

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}

2C 721/2013

Urteil vom 15. Februar 2014

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Gerichtsschreiber Winiger.

Verfahrensbeteiligte

1. Xpo Power AG,
 2. Nordostschweizerische Kraftwerke Grid AG,
 3. Repower AG,
 4. Repower Transportnetz AG,
 5. Alpiq AG,
 6. Alpiq Netz AG Gösgen/Laufenburg,
 7. Alpiq Suisse SA,
 8. Alpiq Réseau SA Lausanne/Laufenburg,
 9. BKW Energie AG,
 10. BKW Übertragungsnetz AG,
 11. Xpo Trading AG,
 12. EGL Grid AG,
 13. Centralschweizerische Kraftwerke AG,
 14. CKW Grid AG,
- Beschwerdeführerinnen, alle vertreten durch Dr. Jürg Borer und/oder Dr. Samuel Jost,

gegen

Swissgrid AG,

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom, Effingerstrasse 39, 3003 Bern.

Gegenstand

Verwendung der Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren aus dem Jahr 2009,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I, vom 17. Juni 2013.

Sachverhalt:

A.

A.a. Das Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) sieht vor, dass bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz die verfügbare Kapazität

nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zugeteilt werden kann (Art. 17 Abs. 1 und 4 StromVG), und bestimmt mehrere Möglichkeiten, wie diese Einnahmen (Auktionserlöse) zu verwenden sind (Art. 17 Abs. 5 und Art. 32 StromVG). Mit Schreiben vom 12. Januar 2009 gelangte die nationale Netzgesellschaft Swissgrid AG (im Folgenden: Swissgrid) an die Elektrizitätskommission (ElCom) und beantragte, dass die Auktionserlöse des Jahres 2009 aus marktorientierten Zuteilungsverfahren letztmals vollständig an die Übertragungsnetzeigentümerinnen auszuschütten seien (Art. 32 StromVG).

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

A.c. Am 29. März 2010 reichte die Swissgrid der ElCom eine Aufstellung der Auktionserlöse aus dem Jahr 2009 ein und lieferte auf deren Verlangen am 31. Mai 2011 weitere Angaben. Im Verlauf des Jahres 2010 beantragten verschiedene Übertragungsnetzeigentümerinnen die Ausschüttung der Auktionserlöse. Die ElCom informierte die Übertragungsnetzeigentümerinnen am 15. Juli 2011 über die verschiedenen Verwendungsmöglichkeiten für die Auktionserlöse und gab die Absicht bekannt, die verbleibenden Auktionserlöse an die Übertragungsnetzeigentümerinnen auszuschütten. Hierfür sei jedoch ein sachgerechter Verteilschlüssel erforderlich. Des Weiteren forderte die ElCom die Swissgrid auf, mit den Übertragungsnetzeigentümerinnen bis am 30. September 2011 einen solchen Schlüssel zu erarbeiten und festzulegen. Sollte keine Einigung erzielt werden, werde sie in Betracht ziehen, die restlichen Auktionserlöse für den Erhalt und Ausbau des Übertragungsnetzes zu verwenden. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2011 teilte die Swissgrid der ElCom mit, dass keine Einigung mit den Übertragungsnetzeigentümerinnen über die Verwendung der restlichen Auktionserlöse erzielt worden sei, und reichte verschiedene Beilagen ein. Die ElCom gewährte den Übertragungsnetzeigentümerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon diese Gebrauch machten.

A.d. Mit Verfügung vom 16. April 2012 stellte die ElCom fest, dass die aus dem Jahr 2009 verbleibenden Auktionserlöse 30'881'429 Euro betragen (Dispositiv-Ziffer 1). Weiter ordnete sie an, dass die Swissgrid diesen Betrag nach Art. 17 Abs. 5 lit. b StromVG für den Erhalt oder Ausbau des Übertragungsnetzes zu verwenden habe, und zwar für Projektkosten, die ab 1. Januar 2013 bei der Swissgrid anfallen, wobei diese bis am 31. Dezember 2013 über die getätigten und geplanten Investitionen aus diesem Betrag die ElCom zu informieren und nach Verwendung des gesamten Betrages eine Übersicht über die getätigten Investitionen einzureichen habe (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4). Die Kosten für das Verfahren setzte die ElCom auf Fr. 13'230.– fest, wovon sie Fr. 4'410.– der Swissgrid und je Fr. 980.– den beteiligten Übertragungsnetzeigentümerinnen auferlegte (Dispositiv-Ziffer 5).

B.

Am 24. Mai 2012 erhoben Axpo Power AG, Nordostschweizerische Kraftwerke Grid AG, Repower AG, Repower Transportnetz AG, Alpiq AG, Alpiq Netz AG Gösgen/Laufenburg, Alpiq Suisse SA, Alpiq Réseau SA Lausanne/Laufenburg, BKW FMB Energie AG, BKW Übertragungsnetz AG, EGL AG, EGL Grid AG, CKW AG und CKW Grid AG beim Bundesverwaltungsgericht gemeinsam Beschwerde gegen die Verfügung der ElCom vom 16. April 2012. Sie beantragten die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 2 bis 5 der angefochtenen Verfügung sowie die vollumfängliche und ausschliessliche Ausschüttung der verbleibenden Auktionserlöse an die (ursprünglichen) Eigentümerinnen von Grenzkapazitäten. Ferner beantragten sie die gerichtliche Anweisung an die Swissgrid (Beschwerdegegnerin), den konkreten Verteilschlüssel zu berechnen und die Ausschüttung vorzunehmen sowie den in Euro vereinnahmten Betrag zu dem im Zeitpunkt der Vereinnahmung massgeblichen Währungskurs in Schweizer Franken zu konvertieren und als Ausschüttungsbetrag zu Grunde zu legen. Weiter beantragten sie die Ausschüttung entsprechend dem direkten oder indirekten Anteil der Beschwerdeführerinnen an den Grenzkapazitäten sowie die Verzinsung dieses Anteils.

Mit Urteil vom 17. Juni 2013 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

C.

Axpo Power AG, Nordostschweizerische Kraftwerke Grid AG, Repower AG, Repower Transportnetz AG, Alpiq AG, Alpiq Netz AG Gösgen/Laufenburg, Alpiq Suisse SA, Alpiq Réseau SA Lausanne/Laufenburg, BKW Energie AG (Umfirmierung der BKW FMB Energie AG), BKW Übertragungsnetz AG, Axpo Trading AG (Umfirmierung der EGL AG), EGL Grid AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG und CKW Grid AG erheben gemeinsam Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Sie beantragen, unter Aufhebung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Juni 2013, die aus dem Jahre 2009 verbleibenden restlichen Auktionserlöse in der Höhe von 30'881'429 Euro seien gemäss Art. 32 StromVG an die ursprünglichen Eigentümer von Grenzkapazitäten auszuschütten (Ziff. 1); die Swissgrid sei anzuweisen, den konkreten Verteilschlüssel zu berechnen und die Ausschüttung vorzunehmen (Ziff. 2); die Swissgrid sei anzuweisen, für diese Berechnung den in Euro vereinnahmten Betrag zu dem im Zeitpunkt der Vereinnahmung massgeblichen Währungskurs in Schweizer Franken zu konvertieren und als Ausschüttungsbetrag zugrunde zu legen (Ziff. 3); der auf die Beschwerdeführerinnen entfallende Anteil sei ihnen entsprechend ihrem direkten oder indirekten Anteil an den

Grenzkapazitäten auszuschütten, zuzüglich Zins (Ziff. 4 und 5).

Die Swissgrid verzichtet auf einen Antrag zu den Anträgen Ziff. 1 und 2; im Falle einer Gutheissung der Anträge Ziff. 1 und 2 sei die Angelegenheit zur Beurteilung des Antrags Ziff. 3 an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventuell der Antrag Ziff. 3 abzuweisen; in Bezug auf den Antrag auf Ausschüttung (Ziff. 4 und 5) verzichtet die Swissgrid auf einen Antrag; im Falle einer Gutheissung sei die Angelegenheit zur Beurteilung des Zinsanspruchs an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventualiter der Zinsanspruch abzuweisen, subeventualiter der Zins nicht höher anzusetzen als der effektiv von ihr erzielte Zinsertrag abzüglich darauf entrichteter Steuern. Die ElCom beantragt Abweisung der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht und das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) verzichten auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Die Beschwerdeführerinnen waren rechtlich oder wirtschaftlich Eigentümerinnen von Übertragungsnetzen und sind als solche von der Ablehnung des Antrags auf Ausschüttungen an die (ehemaligen) Netzeigentümer betroffen und zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG).

2.

Die nationale Netzgesellschaft Swissgrid betreibt das Übertragungsnetz auf gesamtschweizerischer Ebene (Art. 18 Abs. 1 StromVG); u.a. legt sie in Koordination mit den Netzbetreibern der Nachbarländer die grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten fest (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 StromVG). Überschreitet die Nachfrage nach grenzüberschreitender Übertragungskapazität die verfügbare Kapazität, so kann die Swissgrid die verfügbare Kapazität nach marktorientierten Verfahren wie Auktionen zuteilen. Die ElCom kann das Verfahren regeln (Art. 17 Abs. 1 StromVG). Wird zugeteilte Kapazität nicht in Anspruch genommen, so muss sie erneut nach marktorientierten Verfahren zugeteilt werden (Art. 17 Abs. 4 StromVG). Art. 17 Abs. 5 StromVG regelt die Verwendung der Einnahmen wie folgt:

„Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren sind zu verwenden für:

- a. die Deckung von Kosten grenzüberschreitender Elektrizitätslieferungen, die nicht einzelnen Verursachern direkt angelastet werden, insbesondere für Kosten zur Gewährleistung der Verfügbarkeit der zugeteilten Kapazität;
- b. Aufwendungen für den Erhalt oder den Ausbau des Übertragungsnetzes;
- c. die Deckung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes nach Artikel 15.“

Als Übergangsbestimmung für Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren sieht Art. 32 StromVG vor:

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

Art. 22 StromVG regelt die Aufgaben der ElCom wie folgt:

”1 Die ElCom überwacht die Einhaltung dieses Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug dieses Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind.

2 Sie ist insbesondere zuständig für:

- ..]

c. den Entscheid über die Verwendung der Einnahmen nach Artikel 17 Absatz 5.”

Die Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) regelt in Art. 20 das Verfahren zur Handhabung von Engpässen bei grenzüberschreitenden Lieferungen. Abs. 1 lautet wie folgt:

”Die nationale Netzgesellschaft erstattet der ElCom Bericht über die Handhabung der Vorrangregelung nach Artikel 13 Absatz 3 und 17 Absatz 2 StromVG und stellt ihr einen Antrag für die Verwendung der Einnahmen nach Artikel 17 Absatz 5 StromVG.”

Im Abschnitt ”Übergangsbestimmungen” lautet sodann Art. 31 StromVV wie folgt:

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

3.

Streitig ist, ob die noch nicht verwendeten Einnahmen aus den marktorientierten Zuteilungsverfahren für das Jahr 2009 (im Betrag von rund 31 Mio. Euro) für den Erhalt oder Ausbau des Übertragungsnetzes zu verwenden sind, wie die Vorinstanzen angeordnet haben, oder an die Netzeigentümer zu verteilen sind, wie die Beschwerdeführerinnen beantragen.

3.1. Die ElCom hat erwogen, die gesetzlich vorgesehenen Verwendungsarten für die Auktionserlöse stünden grundsätzlich gleichwertig nebeneinander. Doch seien Beträge, die nach Art. 17 Abs. 5 lit. a StromVG verwendet würden, vorweg von den zu verteilenden Auktionserlösen abzuziehen. Im Rahmen von lit. b und c werde grundsätzlich nur noch über die verbleibenden Erlöse entschieden. Die für das Jahr 2009 grundsätzlich noch zulässige Verwendung gemäss Art. 32 StromVG sei subsidiär. Nach Art. 31 StromVV müsse der Antrag die weiteren Kosten ausweisen und darlegen, inwiefern diese nicht durch das Netznutzungsentgelt gedeckt seien; kein Übertragungsnetzeigentümer habe konkret solche Kosten geltend gemacht. Da somit weitere Kosten im Sinne von Art. 32 StromVG nicht belegt seien, könne eine entsprechende Verwendung der Auktionserlöse nicht erfolgen.

3.2. Die Vorinstanz führte dazu aus, die ElCom habe die Beschwerdeführerinnen nicht aufgefordert, die in Art. 31 StromVV vorgesehenen Kosten zu belegen; sie habe dadurch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt. Diese Verletzung könne jedoch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden, zumal die Beschwerdeführerinnen auch hier geltend machten, es sei ihnen nicht möglich, die von der ElCom verlangten Nachweise beizubringen, und die angeblichen zusätzlichen Kosten für Grenzleitungen zu belegen. In der Sache erwog es, die in Art. 17 und 32 StromVG vorgesehenen Verwendungsmöglichkeiten seien gleichwertig. Art. 32 setze zudem voraus, dass weitere Kosten entstanden seien; unter Kosten in diesem Sinne seien wie im Rahmen von Art. 14 ff. StromVG nur Substanzabflüsse zu verstehen, nicht Mindererlöse oder Erlösschmälerungen. Auch sei Art. 31 StromVV gesetzmässig; da Art. 32 StromVG nur die Entschädigung von

Kosten vorsehe, könne der Bundesrat im Rahmen einer Vollzugsverordnung vorschreiben, dass solche Kosten nachgewiesen werden. Es sei nicht zu beanstanden, dass die ElCom den Nachweis solcher Kosten verlangt und sich mangels eines solchen Nachweises für eine andere Verwendungsart entschieden habe. Selbst wenn Kosten nachgewiesen wären, wäre es der ElCom frei gestanden, sich für die Verwendungen nach Art. 17 Abs. 5 StromVG zu entscheiden. Dass die ElCom für das Jahr 2008 eine Verwendung gemäss Art. 32 StromVG zugelassen habe, begründe keinen Anspruch darauf, dass dies auch im Jahre 2009 so geschehe.

3.3. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Ausschüttung gemäss Art. 32 StromVG habe Vorrang vor den übrigen Verwendungen bzw. sei in jedem Fall zu berücksichtigen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt seien. Die "weiteren Kosten" im Sinne von Art. 32 StromVG seien anders zu verstehen als die Kosten im Sinne von Art. 14 ff. StromVG und umfassten auch Investitionsrisiken. Solche könnten nicht so wie die ElCom dies verlangt habe substantiiert werden. Die Risiken seien von ihnen rechtsgenügend substantiiert worden. Die für das Jahr 2008 gehandhabte Praxis sei nicht unrichtig gewesen und müsse daher auch 2009 weitergeführt werden. Zudem habe die ElCom mehrfach angekündigt, die verbleibenden Auktionserlöse würden ausgeschüttet. Die Beschwerdeführerinnen hätten darauf vertrauen können und seien in diesem Vertrauen zu schützen.

4.

4.1. Zunächst stellt sich die Frage nach der Auslegung von Art. 32 StromVG. Dabei geht es einerseits um das Verhältnis der darin vorgesehenen Verwendung für Entschädigungen der Eigentümer des Übertragungsnetzes zu den Verwendungsarten gemäss Art. 17 Abs. 5 StromVG, und andererseits um den Begriff der "weiteren Kosten". Für die Vorinstanz ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, dass die in Art. 17 Abs. 5 und Art. 32 StromVG vorgesehenen Verwendungsarten gleichwertig seien und insbesondere kein Anspruch auf Ausschüttung bestehe (vgl. angefochtenes Urteil E. 6.2.1). Sodann seien unter den "weiteren Kosten" im Sinne von Art. 32 StromVG nur Substanzabflüsse zu verstehen, nicht aber Erlösminderungen bzw. ausbleibende Substanzzuflüsse (E. 6.2.2 - 6.2.4). Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vorinstanz vor, sich auf eine grammatikalische Auslegung beschränkt und das Gesetz nicht systematisch und teleologisch ausgelegt zu haben.

4.2. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ergibt sich eine Gleichwertigkeit der Verwendungsarten nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, namentlich nicht aus der Satzkonstruktion "dürfen [...]auch [...]verwendet werden" ("peuvent aussi être utilisées", "possono essere impiegate anche"). Denn die passive Satzkonstruktion lässt offen, wer die Einnahmen verwenden darf. Der Satz kann so ausgelegt werden, dass die ElCom nach ihrem Ermessen entscheiden "darf". Er kann aber auch so ausgelegt werden, dass die Swissgrid, welche die entsprechenden Beträge einnimmt, die Verwendung nach Art. 32 StromVG vornehmen "darf", d.h. dass sie dazu die Befugnis hat. Für letztere Auslegung spricht in systematischer Hinsicht, dass die ElCom in Art. 22 Abs. 2 lit. c StromVG ausdrücklich für zuständig erklärt wird für "den Entscheid über die Verwendung der Einnahmen nach Artikel 17 Absatz 5", nicht aber für die Verwendung nach Art. 32 StromVG.

4.3. Im Folgenden ist im Detail auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung einzugehen:

4.3.1. Mit der Botschaft vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz (BBl 2005 1611) wollte der Bundesrat nach der Ablehnung des Elektrizitätsmarktgesetzes in der Volksabstimmung vom 22. September 2002 einerseits auf den vom Bundesgericht anerkannten kartellrechtlichen Netzzugangsanspruch (BGE 129 II 497) reagieren und andererseits mit hoher Priorität den grenzüberschreitenden Stromhandel regeln, insbesondere angesichts des Inkrafttretens der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel per 1. Juli 2004 (BBl 2005 1612). Zu diesem Zweck schlug der Bundesrat vor, zunächst für die EU-kompatible Regelung des grenzüberschreitenden Stromhandels eine Revision des Elektrizitätsgesetzes vorzunehmen und anschliessend für die Öffnung des Strommarktes das StromVG zu erlassen; die Revision des Elektrizitätsgesetzes vom 24. Juni 1902 (EleG; SR 734.0) sollte zeitlich vorgezogen werden und nur bis zum Inkrafttreten des StromVG in Kraft bleiben (BBl 2005 1620, 1624 f., 1630 f., 1669).

Mit der vorgezogenen Änderung des EleG betreffend grenzüberschreitenden Handels wollte der Bundesrat eine zur EU-Verordnung kompatible Lösung schaffen sowie die Funktion der Schweiz als Stromdrehscheibe in Europa sichern und soweit möglich ausbauen. Damit sollten die Erträge aus dem Transitkostenausgleich und aus dem Handel im Inland belassen und für die in der Schweiz getätigten Investitionen als risikoadäquate Amortisation verwendet werden können (BBl 2005 1625). Der Bundesrat sollte die Kompetenz erhalten, internationale Vereinbarungen abzuschliessen, die in den Anwendungsbereich dieser Gesetze fallen. Namentlich wollte man eine Vereinbarung mit der EU abschliessen, um die Teilnahme der Schweiz an der ab 1. Juli 2004 in der EU geltenden Regelung der Transitkostenentschädigung und an den weiteren Umsetzungsmassnahmen im Bereich des grenzüberschreitenden Stromhandels zu sichern (BBl 2005 1630). Für die Berechnung des Netznutzungsentgelts für grenzüberschreitende Lieferungen sollte die Methodik gemäss der EU-Verordnung 1228/2003, insbesondere deren Art. 3 Abs. 6 massgeblich sein (BBl 2005 1637, 1655 f. zu Art. 18e E-EleG und Art. 16 E-StromVG, der dem heutigen Art. 16 StromVG entsprach).

4.3.2. Im Entwurf des Bundesrates war die heute in Art. 17 StromVG enthaltene Regelung sowohl in der vorgeschlagenen Änderung des EleG (als neuer Art. 18f) als auch im vorgeschlagenen Art. 17 StromVG enthalten. Die beiden Regelungen stimmten - jeweils mit Ausnahme von Abs. 5 lit. c - überein. Art. 18f Abs. 5 lit. c E-EleG lautete wie folgt (BBl 2005 1686) :

”c. die Entschädigung von weiteren Kosten im Übertragungsnetz, insbesondere unter Berücksichtigung von risikoadäquaten Entschädigungen dessen Eigentümer.”

In Art. 17 Abs. 5 lit. c E-StromVG lautete die Bestimmung (BBl 2005 1696), übereinstimmend mit der heutigen Gesetzesfassung:

”c. die Deckung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes nach Artikel 15.”

In der Botschaft wurde zu lit. c in der Fassung des E-StromVG ausgeführt (BBl 2005 1657) :

”Buchstabe c ermöglicht die Verwendung der Einnahmen zur Deckung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes, was zu einem verringerten Anteil der auf die unteren Spannungsebenen überwälzten Kosten führen kann.”

Zu Art. 18f Abs. 5 E-EleG führte die Botschaft aus (BBl 2005 1639) :

”In Buchstabe c wird die Entschädigung von weiteren Kosten im Übertragungsnetz unter Berücksichtigung von risikoadäquaten Entschädigungen der Eigentümer am Übertragungsnetz aufgeführt.”

Der Unterschied wurde in der Botschaft wie folgt erklärt (BBl 2005 1625) :

”Die Bestimmungen im StromVG, welche mit ihrem Inkrafttreten diejenigen im EleG ablösen, sind teilweise weniger detailliert formuliert als die entsprechenden Bestimmungen im EleG, da zur Umsetzung des StromVG Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsstufe erlassen werden. Die Bestimmungen im StromVG und zur Änderung des EleG sind in Bezug auf die Regelung des grenzüberschreitenden Stromhandels inhaltlich weitgehend identisch. Es besteht jedoch ein materieller Unterschied zwischen den beiden Vorlagen bei den Verwendungsmöglichkeiten von Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren von grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten. In Artikel 18f Absatz 5 Buchstabe c des Entwurfs zur Änderung des EleG sollen diese Einnahmen für die Entschädigung weiterer Kosten des Übertragungsnetzes verwendet werden können, insbesondere für die risikoadäquate Entschädigung der Eigentümer des Übertragungsnetzes. Hingegen können nach Artikel 17 Absatz 5 Buchstabe c StromVG Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren für die Deckung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes nach Artikel 15 herangezogen werden. Der Grund für diese unterschiedliche Verwendung der Einnahmen liegt darin, dass mit der Übergangsregelung bis zum Inkrafttreten des StromVG einzig die Modalitäten des grenzüberschreitenden Stromhandels geregelt werden

und somit keine Verbindung zu Regelungen der Öffnung des Strommarktes in der Schweiz, wie z.B. der Kostenwälzung, gemacht werden.”

Zur Kompatibilität der vorgeschlagenen Regelung mit dem EU-Recht führte die Botschaft aus, der Entwurf zum StromVG sei mit dem EU-Recht grundsätzlich kompatibel. Differenzen bestünden betreffend Geschwindigkeit der Marktöffnung und Entflechtung der Verteilnetze (BBl 2005 1680). Zum E-EleG wurde ausgeführt (BBl 2005 1681) :

”Die Kompatibilität der Änderung des Elektrizitätsgesetzes mit dem EU-Recht ist mit Ausnahme der Verwendungsmöglichkeit von Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren von grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten ebenfalls gegeben. Gemäss Artikel 18f können die Einnahmen aus marktorientierten Verfahren für die Entschädigung weiterer Kosten des Übertragungsnetzes verwendet werden, insbesondere für die risikoadäquate Entschädigung der privaten Eigentümer am Übertragungsnetz. Nach Ansicht von Vertretern der EU-Kommission ist diese Einnahmeverwendung vertretbar, weil es sich dabei lediglich um eine Übergangslösung bis zum Inkrafttreten des StromVG handelt.”

4.3.3. Entgegen dem Vorschlag des Bundesrates behandelte der Nationalrat als Erstrat auf Antrag seiner Kommission die Revision des EleG und das StromVG (sowie die Revision des Energiegesetzes) gleichzeitig, behielt aber die Konzeption bei, wonach das EleG nur den grenzüberschreitenden Stromhandel betrifft. Die im EleG aufgenommenen Bestimmungen sollten gleichlautend auch ins StromVG aufgenommen werden, mit Ausnahme einer stufenweisen Öffnung des Übertragungsnetzes (AB 2005 N 1013 f., Kommissionssprecher Lustenberger). Dementsprechend wurde Art. 18f Abs. 5 lit. c EleG so gefasst wie im StromVG (AB 2005 N 1037), aber dafür ein neuer Art. 64 aufgenommen mit folgendem Wortlaut (AB 2005 N 1046) :

”Die Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren nach Artikel 18f Absatz 5 dürfen bis zum Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes, längstens aber bis zum 31. Dezember 2008 auch zur Entschädigung von weiteren Kosten im Übertragungsnetz, insbesondere unter Berücksichtigung von risikoadäquaten Entschädigungen der Eigentümer des Übertragungsnetzes, verwendet werden.”

Im StromVG wurde Art. 17 Abs. 5 gemäss Entwurf des Bundesrates angenommen (AB 2005 N 1070) und analog zu Art. 64 EleG ein neuer Art. 29a als Übergangsbestimmung aufgenommen (AB 2005 N 1075) :

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

4.3.4. Der Ständerat änderte das Konzept so, dass auf die vorgezogene Änderung des EleG verzichtet und auch die Regelung des grenzüberschreitenden Stromhandels ausschliesslich im StromVG geregelt wurde. Dabei stimmte er sowohl bei Art. 17 Abs. 5 als auch bei Art. 29a (dem heutigen Art. 32) der Fassung des Nationalrats zu (AB 2006 S 846, 867).

4.3.5. Aus der dargelegten Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit dem heutigen Art. 32 StromVG während einer beschränkten Übergangszeit die Übertragungsnetzbetreiber für in der Vergangenheit vorgenommene Investitionen noch entschädigen wollte (so auch die ElCom in ihrer Verfügung vom 16. April 2012 Rz. 56), offenbar auch mit der Überlegung, dass die in der EU-Verordnung 1228/2003 vorgesehenen gegenwarts- und zukunftsgerichteten Entschädigungen keine adäquate Vergütung ermöglichen. Das scheint eher dafür zu sprechen, dass solche Entschädigungen vorab effektiv geleistet werden, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

4.4. Aus dem klaren Wortlaut (“weiteren Kosten”, “d’autres coûts”, “di altri costi”) von Art. 32 StromVG ergibt sich sodann, dass es sich bei dort vorgesehenen Kosten um zusätzliche Kosten gegenüber denjenigen handelt, auf die Art. 17 Abs. 5 StromVG Bezug nimmt. Der Kostenbegriff von Art. 32 StromVG ist demzufolge

ge nicht identisch mit den in den Art. 14-16 StromVG vorgesehenen Kosten. Aus dem Wortlaut ("risikoadäquate Entschädigungen der Eigentümer des Übertragungsnetzes"; "indemnisation des propriétaires du réseau de transport en fonction des risques"; "indennità, adeguata ai rischi, da versare ai proprietari della rete") wie auch aus der gesetzgeberischen Zielsetzung (vgl. E. 4.3.5 hiervor) ergibt sich sodann, dass es primär darum geht, die Eigentümer des Übertragungsnetzes für Investitionen zu entschädigen, die sie in der Vergangenheit im Interesse des Übertragungsnetzes getätigt haben, die aber mit den in der neuen Gesetzgebung vorgesehenen Vergütungen nicht finanziert werden können, namentlich für risikoadäquate Amortisationen getätigter Investitionen (BBl 2005 1625).

4.5. Dieser gesetzgeberischen Zielsetzung entspricht auch die Regelung in Art. 31 StromVV, wonach für eine Verwendung im Sinne von Art. 32 StromVG darzulegen ist, inwiefern die "weiteren Kosten" nicht durch das Netznutzungsentgelt gedeckt sind. Denn soweit die Kosten des Übertragungsnetzes durch das Netznutzungsentgelt gedeckt sind, gibt es nach der ratio legis nichts zu entschädigen. Art. 31 StromVV ist insoweit gesetzmässig. Auch die darin vorgesehene Genehmigungsbefugnis der ElCom für solche Verwendungen ist gesetzmässig, entgegen einer Betrachtung, die e contrario aus Art. 22 Abs. 2 lit. c das Gegenteil schliessen liesse (vgl. E. 4.2 hiervor). Erstens ist die Aufzählung der Aufgaben der ElCom in Art. 22 Abs. 2 StromVG nicht abschliessend und zweitens ergibt sich diese Zuständigkeit aus der Entstehungsgeschichte: Nach Art. 18h Abs. 2 lit. b E-EleG war die ElCom insbesondere zuständig für "den Entscheid über die Verwendung der Einnahmen nach Artikel 18f Absatz 5", was sich nach der damaligen Fassung auch auf die Entschädigung von weiteren Kosten im Übertragungsnetz bezog (vgl. E. 4.3.2 hiervor). Es gibt keine Hinweise darauf, dass mit der Ausgliederung dieser Verwendung in Art. 64 E-EleG bzw. Art. 29a (und heute Art. 32) StromVG diese Zuständigkeit der ElCom hätte aufgehoben werden sollen. Schliesslich wäre es auch systemwidrig, wenn die ElCom zwar für die Verwendung nach Art. 17 Abs. 5 StromVG zuständig wäre, nicht aber für diejenige nach Art. 32 StromVG, da diese von jener abhängt (vgl. E. 4.4 hiervor).

4.6. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass nach Art. 32 StromVG während der darin vorgesehenen Übergangszeit zumindest ein gewisser Vorrang für die Entschädigung von in der Vergangenheit getätigten Investitionen besteht, sofern dargelegt werden kann, dass die entsprechenden Kosten nicht durch das Netznutzungsentgelt gedeckt sind, was durch die ElCom zu überprüfen ist.

5.

Zu prüfen bleibt im Folgenden, ob solche Kosten dargelegt sind.

5.1. Wie die Vorinstanzen zutreffend dargelegt haben, muss derjenige, der einen Anspruch geltend macht, darlegen, dass die dafür geltenden Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 8 ZGB). Damit die Übertragungsnetzeigentümer eine Entschädigung nach Art. 32 StromVG beanspruchen können, müssen sie somit darlegen, dass sie Kosten zu tragen haben, die nicht durch das Netznutzungsentgelt gedeckt sind (Art. 31 StromVV; vgl. E. 4.5 hiervor).

5.2. Das gilt auch für die (ursprünglichen) Eigentümer von Grenzleitungen. Zwar erscheint die Darlegung der Beschwerdeführerinnen plausibel, dass die gesetzliche Regelung insbesondere die Grenzleitungen anvisiert, namentlich auch angesichts des Umstandes, dass sie ursprünglich im E-EleG vorgesehen war, welcher nur für den grenzüberschreitenden Stromhandel gelten sollte (vgl. E. 4.3.2 hiervor). Das bedeutet aber nicht, dass die Eigentümer von Grenzleitungen voraussetzungslos die Ausschüttung gemäss Art. 32 StromVG beanspruchen können. Auch sie müssen darlegen, dass ihnen Kosten entstanden sind, die durch das Netznutzungsentgelt nicht gedeckt sind.

5.3. Die ElCom hatte in ihrer Verfügung vom 16. April 2012 (Rz. 59) erwogen, keiner der Übertragungsnetzeigentümer habe konkrete Kosten geltend gemacht, die nicht durch das Netznutzungsentgelt gedeckt seien. Eine Substantiierung nicht gedeckter Kosten sei zwar in Aussicht gestellt worden, aber nicht erfolgt. Die Vorinstanz hat ausgeführt, die ElCom habe die Beschwerdeführerinnen nicht aufgefordert, die Kosten zu belegen und ihnen auch nicht mitgeteilt, dass sie das Gesuch als unvollständig erachte. Das stelle eine Gehörsverletzung dar. Diese könne aber geheilt werden, indem die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren die Kosten

hätten belegen können; die Beschwerdeführerinnen hätten sich dazu geäußert und zugleich vorgebracht, die Kosten nicht ausweisen zu können (vgl. angefochtenes Urteil E. 5.3 und 5.4).

5.4. Die Beschwerdeführerinnen rügen, da die Vorinstanzen von einem falschen Verständnis der "weiteren Kosten" ausgegangen sei, könne die von der ElCom begangene Gehörsverletzung nicht vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden. Werde auch das Eingehen von Risiken als Kosten anerkannt, sei eine Substantiierung, wie sie von der ElCom verlangt werde, gar nicht möglich. Sie hätten auch nicht davon ausgehen können, dass ihnen die fehlende Substantiierung noch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht vorgeworfen werde, weil auch dieses Art. 32 StromVG falsch auslege.

5.5. Diese Ausführungen überzeugen nicht. Die Beschwerdeführerinnen konnten vor Eröffnung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts gar nicht wissen, dass dieses von einem ihres Erachtens unzutreffenden Begriff der weiteren Kosten ausgehen würde. Es wäre ihnen möglich und zumutbar gewesen, in der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht diejenigen Kosten zu substantiieren, die bei ihres Erachtens richtiger Auslegung von Art. 32 StromVG zu berücksichtigen wären.

5.6. Die Beschwerdeführerinnen machen schliesslich geltend, sie seien bezüglich der risikoadäquaten Entschädigung den Substantiierungsanforderungen nachgekommen. Aus den von ihnen zitierten Unterlagen (Beschwerdebeilagen 25-31) ergibt sich aber keine solche Substantiierung: Es wird darin nur ohne jeglichen Beleg ausgeführt, das zu entschädigende Risiko eines Grenzleitungseigentümers unterscheide sich erheblich von den Risiken eines regulären Übertragungsnetzeigentümers; unabhängig vom bereits erhöhten Aufwand für die Konstruktion einer Grenzleitung hänge der wirtschaftliche Betrieb einer solchen von Umständen ab, die der Eigentümer nicht beeinflussen könne. Sofern ein unterschiedliches Preisniveau in den durch die Grenzleitung verbundenen Regionen nicht dauerhaft gegeben sei, sei die errichtete Leitung unwirtschaftlich, zumal die für den Betrieb notwendigen Kosten nicht durch ein gesetzlich verankertes Netznutzungsentgelt gedeckt werden könnten. Das Risiko trage allein der Eigentümer der Grenzleitung.

5.7. Diese Überlegungen mögen zwar zumindest teilweise grundsätzlich plausibel erscheinen. Sie belegen aber in keiner Weise, dass effektiv ungedeckte Kosten bestehen. Das ergibt sich auch nicht automatisch aus Art. 16 Abs. 1 StromVG, wonach die Kosten für die grenzüberschreitende Nutzung des Übertragungsnetzes nicht den inländischen Endverbrauchern angelastet werden dürfen. Umgekehrt ergibt sich aus Art. 16 StromVG, dass die Kosten der grenzüberschreitenden Nutzung separat zu ermitteln sind. Die Beschwerdeführerinnen mussten somit von Gesetzes wegen eine entsprechende Kostenrechnung führen. Es hätte ihnen deshalb möglich sein müssen, diese Berechnungen im Laufe des Verfahrens vorzulegen und ungedeckte Kosten (in dem ihres Erachtens zutreffenden Rechtssinne) zu belegen. Das ist aber im ganzen Verfahren nicht geschehen. Mangels eines Nachweises ungedeckter Kosten hat daher die Vorinstanz im Ergebnis mit Recht eine Ausschüttung gemäss Art. 32 StromVG verneint.

6.

An diesem Ergebnis ändert auch die Berufung der Beschwerdeführerinnen auf die im Jahre 2008 getätigte Ausschüttung und auf den Vertrauensschutz nichts.

6.1. Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person unter Umständen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens; Voraussetzung ist u.a., dass eine Vertrauensgrundlage vorliegt, und dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (BGE 137 I 69 E. 2.5.1 S. 72 f. mit Hinweisen).

6.2. Die Beschwerdeführerinnen erblicken eine Vertrauensgrundlage einerseits darin, dass die ElCom bereits im Jahre 2008 eine Ausschüttung gemäss Art. 32 StromVG vorgenommen hat, andererseits darin, dass sie auch für das Jahr 2009 zunächst eine Ausschüttung in Aussicht gestellt und erst später darauf verzichtet hat. Für das Jahr 2008 hätten sie die gleichen Angaben geliefert wie für das Jahr 2009; diese seien damals von der ElCom als rechtsgenüßlich betrachtet worden, weshalb kein Anlass bestanden habe, mit einer Änderung der Praxis zu

rechnen.

6.3. Selbst wenn in diesen Umständen eine taugliche Vertrauensgrundlage zu erblicken wäre, dringt die Berufung auf Vertrauensschutz nicht durch: Als nachteilige Disposition machen die Beschwerdeführerinnen nur geltend, sie hätten im Vertrauen darauf für das Jahr 2009 keine präziseren Angaben geliefert. Indessen hat die ElCom in ihrem Schreiben vom 15. Juli 2011, mit welchem sie auch für das Jahr 2009 eine Ausschüttung gemäss Art. 32 StromVG in Aussicht gestellt hatte, klar gemacht, dass eine solche Ausschüttung das Vorhandensein eines sachgerechten Verteilschlüssels für die Verteilung der Einnahmen zwischen den Übertragungsnetzeigentümern voraussetzte. Eine Einigung zwischen den Eigentümern kam in der Folge nicht zustande. Die ElCom durfte dies zulässigerweise dahin interpretieren, dass zwischen den Übertragungsnetzeigentümern umstritten ist, ob und in welchem Umfang die Eigentümer Kosten im Sinne von Art. 32 StromVG zu tragen haben. Spätestens aus der Verfügung der ElCom vom 16. April 2012 (Rz. 60) konnten die Beschwerdeführerinnen sodann ersehen, dass die ElCom davon ausging, dass solche Kosten nicht belegt seien. Sie hätten Gelegenheit gehabt, solche Belege im Beschwerdeverfahren vorzubringen (vgl. E. 5.5 und 5.7 hiervor). Ein nicht wieder gut zu machender Nachteil liegt unter diesen Umständen nicht vor.

7.

Der Antrag Ziff. 1 (Ausschüttung der Auktionserlöse gemäss Art. 32 StromVG) erweist sich damit als unbegründet. Damit entfallen die Anträge Ziff. 2-5. Daraus ergibt sich, dass die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist.

8.

Die unterliegenden Beschwerdeführerinnen tragen die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Da die Übertragungsnetze im hier streitigen Jahr noch den ursprünglichen Eigentümern gehörten (vgl. Art. 33 Abs. 4 StromVG), wären die Ausschüttungen an diese gegangen. Swissgrid hat zwar ursprünglich vor der ElCom den Antrag auf Ausschüttung gestellt, aber vor Bundesgericht keine Beschwerde erhoben und keine Anträge gestellt, mit denen sie unterlegen wäre. Mit dem Antrag auf Abweisung der Anträge Ziff. 3-5 hat sie im Ergebnis obsiegt. Da sie nicht anwaltlich vertreten ist, hat sie aber keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 60'000.– werden den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, und dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. Februar 2014

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Winiger