgelegten Leitlinien erhalten.

Entsprechend ist die ab 3. März 2011 geltende Folgeverordnung (EG) Nr. 838/2010 der Kommission vom 23. September 2010 zur Festlegung von Leitlinien für den Ausgleich zwischen Übertragungsnetzbetreibern und für einen gemeinsamen Regelungsrahmen im Bereich der Übertragungsentgelte aufgebaut und im vorerwähnten Umfang im Wortlaut identisch.

4.3.4 Da das bilaterale Stromabkommen der Schweiz mit der EU bislang noch nicht in Kraft getreten ist (vgl. vorne E. 4.3.1), hat die Beschwerdegegnerin als nationale Netzgesellschaft sich am ITC-Agreement 2010, welches eine multilaterale privatrechtliche Vereinbarung zwischen den Übertragungsnetzbetreiberinnen verschiedener Staaten Europas i.S.v. Erwägung 5 der Verordnung (EG) Nr. 774/2010 darstellt, beteiligt.

Die Modalitäten zur Berechnung der Entschädigung für die Nutzung des grenzüberschreitenden Übertragungsnetzes werden demnach im Rahmen des internationalen Ausgleichsmechanismus der Netzbetreiber "Inter-TSO-Compensation-(ITC)-Mechanismus" verhandelt. Mit der Umsetzung der EG-Verordnung über den grenzüberschreitenden Stromhandel

werden diese Verhandlungen auf Stufe der Regulatoren und EU-Kommission geführt. Die Umsetzung des Grundsatzes gemäss Artikel 16 Absatz 1 StromVG, dass die für den grenzüberschreitenden Stromhandel verursachten Kosten nicht den inländischen Endverbrauchern angelastet werden dürfen, hängt somit weitgehend von den international vereinbarten Modalitäten ab (vgl. Erläuternder Bericht des BFE zum Vernehmlassungsentwurf StromVV vom 27. Juni 2007 zu Art. 13).

4.4 Weder im StromVG noch in der Botschaft dazu oder in den vorgenannten EG-Verordnungen wird im Zusammenhang mit dem ITC-Ausgleichsmechanismus oder auch allgemein der Begriff der *Mindererlöse* erwähnt. Vielmehr ist – wie sich aus den vorangehenden Erwägungen ergibt – stets von *Kosten*, die durch grenzüberschreitende Stromflüsse über die entsprechenden Netze entstehen bzw. von durch die grenzüberschreitende Netznutzung tatsächlich verursachten *Kosten* die Rede. Das StromVG äussert sich auch nicht zum ITC allgemein. Es stellt sich daher die Frage, ob die aus dem ITC-Agreement 2010 resultierenden und in Art. 14 Abs. 3 StromVV und Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV erwähnten Mindererlöse als durch die grenzüberschreitende Netznutzung verursachte Kosten i.S.v. Art. 16 Abs. 1 StromVG betrachtet werden können.

Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (vgl. zu diesem auch im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatz Art. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungstitel des ZGB, Bern 2003, N. 6 zu Art. 1). Ist der Text nicht ohne Weiteres klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, historische und teleologische) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden; dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Im Sinne eines pragmatischen Methodenpluralismus ist es abzulehnen, einzelne Auslegungsmethoden einer hierarchischen Prioritätenordnung zu unterstellen (vgl. BGE 131 III 33 E. 2 und BGE 130 II 202 E. 5.1).

Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu andern Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiert. Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und

Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen – wie den vorliegenden – muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden. Dabei ist eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, wegen des erst vor kurzer Zeit in Kraft getretenen Stromversorgungsgesetzgebung kaum möglich. Es gilt somit insgesamt, die mit den Normen verbundenen Zweckvorstellungen (ratio legis) zu ermitteln (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2812/2010 vom 11. Februar 2013 E. 5.3 und A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 9.3.1).

4.4.1 Art. 16 StromVG trägt den Titel "*Kosten* der Netznutzung durch grenzüberschreitende Lieferungen" und statuiert in Abs. 1, das Entgelt für die grenzüberschreitende Nutzung des Übertragungsnetzes richte sich nach den durch die tatsächliche Nutzung verursachten *Kosten*. Wie erwähnt findet sich der Begriff der Mindererlöse, welcher in Art. 14 Abs. 3 StromVV und in Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV verwendet wird, weder im StromVG noch in den Materialien zur Stromversorgungsgesetzgebung. Auch in Art. 14 Abs. 1 und 2 StromVV ist nicht wie in Abs. 3 von Mindererlösen, sondern von *Kosten*, insbesondere denjenigen, die durch grenzüberschreitende Lieferungen nach Art. 16 StromVG verursacht werden, die Rede. Art. 15 StromVV ist mit "Anlastung von *Kosten* des Übertragungsnetzes" betitelt und verwendet mit Ausnahme des strittigen Abs. 1 Bst. c ebenfalls nur den Begriff der Kosten (vgl. Art. 15 Abs. 1 Bst. a und b, Abs. 2 und 3 StromVV). Auch im Rahmen der vorgenannten internationalen Regelungen betreffend ITC-Ausgleichsmechanismus wird einzig der Begriff der durch die grenzüberschreitende Netznutzung verursachten *Kosten* verwendet (vgl. vorne E. 4.3). Die Gründe für die Schaffung der strittigen Verordnungsbestimmungen lassen sich anhand der Materialien zum StromVG und zur StromVV nicht rekonstruieren. Das Verhältnis von Mindererlösen gemäss Art. 14 Abs. 3 StromVV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV zum Kostenbegriff ist daher unter Beizug der Stromversorgungsgesetzgebung und der damit verbundenen Zweckvorstellung mit Bezugnahme auf den ITC-Ausgleichsmechanismus zu eruieren.

4.4.2 Unter dem ITC wird der vorerwähnte Kompensationsmechanismus zwischen den teilnehmenden TSO (Transmission System operators, zu Deutsch: Übertragungsnetzbetreiber) für die mit grenzüberschreitenden Lieferungen von elektrischer Energie verbundenen Netznutzungs*kosten* verstanden (vgl. Swissgrid Glossar für die Regeln des Schweizer Strommarkts, 1. Aufl. 2010, publiziert auf der Seite des VSE: www.strom.ch > Dossiers > Strommarkt > Branchendokumente> Swissgrid Glossar 2010,

Inter TSO Compensation mechanism (ITC), besucht am 15. Februar 2013). Im ITC-Agreement 2010 werden die ITC-Erlöse der Beschwerdegegnerin auf der Basis von genutzten, nicht marktbasiert vergebenen (sogenannten reservierten) Kapazitäten eines Landes gekürzt. Die daraus resultierenden Mindereinnahmen werden gemäss angefochtener Verfügung gestützt auf Art. 14 Abs. 3 letzter Satz StromVV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c erster Satz StromVV den Haltern von Langfristverträgen nach Art. 17 Abs. 2 StromVG in Form eines Akonto-Verrechnungssatzes zur Deckung der Kosten der internationalen Netznutzung verrechnet. Nach Ablauf des Kalenderjahres und Kenntnis der tatsächlich erfolgten Kürzung werden die Abrechnungen unter Berücksichtigung der Akonto-Zahlungen an die Beschwerdegegnerin abgeschlossen (vgl. Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz, Branchenempfehlung Strommarkt Schweiz, [Hrsg.: Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE], NNMÜ-CH Ausgabe 2013, Ziff. 5.5.2, abrufbar unter www.strom.ch > Dossiers > Strommarkt > Branchendokumente > Netznutzungsmodell für das schweizerische Übertragungsnetz, Ausgabe 2013, besucht am 15. Februar 2013).

Die Vorinstanz erklärt die aus dem ITC resultierenden Mindererlöse mit der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin im Jahr 2010 höhere Erlöse aus dem ITC hätte erzielen können, wenn die für die LTC-Verträge gemäss Art. 17 Abs. 2 StromVG geltende Priorisierung nicht bestünde. Dies, weil im Rahmen des ITC-Ausgleichsmechanismus nur grenzüberschreitende Netzkapazitäten, die nach marktorientierten Verfahren zugeteilt werden, berücksichtigt würden, nicht jedoch die sogenannten reservierten Grenzkapazitäten nach Art. 17 Abs. 2 StromVG.

Der Beschwerdeführerin zufolge stellen die ITC-Mindererlöse keine Netzkosten i.S. des StromVG dar. Das Vorgehen der Vorinstanz, diese Mindererlöse aus den ITC-Einnahmen als Kosten zu behandeln, obwohl mit Art. 15 und 16 StromVG die vollen Kosten bereits abgedeckt seien und die ITC-Einnahmen mit Infrastrukturkosten nichts zu tun hätten und die vorgenannten hypothetischen Mindererlöse solcher Einnahmen ebenso wenig, sei falsch: Gemäss einschlägiger europäischer Regelungen würden ITC-Mindererlöse gar keine durch die grenzüberschreitende Netznutzung verursachten Kosten darstellen.

4.4.3 Dass die Stromversorgungsgesetzgebung an den betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff anknüpft, ergibt sich bereits aus Art. 11 Abs. 1 StromVG, wonach die Betreiber und Eigentümer von Verteil- und Über-

tragungsnetzen jährlich eine Kostenrechnung zu erstellen und diese der Vorinstanz vorzulegen haben (vgl. auch Art. 7 StromVV). In Bezug auf die anrechenbaren Netzkosten gemäss Art. 15 StromVG hält die Literatur und Rechtsprechung mit Verweis auf die Materialien fest, dass die Kostenrechnung bzw. Betriebsbuchhaltung daher den Ausgangspunkt für deren Ermittlung bildet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_25/2011 vereinigt mit 2C_58/2011 vom 3. Juli 2012, E. 4.6.2 mit Hinweisen, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5141/2011 vom 29. Januar 2013 E. 7.6 mit Hinweisen und auch ANNE D'ARCY/STEFAN BURRI, Das Rechnungswesen von Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus regulatorischer Sicht, S. 133 und 135, publiziert auf www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Berichte und Studien, besucht am 28. Februar 2013).

4.4.3.1 Unter Kosten als Begriff des betrieblichen Rechnungswesens ist der nach betrieblich-objektiven Gesichtspunkten festgestellte, in Geldeinheiten ausgedrückte Substanzabfluss zu verstehen 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; BRUNO RÖÖSLI, Das betriebliche Rechnungswesen, Grundlagen, 6. Aufl. Zürich 2007, Glossar Begriff "Kosten", S. 356 sowie BRUNO RÖÖSLI, 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).

Der Begriff des Erlöses hingegen entspringt nicht dem betrieblichen, sondern dem finanziellen Rechungswesen und bildet demgegenüber ein Synonym für Umsatz und entspricht dem Produkt aus Verkaufspreisen und -mengen in einer Periode. Der Erlös ist der Substanzzufluss als Entgelt für eine Marktleistung wie z.B. eine Waren- oder Dienstleistung. Er wird aufgrund der Bar- oder Kreditverkäufe festgestellt. Sein Pendant in der Betriebsbuchhaltung ist die Leistung. Allerdings wird der Erlösbegriff sowohl in der Literatur als auch in der Praxis ebenfalls in der Betriebsbuchhaltung verwendet (THOMMEN, a.a.O. Stichwort "Erlös" S. 210 und

Stichwort "Umsatz" S. 653; RÖÖSLI, Das betriebliche Rechnungswesen, Grundlagen, a.a.O., Glossar Begriff "Erlös", S. 354 sowie RÖÖSLI, Das betriebliche Rechnungswesen, Kostenrechnungssysteme und Planungsrechnung, a.a.O., Glossar Begriff "Erlös", S. 334 und Begriff "Leistung" S. 337).

4.4.3.2 Demnach ergibt sich, dass der Begriff des Erlöses nicht mit demjenigen der Kosten identisch ist, im Gegenteil: Er entspringt nicht dem betrieblichen, sondern dem finanziellen Rechnungswesen und bedeutet im Unterschied zum Kostenbegriff einen Substanzzufluss als Entgelt für eine Marktleistung (vgl. auch RÖÖSLI, a.a.O., Ziff. 2285. S. 93). Oder anders ausgedrückt ist der Erlös das direkte Gegenstück zu den Kosten: Letztere sind der bewertete sachzielbezogene Güter*verbrauch* einer Abrechnungsperiode, während Erlöse die bewertete sachzielbezogene Güter*entstehung* einer Abrechnungsperiode bilden (vgl. MARCEL SCHWEITZER/HANS-ULRICH KÜPPER, Systeme der Kosten- und Erlösrechnung, 9. Aufl. München 2008, S. 13 und S. 21).

4.4.3.3 In der Literatur wird die Minderung der erzielten Erlöse häufig als Erlösschmälerung bezeichnet – die Erlösminderung ist Teil der Erlösschmälerung und bezieht sich auf die Reduktion des Erlöses eines Verkaufsgeschäfts *unmittelbar* bei Rechnungsstellung (JÜRGEN WEBER in: Gabler Wirtschaftslexikon, Gabler Verlag [Hrsg.], publiziert auf http://wirtschaftslexikon.gabler.de > Erlösminderungen, besucht am 26. Februar 2013). Als Erlösschmälerungen werden demnach Minderungen des Bruttoumsatzes durch Rabatte, Skonti, Boni, Warenrücksendungen und Forderungsausfälle bezeichnet (KLAUS-DIETER DÄUMLER/JÜRGEN GRABE, Kostenrechnungs- und Controllinglexikon, 2. Aufl. Berlin 1997, S. 88).

Es gilt klar festzulegen und zu trennen, wann eine Erlösschmälerung vorliegt und wann Beträge zu den Kosten zu rechnen sind. Grundsätzlich sind Erlösschmälerungen Korrektur- bzw. Abzugsposten, denen kein Güterverbrauch zugrunde liegt. Die Erlösschmälerungen treten nur in der direkten Beziehung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer auf. Es sind Veränderungen des Preises, deren Eintreten im Kaufvertrag in der Regel vereinbart wurde, deren Höhe jedoch erst nach dessen Vollzug genau festliegt. Demgegenüber handelt es sich bei den Kosten um Aktivitäten, welche die Unternehmung gegenüber Kunden direkt (z.B. Installation, Schulung) oder indirekt (z.B. allgemeine Werbung) erbringt und denen ein Wertverzehr zugrunde liegt (SCHWEITZER/KÜPPER, a.a.O., S. 121).

Daraus folgt als Ergebnis der vorgenommenen Auslegung, dass die in Art. 14 Abs. 3 StromVV und in Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV erwähnten Mindererlöse nicht als Kosten i.S.v. Art. 16 StromVG oder nach dem allgemein im StromVG verwendeten betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff zu qualifizieren sind: Sie sind aus betriebswirtschaftlicher Betrachtungsweise, die der Stromversorgungsgesetzgebung zugrunde liegt, keine Substanz*ab*flüsse, sondern verminderte Substanz*zu*flüsse.

4.5

4.5.1 Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Werden Rechtsetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber (im Bund insbesondere an den Bundesrat) 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; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 8.3 mit Hinweisen auf die Literatur; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 408a mit Hinweisen).

Die Gesetzesdelegation gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (Art. 164 Abs. 1 und 2 BV; BGE 134 I 322 E. 2.6 und BGE 128 I 113 E. 3c; statt vieler: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3035/2011 vom 1. März 2012 E. 5.1.1 und A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 8.3.1 je mit Hinweisen).

4.5.2 Das Bundesverwaltungsgericht kann auf Beschwerde hin vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle). Der Umfang der Kognitionsbefugnis hängt dabei davon ab, ob es sich um eine unselbständige oder aber um eine selbständige Verordnung handelt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.177). Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen, die sich – wie hier – auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft das Bundesverwaltungsgericht, ob sich der Bundesrat

an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern (Urteile des Bundesgerichts 2C_246/2009 vom 22. März 2010 E. 7.1, 2C_735/2007 vom 25. Juni 2008 E. 4.2 und 2A.142/2005 vom 24. November 2005 E. 3.1; BGE 133 V 42 E. 3.1, BGE 131 II 562 E. 3.2 und BGE 130 I 26 E. 2.2.1 je mit weiteren Hinweisen; vgl. statt vieler: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3479/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.4 und A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 8.3.2 je mit Hinweisen; HÄFELIN/HALLER/ UHLMANN, a.a.O., Rz. 408a mit Hinweisen).

4.5.3 Indem Art. 14 Abs. 3 letzter Satz StromVV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c erster Satz StromVV vorsehen, nicht vom Kostenbegriff gemäss StromVG erfasste Mindererlöse den Verursachern individuell in Rechnung zu stellen, führen diese Verordnungsbestimmungen eine neue finanzielle Belastung ein, die so im Konzept des StromVG nicht vorgesehen ist und sich nicht auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen lässt. Es fehlt nämlich bereits an einer in einem formellen Gesetz enthaltenen Delegationsnorm: Der Bundesrat legt zwar gemäss Art. 15 Abs. 4 Bst. b StromVG die Grundlagen zur einheitlichen und verursachergerechten Überwälzung der Kosten sowie der Abgaben und Leistungen an das Gemeinweisen fest. Diese in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehene Gesetzesdelegation verwendet auch den Begriff der Kosten, worunter die strittigen Mindererlöse – wie vorne in Erwägung 4.4.3 fest-

gestellt – nicht fallen und bezieht sich zudem auf die anrechenbaren Netzkosten im Zusammenhang mit der *inländischen* Netznutzung. Vorliegend geht es hingegen um durch die *grenzüberschreitende* Netznutzung verursachte Kosten. In diesem Zusammenhang wird der Bundesrat einzig ermächtigt, die Abschreibungsdauer und den angemessenen Zinssatz festzulegen sowie die betriebsnotwendigen Vermögenswerte zu bezeichnen (vgl. Art. 16 Abs. 3 StromVG). Der Erlass von Art. 14 Abs. 3 letzter Satz StromVV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c erster Satz StromVV wird durch diese eng begrenzte Kompetenz gemäss Art. 16 Abs. 3 StromVG nicht gedeckt.

Zudem bewirken Art. 14 Abs. 3 letzter Satz StromVV und Art. 15 Abs. 1 Bst. c erster Satz StromVV einen finanziellen Eingriff von erheblicher Tragweite und müssten demnach (bei einer abweichenden Neuformulierung) als wichtige rechtsetzende Bestimmungen i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV zwingend im formellen Gesetz verankert sein (vgl. auch BBl 2005 1665, wonach inhaltliche Änderungen am StromVG in der Form eines Bundesgesetzes zu erfolgen haben). Art. 14 Abs. 3 letzter Satz StromVV und Art. 15 Abs. 1 Bst. c erster Satz StromVV sind demnach gesetzes- und verfassungswidrig und können nicht zur Anwendung gelangen. Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 12 ist in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben.

5.
Mit Beschwerdeantwort vom 20. August 2012 hat die Beschwerdegegnerin für den Fall der Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 12 der angefochtenen Verfügung den Eventualantrag gestellt, die Vorinstanz sei anzuweisen, die ihr dadurch entstehende Unterdeckung in den Folgejahren gemäss ihrer Weisung 1/2012 vom 19. Januar 2012 betreffend Deckungsdifferenzen aus den Vorjahren zum Ausgleich anzuerkennen.

5.1 Im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich der Streitgegenstand im Rahmen des Anfechtungsobjekts grundsätzlich nach den Begehren und der dazugehörigen Sachverhaltsdarstellung der beschwerdeführenden Partei. Letztere legt mit ihrem Begehren fest, in welche Richtung und inwieweit sie das streitige Rechtsverhältnis überprüfen lassen will. Sofern das Beschwerdebegehren lediglich auf Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung lautet, muss auf die Beschwerdebegründung zurückgegriffen werden, um zu ermitteln, was nach dem massgeblichen Willen der beschwerdeführenden Partei Streitgegenstand ist. Demnach gehört dasjenige Rechtsverhältnis zur Streitsa-

che, welches Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet und zwar in dem Ausmass, als die Regelung dieses Rechtsverhältnisses noch streitig ist. Der Streitgegenstand darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert werden und kann sich höchstens verengen und um nicht mehr streitige Punkte reduzieren, nicht aber ausweiten. Auf entsprechende Parteibegehren kann nicht eingetreten werden (vgl. zum Ganzen BGE 136 II 457 E. 4.2, BGE 136 II 165 E. 5 mit Hinweisen, BGE 133 II 30 E. 2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2812/2010 vom 11. Februar 2013 E. 3.4, A-567/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 1.3.1, A-667/2010 vom 1. März 2012, E. 1.4 und A-1344/2011 vom 26. September 2011 E. 1.4.1 je mit Hinweisen; FRANK SEETHALER/FABIA BOCHSLER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 52 Rz. 40 f. und Rz. 43 mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER VwVG-Kommentar, a.a.O., Art. 52 Rz. 3 mit Hinweisen; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.7 f.).

5.2 Angefochten hat die Beschwerdeführerin vorliegend einzig die Dispositiv-Ziffer 12 der vorinstanzlichen Verfügung vom 4. März 2010 mit Bezug auf die dort festgehaltene Anlastung von voraussichtlich rund 23.4 Mio. CHF für ITC-Mindererlöse. Aus der Begründung der Rechtschriften ergibt sich, dass hauptsächlich die Rechtmässigkeit der Anlastung von Mindererlösen aus dem ITC an Vertragsparteien von internationalen Energiebezugs- und -lieferverträgen nach Art. 17 Abs. 2 StromVG in Frage gestellt wird. Die Netzkosten für die grenzüberschreitende Nutzung des Übertragungsnetzes wurden in der angefochtenen Verfügung nicht ermittelt und folglich wurde auch kein entsprechender Tarif festgesetzt. Wie im Fall der Gutheissung der Beschwerde mit eventuell künftig bei der Beschwerdegegnerin tatsächlich in diesem Zusammenhang anfallenden ungedeckten Kosten verfahren werden soll, wurde von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung demnach nicht behandelt und bildet daher ebenso wenig Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Deshalb ist auf den Eventualantrag der Beschwerdegegnerin nicht einzutreten.

Es kann diesbezüglich der Vollständigkeit halber Folgendes festgehalten werden: Die in Dispositiv-Ziffer 12 erwähnten Infrastrukturkosten in der Höhe von *voraussichtlich* 10.7 Mio. CHF wurden unbestrittenermassen nicht mittels kostenbasierter Methode errechnet, sondern anhand eines geschätzten Wertes bzw. gestützt auf einen auf 100 Mio. EUR festgelegten Framework Fund. Die Wirkverlustkosten von *voraussichtlich* 12.7 Mio. CHF basieren auf einer Hochrechnung gemäss WWT-Modell und entsprechen demnach ebenso wenig den durch die tatsächliche Nutzung

verursachten Kosten, welche gemäss Art. 16 Abs. 1 StromVG die Grundlage für das Entgelt für die grenzüberschreitende Nutzung des Übertragungsnetzes bilden. Klar ist in diesem Zusammenhang, dass die anfallenden Kosten für die grenzüberschreitende Netznutzung konkret und separat in Anwendung der in Art. 16 Abs. 2 StromVG erwähnten, mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht übereinstimmenden, Methode zu ermitteln sind (vgl. diesbezüglich vorne E. 4.2.1) und den inländischen Endverbrauchern im Unterschied zu den Netzkosten gemäss Art. 15 StromVG ungeachtet dessen, dass der Beschwerdegegnerin aufgrund des ITC-Ausgleichsmechanismus allenfalls ungedeckte Kosten entstehen, nicht – auch nicht indirekt über die anrechenbaren Netzkosten – angelastet werden dürfen (vgl. Art. 16 Abs. 1 StromVG). Innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens liegt es jedoch im fachlichen Ermessen der Vorinstanz, ob eine der Beschwerdegegnerin aufgrund des ITC-Agreements 2010 allfällig entstehende Unterdeckung in den Folgejahren gemäss Weisung 1/2012 vom 19. Januar 2012 betreffend Deckungsdifferenzen aus den Vorjahren zum Ausgleich anerkannt, der entsprechende Betrag aus den Auktionserlösen den anrechenbaren Netzkosten zugewiesen oder auf andere Art damit verfahren wird.

6.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der mit Art. 14 Abs. 3 StromVV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c StromVV eingeführte Begriff der Mindererlöse nicht vom betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff gemäss Konzept der Stromversorgungsgesetzgebung gedeckt ist, sondern darunter im Gegensatz zu Substanzabflüssen verminderte Substanzzuflüsse zu verstehen sind. Daraus folgt, dass die genannten Verordnungsbestimmungen in Abweichung vom StromVG eine neue und erhebliche Belastung finanzieller Art einführen, die so im Konzept des StromVG nicht vorgesehen ist und sich nicht auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen lässt. Zudem müsste ein finanzieller Eingriff von so erheblicher Tragweite als wichtige rechtsetzende Bestimmung i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV zwingend im formellen Gesetz verankert sein. Art. 14 Abs. 3 letzter Satz StromVV i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Bst. c erster Satz StromVV sind demnach gesetz- und verfassungswidrig und können gegenüber der Beschwerdeführerin nicht zur Anwendung gelangen. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 12 der angefochtenen Verfügung in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufzuheben.

Auf den Eventualantrag der Beschwerdegegnerin ist nicht einzutreten: Wie im Fall der Gutheissung der Beschwerde mit eventuell künftig bei der

Beschwerdegegnerin tatsächlich in diesem Zusammenhang anfallenden ungedeckten Kosten verfahren werden soll, wurde von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht behandelt und bildet daher ebenso wenig Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Ungeachtet dessen, dass der Beschwerdegegnerin aufgrund des ITC-Ausgleichsmechanismus allenfalls ungedeckte Kosten entstehen, dürfen diese jedenfalls nicht den inländischen Endverbrauchern angelastet werden (vgl. Art. 16 Abs. 1 StromVG).

7.

7.1 Bei diesem Verfahrensausgang wird – im Rahmen ihres Unterliegens – die sich mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligende Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG, vgl. auch MICHAEL BEUSCH, VwVG-Kommentar, a.a.O., Art. 63 Rz. 12). Keine Verfahrenskosten werden hingegen der unterliegenden Vorinstanz auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Verfahrenskosten sind nach dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) festzulegen und werden vorliegend auf Fr. 6'000.– festgesetzt.

7.2 Obsiegende Parteien erhalten eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE). Wird seitens einer anwaltlich vertretenen Partei wie vorliegend keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Es wurde ein umfassender Schriftenwechsel durchgeführt und die Einarbeitung in die Thematik des vorliegenden Beschwerdeverfahrens erfordert einen gewissen zeitlichen Aufwand. Die Argumente in den Rechtsschriften wiederholen sich jedoch. Zudem wurde der Antrag der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenverfügung vom 27. Juli 2010 abgewiesen. Hinzu kommt, dass gestützt auf die angefochtene Dispositiv-Ziffer 12 schlussendlich künftig sicherlich Vermögensinteressen der Beschwerdeführerin tangiert werden, es vorliegend jedoch um die Grundsatzfrage geht, ob die Belastung der Beschwerdeführerin mit ITC-Mindererlösen an sich rechtmässig ist und nicht bereits um eine konkrete ziffernmässige Belastung. Daher handelt es sich nicht um eine typische Streitigkeit mit Vermögensinteressen bzw. mit exaktem Streitwert. Aufgrund der vorgenannten Gegebenheiten erscheint es angemessen, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädi-

gung von Fr. 30'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE, insbesondere Art. 14 VGKE). Diese Entschädigung ist ihr in Anwendung von Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils durch die Beschwerdegegnerin zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und Dispositiv-Ziffer 12 in Bezug auf die Beschwerdeführerin aufgehoben.

2.
Auf das Eventualbegehren der Beschwerdegegnerin wird nicht eingetreten.

3.
Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 6'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Post- oder Bankverbindung anzugeben.

4.
Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 30'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 952-09-131; Einschreiben)
– das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich Tanja Haltiner

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 siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern (Art. 46 Abs. 1 Bst. a 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: