



## Urteil vom 28. September 2015

---

Besetzung

Richterin Marianne Ryter (Vorsitz),  
Richter Maurizio Greppi,  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Gerichtsschreiber Stephan Metzger.

---

Parteien

**Swissgrid AG**,  
Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**EL.IT.E. S.p.A.**,  
Foro Buonaparte 31, IT-20121 Milano,  
Zustelladresse: c/o Repower AG,  
Viale da Clait 307, 7742 Poschiavo,  
Beschwerdegegnerin,

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

---

Gegenstand

Merchant Line Campocologno (CH) - Tirano (IT):  
Neufestlegung der Ausnahmekapazität.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Verfügung vom 27. August 2009 (Verfahren 927-08-003 [neu: 237-00003]) gewährte die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) der EL.IT.E. S.p.A. gestützt auf die Verordnung des UVEK über Ausnahmen beim Netzzugang und bei den anrechenbaren Netzkosten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz vom 3. Dezember 2008 (VAN; SR 734.713.3) betreffend die 150 MW (bi-direktional)-Merchant Line Campocologno – Tirano eine Ausnahme beim Netzzugang. Darin wurde u.a. festgelegt, dass die Ausnahmeregelung nach 5 Jahren auf Gesuch der Swissgrid AG hin neu festgelegt wird.

**B.**

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2013 wies das Fachsekretariat der EiCom die EL.IT.E. S.p.A. darauf hin, dass für eine Neubeurteilung des Ausnahmerechts deren Anträge bis zum 27. Juni 2014 bei der EiCom eingereicht werden müssten. In der Folge äusserte sich die Swissgrid AG auf Ersuchen hin dahingehend, dass im Hinblick auf zunehmende Kapazitätskürzungen und Redispatch-Einsätze aus technischer Sicht eine Neubeurteilung der Ausnahmegenehmigung sinnvoll erscheine.

**C.**

Mit Schreiben vom 25. Juni 2014 ersuchte die EL.IT.E. S.p.A. die EiCom im Wesentlichen um Bestätigung der bisherigen Ausnahmeregelung.

**D.**

Mit Teilverfügung vom 22. Januar 2015 verfügte die EiCom u.a. die Anwendung einer neuen Formel für die Berechnung der vom Netzzugang ausgenommenen Netzkapazität der Merchant Line Campocologno – Tirano und verpflichtete die Swissgrid AG sinngemäss zu deren operativen Umsetzung spätestens bis zum 1. Mai 2015. Im Weiteren behielt sich die EiCom im Falle der Nicht-Anwendung der Formel die finanzielle Rückabwicklung auf den Zeitpunkt der operativen Umsetzung, in jedem Fall jedoch ab 1. Mai 2015, vor.

**E.**

Gegen diese Teilverfügung erhebt die Swissgrid AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 26. Februar 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt im Wesentlichen, es seien deren Dispositiv-Ziffern 2 und 3 aufzuheben. Stattdessen sei sie zu verpflichten, unter Ansetzung einer angemessenen Frist von mindestens 6 Monaten ab

Rechtskraft des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts sämtliche ihr möglichen Vorkehren zu treffen, um die Ausnahmekapazität auf Grundlage der Formel nach Dispositiv-Ziffer 2 Abs. 1 in Kooperation mit dem italienischen Netzbetreiber Terna durchzuführen, unter Ausschluss jeglicher finanzieller Schadloshaltung ihrerseits. Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen, es sei ihr nicht möglich, die angeordnete Formel zur Festlegung der Ausnahmekapazität ohne Einwilligung des italienischen Netzbetreibers (Terna) umzusetzen bzw. zu garantieren, weshalb die Anordnung der El-Com (nachfolgend: Vorinstanz) auf einer unrichtigen Sachverhaltsfeststellung beruhe. Auch sei die Umsetzungsfrist unangemessen kurz bemessen und es gehe nicht an, dass sie im Fall der Unmöglichkeit der Durchführung der neu festgelegten Ausnahmekapazität von einem Rechtsnachteil in Form einer finanziellen Schadloshaltung getroffen werde.

#### **F.**

In ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015 führt die EL.IT.E. S.p.A. (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) aus, sie habe sich dazu entschlossen, die Teilverfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2015 nicht anzufechten, Streitgegenstand würden somit lediglich die Anträge der Beschwerdeführerin bilden. Sie führt weiter aus, dass die Pflicht zur operativen Umsetzung der Formel – welche im Übrigen nicht angefochten sei – die Beschwerdeführerin treffe und sie davon ausgehe, dass die Netzkapazität gemäss Formel rechtskräftig festgesetzt sei. Weiter führt sie aus, sie sei nicht als Beschwerdegegnerin zu bezeichnen und es seien ihr keine Kosten aufzuerlegen, zumal sie aufgrund der operativen Umsetzung durch die Beschwerdeführerin und deren Aushandlung des operativen Kooperationsvertrages mit der Terna S.p.A. keinen Einfluss auf die ihr letztendlich zur Verfügung gestellten Kapazität habe. Ausserdem sei sie der Ansicht, bei der angefochtenen Ziffer 3 des Dispositivs handle es sich nicht um eine individuell konkrete Anordnung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sondern um einen reinen Vorbehalt der finanziellen Rückabwicklung. Auch könne sie nicht für etwas verantwortlich gemacht werden, was nicht unter ihrem Einfluss stehe. Aufgrund dessen sei auf die Beschwerde diesbezüglich nicht einzutreten.

#### **G.**

Mit Stellungnahme vom 17. April 2015 beantragt die Vorinstanz sinngemäss, die Frist gemäss Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Teilverfügung sei auf 6 Monate zu erstrecken, spätestens ab Rechtskraft des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts. Im Übrigen sei die Beschwerde

abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Sie führt aus, bereits heute würden Ausnahmekapazitäten zwischen der Schweiz und Italien asymmetrisch abgewickelt, es sei somit nicht ersichtlich, warum die Beschwerdeführerin und die Terna S.p.A. sich vertraglich nicht einigen sollten. Die Anordnung der finanziellen Rückabwicklung habe allein zum Ziel, finanzielle Vorteile auszugleichen, welche der Beschwerdegegnerin aus der Nichtumsetzung oder einer verspäteten Umsetzung aufgrund der zu viel zur Verfügung gestellten Ausnahmekapazität entstehen würden. In diesem Fall hätte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin eine Zahlung zu leisten. Der Vorbehalt richte sich nicht gegen die Beschwerdeführerin und sei ihr gegenüber nie geäußert worden. Diesbezüglich sei deshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten.

#### **H.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 8. Juni 2015 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen sowie deren Begründung vollumfänglich fest. Sie führt aus, es treffe nicht zu, dass die Netzkapazität gemäss der neuen Formel rechtskräftig festgelegt worden sei und macht geltend, sie habe die neue Formel nur unter den mit dem reformatorischen Antrag formulierten Voraussetzungen (insbesondere dem Ausschluss jeglicher finanzieller Schadloshaltungspflichten) akzeptiert. Insbesondere seien die finanziellen Rückabwicklungspflichten dermassen zu verstehen, dass diese einzig die Beschwerdegegnerin treffen sollten. Insbesondere leitet die Beschwerdeführerin aus den Äusserungen der Vorinstanz ab, dass diese ihren Einwänden zustimmt.

#### **I.**

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

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

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Zunächst ist das Vorliegen eines tauglichen Anfechtungsobjektes betreffend Dispoziffer 3 zu prüfen.

**1.1.1** Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerde vom 26. Februar 2015 die durch die Vorinstanz angeordnete finanzielle Rückabwicklung, welche für den Fall vorbehalten ist, dass die neue Formel für die Bestimmung der Ausnahmekapazitäten bis zu dem von ihr festgelegten Datum operativ nicht umgesetzt oder nicht angewendet wird. Sie führt aus, der durch die Vorinstanz in Ziffer 3 der im Dispositiv der angefochtenen Teilverfügung festgehaltene Vorbehalt könne zu einer Schadloshaltung zu ihren Lasten führen, erfülle indes die Kriterien einer Verfügung nicht. Sie begründet dies damit, dass die Regelung nicht auf einen Einzelfall bezogen sei und somit keine individuelle Rechtssicherheit schaffe. So werde zwar eine Verpflichtung zur finanziellen Rückabwicklung vorbehalten, doch lasse die erwähnte Ziffer 3 offen, wen diese Verpflichtung treffe und wer gestützt auf welchen Sachverhalt einen finanziellen Anspruch geltend machen könne. Es würde sodann eine finanzielle Verpflichtung an einen nicht näher spezifizierten Sachverhalt geknüpft, wobei unklar bleibe, wann und unter welchen Umständen sich diese Verpflichtung aktualisiere. Aus diesem Grund könne es sich vorliegend auch nicht um eine Allgemeinverfügung handeln. Ausserdem sei sie auch nicht vollstreckbar, da die Teilverfügung weder präzise noch unmissverständlich formuliert sei, sodass unklar bleibe, ob die vorgesehene finanzielle Rechtsfolge einzig zulasten der Beschwerdegegnerin (Verfügungsadressatin) oder allenfalls auch zulasten der Beschwerdeführerin erfolgen könne. Letztendlich stütze sich die Anordnung aber auch nicht auf öffentliches Recht des Bundes, sei doch keine Norm ersichtlich, welche eine finanzielle Verpflichtung der Beschwerdeführerin als Rechtsfolge vorsehen würde. Dies verstosse im Übrigen auch gegen das Legalitätsprinzip.

**1.1.2** Diesem Standpunkt pflichtet die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015 grundsätzlich bei. Sie führt überdies aus, es fehle an einer Berechnungsgrundlage. Klar sei einzig, dass der Vorbehalt erst dann zum Tragen käme, wenn ab der operativen Umsetzung durch die Beschwerdeführerin die neue Formel nicht angewendet werde. Jedenfalls sei klar, dass sie selbst nicht für etwas zur finanziellen Rechenschaft gezogen werden könne, was rechtlich und faktisch nicht in ihrer Verantwortung stehe und deshalb durch sie nicht umgesetzt werden könne. Zumal die Voraussetzungen für eine direkte Anfechtbarkeit infolge mangelnden Verfügungscharakters fehlen, beantragt die Beschwerdegegnerin, es sei auf den betreffenden Beschwerdeantrag nicht einzutreten und ihr keine Kosten aufzuerlegen.

**1.1.3** Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015 dazu aus, die Anordnung in Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung bezwecke, finanzielle Vorteile, welche die Beschwerdegegnerin – und ursprünglich Verfügungsadressatin – aus der verspäteten Umsetzung der neuen Formel ziehe, auszugleichen. Solange die Formel nämlich nicht angewendet werde, würden der Beschwerdegegnerin die vollen 100% der Kapazität garantiert, woraus ihr ein finanzieller Vorteil erwachsen könne. Konkret hätte in diesem Fall die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin eine Zahlung zu leisten. Im Übrigen sei gegenüber der Beschwerdeführerin nie ein solcher Vorbehalt geäussert worden, weshalb diese von der Anordnung auch nicht betroffen sei. Die Vorinstanz beantragt, in diesem Punkt sei deshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten.

**1.1.4** Gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen hoheitliche, auf Rechtswirkungen ausgerichtete und verbindliche Anordnungen einer Behörde im Einzelfall, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben (Bst. a). Ebenso gelten als Verfügung in diesem Sinne Feststellungen des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten und Pflichten (Bst. b) sowie die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten, oder das Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 854 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 28 Rz. 17 f. und 31; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 2145 ff., insb. Rz. 2209 ff.).

**1.1.5** Die vorliegend zu beurteilende Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung lautet: "Wird ab der operativen Umsetzung durch die Swissgrid AG gemäss Dispositivziffer 2 die neue Formel nicht angewendet, bleiben finanzielle Rückabwicklungen auf den Zeitpunkt der operativen Umsetzung, in jedem Fall spätestens ab 1. Mai 2015, vorbehalten.". Dieser Formulierung ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin für die operative Umsetzung zuständig ist, jedoch ist daraus nicht eindeutig ersichtlich, wen die Rechtsfolgen der Anordnung treffen. Zumal die Verfügung zwar eine Verfügungsadressatin – die Beschwerdegegnerin – nennt, im Weiteren aber auch die Beschwerdeführerin als Verfahrensbeteiligte, erschliesst sich aus der Anordnung nicht eindeutig, wer von der finanziellen Rückabwicklung betroffen ist. Allein die Tatsache, dass sich gemäss Beschwerdeschrift offensichtlich

die Beschwerdeführerin angesprochen fühlt, gemäss Stellungnahme vom 17. April 2015 hingegen die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin verpflichten wollte, belegt, dass die Anordnung nicht eindeutig formuliert ist, sich nicht ganz spezifisch auf eine bestimmte Persönlichkeit bezieht und deshalb das Kriterium der individuellen Verpflichtung nicht erfüllt. Im Weiteren ist weder aus der Anordnung noch aus der dazugehörenden Begründung ersichtlich, auf welchen Sachverhalt sich der Vorbehalt bezieht. Erst in ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015 äussert sich die Vorinstanz präzisierend zum Thema und begründet, dass die Beschwerdegegnerin einen durch die nicht planmässige Umsetzung oder Anwendung der neuen Formel erlangten finanziellen Vorteil abzutreten habe. Die Anordnung, wie sie in Ziffer 3 der angefochtenen Teilverfügung festgehalten ist, erfüllt die Voraussetzung einer konkreten Regelung eines Einzelfalles hingegen nicht. Eine Vollstreckbarkeit der Anordnung ist somit nicht möglich (vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 2361, 2373).

Ausserdem geht aus der angefochtenen Teilverfügung vom 22. Januar 2015 nicht hervor, auf welche Rechtsgrundlage die Vorinstanz ihr Vorgehen zu stützen beabsichtigt. Die Vorinstanz macht denn auch in ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015 keine Rechtsgrundlage geltend, auf welche sie ihre Anordnung stützt und vermag demnach die Vorwürfe der Beschwerdegegnerin nicht zu widerlegen.

**1.1.6** Der Anordnung in Ziffer 3 der angefochtenen Teilverfügung fehlt es gemäss diesen Erwägungen am Verfügungscharakter und damit am Charakter eines Anfechtungsobjekts. Bezüglich Ziffer 3 des angefochtenen Dispositivs ist demzufolge auf die Beschwerde nicht einzutreten. Im Übrigen liegt ein taugliches Anfechtungsobjekt vor.

**1.2** Die ECom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7]).

**1.3** Die Beschwerdeführerin führt sodann aus, es treffe nicht zu, dass die Netzkapazität gemäss der neuen Formel rechtskräftig festgelegt sei und verweist auf die Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin. Diese macht geltend, die Beschwerdeführerin habe die Formel an sich nicht an-

gefochten, weshalb die Netzkapazität dadurch rechtskräftig festgelegt worden sei und der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens einzig die Umsetzung durch die Beschwerdegegnerin umfasse.

**1.3.1** Im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich der Streitgegenstand im Rahmen des Anfechtungsobjekts grundsätzlich nach den Begehren und der dazugehörigen Sachverhaltsdarstellung der beschwerdeführenden Partei. Letztere legt mit ihrem Begehren fest, in welche Richtung und inwieweit sie das streitige Rechtsverhältnis überprüfen lassen will. Demnach gehört dasjenige Rechtsverhältnis zur Streitsache, welches Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet und zwar in dem Ausmass, als die Regelung dieses Rechtsverhältnisses noch streitig ist. Der Streitgegenstand darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert werden und kann sich höchstens verengen sowie um nicht mehr streitige Punkte reduzieren, nicht aber ausweiten. In der angefochtenen Verfügung festgelegte, jedoch in der Beschwerde nicht beanstandete Elemente dürfen auch von der Rechtsmittelbehörde nicht bzw. nur ausnahmsweise bei engem Sachzusammenhang aus prozessökonomischen Gründen mit dem Streitgegenstand überprüft werden (vgl. zum Ganzen BGE 136 II 457 E. 4.2, BGE 136 II 165 E. 5 mit Hinweisen, BGE 133 II 30 E. 2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-567/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 1.3.1, A-667/2010 vom 1. März 2012, E. 1.4 und A-1344/2011 vom 26. September 2011 E. 1.4.1 mit Hinweisen; FRANK SEETHALER/FABIA BOCHSLER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 52 Rz. 40 f., 43, 45 mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008 [nachfolgend: VwVG-Kommentar], Art. 52 Rz. 3 mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 2.7 f.).

**1.3.2** Mit der angefochtenen Teilverfügung hat die Vorinstanz eine neue Formel zur Berechnung der Ausnahmekapazität festgelegt. Diese neue Formel wird auch von der Beschwerdeführerin akzeptiert, wenn sie in der Zusammenfassung ihrer Beschwerdeschrift festhält, dass sie als Beschwerdeführerin im Grundsatz keine Einwände gegen die von der Vorinstanz einseitig – und in Abweichung von der auf der italienischen Seite geltenden Ausnahmekapazität – angeordneten Formel geltend mache. Betreffend die neue Formel werden demnach allein deren Umsetzungsmoda-

litäten angefochten. Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren ist deshalb einzig die operative Umsetzung, nicht jedoch die neue Berechnungsformel an sich.

**1.4** Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat als beteiligte Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist von der Teilverfügung insbesondere durch die Auferlegung der operativen Umsetzung der neuen Formel für die Ausnahmekapazität besonders betroffen. Sie ist damit zur Beschwerde legitimiert.

**1.5** An dieser Stelle ist auf die Parteistellung der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren einzugehen.

**1.5.1** Die Beschwerdegegnerin bestreitet ihre Position im Verfahren und leitet daraus Konsequenzen betreffend Kostenfolge ab. Sie begründet dies damit, dass die von der Vorinstanz angeordnete operative Umsetzung der neuen Formel zur Festlegung der Ausnahmekapazität allein die Beschwerdeführerin treffe. Auch stehe sie selbst weder rechtlich noch faktisch in der Verantwortung, was die vorbehaltene finanzielle Rückabwicklung im Falle einer fehlenden oder verspäteten Umsetzung durch die Beschwerdeführerin betreffe und könne somit dafür auch nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Aufgrund der fehlenden Parteistellung sei sie deshalb auch nicht mit Verfahrens- und Parteikosten zu belasten.

**1.5.2** Gemäss dem in Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG festgelegten Parteiverständnis kann im Beschwerdeverfahren Partei werden, wer im Vorverfahren zur Beschwerde berechtigt ist. Demzufolge behält die Eigenschaft als Verfahrenspartei grundsätzlich auch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht, wer im vorinstanzlichen Verfahren als solche teilgenommen hat. Der Verfügungsadressat wird im von Dritten angestregten Verfahren auch dann zur Gegenpartei, wenn er selbst – obwohl die Legitimation dazu gegeben wäre – die für ihn nachteilige Verfügung nicht anfechtet und akzeptiert. Dies gilt auf jeden Fall, wenn er das Verfahren mit einem Gesuch eingeleitet hat und ist sogar dann der Fall, wenn eine Partei die Verfügung zugunsten des Adressaten anfechtet (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 922).

**1.5.3** Die Beschwerdegegnerin hat mit Schreiben vom 25. Juni 2014 die Vorinstanz im Wesentlichen um Bestätigung der bisherigen Ausnahmeregelung betreffend die Ausgestaltung der Netzkapazität der Verbindungsleitung Campocologno – Tirano ersucht. Sie war also Gesuchstellerin und wurde damit zur Verfügungsadressatin, welche durch den für sie nachteiligen Entscheid der Vorinstanz vom 22. Januar 2015 belastet wurde. Zwar hat sie den Entscheid nicht angefochten, wurde aber dennoch im vorliegenden Verfahren zur Gegenpartei (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1353/2014 vom 30. Juli 2015 E. 3.1). Ihre Position im Verfahren ist demzufolge korrekterweise jene der Beschwerdegegnerin, dies mit entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen (vgl. unten E. 5; vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.184/2003 vom 9. Juni 2004 E. 1.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1353/2014 vom 30. Juli 2015 E. 3.2 und B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 1.4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 922; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Art. 6 Rz. 8 und 42 ff.; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, Art. 6 Rz. 5f. und e contrario Rz. 6).

**1.6** Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher vorbehältlich E. 1.1.1 ff. (vgl. oben) einzutreten.

## **2.**

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

Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Sodann amtet die Vorinstanz in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl im Bereich der Stromversorgung als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Ihr steht dabei – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches "technisches Ermessen" zu. In diesem Rahmen darf der

verfügender Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 133 II 35 E. 3, BGE 132 II 257 E. 3.2, BGE 131 II 13 E. 3.4, BGE 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen; BVGE 2009/35 E. 4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.155).

### 3.

**3.1** Vorab macht die Beschwerdeführerin geltend, der Sachverhalt sei unrichtig festgestellt. Sie begründet dies damit, dass die Vorinstanz eine Verbindlichkeit der Neudefinition der Ausnahmekapazitäten als unabhängig von der Anpassung namentlich des Kooperationsvertrages zwischen ihr und der Terna S.p.A. erachte, was sie angeblich mit Schreiben vom 5. November 2014 bestätigt haben soll. Diese Feststellung sei jedoch in tatsächlicher Hinsicht falsch und aktenwidrig. Insbesondere setze die Umsetzung einer neu festgelegten und asymmetrischen Ausnahmekapazität die Anpassung des Kooperationsvertrages mit der Terna S.p.A. voraus. Ebenso müsse der trilaterale Vertrag zwischen ihr, der Beschwerdegegnerin und der Terna S.p.A. angepasst werden, was wiederum letzterer Einverständnis voraussetze. Somit sei eine Durchführung der neuen Formel ohne Einverständnis der italienischen Seite operativ gerade nicht möglich, was die Vorinstanz widersprüchlich und tatsachenwidrig festgehalten habe.

**3.2** Die Vorinstanz entgegnet in ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015 im Wesentlichen, es sei für sie nicht ersichtlich, wie sich ihre Aussage in der Teilverfügung und jene der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 5. November 2014 widersprechen sollten. Beide würden nämlich von einer von der Zustimmung Dritter unabhängigen Verbindlichkeit des Art. 17 Abs. 6 StromVG ausgehen. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass sich die gemachte Aussage auf die Verbindlichkeit dieser Gesetzesbestimmung beziehe, habe sie in ihrer Teilverfügung doch keine Aussage gemacht, welche darauf schliessen liesse, die neue Formel könne ohne Einverständnis der italienischen Seite operativ durchgeführt werden. Im Weiteren stellt die Vorinstanz klar, dass auch sie von einer notwendigen Zustimmung der italienischen Seite ausgehe, dass es jedoch sehr wohl möglich sei, die Ausnahmekapazitäten asymmetrisch zu regeln. Auch sehe sie keinen Widerspruch in der Aussage, dass Verträge anzupassen seien, die Umsetzbarkeit der neuen Formel dadurch jedoch nicht betroffen sei.

**3.2.1** Gemäss Art. 12 VwVG gilt – wie im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – der Untersuchungsgrundsatz. Demnach hat die Vorinstanz von Amtes wegen für die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen, wobei eine Verletzung dieser Pflicht gemäss Art. 49 Bst. b VwVG ein Beschwerdegrund darstellt (vgl. BGE 138 V 218 E. 6; BVGE 2009/50 E. 5.1).

Als unrichtig gilt die Sachverhaltsfeststellung, wenn der angefochtenen Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wurde oder entscheidrelevante Gesichtspunkte nicht geprüft oder Beweise falsch gewürdigt wurden. Als unvollständig gilt sie, wenn nicht über alle rechtserheblichen Umstände Beweis geführt wurde oder eine entscheidrelevante Tatsache zwar erhoben, jedoch nicht gewürdigt wurde und nicht in den Entscheid einfluss (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5321/2013 vom 23. April 2014 E. 1.2, A-5183/2013 vom 24. Februar 2014 E. 3.3.1, A-3440/2012 vom 21. Januar 2014 E. 2.1.2 und A-3716/2010 vom 26. März 2013 E. 2.1.2, jeweils m.w.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1043; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.189, JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, Bâle 2013, Rz. 59, S. 43). Grundsätzlich hat die Vorinstanz ihre Kognition voll auszuschöpfen. Bei unzulässiger Kognitionsbeschränkung verletzt sie das rechtliche Gehör bzw. begeht sie eine formelle Rechtsverweigerung (vgl. BGE 131 II 271 E. 11.7.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1027; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.153).

**3.2.2** Vorliegend hat die Vorinstanz Tatsachen ergründet, Fakten einbezogen und in ihren Erwägungen berücksichtigt. Sie argumentiert schwerge- wichtig betreffend die Verbindlichkeit von Art. 17 Abs. 6 StromVG, wobei sie die Verbindlichkeit der Neufestsetzung der Aufnahmekapazität unab- hängig von der zeitlichen Anpassung der Verträge oder der Zustimmung der italienischen Seite als gegeben erachtet. Die Beschwerdeführerin hin- gegen bezieht die Verbindlichkeit offensichtlich auf die Neudefinition der Ausnahmekapazitäten in Abhängigkeit von der Anpassung der betroffenen Verträge und vertritt die Ansicht, dass die neue Formel nur mit Einverständ- nis der italienischen Seite operativ durchgeführt werden könne. Es handelt sich deshalb vorliegend an sich nicht um eine falsche oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Vielmehr geht aus den Ausführungen hervor, dass die Vorinstanz eine andere Auffassung bezüg- lich der Symmetrie einer Ausgestaltung der Ausnahmekapazitäten vertritt und die Umstände betreffend das Zustandekommen einer Einigung im Ko-

operationsvertrag resp. im trilateralen Vertrag zwischen den beteiligten Akteuren anders würdigt als die Beschwerdeführerin. Insofern ist nicht eine Frage des Sachverhaltes betroffen und der von der Beschwerdeführerin geäusserten Rüge ist nicht zu folgen.

#### **4.**

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Ziffer 2 der Teilverfügung vom 22. Januar 2015 sowie ihre Verpflichtung, unter Ansetzung einer angemessenen Frist von mindestens 6 Monaten ab Rechtskraft des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts sämtliche ihr möglichen Vorkehren zu treffen, um die Aufnahmekapazität auf Grundlage der durch die Vorinstanz gemäss Ziffer 2 Abs. 1 des Dispositivs festgelegten Formel zur Berechnung der Ausnahmekapazität in Kooperation mit dem italienischen Netzbetreiber Terna S.p.A. durchzuführen, unter Ausschluss jeglicher finanzieller Schadloshaltung ihrerseits.

**4.1** Die Beschwerdeführerin rügt demnach die durch die Vorinstanz gesetzte Frist zur operativen Umsetzung von ca. zwei Monaten resp. den ultimativ gesetzten Umsetzungszeitpunkt vom 1. Mai 2015.

Sie begründet dies damit, dass die Vorinstanz offenbar davon ausgehe, dass die operative Umsetzung der neuen Formel zur Berechnung der Ausnahmekapazität in jedem Fall ab dem 1. Mai 2015 erfolgt sei, dass demzufolge sie als Verantwortliche für diese Umsetzung zu einem bestimmten Erfolg verpflichtet werde. Da für diese operative Umsetzung Vertragsanpassungen und entsprechende Verhandlungen mit der Terna S.p.A. notwendig seien, welche eine bestimmte Zeit in Anspruch nehmen würden, müsse sie der Auffassung der Vorinstanz entgegenhalten, dass dies innerhalb von rund zwei Monaten nicht zu bewerkstelligen sei, woraus ihr ein Rechtsnachteil in Form der gemäss Ziffer 3 der Teilverfügung vorbehaltenen Schadloshaltung erwachsen würde. Die Umsetzungsfrist sei derart unangemessen kurz bemessen, sodass es ihr gar nicht möglich sei, die notwendigen vertraglichen und technischen Anpassungen – selbst unter der Voraussetzung, dass die italienische Seite dazu Hand biete – vorzunehmen. Aus diesen Gründen sei eine Umsetzungsfrist von mindestens 6 Monaten notwendig.

**4.2** In ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015 äussert sich die Beschwerdegegnerin nicht zu diesem Punkt.

**4.3** Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015, die Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 der Teilverfügung vom 22. Januar 2015 sei auf 6 Monate ab Rechtskraft des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts festzulegen. Im Weiteren beantragt sie, in der Dispositivziffer 3 der Teilverfügung vom 22. Januar 2015 sei der Passus "spätestens ab 1. Mai 2015" entsprechend mit "spätestens ab 6 Monate nach Rechtskraft des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts" zu ersetzen. Sie führt aus, sie sei im Sinne einer effizienten Umsetzung der neuen Formel damit einverstanden, wenn die Frist – wie neu durch die Beschwerdeführerin beantragt – festgelegt werde und beantragt die diesbezügliche Gutheissung der Beschwerde.

**4.4** Beschwerdeführerin und Vorinstanz sind sich demnach grundsätzlich darin einig, dass die operative Umsetzung der neuen Formel mehr Zeit in Anspruch nehmen kann, als die ursprünglich durch die Vorinstanz eingeräumten zwei Monate. Selbst wenn ihre Ansichten betreffend die notwendige Zeit unterschiedlich sind, so werden letztlich 6 Monate als hinreichend erachtet.

Die Beschwerdeführerin begründet den von ihr geltend gemachte Zeitbedarf im Wesentlichen damit, dass die Vergabe von grenzüberschreitenden Übertragungsnetzkapazitäten aufgrund des Territorialitätsprinzips zwei verschiedenen Rechtsordnungen unterliege und es nicht möglich sei, diese Quoten einseitig hoheitlich festzulegen, da dadurch eine Asymmetrie in der Übertragung entstehe. Um dies zu verhindern, sei die Kooperation des italienischen Netzbetreibers Terna S.p.A. notwendig, was zu möglicherweise lange dauernden Vertragsverhandlungen führen könne. Im Weiteren sei bei ihr auch das Nominationensystem – ein IT-System, welches der Festlegung der Ausnahmekapazität diene und über welches die Nutzung sowie die Kürzung der Merchant Line-Rechte abgewickelt werde – angepasst werden. In diesem Zusammenhang seien Änderungsanfragen beim Lieferanten sowie Anpassungen der Prozesse gegenüber der CASC (Auktionsplattform für grenzüberschreitende Stromflüsse, [www.casc.eu](http://www.casc.eu)) notwendig und ausserdem stünden alle diese Tätigkeiten auch auf der italienischen Seite an, eingeschlossen ein Testbetrieb des neuen Regimes. Daraus ergebe sich, dass mindestens eine Frist von 6 Monaten notwendig sei, um die neue Formel operativ umzusetzen, dies insbesondere auch nur dann, wenn die italienische Seite für Vertragsverhandlungen Hand biete, was wiederum auch nur bei einer symmetrischen Ausgestaltung der Ausnahmekapazität gewährt sein dürfte.

Die Vorinstanz hingegen geht in ihrer Teilverfügung, wie auch in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen davon aus, dass die schweizerische Quote nicht zwingend auf gleiche Weise wie die italienische Quote festgelegt werden müsse – also auch asymmetrisch ausgestaltet werden könne. Bereits heute würden nämlich Ausnahmekapazitäten asymmetrisch abgewickelt. Die Abhängigkeit von einer diesbezüglichen Zustimmung der italienischen Seite sei deshalb nicht zu überschätzen und es handle sich bei der Aushandlung der Verträge weitgehend um eine Formsache. Gemäss den bisherigen Erfahrungen der Vorinstanz in anderen Fällen sei es nämlich ohne weiteres möglich, Kooperationsabkommen innerhalb von ein bis zwei Monaten neu auszuhandeln und symmetrische Bestimmungen seien nicht Voraussetzung für eine operative Umsetzung der neuen Formel.

**4.5** Aufgrund der Tatsachen, dass das italienische Recht gemäss Vorinstanz keine Regelung kennt, welche zu einer symmetrischen Ausgestaltung der Ausnahmekapazitäten respektive der zugehörigen Kooperationsverträge verpflichtet und dass bereits mehrere grenzüberschreitende Übertragungsleitungen zwischen Italien und der Schweiz mit asymmetrischen Ausnahmekapazitäten betrieben werden, erscheint es unwahrscheinlich, dass die italienische Seite auf einer Symmetrie beharren würde. Infolgedessen ist auch nicht ersichtlich, warum eine Frist von 6 Monaten für die Durchführung der von der Beschwerdeführerin geschilderten Aktivitäten zur operativen Umsetzung der Formel nicht ausreichen sollte. Diesbezüglich ist die Argumentation der Vorinstanz – unter Anwendung der Zurückhaltung bei der Beurteilung von fachlichen sowie technischen Fragen (vgl. oben E. 2) – nachvollziehbar und überzeugend. Da eine grundsätzliche Einigkeit besteht, was die notwendige und hinreichende Frist zur Umsetzung betrifft, muss indessen die Frage, ob die Ausgestaltung der Ausnahmekapazität asymmetrisch oder symmetrisch erfolgen kann, auch nicht abschliessend beurteilt werden. Überdies erachtet die Beschwerdeführerin die Umsetzungsfrist insbesondere deshalb als problematisch, weil sie finanzielle Folgen befürchtet, welche sie treffen könnten. Diesbezüglich wurde durch die Vorinstanz jedoch noch nichts verbindlich festgelegt (vgl. oben E. 1.1.1 ff.).

**4.6** Demzufolge ist die Beschwerde in diesem Punkt insofern gutzuheissen, als sich die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz in einer Frist von 6 Monaten ab Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zur operativen Umsetzung der Formel einig sind. Betreffend eine darüber hinausgehende Frist ist die Beschwerde abzuweisen. Die Teilverfügung ist im von der Vorinstanz beantragten Sinne anzupassen.

## **5.**

Abschliessend bleibt über die Verfahrenskosten und allfällige Parteientschädigungen zu befinden.

**5.1** Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG).

**5.1.1** Die Beschwerdeführerin unterliegt im vorliegenden Fall insoweit, als ihr Begehren, eine über 6 Monate hinausgehende Frist zur operativen Umsetzung der neuen Formel zu gewähren, abzuweisen ist. Ausserdem wird auf ihr Begehren, die Dispositiv-Ziffer 3 aufzuheben, nicht eingetreten. Sie hat demzufolge die auf Fr. 3'500.-- festgesetzten Verfahrenskosten in reduziertem Umfang in der Höhe von Fr. 2'000.-- zu tragen. Diese werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- verrechnet. Im Übrigen ist ihr der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.-- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

**5.1.2** Der Vorinstanz können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**5.1.3** Gemäss Art. 6 Bst. b des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2] können einer Partei, welcher keine unentgeltliche Prozessführung gewährt wird, die Verfahrenskosten ganz oder teilweise erlassen werden, wenn andere Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.58 ff.).

Die Beschwerdegegnerin hat gegen die Teilverfügung vom 22. Januar 2015 keine Beschwerde erhoben und wurde im vorliegenden Beschwerdeverfahren gegen ihren Willen zur Prozesspartei (vgl. oben E. 1.5). Auch wurde ihrem Antrag entsprechend auf die Beschwerde in einem Punkt nicht eingetreten (vgl. oben E. 1.1.3). In Anbetracht dieser Umstände erweist es sich als verhältnismässig und gerechtfertigt, der Beschwerdegegnerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

**5.2** Den nicht anwaltlich vertretenen Parteien ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.65 ff.).

## Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

### 1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Die neue Dispositiv-Ziffer 2 lautet somit:

"2. Die vom Netzzugang ausgenommene Netzkapazität für die Merchant Line Campocologno – Tirano berechnet sich nach der folgenden Formel:

$$P_{L\text{ reserviert}}[MW] = 75[MW] + 37.5[MW] + \min\left\{37.5, 37.5 \times \frac{NTC_{t(d-2)}}{NTC_{t(y-1)}} \times \frac{V_{EE(y-1)}}{V_{EE(2008)}}\right\}[MW]$$

Die Swissgrid AG muss die operative Umsetzung der Formel raschestmöglich – in jedem Fall bis 6 Monate nach Rechtskraft dieses Entscheides – vornehmen und den Zeitpunkt allen Betroffenen sowie der EICom bekanntgeben. Die neue Formel ist ab diesem Zeitpunkt zwingend anzuwenden."

### 2.

Der Beschwerdeführerin werden reduzierte Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.-- zur Bezahlung auferlegt. Dieser Betrag wird dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'500.-- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'500.-- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontoverbindung bekannt zu geben.

### 3.

Der Beschwerdegegnerin werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

### 4.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 237-00010; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter

Stephan Metzger

**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 Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: