

Benedikt Pirker / Astrid Epiney

**Zur vorrangigen Vergabe von Stromübertragungs-
kapazitäten bei „Grenzkraftwerken“ -
Anwendbarkeit und Verhältnis von
schweizerischem, Völker- und Unionsrecht**

2015

Cahiers fribourgeois de droit européen no 19
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 19

Benedikt Pirker/ Astrid Epiney

**Zur vorrangigen Vergabe von Stromübertragungs-
kapazitäten bei „Grenzkraftwerken“ -
Anwendbarkeit und Verhältnis von
schweizerischem, Völker- und Unionsrecht**

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

Editeur / Herausgeber

Institut de droit européen / Institut für Europarecht
Avenue de Beauregard 11
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

www.unifr.ch/ius/euroinstitut

Juli 2015

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

Inhaltsverzeichnis

<i>A. Einleitung und Problemstellung</i>	<i>1</i>
<i>B. Zu den Rechtsgrundlagen eines Anspruchs auf Vorrang für Ergielieferungen</i>	<i>3</i>
I. Zu den Anspruchsgrundlagen	3
1. Nationales Recht	3
a) Art. 17 Abs. 2 StromVG	4
aa) Zum Begriff der internationalen Bezugs- und Lieferverträge in Art. 17 Abs. 2 StromVG	5
bb) Zum Begriff der „Lieferungen nach Artikel 13 Absatz 3“ in Art. 17 Abs. 2 StromVG	9
cc) Zur Reichweite des Vorrangbegriffes in Art. 17 Abs. 2 StromVG	11
b) Sonstige Rechtsquellen	14
aa) Gewohnheitsrecht als Rechtsgrundlage	15
bb) Vertrauensschutz als Rechtsgrundlage	15
2. Völkerrecht	18
a) Zum Freihandelsabkommen	18
aa) Zur Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens	18
bb) Zu den materiellen Vorgaben des Freihandelsabkommens	19
b) Zu den Staatsverträgen über Grenzgewässer	22
c) Zum Energiechartavertrag	27
aa) Zur Anwendbarkeit des Energiechartavertrags	28
bb) Zu den materiellen Vorgaben des Energiechartavertrags	31
3. Konzessionen	37
a) Zum Inhalt der Konzessionen	38
b) Zum möglichen Eingriff in wohlerworbene Rechte	40
II. Verhältnis der Rechtsgrundlagen und anwendbares Recht	42
1. Zum anwendbaren Recht	43
2. Exkurs: Zur Anwendbarkeit des Unionsrechts und zu dessen Vorgaben	45
a) Der Energiechartavertrag als völkerrechtlicher Vertrag der Union	46

b) Die Staatsverträge über Grenzgewässer als Altverträge nach Art. 351 Abs. 1 AEUV	49
3. Zum Verhältnis der anwendbaren Rechtsgrundlagen.....	52
III. Fazit: Reichweite eines Rechtsanspruches auf Vorrang für Energielieferungen.....	54
<i>C. Zum Vorliegen eines Anspruchs auf Entschädigung bei materieller Enteignung.....</i>	<i>56</i>
I. Zur Frage der materiellen Enteignung nach schweizerischem Recht	56
1. Schutzbereich.....	56
2. Zur Zulässigkeit einer Eigentumseinschränkung	57
3. Zum Vorliegen einer materiellen Enteignung	58
II. Zur schiedsgerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen im Rahmen des Energiechartavertrages	60
<i>D. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung.....</i>	<i>61</i>
<i>E. Rechtsakte und Materialien.....</i>	<i>64</i>
<i>F. Literatur</i>	<i>66</i>
<i>G. Abkürzungen.....</i>	<i>69</i>

A. Einleitung und Problemstellung

Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung ist eine umfassende technische und energie-wirtschaftliche Abklärung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission über die **Grenzkraftwerke** der Schweiz, in deren Rahmen sich bestimmte rechtliche Fragen zu momentan gewährten **Vorrangrechten** dieser Kraftwerke bei der **Vergabe von Grenzkapazitäten** ergeben haben. Während grundsätzlich aufgrund der zu knapp vorhandenen Kapazität bei grenzüberschreitenden Energielieferungen¹ generell Kapazitäten mit marktorientierten Verfahren, häufig in Form von Auktionen,² vergeben werden, verfügen bestimmte Wirtschaftsteilnehmer (in der Regel die Betreibergesellschaften der Grenzkraftwerke) über auf unterschiedliche Art rechtlich begründete Vorrangrechte. Sie sind nicht dem Auktionssystem unterworfen, sondern ihnen wird **ein Teil der Grenzkapazität kostenlos und vorrangig zur Verfügung gestellt**. In diesem Zusammenhang wurde von Seiten der deutschen Übertragungsnetzbetreiber bereits ein Gutachten angefordert, das insbesondere zu internationalen Bezugs- und Lieferverträgen als **Rechtsgrundlage** derartiger Vorrangrechte Stellung bezog. Da in diesem Gutachten im Ergebnis eine **Aufhebung** dieser Vorrangrechte hauptsächlich aufgrund der Vorgaben des – in der Schweiz nicht anwendbaren – Unionsrechts als rechtlich erforderlich angesehen wurde, ist nunmehr die Situation aus der Perspektive der Schweiz zu prüfen.

Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend im Einzelnen untersucht werden, ob und auf welcher **Rechtsgrundlage** derartige Vorrangrechte bestehen (können) sowie der Möglichkeit der **Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen** wegen eines womöglich in Zukunft **entzogenen Vorranganspruchs** nachgegangen werden. Dabei wird zugleich – soweit angemessen – zu den Ergebnissen des genannten ersten Gutachtens Stellung bezogen.

Damit ergibt sich auch der Aufbau der Untersuchung: In einem ersten Schritt sind das Vorliegen und der etwaige Umfang von Rechtsansprüchen auf Vorrang bei der Vergabe von Grenzkapazitäten anhand der verschiedenen (potenziell) einschlägigen Rechtsgrundlagen sowie das Verhältnis zwischen letzteren zu prüfen (B.). Auf dieser Grundlage kann dann näher dargestellt werden, inwieweit sich besagte Ansprüche im Falle eines Erlöschens des Vorranges als Anspruch auf Entschädigung wegen materieller Enteignung geltend machen lassen (C.). Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schliesslich in Thesenform zusammengefasst, an die sich eine kurze Schlussbetrachtung anschliesst (D.).

Dabei kann es im gegebenen Rahmen allerdings nur darum gehen, die generell anwendbaren Regeln aufzuzeigen, die dann an die jeweilige Situation eines Grenzkraftwerks angepasst angewendet werden können. Individuelle technische und faktische Besonderheiten werden dabei allerdings soweit möglich berücksichtigt

¹ Vgl. allgemein zu den Begriffen eines Netzengpasses und des sogenannten Engpassmanagements aus ökonomischer und technischer Perspektive *König*, Engpassmanagement, 37 ff.

² Vgl. zu Kapazitätsauktionen *König*, Engpassmanagement, 135 ff.

Während sich in der Praxis die faktische Situation der einzelnen Grenzkraftwerke stark unterscheidet, soll hier vor allem auf die zur Lösung der gestellten Rechtsfragen relevanten Aspekte eingegangen werden. Einige Kraftwerke beanspruchen so z.B. ihnen möglicherweise zustehende Kapazitätsrechte nicht. Dessen ungeachtet soll auch in solchen Fällen die Rechtslage geklärt werden. Bei anderen Kraftwerken bestehen technische Lösungen, die es ermöglichen, einen grenzüberschreitenden Transport der erforderlichen elektrischen Energie zu vermeiden, wodurch sich die Vorrangproblematik praktisch nicht stellt. Gleichwohl zielt die vorliegende Untersuchung darauf ab, aus rechtlicher Sicht das Bestehen bzw. den Umfang derartiger Rechte auf vorrangige Kapazitätszuweisung zu untersuchen und darzustellen.

Auch ist festzuhalten, dass gemäss Auskunft der Elektrizitätskommission in der Praxis für Energietransporte in der Richtung Schweiz – Deutschland nur selten Engpässe bestehen, während dies umgekehrt beim Import von Energie aus Deutschland in die Schweiz wesentlich häufiger der Fall ist. Um den aufgeworfenen Fragen gerecht zu werden, werden trotzdem jeweils die Vorrangrechte in beide Richtungen herausgearbeitet.

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein durch die Verfasser im Auftrag der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (ElCom) erstelltes Gutachten zurück. Inhaltlich handelt es sich aber um ein unabhängiges Gutachten: Die Verfasser wurden ausdrücklich nicht auf eine vorgefasste Ansicht oder ein vorgegebenes Ergebnis verpflichtet, sondern um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten.

Im Einzelnen wurden die zu untersuchenden Fragestellungen wie folgt formuliert:

- „(1) Kann ein Anspruch auf Vorrang für Energielieferungen aus Art. 17 Abs. 2 StromVG, direkt aus einem Staatsvertrag, insbesondere aus Art. 7 Energiecharta oder dem Freihandelsabkommen, oder aus einer Konzession abgeleitet werden? Wenn ja, in welchem Umfang (MW) und in welche Richtung (Ausland > CH, CH > Ausland)?
- (2) Entstehen aufgrund der Tatsache, dass bisher Vorränge gewährt wurden, Ansprüche (z.B. gestützt auf Gewohnheitsrecht oder Vertrauensschutz)?
- (3) Gelten allfällige Vorränge für die Schweizer und für die ausländische Quote?
- (4) Das Gutachten Gleiss Lutz folgert, dass eine vorrangige Kapazitätsvergabe nach deutschem öffentlichen Recht mit Blick auf Art. 16 Abs. 1 EU-Stromhandelsverordnung unzulässig ist. Welches materielle Recht kommt bei der Kapazitätsvergabe im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz nach dem Territorialitätsprinzip zur Anwendung, EU-Recht, ausländisches Recht oder schweizerisches Recht? In welchem Verhältnis dazu steht der Energiechartavertrag? An welche Sachverhaltselemente ist anzuknüpfen? Welcher Staat ist für die Rechtsanwendung zuständig?
- (5) Wie beurteilen Sie die Möglichkeit der Geltendmachung eines Anspruchs aus materieller Enteignung gegenüber der Schweizerischen Eidgenossenschaft durch die Betroffenen:
 - a. für den Fall, dass Ansprüche auf Vorrang für Energielieferungen im Zeitpunkt der Vereinbarung Bestand hatten und inzwischen durch Rechtsänderungen (falls ja: welche Rechtsänderung?) untergegangen sind?
 - b. für den Fall, dass diese Ansprüche heute noch bestehen (falls ja: welche Rechtsgrundlagen vermitteln diese Ansprüche?) und allenfalls durch künftige Rechtsänderungen untergehen?“

Der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom, insbesondere Herrn *André Hügli*, Herrn *Stefan Renfer* und Herrn *Renato Tami*, sei an dieser Stelle für das dem Institut für Europarecht und den Verfassern entgegen gebrachte Vertrauen und für die ausgesprochen angenehme Zusammenarbeit, insbesondere in Bezug auf die Erläuterung des technischen und energiewirtschaftlichen Hintergrunds der vorliegenden Problemstellung, herzlich gedankt.

B. Zu den Rechtsgrundlagen eines Anspruchs auf Vorrang für Energielieferungen

Im vorliegenden Abschnitt sind als Erstes die verschiedenen möglichen Rechtsgrundlagen daraufhin zu untersuchen, wie weit jeweils ein Anspruch auf Vorrang bei grenzüberschreitenden Energielieferungen auf ihnen begründet werden kann (I.). Sind die Anspruchsgrundlagen herausgearbeitet, kann auf deren Verhältnis zueinander bzw. auf die Reichweite der Anwendung der jeweiligen Rechtsgrundlage bei der grenzüberschreitenden Problematik von Vorrängen eingegangen werden (II.). Auf dieser Grundlage werden letztlich die vorliegenden Ansprüche zusammenfassend dargestellt (III.).

I. Zu den Anspruchsgrundlagen

Als Rechtsgrundlagen für einen Anspruch auf Vorrang für Energielieferungen kommen Bestimmungen bzw. Grundsätze in verschiedenen Rechtsordnungen bzw. auf der Grundlage unterschiedlicher Rechtsbeziehungen in Betracht, so in erster Linie nationales (schweizerisches) Recht, insbesondere das schweizerische Stromversorgungsgesetz (StromVG), aber auch Gewohnheitsrecht und Vertrauensschutz als sonstige Rechtsgrundlagen (1.),³ Völkerrecht, insbesondere das Freihandelsabkommen Schweiz-EU (FHA) von 1972,⁴ der Energiechartavertrag (EnCV)⁵ und weitere Staatsverträge im Bereich der Grenzwassernutzung (2.) und die Konzessionen, auf deren Grundlage den Grenzkraftwerken Sonderrechte eingeräumt wurden (3.).

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass privatrechtliche Fragen zu den internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, wie sie sich im Gutachten *Gleiss Lutz* stellten, mangels Relevanz nicht in ähnlich umfassender Weise behandelt werden. Unionsrecht wird mangels Anwendbarkeit ebenso nur soweit Platz eingeräumt, als dies für die Beantwortung der gestellten Fragen erforderlich ist.

1. Nationales Recht

Im nationalen Recht könnte einerseits Art. 17 Abs. 2 StromVG in unserem Zusammenhang als Rechtsgrundlage einschlägig sein (a). Andererseits ist auf Gewohnheitsrecht und Vertrauensschutz als sonstige Rechtsgrundlagen einzugehen (b).

³ SR 734.7.

⁴ SR 0.632.401.

⁵ SR 0.730.0.

a) Art. 17 Abs. 2 StromVG

Die im Zusammenhang mit einem Anspruch auf vorrangige Vergabe von Stromübertragungskapazitäten bei Grenzkraftwerken zentrale Bestimmung im schweizerischen Recht ist Art. 17 Abs. 2 StromVG, der einen Vorrang für bestimmte Unternehmen und für bestimmte Lieferungen bei Kapazitätsengpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz vorsieht.

Art. 17 Abs. 2 StromVG lautet:

„Bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz haben Lieferungen auf Grund von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen, die vor dem 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden sind, sowie Lieferungen nach Artikel 13 Absatz 3 Vorrang.“

In der Praxis wird ein Teil der Kapazität für solche Unternehmen bzw. Lieferungen reserviert und im Gegensatz zur übrigen Kapazität bei Kapazitätsengpässen nicht auf der Grundlage von Auktionen versteigert, sondern den betroffenen Unternehmen kostenlos zur Verfügung gestellt.⁶ Grundlage solcher Vorrangansprüche sind häufig internationale Bezugs- und Lieferverträge, die früher zwischen vertikal integrierten Stromversorgungsunternehmen in der Schweiz und z.B. in Deutschland oder Frankreich geschlossen wurden.⁷

Wie aus der parlamentarischen Diskussion zu Art. 17 Abs. 2 StromVG hervorgeht, handelt es sich auch um Verträge bezüglich französischer Energieversorgungsunternehmen oder Produktionsstätten, in die schweizerische Überlandwerke investiert haben. Sie enthalten daher französische Liefer- und schweizerische Bezugspflichten. Ähnlich sind die Verträge mit Italien ausgestaltet, während jene mit Österreich und Deutschland als von „minderer Bedeutung“ eingestuft werden.⁸

In der Praxis bedarf es – im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland – in der Schweiz keiner eigenen Netznutzungsverträge, d.h. einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Swissgrid und den jeweils Berechtigten.⁹ Für Swissgrid besteht aufgrund von Art. 17 Abs. 2 StromVG eine gesetzliche Verpflichtung, den Vorrang zu gewähren.

Die genaue rechtliche Tragweite des Art. 17 Abs. 2 StromVG erschliesst sich zunächst durch die beiden (alternativ zu verstehenden) Konstellationen, in denen ein Vorrang zu gewähren ist bzw. sein könnte:

- Einerseits ist ein solcher Vorrang für vor einem Stichtatum (31.10.2002) abgeschlossene internationale Bezugs- und Lieferverträge vorgesehen, so dass dem genauen Bedeutungsgehalt dieses Begriffs nachzugehen ist (aa). Dabei fragt es sich in erster Linie, ob auch völkerrechtliche Verträge zwischen der Schweiz und Nachbarstaaten unter diesen Begriff subsumiert werden können, so dass zu untersuchen ist, ob dieser auch, abgesehen von den typischen privatrechtlichen Verträgen, Vereinbarungen wie

⁶ Vgl. näher hierzu *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 18.

⁷ Siehe die Übersicht bei *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 14 ff.

⁸ Ständerat vom 3. Oktober 2006, AB 2006, 847.

⁹ *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 26.

Konzessionen oder völkerrechtliche Verträge, die ähnliche Elemente enthalten, erfasst bzw. erfassen kann. Auch ist zu beleuchten, ob daher Grenzkraftwerke erfasst sind.

- Andererseits handelt es sich bei mit Wasserkraft operierenden Grenzkraftwerken um Erzeuger von erneuerbaren Energien, deren Lieferungen nach Art. 13 Abs. 3 lit c StromVG i.V.m. Art. 17 Abs. 2 StromVG Vorrang geniessen, so dass Vorrangansprüche auch auf dieser Grundlage zumindest auf der schweizerischen Seite¹⁰ begründet sein könnten und daher auch der genauen Tragweite dieser tatbestandlichen Voraussetzung nachzugehen ist (bb).

Theoretisch wäre denkbar, vorrangig Speicherfunktionen erfüllende Kraftwerke, d.h. Pumpspeicherkraftwerke, hier unterschiedlich von z.B. Flusskraftwerken zu behandeln. Da jedoch im schweizerischen Recht keine solche Unterteilung bei der rechtlichen Einstufung von Wasserkraft als erneuerbare Energiequelle vorgenommen wird,¹¹ sind auch hier keine Anhaltspunkte für ein solches Vorgehen ersichtlich.

Schliesslich bedarf die Tragweite des Begriffs des Vorrangs in Art. 17 Abs. 2 StromVG und damit die Rechtsfolge – sollte eine der beiden genannten Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Art. 17 Abs. 2 StromVG bejaht werden – näherer Analyse (cc).

Bei der Auslegung des schweizerischen Rechts ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Methodenpluralismus zu verfolgen.¹² Ein Gesetz ist so „aus sich heraus“ und „pragmatisch orientier[t]“ auszulegen, ohne dass zwischen einzelnen Auslegungsmethoden eine Hierarchie bestehe.¹³ Um den Gehalt des Art. 17 Abs. 2 StromVG zu erschliessen, bietet sich somit in der Folge – auf der Grundlage dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung – eine pragmatisch orientierte Anwendung und Gewichtung verschiedener Auslegungsmethoden an.

aa) Zum Begriff der internationalen Bezugs- und Lieferverträge in Art. 17 Abs. 2 StromVG

Der Begriff der internationalen Bezugs- und Lieferverträge erfasst jedenfalls privatrechtliche Verträge, die typischerweise von vertikal integrierten Stromversorgungsunternehmen untereinander geschlossen wurden.¹⁴ Fraglich könnte hingegen sein, ob auch noch weitere Verträge – also insbesondere solche, in denen ein oder mehrere Staaten (auch) Vertragsparteien sind – unter diesen Begriff zu subsumieren sind bzw. ob und inwieweit dieser (allgemein) zu präzisieren bzw. einzugrenzen ist. Im Ergebnis sprechen jedoch die besseren Gründe für eine weite Auslegung des Begriffs der Bezugs- und Lieferverträge:

¹⁰ Da das schweizerische Recht keine rechtlichen Regelungen auf fremdem, z.B. deutschem Staatsgebiet treffen kann, siehe hierzu Abschnitt B.II.1.

¹¹ Vgl. die identischen Definitionen erneuerbarer Energien in Art. 4 Abs. 1 lit. c StromVG und Art. 1 lit. f EnV (SR 730.01).

¹² Siehe z.B. BGE 131 III 314 E. 2.2; BGE 137 IV 249 E. 3.2.

¹³ BGE 139 III 225 E. 2.2.

¹⁴ *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 16.

- Bereits der Wortlaut der Bestimmung – der erste Anknüpfungspunkt für die Auslegung – deutet eher auf eine weite Auslegung des Begriffs hin. So sagt der Begriff der Bezugs- und Lieferverträge als solcher nichts über die Vertragsparteien aus, die somit auch Staaten sein könnten, so dass Staatsverträge, die Bezugs- und Lieferelemente enthalten, in Frage kommen. Wohl nicht ohne Grund wurde von der Wahl von einschränkenden Begriffen wie Staatsvertrag oder privatrechtlicher Vertrag abgesehen. Die Verwendung des Adjektivs „international“ weist allgemein auf einen notwendigen grenzüberschreitenden Bezugspunkt im jeweiligen Vertrag hin, schliesst jedoch weder Staaten noch Unternehmen als Vertragsparteien grundsätzlich aus.
- Der Kontext der Bestimmung wirkt sich ebenfalls nicht einschränkend aus. In Art. 17 Abs. 2 StromVG wird ein Stichtag festgelegt, wobei nur zuvor abgeschlossene Verträge Vorrang geniessen. Der Stichtag des 31. Oktober 2002 wurde gewählt, da die EU-Regulatoren die Anwendung marktorientierter Zuteilungsverfahren für das Engpassmanagement auf dem Florenz-Forum¹⁵ im November 2002 beschlossen haben und somit davon ausgegangen werden kann, dass bei nach diesem Datum abgeschlossenen langfristigen internationalen Bezugs- und Lieferverträgen die Vertragsparteien den entsprechenden Vertrag in Kenntnis der neuen Rechtslage geschlossen haben; d.h. Rechtssicherheit bietet bei solchen Verträgen keine Begründung für den Vorrang.¹⁶ Auch hier wird in den begleitenden Materialien des Gesetzes jedoch nicht der Kreis von Vertragsparteien definiert oder gar eingeschränkt.¹⁷
- Auch die übrigen Absätze des Art. 17 StromVG enthalten keine einschränkenden Elemente. Rein systematisch kann Art. 17 Abs. 2 StromVG zwar als Ausnahme vom Grundsatz der marktorientierten auktionbasierten Vergabe von Grenzkapazitäten angesehen werden, was im Zweifel grundsätzlich für eine eher enge Auslegung der Bestimmung spricht. Jedoch können auf dieser Grundlage nicht ganze Kategorien von Verträgen – z.B. Staatsverträge oder Konzessionen – vom in Art. 17 Abs. 2 StromVG wohl bewusst offen gewählten Begriff ausgeschlossen werden, da für eine derartige klare Abweichung vom Wortlaut der Bestimmung andere bzw. weitere Erwägungen sprechen müssten. Plausibler erscheint es daher, dem Ausnahmecharakter der Bestimmung durch eine enge Auslegung der nach dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 2 StromVG jedenfalls notwendigen Bezugs- und Lieferelemente im Vertrag sowie durch den geforderten internationalen Bezug Rechnung zu tragen und hier angemessen hohe Ansprüche an diese Elemente zu stellen, die in derartigen Verträgen vorliegen müssen. So kann bereits effektiv vermieden werden, dass ein zu weiter Kreis von Verträgen unter die Ausnahme von Art. 17 Abs. 2 StromVG fällt, ohne dass über den Wortlaut der Bestimmung hinaus bereits der Begriff der Verträge selbst einschränkend auszulegen wäre (wofür, wie erwähnt, keine Anhaltspunkte ersichtlich sind).

¹⁵ Siehe näher zum Florenz-Forum *König*, Engpassmanagement, 178 ff.

¹⁶ Botschaft StromVG, 1656 f.

¹⁷ Siehe Botschaft StromVG, 1656 f.

- Auch die Zielsetzung des StromVG im Allgemeinen und des Art. 17 StromVG im Besonderen kann für eine eher weite Auslegung des Begriffs der Verträge angeführt werden: Das StromVG verfolgt insgesamt eine doppelte Zielsetzung, nämlich eine sichere Elektrizitätsversorgung sicherzustellen und die Voraussetzungen für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen (vgl. Art. 1 Abs. 1 StromVG). Beide Zielsetzungen sind als gleichrangig zu erachten, d.h. soweit eine Betrachtung unter beiden Zielsetzungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, ist auf eine ausgewogene Berücksichtigung beider zu achten.¹⁸ Im Übrigen soll auch die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Elektrizitätswirtschaft gestärkt werden (Art. 1 Abs. 2 lit. b StromVG), was langfristig die Sicherung der Rolle der Schweiz als „Stromdrehscheibe“, des Zugangs zum EU-Strombinnenmarkt und der internationalen Zusammenarbeit im Bereich der Versorgungssicherheit umfasst.¹⁹ Trotz der programmatischen Natur von Art. 1 StromVG über die Zielsetzungen des Gesetzes haben im Rahmen ihres Handelns sowohl Behörden als auch Private, denen Vollzugsaufgaben übertragen sind, grundsätzlich beiden Zielsetzungen Rechnung zu tragen.²⁰ Die Zielsetzung insbesondere des Art. 17 Abs 1 StromVG, der den Grundsatz festlegt, demzufolge die nationale Netzgesellschaft die grenzüberschreitende Übertragungskapazität nach marktorientierten Verfahren wie z.B. Auktionen zuteilen kann, wenn die Nachfrage die verfügbare Kapazität übersteigt, lässt sich vor diesem Hintergrund als den Markt- und Wettbewerbsgedanken stärkend ansehen, da eine nichtdiskriminierende Verteilung der verfügbaren Übertragungskapazität angestrebt wird. Durch Art. 17 Abs. 2 StromVG wird von diesem Ziel abgewichen, um einerseits Rechtssicherheit für vor dem Stichtag geschlossene, langfristige Verträge über Elektrizitätslieferung zu sichern, aber andererseits auch die Versorgungssicherheit der Schweiz als zweite wichtige Zielsetzung des StromVG zu erreichen. Um beiden Zielen gerecht zu werden, kann daher wohl trotz des Ausnahmecharakters der Bestimmung keine allzu reduktionistische Auslegung von Art. 17 Abs. 2 StromVG vorgenommen werden, die eine Vielzahl von Verträgen ausschliesse.²¹ Jedoch ist bei der Gewährung des Vorrangs wiederum auf Aspekte der Versorgungssicherheit abzustellen, wie beim Umfang des zu gewährenden Vorrangs noch zu erörtern sein wird.²²

Insgesamt kann so im Ergebnis festgehalten werden, dass trotz des Ausnahmecharakters von Art. 17 Abs. 2 StromVG der Begriff der „internationalen Bezugs- und Lieferverträge“ insofern nicht eng auszulegen sein dürfte, als er zumindest grundsätzlich auch Staatsverträge oder

¹⁸ Weber/Kratz, Stromversorgungsrecht, 5.

¹⁹ Botschaft StromVG, 1617.

²⁰ Weber/Kratz, Stromversorgungsrecht, 10.

²¹ Insbesondere ist der Rechtssicherheit wohl gebührend Rechnung zu tragen, da bezüglich Art. 17 Abs. 2 StromVG ausdrücklich festgehalten wird, dass die Einrede der Rechtssicherheit nach dem Stichtag nicht mehr als Begründung für einen Vorrang geltend gemacht werden kann, so die Botschaft StromVG, 1657. Hieraus kann geschlossen werden, dass dies für zuvor abgeschlossene Verträge eben der Fall sein soll.

²² Hierzu sogleich Abschnitt B.I.1.c.

Konzessionen erfasst, sofern diese Bezugs- und Lieferelemente enthalten und einen internationalen Bezug aufweisen, wobei bei beiden Kriterien ein eher strenger Massstab anzulegen ist. Wie in der Folge noch näher ausgeführt wird, enthalten die betroffenen Konzessionen keine Vorgaben zum Vorrang, aber ansatzweise Bezugs- und Lieferelemente.²³ Ein internationaler Bezug kann bei Grenzkraftwerken, bei denen sich typischerweise zwei Konzessionen der beiden betroffenen Staaten gegenüberstehen und teils sogar ein Staatsvertrag zusätzliche relevante Regelungen trifft, wohl meist als gegeben angesehen werden.

Bei Staatsverträgen stellen typischerweise weder der internationale Bezug noch das Kriterium der Bezugs- und Lieferelemente Schwierigkeiten dar.²⁴ Soweit allerdings Vorrangansprüche staatsvertraglich verankert sind, ist ohnedies auf letztere Verträge bevorzugt zurückzugreifen, da ihnen im Falle eines Konflikts Vorrang in der Anwendung vor dem rein landesrechtlich verankerten Art. 17 Abs. 2 StromVG zukäme bzw. Art. 17 Abs. 2 StromVG in ihrem Lichte ausgelegt werden kann und muss,²⁵ ganz abgesehen davon, dass Art. 17 Abs. 2 StromVG selbst – soweit vor dem 31.10.2002 abgeschlossene Verträge betroffen sind – letztlich auf diese verweist.

Die schweizerischen Grenzkraftwerke sind somit zumindest grundsätzlich von Art. 17 Abs. 2 StromVG erfasst, da jeweils Konzessionen oder Staatsverträge als internationale Bezugs- und Lieferverträge im Sinne des Art. 17 Abs. 2 StromVG vorliegen. Dafür spricht auch die parlamentarische Diskussion rund um Art. 17 Abs. 2 StromVG. Im Rahmen dieser werden 23 Grenzkraftwerke als unter die Bestimmung fallend gesehen, unter Zuhilfenahme des Art. 13 Abs. 3 c StromVG. Zwar wird konkret als Beispiel nur über ein bestimmtes, von einem Staatsvertrag erfasstes Grenzkraftwerk gesprochen, jedoch zugleich auch allgemein über Wasserkraft aus Grenzgewässern.²⁶ Auch die bisherige Entscheidungspraxis der Elektrizitätskommission weist in die Richtung, dass Grenzkraftwerke unter Art. 17 Abs. 2 StromVG fallen. So entschied die Elektrizitätskommission in einem konkreten Fall, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 17 StromVG „bewusst“ davon ausgegangen sei, ein Grenzkraftwerk könne, gestützt auf einen entsprechenden Staatsvertrag, Vorrang geltend machen.²⁷

Offen bleibt hingegen die Frage der Richtung und des Umfangs des gegebenenfalls zu gewährenden Vorrangs. Bezüglich der Richtung, in welcher Vorrang bei internationalen Bezugs- und Lieferverträgen anzuwenden ist, trifft Art. 17 Abs. 2 StromVG keine ausdrückliche Regelung, sondern schreibt lediglich die gesetzliche Vorrangregelung fest. Somit sind Richtung und Umfang des konkreten Vorrangs im Einzelfall anhand des einschlägigen Vertrages zu bestimmen.

²³ Siehe Abschnitt B.I.3.a.

²⁴ Siehe hierzu noch näher Abschnitt B.I.2.c.

²⁵ Hierzu näher Abschnitt II.3.

²⁶ So *Schmid-Sutter*, Ständerat vom 3. Oktober 2006, AB 2006, 847, der zugleich noch auf eine entsprechende Stellungnahme des Bundespräsidenten sowie der zuständigen Kommission verweist.

²⁷ Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Rn. 24.

bb) Zum Begriff der „Lieferungen nach Artikel 13 Absatz 3“ in Art. 17 Abs. 2 StromVG

Art. 17 Abs. 2 StromVG gewährt auch Vorrang für „Lieferungen nach Artikel 13 Absatz 3“. Art. 13 Abs. 3 StromVG regelt allgemein im Rahmen der Frage des Netzzugangs den Vorrang bestimmter Lieferungen bei der Zuteilung von Kapazitäten. Art. 13 Abs. 3 lit. a führt so Lieferungen an Endverbraucher nach Art. 6 Abs. 1 auf, wobei es sich hauptsächlich um Haushalte als feste Endverbraucher handelt, während Art. 13 Abs. 3 lit. b Lieferungen an Endverbraucher nach Art. 7 Abs. 1 erwähnt, d.h. Endverbraucher, die trotz entsprechender Wahlmöglichkeit von ihrem Netzzugangsrecht keinen Gebrauch machen. Art. 13 Abs. 3 lit. c schliesslich begründet einen Vorrang für „Lieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, insbesondere Wasserkraft“. Gemäss Art. 13 Abs. 3 StromVG ist den drei Lieferungsarten untereinander gemäss ihrer Auflistung Priorität zu gewähren.

Zwar äussern sich Literatur und begleitende Materialien des StromVG nicht näher zu Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG. Durch den Verweis in Art. 17 Abs. 2 StromVG auf Art. 13 Abs. 3 in seiner Gesamtheit könnte aber davon ausgegangen werden, dass auch Lieferungen aus erneuerbaren Energien Vorrang zu gewähren ist, insbesondere wenn es sich um die derart hervor gehobene Wasserkraft als Energiequelle handelt. Grenzkraftwerke wären daher auf dieser Grundlage in der Lage, einen Vorrang bei der grenzüberschreitenden Kapazitätsvergabe geltend zu machen. Zur Frage des Umfangs des Vorrangs wird keine ausdrückliche Vorgabe in Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG getroffen. Grundsätzlich wäre somit von Seiten der Schweiz der gesamte zum Export bestimmte Anteil an erzeugter erneuerbarer Energie eines Grenzkraftwerkes mit Vorrang bei der Zuteilung von Grenzkapazität zu behandeln.

Jedoch überzeugt eine so umfassende Vorranggewährung aufgrund des Ausnahmecharakters von Art. 17 Abs. 2 StromVG nicht. Wie zuvor erörtert, dient die Ausnahmebestimmung des Art. 17 Abs. 2 StromVG primär dazu, Rechtssicherheit für Investitionen wie die vor dem Stichtag geschlossenen, langfristigen Verträge über Elektrizitätslieferung sowie die Versorgungssicherheit der Schweiz sicherzustellen. Somit ist nicht allen Lieferungen aus erneuerbarer Energie Vorrang zu gewähren, sondern jenen, die mit diesen Zielsetzungen in ausreichend engem Zusammenhang stehen. Nur in Fällen, in denen der Vorrang als Teil des Schutzes einer getätigten Investition dient, d.h. zu Zwecken der Rechtssicherheit gewährt werden muss, dürften Lieferungen aus erneuerbarer Energie von Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG, soweit es zu Zwecken der Rechtssicherheit erforderlich ist, erfasst sein. Hierfür spricht auch die bereits zuvor erwähnte parlamentarische Diskussion rund um die beiden Bestimmungen, die sich auf Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG nicht als unabhängige Bestimmung und Rechtsgrundlage, sondern nur als verstärkendes Argument stützt, um zu begründen, warum Grenzkraftwerke als Wasserkraftwerke jedenfalls unter Art. 17 Abs. 2 StromVG fallen.²⁸

²⁸ Schmid-Sutter, Ständerat vom 3. Oktober 2006, AB 2006, 847.

Auch bezüglich des Umfangs eines zu gewährenden Vorrangs ist somit darauf abzustellen, inwieweit im Rahmen einer aus Gründen der Rechtssicherheit zu schützenden Investition erneuerbare Energie erzeugt wird. In der Praxis sind somit zu diesem Zweck wohl die anwendbaren internationalen Bezugs- und Lieferverträge zu konsultieren, um die tatsächlich zu gewährenden Vorrangansprüche zu ergründen.

Trotz des Fehlens einer diesbezüglichen ausdrücklichen Vorgabe ist hinsichtlich der Richtung des Vorranges davon auszugehen, dass Art. 17 Abs. 2 StromVG als schweizerisches Gesetz die Frage des Vorrangs beim grenzüberschreitenden Transport erneuerbarer Energie, die in Grenzkraftwerken auf schweizerischer Seite produziert und in Richtung Ausland exportiert werden soll, regelt, da für die Lieferung innerhalb der Schweiz keine grenzüberschreitende Kapazität benötigt wird und keine Regelung für auf z.B. deutscher Seite erzeugte Energie getroffen werden kann. Auch die parlamentarische Diskussion zum Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG hält deutlich fest, dass es sich hier um Exportlieferungen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, „namentlich“ auch aus der Nutzbarmachung von Grenzgewässern, handle.²⁹

Indes bleibt noch fraglich, inwieweit ein Hierarchieverhältnis zwischen den beiden möglichen Grundlagen für einen Vorrang besteht, was sich z.B. bei einem Grenzkraftwerk, das aus Wasserkraft Energie produziert und zugleich auf der Grundlage eines Staatsvertrages Vorrang beim Export von Elektrizität beanspruchen könnte, relevant sein könnte. In der Praxis dürfte jedoch, wie zuvor erörtert, der abzuleitende Vorranganspruch aus Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG sich nicht von jenem aus dem einschlägigen internationalen Bezugs- und Liefervertrag unterscheiden, womit sich die Beantwortung der Hierarchiefrage erübrigt.

Rein theoretisch haben im Verhältnis zu internationalen Lieferungen, d.h. jenen die auf den zuvor besprochenen Bezugs- und Lieferverträgen beruhen, Lieferungen zur Versorgung inländischer Endverbraucher, d.h. im Sinne von Art. 13 Abs. 3 lit. a und b StromVG, jedenfalls Vorrang.³⁰ Nichts ausgesagt wird hier hingegen zur Stellung von Lieferungen aus erneuerbaren Energien nach Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG. Hier liesse sich lediglich *e contrario* argumentieren, dass derartige Lieferungen jenen aufgrund von Bezugs- und Lieferverträgen nicht ausdrücklich vorgezogen werden und ihnen daher nachzuordnen seien. Jedoch bleibt die Überzeugungskraft einer solchen *e contrario* Begründung begrenzt, geht es doch um zwei verschiedene Bestimmungen, und in Art. 17 Abs. 2 StromVG finden sich – im Gegensatz zu Art. 13 Abs. 3 StromVG – keinerlei Anhaltspunkte für ein irgendwie geartetes Hierarchieverhältnis zwischen den beiden möglichen Tatbestandsalternativen. Daher ist eher davon auszugehen, dass keine eindeutige Regelung im Gesetz getroffen wurde und ein irgendwie geartetes Hierarchieverhältnis nicht begründet werden kann.

Im Ergebnis dürfte somit, da sich keine klare Hierarchie der Vorranggrundlagen feststellen lässt, dem Grenzkraftwerksbetreiber eine Wahl offenstehen, auf welche der beiden verfügbaren gesetzlichen Grundlagen er den eigenen Vorrang begründen will. In der Praxis ist wohl davon auszugehen, dass sich kein Unterschied im Vorranganspruch ergibt, da sich die eigen-

²⁹ Ständerat vom 3. Oktober 2006, AB 2006, 847.

³⁰ Botschaft StromVG, 1656.

ständige Bedeutung des Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG als gering – nämlich primär als verstärkendes Argument zur Erfassung von Grenzkraftwerken im Rahmen des Art. 17 Abs. 2 StromVG – erweist und ohnedies auf einen anwendbaren internationalen Bezugs- und Liefervertrag abzustellen ist.

cc) Zur Reichweite des Vorrangbegriffes in Art. 17 Abs. 2 StromVG

Liegt eine der beiden tatbestandlichen Alternativen des Art. 17 Abs. 2 StromVG vor, sieht diese Vorschrift für solche Lieferungen – als Rechtsfolge – einen „Vorrang“ vor. Dieser Begriff wird in der Vorschrift nicht definiert, so dass die Frage aufgeworfen wird, was unter Vorrang im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist, eine Fragestellung, die unter Rückgriff auf die vorangehenden Abklärungen³¹ insbesondere in Anknüpfung an Wortlaut, Kontext und Zielsetzung der Vorschrift bzw. des Begriffs zu erörtern ist.

Der Begriff des Vorrangs selbst bietet gewisse erste Anhaltspunkte. In der Praxis wird, wie erläutert, ein Teil der Grenzkapazität faktisch von der Vergabe mittels Auktionen ausgeschlossen und den Anspruchsberechtigten kostenlos zur Verfügung gestellt. Rein begrifflich ist in „Vorrang“ lediglich eine irgendwie geartete bevorzugte Behandlung gegenüber anderen nachrangigen Lieferungen angelegt. Um so eine vorrangige Zurverfügungstellung von Grenzkapazität zu gewährleisten, ist aber grundsätzlich ein Ausschluss von der Vergabe durch Auktionen unabdingbar, da ansonsten stets die Möglichkeit besteht, überboten zu werden. Auch ist erforderlich, die entsprechende Kapazität kostenlos zur Verfügung zu stellen, da ansonsten selbst bei besonders vorteilhaften Tarifen für Vorrangberechtigte im Falle sehr niedriger Preise bei der Vergabe von Kapazität im Auktionsverfahren faktisch eine Gleichbehandlung von vorrangig reservierter Kapazität mit der übrigen Kapazität die Folge wäre.

Näheres ergibt sich aus weiteren Elementen des Art. 17 Abs. 2 StromVG. Art. 17 Abs. 1 StromVG als Kontext legt den Grundsatz fest, demzufolge die nationale Netzgesellschaft die grenzüberschreitende Übertragungskapazität nach marktorientierten Verfahren wie z.B. Auktionen zuteilen kann, wenn die Nachfrage die verfügbare Kapazität übersteigt.

Als derartige Verfahren gelten neben Versteigerungen auch Countertrading und Redispatching.³² Momentan finden jedoch an den Aussengrenzen der Schweiz nur Kapazitätsauktionen statt.

Art. 17 Abs. 2 StromVG kann vor diesem Hintergrund aufgrund einer systematischen Auslegung als Ausnahme verstanden werden. Dies spricht wie zuvor erörtert für eine im Zweifelsfall enge Auslegung der Vorschrift und kann hier auf den Vorrangbegriff angewendet werden.

³¹ Abschnitt B.I.1.a.

³² Wie in Verordnung 1228/2003, ABl. 2003 L 176, 1ff., 10, aufgeführt, auf die auch die Botschaft zum StromVG verweist, Botschaft StromVG, 1656. Vgl. zu beiden Verfahren auch *König*, Engpassmanagement, 151 ff.

In eine ähnliche Richtung gehend können weitere Bestimmungen des Art. 17 StromVG verstanden werden. Art. 17 Abs. 3 StromVG sieht ebenfalls eine Ausnahmebestimmung vor, der zufolge die Nutzung zugeteilter Kapazität ausnahmsweise eingeschränkt werden darf, wenn die Sicherheit des Übertragungsnetzes gefährdet ist und die Netzgesellschaft keine zumutbaren und wirtschaftlich vertretbaren Alternativmassnahmen zum Ausgleich ergreifen kann.³³ Art. 17 Abs. 4 StromVG stellt sicher, dass zugeteilte Kapazität, sofern sie nicht in Anspruch genommen wurde, erneut nach marktorientierten Verfahren zugeteilt werden muss, was dem Prinzip „use-it-or-lose-it“ entspricht.³⁴ So wird erneut auf den Grundsatz marktorientierter Verfahren bei der Zuteilung von Kapazitäten verwiesen, da jegliche Hortung von Kapazitäten verhindert werden soll.

Nach Art. 17 Abs. 5 lit. a-c StromVG dürfen die Einnahmen aus marktorientierten Zuteilungsverfahren nur bestimmten Zwecken zugeführt werden. Diese Zwecke sind die Deckung von Kosten grenzüberschreitender Elektrizitätslieferungen, die nicht einzelnen Verursachern direkt angelastet werden, wie z.B. Kosten für die Gewährleistung der Verfügbarkeit der zugeteilten Kapazität, Aufwendungen für Erhalt und Ausbau des Übertragungsnetzes und die Deckung der anrechenbaren Kosten des Übertragungsnetzes nach Art. 15 StromVG.³⁵ Auch dies kann so verstanden werden, dass im Mittelpunkt eine effiziente Nutzung der Grenzkapazitäten vor dem Hintergrund der Versorgungssicherheit stehen soll, da Einnahmen aus Auktionen nur kapazitätssteigernden oder -erhaltenden Zwecken zukommen dürfen. So soll auch insbesondere eine Quersubventionierung bei vertikal integrierten Energieunternehmen, z.B. im Bereich der Stromerzeugung oder des Stromhandels, verhindert werden.³⁶ Art. 17 Abs. 6 StromVG sieht Ausnahmen beim Netzzugang und bei der Berechnung der anrechenbaren Netzkosten vor; auch diese sollen dazu dienen, Investitionen in neue Netzkapazität zu fördern.³⁷

Insgesamt verfolgt Art. 17 StromVG somit das Ziel, möglichst umfassend grenzüberschreitende Kapazität sicherzustellen, die möglichst effizient, d.h. mithilfe des Marktmechanismus und im Sinne des Wettbewerbsgedankens, zugeteilt werden soll. Als zweites grosses Prinzip, das Ausnahmen von Marktmechanismen wie den Auktionen gestattet, ist die Versorgungssicherheit zu nennen. Teil der Zielbestimmungen des StromVG insgesamt ist überdies die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft.³⁸ Der Schutz der Rechtssicherheit, der ebenfalls im Art. 17 Abs. 2 StromVG zum Ausdruck kommt, ist nicht ausdrücklich in den Zielsetzungen des StromVG niedergelegt, jedoch gleichwohl zu beachten, zumal hier auch ein Bezug zum Vertrauensschutz besteht, soll doch jedenfalls das Vertrauen in das Recht sichergestellt werden.³⁹

³³ Hier muss jedoch einem transparenten und vorgängig veröffentlichten Verfahren gefolgt werden, *Weber/Kratz*, Stromversorgungsrecht, 66.

³⁴ Botschaft StromVG, 1657.

³⁵ *Weber/Kratz*, Stromversorgungsrecht, 67.

³⁶ Botschaft StromVG, 1657.

³⁷ Siehe umfassender hierzu *Weber/Kratz*, Stromversorgungsrecht, 67 f.

³⁸ Art. 1 Abs. 2 lit. b StromVG

³⁹ Zu den Grundsätzen von Vertrauensschutz und Rechtssicherheit sowie ihrem Verhältnis zu einander etwa *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 22, Rn. 6, § 24, Rn. 12 ff.

Der Begriff der Rechtssicherheit bezieht sich hier primär auf das öffentliche Recht, d.h. das StromVG, und nicht – bzw. nur indirekt, da Bezugs- und Lieferverträge im Art. 17 Abs. 2 StromVG angesprochen werden – auf Rechtssicherheit im privatrechtlichen Sinn bzw. privatrechtliche Verträge.

Im Übrigen kann der Schutz der Rechtssicherheit unter die Notwendigkeit der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit und somit der Stellung der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft subsumiert werden, deren Reputation ohne Art. 17 Abs. 2 StromVG im Falle einer einseitigen Nichtbeachtung von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen Schaden erleiden würde. Angesichts dieses Stellenwerts der Rechtssicherheit, der in dieser Hinsicht wenig eindeutigen Entstehungsgeschichte der Vorschrift sowie eines fehlenden (anderslautenden) Anhaltspunkts im Wortlaut der Vorschrift kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Vorränge nach Art. 17 Abs. 2 StromVG nur insoweit erfasst wären, als sie der Versorgungssicherheit dienen, zumal die Abgrenzung hier möglicherweise schwierig wäre, da Vorränge mitunter mittelbar (etwa aufgrund der einen Austauschcharakter aufweisenden Handelsbeziehungen im Elektrizitätssektor) der Versorgungssicherheit dienen können.

Vor diesem Hintergrund kann der Begriff des Vorrangs im Ergebnis durch zwei Elemente präzisiert werden:

- Erstens legt es der Zusammenhang mit Art. 17 Abs. 1 StromVG nahe, dass es beim Vorrang um kostenfreie Zurverfügungstellung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten gehen muss.
- Zweitens ist in diesem Rahmen bei der Frage nach der Gewährung bzw. Ausgestaltung des Vorrangs im Einzelfall den verschiedenen skizzierten Zielsetzungen des StromVG im Allgemeinen und des Art. 17 StromVG sowie seines Absatz 2 im Besonderen Rechnung zu tragen. Der primären Zielsetzung der Versorgungssicherheit würde eine Auslegung beispielsweise nicht gerecht, der zufolge den erfassten Energielieferungen möglichst umfassend Vorrang einzuräumen und damit verbunden ein maximaler wirtschaftlicher Vorteil für den Vorrangberechtigten zu erreichen wäre. Vielmehr ist ein Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Zielsetzungen zu suchen, wobei dem Charakter der Bestimmung als Ausnahme und den doch bedeutenden sowie, wie erörtert, unterschiedlichen Zielsetzungen, die darin zum Ausdruck kommen, Rechnung zu tragen ist. Im Ergebnis ist der Vorrangbegriff in den jeweiligen Anwendungsfällen soweit als nötig im Licht der Rechtssicherheit und soweit als möglich im Licht der Versorgungssicherheit auszulegen. Zwar bringt der hier vertretene Ansatz durchaus gewisse Rechtsunsicherheiten mit sich, wird doch die genaue Reichweite des Vorrangs nicht in jeder Konstellation von vornherein klar sein. Er ist aber die einzige Möglichkeit, den Zielsetzungen des Gesetzes sowie seiner Systematik Rechnung zu tragen, blendete doch die Alternative – Vorrang verstanden als grösstmöglicher Vorteil für die Betroffenen – die anderen Zielsetzungen aus. Bei der Anwendung auf den Einzelfall kann im Übrigen auf Verhältnismässigkeitserwägungen zurückgegriffen werden, indem eben die Gewährung des Vorrangs nur soweit zu erfolgen hat, wie sie

zur Erreichung der erörterten Zielsetzungen des Art. 17 Abs. 2 StromVG notwendig ist und im Übrigen die anderen gesetzlichen Zielsetzungen nicht über Gebühr beeinträchtigt werden dürfen.

Eine solche Auslegung lässt sich anhand von zwei Beispielfällen demonstrieren.

- Als erstes Beispiel könnten sich aufgrund von technischen Gegebenheiten Fälle ergeben, in denen ein Vorrang aus einem Vertrag auf unterschiedlichen Netzebenen gewährt werden könnte, jedoch ein Vorrang auf Stufe der Netzebene 1 für ein Grenzkraftwerk wirtschaftlich vorteilhafter wäre. Ein entsprechendes Begehren des Kraftwerkes wäre hier vom Vorrangbegriff des Art. 17 Abs. 2 StromVG nicht abgedeckt, sofern die vorrangige Abnahme der zu bevorzugenden Elektrizität im vertraglich zugesicherten Umfang auch über eine andere Netzebene abgewickelt werden kann. Zu berücksichtigen ist, dass hierbei keine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit erfolgen darf. Sofern dies gewährleistet ist, hat aber ein Grenzkraftwerk in einer solchen Situation aufgrund des Vorrangbegriffs des Art. 17 Abs. 2 StromVG wie zuvor erläutert gestützt auf das Argument der Rechtssicherheit nur Anspruch darauf, dass der entsprechenden Energie vorrangig Grenzkapazität zugeteilt wird, nicht jedoch, dass dies zu den für das Grenzkraftwerk am vorteilhaftesten Bedingungen geschieht.
- Ein zweites mögliches Beispiel betrifft die Frage, ob bei Pumpspeicherkraftwerken die Pumpenergie in Abzug zu bringen ist und nur der verbleibenden Energie Vorrang bei der Zuteilung von Grenzkapazitäten zu gewähren ist. Wiederum ist festzuhalten, dass grundsätzlich Vorrangansprüche nach Art. 17 Abs. 2 StromVG aufgrund der zuvor erörterten Auslegung nicht den grösstmöglichen wirtschaftlichen Nutzen, den ein Kraftwerk daraus ziehen könnte, bevorzugen soll, sondern hauptsächlich im Lichte der Versorgungssicherheit und soweit erforderlich der Rechtssicherheit der betroffenen Bezugs- und Lieferverträge zu verstehen ist. Daher hat in einem Verfahren die Elektrizitätskommission durchaus überzeugend entschieden, dass bei der Feststellung des Umfangs des Vorranges die Pumpenenergie in Abzug zu bringen ist.⁴⁰ Problematisch erscheint hier, dass technisch gesehen durch Pumpenbetrieb die Produktion beliebig erhöht werden könnte.⁴¹ Dies kann wohl in der Tat kaum mit einer parallelen Vorranggewährung einhergehen, wenn Art. 17 Abs. 2 StromVG Ausnahmecharakter zukommen soll bzw. nicht die Gewährung des wirtschaftlich grösstmöglichen Vorteils Ziel der Bestimmung ist. Hinzu kommt, wie die Elektrizitätskommission feststellt, dass die für die Pumpen benötigte Energie möglicherweise ebenfalls über längere Distanzen transportiert werden muss und so noch zusätzlich zu Engpässen im Übertragungsnetz beitragen kann.⁴²

b) Sonstige Rechtsquellen

Als weitere mögliche Rechtsgrundlagen im schweizerischen Recht kommen das Gewohnheitsrecht und der Vertrauensschutz in Frage.

⁴⁰ Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission EICom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Rn. 44 ff..

⁴¹ Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission EICom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Rn. 45.

⁴² Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission EICom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Rn. 46.

aa) Gewohnheitsrecht als Rechtsgrundlage

Grundsätzlich kann sich auch im öffentlichen Recht Gewohnheitsrecht bilden, wenngleich die Schranke hierfür bestehende Gesetze sind, von denen nicht durch Gewohnheitsrecht abgewichen werden darf.⁴³ Für eine solche Bildung von Gewohnheitsrecht müssen drei Voraussetzungen vorliegen: Eine gewohnheitsrechtliche Regelung muss sich auf eine lang andauernde, ununterbrochene und einheitliche Praxis stützen können; sie muss der Rechtsüberzeugung der rechtsanwendenden Behörden und betroffenen Bürger entsprechen; und das geschriebene Recht muss Raum für eine entsprechende Regelung durch Gewohnheitsrecht lassen.⁴⁴

Fraglich ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere das Vorliegen einer Lücke im Gesetz, die Raum für Gewohnheitsrecht liesse. Denn Art. 17 Abs. 2 StromVG regelt gerade die Frage der Zurverfügungstellung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten an Grenzkraftwerke. Zwar ist – wie gezeigt – in der Folge für die Tatbestandsalternative des Bestehens internationaler Bezugs- und Lieferverträge noch eine vertragliche Grundlage für Vorrangansprüche erforderlich, damit die Ausnahmeregelung des Art. 17 Abs. 2 StromVG für internationale Bezugs- und Lieferverträge greifen kann.⁴⁵ Auch ist der Umfang des Begriffes „Vorrang“ nicht auf den ersten Blick erkennbar und somit auslegungsbedürftig.⁴⁶ Jedoch führt dies allenfalls dazu, dass die genaue Regelung dieser Frage im geschriebenen Recht auslegungs- bzw. klärungsbedürftig, nicht jedoch ungeregelt ist. Denn ein unabhängig von Art. 17 Abs. 2 StromVG begründeter Anspruch auf grenzüberschreitende Übertragungskapazitäten führte letztlich zu einem Unterlaufen der aufgezeigten gesetzlichen Systematik, wonach die in der Bestimmung enthaltene Vorrangregelung als Ausnahme ausgestaltet ist, so dass ein daneben bzw. darüber hinaus durch Gewohnheitsrecht begründeter Anspruch dieser insoweit wohl klaren gesetzlichen Regelung zuwiderliefe. Somit liegt keine Lücke im geschriebenen Recht vor, und es kann kein auf Gewohnheitsrecht gestützter Anspruch begründet werden.

bb) Vertrauensschutz als Rechtsgrundlage

In Art. 5 Abs. 3 BV, der staatlichen Organen wie Privaten vorschreibt, nach Treu und Glauben zu handeln, ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes verankert. Auf dieser Grundlage hat eine Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusagen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten von Behörden.⁴⁷ Der Person soll aus der eigenen Vertrauensbetätigung kein Nachteil erwachsen.⁴⁸ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt ein auf Vertrauensschutz gestützter Anspruch voraus, dass einer

⁴³ BGE 94 I 305 E.2.

⁴⁴ Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 12.

⁴⁵ Siehe hierzu Abschnitt B.I.1.a.aa.

⁴⁶ Siehe hierzu Abschnitt B.I.1.a.cc.

⁴⁷ BGE 126 II 377 E. 3a.

⁴⁸ Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 823.

Person „berechtigterweise“ auf der Grundlage behördlichen Verhaltens bestimmte verhaltenswirksame Erwartungen entstanden sind, dass sie gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann, und dass dem Anspruch keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.⁴⁹

Auch im Unionsrecht ist der Vertrauensschutz als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt. Grundsätzlich kann daher auch im Unionsrecht der Vertrauensschutz als Anspruchsgrundlage herangezogen werden, es sei denn, ein „umsichtiger und besonnener“ Wirtschaftsteilnehmer hätte nicht auf das Beibehalten einer bestehenden Situation vertrauen dürfen, da die Unionsorgane selbige in ihrem Ermessen ändern konnten und auch im entsprechenden Gebiet ständige Anpassungen an die sich verändernde Lage üblich waren.⁵⁰ Im Urteil *VEMW*⁵¹ schloss der EuGH aus, dass sich Marktteilnehmer auf nationales Recht verlassen konnten, das langfristige Verträge absicherte, falls das Unionsrecht solche Vorrangrechte ausschliesst. Denn von Seiten der Unionsorgane seien keine Massnahmen festzustellen gewesen, die auf ein Beibehalten der früheren, Langfristverträge nicht beeinflussenden Rechtslage hätten schliessen lassen. Im Gegenteil wiesen erste damals bereits in Kraft getretene Liberalisierungsschritte auf neue Regeln hin;⁵² auch habe es eine Übergangsregelung gegeben, die bei Notifikation an die Kommission vorübergehenden Bestandschutz für derartige Verträge bewirkte, was das Argument des Vertrauensschutzes zusätzlich schwäche.⁵³ Grundsätzlich kann darüber hinaus vorgebracht werden, dass den Marktteilnehmern meist bereits aufgrund der im Vorfeld von Liberalisierungsschritten durchgeführten umfassenden Konsultationen bekannt gewesen sein musste, dass die zu erwartenden Regelungen zu Komplikationen für Vorrangrechte in langfristigen Verträgen führen würden.⁵⁴

Da das Unionsrecht für die Schweiz nicht verbindlich ist und auch bislang keine „Übernahme“ entsprechender Teile des unionsrechtlichen Besitzstandes im Rahmen eines bilateralen Vertrages zu verzeichnen ist, können die unionsrechtlichen Regelungen als solche – selbst wenn im schweizerischen Recht auch parallele Tendenzen bestehen sollten – der Begründung eines Anspruchs auf die vorrangige Zurverfügungstellung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten durch Vertrauensschutz nicht entgegenstehen. Hieran ändern auch der Kontext der fortschreitenden Liberalisierung auf Seiten der EU bzw. die bereits mehrere Jahre zurückliegende Einführung des Diskriminierungsverbots und von marktorientierten Verfahren bei der Kapazitätsvergabe auf Seiten der EU sowie das erwähnte Urteil des EuGH in *VEMW*, das Vorrangrechte aufgrund von langfristigen Verträgen ablehnte, nichts, auch wenn diese Entwicklungen den Grenzkraftwerken selbstredend bekannt sein mussten.

Für die Frage, ob sich Grenzkraftwerke berechtigterweise auf bestimmtes staatliches Verhalten in der Schweiz stützen konnten, um im Hinblick auf die vorrangige Zurverfügungstellung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten nunmehr Vertrauensschutz geltend zu machen, ist notwendigerweise an Art. 17 Abs. 2 StromVG anzuknüpfen, regelt diese Vorschrift diese Frage doch explizit. Diese 2006 eingeführte Bestimmung sieht nun ausdrücklich Vorrangrechte vor, so dass für die Rechtslage in der Schweiz angesichts dieses klaren gesetzlichen Anhaltspunkts von vornherein nicht geltend gemacht werden kann, die Betroffenen hätten damit rechnen müssen, dass Vorrangrechte nicht länger geschützt würden: Wenngleich

⁴⁹ Vgl. Z.B. BGE 129 I 161 E. 4.1.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-37/02 und C-38/02 (Di Lenardo), Slg. 2004, I-6911, Rn. 70.

⁵¹ EuGH, Rs. C-17/03 (*VEMW*), Slg. 2005, I-04983.

⁵² Vgl. hier zur historischen Entwicklung *Tobler*, Engpassmanagement, 6 ff.

⁵³ EuGH, Rs. C-17/03 (*VEMW*), Slg. 2005, I-04983, Rn. 75 ff.

⁵⁴ *Epiney/Hofstötter*, Strombezugs- und Lieferverträge, 12.

Art. 17 Abs. 2 StromVG nur klar begrenzte Zielsetzungen verfolgt,⁵⁵ nimmt er dennoch bestimmte Energielieferungen von der Vergabe von Grenzkapazität mittels Auktionen vollumfänglich aus und stattet sie mit Vorrang aus. Auch ist nicht ersichtlich, dass Art. 17 Abs. 2 StromVG zeitlich beschränkt wäre und so nur als Übergangsbestimmung fungieren würde. Hinzu kommt, dass auch in der parlamentarischen Diskussion zu Art. 17 Abs. 2 StromVG zum Ausdruck kam, dass die Bestimmung eine „Bekräftigung“ des schweizerischen Rechtsstandpunktes gegenüber Bestrebungen in der EU sei, Vorrang gewährende Stromlieferungsverträge „nicht länger anzuerkennen“.⁵⁶ Somit ist wohl im Ergebnis davon auszugehen, dass Grenzkraftwerke im Zusammenhang mit der Geltung von Art. 17 Abs. 2 StromVG berechtigtes Vertrauen in die Beibehaltung von Vorrangansprüchen entwickeln konnten.

Neben der gesetzlichen Bestimmung von Art. 17 Abs. 2 StromVG ist überdies die Rechtspraxis der relevanten Behörden zu untersuchen. Auch aufgrund dieser konnten Vorrangberechtigte Vertrauen in Art. 17 Abs. 2 StromVG entwickeln. Die Elektrizitätskommission bezog sich in ihrer Verfügung im Fall der Kraftwerke Hinterrhein auf Art. 17 Abs. 2 StromVG, der „explizit“ Vorränge vorsieht.⁵⁷ Zugleich ist aus der Verfügung zumindest indirekt zu entnehmen, dass Vorrang für Grenzkraftwerke zu gewähren ist⁵⁸ und dieser seine Grundlage im anwendbaren Staatsvertrag findet.⁵⁹ In diese Grundsätze konnten Grenzkraftwerke daher gerechtfertigt Vertrauen entwickeln.

Zu prüfen wäre überdies, ob nachteilige, nicht rückgängig zu machende Dispositionen getroffen wurden. Bei einem Grenzkraftwerk dürfte dies im Einzelfall wohl eine Untersuchung anhand der Wirtschaftlichkeit des Kraftwerks im Vergleich zwischen einem Szenario mit Vorrangrechten bei der grenzüberschreitenden Kapazitätsvergabe und ohne ebendiese erfordern. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kann dies nicht geleistet werden. Allein der Nachweis des Wegfalls eines wirtschaftlichen Vorteils in Form von Vorrangansprüchen dürfte aber jedenfalls nicht genügen.

Darüber hinaus müssen öffentliche Interessen, insbesondere die Wahrung der Versorgungssicherheit bzw. damit verbunden die Vermeidung von Konflikten bei der Bewirtschaftung von Grenzkuppelstellen, hier in eine Abwägung einbezogen werden. Auch ist bei einer solchen Abwägung sowie bei der Beantwortung der Frage, ob eine Verletzung des Vertrauensschutzes letztendlich vorliegt, das Vorgehen bei der Aufhebung von Vorrangansprüchen zu berücksichtigen, insbesondere ob Übergangsregelungen vorgesehen sind bzw. schrittweise vorgegangen wird und ob Entschädigung gewährt wird. Für all diese Fragen kann *mutatis mutandis* auf die Ausführungen zum Vertrauensschutz im Rahmen des Gebots der fairen und gerechten Behandlung von Investoren im Energiechartavertrag verwiesen werden.⁶⁰

⁵⁵ Siehe hierzu Abschnitt B.I.1.c.

⁵⁶ So *Schmid-Sutter*, Ständerat vom 3. Oktober 2006, AB 2006, 847.

⁵⁷ Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Rn. 28

⁵⁸ Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Rn. 33.

⁵⁹ Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Rn. 21.

⁶⁰ Siehe Abschnitt B.I.2.c.bb.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass es zumindest grundsätzlich möglich erscheint, dass aufgrund des Vertrauensschutzes Vorrangansprüche von Grenzkraftwerken geschützt sind, sofern die skizzierten Voraussetzungen gegeben sind. Da sich derartige Ansprüche aber massgeblich auf Art. 17 Abs. 2 StromVG stützen, dürften derartige Ansprüche allenfalls im Falle des Vorliegens besonderer Umstände (z.B. die ausdrückliche Zusage seitens der zuständigen Behörde, dass sich ein Vorrang auf auf Netzebene 1 beziehe) über die bereits sowieso auf der Grundlage des Art. 17 Abs. 2 StromVG bestehenden Rechte hinausgehen, so dass dem Vertrauensschutz als eigenständige Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf die Zurverfügungstellung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten grundsätzlich nur ausnahmsweise eine eigenständige Bedeutung zukommt und sich Reichweite sowie Umfang von Vorrangrechten somit letztlich massgeblich auf Art. 17 Abs. 2 StromVG stützen müssen, womit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.⁶¹

2. Völkerrecht

Ansprüche auf Vorrang bei der Zuteilung grenzüberschreitender Kapazitäten könnten sich – über die im nationalen Recht verankerten Vorgaben hinaus – sodann in (für die Schweiz verbindlichen) völkerrechtlichen Verträgen finden. In Betracht kommen hier in erster Linie das Freihandelsabkommen von 1972 (a), die einschlägigen Staatsverträge über Grenzgewässer (b) sowie der Energiechartavertrag (c).

a) Zum Freihandelsabkommen

Die Relevanz des Freihandelsabkommens⁶² in unserem Zusammenhang erschliesst sich aus der Präzisierung seines Anwendungsbereichs (aa) sowie der sich daran anschliessenden Prüfung, ob sich aus seinen Bestimmungen eine Grundlage für Vorrangansprüche bei der Grenzkapazitätszuteilung ergibt (bb).

aa) Zur Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens

Teilweise wird das Freihandelsabkommen ohne nähere Begründung als für das vorliegende Problem von Vorranggewährung bei der grenzüberschreitenden Kapazitätsvergabe für Elektrizität nicht anwendbar erachtet.⁶³

⁶¹ Abschnitt B.I.1.a.

⁶² Vgl. zu diesem bzw. seiner Auslegung allgemein, m.w.N., *Epiney/Metz*, Mindestpreis, 5 ff.; *Epiney/Pirker*, Lenkungsabgaben, 6 ff.

⁶³ Insofern nicht zutreffend bei *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 35.

Eine nähere Analyse zeigt jedoch ein gegenteiliges Ergebnis: Bereits der für das Abkommen zuständige Gemischte Ausschuss hielt in einem Entwurf zu einer Erklärung im Jahre 1999 fest, dass Strom eine Ware im Sinne des Abkommens sei.⁶⁴ Noch klarer geht die Anwendbarkeit des Abkommens auf den grenzüberschreitenden Handel mit Elektrizität aus Art. 2 FHA hervor, der den Anwendungsbereich des FHA grundsätzlich mit industriellen Ursprungserzeugnissen der Schweiz und der EU festlegt.⁶⁵ Unter anderem handelt es sich nach Art. 2 erster Spiegelstrich um die unter die Kapitel 25 bis 97 des Harmonisierten Systems zur Bezeichnung und Kodierung von Waren fallenden Waren. Elektrische Energie ist im Harmonisierten System unter Position 2716.00, d.h. im Kapitel 27, zu finden. Somit ist das Abkommen eindeutig auf den grenzüberschreitenden Handel mit Elektrizität anwendbar.⁶⁶

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass auch der EuGH im Rahmen der Frage nach der Anwendbarkeit der Bestimmungen des AEUV zum Warenverkehr Strom als Ware ansieht,⁶⁷ was ebenfalls für den hier vertretenen Ansatz angeführt werden kann, lehnt sich das Freihandelsabkommen doch jedenfalls in weiten Teilen an die Bestimmungen des AEUV zum freien Warenverkehr an.⁶⁸

bb) Zu den materiellen Vorgaben des Freihandelsabkommens

Das FHA richtet sich an die Vertragsstaaten⁶⁹ und verpflichtet diese, alle Massnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung seiner Ziele gefährden, bzw. jene geeigneten Massnahmen zu treffen, die zur Erfüllung der sich aus ihm ergebenden Verpflichtungen dienen.⁷⁰ Herzstück des Abkommens und hier besonders relevant ist Art. 13 Abs. 1 FHA, der im Warenverkehr zwischen Schweiz und EU „keine neuen mengenmässigen Einfuhrbeschränkungen oder Massnahmen gleicher Wirkung“ gestattet. Art. 20 FHA führt eine Reihe von Rechtfertigungsgründen auf, aufgrund welcher derartige Massnahmen dennoch unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein können.

Zur Auslegung des FHA und insbesondere Art. 13 Abs. 1 und Art. 20 FHA ist an dieser Stelle festzuhalten, dass gute Gründe dafür sprechen, hier bei jenen Begriffen und Konzepten, für die das FHA auf das Unionsrecht zurückgreift, eine letzterem entsprechende Interpretation vorzunehmen. Dies lässt sich – wie auch der EuGH in jüngerer Rechtsprechung in Bezug auf ähnliche Abkommen der Union mit Drittstaaten argumentiert – hauptsächlich auf die Zielset-

⁶⁴ Erklärung des gemischten Ausschusses EG/Schweiz betreffend die Liberalisierung der Strommärkte, Entwurf vom 7. Juni 1999, zitiert bei *Tobler*, Engpassmanagement, 12.

⁶⁵ Das Bundesgericht spricht von einer Beschränkung auf den „industriellen Freihandel“, BGE 105 II 49 E. 3.

⁶⁶ So auch *Rechsteiner/Reidemeister*, Stromdurchleitungskapazitäten, 3.

⁶⁷ EuGH, Rs. C-379/98 (Preussen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rn. 68 ff.; EuGH, Rs. C-213/06 (Outo-kumpu), Slg. 1996, I-1777; EuGH, Rs. C-393/93 (Almelo), Slg. 1994, I-1477, Rn. 27 ff.

⁶⁸ Vgl. *Epiney/Metz*, Mindestpreis, 5 ff.; *Epiney/Pirker*, Lenkungsabgaben, 6 ff.

⁶⁹ BGE 105 II 49 E. 3.

⁷⁰ Art. 22 Abs. 1 und 2 FHA.

zungen derartiger Abkommen stützen.⁷¹ Das Bundesgericht hat nach anfänglicher Betonung der „autonomen“ Auslegung des FHA in der Schweiz und in der Folge vom Unionsrecht beträchtlich abweichender Rechtsprechung⁷² in jüngerer Judikatur ebenfalls die Rechtsprechung des EuGH als „nicht unbeachtlich“ herangezogen und somit letztlich doch als massgeblich für die eigene Auslegung des FHA erachtet.⁷³

Ähnlich wie im Unionsrecht ist daher von einem weiten Anwendungsbereich des Verbots mengenmässiger Beschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung auszugehen, da dieses konzeptuell jenem des Art. 34 AEUV nachgebildet ist. Ebenso ist wohl von einer Parallelität bei der Auslegung von Art. 20 FHA und Art. 36 AEUV auszugehen.⁷⁴ In der Folge kann somit teilweise auch auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden, um die rechtliche Tragweite der Art. 13 Abs. 1, 20 FHA zu erörtern.

Art. 13 Abs. 1 ist jedenfalls auf den Sachverhalt anwendbar, da es sich bei Elektrizität, wie erwähnt, um eine Ware handelt, die grenzüberschreitend gehandelt wird.⁷⁵ Jedoch stellt sich die Frage, ob die Zuteilung von Grenzkapazität durch marktorientierte Verfahren, im vorliegenden Fall Auktionen, überhaupt eine mengenmässige Beschränkung oder Massnahme gleicher Wirkung darstellt. Nur in einem solchen Fall könnte z.B. ein Kraftwerk Ansprüche aus dem FHA abzuleiten versuchen, um gegen die Auktionen vorzugehen.

Eine faktische Einschränkung der Energiemenge, die die Grenzen überschreiten kann, beruht lediglich auf einem technischen Engpass, nämlich der zu geringen Anzahl an Interkonnektoren. Weder findet jedoch eine absichtliche Begrenzung der Grenzkapazität statt, was eine Beschränkung darstellen könnte,⁷⁶ noch wird ausländischer Strom gegenüber inländischem diskriminiert. Ein Auktionspreis wird erst dann festgesetzt, wenn durch die abgegebenen Gebote überhaupt die bestehende Übertragungskapazität überschritten wird. Auch im Rahmen der dann stattfindenden Auktionen werden alle Bietenden gleich behandelt. Ganz im Gegenteil ist eher anzunehmen, dass das marktorientierte Auktionsverfahren, das eine möglichst effiziente Auslastung der verfügbaren Grenzkapazität sicherstellen soll, dem Ziel des FHA, Handelshemmnisse so weit wie möglich auszuräumen, dient.⁷⁷

Teilweise wird hier die Frage aufgeworfen, ob sich aus dem FHA Verpflichtungen ableiten lassen, die mit den Vorgaben der Stromhandelsverordnung 714/2009⁷⁸ vergleichbar sind, nämlich insbesondere ein Diskriminierungsverbot und die Vorgabe, marktorientierte Lösungen für das Engpassmanagement anzuwenden.⁷⁹ Während dies beim Diskriminierungsverbot durchaus überzeugt, bleibt fraglich, ob sich eine doch derart weitreichende

⁷¹ Siehe hierzu umfassend *Epiney/Pirker*, Lenkungsabgaben, 8 ff.

⁷² BGE 118 Ib 367 E. 6b; BGE 105 II 49 E. 3a; BGE 122 III 469; BGE 126 III 129; BGE 124 III 321.

⁷³ BGE 131 II 271 E. 10.3.

⁷⁴ So m.w.N. *Epiney/Metz*, Mindestpreis, 9 ff.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-367/89 (Richardt), Slg. 1991, I-4621, Rn. 14.

⁷⁶ Vgl. zu diesem weiten Begriff im EU-Warenverkehrsrecht EuGH, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837, Rn. 5.

⁷⁷ So auch *Rechsteiner/Reidemeister*, Stromdurchleitungskapazitäten, 5; *König*, Engpassmanagement, 237.

⁷⁸ VO 714/2009, ABl. 2009 L 211, 15 ff.

⁷⁹ Diese Vorgaben enthält insbesondere Art. 16 Abs. 1 VO 714/2009.

positive Verpflichtung, nämlich das Engpassmanagement marktorientiert zu gestalten, tatsächlich allein aus Art. 13 Abs. 1 FHA ableiten lässt.⁸⁰

Fraglich könnte allenfalls sein, ob sich aus Art. 13 Abs. 1 FHA analog zu Art. 34 AEUV positive Verpflichtungen für Staaten ergeben könnten, den Warenverkehr zu schützen, d.h. im vorliegenden Fall für den Ausbau der Grenzkapazität zu sorgen. Allerdings beschränkt sich die entsprechende Schutzpflicht im Rahmen des Art. 34 AEUV bereits im Unionsrecht von vornherein auf Fallgestaltungen, in denen die Mitgliedstaaten gegen Handelshemmnisse, die insbesondere durch Private verursacht werden, vorzugehen haben.⁸¹ Auch im FHA kann so wohl kaum von einem „Leistungsrecht“ ausgegangen werden, aufgrund dessen Wirtschaftsteilnehmer Anspruch auf staatliche Leistungen hätten, die die Wahrnehmung ihrer im Abkommen niedergelegten Rechte erleichtern.⁸² So ist keine allgemeine Verpflichtung unter Art. 34 AEUV und daher auch (erst recht) nicht unter Art. 13 Abs. 1 FHA ersichtlich, den Warenverkehr möglichst zu fördern, gemäss der im vorliegenden Fall z.B. eine Erhöhung der verfügbaren Grenzkapazität anzustreben wäre.⁸³

Selbst wenn man eine solche – notwendigerweise minimale – Verpflichtung der Schweiz im Freihandelsabkommen begründet sähe, würde die Schweiz einer solchen wohl bereits durch Art. 17 Abs. 5 StromVG gerecht, der die Verwendung der aus marktorientierten Zuteilungsverfahren erzielten Einnahmen unter anderem für Aufwendungen für den Erhalt oder den Ausbau des Übertragungsnetzes vorschreibt (lit. b).

Im Ergebnis liegt keine Verletzung des Art. 13 Abs. 1 FHA vor, die Ansprüche begründen könnte. Die Frage einer Rechtfertigung nach Art. 20 FHA stellt sich somit ebenfalls nicht.

Der Vollständigkeit halber sei noch angemerkt, dass im Rahmen der Anwendung des General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) wohl ein ähnliches Resultat zu erwarten wäre, da dessen Bestimmungen zum Warenverkehr jenen des Unionsbinnenmarktrechts bzw. des FHA in dieser Hinsicht ähneln.⁸⁴

Im Gegenteil erscheint eher eine vorrangige Zuweisung von Grenzkapazität selbst geeignet, eine mengenmässige Einfuhrbeschränkung oder Massnahme gleicher Wirkung nach Art. 13 Abs. 1 FHA darzustellen.⁸⁵ Da Grenzkapazität nur begrenzt vorhanden ist, führt die vorrangige Vergabe zu einer weiteren Verknappung und beschränkt somit die Einfuhrmöglichkeiten anderer Wirtschaftsteilnehmer. In einem solchen Fall stünde eine Aufhebung derartiger vorrangiger Kapazitätsvergabe im Einklang mit Art. 13 Abs. 1 FHA.

Fraglich ist hier allenfalls, ob eine Rechtfertigung gemäss Art. 20 FHA für die Vorrangrechte besteht. Bei Vorrangrechten aus völkerrechtlichen Verträgen wäre wohl zuerst deren Rangverhältnis zum FHA zu untersuchen,

⁸⁰ Skeptisch hier *Tobler*, Engpassmanagement, 12.

⁸¹ Z.B. bei Blockaden u. ä., EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-6959, Rn. 30 ff.; EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rn. 57 ff.

⁸² *Epiney/Hofstötter*, Strombezugs- und Lieferverträge, 21.

⁸³ Ähnlich skeptisch *Tobler*, Engpassmanagement, 12.

⁸⁴ *Rechsteiner/Reidemeister*, Stromdurchleitungskapazitäten, 7.

⁸⁵ So auch *Epiney/Hofstötter*, Strombezugs- und Lieferverträge, 21.

unter Anwendung der Kollisionsnormen *lex specialis derogat legi generali* und *lex posterior derogat legi priori*. Bei Vorrangrechten aufgrund von privatrechtlichen Verträgen könnte allenfalls versucht werden, mit den Rechtfertigungsgründen der Rechtssicherheit für bestehende Verträge oder aber der Versorgungssicherheit zu argumentieren, was jeweils im Einzelfall zu prüfen wäre.

Zuletzt enthält das Freihandelsabkommen neben Bestimmungen zum Handel in Art. 23 Abs. 1 FHA auch Vorgaben zu Wettbewerbsbeschränkungen wie Kartellen oder dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Während sich beim Engpassmanagement durchaus wettbewerbsrelevante Probleme ergeben könnten,⁸⁶ kann durch diese Vorgaben jedenfalls kein Recht auf Vorrang bei der Kapazitätsvergabe begründet werden. Daher brauchen sie hier nicht näher erörtert zu werden.

Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang teils auch auf das unlängst zwischen der Schweiz und der EU abgeschlossene Wettbewerbsabkommen.⁸⁷ Bei diesem handelt es sich indes um ein reines Kooperationsabkommen zum Zwecke des Informationsaustausches im Kampf gegen grenzüberschreitende Kartelle, nicht jedoch um einen irgendwie gearteten Einbezug der Schweiz in das materielle Wettbewerbsrecht der EU.⁸⁸ Somit ist es hier nicht einschlägig und daher nicht näher zu behandeln.

Im Ergebnis ist kann somit festgehalten werden, dass das Freihandelsabkommen auf die Fallkonstellation von Vorrangansprüchen bei der grenzüberschreitenden Kapazitätsvergabe zwar anwendbar ist, für diese Ansprüche jedoch keine Rechtsgrundlage bietet. Im Gegenteil dürfte die vorrangige Vergabe von Grenzkapazität selbst eine mengenmässige Beschränkung oder Massnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 13 Abs. 1 FHA darstellen.

b) Zu den Staatsverträgen über Grenzgewässer

Auch Staatsverträge können – auf der Grundlage des in der schweizerischen Verfassungsordnung geltenden Monismus⁸⁹ – als Rechtsgrundlagen für die (vorrangige) Zurverfügungstellung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten in Frage kommen. Grenzgewässer und deren Nutzung sind denn auch Gegenstand einer Vielzahl von Staatsverträgen der Schweiz mit ihren Nachbarstaaten, wobei drei Kategorien von Verträgen unterschieden werden können:

⁸⁶ Tobler, Engpassmanagement, 13, verweist hier z.B. auf die sogenannte *essential facilities doctrine*.

⁸⁷ So Moench, Stromübertragungskapazitäten, 35.

⁸⁸ Siehe z.B. die kurze Übersicht bei Baudenbacher/Gordzielik/Pirker/Progin-Theuerkauf, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, 77 (106 f.).

⁸⁹ Zwar findet sich bezüglich des Verhältnisses von Völker- und Landesrecht sowohl hinsichtlich des Rangs als auch des Geltungsgrundes keine eindeutige Festlegung im schweizerischen Verfassungsrecht. Jedoch ergibt sich aus einer Reihe von Verfassungsbestimmungen (so insbesondere Art. 163 Abs. 2, Art. 189 Abs. 1 lit. b BV), dass die Schweiz grundsätzlich einer monistischen Grundhaltung folgt, die eine innerstaatliche Geltung von Völkerrecht automatisch ab dessen Inkrafttreten vorsieht. Vgl. aus der Rechtsprechung (jeweils auch mit Hinweisen auf die Literatur) BGE 122 II 234 E. 4a; 120 Ib 360 E. 2c; 125 II 417 E. 4a; 127 II 177; 130 I 312 E.4.1; 139 I 16 E. 4.3. S. auch noch unten B.II.3.

- Eine erste Gruppe von Staatsverträgen beschäftigt sich mit Fragen der Grenzziehung, Fischerei- und Schifffahrtsrechten und ähnlichen allgemein gewässerbezogenen Themen, ohne jedoch auf Fragen der Wasserkraftnutzung abgesehen von der Schaffung allgemeiner Kooperationspflichten einzugehen.

Hierzu gehören die „Convention conclue entre le Roi de France et le prince-évêque de Bâle concernant les limites de leurs États respectifs“ vom 20. Juni 1780; die „Convention entre le Roi de France et le prince-évêque de Bâle concernant les limites de leurs États respectifs“ vom 23. Dezember 1780; die Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden betreffend den Wasserverkehr auf dem Rhein von Neuhausen bis unterhalb Basels vom 10. Mai 1879;⁹⁰ der Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Regulierung des Rheins zwischen Strassburg/Kehl und Istein vom 28. März 1929;⁹¹ der Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Schifffahrt auf dem Untersee und dem Rhein zwischen Konstanz und Schaffhausen vom 1. Juni 1973;⁹² und das Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über eine Bereinigung der schweizerisch-französischen Grenze vom 23. August 1963.⁹³

Diese Verträge sind nicht völlig unbeachtlich. Das Bundesgericht hat beispielsweise die Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden von 1879 und den Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland von 1929 als Grundlage herangezogen, um bestimmte nachbarrechtliche völkerrechtliche Verpflichtungen⁹⁴ aus den jeweils aufgrund der Verträge von beiden Seiten erteilten Konzessionen abzuleiten.⁹⁵ Jedoch ergeben sich aus diesen Verträgen keine hier relevanten Vorgaben über den grenzüberschreitenden Transport von Energie.

- Eine zweite Kategorie befasst sich mit der Frage, welchem Staat welcher Anteil an der entstehenden Energie aus Wasserkraftnutzung zukommt, wobei der grenzüberschreitende Transport dieser Energie jedoch nicht Gegenstand der getroffenen Regelungen ist.

In diese Gruppe fällt (derzeit) nur ein Vertrag, nämlich die Übereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich betreffend die Gewinnung der Wasserkräfte der Rhone zwischen dem projektierten Kraftwerk von La Plaine und einem noch zu bestimmenden Punkt oberhalb der Brücke von Pougny-Chancy vom 4. Oktober 1913.⁹⁶

- Die der dritten Gruppe zuzuordnenden Verträge enthalten detaillierte Regelungen darüber, welchem Staat welcher Anteil an Energie aus der Wasserkraftnutzung bestimmter Gewässer zukommt und wie Staaten einander die Energie zur Verfügung stellen sollen.

In diese Gruppe gehören das Übereinkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über die Regelung

⁹⁰ SR 0.747.224.32.

⁹¹ SR 0.747.224.052.1.

⁹² SR 0.747.224.31.

⁹³ SR 0.132.349.111.

⁹⁴ Siehe hierzu näher Abschnitt B.I.3.a.

⁹⁵ BGE 129 II 114 E. 4.2.

⁹⁶ SR 0.721.809.349.2.

gewisser Rechtsverhältnisse betreffend die künftige Ableitung des Rheins bei Kembs vom 27. August 1926 (Art. 2);⁹⁷ das Übereinkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über die Verleihung der Wasserkräfte des Doubs bei Châtelot vom 19. November 1930 (Art. 5);⁹⁸ die Vereinbarung zwischen der Schweiz und Italien über die Verleihung der Wasserkräfte des Reno di Lei vom 18. Juni 1949 (Art. 5);⁹⁹ das Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Nutzbarmachung der Wasserkraft des Spöl vom 27. Mai 1957 (Art. 4 und 10);¹⁰⁰ das Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über den Ausbau der Wasserkräfte bei Emosson vom 23. August 1963;¹⁰¹ und das Abkommen zwischen der Schweiz und Österreich über die Nutzbarmachung des Inn und seiner Zuflüsse im Grenzgebiet vom 29. Oktober 2003 (Art. 9).¹⁰²

Im vorliegenden Zusammenhang können von vornherein lediglich die der dritten Kategorie zuzuordnenden Verträge relevant sein, da nur diese (auch) Regelungen über die Zurverfügungstellung von Energie und damit (potentiell) auch die vorrangige Bereitstellung von Übertragungskapazitäten enthalten (können). Die somit im Rahmen dieser Untersuchung interessierenden jeweiligen Bestimmungen dieser Abkommen sind dabei sehr ähnlich ausgestaltet bzw. formuliert.

Art. 2 des Übereinkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über die Regelung gewisser Rechtsverhältnisse betreffend die künftige Ableitung des Rheines bei Kembs vom 27. August 1926 lautet so etwa:

„Der der Schweizerischen Eidgenossenschaft zukommende Anteil an der vom Kraftwerk Kembs erzeugten elektrischen Energie wird im gegenseitigen Einverständnis auf zwanzig Prozent (20%) dieser Energie festgesetzt, entsprechend der Energie des Gefälles, welches durch den Rückstau auf Schweizer Gebiet beansprucht wird.

Für die der Schweiz zukommende elektrische Energie verzichtet Frankreich während der Dauer der Verleihung auf sämtliche Gebühren, Abgaben oder sonstige öffentlich-rechtliche Beschränkungen irgendwelcher Art, damit diese Energie frei nach der Schweiz überführt werden kann und in jeder Beziehung gleich gestellt ist, wie wenn sie auf Schweizer Gebiet erzeugt würde.“

Die jeweiligen Formulierungen der Befreiung von Gebühren, Abgaben oder sonstigen Beschränkungen deutet auf einen weiten Anwendungsbereich hin, da nicht nur von Gebühren und Abgaben, sondern auch von „sonstigen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen **irgendwelcher Art**“¹⁰³ die Rede ist. Ziel ist offenbar, dass die Energie auf Seiten der Schweiz so verwendet werden kann, als wäre sie auf schweizerischem Staatsgebiet erzeugt worden. Das Anliegen, dass die verfügbare Energie wie im jeweiligen Vertrag festgelegt verteilt werden soll und danach die Vertragsparteien ihren Anteil nach eigenem Ermessen und nach den Grundsätzen ihrer eigenen Gesetzgebung verwenden können sollen, ist auch in den meisten

⁹⁷ SR 0.721.809.349.7.

⁹⁸ SR 0.721.809.349.5.

⁹⁹ SR 0.721.809.454.2.

¹⁰⁰ SR 0.721.809.454.1.

¹⁰¹ SR 0.721.809.349.1.

¹⁰² SR 0.721.809.163.1.

¹⁰³ Eigene Hervorhebung.

Präambeln der einschlägigen Verträge verankert.¹⁰⁴ Der Wortlaut der Staatsvertragsbestimmungen geht damit auf jeden Fall weiter als jener des Art. 17 Abs. 2 StromVG, der sich nur auf Vorrang bei der Zuteilung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz bezieht und keine anderen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen erfasst.

Auch die Kosten aus einer Auktion im Rahmen der Zuteilung von Grenzkapazität stellen zweifelsohne eine – von den Übertragungsnetzbetreibern bei Ausführung einer im Grunde hoheitlichen Aufgabe eingehobene – Belastung und somit eine öffentlich-rechtliche Beschränkung dar, die im Widerspruch zum in diesem Vertrag formulierten Grundsatz steht. Die entsprechenden völkervertragsrechtlichen Bestimmungen verleihen somit dem entsprechenden Kraftwerk einen Anspruch auf vorrangige, kostenlose Zuteilung von Grenzkapazität im durch den Vertrag festgehaltenen Umfang, um Energie ohne an Auktionen teilnehmen zu müssen in die Schweiz liefern zu können.

Etwas unklarer hingegen formuliert Art. 9 des Abkommens zwischen der Schweiz und Österreich über die Nutzbarmachung des Inn und seiner Zuflüsse im Grenzgebiet vom 29. Oktober 2003 neben der üblichen Befreiung von Abgaben und Beschränkungen, dass die betroffene Energie „dem anspruchsberechtigten Vertragsstaat grundsätzlich an der gemeinsamen Staatsgrenze zur Verfügung gestellt“ werde. Zwar könnte man die Bestimmung einschränkend so auslegen, dass die Befreiung nur bis zur Staatsgrenze gelte, während durch den Grenzübertritt verursachte Kosten, wie z.B. Auktionskosten, nicht erfasst seien. Dies dürfte jedoch bereits der Effektivität der Vertragsbestimmung zuwiderlaufen, müsste doch so angenommen werden, dass der Begriff „an der gemeinsamen Staatsgrenze“ gewählt wurde, um eine Regelungslücke zu lassen, die die Staaten nutzen könnten, um den Grenzübertritt von Energie mit Abgaben oder anderen Beschränkungen zu erschweren. Auch überzeugt es nicht, den Begriff der „gemeinsamen“ Staatsgrenze heranzuziehen, um eben dem jeweiligen Exportstaat noch eine – das Ziel des Grenzübertritts vereitelnde – Regelungsbefugnis an der eigenen Staatsgrenze einzuräumen. Im Ergebnis sprechen so die besseren Gründe dafür, auch dieser Bestimmung denselben Inhalt zuzuordnen wie den zuvor genannten.

Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die hier relevanten vertraglichen Bestimmungen auch die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit – Regelung der Rechtsstellung Einzelner, Justiziabilität (hinreichende inhaltliche Bestimmtheit, Konkretheit und Klarheit, um als solche angewandt werden zu können), Bindung der Behörden¹⁰⁵ – erfüllen: Die

¹⁰⁴ Siehe die Präambeln der folgenden Verträge: Übereinkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über die Verleihung der Wasserkräfte des Doubs bei Châtelot vom 19. November 1930; Vereinbarung zwischen der Schweiz und Italien über die Verleihung der Wasserkräfte des Reno di Lei vom 18. Juni 1949; Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über den Ausbau der Wasserkräfte bei Emosson vom 23. August 1963; etwas anders formuliert im Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Nutzbarmachung der Wasserkraft des Spöl vom 27. Mai 1957 („so dass die Werkbesitzer über [die Energie] möglichst so verfügen können, wie wenn [sie] der Hoheit eines und desselben Staates unterstehen würde“).

¹⁰⁵ Aus der Rechtsprechung BGE 118 Ia 116 E. 2b; 124 III 91 E. 3a; 139 I 16 E. 4.3; 137 I 305 E. 3.1; 138 II 42 E. 3.1. Im Übrigen können völkerrechtliche Verträge auch selbst – was jedoch selten der Fall ist – festlegen, ob ihre Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind. Vgl. aus diesbezüglich aus der internati-

zuvor erörterten typischen Bestimmungen der Staatsverträge über Grenzgewässer sehen eine Befreiung von „sämtlichen Gebühren, Abgaben oder sonstige[n] öffentlich-rechtlichen Beschränkungen irgendwelcher Art“ vor, damit Energie frei überführt und im jeweiligen Staat so zur Verfügung gestellt werden kann, dass sie in jeder Beziehung gleich gestellt ist, wie wenn sie auf dessen Staatsgebiet erzeugt worden wäre.¹⁰⁶ Die entsprechenden Bestimmungen sind damit inhaltlich sehr klar und daher wohl justiziabel: keinerlei Beschränkungen sind beim grenzüberschreitenden Transport aufzuerlegen. Ausdrücklich angesprochen sind zwar lediglich die Staaten als Vertragsparteien; hingegen bieten die Norm nicht zu viel Spielraum, sondern enthalten ein klares Verbot, das rechtsanwendende Behörden als Entscheidungsgrundlage verwenden können, ohne dass ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich ist. Zuletzt betrifft die Norm, da es um Energielieferungen zwischen Unternehmen geht, auch grundsätzlich die Rechtstellung Privater. Somit ist von der direkten Anwendbarkeit der relevanten Bestimmungen der Grenzgewässerstaatsverträge auszugehen: Sie sind hinreichend genau formuliert, um als Grundlage für eine behördliche Entscheidung zu dienen bzw. den Umfang der den Einzelnen zukommenden Rechte bestimmen zu können. Einerseits ist der Umfang der vorrangig zu vergebenden Übertragungskapazität grundsätzlich in der jeweiligen vertraglichen Bestimmung festgelegt, und andererseits lässt die Formulierung erkennen, dass tatsächlich „jede“ Beschränkung ausgeschlossen sein soll.

Im Ergebnis können somit bestimmte Grenzverträge als Grundlage für Vorrangansprüche dienen. Erst in einem späteren Schritt ist noch darauf einzugehen, wie diese völkerrechtlich verankerten Ansprüche sich zu anderen Rechtsnormen verhalten.¹⁰⁷ Folgendes Schema zeigt nunmehr abschliessend auf, in welchem Umfang und in welche Richtung Vorrangrechte auf der Basis der aufgeführten Staatsverträge gewährt werden:

Staatsvertrag	Umfang des gewährten Vorrangs	Richtung des gewährten Vorrangs
CH-F (Kembs)	20% der erzeugten Energie	F nach CH
CH-F (Châtelot)	Je bis zu 50 % soweit auf anderem Staatsgebiet produzierte Energie	F nach CH, CH nach F
CH-I (Reno di Lei)	30% der erzeugten Energie	CH nach I
CH-I (Spöl)	Kraftwerk Premadio: 128 Mio. kWh/Jahr bzw. 64 000 kW; Speicherwerk Livigno: 36,5 Mio. kWh/Jahr bzw. 18 250 kW	Kraftwerk Premadio: I nach CH; Speicherwerk Livigno: CH nach I

onalen Rechtsprechung Vgl. StIGH, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion, 3. März 1928, P.I.C.J. Series B No. 15, 16.

¹⁰⁶

Siehe Abschnitt B.I.2.b.

¹⁰⁷

Siehe hierzu Abschnitt B.II.3.

CH-F (Emosson)	Je bis zu 50% soweit auf anderem Staatsgebiet produzierte Energie; bei Produktion aus Pumpenergie entsprechend dem beigesteuerten Anteil	CH nach F, F nach CH
CH-Ö (Inn)	Je bis zu 50% bei Grenzgewässerstrecken; ansonsten jeweils Anspruch gemäss nutzbaren Wassermengen und Gefällen	CH nach Ö, Ö nach CH

c) Zum Energiechartavertrag

Der Energiechartavertrag ist ein multilaterales Investitionsschutz- und Handelsabkommen im Energiesektor.¹⁰⁸ Sowohl die Schweiz als auch Österreich, Italien, Deutschland, Frankreich und die EU haben den Energiechartavertrag unterzeichnet und ratifiziert.¹⁰⁹ Sie sind daher an dessen Vorgaben, so auch und insbesondere im Bereich des materiellen Schutzes der erfassten Investitionen, gebunden.

Grundsätzlich ist hierbei davon auszugehen, dass die EU-Mitgliedstaaten und die EU jeweils auf der Grundlage ihrer entsprechenden Kompetenzen die Verpflichtungen aus dem Energiechartavertrag erfüllen müssen bzw. für Verletzungen verantwortlich sind, wobei für das Aussenverhältnis – also das Verhältnis zu Drittstaaten – die völkerrechtlichen Vorgaben einschlägig sind.¹¹⁰ Zwar fanden bisher keine Verfahren gegen die Union statt, jedoch wurden bereits in einigen Verfahren gegen Mitgliedstaaten unionsrechtliche Fragen aufgebracht.¹¹¹

Die Auslegung des Energiechartavertrags als völkerrechtlicher Vertrag erfolgt gemäss den üblichen Regeln, wie sie vertraglich bzw. auch gewohnheitsrechtlich anerkannt in Art. 31 ff. Wiener Vertragsrechtskonvention¹¹² niedergelegt sind. In diesem Fall kann als Argumentationshilfe auch auf die Rechtsprechung von Schiedsgerichten im Rahmen von Streitverfahren zwischen Investoren und Vertragsstaaten des Energiechartavertrags zurückgegriffen werden. Zwar entscheiden diese grundsätzlich nur den ihnen *ad hoc* vorgelegten Streitfall mit binden-

¹⁰⁸ Vgl. zur Geschichte des Vertrages und für eine Übersicht über dessen Bestimmungen *Pritzkow*, Energiesektor, 38 ff.

¹⁰⁹ Eine Liste der Mitgliedstaaten kann unter www.encharter.org (zuletzt besucht am 15. August 2014) eingesehen werden.

¹¹⁰ Allgemein finden auf die Frage der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten für die Einhaltung solcher gemischter Abkommen die einschlägigen völker(gewohnheits)rechtlichen Regeln, die auch Niederschlag in Art. 27, 46 der Wiener Vertragsrechtskonvention (SR 0.111) gefunden haben, Anwendung, so dass grundsätzlich (es sei denn, es ergebe sich für etwas anderes aus dem entsprechenden Vertrag) eine Bindung sowohl der EU als auch der EU-Mitgliedstaaten an den gesamten Vertrag anzunehmen ist. S. *Epiney*, FS Wolfrum, Bd. 2, 1909 (1916), m.w.N. Spezifisch zur Verantwortlichkeit im schiedsgerichtlichen Investitionsschutzverfahren *Denza*, in: *International Responsibility*, 221 f.

¹¹¹ Siehe m.w.N. *Hoffmeister/Ünivar*, in: *Investment Agreements*, 59 f.

¹¹² SR 0.111.

der Wirkung. Jedoch ist in der Lehre anerkannt, dass den Entscheidungen durchaus präzedenzfallartige Wirkung zukommt, bzw. beziehen sich auch die Schiedsgerichte untereinander auf ihre jeweiligen Entscheidungen.¹¹³

Um in einem ersten Schritt die Anwendbarkeit des Energiechartavertrags festzustellen, muss untersucht werden, ob es sich im vorliegenden Fall um Investitionen und Investoren handelt, die in den Anwendungsbereich des Energiechartavertrags fallen (aa). Daran anschliessend ist näher auf die materiellen Vorgaben des Energiechartavertrags einzugehen, um Bestehen und Umfang einer Grundlage für Vorrangrechte herauszuarbeiten (bb).

aa) Zur Anwendbarkeit des Energiechartavertrags

Um in den Schutz der Energiechartavertrags zu gelangen, müssen eine Investition und ein Investor gemäss den Vorgaben des Vertrages vorliegen.

Der Begriff des Investors wird im Investitionsschutzrecht allgemein eher weit gefasst bzw. ausgelegt. So ist denn auch gemäss Art. 1 Abs. 7 lit. a EnCV ein Investor entweder eine natürliche Person, die die Staatsangehörigkeit der entsprechenden Vertragspartei besitzt oder dort ihren ständigen Wohnsitz hat, oder eine Gesellschaft, die in Übereinstimmung mit den dort geltenden Rechtsvorschriften gegründet ist. Während in manchen anderen Investitionsschutzverträgen eine Gründung gemäss den Rechtsvorschriften des entsprechenden Staates **und** unmittelbare oder mittelbare Kontrolle einer Gesellschaft durch den Investor verlangt wird, genügt im Rahmen des Energiechartavertrages eine rein formelle Überprüfung der Nationalität der Gesellschaft z.B. anhand des Orts der Gründung oder des *siège social*.¹¹⁴ Auch die schiedsgerichtliche Rechtsprechung geht von einem breiten Begriff des Investors aus, so wenn sie den Investorenstatus bei verschiedenen Gelegenheiten ohne eine nähere Prüfung z.B. des Bestehens einer „tatsächlichen Verbindung“¹¹⁵ zum jeweiligen Staat¹¹⁶ oder des Umstands, dass es sich nur um eine „Briefkastenfirma“ handeln könnte,¹¹⁷ annahm.

Für den Fall der Grenzkraftwerke¹¹⁸ ist somit davon auszugehen, dass beispielsweise gegenüber der Schweiz zur Geltendmachung von Ansprüchen jene befugt sind, die die Nationalität eines anderen Vertragsstaates haben. Dies ist dann der Fall, wenn eine Beteiligung an einem dem schweizerischen Recht unterliegenden Grenzkraftwerk durch z.B. deutsche Staatsange-

¹¹³ Vgl. hierzu umfassend *Schill*, German Law Journal 2011, 1083 ff.

¹¹⁴ *Turinov*, Journal of International Arbitration 2009, 1 (12).

¹¹⁵ Vgl. hierzu der Internationale Gerichtshof bei natürlichen Personen in IGH, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Judgment, 6. April 1955, I.C.J. Rep. 1955, 23.

¹¹⁶ *A.D.C. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2. Oktober 2006, 46 I.L.M. 40 (2007), Rn. 357.

¹¹⁷ *Saluka Investments v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award, 17. März 2006 (Ständiger Schiedshof), Rn. 222 ff.

¹¹⁸ Vgl. zur Situation von Altverträgen über Lieferung und Bezug von Energie *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 78.

hörige oder durch ein nach deutschem Recht gegründetes Unternehmen gehalten wird.¹¹⁹ Umgekehrt müssten bei einem dem deutschen Recht unterliegenden Grenzkraftwerk schweizerische Staatsangehörige oder ein nach schweizerischem Recht gegründetes Unternehmen Anteile halten. Nicht abzustellen wäre hingegen auf die tatsächlichen Kontrollverhältnisse innerhalb eines solchen Unternehmens.

Der Begriff der Investition ist nicht allgemein im Investitionsschutzrecht, insbesondere nicht in der häufig anwendbaren *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) Konvention, definiert, sondern richtet sich nach dem jeweils konkret anwendbaren Vertrag.¹²⁰ Dennoch haben sich in der Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte einige Kriterien durchgesetzt, die im Rahmen der Investitionsschutzverträge – ausgehend von den jeweiligen spezifischen Regelungen im anwendbaren Abkommen – grundsätzlich massgeblich sind und insbesondere im *Salini*-Fall entwickelt und formuliert wurden. Danach muss eine Investition regelmässig Gewinne und Einnahmen generieren; es muss einen Beitrag des Investors zur Durchführung der entsprechenden Tätigkeit geben; der zugrundeliegende Vertrag muss von einer gewissen Dauer sein; der Investor muss am Risiko der entsprechenden Transaktion beteiligt sein; und die Investition muss einen Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates leisten.¹²¹ In der praktischen Anwendung legen Schiedsgerichte darauf Wert, dass alle Kriterien grundsätzlich erfüllt sein müssen, jedoch nicht unbedingt im selben Ausmass; auch wenn ein Kriterium nur marginal erfüllt wird, kann ein Schiedsgericht im Rahmen einer umfassenden Abwägung zum Ergebnis gelangen, dass eine Investition vorliegt.¹²² Ausgeschlossen vom Begriff einer Investition sind aufgrund dieser Rechtsprechung z.B. reine Kaufverträge über Warenlieferungen, die zu kurzfristig sind,¹²³ oder der Betrieb einer Rechtsanwaltskanzlei, da mangels einer Leistungserbringung für die Regierung kein Beitrag zur Entwicklung des Gaststaates ersichtlich war.¹²⁴

Der Energiechartavertrag dürfte jedoch – trotz der erwähnten Relativierung der eher strengen und kumulativ geforderten *Salini*-Kriterien – insgesamt von einem weiteren Begriff der Investition ausgehen. So ist definiert Art. 1 Abs. 6 EnCV eine Investition als „jede Art von Vermögenswert, der einem Investor unmittelbar oder mittelbar gehört oder von ihm kontrolliert wird“; dies umfasst beispielsweise materielle und immaterielle Vermögenswerte (lit. a), eine Gesellschaft oder Anteilsrechte oder sonstige Formen der Kapitalbeteiligung an einer Gesell-

¹¹⁹ Vgl. hierzu auch die Vorgaben zum anwendbaren Recht bzw. zu Beteiligungsrechten des Partnerstaates in den jeweiligen Konzessionen für Grenzkraftwerke, Abschnitt B.I.3.a.

¹²⁰ Vgl. Art. 25 Abs. 1 der ICSID Konvention (SR 0.975.2), der lediglich von „mit einer Investition zusammenhängenden Streitigkeiten“ spricht, ohne den Begriff näher zu erläutern. Siehe hierzu auch *Poullain*, in: *International Investment Law*, 127 f.

¹²¹ *Salini v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23. Juli 2001, 42 I.L.M. 609 (2003), Rn. 50 ff.

¹²² Siehe z.B. *M.H.S. v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17. Mai 2007, Rn. 70.

¹²³ Siehe z.B. *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30. Juli 2004, 44 I.L.M. 73 (2005), Rn. 53 ff.

¹²⁴ *Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment of the Award, 1. November 2006, Rn. 30 ff.

schaft oder deren Verbindlichkeiten (lit. b), Geldforderungen (lit. c), geistiges Eigentum (lit. d), Erträge (lit. e) oder „jedes kraft Gesetzes oder Vertrags verliehene Recht oder jede kraft Gesetz erteilte Lizenz und Genehmigung zur Ausübung von Wirtschaftstätigkeiten im Energiebereich (lit. f).

Vor diesem Hintergrund haben unterschiedliche Verfahrensregeln im Rahmen des Energiechartavertrags Anwendung gefunden. Teils wurden Streitigkeiten mithilfe der ICSID-Regeln abgewickelt, die eher auf die restriktiveren *Salini*-Kriterien abstellen, um eine Investition zu definieren. In anderen Fällen hingegen fanden die Regeln zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit, insbesondere jene des *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, Anwendung, in deren Rahmen sich die Schiedsgerichte nur die Definition nach Art. 1 Abs. 6 EnCV stützten.

Trotz der somit im ersten Fall etwas strengeren Definition befanden Schiedsgerichte, dass es sich bei einer Öltraffinerie¹²⁵ ebenso wie bei einer Beteiligung an einem Anlageinstrument, das über drei Jahre hinweg konstant finanziell zur Entwicklung Georgiens im Energiesektor beitrug,¹²⁶ um eine Investition handle. Unter der breiteren Definition des Art. 1 Abs. 6 EnCV stuften Schiedsgerichte ohne Anwendung der *Salini*-Kriterien die Errichtung und den Betrieb eines umweltfreundlichen Kraftwerks mittels einer Filiale ebenso als Investition ein¹²⁷ wie – gestützt auf den Begriff kraft Vertrags verliehener Rechte (lit. f) – Ansprüche aus einem Gaskondensatliefervertrag¹²⁸ oder das rein rechtliche Eigentum an Unternehmensanteilen, obwohl es eindeutig durch Vermögen aus dem Gaststaat erworben wurde und somit der „ausländische“ Charakter der Investition zweifelhaft war.¹²⁹ Insgesamt ist daher von einer weiten Definition des Investitionsbegriffs auszugehen.¹³⁰

Im vorliegenden Fall dürfte es sich somit bei der Beteiligung an einer Grenzkraftwerksgesellschaft eindeutig um eine Investition nach dem Energiechartavertrag handeln. Sogar bei Anwendung der strengeren *Salini*-Kriterien lassen sich Beteiligungen an Grenzkraftwerken als Investition einstufen, sind die entsprechenden Kraftwerksprojekte doch klar wirtschaftlich in der Hinsicht, dass sie Gewinne und Erträge abwerfen. Überdies ist davon auszugehen, dass sich die Beteiligungsinhaber auch bei den wirtschaftlichen Tätigkeiten des Kraftwerkes einbringen. Bereits auf der Grundlage der Natur der Grenzkraftwerke ergibt sich notwendigerweise eine längere Dauer der Investition. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Beteiligungsinhaber nicht an den betriebswirtschaftlichen Risiken teilhaben. Zuletzt ist nur schwer von der Hand zu weisen, dass die Grenzkraftwerke einen Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung

¹²⁵ *Plama Consortium v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 28. Oktober 2005, 44 I.L.M. 717 (2005), Rn. 125 ff.

¹²⁶ *Ioannis Kardassopoulos v. Greece*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6. Juli 2007, Rn. 113 ff.

¹²⁷ *Nykomb v. Latvia*, Stockholm Chamber of Commerce Case No. 16/2003, Arbitral Award, 16. Dezember 2003, Rn. 8.

¹²⁸ *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, Stockholm Chamber of Commerce Case No. 126/2003, Arbitral Award, 29. März 2005, Rn. 72.

¹²⁹ *Yukos v. Russian Federation*, Permanent Court of Arbitration Case No. AA227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30. November 2009, Rn. 430 ff.

¹³⁰ So im Ergebnis auch *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 80 f.

des Landes – insbesondere zur Versorgungssicherheit der Schweiz mit elektrischer Energie – leisten.

Fraglich könnte indessen sein, ob und inwieweit die Netznutzung Teil der Investition in ein Grenzkraftwerk darstellt und somit mitgeschützt wird. Grundsätzlich ist Netznutzung mitsamt der grenzüberschreitenden Lieferung von Energie klar im für die Anwendung des Energiechartavertrags massgeblichen „Energiesektor“ zu verorten, umfassen doch die in Art. 1 Abs. 5 EnCV aufgeführten Tätigkeiten im Energiebereich neben der „Gewinnung“ auch die „Beförderung über Land“ sowie die „Übertragung“ und den „Handel“ von Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen. Im Rahmen von Art. 1 Abs. 6 lit. b EnCV ist eine breite Palette von Beteiligungsformen an einer Gesellschaft als Investition zugelassen. Die Investition in ein Grenzkraftwerk erfolgte typischerweise in der Form des Erwerbs eines Gesellschaftsanteils bzw. von Aktien und einem damit verbundenen Vertrag über Energielieferungen bzw. einem anders verankerten Bezugsrecht. Da es zum Zeitpunkt der jeweiligen Investition – also vor der Marktöffnung – typischerweise noch um vertikal integrierte Unternehmen ging, war mit der Investition in ein solches Kraftwerk automatisch auch ein Recht auf Netznutzung verbunden. Aufgrund der weit formulierten Bestimmungen des Energiechartavertrages sowie des historischen wirtschaftlichen Kontextes der entsprechenden Investitionen ist somit davon auszugehen, dass typischerweise Netznutzungsrechte – mitsamt dem Recht auf grenzüberschreitenden Transport von Energie – grundsätzlich als Teil der Investition „mitgeschützt“ sind

Im Ergebnis sind somit als Investoren Gesellschaften bzw. Personen geschützt, die z.B. bei einem schweizerischen Grenzkraftwerk die andere – etwa deutsche – Staatsangehörigkeit besitzen, d.h. nach dem Recht dieses Staates gegründet wurden. Als Investition ist unter dem Energiechartavertrag die Beteiligung am jeweiligen Grenzkraftwerk geschützt, was auch Rechte auf Netzzugang mitsamt Vorrangrechten bei der Vergabe von Grenzkapazitäten umfasst. Der Anwendungsbereich des Energiechartavertrags ist demnach im Falle der (beschränkenden) Regelung des Netzzugangs für solche Kraftwerke eröffnet. In der Folge ist allerdings noch zu untersuchen, ob der zu untersuchende Eingriff – die Einführung marktorientierter Verfahren bei der Grenzkapazitätsvergabe bzw. eine damit verbundene Abschaffung von Vorrangrechten – den Schutzbestimmungen des Energiechartavertrages widerspricht.

bb) Zu den materiellen Vorgaben des Energiechartavertrags

Der Energiechartavertrag schützt auch ältere Investitionen, die vor dem Zeitpunkt ihrer Ratifikation durch den Staat des Investors oder den Staat, in dem die Investition erfolgte, getätigt wurden; jedoch bezieht er sich nur auf „Angelegenheiten, die sich auf solche Investitionen nach dem Tag des Inkrafttretens auswirken“.¹³¹ Diese Voraussetzung ist im Falle von nun-

¹³¹ Siehe der weit gefasste Wortlaut von Art. 1 Abs. 6 zweiter Satz EnCV.

mehr eventuell vorzunehmenden Einschränkungen oder gar der Aufhebung von Vorrangrechten bei der Vergabe von Grenzkapazität jedenfalls erfüllt.

Allerdings sieht der Energiechartavertrag keinen absoluten Schutz von Investitionen vor.¹³² Er formuliert vielmehr nur (aber immerhin) in einer Reihe von Bestimmungen Vorgaben, die bei der Behandlung von Investoren zu beachten sind. Daher kann die (vollumfängliche) Einführung marktorientierter Verfahren bei der Grenzkapazitätsvergabe bzw. eine damit verbundene Abschaffung von Vorrangrechten von vornherein nur dann gegen den Energiechartavertrag verstossen bzw. den Betroffenen nur dann ein aus dem Energiechartavertrag abgeleitetes Recht auf vorrangige Zuteilung grenzüberschreitender Vergabekapazitäten zustehen, wenn eine Verletzung einer dieser Vorgaben anzunehmen ist.

Im vorliegenden Zusammenhang könnten folgende Vorgaben relevant bzw. verletzt sein:¹³³

- Nach Art. 13 Abs 1 EnCV dürfen (grundsätzlich geschützte) Investitionen nicht „verstaatlicht, enteignet oder einer Massnahme gleicher Wirkung wie Verstaatlichung oder Enteignung [...] unterworfen werden“, es sei denn, es bestehe ein öffentliches Interesse, die Massnahme werde ohne Diskriminierung durchgeführt, die Enteignung erfolge nach rechtsstaatlichen Grundsätzen und sei mit einer „umgehenden, wertentsprechenden und tatsächlich verwertbaren Entschädigung verbunden“ (Art. 13 Abs. 1 lit. a-d). Auch wenn es sich bei der Frage, ab welchem Zeitpunkt genau eine – zu Entschädigung verpflichtende – Enteignung vorliegt, um eine der umstrittensten des Völkerrechts handelt, so kann doch zumindest grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass es sich jedenfalls um eine Massnahme handeln muss, die schwerwiegend in die wirtschaftliche Nutzung einer Investition eingreift, ja diese effektiv oder geradezu unmöglich macht.¹³⁴

Eine Enteignung oder auch Massnahme gleicher Wirkung liegt in diesem Licht hier wohl eher nicht vor, da es sich beim Entzug von Vorrangrechten nicht um eine Massnahme handelt, die derart umfassende Auswirkungen hat, dass man von einer Enteignung sprechen könnte. Im *ATEL*-Fall befand der EuGH zwar, dass der Entzug von Vorrangrechten eine solche darstellen könne.¹³⁵ Jedoch war hierfür entscheidend, dass das betreffende Vorrangrecht die einzige¹³⁶ Gegenleistung für die Investition von *ATEL* als Investor in eine grenzüberschreitende Stromleitung war.¹³⁷ Im vorliegenden

¹³² Moench, Stromübertragungskapazitäten, 83, geht jedoch – gestützt auf die *ATEL*-Entscheidung des EuGH (EuGH, Rs. C-264/09 (Kommission/Slowakei), Slg. 2011, I-8065) – davon aus, dass der Energiechartavertrag allgemein einen umfassenden Schutz der Investitionen vorsieht. Da jedoch in der *ATEL*-Entscheidung im Unterschied zum vorliegenden Sachverhalt, wie sogleich gezeigt wird, ein eher klarer Fall der Enteignung vorlag, ist hier genauer auf die möglicherweise einschlägigen Bestimmungen des Energiechartavertrages einzugehen.

¹³³ Verzichtet wird nachfolgend hingegen auf eine vollständige Zusammenfassung der im Energiechartavertrag formulierten diesbezüglichen Vorgaben verzichtet.

¹³⁴ Vgl. hierzu die umfassende vergleichende Untersuchung bei *Perkams*, in: International Investment Law and Comparative Public Law, 149 f.

¹³⁵ EuGH, Rs. C-264/09 (Kommission/Slowakei), Slg. 2011, I-08065, Rn. 35-37.

¹³⁶ Vgl. Schlussfolgerungen des Generalanwalts Jääskinen, EuGH, Rs. C-264/09 (Kommission/Slowakei), Slg. 2011, I-08065, Rn. 101.

¹³⁷ Vgl. näher zum Sachverhalt *Boute*, CMLRev. 2012, 1179 (1181).

Fall hingegen können die Vorrangrechte als Teil der Gegenleistung für eine Investition in ein Grenzkraftwerk gesehen werden,¹³⁸ sind jedoch wohl nicht von vergleichbar grundlegender Bedeutung für den wirtschaftlichen Betrieb eines Grenzkraftwerkes. Zwar ist somit eine wirtschaftliche Beurteilung vorzunehmen, ob im Einzelfall ein Entfallen der wirtschaftlichen Vorteile aus den Vorrangrechten zu einem vergleichbar schweren Eingriff führt, die im vorliegenden Gutachten nicht geleistet werden kann. Jedoch erscheint es zumindest als wenig wahrscheinlich, dass eine derart grundlegende Erschütterung der wirtschaftlichen Grundlage der Grenzkraftwerke zu erwarten wäre, dass eine Einstufung als Enteignung gerechtfertigt erscheint.

- Art. 7 EnCV schützt den Transit von Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen und könnte grundsätzlich im Fall von Vorrangrechten bei der Vergabe von Grenzkapazitäten einschlägig sein. Allerdings definiert Art. 7 Abs. 10 lit. a Ziff. i EnCV „Transit“ als die Beförderung von Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen durch das Gebiet einer Vertragspartei, die ihren Ursprung im Gebiet eines anderen Staates und ihre Bestimmung im Gebiet eines dritten Staates haben, solange einer dieser Staaten auch Vertragspartei ist. Auch handelt es sich gemäss Art. 7 Abs. 10 lit. a Ziff. ii EnCV unter bestimmten Voraussetzungen¹³⁹ um „Transit“, wenn eine Beförderung stattfindet, die ihren Ursprung und ihre Bestimmung im Gebiet einer Vertragspartei hat und durch das Gebiet einer anderen Vertragspartei erfolgt. Zumindest in dem Fall, in dem bei Grenzkraftwerken nur eine Beförderung elektrischer Energie von einem Vertragsstaat in einen anderen erfolgt, liegt keine der beiden Konstellationen vor, so dass die in Art. 7 EnCV enthaltenen Vorgaben nicht anwendbar sind.

Art. 7 EnCV könnte hingegen anwendbar sein, wenn von einem Grenzkraftwerk Energie beispielsweise von deutscher Seite durch die Schweiz hindurch nach Italien geliefert werden soll. Fraglich ist sowohl, ob die Vergabe von Grenzkapazität durch Auktionen als potenzielles Hindernis für den Transit gemäss Art. 7 Abs. 1 EnCV zulässig ist, als auch, ob die Gewährung von Vorrang für bestimmte Energielieferungen im Gegensatz zu anderen nach Art. 7 Abs. 3 EnCV möglicherweise als unzulässige Diskriminierung untersagt ist.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 EnCV trifft jede Vertragspartei die „erforderlichen Massnahmen“, um Transit „im Einklang mit dem Grundsatz der Transitfreiheit“ und ohne Unterscheidung bezüglich „des Ursprungs, der Bestimmung oder des Eigentums“ der Energieträger und -erzeugnisse bzw. ohne Diskriminierung bei der Preisfestsetzung zu „erleichtern“. Hierfür sind keine „unangemessenen“ (*unreasonable*) Verzögerungen, Beschränkungen oder Abgaben aufzuerlegen. Es sind also nicht sämtliche Beschränkungen und Abgaben untersagt, sondern lediglich jene, die „unangemessen“ sind, was

¹³⁸ Zur Frage der Verbundenheit von Vorrangrechten mit der „Investition“ in ein Grenzkraftwerk siehe bereits Abschnitt B.I.2.c.aa.

¹³⁹ Zusätzlich ist ein Eintrag in die Anlage N vorgesehen, was hier jedoch keiner näheren Erläuterung bedarf.

einen gewissen Spielraum für staatliches Handeln schafft.¹⁴⁰ Auktionskosten sind im Rahmen von Art. 7 Abs. 1 EnCV wohl dann nicht als unangemessen einzustufen, wenn sie gerechtfertigt sind, d.h. einem legitimen Ziel dienen, und verhältnismässig sind. Beides dürfte hier der Fall sein, da die Vergabe von Grenzkapazitäten durch Auktionen der wirtschaftlich effizienten Nutzung der begrenzten vorhandenen Grenzkapazität dient und zugleich nicht ersichtlich ist, inwieweit eine solche Vergabe, selbst wenn sie Kosten verursacht, über das Ziel hinausschiesst.

Das Verbot der Diskriminierung wird bereits in Art. 7 Abs. 1 EnCV angesprochen, jedoch in Art. 7 Abs. 3 EnCV genauer ausgeführt. Art. 7 Abs. 3 EnCV verpflichtet die Vertragsparteien, sicherzustellen, dass ihre Vorschriften über die Energiebeförderung Primärenergieträger und Energieerzeugnisse im Transit „nicht weniger günstig“ behandeln als solche, deren Ursprung oder Bestimmung im eigenen Gebiet liegt, „sofern eine geltende internationale Übereinkunft nichts anderes bestimmt“. Hier könnte geltend gemacht werden, dass die Gewährung von Vorrangrechten eine Diskriminierung von Energielieferungen darstellt, die ohne Vorrangrechte mit Auktionskosten beim Grenzübertritt belastet werden. Jedoch sieht bereits der letzte Teilsatz des Art. 7 Abs. 3 EnCV vor, dass durch eine „geltende internationale Übereinkunft“ eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot eröffnet werden kann. Dies kann wohl jedenfalls für die vor Abschluss des Energiechartavertrages abgeschlossenen Staatsverträge über Grenzgewässer geltend gemacht werden.

Jedoch ist bereits viel grundlegender eine Diskriminierung von Energielieferungen im Transit auszuschliessen. Vorrangansprüche, wie sie hier vorliegen, unterscheiden nicht zwischen Energielieferungen im Transit und jenen, die nur eine Grenze überschreiten. Vielmehr schaffen sie eine Ungleichbehandlung zwischen nur eine Grenze überschreitenden Energielieferungen, d.h. Lieferungen, die gemäss Art. 7 Abs. 3 EnCV „Ursprung oder Bestimmung [im] Gebiet“ eines Vertragsstaates haben. Sie bevorzugen nämlich den über Vorrangansprüche verfügenden Teil dieser Lieferungen gegenüber den anderen, für die im Rahmen von Auktionen Grenzkapazität ersteigert werden muss. Davon sind teils auch Transitlieferungen betroffen, jedoch nicht als eigene Kategorie von Lieferungen. Für sie muss so typischerweise beim zweiten Grenzübertritt erneut Grenzkapazität ersteigert werden. Damit werden sie aber nicht spezifisch „weniger günstig“ behandelt als die gesamte Gruppe der nur eine Grenze überschreitenden Energielieferungen. In diesem Lichte von einer spezifischen Diskriminierung von Transitlieferungen zu sprechen, würde den Anwendungsbereich des klar auf „Transit“ bezogenen Diskriminierungsverbotes von Art. 7 Abs. 3 EnCV jedenfalls überdehnen.

¹⁴⁰ Hierauf weist bereits Art. 7 Abs. 4 EnCV hin, der in Bezug auf neue Hindernisse für die Schaffung neuer Hindernisse jedenfalls „anwendbare Rechtsvorschriften, die mit Absatz 1 vereinbar sind,“ ausnimmt. Solche Rechtsvorschriften sind also stets zulässig.

Die weiteren Bestimmungen des Art. 7 EnCV enthalten ebenfalls keine hier relevanten Vorgaben. Art. 7 Abs. 2 EnCV verpflichtet die Vertragsparteien lediglich, zuständige Stellen zur Zusammenarbeit etwa bei der Modernisierung oder Erntwicklung von mehr als einen Vertragsstaat bedienenden Energiebeförderungseinrichtungen zu „ermutigen“. Gemäss Art. 7 Abs. 4 EnCV sollen die Vertragsparteien neuer Transportkapazität keine „Hindernisse“ in den Weg legen, wobei jedoch Ausnahmen beispielsweise aus Gründen der Versorgungssicherheit nach Art. 7 Abs. 5 EnCV erlaubt sind. Art. 7 Abs. 6 und 7 EnCV beschäftigen sich mit Fragen der Streitbeilegung, während Art. 7 Abs. 8 EnCV zusichert, dass Rechte aus bestehenden Übereinkünften unberührt bleiben. Verfügt eine Vertragspartei nicht über eine bestimmte Art von Beförderungseinrichtungen, hat sie nach Art. 7 Abs. 9 EnCV auch keine diesbezüglichen Massnahmen zu ergreifen, jedoch das Verbot von „Hindernissen“ des Art. 7 Abs. 4 EnCV zu beachten.¹⁴¹

Im Ergebnis sind so die Bestimmungen des Art. 7 EnCV auf nur eine Grenze überschreitende Energielieferungen nicht anwendbar. Im Fall von Transitlieferungen untersagt Art. 7 EnCV weder die Vergabe von Grenzkapazität durch Auktionen noch die fallweise Gewährung von Vorrang bei nur eine Grenze überschreitenden Energielieferungen.

- In Frage kommt sodann das Gebot der fairen und gerechten Behandlung von Investoren, das in Art. 10 Abs. 1 zweiter Satz EnCV niedergelegt ist. Dieser sehr allgemeinen Vorgabe werden im Investitionsschutzrecht typischerweise eine Reihe von Grundprinzipien zugeordnet, die in der Rechtsprechung der Schiedsgerichte herausgearbeitet wurden und sich in etwa als die Gewährung eines stabilen und vorhersehbaren Rechtsrahmens, das Legalitätsprinzip, der Vertrauensschutz, die Wahrung von Verfahrensgarantien (*due process*), der Schutz vor Diskriminierung und Willkür, der Grundsatz der Transparenz und die Wahrung von Verhältnismässigkeit zusammenfassen lassen.¹⁴² Geht man im vorliegenden Fall von einer geplanten Aufhebung von Vorrangrechten bei der Vergabe von Grenzkapazitäten aus, ist primär zu prüfen, ob durch den Vertrauensschutz geschützte Interessen im Rahmen des Gebots der fairen und gerechten Behandlung von Investoren verletzt werden.

Vertrauensschutz im Investitionsschutzrecht basiert darauf, dass zwar grundsätzlich Änderungen der Rechtslage auch dann zulässig sind, wenn sie Einfluss auf getätigte Investitionen haben, jedoch die Interessen von Investoren zu berücksichtigen sind, wenn zuvor durch staatliches Handeln „vernünftige und gerechtfertigte Erwartungen“ geweckt wurden.¹⁴³ Erwartungen müssen dabei nicht unbedingt durch speziell an den Investor gerichtete Handlungen hervorgerufen werden, sondern können auch durch den allgemeinen Rechtsrahmen entstehen, sofern sie spezifisch genug sind.¹⁴⁴ Jedoch kann zugleich bei Vorliegen „guter Gründe“ für den Gesetzgeber eine Rechtfertigung

¹⁴¹ Siehe zu letzterem auch *Pritzko*, *Energiesektor*, 163 f.

¹⁴² *Schill*, in: *International Investment Law and Comparative Public Law*, 159 f.

¹⁴³ *Thunderbird v. Mexico*, UNCITRAL/NAFTA Arbitral Award, 26. Januar 2006, Rn. 147. Siehe für eine Übersicht der Rechtsprechung von Schiedsgerichten *Schill*, in: *International Investment Law and Comparative Public Law*, 163 ff.

¹⁴⁴ *Thunderbird v. Mexico*, UNCITRAL/NAFTA Arbitral Award, 26. Januar 2006, Rn. 147.

bestehen, warum den geschützten Interessen des Investors nicht entsprochen werden konnte.¹⁴⁵ In derartigen Fällen wird eine Abwägung vorgenommen, um zu prüfen, ob eine Massnahme in einem angemessenen Verhältnis zu rationalen Politiken steht und sich so rechtfertigen lässt.¹⁴⁶

Im Fall der Grenzkraftwerke dürften im Rahmen des Vertrauensschutzes gerechtfertigte Interessen der Investoren entstanden sein, soweit gewisse Vorrangrechte bei der Vergabe von Grenzkapazität gewährt werden. Dies gründet sich darauf, dass bisher derartige Ansprüche, die – wie im Rahmen der vorliegenden Untersuchung gezeigt – auf privatrechtlichen Bezugs- und Lieferverträgen sowie auf Grenzgewässer bezogenen völkerrechtlichen Verträgen beruhen, geschützt wurden.

Gestützt auf ihre vertraglichen Vorrechte können die Investoren bei Grenzkraftwerken wohl zu Recht davon ausgehen, dass bei künftigen Rechtsänderungen ihre Interessen geschützt werden bzw. anderenfalls eine Verletzung des Gebots der fairen und gerechten Behandlung vorliegt. Insbesondere lässt sich ein solcher Vertrauensschutz auf die Schaffung des Art. 17 Abs. 2 StromVG¹⁴⁷ im schweizerischen Recht gründen, da dieser sich zwar als allgemeines Gesetz nicht unmittelbar an die Investoren richtet, jedoch spezifisch genug auf ihre Ansprüche eingeht und für diese Schutz vorsieht. Somit dürfen derartige Investoren darauf vertrauen, dass auch in Zukunft geltende Verträge beachtet werden bzw. könnten anderenfalls gar eine Verletzung von Art. 10 Abs. 1 zweiter Satz EnCV rügen.

Hier könnte zwar im Einzelfall eine Abwägung erforderlich werden, ob gegebenenfalls eine Änderung der schweizerischen Rechtslage aus guten Gründen, d.h. gerechtfertigt, erfolgt. In Frage käme als Rechtfertigungsgrund wohl die Notwendigkeit, aus praktischen Gründen, d.h. zur effizienten Bewirtschaftung der Grenzkuppelstellen, einen nur schwer lösbaren Rechtskonflikt mit den Nachbarstaaten zu vermeiden und somit Vorränge aufzuheben und zur vollständigen Vergabe von Grenzkapazität durch Auktionen überzugehen. Eine solche reibungslose Bewirtschaftung betreffe wohl auch die Versorgungssicherheit. Fraglich ist indes, ob eine solche Abwägung zugunsten der Position des Gaststaates Schweiz entschieden würde. Vieles – insbesondere der Verhältnismässigkeit zuzurechnende Erwägungen – spricht dafür, dass jedenfalls eine sofortige bzw. ohne Übergangsregelungen und ohne Entschädigung erfolgende Aufhebung der „Vorrangrechte“ die Rechte und Interessen der Investoren übermässig beeinträchtigen könnte. Hingegen erscheint eine schrittweise Aufhebung der Vorränge durch eine zeitlich gestaffelte Übergangsregelung, d.h. eine Art vorübergehender Bestandschutz, oder die Gewährung von Entschädigungen für die Aufhebung der Vorränge oder eine Kombination beider Massnahmen den verschiedenen Interessen und damit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz eher Rechnung zu tragen.

¹⁴⁵ *Eureko v. Poland*, Partial Award, 19. August 2005, Rn. 232 ff.

¹⁴⁶ *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award, 17. März 2006, Rn. 304.

¹⁴⁷ Siehe zu diesem ausführlich Abschnitt B.I.1.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass sich durchaus ein Anspruch auf Gewährung von Vorrangrechten aus dem Energiechartavertrag ergeben kann, jedoch nicht auf der Grundlage der Bestimmungen über Enteignung oder Transit, sondern über die faire und gerechte Behandlung von Investoren. Ein Anspruch entsteht aber nicht aus jeder womöglich Vorrangansprüche einschränkende oder aufhebende staatliche Massnahme, sondern setzt eine dabei erfolgende Verletzung des Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung voraus. Aus diesem Grund ist ein solcher Anspruch auch mit dem Bestehen von Ansprüchen aus privatrechtlichen oder völkerrechtlichen Verträgen bzw. mit einem gerechtfertigten Vertrauen in den Fortbestand einer bestimmten Gesetzeslage verbunden und besteht nicht selbständig. Es muss erst ein im Sinne des Vertrauensschutzes schützenswertes Interesse der Investoren bestehen, dass dann durch ein ungebührliches staatliches Handeln verletzt wird. Der Anspruch umfasst im Investitionsschutzrecht typischerweise primär Schadenersatz,¹⁴⁸ da er wie erläutert erst nach einer erfolgten Verletzung geltend gemacht werden kann. All dies ändert aber nichts an der grundsätzlich gegebenen unmittelbaren Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmungen des Energiechartavertrages.¹⁴⁹

3. Konzessionen

Grundsätzlich sorgt die dogmatische Einstufung der Rechtsfigur der Konzession im schweizerischen Recht nach wie vor in der Lehre für Diskussionen.¹⁵⁰ Dessen ungeachtet lassen sich, wie in der Folge gezeigt wird, die hier zu beantwortenden Rechtsfragen aufgrund der in den zu untersuchenden Konzessionen praktisch nicht angesprochenen Vorrangfrage bei grenzüberschreitenden Energietransporten durchaus beantworten, ohne dass die angesprochenen Grundsatzfragen problematisiert werden müssten.

Nachfolgend ist zunächst auf den genauen Inhalt der Konzessionen einzugehen, soweit dieser im Rahmen der vorliegenden Untersuchung relevant ist (a), bevor noch kurz die Frage erörtert wird, ob eine Änderung der Vorrangregeln in diesem Licht zu besonderen Entschädigungspflichten wegen eines Eingriffs in sogenannte wohlerworbene Rechte führt.

¹⁴⁸ Vgl. auch zur schiedsgerichtlichen Geltendmachung derartiger Ansprüche Abschnitt C.II.

¹⁴⁹ Zu dieser noch unten B.II.2.a). Die Kriterien für die unmittelbare Anwendbarkeit im EU-Recht und im schweizerischen Recht sind grundsätzlich parallel ausgestaltet, auch wenn die Anwendung im Einzelfall differieren kann.

¹⁵⁰ Zwar dürfte ihr Charakter als verwaltungsrechtliches Institut bzw. als öffentlich-rechtlich geprägtes Rechtsverhältnis anerkannt sein, jedoch bleibt umstritten, ob sie eher als Verfügung oder als öffentlich-rechtlicher Vertrag einzustufen sei, siehe m.w.N. *Waldmann*, in: *Die Konzession*, 17.

a) Zum Inhalt der Konzessionen

Inhaltlich enthalten die Konzession neben anderen Aspekten wie Betriebsbedingungen insbesondere gesellschaftsrechtliche Vorgaben. Hier wird typischerweise festgelegt, welchem Recht ein Kraftwerksunternehmen unterliegt¹⁵¹ und wo das entsprechende Unternehmen seinen Sitz einzurichten hat. Bei Grenzkraftwerken ist häufig der Unterhalt eines Rechts- und Zustellungsdomizils im anderen Staat vorgeschrieben.¹⁵² Darüber hinaus wird in einzelnen Konzessionen auch geregelt, inwieweit eine bestimmte Vertretung im Aufsichtsrat des Kraftwerksunternehmens sicherzustellen ist¹⁵³ und ob bestimmte Unternehmen zur Wahrnehmung der Konzession vorgesehen sind.¹⁵⁴

In der jeweiligen Konzession wird auch die Verteilung der Wasserkraft und der daraus gewonnenen elektrischen Energie „einschliesslich Einstauersatz“ niedergelegt. Häufig ist eine hälftige Aufteilung zwischen den beteiligten Staaten oder aber auch Bundesländern bzw. Kantonen vorgesehen.¹⁵⁵

So wird teilweise auch innerhalb der der Schweiz zufallenden Energiemenge noch eine Aufteilung zwischen beteiligten Kantonen vorgenommen, wie das Beispiel Rekingen zeigt. In diesem Fall gehen 37,5 Prozent an den Kanton Zürich und 62,5 Prozent an den Kanton Aargau.¹⁵⁶ Beim Kraftwerk bei Albbbruck und Dogern wird beispielsweise eine Aufteilung von 54 Prozent für den Kanton Aargau und 46 Prozent für das Land Baden-Württemberg vorgenommen.¹⁵⁷

Bei älteren Konzessionen ist teilweise nur von „nutzbar gemachte[r] Wasserkraft“ und nicht ausdrücklich von elektrischer Energie die Rede.¹⁵⁸ In Anbetracht des eindeutigen Konzessionsgegenstandes spricht jedoch nichts dafür, hier eine reduzierende Auslegung vorzunehmen. Eine Konzession hält darüber hinaus etwas umständlich formuliert fest, dass in Bezug auf die gewonnene Energie „je die Hälfte auf das schweizerische und auf das badische Staatsgebiet

¹⁵¹ Siehe z.B. Art. 4 Abs. 1 Konzession für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Albbbruck und Dogern vom 27. Mai 2003.

¹⁵² Siehe z.B. Art. 4 Abs. 3 Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Laufenburg vom 12. August 1986.

¹⁵³ Siehe z.B. Art. 4 Abs. 4 Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Rheinfeldern vom 20. Dezember 1989, der vorschreibt, dass die Hälfte der Aufsichtsratsmitgliedern aus Schweizer Bürgern mit Wohnsitz in der Schweiz bestehen muss.

¹⁵⁴ Siehe z.B. Art. 4 Abs. 1-3 Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Augst und Wyhlen vom 25. November 1987, in dem zwei Unternehmen gemeinschaftlich die Konzession erhalten und gesamtschuldnerisch haften, jedoch jeweils auf der eigenen Rheinseite eigenständig ein Kraftwerk betreiben.

¹⁵⁵ Siehe z.B. Art. 29 Abs. 1 Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Laufenburg vom 12. August 1986, der eine solche Aufteilung zwischen der Schweiz und dem Bundesland Baden-Württemberg vornimmt.

¹⁵⁶ Art. 17 Abs. 2 Verleihung für die Errichtung einer Wasserkraftanlage am Rhein bei Rekingen vom 16. März 1926.

¹⁵⁷ Art. 28 Abs. 1 Konzession für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Albbbruck und Dogern vom 27. Mai 2003.

¹⁵⁸ Art. 17 Abs. 1 Verleihung für die Errichtung einer Wasserkraftanlage am Rhein bei Rekingen vom 16. März 1926.

entfällt“.¹⁵⁹ Hiermit wird jedoch nichts darüber ausgesagt, auf welchem Staatsgebiet die Energie zur Verfügung zu stellen ist. Auch lässt sich nicht entnehmen, ob ein grenzüberschreitender Transport ohne zusätzliche Kosten, wie sie bei der Ersteigerung der notwendigen Grenzkapazität entstehen würden, zu gewährleisten ist.

Hingegen kann dem Wortlaut bei zwei Konzessionen entnommen werden, dass ein bestimmter Teil der Energie in einem bestimmten Land zur Verfügung zu stellen ist.¹⁶⁰ Im ersten Fall, d.h. beim Kraftwerk Augst-Wyhlen, kann die in der Konzession gewählte Formulierung jedoch bereits auf die technisch vorliegende Situation zurückgeführt werden. Hier nutzt jeweils eines der beiden Kraftwerke die auf seine Seite entfallende Nutzwassermenge und speist auf der eigenen Seite Energie ein. Es ergibt sich somit kein Bedarf für einen grenzüberschreitenden Transport von Energie. Die Vorrangproblematik stellt sich daher gar nicht.

Beim Kraftwerk Schaffhausen jedoch ist ein grenzüberschreitender Transport erforderlich, der bei Ersteigerung der Grenzkapazitäten Kosten verursachen kann. Jedoch hält die entsprechende Konzession fest, dass die Energie „zu Jahreskosten“ bereit zu stellen ist.¹⁶¹ Es stellt sich die Frage, ob auf dieser Grundlage Vorrang für grenzüberschreitende Energielieferungen in Richtung Baden-Württemberg zu gewähren ist.

Einleitend handelt es sich beim Begriff der „Jahreskosten“ um die einzige eindeutig zeitliche Vorgabe der Bestimmung. Hieraus lässt sich schliessen, dass jedenfalls nicht erforderlich ist, dass die dem Land Baden-Württemberg zur Verfügung zu stellende Energie zu jedem Zeitpunkt, d.h. in Höhe der entsprechend zustehenden Leistung, über die Grenze transportiert werden muss. Stattdessen dürfte ein Ausgleich über das Jahr hin anzustreben sein. Inhaltlich schliesst laut der Bestimmung der Begriff der Jahreskosten eine „angemessen[e] Verzinsung des Eigenkapitals“ und die „üblichen Einlagen in den Heimatfonds“, jedoch nicht „kapitalbildende, durch Gesetz nicht vorgeschriebene Aufwendungen“ ein. Da diese Aufzählung eindeutig demonstrativ gestaltet ist, dürften auch andere typische betriebliche Aufwendungen unter den Begriff der Jahreskosten fallen. Hierzu lassen sich wohl auch die effektiv anfallenden Ersteigerungskosten für Grenzkapazität rechnen, da der grenzüberschreitende Transport von Energie einen üblichen betrieblichen Vorgang bei einem Grenzkraftwerk darstellt. Ersteigerungskosten dürften somit wohl als Teil solcher Jahreskosten anzusehen sein und sind als Teil derselben abzugelten. Daraus ergibt sich aber auch, dass auf der Grundlage der Konzession kein Vorrang gewährt werden muss, sondern sich ihr eine Regelung für die anfallenden Auktionskosten entnehmen lässt. Somit enthält auch die Konzession des Kraftwerks Schaffhausen keine Vorrangberechtigung.

¹⁵⁹ Art. 17 Abs. 1 Verleihung für die Errichtung einer Wasserkraftanlage am Rhein bei Rekingen vom 16. März 1926.

¹⁶⁰ Art. 29 Abs. 1 Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Augst und Wyhlen vom 25. November 1987; Art. 32 Abs. 3 Verleihung für die Errichtung einer Wasserkraftanlage am Rhein bei Schaffhausen vom 24. Juni 1960.

¹⁶¹ Art. 32 Abs. 3 Verleihung für die Errichtung einer Wasserkraftanlage am Rhein bei Schaffhausen vom 24. Juni 1960.

Deutlich wird damit insgesamt, dass den hier relevanten Vorgaben in den Konzessionen keine Aussagen über die Bedingungen bzw. einen Vorrang beim grenzüberschreitenden Transport von Energie zu entnehmen sind. Fraglich könnte allenfalls sein, ob sich aus dem Verhältnis zwischen zwei Staaten, das sich aus gemeinsam abgestimmt erteilten Konzessionen ergibt, völkerrechtliche Verpflichtungen ableiten lassen. Das Bundesgericht hat sich hier zur Frage der Erhöhung des Wasserzinses auf schweizerischer Seite für ein Grenzkraftwerk, dem von beiden Seiten aufeinander abgestimmte Konzessionen erteilt wurden, geäußert. Auf der Grundlage der völkerrechtlichen Pflicht, bei internationalen Gewässern dem anderen Staat nicht erheblichen Schaden zu verursachen (no-harm-rule) bzw. bei der Nutzung einen gerechten und billigen Ausgleich herbeizuführen, wäre jedenfalls aufgrund des entstandenen „nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses“ eine Absprache mit dem anderen Staat erforderlich gewesen.¹⁶² Auch bei der Änderung oder gar Aufhebung von Vorrangrechten bei Grenzkraftwerken dürfte damit eine Verpflichtung bestehen, ein Einvernehmen mit dem Nachbarstaat anzustreben. In materieller Hinsicht hingegen ergibt sich daraus keine konkrete Vorgabe, z.B. Vorrangrechte auf jeden Fall unangetastet zu lassen.

b) Zum möglichen Eingriff in wohlerworbene Rechte

In formeller Hinsicht wird bei der Beschreibung des Konzessionsverhältnisses oft zugleich dessen vertragsähnlicher Charakter, aber auch seine besondere Rechtsbeständigkeit im Lichte von Art. 9 und Art. 26 BV¹⁶³ hervorgehoben.¹⁶⁴ Als Folge dieser Beständigkeit dürfen die im Rahmen einer Konzession übertragenen sowie andere damit zusammenhängende vermögenswerte Rechte infolge von späteren Gesetzesänderungen nicht entschädigungslos aufgehoben oder auf andere Art in ihrer Substanz beeinträchtigt werden. Die Anwendung späterer Gesetzenormen ohne Eingriff in die Substanz derartiger Rechte ist hingegen nicht von vorneherein ausgeschlossen.¹⁶⁵ Damit wird die Frage aufgeworfen, ob hier wohlerworbene Rechte betroffen sein könnten und sich hieraus eine besondere Entschädigungspflicht ergibt.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung definiert als wohlerworbene Rechte diejenigen Rechte, die aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentliche Bestandteile der erlangten Konzession zu betrachten sind, weil der Bewerber sich ohne sie über die Annahme der Verleihung gar nicht hätte schlüssig werden können.¹⁶⁶ Dabei ist hier jedoch eine Entwicklung festzustellen, die nur streng auf den Schutz der Substanz des wohlerworbenen Rechts und nicht dessen Ausübung, die durch die Rechtsordnung bestimmt wird, abstellt.¹⁶⁷ Neue Rechtsvorschriften von allgemeiner Tragweite sind somit in solchen Fällen grundsätz-

¹⁶² BGE 129 II 114 E. 4.1 und 4.3.

¹⁶³ Respektive Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben sowie die Eigentumsgarantie.

¹⁶⁴ *Waldmann*, in: *Die Konzession*, 6.

¹⁶⁵ Siehe z.B. BGE 126 II 171 E. 3c; 119 Ib 254 E. 5a; 107 Ib 140 E. 3b.

¹⁶⁶ BGE 127 II 69 E. 5a; 126 II 171 E. 3b; 107 Ib 140 E. 3a.

¹⁶⁷ *Riva*, in: *Die Konzession*, 68, auf BGE 131 I 321 E. 5.3 gestützt.

lich anwendbar, auch wenn sie in (an sich) wohlerworbene Rechte eingreifen, und begründen regelmässig keinen Entschädigungsanspruch; nur bei im Hinblick auf die Verfolgung übergeordneter Ziele erfolgenden gezielten Eingriffen in das Konzessionsverhältnis zulasten des Konzessionsnehmers ist Entschädigung zu leisten.¹⁶⁸ Auch ausdrückliche Vorbehalte im Verleihungsakt, z.B. in Bezug auf spezifische Anpassungen an künftiges internationales Recht, können den Umfang wohlerworbener Rechte einschränken.¹⁶⁹

Auf dieser Grundlage ist im vorliegenden Zusammenhang fraglich, ob es sich um solche wohlerworbene Rechte handelt. Denn die einzelnen Konzessionen selbst äussern sich – wie erwähnt – nicht zur Frage des grenzüberschreitenden Transports von Energie bzw. der damit verbundenen Vorrangproblematik. Es kann sich somit bei Vorrangrechten bei der Nutzung von Grenzkapazität wohl nur dann um wohlerworbene Rechte im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handeln, wenn sie nicht als wesentliche Bestandteile der Konzession zu erachten sind, weil sich ein Bewerber ohne sie über die Annahme der Verleihung offenkundig schlüssig werden konnte. Hierzu kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht abschliessend Stellung bezogen werden; zu untersuchen wäre, ob im Rahmen der einzelnen Konzessionen – wohl hauptsächlich aus der Perspektive der langfristigen Wirtschaftlichkeit des jeweiligen Kraftwerkprojektes – anzunehmen ist, eine Konzession wäre von beiden Parteien nur unter der impliziten Voraussetzung akzeptiert worden, dass in Zukunft keine Kosten beim grenzüberschreitenden Transport von Energie entstehen werden. Zumindest auf der Grundlage des Wortlautes der Konzessionen ergibt sich hierfür kein Hinweis.

Teil des Problems ist hier der sich erst später ändernde grundsätzliche Regelungskontext. Zumindest für einen Teil der entsprechenden Konzessionen fand die Versteigerung der Grenzkapazitäten zum Zeitpunkt ihrer Vergabe noch nicht statt. Bei später erteilten Konzessionen wird – offenbar bewusst – die Frage des Vorrangs bei grenzüberschreitenden Transporten von Energie, wie zuvor erörtert, nicht unmittelbar geregelt. Bei den beiden Konzessionen, bei denen sich Anhaltspunkte einer möglichen Regelung von Vorrangrechten ergeben, hat bereits die Analyse gezeigt, dass entweder aufgrund technischer Gegebenheiten oder wegen des umfassenden Begriffs der Jahreskosten, zu denen die Verfügbarmachung von Energie auf dem Gebiet des anderen Staates mitsamt eventueller Kapazitätsersteigerungskosten gerechnet werden kann, die Frage des Vorrangs bei der Nutzung von Grenzkapazität nicht geregelt ist.

Somit ist abschliessend wohl eher davon auszugehen, dass die Konzessionen von Grenzkraftwerken in den vorliegenden Fällen keine Regelungen zu Vorrangrechten bei der Nutzung von Grenzkapazität enthalten. Zwar könnten sich ebensolche aus im Kontext der Konzessionen ausgehandelten Staatsverträgen ergeben. In einem solchen Fall sind jedoch die Staatsverträge als Quelle der entsprechenden Rechte bzw. auch für Fragen der Rechtshierarchie u.ä. heranzuziehen, da die Konzession ein reines Instrument des schweizerischen Rechts ist.¹⁷⁰

Geht man indessen bei den Vorrangansprüchen von wohlerworbene Rechten aus, müsste allenfalls noch untersucht werden, ob eine Aufhebung dieser Ansprüche in ihre Substanz ein-

¹⁶⁸ Riva, in: Die Konzession, 68 f.

¹⁶⁹ M.w.N. Hettich/Bühler, in: Die Konzession, 115 f.

¹⁷⁰ Vgl. umfassend zum Begriff der Konzession Waldmann, in: Die Konzession, 3 ff.

greift.¹⁷¹ Das Bundesgericht hat so beispielsweise bei Fällen der Bewilligung der Wasserentnahme durch Dritte¹⁷² oder bei der Neufestsetzung von Restwassermengen¹⁷³ keine Eingriffe in die Substanz durch spätere Gesetzesänderungen festgestellt und somit eine Entschädigungspflicht etwa nach Art. 43 Abs. 2 WRG¹⁷⁴ ausgeschlossen.

Hier wäre wohl darauf abzustellen, inwieweit eine Aufhebung von Vorrangrechten in der Praxis schwerwiegende Auswirkungen auf die übliche Betriebsführung des jeweiligen Grenzkraftwerks hätte bzw. eine Betriebsweiterführung aus wirtschaftlicher Sicht verunmöglicht, was im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nicht geleistet werden kann.

Stuft man die im Kontext der Konzessionen verorteten Vorrangansprüche nicht als wesentliche Bestandteile der jeweiligen Konzession und somit nicht als wohlerworbene Rechte ein, könnten sie dennoch als vertragliche Abreden behandelt werden. In einem solchen Fall wäre der Schutz der Eigentumsgarantie anwendbar, und Einschränkungen wären nur zulässig, wenn eine gesetzliche Grundlage und ein überwiegendes Interesse vorliegen sowie die Verhältnismässigkeit gewahrt ist.¹⁷⁵ Auf diese Vorgaben wird in der Folge noch näher einzugehen sein.¹⁷⁶

II. Verhältnis der Rechtsgrundlagen und anwendbares Recht

Vor dem Hintergrund, dass im vorliegenden Zusammenhang Infrastrukturen in (mindestens) zwei Staaten bzw. sich (auch) „auf“ der Grenze zwischen zwei Staaten befindliche Infrastrukturen betroffen sind, stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts, die nachfolgend insofern aus schweizerischer Perspektive zu beantworten ist, als es um durch schweizerische Behörden ggf. zu beachtende Vorrangrechte geht (1.). Obwohl sich danach Unionsrecht im Ergebnis als nicht anwendbar erweist, wird in der Folge der Vollständigkeit halber in Form eines (knappen) Exkurses auf Fragen der Hierarchie der anwendbaren Rechtsquellen in seinem Anwendungsbereich eingegangen (2.). Zuletzt ist das Verhältnis der tatsächlich auf schweizerischer Seite anwendbaren Rechtsgrundlagen für Vorrangrechte bei der Vergabe von Grenzkapazität zu erörtern (3.).

¹⁷¹ Vgl. hierzu etwa BGE 119 Ib 23 E. 2; BGE 110 Ib 160 E. 5 ff. M.w.N. auch *Hettich/Bühler*, in: Die Konzession, 118.

¹⁷² BGE 119 Ib 23 E. 2.

¹⁷³ BGE 110 Ib 160 E. 5 ff.

¹⁷⁴ SR. 721.80

¹⁷⁵ *Poledna*, Bewilligungen, Rn. 171.

¹⁷⁶ Siehe Abschnitt C.I. zum Vorliegen eines Anspruchs auf materielle Enteignung.

1. Zum anwendbaren Recht

Die in der vorliegenden Untersuchung erörterten Grenzkuppelstellen können aus technischer Sicht nicht dem einen oder anderen Staatsgebiet zugeordnet werden; vielmehr handelt es sich um eine grenzüberschreitende Infrastruktur, die keine klare Abgrenzung zwischen den verschiedenen Staaten zugehörigen „Anteilen“ in Fällen eines Netzengpasses erlaubt.¹⁷⁷ Die Verwaltung und Vergabe der Grenzkapazitäten fand in der Praxis in der Vergangenheit immer auf der Grundlage einer Einigung zwischen den Übertragungsnetzbetreibern statt. Fraglich scheint, was bei einer Unmöglichkeit einer solchen Einigung erfolgen soll. Denkbar scheint hier z.B., in Ermangelung einer klaren faktischen „Trennungsmöglichkeit“ der Regelungsbezugnis über die Grenzkapazitäten zu einem Kapazitätssplitting zu schreiten. In diesem Fall stünde jeder Seite ein Anteil, d.h. 50 Prozent, an Grenzkapazitäten (jeweils für grenzüberschreitenden Import und Export von Energie) zur Verfügung.

Dies führte insbesondere dazu, dass die Aufteilung der Auktionserlöse zu Ungunsten der Schweiz erfolgen würde, da diese die Kosten für den Vorrang der Anspruchsberechtigten effektiv tragen müsste.

Rein rechtlich betrachtet ist hingegen trotz dieser technisch-funktionalen Verknüpfung der betroffenen Infrastruktur keine Grundlage für einen gemeinsamen Rechtsrahmen erkennbar. Völkerrechtlich ist jeder Staat als Inhaber der Gebietshoheit bzw. auf Grundlage des Territorialitätsprinzips auf dem eigenen Staatsgebiet regelungsbefugt, was Sachverhalte betrifft, die sich auf seinem Gebiet ereignen.¹⁷⁸ Auf schweizerischem Staatsgebiet ist somit schweizerisches Recht anwendbar, soweit nicht auf Ebene des Völkerrechts andere Regelungen getroffen werden.¹⁷⁹ Auch das zuvor festgestellte, im Völkerrecht begründete „nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis“ aufgrund der in Abstimmung erteilten Konzessionen von Grenzkraftwerken¹⁸⁰ führt lediglich zur Verpflichtung, bei Änderungen oder einer Aufhebung von Vorrangrechten den Nachbarstaat zu konsultieren oder ein Einvernehmen mit diesem zumindest anzustreben. Inhaltliche Vorgaben über die Regelung des grenzüberschreitenden Energietransports lassen sich jedoch nicht ableiten.

Zu denken wäre abgesehen vom Territorialitätsprinzip als Grundlage der Regelungsbezugnis grundsätzlich auch an das Auswirkungsprinzip, dem zufolge auch Sachverhalte dem eigenen Recht unterworfen werden können, die hinreichende Auswirkungen auf das eigene Staatsgebiet entfalten. Dieses wurde auch in Entscheiden der Elektrizitätskommission herangezogen, wobei es sich jedoch etwa um die Frage der anwendbaren Tarifregelung für aus der Schweiz ins Ausland gelieferte Energie¹⁸¹ oder um die Anwendung der kostendeckenden Einspeisevergütung auf die deutsche, nur an das schweizerische Übertragungsnetz angeschlossene Enklave Büsingen handelte.¹⁸² Im vorliegenden Fall hingegen geht es tatsächlich um die territoriale Regelungsgewalt über die Grenzkuppelstelle an

¹⁷⁷ Siehe hierzu *Mönch*, Stromübertragungskapazitäten, 33.

¹⁷⁸ *Von Arnould*, Völkerrecht, 134 f.

¹⁷⁹ Zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz noch sogleich Abschnitt B.II.3.

¹⁸⁰ Siehe Abschnitt B.I.3.a.

¹⁸¹ Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom 952-08-017 vom 30. Oktober 2008.

¹⁸² Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom 221-00080 vom 12. Juni 2014.

sich und nicht um Sachverhalte, die sich im anderen Staatsgebiet ereignen und Auswirkungen auf das eigene Gebiet entfalten.

In Bezug auf das Unionsrecht ist festzuhalten, dass dieses auf dem Staatsgebiet der Schweiz nicht anwendbar ist, da die Schweiz kein EU-Mitgliedstaat ist. Auch ein bilaterales Abkommen im Elektrizitätsbereich, das relevante Bestimmungen auf völkerrechtlichem Wege auf die Schweiz ausdehnen würde, ist zwar seit 2007 in Verhandlungen, wurde jedoch noch nicht abgeschlossen.¹⁸³

Aber auch auf Seiten der Unionsmitgliedstaaten ergibt eine nähere Untersuchung, dass das entsprechende Sekundärrecht nicht auf die Grenzkuppelstelle selbst, sondern nur bis zur jeweiligen Staatsgrenze Anwendung findet: Die unionsrechtliche StromhandelsVO 714/2009¹⁸⁴ zieht zur Definition des eigenen Anwendungsbereichs den Begriff der Verbindungsleitung heran (Art. 2 Abs. 1 erster Spiegelstrich).

Der Begriff der Verbindungsleitung wird zwar auch in der Elektrizitätsbinnenmarkt richtlinie 2009/72/EG¹⁸⁵ definiert. Art. 2 Nr. 13 sieht hier vor, dass es sich dabei um eine „Anlage, die zur Verbundschaltung von Elektrizitätsnetzen dient“, handeln muss. Jedoch ersetzt Art. 2 Abs. 1 StromhandelsVO ausdrücklich im Gegensatz zu den sonst anwendbaren Definitionen aus der Richtlinie jenen der Verbindungsleitung mit einer eigenen Definition.

Hierbei handelt es sich um „eine Übertragungsleitung, die eine Grenze zwischen Mitgliedstaaten überquert oder überspannt und die nationalen Übertragungsnetze der Mitgliedstaaten verbindet“. Im vorliegenden Fall geht es bei den betroffenen Grenzkuppelstellen jedenfalls nicht um Verbindungsleitungen, da es sich nicht um Leitungen zwischen Mitgliedstaaten handelt, sondern die Schweiz als Drittstaat involviert ist. Hingegen lässt sich argumentieren, dass sich die StromhandelsVO abgesehen von Verbindungsleitungen auch auf Netzengpässe in den nationalen Übertragungsnetzen, soweit dies für den grenzüberschreitenden Stromfluss bedeutsam ist, bezieht.¹⁸⁶ Art. 2 Abs. 2 lit. c StromhandelsVO bestimmt, dass Engpässe Situationen sind, in denen eine Verbindung zwischen nationalen Übertragungsnetzen entweder wegen unzureichender Kapazität der Verbindungsleitungen oder „der betreffenden nationalen Übertragungsnetze“ die benötigten Stromflüsse nicht bewältigen kann. Somit ist wohl davon auszugehen, dass es sich bei den Leitungen auf dem Staatsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates bis zur „Grenze“ mit der Schweiz zwar nicht um Verbindungsleitungen, aber um Teile des nationalen Übertragungsnetzes handelt, auf die dennoch die Bestimmungen zur Bekämpfung von Netzengpässen anwendbar sind,¹⁸⁷ soweit sich letztere auf grenzüberschreitende Strom-

¹⁸³ Siehe hierzu <http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/00618/?lang=de> (zuletzt eingesehen am 16. September 2014).

¹⁸⁴ ABl. 2009 L 211, 15 ff.

¹⁸⁵ Elektrizitätsbinnenmarkt richtlinie 2009/72/EG, ABl. 2009 L 211, 55 ff.

¹⁸⁶ So überzeugend *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 37.

¹⁸⁷ So überzeugend *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 37. A.A. in Bezug auf langfristige Elektrizitätsverträge *Tobler*, Engpassmanagement, 9, die davon ausgeht, dass derartige Verträge zwischen Un-

flüsse mit Mitgliedstaaten auswirken können. Im Einzelnen zeigt sich, dass sich zumindest Deutschland als EU-Mitgliedstaat bei der Regelung des eigenen Übertragungsnetzes ohne Ausnahme an die Vorgaben der StromhandelsVO, insbesondere in Bezug auf die nichtdiskriminierende bzw. nach marktorientierten Verfahren organisierte Vergabe von Grenzkapazitäten, auch an der Grenze zur Schweiz hält.¹⁸⁸

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass auf schweizerischer Seite die eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen und schweizerisches Recht zur Anwendung kommen. Auf Seiten der EU-Mitgliedstaaten sind jeweils nationales Recht, Unionsrecht und eingegangene völkerrechtliche Verpflichtungen anwendbar. Ein gemeinsames Rechtsregime für die Grenzkuppelstellen gibt es nicht, was wie zuvor erörtert in der Praxis im Falle der Uneinigkeit im äussersten Fall zur Notwendigkeit eines Kapazitätssplittings führen könnte.

2. Exkurs: Zur Anwendbarkeit des Unionsrechts und zu dessen Vorgaben

Im Unionsrecht sind die massgeblichen Vorgaben in der StromhandelsVO zu finden, die auf die Festlegung gerechter Regeln für den grenzüberschreitenden Stromhandel und eine Verbesserung des Wettbewerbs auf dem Elektrizitätsbinnenmarkt abzielt und daher unter anderem Grundsätze für die Vergabe der auf Verbindungsleitungen zwischen nationalen Übertragungsnetzen verfügbaren Kapazitäten festlegt.¹⁸⁹ Art. 16 Abs. 1 StromhandelsVO sieht als zentrale Norm vor, dass Netzengpässen mit „nichtdiskriminierenden marktorientierten Lösungen“ zu begegnen ist, bzw. dass vorzugsweise nichttransaktionsbezogene Methoden gewählt werden müssen, die keinen Unterschied zwischen den Verträgen einzelner Marktteilnehmer machen.¹⁹⁰ Der EuGH klärte im Urteil *VEMW*, dass das in der älteren Richtlinie 96/92/EG¹⁹¹ enthaltene Diskriminierungsverbot nationalen Massnahmen, die einem Unternehmen eine Kapazität für die grenzüberschreitende Übertragung von Elektrizität vorrangig zuteilen, unabhängig davon entgegenstehe, ob sie vom Netzbetreiber, vom die Aufsicht über den Netzbetrieb Führenden oder vom Gesetzgeber stammten.¹⁹² Als einzige Ausnahme liess der EuGH die Übergangsregelung des Art. 24 der RL 96/92/EG zu, nach der entsprechende Verpflichtungen vom Mitgliedstaat der Kommission notifiziert und von dieser genehmigt

ternehmen aus der Schweiz und aus Mitgliedstaaten nicht vom einschlägigen Unionssekundärrecht erfasst werden.

¹⁸⁸ Siehe hierzu Art. 15 Abs. 2 der deutschen Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2243), die durch Artikel 8 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist, bzw. *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 41.

¹⁸⁹ So die Zielsetzungen der Verordnung in Art. 1 StromhandelsVO.

¹⁹⁰ Vgl. zu den Begriffen der Nichtdiskriminierung und der Marktorientierung auch *König*, Engpassmanagement, 228 ff.

¹⁹¹ ABl. 1997 L 27, 20 ff.

¹⁹² EuGH, Rs. C-17/03 (*VEMW*), Slg. 2005, I-4983, Rn. 88.

werden mussten.¹⁹³ Eine solche Bestimmung enthält jedoch die neue Richtlinie ebensowenig wie die StromhandelsVO.

Somit ist davon auszugehen, dass eine vorrangige Kapazitätsvergabe an Grenzkraftwerke grundsätzlich gegen die Vorgaben der StromhandelsVO verstösst. Als Verordnung im Sinne des Art. 288 AEUV ist die StromhandelsVO allgemein verbindlich und unmittelbar anwendbar und genießt Anwendungsvorrang vor nationalem Recht.

Dies führt auch dazu, dass z.B. im deutschen Recht verankerte Vorrangregeln für Elektrizitätslieferungen aus erneuerbaren Energien im Inland nicht anwendbar sind.¹⁹⁴

Hingegen stellt sich hier die Frage, ob zumindest für Ansprüche aus völkerrechtlichen Verträgen, wie zuvor erörtert insbesondere aus den auf Grenzgewässer bezogenen Verträgen und dem Energiechartavertrag, womöglich eine Ausnahme von den genannten unionsrechtlichen Vorgaben besteht bzw. die völkerrechtlichen Vorgaben vorrangig zum Zuge kommen.

Dabei können grundsätzlich zwei Konstellationen unterschieden werden, die nachfolgend im Zusammenhang mit dem Energiechartavertrag einerseits (a) und den Staatsverträgen über Grenzgewässer (b) relevant sein könnten:

- Völkerrechtliche Verträge, die von der Union selbst abgeschlossen wurden, stehen im Rang unter dem Primär-, aber über dem Sekundärrecht und könnten so *prima facie* einen Verstoss gegen die StromhandelsVO rechtfertigen.
- Sodann schützt Art. 351 Abs. 1 AEUV darüber hinaus unter gewissen Voraussetzungen die Rechtsansprüche von Drittstaaten aus völkerrechtlichen Verträgen, die vor Entstehung der EU bzw. vor Beitritt des betreffenden Mitgliedstaates mit einem solchen Staat abgeschlossen wurden.

Allgemein beziehen sich die folgenden Ausführungen nur auf rechtliche Wirkungen von Abkommen im Hoheitsgebiet der betroffenen EU-Mitgliedstaaten. Wie auch das EuG in einem auf die Schweiz bezogenen Fall betonte, können das Unionsrecht bzw. die Unionsgerichte aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht über Rechte und Pflichten aus einem völkerrechtlichen Vertrag, den ein Drittstaat aus eigenem Willen abgeschlossen hat, auf dessen Staatsgebiet bestimmen.¹⁹⁵

a) Der Energiechartavertrag als völkerrechtlicher Vertrag der Union

Art. 351 Abs. 1 AEUV über den Schutz älterer völkerrechtlicher Verträge ist bereits von vornherein auf Deutschland, Frankreich und Italien nicht anwendbar, da diese Staaten als Gründungsmitglieder der Union den Energiechartavertrag erst lange nach dem in Art. 351 Abs. 1 AEUV als massgeblich genannten Termin des 1. Januar 1958 abgeschlossen haben. Nur Österreich unterzeichnete den Vertrag am 17. Dezember 1994, unmittelbar vor dem eige-

¹⁹³ EuGH, Rs. C-17/03 (VEMW), Slg. 2005, I-4983, Rn. 88.

¹⁹⁴ So zutreffend *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 73.

¹⁹⁵ EuG, Rs. T-212/02 (Commune de Champagne), Slg. 2007, II-2017, Rn. 89 ff.

nen Beitritt zur Union, der mit 1. Januar 1995 erfolgte. Die Ratifikation erfolgte indes erst 1997.¹⁹⁶

Art. 351 Abs. 1 AEUV könnte aber auch darüber hinaus auf den Energiechartavertrag anwendbar sein, da zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Mitgliedstaaten und nicht die Union für Investitionsschutz zuständig waren. Eine solche analoge Anwendung von Art. 351 Abs. 1 AEUV ist jedoch nicht in der Lehre nicht unumstritten.¹⁹⁷ Allerdings ist auf jeden Fall und unabhängig von dieser Streitfrage darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten keine völkerrechtlichen Verpflichtungen neu eingehen dürfen, die gegen unionsrechtlich bereits bestehende Vorgaben verstossen. In Bezug auf den Energiechartavertrag liegt bzw. läge aber ein solcher Verstoss vor, da die RL 96/92/EG¹⁹⁸ bereits in Kraft war und das darin enthaltene Diskriminierungsverbot den Schutz von Vorrangansprüchen bei der Vergabe von Grenzkapazität in Frage stellte, als die betroffenen Mitgliedstaaten ab 1997 den Energiechartavertrag ratifizierten.¹⁹⁹ Damit genießt der Energiechartavertrag jedenfalls nicht den Schutz des Art. 351 Abs. 1 AEUV bzw. hätten die Mitgliedstaaten den Vertrag zwar abschliessen dürfen, hätten jedoch ihre damit in Zusammenhang stehenden Verpflichtungen gemäss Art. 351 Abs. 2 AEUV anpassen müssen, damit es zu keiner Unvereinbarkeit mit dem geltenden Unionsrecht kommt.

In der *ATEL*-Entscheidung bezog der EuGH zu dieser Frage nicht Stellung und stützte sich auf ein zwischen der Schweiz und der Slowakei geschlossenes bilaterales Investitionsschutzabkommen, um vorrangigen Zugang als im Rahmen dieses Abkommens als Verpflichtung aus einem Altvertrag gemäss Art. 351 AEUV geschützt einzustufen,²⁰⁰ da dieses „unmittelbar“ den Schutz von Investoren bezwecke.²⁰¹ Zumindest letzteres liesse sich allerdings über den Energiechartavertrag ebenso sagen, wie in der Lehre zutreffend kritisiert wurde.²⁰²

Jedoch ist der Energiechartavertrag zugleich ein völkerrechtlicher Vertrag der Union. Derartige Verträge sind integrierende Bestandteile des Unionsrechts,²⁰³ die gemäss Art. 216 Abs. 2 AEUV die Organe der Union und die Mitgliedstaaten binden. Ihnen kommt somit Anwendungsvorrang vor nationalem Recht zu,²⁰⁴ sowie Vorrang vor Sekundärrecht.²⁰⁵

Wenn daher – wie zumindest in der vorliegenden Untersuchung unter gewissen Voraussetzungen bejaht wurde – Investoren Ansprüche aus dem Gebot der fairen und gerechten Behandlung ziehen können, gehen diese Ansprüche der Durchsetzung des sekundärrechtlichen Diskriminierungsverbotes vor. Fraglich ist indes hier, ob sich in der Tat auch Individuen in-

¹⁹⁶ Siehe die Übersicht auf www.encharter.org (zuletzt eingesehen am 20. August 2014).

¹⁹⁷ Für eine solche analoge Anwendung, soweit der spätere Kompetenzzuwachs der Union für den betreffenden Bereich nicht vorhersehbar war, *Kokott*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 351 AEUV, Rn. 6. Gegen eine analoge Anwendung *Manzini*, *European Journal of International Law* 2001, 781 (786).

¹⁹⁸ ABl. 1997 L 27, 20 ff.

¹⁹⁹ So zutreffend *Moench*, *Stromübertragungskapazitäten*, 85 f.

²⁰⁰ EuGH, Rs. C-264/09 (Kommission/Slowakei), Slg. 2011, I-8065, Rn. 51.

²⁰¹ EuGH, Rs. C-264/09 (Kommission/Slowakei), Slg. 2011, I-8065, Rn. 30.

²⁰² So auch *Boute*, *CMLRev.* 2012, 1179 (1188).

²⁰³ EuGH, Rs. 181/73 (Haegeman), Slg. 1974, 449, Rn. 2 ff.

²⁰⁴ *Mögele*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 216 AEUV, Rn. 54.

²⁰⁵ EuGH, Rs. C-344/04 (IATA, ELFAA), Slg. 2006, I-403, Rn. 35. Vgl. im Einzelnen hierzu auch, m.w.N., *Epiney*, FS Wolftrum, Bd. 2, 1909 (1915 ff.).

nerhalb der Unionsrechtsordnung auf die Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge berufen können.

Um eine solche unmittelbare Anwendbarkeit festzustellen, geht der EuGH typischerweise in zwei Schritten vor:

- In einem ersten Schritt prüft er, ob einem Abkommen aufgrund seiner Rechtsnatur und Systematik überhaupt unmittelbare Wirkung zukommen kann.²⁰⁶ Dies schliesst der EuGH selten aus, tat dies jedoch etwa beim Internationalen Seerechtsübereinkommen, da dessen Vorschriften nicht dazu bestimmt seien, Rechte und Freiheiten zu verleihen, die den Staaten gegenüber unabhängig von der Haltung des Flaggenstaats des Schiffes geltend gemacht werden könnten.²⁰⁷ Für das WTO-Recht entwickelte der EuGH einen Sonderfall, demgemäss solches Recht aufgrund der speziellen Gegenseitigkeit im WTO-System nicht unmittelbar als Massstab für das Unionsrecht herangezogen werden könne.²⁰⁸

Im Fall des Energiechartavertrags hingegen ist ein solches Vorbringen kaum vorstellbar. Bereits in seiner Gesamtstruktur schliesst der Vertrag in seinem Teil III zur Förderung und zum Schutz von Investitionen sehr bestimmte Vorgaben ein, die die Behandlung von ausländischen Investoren im Energiesektor für einen Gaststaat regeln. Die Streitbeilegungsklausel des Art. 26 EnCV sieht vor, dass Investoren ohne jegliche Möglichkeit der Einflussnahme ihres Herkunftsstaates und ohne Inanspruchnahme der Gerichtsbarkeit des Gaststaates ein schiedsgerichtliches Verfahren gegen letzteren einleiten können. Daher verleiht der Energiechartavertrag in Anbetracht seiner Gesamtstruktur Rechte, die unabhängig vom Herkunftsstaat durch den Investor geltend gemacht werden können, und er weist auch nicht einen dem WTO-Recht vergleichbaren Gegenseitigkeitscharakter auf. Allgemein ist damit eine unmittelbare Anwendung wohl möglich.

- In einem zweiten Schritt prüft der EuGH die entsprechende Norm eines Abkommens darauf hin, ob sie eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung nicht vom Erlass weiterer Akte abhängt.²⁰⁹ Im vorliegenden Fall geht es – wie zuvor erörtert²¹⁰ – um das Gebot der fairen und gerechten Behandlung von Investoren in Art. 10 Abs. 1 zweiter Satz EnCV. Wie gezeigt, handelt es sich hierbei um eine eindeutige Verpflichtung, deren Umfang und Inhalt zusätzlich durch schiedsgerichtliche Rechtsprechung weiter geklärt wurde und deren Erfüllung keiner weiteren Akte, etwa eines nationalen Gesetzgebers, bedarf.²¹¹

²⁰⁶ EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 22.

²⁰⁷ EuGH, Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2006, I-4057, Rn. 54 ff.

²⁰⁸ Siehe hierzu umfassend *Mögele*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 216 AEUV, Rn. 58 ff. Kritisch zum Ansatz des EuGH – soweit die Prüfung der Völkerrechtskonformität von Sekundärrecht von der unmittelbaren Anwendbarkeit der entsprechenden völkervertragsrechtlichen Bestimmungen abhängig gemacht wird – schon *Epiney*, EuZW 1999, 5 (10 f.).

²⁰⁹ EuGH, Rs. C-300/98 und C-392/98 (Dior), Slg. 2000, I-11307, Rn. 42.

²¹⁰ Siehe Abschnitt B.I.2.c.bb.

²¹¹ Abschnitt B.I.2.c.bb.

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass sich auf Unionsseite Private, wie z.B. Grenzkraftwerke, auf den Energiechartavertrag berufen können, um ihre darunter geschützten Ansprüche gegenüber den Vorgaben des Unionssekundärrechtes durchzusetzen.²¹²

b) Die Staatsverträge über Grenzgewässer als Altverträge nach Art. 351 Abs. 1 AEUV

Die in Verträgen über Grenzgewässer niedergelegten Vorrangansprüche bei grenzüberschreitender Kapazitätsvergabe stehen grundsätzlich nicht in Einklang mit den Vorgaben von Art. 16 Abs. 1 StromhandelsVO. Fraglich ist hier wiederum, ob Art. 351 Abs. 1 AEUV über den Schutz von älteren völkerrechtlichen Verpflichtungen anwendbar ist.

Zeitlich wurden die meisten einschlägigen Verträge vor dem in Art. 351 Abs. 1 AEUV für Gründungsmitgliedstaaten der EU massgeblichen 1. Januar 1958 mit der Schweiz abgeschlossen und kommen somit als Übereinkünfte mit Drittstaaten im Sinne des Art. 351 Abs. 1 AEUV grundsätzlich in Frage.

Hingegen ist das Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Nutzbarmachung der Wasserkraft des Spöl vom 27. Mai 1957²¹³ erst 1959 in Kraft getreten. Fraglich ist hier, ob eine analoge Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV in jenen Fällen in Frage kommt, in denen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur die Mitgliedstaaten und nicht die Union für einen Bereich, hier die Vergabe von Grenzkapazität im Elektrizitätsbereich, zuständig waren. Unabhängig von der hier auch streitigen Grundsatzfrage, ob eine solche analoge Anwendung überhaupt in Betracht kommt,²¹⁴ müsste der Kompetenzzuwachs für diesen Bereich jedenfalls unvorhersehbar gewesen sein. In diesem Zusammenhang wird in der Lehre u.E. zutreffenderweise geltend gemacht, dass dies im Lichte der Integrationsdynamik des Unionsrechtes nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen sein kann.²¹⁵ Da das Diskriminierungsverbot sowie das Binnenmarktziel (im EWG-Vertrag noch Gemeinsamer Markt genannt) bereits seit Gründung der damaligen EWG in den Gründungsverträgen der (heutigen) EU verankert war und diese Aspekte von Anfang an für das EU-Recht von zentraler Bedeutung waren, dürfte wohl davon auszugehen sein, dass im Lichte des Binnenmarktziels der Union bereits im frühen Stadium immerhin grundsätzlich damit gerechnet werden musste, dass das Unionsrecht mit seinen zentralen Vorgaben der Nichtdiskriminierung sich auf die Vergabe von Grenzkapazitäten erstrecken werde und somit ein derartiger Vertrag in Bezug auf Grenzgewässer problematisch werden könnte. Eine analoge Anwendung von Art. 351 AEUV scheidet somit von vornherein aus.

²¹² So im Ergebnis auch *Moench*, Stromübertragungskapazitäten, 87.

²¹³ SR 0.721.809.454.1.

²¹⁴ S. schon oben B.II.2.a).

²¹⁵ *Kokott*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 351 AEUV, Rn. 6.

Vorgebracht werden könnte hier, dass die Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte durchaus nicht zu einem derart frühen Zeitpunkt vorhersehbar war.²¹⁶ Jedoch legt hier auch der EuGH einen typischerweise eher strengen Massstab an, weswegen die obige Argumentation dennoch zu überzeugen vermag. Selbst wenn man eine analoge Anwendung von Art. 351 Abs. 1 AEUV aufgrund mangelnder Vorhersehbarkeit zulassen will, hat der EuGH eindeutig festgestellt, dass sich aus Art. 351 Abs. 2 AEUV, also der Verpflichtung für Mitgliedstaaten, Massnahmen gegen sich ergebende Unvereinbarkeiten zu ergreifen, auch eine Verpflichtung ableiten lässt, gegen in der Zukunft liegende Unvereinbarkeiten vorzugehen.²¹⁷ Auch wenn Staatsverträge über Grenzgewässer so anfangs von Art. 351 Abs. 1 AEUV geschützt gewesen wären, hätten die betroffenen Mitgliedstaaten, sobald die künftige Unvereinbarkeit von auf diesen Verträgen basierenden Vorrangansprüchen mit der beginnenden Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte erkennbar geworden wäre, Massnahmen wie eine Neuverhandlung der Verträge oder gar deren Kündigung anstreben müssen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt wäre wohl eine Verurteilung im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens wegen der Verletzung von Art. 351 Abs. 2 AEUV durchaus denkbar, sollten Mitgliedstaaten versuchen, sich auf Art. 351 Abs. 1 AEUV zu stützen.

Entsprechende Erwägungen können auch in Bezug auf das Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über den Ausbau der Wasserkraft bei Emosson vom 23. August 1963²¹⁸ angestellt werden, zumal dieses noch später abgeschlossen wurde.

Das Abkommen zwischen der Schweiz und Österreich über die Nutzbarmachung des Inn und seiner Zuflüsse im Grenzgebiet vom 29. Oktober 2003²¹⁹ wurde erst 2003 nach dem EU-Beitritt Österreichs und jedenfalls zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, zu dem das Diskriminierungsverbot in Bezug auf die Vergabe von Grenzkapazität bereits fest im Unionsrecht verankert und für jedermann ersichtlich war.

Damit fällt keiner der genannten drei Verträge unter Art. 351 AEUV. Als Folge müssen die EU-Mitgliedstaaten trotzdem ihren Verpflichtungen aus dem Unionsrecht gerecht werden, auch wenn dies bei einem Widerspruch zwischen diesen Verpflichtungen und jenen aus dem Abkommen dazu führt, dass sie gemäss den völkerrechtlichen Regeln der Staatenverantwortlichkeit der Schweiz gegenüber für eine Völkerrechtsverletzung einstehen müssen.²²⁰

In Bezug auf den Vertrag über die Nutzbarmachung des Inn wird hier teilweise vorgebracht, dass es sich bei dem erforderlichen grenzüberschreitenden Transport von Energie aufgrund der technischen Umstände nicht um „Stromhandel“ handle, sondern dem schweizerischen Eigentümer über den einzigen technisch zur Verfügung stehenden Transportweg die ihm staatsvertragsgemäss zustehende Sache zugestellt werde. Somit sei es nicht unionsrechtswidrig, hierfür Kapazität aus „hoheitlichen“ Gründen zu blockieren.²²¹ Insbesondere gehe es hier nicht um eine Massnahme im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik, für die eine Kompetenz der Union bestehe, sondern um eine Massnahme zur Erhöhung der Energieerzeugung und Versorgungssicherheit.²²² Dem ist zu entgegnen, dass lediglich auf die – hier klar vorliegende – Verletzung von Sekundärrecht abzustellen ist, während Existenz und Umfang einer allgemeinen Kompetenz der Union nicht massgeblich für die Beantwortung der Frage ist.

²¹⁶ Vgl. allgemein zur Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte *König*, Engpassmanagement, 57.

²¹⁷ EuGH, Rs. C-249/06 (Kommission/Schweden), Slg. 2009, I-1335; Rs. C-205/06 (Kommission/Österreich), Slg. 2009, I-1301; Rs. C-118/07 (Kommission/Finnland), Slg. 2009, I-10889.

²¹⁸ SR 0.721.809.349.1.

²¹⁹ SR 0.721.809.163.1.

²²⁰ *Eeckhout*, EU External Relations Law, 396.

²²¹ *Raschauer*, Grenzüberschreitender Abtransport, 10.

²²² *Ibid.*

Darüber hinaus wird argumentiert, dass eine koordinierende staatsvertragliche Regelung im Falle eines Grenzkraftwerkes unumgänglich sei, um das vorliegende Energiepotential überhaupt grenzübergreifend nutzen zu können, was bei anderen grenzüberschreitend tätigen Gemeinschaftsunternehmen nicht der Fall sei.²²³ Jedoch vermag dies nicht die Wahl unionsrechtswidriger Mittel wie hier eines völkerrechtlichen Vertrages, der gegen Sekundärrecht verstösst, zu rechtfertigen. Eine Vorranggewährung ist nicht die einzige und wohl jedenfalls die für die marktorientierte und nichtdiskriminierende Vergabe von Grenzkapazitäten restriktivste Massnahme, um den Bezug der angemessenen Energiemenge auf Seiten der Schweiz sicherzustellen. Denkbar wäre hier stattdessen z.B. eine Regelung zur nachträglichen Abgeltung von tatsächlich anfallenden Auktionskosten. Auch die Tatsache, dass Österreich auf Grund des Staatsvertrags von der Schweiz bezüglich der zu liefernden Energie in Anspruch genommen werden könnte,²²⁴ ändert daran nichts, da dies eine logische Folge des Abschlusses eines unionsrechtswidrigen völkerrechtlichen Vertrages ist, die durch den Abschluss in Kauf genommen wurde. Auch eine möglicherweise vorliegende – vage – „Genehmigung“ des entsprechenden Vertrages durch den Europäischen Rat vermag in diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen, da es sich nicht um das zuständige Organ für die Prüfung der Einhaltung des Unionsrechtes handelt.²²⁵

Zuletzt ist auch das Vorbringen zurückzuweisen, der vorliegende Staatsvertrag könne als objektive Rechtfertigung für einen Verstoß gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot dienen.²²⁶ Zwar spricht der EuGH in *VEMW* von der Möglichkeit einer objektiven Rechtfertigung, um eine Differenzierung zu begründen.²²⁷ Jedoch können hier keine später geschlossenen völkerrechtlichen Vereinbarungen als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden, erlaubte dies doch einem Mitgliedstaat, sich mittels derartiger Verträge seinen Verpflichtungen aus dem Unionsrecht einseitig zu entziehen. Dementsprechend ist auch irrelevant bzw. kaum überzeugend, dass dem Staatsvertrag „keinerlei Umgehungs- oder Missbrauchsabsicht“ zukomme oder er in der „Tradition“ von Staatsverträgen über Grenzkraftwerke stehe.²²⁸ Auch dem Argument, wegen der geringen betroffenen Energiemenge sei jedenfalls die Verhältnismässigkeit gewahrt,²²⁹ kann nicht gefolgt werden, da bereits das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zu verneinen ist.

Bezüglich der anderen, früher abgeschlossenen Verträge sind Art. 351 AEUV und seine Rechtsfolgen zu prüfen. Eine Unvereinbarkeit zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen und dem Unionsrecht besteht insofern, als für eine bestimmte Energiemenge ein Vorranganspruch festgelegt wird, der dem Diskriminierungsverbot sowie der Vorgabe, bei Engpässen Grenzkapazitäten durch marktorientierte Verfahren zu vergeben, aus Art. 16 Abs. 1 der StromhandelsVO widerspricht.²³⁰

Als Folge der Anwendung des Art. 351 Abs. 1 AEUV bleiben die Bestimmungen der betroffenen Verträge vom Unionsrecht unberührt, unionsrechtliche Rechtsakte treten hinter nationale Massnahmen zurück, die der Erfüllung der entsprechenden völkerrechtlichen Ver-

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ So aber *Raschauer*, Grenzüberschreitender Abtransport, 12.

²²⁶ *Raschauer*, Grenzüberschreitender Abtransport, 11.

²²⁷ EuGH, Rs. C-17/03 (*VEMW*), Slg. 2005, I-4983, Rn. 48.

²²⁸ *Raschauer*, Grenzüberschreitender Abtransport, 11-12.

²²⁹ *Raschauer*, Grenzüberschreitender Abtransport, 12.

²³⁰ Angemerkt werden kann hier, dass im Einzelfall der EuGH sich nur für die Auslegung des Art. 351 AEUV als zuständig erachtet, während es Sache des jeweiligen nationalen Gerichts ist, die Grenzen der sich aus dem früheren Vertrag ergebenden Verpflichtungen abzustecken und somit festzustellen, inwieweit im Detail eine Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht vorliegt, EuGH, Rs. C-124/95 (*Centro-Com*), Slg. 1997, I-81, Rn. 58.

pflichtungen dienen.²³¹ Jedoch schreibt Art. 351 Abs. 2 AEUV vor, dass bei festgestellter Unvereinbarkeit älterer völkerrechtlicher Verträge die Mitgliedstaaten „alle geeigneten Mittel“ ergreifen müssen, um Abhilfe zu schaffen. Solche Massnahmen umfassen eine unionsrechtsfreundliche Auslegung eines solchen Vertrages,²³² Anpassung durch Nachverhandlungen mit der anderen Vertragspartei oder gegebenenfalls eine völkerrechtskonforme Suspendierung, einen Rücktritt vom oder eine Kündigung des Altvertrages.²³³

Aus Art. 351 Abs. 1 AEUV folgt dabei keine Beschränkung der Rechtsetzungskompetenz der Union wegen des Bestehens von Altverträgen.²³⁴ Jedoch können die Unionsorgane mit diesen Verträgen in Konflikt stehendes Unionsrecht nicht durchsetzen bzw. nicht seine Befolgung verlangen. Es steht aber z.B. der Kommission frei, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten einzuleiten, wenn diese ihrer Verpflichtung der Anpassung ihrer Verpflichtungen im Rahmen von Altverträgen an die geltende unionsrechtliche Rechtslage nicht nachkommen.²³⁵

Somit ist im Ergebnis davon auszugehen, dass grundsätzlich die Ansprüche aus den Verträgen zu Grenzgewässern, die als Altverträge unter Art. 351 AEUV fallen, unberührt bestehen bleiben, während es den entsprechenden Mitgliedstaaten als unionsrechtliche Verpflichtung obliegt, für eine dem Unionsrecht entsprechende Änderung ihrer Verpflichtungen zu sorgen. Die drei nicht unter Art. 351 AEUV fallenden Verträge hingegen geniessen keinen derartigen Schutz. Die betroffenen Mitgliedstaaten müssen so dem Unionsrecht Folge leisten und in Kauf nehmen, dass dadurch ev. im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit die Schweiz völkerrechtliche Ansprüche ihnen gegenüber geltend machen kann. Bei direkt anwendbaren Verpflichtungen könnten derartige Ansprüche auch von berechtigten Privatpersonen geltend gemacht werden.²³⁶

3. Zum Verhältnis der anwendbaren Rechtsgrundlagen

Wie festgestellt, sind für die Beurteilung der Rechtslage bei der Vergabe von Grenzkapazitäten in der Schweiz und für in diesem Zusammenhang tätig werdende schweizerische Behörden nur schweizerisches Recht und die für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen massgeblich. Letztere können aufgrund der monistischen Konzeption der schweizerischen Verfassungsordnung als solche zum Zuge kommen und – bei Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen – unmittelbar angewandt werden.²³⁷

²³¹ Kokott, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 351 AEUV, Rn. 10.

²³² EuGH, Rs. C-216/01 (Budejovický Budvar), Slg. 2003, I-13617, Rn. 169.

²³³ EuGH, Rs. C-203/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-935, Rn. 61 ff.

²³⁴ EuGH, Rs. C-158/91 (Levy), Slg. 1993, I-4287, Rn. 22.

²³⁵ EuGH, Rs. C-205/06 (Kommission/Österreich), Slg. 2009, I-1301; EuGH, Rs. C-249/06 (Kommission/Schweden), Slg. 2009, I-1335.

²³⁶ Hierzu sogleich noch aus Perspektive des schweizerischen Rechts Abschnitt B.II.3.

²³⁷ Vgl. schon B.I.2.

Da die hier zu untersuchende Frage sowohl Gegenstand nationalen Rechts (nämlich des Art. 17 Abs. 2 StromVG sowie des im schweizerischen Recht ebenfalls verankerten Grundsatz des Vertrauensschutzes) als auch völkerrechtlicher Regelungen (nämlich die erörterten Verträge zu Grenzgewässern sowie der Energiechartavertrag) sind, könnte sich die Frage nach dem Verhältnis dieser Rechtsgrundlagen bzw. dem völkerrechtlichen Verträgen zukommenden Rang stellen, wobei gerade das Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen immer wieder Gegenstand von Auseinandersetzungen ist. Die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehen hier davon aus, dass dem Völkerrecht grundsätzlich Vorrang zukommt.²³⁸ Daher gehen grundsätzlich auch völkerrechtlich verankerte Vorrangansprüche von Grenzkraftwerken Ansprüchen im nationalen Recht vor.²³⁹

Allerdings ist es im vorliegenden Zusammenhang entbehrlich, die komplexen Fragen des Verhältnisses von Völker- und Landesrecht im Einzelnen zu erörtern, da die inhaltliche Untersuchung der betreffenden Ansprüche bereits ergeben hat, dass sich hier keine Konflikte andeuten, die eine Klärung der Vorrangfrage überhaupt erforderlich machen: Der Schutz von Bezugs- und Lieferverträgen in Art. 17 Abs. 2 StromVG stellt bereits für die Feststellung von Umfang und Richtung des jeweiligen Vorranges²⁴⁰ auf entsprechende Verträge, hier hauptsächlich die Staatsverträge über Grenzgewässer,²⁴¹ ab. Inhaltlich gehen die Bestimmungen der einschlägigen Staatsverträge über Grenzgewässer deutlich über Art. 17 Abs. 2 StromVG hinaus, da sie umfassend öffentlich-rechtliche „Beschränkungen“ untersagen und nicht nur bei der Vergabe von Grenzkapazitäten Vorrang einräumen wie letzterer.²⁴² Art. 17 Abs. 2 StromVG lässt sich so ohne Schwierigkeit als Teil dieses umfassenden Beschränkungsverbotes völkerrechtskonform auslegen. Im Übrigen erfüllen die einschlägigen Bestimmungen der Verträge über Grenzgewässer die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit.²⁴³

Soweit sich aus dem Energiechartavertrag Ansprüche insbesondere aus dem Gebot der fairen und gerechten Behandlung von Investoren ergeben,²⁴⁴ dürften diese inhaltlich weitestgehend jenen aus dem Vertrauensschutz gleichkommen, wie sie im schweizerischen Recht gewährleistet werden.²⁴⁵ Auch ist die direkte Anwendbarkeit der entsprechenden Bestimmung des Energiechartavertrags zu bejahen.²⁴⁶

Insgesamt ist somit von keinem Konflikt auszugehen, und die entsprechenden Bestimmungen können – unter Berücksichtigung des Vorranges, der dem Völkerrecht dessen ungeachtet

²³⁸ Vgl. zum Problemkreis, m.w.N., etwa *Epiney*, Jusletter v. 18.3.2013; *Hangartner*, AJP 2013, 698 ff.; *Epiney*, Jusletter v. 16.12.2013. Aus der Rechtsprechung insbesondere BGE 125 II 417 E. 4d; BGE 139 I 16.

²³⁹ Vgl. hierzu auch die Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom 921-09-003 vom 12. Mai 2011, Rn. 18 ff.

²⁴⁰ Siehe Abschnitt B.I.1.a.

²⁴¹ Siehe Abschnitt B.I.2.b.

²⁴² Siehe Abschnitt B.I.2.b.

²⁴³ S.o. B.I.2.b).

²⁴⁴ Siehe Abschnitt B.I.2.c.bb.

²⁴⁵ Siehe Abschnitt B.I.4.b.

²⁴⁶ S.o. B.I.2.c)bb), B.II.2.a).

grundsätzlich zukommt – parallel angewendet werden. Zugleich kommt auch beiden Rechtsgrundlagen direkte Anwendbarkeit zu.

Somit sind im Endergebnis auf den der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegenden Sachverhalt schweizerisches Recht und Völkerrecht anwendbar. Da keine Konflikte zwischen den in beiden Rechtsordnungen entstehenden Rechtsansprüchen bestehen, kommt dem Völkerrecht zwar grundsätzlich Vorrang zu, dieser dürfte sich jedoch kaum praktisch auswirken. Zugleich sind die betroffenen völkerrechtlichen Vorgaben der Grenzgewässerstaatsverträge und des Energiechartavertrages direkt anwendbar. Für praktische Probleme bei der gemeinsamen Bewirtschaftung der jeweiligen Grenzkuppelstellen könnten indes die hier getroffenen Schlussfolgerungen auf unionsrechtlicher Seite sorgen. Zwar sind zumindest Ansprüche auf faire und gerechte Behandlung im Rahmen des Energiechartervertrages, der einen Vertrag der Union darstellt, auch im Unionsrecht vorrangig gegenüber Sekundärrecht geschützt. Auch mehrere Altverträge über Grenzgewässer gehen aufgrund von Art. 351 AEUV sekundärrechtlichen Verpflichtungen vor, wenngleich die betroffenen Mitgliedstaaten grundsätzlich dazu verpflichtet sind, ihre Verpflichtungen aus diesen Verträgen an die geltende Unionsrechtslage anzupassen. In allen anderen Fällen hingegen setzt sich das Unionssekundärrecht aufgrund des Anwendungsvorrangs gegenüber nationalem Recht durch und untersagt eine durch den jeweiligen Staatsvertrag eigentlich gebotene Gewährung von Vorrang bei der grenzüberschreitenden Kapazitätsvergabe aufgrund Art. 16 Abs. 1 StromhandelsVO und dem darin enthaltenen Diskriminierungsverbot bzw. dem Gebot der Nutzung marktorientierter Verfahren beim Engpassmanagement.

III. Fazit: Reichweite eines Rechtsanspruches auf Vorrang für Energielieferungen

Im Ergebnis ergeben sich aus schweizerischer Perspektive folgende begründete Rechtsansprüche von Grenzkraftwerken auf vorrangige Zuteilung von Grenzkapazität.

- Das nationale Recht trifft in Art. 17 Abs. 2 StromVG eine Regelung, die Ansprüche aus Bezugs- und Lieferverträgen von der Vergabe von Grenzkapazität mittels Auktionen ausnimmt. Grenzkraftwerke fallen dabei jedenfalls unter Art. 17 Abs. 2 StromVG, da in ihrem Fall stets völkerrechtliche Verträge oder Konzessionen bzw. beides vorliegen.
- Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG gewährt Vorrang für Exportlieferungen von Energie aus erneuerbaren Energien, wie sie typischerweise Grenzkraftwerken als Wasserkraftnutzern entstammen. In der Praxis entsprechen aufgrund des Ausnahmecharakters von Art. 17 Abs. 2 StromVG jedoch die entstehenden Vorrangansprüche wohl jenen aus den zuvor erwähnten internationalen Bezugs- und Lieferverträgen.

- Auch auf der Grundlage des Vertrauensschutzes können Ansprüche von Grenzkraftwerken entstehen, soweit ein dieses Vertrauen verletzendes Vorgehen bei der Aufhebung von bestehenden Vorrangansprüchen gewählt wird. Aus Gewohnheitsrecht und den Konzessionen ergeben sich hingegen keine Ansprüche.
- Auf der Ebene des Völkerrechts sind dem Freihandelsabkommen keine Ansprüche zu entnehmen.
- Es bestehen aber konkrete Ansprüche in mehreren Staatsverträgen über Grenzgewässer.²⁴⁷
- Auf der Grundlage des Energiechartavertrages entstehen je nach konkretem Vorgehen bei der Aufhebung von Vorrangansprüchen womöglich Ansprüche aus dem Gebot der fairen und gerechten Behandlung von Investoren. Inhaltlich muss sich ein solcher Anspruch aber auf in anderen Quellen, z.B. Staatsverträgen über Grenzgewässer, angelegte Rechte stützen, deren Entzug bzw. dem Gebot der fairen und gerechten Behandlung widersprechende Einschränkung erst einen Anspruch entstehen lässt. Im Umfang bzw. bezüglich der Vorgaben dürfte der entstehende Anspruch weitgehend identisch mit jenem aus dem im schweizerischen Recht verankerten Vertrauensschutz sein. Beide völkerrechtlichen Anspruchsgrundlagen, d.h. die entsprechenden Bestimmungen der Grenzgewässerverträge und des Energiechartavertrages, sind direkt anwendbar.
- Das Unionsrecht ist nicht für die Schweiz massgeblich und kann somit keine Ansprüche beeinflussen, wirkt sich jedoch in der Praxis auf die auf Konsens beruhende Bewirtschaftung der Grenzkuppelstellen zwischen der Schweiz und EU-Mitgliedstaaten wie geschildert aus.²⁴⁸

²⁴⁷ Siehe die schematische Auflistung in Abschnitt B.I.2.b.
²⁴⁸ Abschnitt B.II.3.

C. Zum Vorliegen eines Anspruchs auf Entschädigung bei materieller Enteignung

Die bislang angestellten Überlegungen legen es nahe, dass die Vorränge im skizzierten Umfang schweizerischerseits nach wie vor massgeblich sind, so dass sie nicht entzogen werden dürfen. Gleichwohl soll im Folgenden der Vollständigkeit halber auf die Frage eingegangen werden, ob im Falle einer trotzdem – ggf. im Zuge einer Anpassung der einschlägigen Rechtsgrundlagen – erfolgenden Aufhebung von bestehenden Vorrangrechten, die z.B. mittels einer Verfügung aufgrund von Art. 17 Abs. 1 StromVG von der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ausgesprochen wird, ein Anspruch der Betroffenen auf Entschädigung wegen einer materiellen Enteignung in Betracht kommt. Dabei könnte ein solcher Anspruch nicht nur im schweizerischen Recht begründet sein (I.), sondern auch auf der Grundlage des Energiechartavertrags geltend gemacht werden, so dass im Folgenden auch noch kurz auf das darin vorgesehene schiedsgerichtliche Verfahren zwischen Investoren und dem Gaststaat, hier der Schweiz, hinzuweisen ist (II.). Die Grundlagen der jeweiligen Ansprüche auf Vorrang und deren Umfang hingegen wurden jeweils bereits zuvor geklärt.²⁴⁹

I. Zur Frage der materiellen Enteignung nach schweizerischem Recht

Durch die Aufhebung von Vorrangrechten bei der Vergabe grenzüberschreitender Übertragungskapazität reduziert sich die Wirtschaftlichkeit von Grenzkraftwerken, so dass die Eigentumsgarantie des Art. 26 BV einschlägig sein könnte (1.). Zu fragen ist daran anschliessend, ob eine solche Reduktion die Voraussetzungen einer materiellen Enteignung nach schweizerischem Verfassungsrecht erfüllt, was den Grenzkraftwerken einen Anspruch auf Schadenersatz eröffnen könnte. In einem ersten Schritt ist die Zulässigkeit eines Eingriffes aus der Perspektive der Eigentumsgarantie als „Bestandesgarantie“ zu prüfen (2.), bevor auf die ebenso darin enthaltene „Wertgarantie“, d.h. einen womöglich entstehenden Anspruch auf Entschädigung, eingegangen wird (3.).²⁵⁰

1. Schutzbereich

Das Schutzobjekt der Eigentumsgarantie umfasst neben dem sachenrechtlichen Eigentum auch sog. wohlerworbene Rechte, worunter besonders rechtsbeständige öffentlich-rechtliche

²⁴⁹ Siehe allgemein Abschnitt B.I. bzw. das Fazit in B.III.

²⁵⁰ Zu den Begriffen *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 599 und 606.

Nutzungs- und Verfügungsrechte zu verstehen sind.²⁵¹ Vorliegend geht es um die Nutzung der Grenzkraftwerke, in deren Rahmen durch die Rechtsordnung die erörterten Vorrangrechte gewährt wurden. Damit bestimmen die Vorrangrechte letztlich die Möglichkeit der wirtschaftlichen Nutzung des Eigentums (der Grenzkraftwerke), was öffentlich-rechtlich gewährleistet ist, so dass der Schutzbereich der Eigentumsgarantie eröffnet ist.²⁵²

2. Zur Zulässigkeit einer Eigentumseinschränkung

Die Bestandesgarantie der Eigentumsgarantie schreibt vor, dass Einschränkungen nur zulässig sind, wenn eine gesetzliche Grundlage und ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegen sowie die Verhältnismässigkeit gewahrt ist.²⁵³ Ein Eingriff in bestehende Vorrangrechte, die wie erörtert auf Art. 17 Abs. 2 StromVG und Staatsverträgen zu Grenzgewässern beruhen, müsste so die entsprechende rechtliche Form haben, so z.B. eine Gesetzesänderung im schweizerischen Recht bzw. eine – im Einvernehmen vorzunehmende – Änderung von Staatsverträgen.

Öffentliche Interessen anerkennt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung grundsätzlich, solange sie nicht gegen andere Verfassungsnormen verstossen und nicht rein fiskalischer Natur sind.²⁵⁴ Als öffentliches Interesse bei der Aufhebung von Vorrangrechten käme wohl die möglichst effiziente Nutzung der grenzüberschreitenden Kapazitäten des Übertragungsnetzes in Frage, die auch auf Seiten der angrenzenden Staaten bzw. im Unionsrecht hauptsächlich hinter der (angestrebten) Aufhebung von Vorrangrechten steht.

Akzeptiert man dies als öffentliches Interesse, ist noch die Verhältnismässigkeit der konkret getroffenen Massnahme – d.h. der Aufhebung von Vorrangrechten – zu untersuchen, also deren Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinn.²⁵⁵ Eine solche Aufhebung ist sicher geeignet, zum Ziel einer möglichst effizienten Nutzung der Grenzkapazitäten beizutragen. Erforderlich ist eine Aufhebung von Vorrangrechten ebenfalls, da keine mildere Massnahme als Alternative ersichtlich ist, die im gleichen Mass zur Zielerfüllung beitragen würde. Nur bei einer Aufhebung von Vorrängen kann die gesamte Grenzkapazität frei im Rahmen marktorientierter und nichtdiskriminierender Verfahren vergeben werden. Zuletzt fragt es sich, ob im Rahmen der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn Eingriffszweck und -wirkung in einem angemessenen Verhältnis stehen. Hier ist darauf abzustellen, wie schwer der Eingriff in das Eigentum – hier der Grenzkraftwerke – im Vergleich zum erzielten Nutzen, nämlich der für Auktionen freigegebenen Grenzkapazität, wiegt, was als grundsätzlich wirtschaftliche Frage im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht ab-

²⁵¹ Vgl. nur *Belser/Waldmann*, Grundrechte II, Kap. 6, Rn. 5.

²⁵² S. in diesem Zusammenhang etwa BGE 126 II 171 E. 3b in Bezug auf Wassernutzungskonzessionen.

²⁵³ *Poledna*, Bewilligungen, Rn. 171.

²⁵⁴ BGE 106 Ia 94, 96 f. Siehe für Beispiele BGE 105 Ia 330 E. 3c.

²⁵⁵ Siehe hierzu die Übersicht bei *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 321 ff.

schliessend geklärt werden kann. Allerdings ist dem Gesetzgeber bei der Verhältnismässigkeit i.e.S. jedenfalls ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen, so dass Vieles dafür spricht, dass eine Aufhebung der Vorränge jedenfalls grundsätzlich die Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips erfüllen dürfte. Ggf. könnten sich aber Übergangsregelungen – d.h. eine schrittweise Aufhebung der Vorrangrechte – aufdrängen.

3. Zum Vorliegen einer materiellen Enteignung

Bejaht man im Rahmen dieser Vorfragen die Zulässigkeit einer Aufhebung von Vorrangrechten, sind die rechtlichen Auswirkungen der Wertgarantie der Eigentumsgarantie zu untersuchen und somit konkreter die Frage des Vorliegens einer materiellen Enteignung. Im Gegensatz zur formellen findet bei der materiellen Enteignung keine Übertragung von Eigentumsrechten statt, sondern eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung wird vorgenommen, die den Eigentümer in einer der formellen Enteignung gleichenden Weise trifft und somit entschädigungspflichtig ist.²⁵⁶ Eine solche materielle Enteignung käme vorliegend grundsätzlich in Betracht, bleiben doch die Eigentumsverhältnisse der Grenzkraftwerke unangetastet, während lediglich ein Vorrecht, das wirtschaftliche Vorteile bietet, genommen wird.

Bei der materiellen Enteignung unterscheidet das Bundesgericht zwei Tatbestände. Einerseits kann einem Eigentümer eine wesentliche, aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen werden; die zweite Variante ist gegeben, wenn ohne Entzug einer wesentlichen Eigentümerbefugnis ein einzelner Eigentümer so betroffen ist, dass dessen Opfer der Allgemeinheit gegenüber unzumutbar erscheint und es der Rechtsgleichheit widersprechen würde, keine Entschädigung hierfür zu leisten.²⁵⁷ Da hier nicht der Allgemeinheit, sondern nur den Grenzkraftwerken bereits das Privileg vorrangiger Zuteilung von Grenzkapazitäten zukommt, ist wohl deren Situation nicht mit jener der Allgemeinheit zu vergleichen, sodass die auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz²⁵⁸ fussende Sonderopferkonstellation nicht zur Anwendung kommt. Hingegen wird hier den Grenzkraftwerken eine wesentliche Befugnis entzogen, denn sie können die entsprechenden Vorrangrechte künftig nicht mehr geltend machen, so dass eine Entschädigungspflicht auf dieser Grundlage grundsätzlich in Betracht kommen könnte.

Grundlage eines solchen Entschädigungsanspruches ist die Eigentumsgarantie des Art. 26 BV.²⁵⁹ Allerdings ist nicht jede Beschränkung der Nutzung des Eigentums bzw. jeder Entzug einer aus dem Eigentum fliessenden Befugnis entschädigungspflichtig: Zwar muss Art. 26 Abs. 2 BV zufolge auch für Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, eine „volle“ Entschädigung gewährt werden. Jedoch kann aus Gründen der begrenzten finanziellen Belastbarkeit des Gemeinwesens nicht jede noch so geringfügige Beeinträchtigung des

²⁵⁶ Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 609.

²⁵⁷ BGE 91 I 329 E. 3; BGE 110 Ib 29 E. 4.

²⁵⁸ Art. 8 BV.

²⁵⁹ Siehe hierzu Kappeler, Enteignung, 52.

Vermögens durch rechtmässige hoheitliche Akte entschädigt werden, sondern ist von Eigentümern ein gewisses Mass an Beeinträchtigung des Eigentums als „Gegenleistung“ für die ihnen durch das Gemeinwesen anderweitig zukommenden Vorteile entschädigungslos hinzunehmen.²⁶⁰ Massgeblich für den Eintritt der Entschädigungspflicht ist die Schwelle der Erheblichkeit der Beeinträchtigung, die jedoch in der Praxis nicht leicht zu bestimmen und daher durchaus beachtlichen Unsicherheiten unterworfen ist.²⁶¹

Im Umfang ist jedoch sobald eine entsprechende Pflicht bejaht wird, vollumfänglich zu entschädigen, wenngleich diese bundesgerichtliche Praxis des „Alles-oder-nichts“ in der Lehre auch auf Kritik stösst.²⁶² Wiegt eine öffentlich-rechtliche Beschränkung der Befugnis, das Eigentum zu nutzen, hingegen nicht so schwer, dass eine materielle Enteignung vorliegt, ist keine Entschädigung zu leisten.²⁶³

Bezüglich der Schwere des Eingriffes wurde beispielsweise in immissionsschutzrechtlichen Fällen festgehalten, dass jedenfalls eine Wertminderung von Grundstücken von mehr als zehn Prozent vorliegen müsse.²⁶⁴ Während ein Gutteil der Rechtsprechung sich zu grundstücksbezogenen Sachverhalten äussert, sind die Vorgaben zur materiellen Enteignung in ähnlicher Form auch bei anderen Rechten anwendbar.²⁶⁵ Ausdrücklich spricht das Bundesgericht hier von „allgemeinen Grundsätzen“ (*principes généraux*), die auch in anderen, nicht Immobilien betreffenden Fällen anzuwenden seien.²⁶⁶ Eine Entschädigung wird als logische Folge bei „geringfügigen“ (*minime*) Wertbeträgen eines Eingriffes ausgeschlossen.²⁶⁷

Im Fall der Grenzkraftwerke wäre also eine Berechnung erforderlich, die die Wirtschaftlichkeit des jeweiligen Kraftwerkes mit und ohne Vorrangrechte darstellt. Kann hier eine Wertminderung des Unternehmens von über zehn Prozent festgestellt werden, dürfte in der Tat von einem Fall materieller Enteignung auszugehen sein. Die Aufhebung von Vorrangrechten würde in einem solchen Fall zur entsprechenden – vollen – Entschädigung für den durch das Ende der Vorrangrechte verursachten Verlust verpflichten. Ergibt sich hingegen eine geringere Wertminderung, liegt keine materielle Enteignung vor und es entsteht kein Entschädigungsanspruch.

²⁶⁰ Siehe hierzu BGE 94 I 286 E. 9c; BGE 134 II 152 E. 10.

²⁶¹ Kappeler, Enteignung, 54.

²⁶² Kappeler, Enteignung, 56.

²⁶³ Häfelin/Haller/Keller, Bundesstaatsrecht, Rn. 611.

²⁶⁴ So die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts etwa in BGE 94 I 286 E. 8 und 9; BGE 110 1b 368, 371 ff.; BGE 134 II 45.

²⁶⁵ So etwa BGE 93 I 708 zur Pflicht zur Abgabe von Druckereierzeugnissen an eine öffentliche Bibliothek und BGE 113 Ia 368 zum Verbot des Exportes einer Sammlung archäologischer Objekte.

²⁶⁶ BGE 93 I 708 E. 3. So auch BGE 113 Ia 368 E. 5.

²⁶⁷ BGE 93 I 708 E. 3.

II. Zur schiedsgerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen im Rahmen des Energiechartavertrages

Art. 26 EnCV sieht die Möglichkeit eines Streitbeilegungsverfahrens zwischen einer Vertragspartei und einem Investor vor, wenn eine der investorenbezogenen Verpflichtungen des Teils III des Energiechartavertrages in Bezug auf eine geschützte Investition möglicherweise verletzt wurde. In Bezug auf den Inhalt einer solchen möglichen Verletzung ist auf die vorherigen Ausführungen zum Gebot der fairen und gerechten Behandlung von Investoren zu verweisen.²⁶⁸ Zwar ist primär eine Phase von drei Monaten vorgegeben, in der eine gütliche Einigung versucht werden muss.²⁶⁹ Nach deren Ablauf hingegen hat der Investor die Wahl, neben den Zivil- und Verwaltungsgerichten²⁷⁰ oder einem anderen, vereinbarten Streitbeilegungsverfahren²⁷¹ jenes des Energiechartavertrages einzuleiten.²⁷² Durch die Ratifikation des Energiechartavertrages haben Staaten bereits ihre „uneingeschränkte“ Zustimmung zu derartigen künftigen Verfahren erteilt.²⁷³

Zwar können Staaten hier gewisse Ausnahmen treffen, jedoch hat dies die Schweiz nicht getan.²⁷⁴

Wie viele Investitionsschutzverträge verlangt auch der Energiechartavertrag nicht, dass vor Inanspruchnahme des Streitbeilegungsverfahrens durch den Investor dieser die innerstaatlichen Rechtswege ausschöpft.²⁷⁵ Obwohl es in der Praxis bisher nicht zu derartigen Verfahren von Investoren gegen die Schweiz gekommen ist, spricht zumindest rechtlich nichts gegen eine künftige derartige Nutzung des im Energiechartavertrag vorgesehenen Verfahrens. Anzumerken ist hier, dass als Resultat eines Verfahrens ergehende Schiedssprüche, die typischerweise Schadenersatzansprüche feststellen, „endgültig und verbindlich“ für die Streitparteien sind, und Vertragsparteien Schiedssprüche „unverzüglich“ ausführen bzw. deren „wirksame Vollstreckung“ veranlassen müssen.²⁷⁶

²⁶⁸ Abschnitt B.I.2.c.bb.

²⁶⁹ Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 erster Satz EnCV.

²⁷⁰ Art. 26 Abs. 2 lit. a EnCV.

²⁷¹ Art. 26 Abs. 2 lit. b EnCV.

²⁷² Art. 26 Abs. 2 lit. c EnCV.

²⁷³ Art. 26 Abs. 3 lit. a EnCV.

²⁷⁴ Art. 26 Abs. 3 lit. b und c i.V.m. Anlage ID und IA EnCV.

²⁷⁵ Hierzu näher *Dimsey*, International Investment Disputes, 79.

²⁷⁶ Art. 26 Abs. 8 EnCV.

D. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung lassen sich nunmehr in Thesenform wie folgt zusammenfassen.

- Im schweizerischen Recht sind mehrere Anspruchsgrundlagen für einen Vorrang bei der Vergabe von Stromübertragungskapazitäten bei Grenzkraftwerken ersichtlich. Art. 17 Abs. 2 StromVG privilegiert Lieferungen aufgrund von "internationalen Bezugs- und Lieferverträgen", worunter neben privatrechtlichen Verträge auch Konzessionen und Staatsverträge mit grenzüberschreitendem Bezug und Bezugs- und Lieferelementen fallen. Grenzkraftwerke fallen somit grundsätzlich unter Art. 17 Abs. 2 StromVG. Umfang und Richtung des Vorrangs sind aber dem jeweiligen Vertrag zu entnehmen. Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG verleiht darüber hinaus Lieferungen aus erneuerbaren Energien, insbesondere aus Wasserkraft, Vorrang, was schweizerische Energieexporte aus Grenzkraftwerken umfasst. Das Hierarchieverhältnis zwischen den beiden Grundlagen für Vorrang ist nicht eindeutig geregelt. Jedoch gehen in der Praxis die Ansprüche aus Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 Abs. 3 lit. c StromVG für Grenzkraftwerke aufgrund des Ausnahmecharakters von Art. 17 Abs. 2 StromVG nicht über jene hinaus, die bereits in internationalen Bezugs- und Lieferverträgen enthalten sind. Bezüglich des Umfangs des Vorrangs ist festzuhalten, dass Art. 17 Abs. 2 StromVG nicht den maximalen wirtschaftlichen Vorteil des jeweils Vorrangsberechtigten schützt, sondern primär unter Beachtung des Zieles der Versorgungssicherheit und soweit erforderlich der Rechtssicherheit auszulegen ist. Inhaltlich ist im Endergebnis der konkrete Umfang des Vorrangs bzw. dessen Richtung den jeweiligen Bezugs- und Lieferverträgen zu entnehmen.
- Während mangels einer Lücke im geschriebenen Recht keine Ansprüche begründende gewohnheitsrechtliche Regelung entstehen konnte, können unter Umständen vom Grundsatz des Vertrauensschutzes geschützte Ansprüche bestehen. Massgeblich stellen diese bzw. das geschützte Vertrauen auf Art. 17 Abs. 2 StromVG ab.
- Auf völkerrechtlicher Ebene ist das Freihandelsabkommen zwar auf Fragen des Elektrizitätshandels und somit auch die vorrangige Vergabe von Grenzkapazität anwendbar, bietet jedoch keine Rechtsgrundlage für entsprechende Ansprüche. Im Gegenteil könnte die vorrangige Vergabe sogar selbst eine dem Abkommen widersprechende mengenmässige Beschränkung oder Massnahme gleicher Wirkung nach Art. 13 Abs. 1 FHA darstellen.
- Mehrere auf Grenzgewässer bezogene Staatsverträge der Schweiz mit Frankreich, Italien und Österreich enthalten Vorgaben, wieviel Energie dem jeweiligen Vertragspartner aus der Nutzung von Wasserkraft zusteht und dass diese gegebenenfalls ohne Abgaben oder sonstige Beschränkungen dem anderen Staat auf dessen Territorium verfügbar gemacht werden muss. Daraus ergeben sich – auch zahlenmässig bzw. in

Prozenten angegebene – Vorrangansprüche für den Export bzw. Import der relevanten Energiemenge.²⁷⁷

- Der Energiechartavertrag ist auf Grenzkraftwerke mitsamt ev. zustehenden Vorrangrechten bei der Vergabe von Grenzkapazität als Investitionen z.B. in der Schweiz als Gaststaat anwendbar bzw. schützt Investoren, die die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaates haben bzw. als Unternehmen nach dem Recht des anderen Staates gegründet worden sind. Inhaltlich sind aufgrund der wirtschaftlich wohl kaum derart einschneidenden Folgen nicht die Vorgaben über Enteignungen, sondern jene über die faire und gerechte Behandlung von Investoren einschlägig. Hieraus könnte sich ein Anspruch ergeben, soweit gezeigt wird, dass der Vertrauensschutz der Investoren, der sich auf deren Rechte aus privat- und völkerrechtlichen Verträgen sowie die gesetzliche Schutzvorschrift des Art. 17 Abs. 2 StromVG gründet, bei einer Aufhebung von Vorrangrechten ungebührlich verletzt wird. Aus Art. 7 EnCV über Energielieferungen im Transit lassen sich keine Ansprüche ableiten.
- Aus den bestehenden Konzessionen lassen sich mangels eindeutiger Regelungen keine Ansprüche auf Vorrang bei der Nutzung von Grenzkapazitäten entnehmen. Auch die zwei Konzessionen, in deren Wortlaut Hinweise zu finden sind, wo Energie bereit zu stellen ist, enthalten im Endergebnis keine stichhaltige derartige Regelung. Als Folge ist wohl nur dann von einem Eingriff in die Substanz wohlervorbener Rechte auszugehen, der besondere Entschädigungsvorgaben auslöst, wenn Vorrangrechte tatsächlich als wesentliche Bestandteile der jeweiligen Konzession anzusehen sind.
- Als anwendbares Recht gelten schweizerisches Recht und Völkerrecht bis zur Staatsgrenze, während kein gemeinsames Rechtsregime für die Grenzkuppelstelle gilt. Da die Ansprüche im schweizerischen und im Völkerrecht gleich ausgestaltet sind, kommt dem in der Schweiz geltenden Vorrang des Völkerrechts über Landesrecht wohl nur theoretische Bedeutung zu. Die betroffenen völkerrechtlichen Anspruchsgrundlagen sind direkt anwendbar, d.h. Privatpersonen können sich gegebenenfalls vor schweizerischen Gerichten auf sie berufen.
- In einem Exkurs zur unionsrechtlichen Seite zeigt sich, dass völkerrechtliche Ansprüche auf Vorrang bei der Grenzkapazitätsvergabe nur im Rahmen des Energiechartavertrags als Vertrag der Union sowie im Rahmen bestimmter²⁷⁸ Staatsverträge über Grenzgewässer als geschützte Altverträge nach Art. 351 AEUV vom Unionssekundärrecht unberührt bleiben. In allen anderen Fällen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Vorgaben der Nichtdiskriminierung und der Wahl marktorientierter Verfahren bei der Vergabe von Grenzkapazitäten aus Art. 16 Abs. 1 StromhandelsVO umzusetzen. Dies könnte zu praktischen Problemen bei der Bewirtschaftung der Grenzkuppelstelle führen.

²⁷⁷ Siehe das entsprechende Schema in Abschnitt B.I.2.b.

²⁷⁸ Siehe hierzu näher Abschnitt B.II.2.b.

- Eine materielle Enteignung gemäss schweizerischen Rechts könnte vorliegen. Grundsätzlich ist ein solcher Eingriff aufgrund der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie des Art. 26 BV zulässig, wenn dadurch ein öffentliches Interesse unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit verfolgt wird, was hier wohl der Fall sein dürfte. Inhaltlich ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, dass erst ab einer gewissen Erheblichkeit der Beeinträchtigung von Eigentum eine materielle Enteignung vorliegt, die bei Immobilien etwa einen zehnpromzentigen Wertverlust bedeutet. In ähnlicher Weise dürfte auch bei Grenzkraftwerken der durch den Entzug von Vorrangrechten bewirkte Wertverlust zu prüfen sein. Nur wenn ein solcher Verlust erheblich ist, entsteht eine – dann allerdings vollumfängliche – Entschädigungspflicht. Hinzuweisen ist überdies in diesem Zusammenhang auch auf die Möglichkeit für Investoren im Energiechartavertrag, ein Streitbeilegungsverfahren auf völkerrechtlicher Ebene gegen eine Vertragspartei wie die Schweiz einzuleiten. Ein solches Verfahren kann auch ohne vorherige Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsmittel angestrengt werden und endet gegebenenfalls mit einem verbindlichen Schiedsspruch.

Insgesamt zeigt sich somit, dass auf der Grundlage der geltenden Rechtslage die Vorränge bei Vergabe von Stromübertragungskapazitäten bei Grenzkraftwerken rechtlich verankert sind und den Grenzkraftwerken hier ein entsprechender Anspruch zusteht, so dass sie nicht entzogen werden dürfen. Allerdings wäre ein solcher Entzug verfassungsrechtlich zulässig; er bedingte aber eine Modifikation nicht nur des Art. 17 Abs. 2 StromVG, sondern auch eine Anpassung der einschlägigen völkerrechtlichen Verträge, was sich sehr schwierig gestalten könnte.

Diese Einschätzung könnte sich jedoch im Zuge des Abschlusses eines bilateralen Stromabkommens mit der Europäischen Union ändern. Im Rahmen der Verhandlungen zu diesem werden auch Aspekte der Fortgeltung altrechtlicher Langfristverträge diskutiert, die womöglich den Gegenstand eines eigenen Anhangs eines solchen künftigen Abkommens bilden könnten.

E. Rechtsakte und Materialien

- Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über den Ausbau der Wasserkräfte bei Emosson vom 23. August 1963, SR 0.721.809.349.1.
- Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über eine Bereinigung der schweizerisch-französischen Grenze vom 23. August 1963, SR 0.132.349.111.
- Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Nutzbarmachung der Wasserkraft des Spöl vom 27. Mai 1957, SR 0.721.809.454.1.
- Abkommen zwischen der Schweiz und Österreich über die Nutzbarmachung des Inn und seiner Zuflüsse im Grenzgebiet vom 29. Oktober 2003, SR 0.721.809.163.1.
- Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, SR 04.083.
- „Convention conclue entre le Roi de France et le prince-évêque de Bâle concernant les limites de leurs États respectifs“ vom 20. Juni 1780.
- „Convention entre le Roi de France et le prince-évêque de Bâle concernant les limites de leurs États respectifs“ vom 23. Dezember 1780.
- Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211, S. 55-93.
- Konzession für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Albrück und Dogern vom 27. Mai 2003.
- Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 1997 L 27, S. 20-29.
- Ständerat vom 3. Oktober 2006, AB 2006, 846 f.
- Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18. März 1965, SR 0.975.2.
- Übereinkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über die Regelung gewisser Rechtsverhältnisse betreffend die künftige Ableitung des Rheines bei Kembs vom 27. August 1926, SR 0.721.809.349.7.
- Übereinkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über die Verleihung der Wasserkräfte des Doubs bei Châtelot vom 19. November 1930, SR 0.721.809.349.5.
- Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden betreffend den Wasserverkehr auf dem Rhein von Neuhausen bis unterhalb Basels vom 10. Mai 1879, SR 0.747.224.32.
- Übereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich betreffend die Gewinnung der Wasserkräfte der Rhone zwischen dem projektierten Kraftwerk von La Plaine und ei-

nem noch zu bestimmenden Punkt oberhalb der Brücke von Pougny-Chancy vom 4. Oktober 1913, SR 0.721.809.349.2.

- Vereinbarung zwischen der Schweiz und Italien über die Verleihung der Wasserkräfte des Reno di Lei vom 18. Juni 1949, SR 0.721.809.454.2.
- Verleihung für die Errichtung einer Wasserkraftanlage am Rhein bei Schaffhausen vom 24. Juni 1960.
- Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Augst und Wyhlen vom 25. November 1987.
- Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Rheinfelden vom 20. Dezember 1989.
- Verleihung für die Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Laufenburg vom 12. August 1986.
- Verleihung für die Errichtung einer Wasserkraftanlage am Rhein bei Rekingen vom 16. März 1926.
- Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, ABl. 2003 L 176, S. 1-10.
- Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. 2009 L 211, S. 15-35.
- Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom 221-00080 vom 12. Juni 2014.
- Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom 921-09-003 vom 12. Mai 2011.
- Verfügung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom 952-08-017 vom 30. Oktober 2008.
- Vertrag über die Energiecharta vom 17. Dezember 1994, SR 0.730.0.
- Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Regulierung des Rheins zwischen Strassburg/Kehl und Istein vom 28. März 1929, SR 0.747.224.052.1.
- Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Schifffahrt auf dem Untersee und dem Rhein zwischen Konstanz und Schaffhausen vom 1. Juni 1973, SR 0.747.224.31.
- Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

F. Literatur

- Baudenbacher, Laura Melusine/Gordzielik, Teresia/Pirker, Benedikt/Progin-Theuerkauf, Sarah:* Entwicklungen im Europäischen und Schweizerischen Wettbewerbsrecht, in: Epiney, Astrid/Diezig, Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Bern/Zürich 2013, 77 ff.
- Belser, Eva Maria/Waldmann, Bernhard:* Grundrechte II. Die einzelnen Grundrechte, Zürich 2012.
- Boute, Anatole:* Case C-264/09, Commission v. Slovakia, Judgment of the Court (First Chamber) of 15 September 2011, nyr., CMLRev. 2012, 1179 ff.
- Denza, Eileen:* Responsibility of the European Union in the Context of Investment, in: Evans, Malcolm/Koutrakos, Panos (Hrsg.), The International Responsibility of the European Union, Oxford 2013, 215 ff.
- Dimsey, Mariel:* The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions, Utrecht 2008.
- Eeckhout, Piet:* EU External Relations Law, Oxford 2012.
- Epiney, Astrid:* Zur Stellung des Völkerrechts in der EU, EuZW 1999, 5 ff.
- Epiney, Astrid:* Zu den Implikationen der EU-Mitgliedschaft für die Stellung und Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich, FS Rüdiger Wolfrum, Leiden/Boston 2012, 1909 ff.
- Epiney, Astrid:* Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, Jusletter vom 18. März 2013, 1 ff.
- Epiney, Astrid:* Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: eine politische oder eine rechtliche Frage? Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um den Vorrang des Völkerrechts und die Bindungswirkung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Jusletter vom 16. Dezember 2013.
- Epiney, Astrid/Hofstötter, Bernhard:* Ausgewählte Rechtsfragen im Gefolge des EuGH-Urteils C-17/03 – Zu den Konsequenzen für bestehende Strombezugs- und Lieferverträge schweizerischer Stromversorger mit Vertragspartnern aus EU-Mitgliedstaaten, Gutachten vom 28. November 2005 (nicht veröffentlicht).
- Epiney, Astrid/Metz, Beate:* Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU und der Wirtschaftsfreiheit, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 12a, Freiburg 2010, 1 ff.
- Epiney, Astrid/Pirker, Benedikt:* Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU und der Wirtschaftsfreiheit, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 12b, Freiburg 2010, 1 ff.

- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen:* Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012.
- Hangartner, Yvo:* Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, Allgemeine Juristische Praxis 2013, 698 ff.
- Häner, Isabelle:* Das Ende des Konzessionsverhältnisses, in: Häner, Isabelle/Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Die Konzession, Zürich 2011, 89 ff.
- Hettich, Peter/Bühler, Simon:* Die Konzession als überholte Rechtsfigur?, in: Häner, Isabelle/Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Die Konzession, Zürich 2011, 105 ff.
- Hoffmeister, Frank/Ünüvar, Güneş:* From BITS and Pieces towards European Investment Agreements, in: Bungenberg, Marc/Reinisch, August/Tietje, Christian (Hrsg.), EU and Investment Agreements, Baden-Baden 2013, 57 ff.
- Kappeler, Rudolf:* Formelle und materielle Enteignung gemäss den Fluglärmentscheiden des Bundesgerichtes, Zürich 2010.
- König, Carsten:* Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, Baden-Baden 2013.
- Manzini, Pietro:* The Priority of Pre-Existing Treaties of EC-Member States within the Framework of International Law, European Journal of International Law 2001, 781 ff.
- Moench, Christoph:* Gutachtliche Stellungnahme zur Wirksamkeit der Verträge über die vorrangige Vergabe von Stromübertragungskapazitäten an der Grenzkuppelstelle Deutschland-Schweiz, Gutachten vom 17. Januar 2014 (nicht veröffentlicht).
- Perkams, Markus:* The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark, in: Schill, Stephan (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford 2010, 107 ff.
- Poledna, Tomas:* Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994.
- Poulain, Bruno:* L'investissement international: définition ou définitions?, in: Kahn, Philipp/Wälde, Thomas, New Aspects of International Investment Law, Leiden 2007, 123 ff.
- Pritzkow, Sebastian:* Das völkerrechtliche Verhältnis zwischen der EU und Russland im Energiesektor, Heidelberg 2011.
- Ramming, Fadri:* Die Konzession im Wasser- und Energierecht, in: Häner, Isabelle/Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Die Konzession, Zürich 2011, 123 ff.
- Raschauer, Bernhard:* Rechtsgutachten zu Fragen des grenzüberschreitenden Abtransports von elektrischer Energie aus einem Grenzkraftwerk, Gutachten vom Oktober 2008 (nicht veröffentlicht).

- Rechsteiner, Stefan; Reidemeister, Julia:* Vereinbarkeit von Auktionen für Stromdurchleitungskapazitäten mit dem FHA von 1972, Gutachten vom 11. Mai 2006 (nicht veröffentlicht).
- Riva, Enrico:* Konzessionsverhältnis und Leistungsstörung, in: Häner, Isabelle/Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Die Konzession, Zürich 2011, 51 ff.
- Schill, Stephan:* System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking, German Law Journal 2011, 1083 ff.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.): EUV/AEUV. Kommentar, 2. Aufl., München 2012 (zitiert: Verfasser, in: Streinz, EUV/AEUV).
- Tobler, Christa:* Kurzgutachten über Fragen zum grenzüberschreitenden Engpassmanagement, Gutachten vom 8. Mai 2006 (nicht veröffentlicht).
- von Arnould, Andreas:* Völkerrecht, Heidelberg 2012.
- Waldmann, Bernhard:* Die Konzession – Eine Einführung, in: Häner, Isabelle/Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Die Konzession, Zürich 2011, 1 ff.
- Weber, Rolf/Kratz, Brigitta:* Stromversorgungsrecht: Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009.

G. Abkürzungen

AB	Amtliches Bulletin
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (bis 1.2.2002: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt (Schweiz)
Bd.	Band
Bde.	Bände
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CMLRev.	Common Markt Law Review
d.h.	das heisst
ElCom	Eidgenössische Elektrizitätskommission
EnCV	Energiechartavertrag
EnV	Energieverordnung
EP	Europäisches Parlament
Erw.	Erwägung
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
f./ff.	folgende
FHA	Freihandelsabkommen
FS	Festschrift
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
I.C.J. Rep.	International Court of Justice Reports
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
i.e.S.	im engeren Sinne
i.Erg.	im Ergebnis
IGH	Internationaler Gerichtshof
I.L.M.	International Law Materials

i.S.d./i.S.v.	im Sinne des / im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
lit.	Litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
P.I.C.J. Series	Permanent International Court of Justice Series
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
s.	siehe
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
sog.	sogenannt
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StromhandelsVO	Stromhandelsverordnung
StromVG	Bundesgesetz über die Stromversorgung
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere(s) mehr
UAbs.	Unterabsatz
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
verb.	verbunden
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WRG	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Cahiers fribourgeois de droit européen
Freiburger Schriften zum Europarecht

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 16 Astrid Epiney / Tobias Fasnacht
Zu den datenschutzrechtlichen Vorgaben für Errichtung und Betrieb von Informationssystemen : unter besonderer Berücksichtigung der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten und der Zugriffsberechtigung und am Beispiel des Klienten-Informationssystems für Sozialarbeit (KiSS)
- 17 Astrid Epiney / Emilie M. Praz (traduction)
Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121 a, Art. 197 Ziff. 11 BV – ausgewählte Aspekte / La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. – aspects choisis
- 18 Astrid Epiney / Daniela Nüesch
Datenschutzrechtliche Anforderungen für den Betrieb von Informationssystemen im Bereich der Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit zwischen der Schweiz und der EU: aufgezeigt am Beispiel der AHV, der IV und der Unterstellung
- 19 Benedikt Pirker / Astrid Epiney
Zur vorrangigen Vergabe von Stromübertragungskapazitäten bei „Grenzkraftwerken“ – Anwendbarkeit und Verhältnis von schweizerischem, Völker- und Unionsrecht

Schweizerischen Grenzkraftwerken werden momentan Vorrangrechte bei der Vergabe von grenzüberschreitender Übertragungskapazität gewährt, wo diese nicht in ausreichendem Mass zur Verfügung steht. Die vorliegende Untersuchung zielt darauf ab, die Rechtslage bezüglich dieser Vorrangrechte zu klären. Hierfür werden die einschlägigen Vorgaben des schweizerischen Rechts (etwa zu Konzessionen), des Unionsrechts (etwa der Stromhandelsverordnung 714/2009) und des Völkerrechts (insbesondere der einschlägigen Grenzstaatsverträge, aber auch von Investitionsschutzverträgen wie des Energiechartavertrags) geprüft.

Astrid Epiney, Rektorin, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht.

Benedikt Pirker, Dr. iur., LL.M., Lehr- und Forschungsrat, Institut für Europarecht und Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue.