



## Urteil vom 4. Dezember 2019

---

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Jérôme Candrian,  
Gerichtsschreiber Andreas Kunz.

---

Parteien

1. **Cumün da Zernez**,  
Chesa cumünela, 7530 Zernez,
2. **Cumün da Scuol**,  
Bagnera 170, 7550 Scuol,
3. **Cumün da Valsot**,  
Poz 86, 7556 Ramosch,  
alle vertreten durch Corporaziun Energia Engiadina,  
c/o Fritz Felix, Muglinas 34, 7542 Susch,
4. **EE Energia Engiadina**,  
Bagnera 171, 7550 Scuol,

1-4 vertreten durch  
lic. iur. Fadri Ramming, Rechtsanwalt,  
Hinterm Bach 6, Postfach 539, 7001 Chur,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Engadiner Kraftwerke AG,**  
7530 Zernez,  
vertreten durch  
Dr. Franz J. Kessler,  
von der Crone Rechtsanwälte AG,  
Samariterstrasse 5, 8032 Zürich,  
Beschwerdegegnerin,

**Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom,**  
Christoffelgasse 5, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Netznutzungsentgelt für die Durchleitung von Energie im Zusammenhang mit Konzessionsverträgen.

## Sachverhalt:

### A.

Die Engadiner Kraftwerke AG (nachfolgend: EKW) ist eine Kraftwerksgesellschaft und Netzbetreiberin. Organisiert ist sie als Partnerkraftwerk. Die Aktionärinnen – Energieunternehmen, der Kanton Graubünden sowie diverse Gemeinden – sind zur Übernahme der Jahreskosten der EKW entsprechend ihrer Beteiligung verpflichtet. Als Gegenleistung haben sie u. a. Anspruch auf den Teil der Jahresproduktion der EKW, welcher ihrer Beteiligung entspricht (vgl. <https://www.ekwstrom.ch/ueber-uns/aktionariat.html> [besucht am 21. November 2019]).

### B.

Im Jahre 1957 erteilten die Gemeinden S-chanf, Zernez, Susch, Lavin, Guarda, Ardez, Ftan, Tarasp, Scuol und Sent bzw. die Gemeinden Scuol, Sent, Ramosch und Tschlin der EKW Konzessionen für die Wasserkraftnutzung des Inns und seiner Seitenbäche (Konzession N 4611, «Obere Inn-Stufe», bzw. Konzession N 4612, «Untere Inn-Stufe»). Als Gegenleistung verpflichtete sich die EKW u. a., den Konzessionsgemeinden gewisse Mengen an Gratis- sowie Vorzugsenergie I + II zu einem fest definierten Preis zu liefern und diese an jede Gemeinde auf Gemeindeboden in der Nähe der Talleitung in 10 kV abzugeben (Art. 10 Bst. a Abs. 1 und 4 der beiden gleichlautenden Konzessionsverträge [nachfolgend: KV]). Ausserdem wurde vereinbart, dass die Talleitung von der EKW auf ihre Kosten erstellt, unterhalten und betrieben werden muss (Art. 10 Bst. a Abs. 4 KV). Gleichzeitig verpflichtete sich die EKW, ausser der hiervor erwähnten Gratis- und Vorzugsenergie auf Verlangen einer oder mehrerer Gemeinden, letzteren «*weitere Energie (nachstehend Zusatzenergie genannt) zu den von den Aktionärspartnern für den Bezug ähnlicher Energiequalität zu bezahlenden Preisen ab Abgabepunkt loco Werk, erhöht um 1 Rp./kWh, zu liefern*» (Art. 10 Bst. b Abs. 1 KV). Die Zusatzenergie werde dabei in gleicher Weise wie die Gratis- und Vorzugsenergie geliefert und die diesbezüglichen Modalitäten würden jeweils in besonderen Energielieferungsverträgen festgelegt (Art. 10 Bst. b Abs. 3 und 4 KV).

Die Kraftwerke sowie die Talleitung (Mittelspannungsleitung) wurden in den Jahren 1962 – 1968 erbaut. In der Zwischenzeit organisierten sich die Konzessionsgemeinden in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, der Corporaziun dals Cumüns Concessiunaris da las Ouvras Electricas d'Engiadina (CCCOEE; ab 2015: Corporaziun Energie Engiadina [CEE]), deren

Zweck es ist, die Interessen der Konzessionsgemeinden gegenüber der EKW zu vertreten.

### **C.**

**C.a** Mit Schreiben vom 25. Juni 1969 teilte die EKW den Konzessionsgemeinden den Preis der Zusatzenergie für die ersten Betriebsjahre mit ([...] + 1 Rp./kWh im Sommer und [...] + 1 Rp./kWh im Winter). Darauf ersuchten die Konzessionsgemeinden die EKW mit Schreiben vom 6. September 1969 um Überprüfung des Angebots. Anlässlich der 13. Betriebskommissionssitzung der EKW vom 19. November 1969 wurde dieses Anliegen intern besprochen. Man kam zum Schluss, dass die Aktionärspartnerin Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (nachfolgend: EGL) die Zusatzenergie für die Konzessionsgemeinden günstiger liefern könnte und es wurde die grundsätzliche Frage aufgeworfen, ob dieses Vorgehen mit den Konzessionsverträgen vereinbar sei. Man kam überein, diese Frage vorerst mit weiteren Stellen zu besprechen. Unabhängig davon wurde darüber informiert, dass die EGL mit der Nichtkonzessionsgemeinde Münstertal einen Energielieferungsvertrag abschliessen werde, wobei die von der EGL zu tragenden Transitkosten für die Benützung des EKW-Netzes noch bestimmt werden müssten.

**C.b** Anlässlich der 14. Betriebskommissionssitzung vom 17. Dezember 1969 erklärte sich die EKW mit der Lieferung der Zusatzenergie durch die EGL einverstanden. Man sei zum Schluss gekommen, dass dieses Vorgehen den Konzessionsverträgen nicht widerspreche, weil die EKW nicht in der Lage sei, einen so tiefen Energiepreis (unter den Selbstkosten) anzubieten, den die Konzessionsgemeinden annehmen würden. Wenn die Konzessionsgemeinden von einem energiebeziehenden Partner billigere Energie bekommen könnten, so sei dies für diese nur von Vorteil. Damit die Tätigkeit der EKW dadurch in keiner Weise eingeschränkt werde, würden die diesbezüglichen Verhandlungen mit den Konzessionsgemeinden gemeinsam geführt. Zudem sei vorgesehen, der EGL für den Transit der Zusatzenergie von Sils i.D. bis auf Gemeindeboden 1 Rp./kWh zu verrechnen.

**C.c** In der Folge trafen die CCCOEE und die EKW am 16. Dezember 1970 eine Vereinbarung *«betreffend die Lieferung der Konzessionsenergie und die betrieblichen Bedingungen für die aus dem EKW-Netz strombeziehenden Konzessionsgemeinden der EKW»*. Zudem schlossen die CCCOEE

und die EGL am gleichen Tag einen Vertrag «*betreffend Lieferung elektrischer Energie für den Bedarf der Konzessionsgemeinden der Engadiner Kraftwerke AG*» inklusiv der bilateral vereinbarten Energiepreise ([...] Rp./kWh im Sommer und [...] Rp./kWh im Winter). In der Folge stellte die EKW der EGL für den Transport der Energie jeweils einen Betrag von 1 Rp./kWh in Rechnung («Transportrappen»). Ob die EGL den Transportrappen den Konzessionsgemeinden weiterverrechnete, ist nicht bekannt.

**C.d** Im Nachtrag Nr. 1 vom 13. Juni 1992 zum Vertrag vom 16. Dezember 1970 vereinbarten die CCCOEE und die EGL diverse Anpassungen bzw. Ergänzungen. Die von der EGL zu liefernde Energie wurde darin neu als «Sonderenergie» bezeichnet.

#### **D.**

Im Hinblick auf den auslaufenden Vertrag mit der EGL bat die CCCOEE die EKW mit Schreiben vom 5. Mai 2000 um eine Offerte für die Lieferung von Zusatzenergie auf der Basis der Konzessionsverträge. Die Zusatzenergie sollte auf jeden Fall günstiger sein als jene der EGL. Mit Schreiben vom 3. Juli 2000 teilte die EKW der CCCOEE mit, dass sie nach ausgiebiger Diskussion über die Interpretation von Art. 10 Bst. b KV zum Schluss gelangt sei, dass der Preis der Zusatzenergie einem Marktpreis entsprechen müsse. Ihr dürften durch eine solche Lieferung keine zusätzlichen Kosten entstehen. Sie schlage daher vor, die Zusatzenergie zu einem Preis zu liefern, der den Gestehungskosten (pro kWh) entspreche, erhöht um einen Rappen, mithin [...] Rp./kWh. Die CCCOEE nahm die Offerte nicht an.

#### **E.**

Mit Vertrag vom 3. November 2000 vereinbarte die EGL mit der Nichtaktionärin Rätia Energie AG (nachfolgend: RE; ab 2010: Repower AG) die vorzeitige Abtretung des Energielieferungsvertrags. Gleichentags schloss die CCCOEE mit der RE einen Vertrag für die Lieferung von Sonderenergie ([...] Rp./kWh Hochtarif [HT] und [...] Rp./kWh Niedertarif [NT] in der Winterperiode bzw. [...] Rp./kWh HT und [...] Rp./kWh NT in der Sommerperiode). Der Vertrag trat rückwirkend auf den 1. Mai 2000 in Kraft, für eine feste Laufzeit bis zum 31. Oktober 2010. Es wurde vereinbart, dass sich der Vertrag jeweils stillschweigend um ein Jahr verlängere, sofern dieser nicht ein Jahr zuvor gekündigt werde. Die EKW erhob bei der RE eine Transitgebühr von 1 Rp./kWh, welche die RE der CCCOEE jeweils klar als solche bezeichnet in Rechnung stellte.

**F.**

Vor dem Hintergrund steigender Energiepreise gelangte die CCCOEE mit Schreiben vom 4. August 2006 erneut an die EKW und ersuchte um eine Offerte für die direkte Lieferung von Zusatzenergie auf der Grundlage der Konzessionsverträge. Dem Schreiben legte die CCCOEE ein Gutachten des Büros Brüniger und Brüesch zur Interpretation von Art. 10 Bst. b KV und den sich dabei ergebenden Konsequenzen für die Preisgestaltung der zu liefernden Energie bei (Datum des Gutachtens unbekannt). Mit Schreiben vom 24. Januar 2007 zeigte sich die EKW mit den Schlussfolgerungen des Gutachtens nicht einverstanden und offerierte der CCCOEE einen Durchschnittspreis für die Zusatzenergie von [...] Rp./kWh. Diesen lehnten die Konzessionsgemeinden ab. Mit Nachtrag vom 30. April 2007 zum Vertrag vom 3. November 2000 vereinbarten die RE und die CCCOEE neue Energiepreise. In der Folge wurden die Diskussionen zwischen der EKW und der CCCOEE über die Auslegung von Art. 10 Bst. b KV fortgeführt.

**G.**

Dem Bericht und Antrag der Geschäftsführung der EKW an den Verwaltungsrat vom 16. Juni 2010 ist Folgendes zu entnehmen: Um es der EKW und der CCCOEE zu ermöglichen, die Verhandlungen ohne von aussen auferlegten Zeitdruck zu Ende zu führen, willigte die RE ein, den aktuellen Liefervertrag bis maximal Ende September 2011 zu verlängern, jedoch unter Erhöhung der Energiepreise um 1 Rp./kWh per 1. November 2010. Daraufhin baten die Konzessionsgemeinden die EKW, ab 1. November 2010 auf die Erhebung des Transporttrappens gegenüber der RE zu verzichten. Sie beriefen sich dabei auf die konzessionsvertragliche Verpflichtung der EKW, das Talnetz auf eigene Kosten zu erstellen, zu unterhalten und zu betreiben. Die Geschäftsführung der EKW war zwar der Ansicht, dass die «Sonderenergie» nicht mit der Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV gleichzusetzen sei, die «Transitgebühr» nur das Verhältnis zwischen ihr und dem Drittlieferanten betreffe, die Gebühr in keinem Zusammenhang mit dem in Art. 10 Bst. b KV stipulierten Aufschlag von 1 Rp./kWh stünde und mit dessen Erhebung keine konzessionsvertraglichen Bestimmungen verletzt würden. Um einen gütlichen Abschluss der Verhandlungen nicht zu gefährden, beantragte sie dem Vorstand dennoch, ab dem 1. November 2010 auf die Erhebung einer «Transitgebühr» gegenüber der RE für die Lieferung der Sonderenergie zu verzichten. An der Sitzung vom 29. Juni 2010 gab der Verwaltungsrat der EKW dem Antrag statt, unter der Bedingung, dass die EKW und die Konzessionsgemeinden in der Frage der Lieferung von Zusatzenergie und des Konzessionsverhältnisses baldmöglichst eine Einigung fänden.

**H.**

Die Differenzen wurden schliesslich in der Vereinbarung vom 3. Dezember 2010 zwischen den Konzessionsgemeinden und der EKW betreffend Lieferung von Zusatzenergie (nachfolgend: Vereinbarung 2010) geregelt, unter anderem mit folgendem Wortlaut:

*Art. 1 Lieferung der Zusatzenergie gemäss Art. 10 lit. b der Konzession*

1. Die Konzessionsgemeinden können im Umfang ihres Strombedarfs gemäss Art. 10 lit. b der Wasserrechtsverleihung Zusatzenergie von der EKW beziehen. Sie sind jederzeit, d.h. mit einer Anzeigefrist von 6 Monaten auf Beginn eines hydraulischen Jahres (1. Oktober) frei, dieses Recht auszuüben oder die zusätzlich benötigte Energie beim Lieferanten ihrer Wahl zu beziehen.
  2. Der Preis der Zusatzenergie entspricht den jährlich aus der Jahresrechnung resultierenden Gestehungskosten der Engadiner Kraftwerke AG in Rp./kWh, erhöht um einen Rappen pro kWh, was dem Preis ab Abgabepunkt loco Werk, erhöht um einen Rappen, entspricht, den die Aktionärspartner für den Bezug ähnlicher Energiequalität zu bezahlen haben (Art. 10 lit. b der Konzession).
  3. Der Zuschlag von 1 Rp./kWh stellt eine kommerzielle «Marge» dar und ist keine Ersatzleistung für den Transport der Zusatzenergie bis zu den Abgabepunkten.
  4. [Energiequalität]
  5. [Kostentragung für das Bilanzgruppenmanagement, Versorgungsanpassung und Beschaffung der Ausgleichsenergie]
  6. Die Lieferung der Zusatzenergie erfolgt gemäss Konzessionsbestimmung bis zu einem Punkt auf den Gemeindegebieten ohne direkte Belastung von Netznutzungskosten für alle für die Lieferung in Anspruch genommenen Netzebenen.
  7. [Rechnungsstellung]
- [...]

*Art. 7 Inkrafttreten und Gültigkeit*

Diese Vereinbarung tritt mit der Genehmigung durch die Gemeinden und den Verwaltungsrat der EKW auf den 1. Januar 2011 in Kraft. Sie ist bis zum Ablauf der Konzession der oberen Innstufe im Jahre 2050 gültig. Der Bezug der Zusatzenergie von der EKW beginnt durch die Gemeinden am 1. Oktober 2011. Ab dem 1. November 2010 verzichtet die EKW auf die Verrechnung des

Transporttrappens gegenüber der Repower AG beim Bezug der Zusatzenergie durch die Gemeinden.

#### **I.**

Mit Beschluss vom 3. Mai 2011 bezeichnete die Regierung des Kantons Graubünden die EE-Energia Engiadina (nachfolgend: EE) als zuständige Verteilnetzbetreiberin und Nachliegerin des Netzes der EKW für die Gemeinden Ardez, Ftan, Guarda, Lavin, Ramosch, Scuol, Sent, Susch, Tarasp, Zernez (ausser Brail) und Tschlin (abrufbar unter: [https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/bvfd/aev/dokumentation/StromversorgungDokumente/LNG-61Inn-2011\\_dt.pdf](https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/bvfd/aev/dokumentation/StromversorgungDokumente/LNG-61Inn-2011_dt.pdf) [besucht am 21. November 2019]). Die Gemeinde S-chanf wurde der Verteilnetzbetreiberin Repower Klosters AG zugewiesen (abrufbar unter: [https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/bvfd/aev/dokumentation/StromversorgungDokumente/LNG-51Maloja-Bernina-2011\\_dt.pdf](https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/bvfd/aev/dokumentation/StromversorgungDokumente/LNG-51Maloja-Bernina-2011_dt.pdf) [besucht am 21. November 2019]). Gemäss Handelsregister bezweckt die EE u. a. den Betrieb der kommunalen Stromversorgungsnetze und die Gewährleistung der Versorgung der Gemeinden mit elektrischer Energie. Gegründet wurde die EE am 1. Juni 2001. Zunächst gehörte sie der Gemeinde Scuol. Am 1. Januar 2013 wurde das Unternehmen regionalisiert. Als neue Miteigentümerinnen kamen die Gemeinden Ardez, Ftan, Tarasp sowie die Gemeinde Valsot, welche per 1. Januar 2013 aus der Fusion der Gemeinden Tschlin und Ramosch entstanden ist, dazu. Die Gemeinden Susch, Lavin und Guarda wurden per 1. Januar 2014 ebenfalls Miteigentümerinnen der EE (vgl. <http://www.ee-energia-engiadina.ch/de/geschichte.html> [besucht am 21. November 2019]). Per 1. Januar 2015 fusionierten die Gemeinden Ardez, Ftan, Guarda, Sent und Tarasp mit der Gemeinde Scuol sowie die Gemeinden Lavin und Susch mit der Gemeinde Zernez.

#### **J.**

Ab 1. Oktober 2011 lieferte die EKW den Konzessionsgemeinden die bei ihr abgerufene Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV. Die EKW berechnete dabei den Konzessionsgemeinden für die Lieferung der Zusatzenergie die entsprechenden Netznutzungsgebühren inkl. Mehrwertsteuer und stellte gleichzeitig eine Gutschrift für die Netznutzungsgebühren (ohne Mehrwertsteuer) aus, sodass die Konzessionsgemeinden jeweils nur die Mehrwertsteuer bezahlen mussten.

#### **K.**

Mit Schreiben vom 28. März 2013 teilte die CCCOEE der EKW mit, dass die Konzessionsgemeinden die Zusatzenergie ab dem 1. Oktober 2013 an-

dernorts beziehen würden. Die Konzessionsgemeinden würden sich jedoch vorbehalten, diese Energie je nach Marktlage wieder von der EKW zu erhalten. Zudem würden sie gestützt auf Art. 7 der Vereinbarung 2010 davon ausgehen, dass die EKW beim Bezug der Zusatzenergie von einem anderen Lieferanten auf die Verrechnung des früher kassierten «Transportrappens» verzichten werde. In der Folge stellte die EKW die Lieferung von Zusatzenergie an die Konzessionsgemeinden per 30. September 2013 ein. Das Schreiben der CCCOEE vom 28. März 2013 liess die EKW unkommentiert.

**L.**

Seit dem 1. Oktober 2013 beschaffen sich die Konzessionsgemeinden ihre Energie, welche sie über die Gratis- und Vorzugsenergie I + II der EKW hinaus zur Deckung ihres Gesamtbedarfs benötigen, bei der BKW Energie AG (nachfolgend BKW). Die EKW belastete weiterhin den Konzessionsgemeinden für die Energielieferungen der BKW nur die auf die Netznutzungsgebühr entfallende Mehrwertsteuer.

**M.**

Mit Schreiben vom 1. Februar 2016 gelangte die EKW an die CEE. Sie verwies auf den Umstand, dass sie ihr die Netznutzungsgebühr bzw. das Netznutzungsentgelt seit 1. Oktober 2013 unverändert gutgeschrieben habe, obwohl die entsprechende Energiemenge seit jenem Datum von einem anderen Lieferanten bezogen werde. Inzwischen seien Zweifel an der Korrektheit dieses Vorgehens aufgetaucht. Es werde deshalb beabsichtigt, diese Frage im Rahmen eines Verfahrens vor der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom abklären zu lassen. Zudem wies sie darauf hin, dass zukünftig die Gutschrift für das Netznutzungsentgelt nur noch unter einem Rückforderungsvorbehalt ausgestellt werde.

**N.**

Mit Schreiben vom 24. Juni 2016 beantragte die EKW bei der ElCom, dass die Gemeinden S-chanf, Zernez, Scuol und Valsot zu verpflichten seien, ihr für die Lieferung von Energie, welche die Gemeinden ausserhalb der EKW-Konzessionen ab dem 1. Juli 2016 von Dritten beziehen, ein Netznutzungsentgelt gemäss dem jeweils anwendbaren Tarif inkl. MwSt. zu bezahlen.

**O.**

Die ElCom erklärte sich mit Zwischenverfügung vom 12. April 2017 sowohl zur Beurteilung des Gesuchs betreffend Netznutzungsentgelt sowie zur

vorfrageweisen Beurteilung der damit verbundenen konzessionsrechtlichen Fragen als zuständig. Zudem stellte sie fest, dass der Konzessionsgemeinde S-chanf keine Parteistellung zukommt, da diese aktuell nicht an das Netz der EKW angeschlossen ist. Die Zwischenverfügung blieb unangetroffen.

**P.**

Die EKW präzisierte ihren Antrag mit Schreiben vom 9. Juni 2017 dahingehend, dass in erster Linie die EE und die Gemeinden Scuol, Valsot sowie Zernez nur eventualiter zur Zahlung dieses Netznutzungsentgelts zu verpflichten seien.

**Q.**

Mit Verfügung vom 13. September 2018 verpflichtete die EICom die EE, der EKW ab dem 1. Juli 2016 für die von Dritten gelieferte Energie ein Netznutzungsentgelt gemäss dem jeweils anwendbaren Tarif der EKW inkl. MwSt. zu bezahlen. Die Gebühr der Verfügung von Fr. 10'320.-- auferlegte sie den Gemeinden Scuol, Valsot und Zernez zu je einem Sechstel und der EE zur Hälfte, unter solidarischer Haftung.

**R.**

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2018 lassen die Gemeinden Scuol, Valsot, Zernez sowie die EE (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) gemeinsam beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung vom 13. September 2018 der EICom (nachfolgend: Vorinstanz) führen. Sie fordern die vollumfängliche Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung. Eventualiter sei die Sache zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur entsprechenden Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**S.**

Die Vorinstanz verzichtet mit Eingabe vom 23. November 2018 auf eine Stellungnahme. Mit Beschwerdeantwort vom 26. November 2018 beantragt die EKW (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könne.

**T.**

Sowohl die Beschwerdeführerinnen als auch die Beschwerdegegnerin hal-

ten an ihren Anträgen mit Replik vom 30. Januar 2019 und Schlussbemerkungen vom 13. Mai 2019 bzw. Duplik vom 28. Januar 2019 und Schlussbemerkungen vom 6. Juni 2019 fest.

## **U.**

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit relevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gegen Verfügungen der Vorinstanz kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (vgl. Art. 23 des Stromversorgungsgesetzes [StromVG, SR 734.7]). Nachdem die Vorinstanz eine Verfügung i.S.v. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) erlassen hat, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2** Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerinnen 1 – 3. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass die Frage, ob die Beschwerdeführerin 4 zur Zahlung eines Netznutzungsentgelts verpflichtet sei, das Prozessthema bilde. Die Beschwerdeführerinnen 1 – 3 seien durch das Dispositiv der angefochtenen Verfügung hingegen nicht beschwert, weshalb auf deren Beschwerde nicht einzutreten sei.

Die Beschwerdeführerin 4 hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Für die Zulässigkeit einer gemeinsam eingereichten Beschwerde reicht es sodann aus, wenn zumindest die Legitimation eines Beteiligten gegeben ist (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-1216/2018 vom 21. Mai 2019 E. 2.2.2, A-1969/2017 vom 22. Januar 2019 E. 1.2.2.4 [beide noch nicht rechtskräftig] und A-5990/2014 vom 8. Juni 2015 E. 1.2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem

Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.73a). Selbst wenn die durch die vorinstanzliche Kostenaufgabe direkt betroffenen Beschwerdeführerinnen 1 – 3 in der Hauptsache nicht legitimiert wären, stünde einem Eintreten auf die Beschwerde somit nichts entgegen. Folglich erübrigt es sich, ihre Beschwerdelegitimation näher zu prüfen.

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

## **2.**

**2.1** Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Dabei muss sich das Bundesverwaltungsgericht nicht mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (statt vieler BGE 133 I 270 E. 3.1).

**2.2** Den (rechtserheblichen) Sachverhalt stellt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (vgl. Art. 12 und Art. 13 VwVG). Es würdigt die Beweise grundsätzlich frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss (Grundsatz der freien Beweiswürdigung; vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2). Eine rechtserhebliche Tatsache, für die grundsätzlich der volle Beweis zu erbringen ist (Regelbeweismass), gilt als bewiesen, wenn das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, sie habe sich verwirklicht. Absolute Gewissheit ist indes nicht erforderlich; es genügt, wenn es an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (Urteile BVGer A-3182/2018 vom 10. April 2019 E. 2.2 und A-5159/2017 vom 18. Februar 2019 E. 2.2).

## **3.**

Zum besseren Verständnis ist vorab ein Überblick über die Thematik und die einschlägigen Rechtsgrundlagen zu geben.

**3.1** Die Wertschöpfungskette im Bereich der Elektrizitätsindustrie lässt sich allgemein in die Aktivitäten der Produktion, des Transports, d.h. der Übertragung auf der Höchstspannungsebene sowie der Verteilung auf den

niederen Spannungsebenen bis zur Versorgung der Endverbraucher mit elektrischer Energie, und den Handel unterteilen. Der von den grossen Kraftwerken in der Schweiz oder dem grenznahen Ausland produzierte Strom wird zunächst ins Übertragungsnetz aufgenommen. Die elektrische Höchstspannung von 380 kV/220 kV im Übertragungsnetz wird danach stufenweise über die Hoch-, Mittel- und Niederspannung des überregionalen, regionalen und lokalen Verteilnetzes auf 230 V transformiert (SARAH PETRIK-HALTINER, Spannungsfelder rund um die Stromkosten und -tarife, 2017, S. 1 ff., m.w.H.). Bereitgestellt und betrieben werden die Netze durch die einzelnen Netzbetreiber (PETRIK-HALTINER, a.a.O., S. 86). Dritte müssen den Netzbetreibern grundsätzlich ein sogenanntes Netznutzungsentgelt entrichten, wenn sie deren Netze nutzen möchten (Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611, 1651; Urteil BVGer A-1067/2011 vom 30. Mai 2012 E. 7.1).

**3.2** Gemäss dem in Art. 14 Abs. 2 StromVG verankerten Ausspeiseprinzip sind die Endverbraucher je Ausspeisepunkt zur Zahlung des Netznutzungsentgelts verpflichtet. Endverbraucher sind Kunden, welche Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen. Ausgenommen hiervon ist der Elektrizitätsbezug für den Eigenbedarf eines Kraftwerkes sowie für den Antrieb von Pumpen in Pumpspeicherkraftwerken (Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG). Das Ausspeiseprinzip stellt auf die insgesamt verursachten effektiven Stromflüsse ab, indem es die Kosten der allgemeinen Verursachung folgend von Netzebene zu Netzebene wälzt. Mithin werden die anrechenbaren Kosten, die einem Netzbetreiber entstanden sind, über allfällige nachliegende Netzbetreiber an Endverbraucher weiterverrechnet. Die Netzbetreiber sind folglich nicht die Zahlungspflichtigen des Netznutzungsentgelts, sondern fungieren lediglich als Inkassostellen, die das gesamte Netznutzungsentgelt von den Endverbrauchern einfordern (vgl. ANDRE SPIELMANN, in: Kratz et al. [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Bd. I 2016, Rz. 4 ff. zu Art. 14 StromVG m.w.H.; BVGE 2010/49 E. 8.4.1 und 9.3.5; Urteil BVGer A-1067/2011 vom 30. Mai 2012 E. 8.6).

**3.3** Die Verpflichtung der Endverbraucher zur Zahlung des Netznutzungsentgelts steht unter dem Vorbehalt von Art. 14 Abs. 5 StromVG, der am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist (AS 2007 6827). Danach dürfen die im Zusammenhang mit geltenden Wasserrechtsverleihungen (Konzessionsverträge) vereinbarten Leistungen, insbesondere die Energielieferungen durch die Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt nicht berührt werden. In den ständerätlichen Beratungen wurde dazu ausgeführt, dass die

im Rahmen von bestehenden Konzessionen vereinbarten Vorzugsleistungen nicht durch das Netznutzungsentgelt geschmälert werden sollen. Insbesondere gehe es darum, Lieferungen von Gratisenergie bzw. Vorzugsenergie, zum Beispiel an Gemeinden, nicht mit dem Inkrafttreten des StromVG neu mit einem Entgelt für die Netznutzung zu belasten (Amtliches Bulletin [AB] 2006 S 846, Votum Schmid-Sutter; Urteil BVGer A-1067/2011 vom 30. Mai 2012 E. 8.4). Art. 14 Abs. 5 StromVG ermöglicht es mit anderen Worten, durch eine entsprechende Konzessionsvereinbarung vom in Art. 14 Abs. 2 StromVG verankerten Ausspeiseprinzip, wonach das Netznutzungsentgelt grundsätzlich von den Endverbrauchern zu bezahlen ist, abzuweichen. Die betreffenden Kosten sind stattdessen von den Wasserkraftkonzessionären (Stromproduzenten) zu tragen (SPIELMANN, a.a.O., Rz. 58 f. zu Art. 14 StromVG; Urteil BVGer A-1067/2011 vom 30. Mai 2012 E. 8.7). Zudem entspricht es der gesetzgeberischen Absicht, nur Konzessionsverhältnisse, die bei Inkrafttreten des Art. 14 Abs. 5 StromVG bereits bestanden haben, nicht mit einem Netznutzungsentgelt zu belasten und dass sich die Gesetzesbestimmung nicht auf künftige, nach dessen Inkrafttreten abgeschlossene Konzessionsverträge bezieht (PETRIK-HALTNER, a.a.O., S. 130; BEAT BRECHBÜHL/CHRISTOPHE SCHEIDEGGER, Auslegung von Art. 14 Abs. 5 Stromversorgungsgesetz, in: digitaler Rechtsprechungskommentar [dRSK], publiziert am 18. Juli 2012, Rz. 15). Bei kantonalen Gewässern wird das Verfahren für die Verleihung von Wasserrechten grundsätzlich durch die Kantone geregelt (Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte [WRG, SR 721.80]).

#### 4.

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin für die Ausspeisung der Energie aus ihrem Netz ins Verteilnetz der Beschwerdeführerin 4 im Grundsatz Anspruch auf die Entrichtung eines Netznutzungsentgelts gemäss dem jeweils anwendbaren Tarif inkl. MwSt. hat (vgl. oben E. 3.2). In diesem Zusammenhang ist ebenfalls unbestritten, dass für von der Beschwerdegegnerin gelieferte Gratis- und Vorzugsenergie i.S.v. Art. 10 Bst. a KV sowie Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV kein Netznutzungsentgelt erhoben werden darf. Die Parteien stützten sich zur Begründung auf die Vertragspassagen «*Die Talleitung wird von der Beliehenen auf ihre Kosten erstellt, unterhalten und betrieben*» (Art. 10 Bst. a Abs. 3 KV zur Gratis- und Vorzugsenergie I +II) sowie «*Die Zusatzenergie wird in gleicher Weise wie die Gratis- und Vorzugsenergie geliefert*» (Art. 10 Bst. b Abs. 4 KV zur Zusatzenergie). Umstritten ist hingegen, ob von Dritten (wie z.B. die BKW) in eigenem Namen und auf eigene Rechnung über das Netz der Beschwerdegegnerin an die Konzessionsgemeinden gelieferte Energie,

deren Konditionen bilateral mit den Konzessionsgemeinden vereinbart werden, ebenfalls Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV darstellt, mit der Konsequenz, dass für deren Transport über das Netz der Beschwerdegegnerin kein Netznutzungsentgelt erhoben werden dürfte. Es ist daher zu prüfen, ob solche, von der Beschwerdegegnerin als «Restenergie» bezeichnete Energie von den Bestimmungen der Konzessionsverträge umfasst ist und unter den Schutz von Art. 14 Abs. 5 StromVG fällt. Der Einfachheit halber wird nachfolgend derartige Energie ebenfalls als «Restenergie» bezeichnet.

**4.1** Die Vorinstanz führte in ihrer Verfügung im Wesentlichen aus, dass sich ein übereinstimmender Wille bezüglich dieser Frage nicht ohne weiteres erkennen lasse. Art. 10 KV sei deshalb nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Nach dessen Wortlaut liege Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV dann vor, wenn diese von den Konzessionsgemeinden verlangt werde, sich der Preis nach den Vorgaben in den Konzessionsverträgen richte und für die Lieferung der Zusatzenergie ein Energielieferungsvertrag mit der EKW abgeschlossen werde. Energielieferungen, welche durch Dritte unabhängig von den Bedingungen in Art. 10 Bst. b KV und ohne direkte Mitwirkung der EKW erfolgen würden, seien demnach keine Zusatzenergie. Zudem würde es sich bei der Verpflichtung der EKW, die Talleitung auf ihre Kosten zu erstellen, zu unterhalten und zu betreiben, um kein selbstständiges Recht auf unentgeltliche Netznutzung handeln. Folglich habe die EKW den Dritten, welche von Beginn an bis September 2011 den Konzessionsgemeinden zusätzliche Energie geliefert hätten, für die Inanspruchnahme ihres Netzes zu Recht ein Netznutzungsentgelt verrechnet. Weiter könne offen bleiben, ob das in der Vereinbarung 2010 ausgemachte Verständnis des Zusatzrappens als kommerzielle Marge in Verbindung mit dem Verzicht auf die Erhebung eines Transportrappens ab dem 1. November 2010 gegenüber der damaligen Energielieferantin einen generellen Verzicht auf die Erhebung eines Netznutzungsentgelts darstelle. Einerseits, weil die Vereinbarung 2010 nach Inkrafttreten des StromVG abgeschlossen worden sei und damit nicht mehr unter Art. 14 Abs. 5 StromVG falle. Andererseits, weil die Vereinbarung nicht nach den Formvorschriften für Wasserrechtskonzessionen abgefasst worden sei und deshalb nicht als Konzession im Sinne von Art. 14 Abs. 5 StromVG gelte. Im Übrigen bedeute der – allenfalls versehentlich erfolgte – Verzicht auf die Erhebung eines Netznutzungsentgelts seit Oktober 2013 nicht, dass ein solches nicht geschuldet sei. Zusammengefasst seien beim Bezug von Energie von Dritten für die Versorgung der Gemeinden Zernez, Scuol und Valsot die Vo-

raussetzungen für die Befreiung von der Pflicht zur Entrichtung eines Netznutzungsentgelts i.S.v. Art. 14 Abs. 5 StromVG nicht gegeben, weshalb die EE antragsgemäss ab dem 1. Juli 2016 ein Netznutzungsentgelt gemäss dem jeweiligen Tarif der EKW zu bezahlen habe.

## 4.2

Die Beschwerdeführerinnen wenden sich zunächst gegen die vorinstanzliche Auslegung von Art. 14 Abs. 5 StromVG.

**4.2.1** Diesbezüglich führen sie aus, dass die vorinstanzliche Ansicht in Randziffer 51 der Verfügung, wonach mit Art. 14 Abs. 5 StromVG *nur* konzessionsvertraglich vereinbarte *Vorzugsleistungen* geschützt werden sollten, unzutreffend sei. Gemäss dem Wortlaut sowie den Materialien beziehe sich diese Bestimmung auf alle konzessionsvertraglich vereinbarten Leistungen und nicht nur auf Vorzugsleistungen. Dies sei deshalb wesentlich, weil die Vorinstanz die konzessionsvertraglich vereinbarte Pflicht zum Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung nicht als selbstständige Obligation verstehe, sondern ausschliesslich im Zusammenhang mit der Lieferung von Gratis-, Vorzugs- und Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV. Zudem habe sie ausgeführt, dass eine Aufteilung der konzessionsvertraglich vereinbarten Energielieferungen in die Bestandteile Energie und Netznutzung von Art. 14 Abs. 5 StromVG «wohl eher» nicht erfasst sei, weil der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung vor allem habe sicherstellen wollen, dass die Lieferungen von Konzessionsenergie durch die Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt nicht in ihrem Wert geschmälert werden sollten. Die Vorinstanz verkenne damit, dass sie gar keine nachträgliche Aufteilung des all inclusive Preises verlangt hätten.

**4.2.2** Die Beschwerdegegnerin entgegnet, dass nicht ersichtlich sei, was die Beschwerdeführerinnen aus dem Vergleich der verwendeten Worte «Leistungen» und «Vorzugsleistungen» für sich ableiten möchten. Eine sprachliche Unterscheidung könne gemacht werden zwischen einer Leistungspflicht an sich und den Konditionen, zu welchen diese Leistung bezogen werden könnten. Eine Leistung, welche unter dem Marktpreis bezogen werden könne, sei in der Regel auch eine Vorzugsleistung. Dass diese beiden Begriffe in einem solchen Zusammenhang als Synonyme verwendet würden, sei nicht zu beanstanden. Die Frage, ob die Pflicht zum Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung eine selbstständige konzessionsvertragliche Pflicht sei oder nicht, habe jedenfalls nichts mit der Unterscheidung zwischen diesen Begriffen zu tun. Ob eine solche Pflicht bestehe, folge

zudem aus der Auslegung der konzessionsvertraglichen Bestimmungen und nicht aus der Auslegung von Art. 14 Abs. 5 StromVG.

**4.2.3** Die Vorinstanz erwähnte in ihrer Verfügung an der betreffenden Stelle sowohl den Gesetzeswortlaut («...*dass im Zusammenhang mit geltenden Wasserrechtsverleihungen (Konzessionsverträge) vereinbarte Leistungen, ...*») als auch ein Zitat aus einem Energierechtskommentar («*Damit sollte sichergestellt werden, dass die im Rahmen von bestehenden Konzessionen vereinbarten Vorzugsleistungen nicht durch das Netznutzungsentgelt geschmälert werden.*»), welches sich auf ein Votum in der ständerrätlichen Debatte bezieht (vgl. SPIELMANN, a.a.O., Rz. 59 zu Art. 14 StromVG). Inwiefern daraus zu schliessen ist, dass die Vorinstanz *nur* konzessionsvertraglich vereinbarte «Vorzugsleistungen» bei der Anwendung von Art. 14 Abs. 5 StromVG für relevant erachtet, ist nicht ersichtlich und ergibt sich auch nicht aus der restlichen Begründung. Die Vorinstanz musste dieser Frage auch nicht nachgehen, da sie die Pflicht bezüglich Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung nicht als selbstständige Konzessionspflicht erachtete (vgl. oben E. 4.1). Vor diesem Hintergrund ist ihre Äusserung, wonach die Aufteilung der konzessionsvertraglich vereinbarten Energielieferungen in die Bestandteile Energie und Netznutzung von Art. 14 Abs. 5 StromVG «wohl eher» nicht erfasst sei, als bloss weiterführenden und für ihren Entscheid letztlich irrelevanten Gedanken zu verstehen. Ob eine allfällige selbstständige konzessionsvertragliche Pflicht bezüglich Bau, Unterhalt und Betrieb der Talleitung unter den Schutz von Art. 14 Abs. 5 StromVG fallen würde, kann mangels Relevanz offen bleiben (vgl. dazu unten E. 4.4.4.3).

**4.3** Weiter bestreiten die Beschwerdeführerinnen, dass sich bezüglich der streitgegenständlichen Frage kein wirklicher Parteiwille mehr feststellen lasse.

**4.3.1** Die Beschwerdeführerinnen führen dazu insbesondere aus, dass sich die Parteien im Jahre 2010 gestützt auf die Entstehungsgeschichte der Konzessionsverträge und deren vierzigjährigen Vollzug einvernehmlich darüber geeinigt hätten, wie Art. 10 Bst. b KV im veränderten Strommarkt künftig zu vollziehen sei. Wesentlich sei dabei folgende Sachverhaltskette, welche den übereinstimmenden Parteiwillen bei Abschluss der Vereinbarung 2010 geprägt habe und durch das anschliessende Parteiverhalten zum Ausdruck gekommen sei: Konzessionsverhandlungen, Parteiverhalten (Vollzug) 1969 – 2000, Parteiverhalten (Vollzug) 2000 – 2010 und die

sich daraus ergebenden Differenzen, Verhandlungen und Vereinbarung 2010 sowie Parteiverhalten (Vollzug) ab 2011.

Den Konzessionsgemeinden sei es ein beständiges Anliegen gewesen, die sichere und preisgünstige Talversorgung auf die gesamte Dauer der Konzession sicherzustellen. Eine Situation, bei der sie die Kosten für den Transport von Energie bis auf den Gemeindeboden zu tragen gehabt hätten, hätten sie nie in Kauf genommen. So sei bereits im Rahmen der Konzessionsverhandlungen geklärt worden, dass die Lieferung von Zusatzenergie frei von Transportkosten zu erfolgen habe. Dies ergebe sich auch aus dem Wortlaut von Art. 10 Bst. b KV. Zudem habe danzumal ein Rechtsanspruch auf Netzzugang nicht existiert, mit welchem die Konzessionsgemeinden den Transport von Zusatzenergie eines Dritten bis auf Gemeindeboden hätten erzwingen können.

Als es darum gegangen sei, erstmals Zusatzenergie zu liefern, habe die Beschwerdegegnerin – um einen Eklat mit den Konzessionsgemeinden zu vermeiden – vorgeschlagen, ihre diesbezügliche Pflicht an die EGL (in einem nicht rechtlichen Sinne) zu delegieren. Die EGL sei nämlich in der Lage gewesen, die konzessionsvertraglich fundamentale Forderung der Konzessionsgemeinden nach preisgünstigem Strom zu erfüllen. Eine Lieferung der Zusatzenergie aus den Anlagen der Beschwerdegegnerin sei für diese und ihre Aktionäre auch ökonomisch unvorteilhaft und technisch gar nicht möglich gewesen. Mit der Delegation der Lieferpflicht habe die Beschwerdegegnerin den Konzessionsgemeinden einen alternativen Vollzugsmechanismus unterbreitet. Im Übrigen sei in den Jahren des Vollzugs in allen Korrespondenzen, Verträgen und Abrechnungen nirgendwo von «zusätzlicher Energie», «Restenergie», «Drittenergie» oder «Energie ausserhalb der Konzessionen» die Rede gewesen. Nur kurz und vorübergehend sei von «restlicher Energie» bzw. «Sonderenergie» gesprochen worden. Aus den entsprechenden Verträgen, dem Vertragskontext sowie aus den Rechnungen ergebe sich jedoch zweifelsfrei, dass es sich stets um Zusatzenergie gemäss Art. 10 Bst. b KV gehandelt habe. Zudem hätten weder die Beschwerdegegnerin noch die EGL in der Zeit von 1970 bis 2000 jemals eine Transitgebühr von ihr erhoben. Dass die Beschwerdegegnerin gegenüber der EGL bzw. der RE eine Transitgebühr erhoben habe, hätten sie bis ins Jahr 2010 nicht gewusst.

Im Vertrag vom 3. November 2000 mit der RE sei sodann vereinbart worden, dass die Netzbenutzung aller benötigten Netzebenen und die dazu-

gehörenden Transformationen bis an die Übergabestellen auf Gemeindeboden als Konzessionsleistung durch die Beschwerdegegnerin zu einem Kostenbeitrag von 1 Rp./kWh zu erbringen sei. In der Folge seien seitens der RE gegenüber der Kooperation separate Rechnungen für die Energie und den Transport ergangen. Für die Konzessionsgemeinden hätte sich dadurch in der Summe keine Veränderung ergeben, zumal sie den Preis für die Zusatzenergie, erhöht um die in den Konzessionsverträgen vorgesehene Handelsmarge von 1 Rp./kWh, bezahlt hätten. Deshalb hätten sie auch keinen Grund gehabt zu intervenieren, als sie von der RE eine Rechnung betreffend «Transitgebühr» erhalten hätten. Diese habe nämlich nicht dem realen Netznutzungsentgelt entsprochen, sondern genau dem Betrag von 1 Rp./kWh, der in Art. 10 Bst. b KV als Handelsmarge vereinbart gewesen sei. Für die Konzessionsgemeinden habe es somit ökonomisch keine Rolle gespielt, unter welchem Titel sie die in den Konzessionsverträgen vereinbarte «Handelsmarge» bezahlt hätten. Als die Konzessionsgemeinden aber im Jahr 2010 von der Praxis der Beschwerdegegnerin mit dem Transporttrappen erfahren hätten, hätten sie umgehend eine Bereinigung dieses Aspektes im Zuge der zwischen den Konzessionsparteien entstandenen massiven Differenzen bezüglich der Interpretation von Art. 10 Bst. b KV gefordert.

Die darauf erfolgten Verhandlungen hätten das Ziel gehabt, eine gütliche Einigung über das gemeinsame Parteiverständnis betreffend Art. 10 Bst. b KV zu finden. Es sei dabei nie darum gegangen, eine Konzessionsänderung vorzunehmen. Aus den Verhandlungsunterlagen ergebe sich, dass es dem übereinstimmenden Willen der Parteien entsprochen habe, dass die Lieferung der Zusatzenergie unabhängig davon, von wem diese geliefert würde, für die Konzessionsgemeinden vollkommen frei von Transportkosten erfolgen müsse. Weiter würden die Materialien zeigen, dass die in Art. 1 Abs. 1 der Vereinbarung 2010 verwendeten Begriffe «Zusatzenergie» und «zusätzlich benötigte Energie» keine qualitative Unterscheidung bedeuten, sondern ein und dasselbe betreffen würden. Die Konzessionsgemeinden hätten auch im Vorfeld klar zum Ausdruck gebracht, dass es ihnen um die konzessionsvertraglich geschuldete Zusatzenergie gehe. In der Folge habe die Beschwerdegegnerin denn auch einen generellen Verzicht auf die Transportkosten für Lieferanten von Zusatzenergie und nicht bloss für die von der Repower AG gelieferte beschlossen. Damit habe die Beschwerdegegnerin implizit bestätigt, dass es sich bei der konzessionsvertraglichen Pflicht bezüglich Bau, Betrieb und Unterhalt der Talleitung um eine selbstständige Obligation handle.

Sodann hätten die Konzessionsgemeinden ab 1. Oktober 2011 bis 2013 die konzessionsvertraglich geschuldete Zusatzenergie von der Beschwerdegegnerin bezogen, wofür kein Netznutzungsentgelt erhoben worden sei. Als die Konzessionsgemeinden ab 2013 diese Energie bei der BKW bezogen hätten, habe die Beschwerdegegnerin bis 2016 ebenfalls keine Netznutzungsgebühren in Rechnung gestellt. Folglich habe die Beschwerdegegnerin während sechs Jahren nach Abschluss der Vereinbarung 2010 den vorstehend dargelegten gemeinsamen Parteiwillen bestätigt.

**4.3.2** Die Beschwerdegegnerin entgegnet, dass sich ein übereinstimmender Parteiwille bezüglich der sich heute stellenden Frage, ob die Konzessionsgemeinden einen Anspruch auf unentgeltliche Netznutzung auch für den Transport von Restenergie hätten, aus den Konzessionsverhandlungen in den 50-er Jahren nicht ergebe. Die Praxis zwischen 1970 und 2011 zeige ferner, dass Dritte sehr wohl die Möglichkeit gehabt hätten, den Konzessionsgemeinden über ihr Netz Restenergie zu liefern. Dafür habe sie jeweils ein Netznutzungsentgelt erhoben. Im vorliegenden Verfahren gehe es auch nicht um die Zusatzenergie im Sinne von Art. 10 Bst. b KV, sondern um die von Dritten ausserhalb des Konzessionsrahmens gelieferte Restenergie. Für diese würden Transportkosten anfallen, welche sie seit Anbeginn auch tatsächlich verlangt habe. Der Preis habe lange Zeit 1 Rp./kWh (daher auch die Bezeichnung «Transportrappen») betragen und habe nichts mit der in Art. 10 Bst. b KV für die Zusatzenergie anfallende Marge von ebenfalls 1 Rp./kWh zu tun.

Die Konzessionsgemeinden hätten sich zunächst bei ihr nur nach dem voraussichtlichen Preis für den Bezug von Zusatzenergie erkundigt. Sie hätten sich jedoch dann entschieden, günstigere Restenergie von Dritten zu beziehen. Dies habe sie den Konzessionsgemeinden als Entgegenkommen ermöglicht. Es sei unzutreffend, dass sie technisch nicht in der Lage gewesen sei, Zusatzenergie aus den eigenen Anlagen zu liefern. Es gebe auch keine Anhaltspunkte, dass sie sich bereits im Zeitpunkt der Konzessionsverhandlungen Gedanken gemacht habe, wie die Belieferung der Konzessionsgemeinden einst konkret erfolgen solle. Der spätere Betrieb und die Ausgestaltung ihrer Anlage sei daher für die Auslegung der Konzessionsverträge irrelevant. Gemäss dessen Wortlaut sei sie im Übrigen nicht verpflichtet, die Konzessionsenergie zwingend aus ihrer Eigenproduktion zu liefern. Auch die behauptete Delegation ihrer Pflicht zur Lieferung der Zusatzenergie an die EGL sei unzutreffend und ergebe sich nicht aus den angerufenen Beilagen. Zwar sei es tatsächlich so, dass die Parteien nicht

immer eine konsequente sprachliche Differenzierung gemacht hätten. Inhaltlich sei aber bereits gestützt auf den Konzessionswortlaut folgende Unterscheidung klar gewesen: Mit der Zusatzenergie gemäss Art. 10 Bst. b KV sei nur jene Energie gemeint gewesen, welche sie auf Verlangen der Konzessionsgemeinden zu Konzessionsbedingungen liefere. Davon abzugrenzen sei die Energie, welche den Konzessionsgemeinden durch Dritte ausserhalb des Konzessionsrahmens zu frei vereinbarten Bedingungen geliefert werde. Im Übrigen sei es unglauwürdig, dass die Beschwerdeführerinnen von der Verrechnung der Transitgebühr nichts gewusst hätten, seien diese doch ihre Aktionäre und hätten einen Vertreter im Verwaltungsrat. Zudem sei die Transitgebühr für die Restenergie spätestens seit Abschluss des Energielieferungsvertrags im Jahre 2000 mit der RE in deren Rechnungen separat ausgewiesen worden. Es sei zudem unzutreffend, dass in den Konzessionsverhandlungen und beim Vollzug die Erhebung einer Transitgebühr für Restenergie ausgeschlossen worden sei, widerspreche es doch auch dem von den Beschwerdegegnerinnen anerkannten Umstand, dass sie seit Anbeginn für die Restenergie eine Transitgebühr erhoben habe. Diesbezüglich sei davon auszugehen, dass die EGL diese Transitgebühr in den Energietarif für die Restenergie eingerechnet und so den Konzessionsgemeinden weiterbelastet habe.

Weiter sei sie weder an der Abtretungsvereinbarung zwischen der EGL und der RE noch am neuen Energielieferungsvertrag zwischen der Korporation und der RE beteiligt gewesen. Auch treffe es nicht zu, dass die RE und die Konzessionsgemeinden die Netzbenutzung als die von ihr zu erbringende Konzessionsleistung vereinbart hätten. In der entsprechenden Passage heisse es nur, dass die RE «*davon ausgehe*», dass die EKW ihr Netz zu einem Kostenbeitrag von 1 Rp./kWh als Konzessionsleistung bereitstelle. Es handle sich dabei um eine technische Annahme der RE, welche für sie nicht bindend sei. Insbesondere bedeute dies nicht, dass eine entsprechende Verpflichtung bestehe.

Die entstandenen Differenzen seien überdies nicht durch die Transportkosten ausgelöst worden, sondern in erster Linie wegen der Berechnung des Preises für die Zusatzenergie gemäss Art. 10 Bst. b KV. Angesichts der damals steigenden Marktpreise hätten die Konzessionsgemeinden nämlich den Bezug von Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV von ihr erwogen. Die Vereinbarung 2010 habe am bisherigen Regime nichts geändert. Die Konzessionsgemeinden seien weiterhin frei, ihren über die Gratis- und Vorzugsenergie hinausgehenden Energiebedarf entweder gestützt auf die Konzessionsverträge mit Zusatzenergie von ihr zu decken oder gestützt

auf eine andere vertragliche Vereinbarung Restenergie von Dritten zu beziehen. Letztere werde in der Vereinbarung 2010 auch nicht als «Zusatzenergie» sondern als «zusätzlich benötigte Energie» bezeichnet. Die Präzisierung hinsichtlich der Netznutzungskostenfreiheit beziehe sich ausschliesslich auf die Lieferung von Zusatzenergie zu Konzessionsbedingungen. Nur in Art. 7 der Vereinbarung 2010 sei eine zeitlich beschränkte Übergangsregelung mit der von Dritten gelieferten Energie getroffen worden. Konkret beziehe sich ihr Transportkostenverzicht nur gegenüber der RE für eine begrenzte Übergangsfrist vom 1. November 2010 bis 1. Oktober 2011, um die Preiserhöhung der RE gegenüber den Konzessionsgemeinden während der Verhandlungsphase abzufedern.

Ab 1. Oktober 2013 werde die Restenergie von der BKW zu frei vereinbarten Konzessionen geliefert. Hinsichtlich des Netznutzungsentgelts habe sie das Regime, welches vom 1. Oktober 2011 bis zum 30. September 2013 für die Lieferung von Zusatzenergie gegolten habe, unverändert weitergeführt. Soweit ersichtlich sei dies aber weder intern noch extern weiter diskutiert worden. Es sei daher anzunehmen, dass es sich bei der Weiterführung dieses Regimes trotz der veränderten Lieferverhältnisse um ein Versehen und nicht um einen bewussten Entscheid gehandelt habe.

### **4.3.3**

**4.3.3.1** Entsteht zwischen dem Konzessionär und der Verleihungsbehörde Streit über die sich aus dem Konzessionsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten, so entscheidet grundsätzlich, wo das WRG oder die Konzession nichts anderes bestimmt, in erster Instanz die zuständige kantonale Gerichtsbehörde und in zweiter das Bundesgericht (Art. 71 Abs. 1 WRG). Indes können Verwaltungsjustizbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten vorfrageweise auch Fragen aus anderen Rechtsgebieten beantworten, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt und die zuständige Behörde darüber noch nicht entschieden hat (BGE 139 III 233 E. 5.4.2, 131 III 546 E. 2.3 und 120 V 378 E. 3a; Urteile BVGer B-6065/2015 vom 6. Mai 2016 E. 1.2.8 und B-2429/2013 28. November 2013 E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1750; THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 38 zu Art. 7 VwVG).

Die Parteien behaupten nicht, dass die Streitfrage in der Zwischenzeit von der dafür zuständigen kantonalen Instanz beurteilt worden ist. Demnach ist

das Bundesverwaltungsgericht befugt, diese im Sinne einer Vorfrage zu beantworten.

**4.3.3.2** Konzessionen, insbesondere solche über die Verleihung von Wassernutzungen, weisen sowohl vertragliche als auch hoheitliche Elemente auf. In Bezug auf die vertraglichen Elemente, so namentlich diejenigen Fragen, die von Gesetzes wegen unterschiedlich geregelt werden können, ist die Konzession wie ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auszulegen (BGE 126 II 171 E. 4c/bb; Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C\_825/2013 vom 24. März 2014 E. 2.1). Für die Auslegung verwaltungsrechtlicher Verträge ist wie bei einem privatrechtlichen Vertrag in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (Art. 18 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR, SR 220]; empirische oder subjektive Vertragsauslegung). Lässt sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (normative oder objektive Vertragsauslegung; statt vieler BGE 142 III 239 E. 5.2.1 und 132 III 626 E. 3.1; Urteil BGer 2C\_825/2013 vom 24. März 2014 E. 2.2).

**4.3.3.3** Eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung setzt unter anderem einen Rechtsfolgwillen voraus. Das Vorhandensein eines solchen Willens ist unabdingbare Voraussetzung für das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung. Ziel jeder Auslegung ist deshalb die Ermittlung des Parteiwillens. Dabei kann die Auslegung dazu führen, dass ein gemeinsamer Rechtsfolgswille feststellbar ist, dass mit Bezug auf die strittige Frage kein gemeinsamer Rechtsfolgswille bestand, da sich die Parteien die strittige Frage überhaupt nicht gestellt oder bewusst nicht geregelt haben, oder dass der Prozessstoff keine sichere Feststellung über das Vorhandensein eines bestimmten Rechtsfolgswillens erlaubt (CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Art. 1 – 18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht [nachfolgend: BK OR], Rz. 18 f. zu Art. 18 OR; JÄGGI ET AL., Zürcher Kommentar, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl. 2014 [nachfolgend: ZK OR], Rz. 323 ff.). Die subjektive Vertragsauslegung bezieht sich auf den Willen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragschlusses. Was die Parteien beim Vertragsabschluss gewusst, gewollt oder tatsächlich verstanden haben, ist Tatfrage (statt vieler BGE 144 V 84 E. 6.2.1 f.).

**4.3.3.4** Da der «innere Wille» als rein psychologisches Phänomen nicht feststellbar ist, begnügen sich die herrschende Lehre und Rechtsprechung mit dem gegenüber der Aussenwelt geäußerten Willen (MÜLLER, in: BK

OR, a.a.O., Rz. 59 zu Art. 18 OR; WOLFGANG WIEGAND, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. [nachfolgend: BSK OR], Rz. 12 zu Art. 18 OR; JÄGGI ET AL., in: ZK OR, a.a.O., Rz. 346; BGE 140 III 86 E. 4.1). Dabei kann auch nachträgliches Parteiverhalten auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (statt vieler BGE 143 III 157 E. 1.2.2 und 142 III 239 E. 5.2.1). Allerdings sind solche Rückschlüsse nur mit Zurückhaltung zu ziehen, da sich Parteien falsche Vorstellungen von ihrem damaligen Willen machen können und das spätere Parteiverhalten auch auf anderen Gründen als der Vorstellung vom damals Vereinbarten oder einem Missverständnis beruhen kann. Das Verhalten nach Vertragsschluss ist nur insofern zu berücksichtigen, als daraus Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsschluss zu ziehen sind (WIEGAND, in: BSK OR, a.a.O., Rz. 29 zu Art. 18 OR; JÄGGI ET AL., in: ZK OR, a.a.O., Rz. 396). Je näher das nachträgliche Verhalten der Parteien zeitlich beim Vertragsschluss liegt, umso wertvoller ist es als Indiz. Sobald zwischen den Parteien Spannungen auftreten und widersprüchliche Auslegungen ihres Vertrags zutage treten, verliert das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss als Auslegungsmittel an Bedeutung. Bahnt sich sogar bereits ein Auslegungsstreit an, so wird das nachträgliche Verhalten der Parteien als Auslegungsmittel völlig untauglich (MÜLLER, in: BK OR, a.a.O., Rz. 166 zu Art. 18 OR).

#### **4.3.4**

**4.3.4.1** Gemäss Art. 14 Abs. 5 StromVG werden nur Leistungen privilegiert, welche Gegenstand von geltenden Konzessionsverträgen sind (vgl. oben E. 3.3). Die nach damaligen kantonalen Recht genehmigten Konzessionsverträge von 1957 stellen Vereinbarungen in diesem Sinne dar und die Bestimmungen über die Abgabe elektrischer Leistungen an die Konzessionsgemeinden lassen sich frei vereinbaren (vgl. Art. 54 Bst. f WRG). Es ist daher zu eruieren, auf was sich der gemeinsame wirkliche Parteiwille bezüglich Art. 10 Bst. b KV im Zeitpunkt der Unterzeichnung des KV bezog (vgl. oben E. 4.3.3.3).

Die Vereinbarung 2010, auf welche sich vornehmlich die Beschwerdeführerinnen berufen, wurde erst nach Inkrafttreten des Art. 14 Abs. 5 StromVG am 1. Januar 2008 geschlossen und stellt mangels Genehmigung durch die Regierung des Kantons Graubünden von vornherein keinen gültigen Konzessionsvertrag dar (vgl. Art. 55 Abs. 1 des Wasserrechtsgesetzes des Kantons Graubünden [BWRG, BR 810.100]), was die Beschwerdeführerinnen

nen auch nicht behaupten. Die Vereinbarung 2010 und deren Vorgeschichte sind deshalb nur insoweit relevant, als dass sie Rückschlüsse auf einen gemeinsamen Parteienwillen bezüglich Art. 10 Bst. b KV 53 Jahre zuvor zulassen. Das Gleiche gilt generell für das nachträgliche Parteiverhalten (vgl. oben E. 4.3.3.4).

**4.3.4.2** Der Unterzeichnung der Konzessionsverträge gingen diverse Verhandlungsrunden zwischen der EKW und den Konzessionsgemeinden voraus. Aus den Materialien geht stets hervor, dass die Beschwerdegegnerin verpflichtet werden sollte, die Gratis- und Vorzugsenergie I + II, sowie auf Abruf weitere Energie (Zusatzenergie) zu liefern. Die Frage, ob jemand anders als die Beschwerdegegnerin in eigenem Namen und auf eigene Rechnung die vertraglich definierten Energien liefern könnte, wurde nicht erörtert. Der von den Beschwerdeführerinnen behauptete Umstand, wonach kein Rechtsanspruch auf Netzzugang bestanden habe, bestärkt auch die Annahme, dass nach dem damaligen gemeinsamen Verständnis der Vertragsparteien nur die Beschwerdegegnerin die Person der Energielieferantin sein konnte. Zudem konzentrierte sich die Diskussion auf die in den Konzessionsverträgen klar definierten «Stromprodukte» Gratisenergie (6 kWh pro wasserzinspflichtige Brutto-PS), Vorzugsenergie I (9 kWh pro wasserzinspflichtige Brutto-PS II zu [...] Rp./kWh im Sommer und zu [...] Rp./kWh im Winter), Vorzugsenergie II (9 kWh pro wasserzinspflichtige Brutto-PS II zu [...] Rp./kWh im Sommer und zu [...] Rp./kWh im Winter) sowie Zusatzenergie (zu den von den Aktionärspartnern für den Bezug von ähnlicher Energiequalität zu bezahlenden Preise ab Abgabe loco Werk, erhöht um 1 Rp./kWh). Dabei lässt sich an keiner Stelle entnehmen, dass auch von Dritten zu einem mit den Konzessionsgemeinden frei vereinbarten Preis gelieferte Energie als Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV gelten oder generell das Netz der Beschwerdegegnerin dafür kostenfrei zur Verfügung gestellt werden sollte.

Es ist in diesem Zusammenhang zwar dokumentiert, dass die Konzessionsgemeinden ein Interesse daran hatten, unbegrenzt billige Energie für eine möglichst lange Zeit beziehen zu können. So äusserten sie sich an den Konferenzen vom 11. Februar 1956 und 17. März 1956 dahingehend, dass sie ihren Energiebedarf auf alle Zukunft sichern möchten, eine unbeschränkte Zurverfügungstellung von Vorzugsenergie II wünschen würden und ihnen die vorgeschlagene Leistungsbeschränkung nicht behage. Aus diesen allgemeinen und einseitigen Forderungen den Schluss zu ziehen, es habe ein gemeinsamer Parteiwille bezüglich der Transportkostenfreiheit jeglicher aktuellen und zukünftig denkbaren Energielieferungen bestanden,

überzeugt jedoch nicht. Im Vorfeld war stets nur von den von der Beschwerdegegnerin zu liefernden Stromprodukte die Rede. Zudem lehnte die Beschwerdegegnerin mit Blick auf ihre eigenen ökonomischen Interessen weitergehende Forderungen der Konzessionsgemeinden, wie eine unbeschränkte Bezugsleistung, Erhöhung der Vorzugsenergie II und Rückvergütung für nicht bezogene Energie, ab, was die Konzessionsgemeinden an der Konferenz vom 28. April 1956 auch akzeptierten. Ferner wies die Beschwerdegegnerin die Konzessionsgemeinden noch an der Konferenz vom 17. März 1956 darauf hin, dass sie mit der Energie ein Geschäft machen würden und es deshalb nicht angehe, ihr die Kosten für die Energieübertragung zu überbinden. Das letztendliche Entgegenkommen der Beschwerdegegnerin bezüglich der kostenfreien Energielieferung in 10 KV auf Gemeindeboden kann vor diesem Hintergrund somit nur auf die von der Beschwerdegegnerin zu liefernden Stromprodukte bezogen worden sein.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass sich die Beschwerdegegnerin und die Konzessionsgemeinden im Vorfeld des Vertragschlusses die Frage nicht ausdrücklich gestellt hatten, ob Restenergie als Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV gelten würde oder generell die Beschwerdegegnerin ihr Netz für deren Transport kostenfrei zur Verfügung stellen müsse. Daher kann der Wortlaut in Art. 10 Bst. a Abs. 3 KV, wonach die Beschwerdegegnerin die Talleitung auf ihre Kosten erstelle, unterhalte und betreibe, auch nicht als Beweis für eine eigenständige Obligation der Beschwerdegegnerin angesehen werden, sondern ist vielmehr im Zusammenhang mit den in den Konzessionsverträgen explizit genannten Stromprodukten zu verstehen.

**4.3.5** Weiter fragten die Konzessionsgemeinden – wie in den Konzessionsverträgen vorgesehen – für den erstmaligen Bezug von Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV im Jahre 1969 direkt die Beschwerdegegnerin an. Als die Konzessionsgemeinden um Überprüfung des mitgeteilten Energiepreises baten, kam anlässlich einer Betriebskommissionssitzung der Beschwerdegegnerin die Idee einer günstigeren Energielieferung durch die Aktionärspartnerin EGL (vgl. oben Bst. C.a). Ein Hinweis, dass eine solche Lösung bereits vor Unterzeichnung der Konzessionsverträge zwischen den Vertragsparteien zur Sprache gekommen wäre, findet sich in den Akten nicht. Mit anderen Worten handelte es sich um eine neue Idee, welche auf einem Gedanken basierte, der zwölf Jahre nach Unterzeichnung der Konzessionsverträge erstmals auf Seiten der Beschwerdegegnerin aufgekommen ist. Dementsprechend konnte dieser nicht einem damaligen gemein-

samen Parteiwillen entsprungen sein. Bezeichnenderweise musste die Beschwerdegegnerin zuerst noch abklären, ob ein solches Vorgehen den Konzessionsverträgen nicht widersprechen würde (vgl. ebenda).

Demzufolge schloss die CCCOEE einerseits mit der Beschwerdegegnerin am 16. Dezember 1970 einen Vertrag über die rein betrieblichen Details der durch die EGL zu liefernde Energie und andererseits am gleichen Tag mit der EGL den eigentlichen Energielieferungsvertrag, inkl. der vereinbarten Energiepreise (vgl. oben Bst. C.c). Aufgrund der Abweichung zu der in Art. 10 Bst. b KV vorgesehenen Regelung (Beschwerdegegnerin als Energielieferantin, vordefinierter Preismechanismus) kann in den beiden Verträgen kein Vollzugsmechanismus des Art. 10 Bst. b KV gesehen werden. Vielmehr handelte es sich um ein selbstständiges Vertragskonstrukt, dessen Existenz die Rechte und Pflichten der Parteien aus den Konzessionsverträgen nicht berührten. Deshalb hatte die Beschwerdegegnerin, nachdem sie den Vertragsverhandlungen beiwohnen konnte, nichts dagegen einzuwenden (vgl. oben Bst. C.b). Ferner erlauben die in den Verträgen gewählten Definitionen der Zusatzenergie keine sachdienlichen Rückschlüsse bezüglich der Frage, was die Parteien der Konzessionsverträge darunter zwölf Jahre zuvor eventuell sonst noch verstanden hatten. Obschon allgemein als «Zusatzenergie» bezeichnet, wird im Vertrag mit der Beschwerdegegnerin in der Einleitung differenziert zwischen dem Recht auf das Stromprodukt Zusatzenergie (i.S.v. Art. 10 Bst. b KV) bei der Beschwerdegegnerin (*«Solange und soweit die Korporation, ihren Anspruch auf Zusatzenergie gegenüber den EKW nicht geltend macht,... »*) und dem von der EGL angebotenen Stromprodukt (*«... hat sich die Elektizitäts-Gesellschaft Laufenburg A.G. (im folgenden EGL genannt) im Einvernehmen mit den EKW bereit erklärt, die Zusatzenergie zu separat festzulegenden Bedingungen an die Korporation zu liefern.»*). Noch klarer fällt die begriffliche Unterscheidung im Vertrag mit der EGL aus, in welchem einleitend die Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV von der über die Konzessionsenergie hinaus benötigten Energie abgegrenzt wird (*«Solange und soweit die Gemeinden bzw. die Korporation ihren Anspruch auf Zusatzenergie gegenüber den EKW nicht geltend machen, erklärt sich die EGL im Einvernehmen mit den EKW bereit, der Korporation die über die Konzessionsenergie hinaus benötigte Energie den Konzessionsgemeinden zu den nachstehenden Bedingungen zu liefern.»*).

Irrelevant ist, ob die Beschwerdegegnerin in der Lage gewesen wäre, die Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV aus eigener Produktion zu liefern.

Eine Vertragsbestimmung, welche sie dazu verpflichtet hätte, findet sich in den Konzessionsverträgen nicht.

Dazu kommt, dass gemäss Bericht und Antrag der Geschäftsführung der EKW an den Verwaltungsrat vom 16. Juni 2010 die Beschwerdegegnerin der EGL «für den Transit» der betreffenden Energie eine «Transitgebühr» von 1 Rp./kWh belastete, wie sie es auch in Bezug auf deren Energielieferungen an die Nichtkonzessionsgemeinde Münstertal tat (vgl. auch oben E. C.a und C.c). Demgegenüber gibt es keine Hinweise darauf, dass es sich dabei eigentlich um den in Art. 10 Bst. b KV erwähnten Zuschlag von ebenfalls 1 Rp./kWh, welcher in den Materialien der Konzessionsverträge noch als Handelsmarge bezeichnet wurde, handelte. Es wäre in diesem Zusammenhang generell fraglich, wieso die Beschwerdegegnerin von den Dritten eine Handelsmarge von 1 Rp./kWh hätte verlangen sollen, trat sie doch in jener Konstellation nicht als Lieferantin der Energie, sondern bloss als Netzbetreiberin in Erscheinung. Ob die EGL diese «Transitgebühr» den Konzessionsgemeinden über die Energiepreise weiterbelastete, kann offen bleiben. Entscheidend ist, dass die Beschwerdegegnerin eine Weiterbelastung – welche aus betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten auch naheliegend gewesen wäre – in Kauf nahm. Hätte sie die Energielieferung der EGL als Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV aufgefasst, hätte sie von vornherein keine «Transitgebühr» erheben dürfen oder zumindest mit der EGL ein Weiterverrechnungsverbot vereinbaren müssen. Es leuchtet ferner ein, wieso die Beschwerdegegnerin diesen Betrag nicht direkt bei den Konzessionsgemeinden einforderte, war es doch die EGL, welche das Netz der Beschwerdegegnerin für ihre unternehmerischen Zwecke beanspruchte.

Zusammengefasst ergeben sich aus jener Zeit keine Erkenntnisse für die vorliegend zu entscheidenden Frage, ob die Parteien zwölf Jahre zuvor den gemeinsamen Willen hatten, Restenergie als Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV zu betrachten. Im Gegenteil offenbart gerade das Verhalten der Beschwerdegegnerin, dass sie die Energielieferungen der EGL nicht als Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV verstand.

**4.3.6** Die Beschwerdegegnerin zeigte sich auch danach in ihrem Verhalten konstant. So berechnete sie der RE ebenfalls eine «Transitgebühr» von 1 Rp./kWh für ihre Energielieferungen an die Konzessionsgemeinden. Im Gegensatz zur EGL stellte die RE die «Transitgebühr» der CCCOEE separat und klar als solche bezeichnet in Rechnung (vgl. oben Bst. E). Dass

Letztere diese Gebühr als „Handelsmarge“ i.S.v. Art. 10 Bst. b KV auffasste, erscheint vor diesem Hintergrund als Schutzbehauptung. Sodann kann nirgends entnommen werden, dass die Beschwerdegegnerin die bisher verrechnete Transitgebühr aufgrund einer besseren Erkenntnis des Sinngehaltes von Art. 10 Bst. b KV neu als Handelsmarge betrachtete. Soweit in Art. 6 Abs. 1 der Vereinbarung vom 3. November 2000 statuiert ist, dass die *«RE davon ausgehe»*, dass die Netzbenutzung aller benötigten Netzebenen und die dazugehörigen Transformationen bis an die Übergabestelle durch die Beschwerdegegnerin zu einem Kostenbeitrag von 1 Rp./kWh als Konzessionsleistung zu erbringen sei, weist die Beschwerdegegnerin zu Recht darauf hin, dass ihr die Annahme einer Drittfirma, wonach der Transport der Energie durch sie gestützt auf die Konzessionsverträge durchgeführt werde, nicht zugerechnet werden könne. Zusammengefasst ergeben sich somit auch aus diesem Sachverhaltskomplex keine Hinweise auf einen im Jahre 1957 vorgeherrschten gemeinsamen Parteiwillen bezüglich der vorliegend zu klärenden Frage.

**4.3.7** Weiter ist der Beschwerdegegnerin dahingehend beizupflichten, dass der Streit, welcher in der Unterzeichnung der Vereinbarung 2010 mündete, in erster Linie die Berechnung des Preises der Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV betraf (vgl. oben Bst. F - H). Die Frage der Rechtmässigkeit der von der Beschwerdegegnerin gegenüber den Energielieferanten erhobenen „Transitgebühr“ wurde zwar am Rande thematisiert. Sie erwies sich jedoch als strittig. Die Vereinbarung 2010 ist daher – soweit sie diese Frage überhaupt regelt – von vornherein nicht geeignet, um sachdienliche Rückschlüsse auf den Parteiwillen von 1957 zu geben (vgl. oben E. 4.3.3.4). Dies gilt insbesondere, nachdem die Beschwerdeführerinnen selber ausführten, dass es bei der Vereinbarung 2010 um den *künftigen* Vollzug von Art. 10 Bst. b KV *im veränderten Strommarkt* gegangen sei.

**4.3.8** Schliesslich bleibt festzuhalten, dass die unterbliebene Erhebung eines Netznutzungsentgelts für die Energielieferung der BKW seit 1. Oktober 2013 nicht ernsthaft auf einen im Jahre 1957 vorgeherrschten gemeinsamen Parteiwillen zurückgeführt werden kann. Wieso die Beschwerdegegnerin zunächst kein Netznutzungsentgelt in Rechnung stellte, kann daher mangels Relevanz offen bleiben.

**4.3.9** Zusammengefasst lässt sich anhand der Vorgeschichte der Konzessionsverträge, deren Wortlaut und des nachträglichen Parteiverhaltens nicht beweisen, dass im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Konzessionsverträge im Jahre 1957 ein gemeinsamer Parteiwille bestand, Restenergie

als Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV zu betrachten. Ebenso wenig kann erstellt werden, dass die EKW verpflichtet werden sollte, ihr Netz auch für Energielieferungen Dritter kostenlos zur Verfügung zu stellen. Vielmehr hatten sich die Parteien diese Fragen im Vorfeld zum Vertragsschluss nicht gestellt.

**4.4** Nachdem ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellbar ist, ist Art. 10 Bst. b KV so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (objektive Vertragsauslegung, vgl. oben E. 4.3.3.2).

**4.4.1** Diesbezüglich machen die Beschwerdeführerinnen hauptsächlich Ausführungen zur objektiven Auslegung der Vereinbarung 2010. Soweit sich ihre Ausführungen auf die Auslegung der Konzessionsverträge beziehen, machen sie geltend, dass nach dessen Entstehungsgeschichte die Konzessionsgemeinden nicht bereit gewesen seien, Kosten für die Infrastruktur zu tragen, die für ihre Belieferung mit Energie in ihrem Gebiet erforderlich sei. Dementsprechend unmissverständlich sei der Wortlaut in Art. 10 Bst. b Abs. 4 KV, auf welchen Art. 10 Bst. b Abs. 3 KV Bezug nehme. Auch das Bundesverwaltungsgericht habe in seinem Urteil A-1067/2011 vom 30. Mai 2012 in einem Rechtsstreit zwischen der Beschwerdegegnerin und der Swissgrid AG mit Bezug auf die Pflicht zum Bau, Betrieb und Unterhalt der Talleitung auf eine selbstständige konzessionsvertragliche Obligation der Beschwerdegegnerin geschlossen.

**4.4.2** Die Beschwerdegegnerin entgegnet, dass das nachträgliche Parteiverhalten bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung sei. Um was es sich bei der Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV handle, ergebe sich klar aus dem Wortlaut. Weiter beziehe sich ihre Pflicht hinsichtlich des Baus, Betriebs und Unterhalts der Talleitung sowohl nach der Systematik als auch nach dem Willen der Parteien ausschliesslich auf die Liefermodalitäten für die Gratis-, Vorzugs- und Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV. Ferner sei es im zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts um die Frage, ob die Systemdienstleistungskosten nach dem StromVG durch die Swissgrid AG zu tragen seien, gegangen. Das angeführte Zitat sei eine Randbemerkung und beziehe sich nur auf die Gratis-, Vorzugs- und Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV. Energielieferungen Dritter habe das Bundesverwaltungsgericht offensichtlich nicht vor Augen gehabt, weshalb es diese Frage mangels Entscheidungsrelevanz auch nicht habe prüfen müssen.

**4.4.3** Bei der objektiven Vertragsauslegung wird darauf abgestellt, was vernünftige Parteien unter den gegebenen Umständen unter dem vorliegenden Wortlaut bzw. den abgegebenen Erklärungen wohl verstanden hätten (WIEGAND, in: BSK OR, a.a.O. Rz. 13 zu Art. 18 OR). Dabei bildet der Wortlaut den Auslegungsgegenstand und der Sinngehalt dieses Wortlauts das primäre Auslegungsmittel (MÜLLER, in: BK OR, a.a.O., Rz. 130 zu Art. 18 OR m.w.H.). Letzterer hat dabei Vorrang vor den weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich aufgrund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst zudem erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht. Die Begleitumstände des Vertragsabschlusses oder die Interessenlage der Parteien in jenem Zeitpunkt dürfen ergänzend berücksichtigt werden (BGE 133 III 406 E. 2.2 und 128 III 265 E. 3a; Urteile BGer 5A\_84/2017 vom 7. November 2017 E. 3.1 und 5A\_924/2016 vom 28. Juli 2017 E. 4.3; MÜLLER, in: BK OR, a.a.O., Rz. 139 ff. zu Art. 18 OR; JÄGGI ET AL., in: ZK OR, a.a.O., Rz. 385 ff.). Sind verschiedene Bedeutungen einer Vertragsbestimmung vertretbar, so gilt jene Bedeutung, die keiner anderen Vertragsbestimmung widerspricht und somit dem Vertrag als Ganzen einen vernünftigen Sinn gibt (MÜLLER, in: BK OR, a.a.O., Rz. 193 zu Art. 18 OR mit Verweis auf BGE 133 III 607 E. 2.2). Dem nachträglichen Parteiverhalten kommt bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip keine Bedeutung zu (BGE 132 III 626 E. 3.1 und 129 III 675 E. 2.3; Urteile BGer 4A\_209/2019 vom 8. Oktober 2019 E. 7.2.4 und 4A\_603/2018 vom 28. Juni 2019 E. 2.1).

**4.4.4** Gegenstand der nachfolgenden Auslegung ist der Wortlaut von Art. 10 KV. Die Vereinbarung 2010 sowie das übrige nachträgliche Parteiverhalten sind dabei nicht zu berücksichtigen (vgl. oben E. 4.4.3).

**4.4.4.1** Der Wortlaut von Art. 10 KV lautet wie folgt:

Energieabgabe an die Gemeinden

a - Gratis - und Vorzugsenergie

*Die Beliehene stellt den Gemeinden jährlich folgende Gratis- und Vorzugsenergie zur Verfügung:*

<i>6 kWh pro wasserzinspflichtige Brutto-PS</i>	<i>Gratisenergie</i>
<i>9 kWh pro wasserzinspflichtige Brutto-PS</i>	<i>Vorzugsenergie I zu [...] Rp./kWh im Sommer</i>

und zu [...] im Winter  
(1. November - 30. April)

18 kWh pro wasserzinspflichtige Brutto-PS

Vorzugsenergie II  
zu [...] Rp./kWh im Sommer  
und zu [...] Rp./kWh im Winter

*Diese Energie ist ausschliesslich für den Bedarf der an den Verleihungen der kantonalen Stufen der Beliehenen beteiligten Gemeinden (...) und der in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Energiekonsumenten bestimmt. Innerhalb des gesamten Gebietes dieser Gemeinden sind dieselben in der Verwendung der Energie nicht beschränkt. Der Anspruch auf Lieferung beginnt mit der Inbetriebsetzung der (...) Inn-Stufe (gemäss Art. 1, Absatz 2 hiervor).*

*Diese Energie darf bei einer maximalen Leistung von insgesamt (...) kW bezogen werden. Von jeder der erwähnten Energiekategorien können im Winter höchstens 3/5 bezogen werden.*

*Die Energie wird an jede Gemeinde in einem später zu vereinbarenden Punkt auf Gemeindeboden, in der Nähe der Talleitung in 10 kV, abgegeben. Die Talleitung wird von der Beliehenen auf ihre Kosten erstellt, unterhalten und betrieben. Die Messung erfolgt für jede Gemeinde in 10 kV; die Kontroll- und Messeinrichtungen gehen zu Lasten der Beliehenen. Die nötigen Vereinbarungen mit den bisherigen Energielieferanten sind Sache der Gemeinden.*

*Die Anteile der Gemeinden bemessen sich nach den wasserzinspflichtigen Brutto-PS. Die Gemeinden sind jedoch befugt, einander mit Gratis- und Vorzugsenergie auszu helfen, indem sie nicht benötigte Energie einander zum Bezug überlassen und die ihnen insgesamt zugestandene maximale Leistung, entsprechend ihren wirklichen Bedürfnissen, unter sich verteilen. Sie erklären sich im voraus zur gegenseitigen unentgeltlichen Aushilfe bereit.*

*Die Gemeinden erklären ferner, dass, bis zum Vollausbau der kantonalen Stufen, jede Gemeinde auf die Gratis- und Vorzugsenergie aus der ausgebauten Wasserkraft im Verhältnis zu ihrem Anteil an der insgesamt verliehenen Wasserkraft, anspruchsberechtigt ist.*

#### b - Zusatzenergie

*Ausser der hiervor erwähnten Gratis- und Vorzugsenergie verpflichtet sich die Beliehene, auf Verlangen einer oder mehrerer Gemeinden, letzteren weitere Energie (nachstehend Zusatzenergie genannt) zu den von den Aktionärpartnern für den Bezug ähnlicher Energiequalität zu bezahlenden Preisen ab Abgabepunkt loco Werk, erhöht um 1 Rp./kWh, zu liefern.*

*Die Bezugsleistung für jeden einzelnen Abonnenten darf 400 kW nicht übersteigen, ausgenommen für die bereits bestehenden Betriebe, sowie künftige Hotel-, Kur-, Schul-, Spital- und Asylbetriebe.*

*Die Zusatzenergie wird in gleicher Weise wie die Gratis- und Vorzugsenergie geliefert.*

*Die Modalitäten für solche Zusatzenergielieferungen werden jeweils in besonderen Energielieferungs-Verträgen festgelegt. Diese Energie ist ausschliesslich für die im Hoheitsgebiet (...) ansässigen Energiekonsumenten bestimmt. Der Anspruch auf Energielieferung beginnt mit der Inbetriebsetzung der ersten von der Beliehenen gebauten Stufe und bleibt für alle Gemeinden (...) bestehen, auch wenn der Bau einzelner Stufen zurückgestellt werden sollte.*

**4.4.4.2** Gemäss dem Wortlaut ist die Person der Lieferantin der Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV die Beschwerdegegnerin («[...] verpflichtet sich die Beliehene [...] weitere Energie (nachstehend Zusatzenergie genannt) [...] zu liefern. »). Sie ist dazu nur auf Verlangen verpflichtet («[...] verpflichtet sich die Beliehene, auf Verlangen [...]»). Ferner ist die Preisgestaltung für die Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV vorgegeben und nicht Gegenstand von Verhandlungen («[...] zu den von den Aktionärpartnern für den Bezug ähnlicher Energiequalität zu bezahlenden Preisen ab Abgabepunkt loco Werk, erhöht um 1 Rp./kWh [...]»). Als dann unterliegt die Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV gewissen Limitierungen («Die Bezugsleistung für jeden einzelnen Abonnenten darf 400 kW nicht übersteigen, ausgenommen für die bereits bestehenden Betriebe, sowie künftige Hotel-, Kur-, Schul-, Spital- und Asylbetriebe. [...] Diese Energie ist ausschliesslich für die im Hoheitsgebiet [...] ansässigen Energiekonsumenten bestimmt.») und deren Lieferung ist in einem Energielieferungsvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und den Konzessionsgemeinden zu regeln («Die Modalitäten für solche Zusatzenergielieferungen werden jeweils in besonderen Energielieferungs-Verträgen festgelegt»). Zusammengefasst ist die Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV ein preislich klar definiertes Stromprodukt, welches von der Beschwerdegegnerin in eigenem Namen angeboten und von ihr auf eigene Rechnung auf Verlangen der Konzessionsgemeinden geliefert werden muss. Darüber hinaus darf diese Energie nur von den in den Gemeinden ansässigen Energiekonsumenten verwendet werden und die zulässige Bezugsleistung variiert je nach Abonentenkategorie.

**4.4.4.3** Weiter hält Art. 10 Bst. b KV fest, dass die Zusatzenergie in gleicher Weise wie die Gratis- und Vorzugsenergie geliefert werde. In Art. 10 Bst. a Abs. 4 KV wird dazu Folgendes festgehalten: «Die Talleitung wird von der Beliehenen auf ihre Kosten erstellt, unterhalten und betrieben.». Die Beschwerdeführerinnen schliessen daraus, dass die Beschwerdegegnerin ihr Netz auch für Energielieferungen Dritter kostenfrei zur Verfügung stellen müsse. Gegen diese Argumentation sprechen indes mehrere Gründe: Die

Bestimmung ist nicht Gegenstand eines separaten Artikels, sondern im Abschnitt über die Gratis- und Vorzugsenergie integriert. Aus systematischen Gesichtspunkten ist sie deshalb im Zusammenhang mit der Gratis- und Vorzugsenergie sowie der darauf verweisenden Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV zu verstehen (vgl. Art. 10 Bst. b Abs. 3 KV). Weiter war im Vorfeld stets nur von den durch die Beschwerdegegnerin zu liefernden Stromprodukten als Gegenleistung für die einzuräumenden Konzessionen die Rede (vgl. oben E. 4.3.4.2). Daher musste auch bloss deren Transport geregelt werden. Mit Blick auf die Vorgeschichte und den Vertragszweck gibt es deshalb ebenfalls keinen Grund, die Transportkostenfreiheit auf Energielieferungen Dritter, welche nie thematisiert worden sind, auszuweiten. Sodann ist zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin als gewinnorientiertes Unternehmen kaum bereit war, jede Forderung der Konzessionsgemeinden zu erfüllen (vgl. ebenda). Vor diesem Hintergrund kann vernünftigerweise nicht davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin den Konzessionsgemeinden mehr zugestanden hätte, als Gegenstand der Verhandlungen gewesen war. Mit anderen Worten erscheint es abwegig, dass die Beschwerdegegnerin für die Konzessionsgemeinden erkennbar in Kauf genommen haben könnte, ihr Netz einst kostenlos einer Drittfirma und Konkurrentin für deren Geschäftszwecke zur Verfügung zu stellen. Insbesondere, nachdem dies die Konzessionsgemeinden nie verlangt hatten. Aus objektiver Sicht macht es auch keinen Sinn, die Energie Dritter, welche bereits günstiger und deshalb für die Konzessionsgemeinden vorteilhafter ist als die von der Beschwerdegegnerin angebotene Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV, mit dem Verzicht auf die Transportkosten weiter zu verbilligen.

**4.4.4.4** Im Übrigen ist der Beschwerdegegnerin dahingehend zuzustimmen, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil A-1067/2011 vom 30. Mai 2012 nur die in den Konzessionsverträgen definierten Stromprodukte vor Augen hatte (vgl. E. 8.1 des Urteils). Die angesprochene Zitatstelle in Erwägung 8.6 (*«Im Übrigen sind gemäss den Wasserrechtsverleihungen die Kosten für den Betrieb der Talleitung ohnehin durch die Beschwerdeführerin zu tragen»*) kann daher nicht als Präjudiz zugunsten einer selbstständigen konzessionsvertraglichen Obligation gewertet werden, zumal auch – wie die Beschwerdegegnerin richtig bemerkt – diese Äusserung im Sinne eines Hilfsarguments gemacht worden ist.

**4.4.5** Im Ergebnis ergibt die objektivierte Auslegung des Art. 10 KV einerseits, dass Restenergie nicht mit Zusatzenergie i.S.v. Art. 10 Bst. b KV

gleichzusetzen ist (vgl. oben E. 4.4.4.2) und andererseits, dass die Beschwerdegegnerin ihr Netz nur für die in den Konzessionsverträgen bezeichneten Stromprodukte kostenlos zur Verfügung stellen muss (vgl. oben E. 4.4.4.3).

**4.5** Restenergie fällt somit nicht unter die Bestimmungen der Konzessionsverträge, weshalb Art. 14 Abs. 5 StromVG bezüglich solchen Energielieferungen nicht greift. Demzufolge verpflichtete die Vorinstanz die Beschwerdeführerin 4 als Inkassostelle der Beschwerdeführerinnen 1 – 3 zu Recht zur Bezahlung eines Netznutzungsentgelts ab dem 1. Juli 2016 für die von Dritten gelieferte Energie gemäss dem jeweils anwendbaren Tarif der EKW inkl. MwSt. Die Beschwerde ist daher im Hauptbegehren abzuweisen.

## **5.**

Eventualiter verlangen die Beschwerdeführerinnen die Rückweisung der Sache zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Neubeurteilung an die Vorinstanz (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Wie sich aus den vorangehenden Erwägungen ergibt, ist das Bundesverwaltungsgericht vorliegend in der Lage, selbst in der Sache zu entscheiden. Eine Rückweisung an die Vorinstanz steht daher von vornherein ausser Frage, weshalb die Beschwerde im eventualiter gestellten Antrag ebenfalls abzuweisen ist.

## **6.**

Zusammengefasst kann den Anträgen der Beschwerdeführerinnen nicht gefolgt werden, weshalb die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist.

## **7.**

Es bleibt, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden.

**7.1** Die Verfahrenskosten sind den unterliegenden Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 5'000.– festzusetzen und dem von ihnen in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen.

## **7.2**

**7.2.1** Der obsiegenden Partei ist für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor

dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Diese wird für eine anwaltliche Vertretung nach dem notwendigen Zeitaufwand bemessen, wobei der Stundenansatz mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– beträgt (Art. 9 Abs. 1 und 2 VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Entschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine Kostennote eingereicht worden ist, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung auf Basis einer Kostennote werden die ausgewiesenen Kosten nicht unbesehen ersetzt. Es ist vielmehr zu überprüfen, in welchem Umfang diese als notwendig für die Vertretung anerkannt werden können (Urteil BGer 8C\_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 2.2 und 2C\_445/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5.3; Urteil BVGer A-1969/2017 vom 22. Januar 2019 E. 13.2.1; MICHAEL BEUSCH, in: VwVG Kommentar, Rz. 17 zu Art. 64 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.84). Für die Beurteilung, ob es sich beim geltend gemachten Aufwand um notwendige Kosten handelt, steht dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteile BGer 8C\_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 6.1; Urteil BVGer A-1969/2017 vom 22. Januar 2019 E. 13.2.1). Neben der Komplexität der Streitsache ist etwa in Betracht zu ziehen, ob der Rechtsvertretung die Sach- und Rechtslage bereits bekannt war (vgl. Urteil BGer 2C\_343/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.4 [nicht publiziert in BGE 137 II 199]). Zu einer Reduktion der Parteientschädigung führen sodann Wiederholungen in Rechtsschriften und Eingaben. Gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die Kostennote zu reduzieren ist, kürzt es sie in pauschaler Weise und ohne einlässliche Berechnung (Urteile BVGer A-1969/2017 vom 22. Januar 2019 E. 13.2.1, A-359/2018 vom 20. November 2018 E. 21.2.1 und A-385/2017 vom 21. August 2017 E. 4.2.1).

**7.2.2** Die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin gilt als obsiegend. Sie hat daher Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Vertreter der Beschwerdegegnerin reichte mit den Schlussbemerkungen eine Kostennote über insgesamt Fr. 47'169.65 ein. Diese setzt sich zusammen aus einem Honorar in der Höhe von Fr. 43'150.–, einer Kleinkostenpauschale (1.5%) von Fr. 647.25 sowie der Mehrwertsteuer (7.7%) von Fr. 3'372.50. Der zeitliche Aufwand wurde dabei mit insgesamt 86.3 Stunden beziffert. Im vorinstanzlichen Verfahren führte bereits der gleiche Vertreter das Mandat, in welchem er das begründete Gesuch von 20 Seiten, eine Replik von 38 Seiten sowie eine Stellungnahme zum Editionsbegehren von 12 Seiten einreichte. In diesen Rechtsschriften nahm er ausführlich zur subjektiven und objektiven Auslegung der Konzessionsverträge Stellung, insbesondere

zum nachträglichen Verhalten der Parteien. Dadurch hatte er bereits umfassende Kenntnis über die sich im vorliegenden Verfahren stellenden Tat- und Rechtsfragen. Sodann veränderte sich der Streitgegenstand im Laufe des Verfahrens nicht. Bezeichnenderweise finden sich auch im Beschwerdeverfahren über weite Strecken dieselben Vorbringen wie im vorinstanzlichen Verfahren wieder, welche ihrerseits in den drei beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten Rechtsschriften wiederholt werden. Der ausgewiesene Aufwand kann deshalb nur teilweise als notwendig anerkannt werden. Zudem verrechnete der Vertreter einen Stundensatz von Fr. 500.--, welcher sich über dem gesetzlichen Rahmen von Fr. 400.-- bewegt. Schliesslich bestehen auch keine besonderen Verhältnisse, welche eine Spesenpauschale rechtfertigen würden (vgl. Art. 11 Abs. 3 VGKE). Ebenso wenig ist ein Mehrwertsteuerzuschlag geschuldet, da die Beschwerdegegnerin selbst vorsteuerabzugsberechtigt ist (vgl. UID-Register [<https://www.uid.admin.ch/>]; Urteil BVGer A-1969/2017 vom 22. Januar 2019 E. 13.2.3.3).

Aufgrund dieser Erwägungen ist die eingereichte Kostennote zu kürzen. Die Parteientschädigung wird auf Fr. 20'000.– festgesetzt und ist der Beschwerdegegnerin von den Beschwerdeführerinnen zu entrichten.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Dieser Betrag wird dem von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

**3.**

Die Beschwerdeführerinnen haben der Beschwerdegegnerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 20'000.– zu bezahlen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 212-00276; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Christine Ackermann

Andreas Kunz

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: