

BVGer A-1344/2015 vom 28. Juni 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-06-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1344_2015

FR: TAF A-1344/2015 du 28 juin 2018

IT: TAF A-1344/2015 del 28 giugno 2018

Regeste

Energie (Übriges)

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die ElCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 23 StromVG). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.2.1

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

E. 1.2.2

Die Repower AG und die Repower Schweiz AG haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind von der angefochtenen Teilverfügung besonders betroffen bzw. durch diese materiell beschwert. Die Repower AG fusionierte per 26. Mai 2015 mit der Repower Schweiz AG. Letztere wurde gleichentags im Handelsregister gelöscht. Gemäss Art. 17 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) i.V.m. Art. 4 VwVG gilt die Rechtsnachfolge infolge Fusion, die eine Universalsukzession bewirkt, nicht als Parteiwechsel (vgl. Tanja Sarah Petrik-Haltiner, Spannungsfelder rund um die Stromkosten und -tarife, 2017, S. 4 Fn. 28, Michael Merker, in: Kratz et al. [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Bd. I, 2016, Art. 23 StromVG Rz. 12 [nachfolgend: Kommentar Energierecht], Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.6 Fn. 45; je mit Hinweisen). Die Repower AG ist somit zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.2.3

Zu Gunsten der besseren Verständlichkeit werden nachfolgend die ursprüngliche Beschwerdeführerin 1 als Repower AG (oder auch als Beschwerdeführerin) und die ursprüngliche Beschwerdeführerin 2 als Repower Schweiz AG geführt. Die jeweiligen Vorgängergesellschaften werden - nur soweit notwendig - extra erwähnt. Die Repower AG

und die Repower Schweiz AG werden zusammengefasst als Repower Gruppe bezeichnet.

E. 1.3

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

E. 2.1

Vor Bundesverwaltungsgericht kann nebst Rechtsverletzung und Sachverhaltsfeststellung auch die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 Bst. c VwVG). Fungiert allerdings als Vorinstanz eine gesetzlich vorgesehene unabhängige Fachinstanz mit besonderen Fachkenntnissen, so kann und soll das Gericht deren technisches Ermessen respektieren und nicht aus eigenem Gutdünken, sondern nur aus triftigen Gründen von der Beurteilung durch die zuständige Fachbehörde abweichen, jedenfalls soweit die Fachinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Eine solche Fachbehörde ist auch die Vorinstanz (Art. 21 StromVG; vgl. zum Ganzen BGE 142 II 451 E. 4.5.1 mit Hinweisen).

E. 2.2

Die Festlegung der Tarife ist nicht Sache der Vorinstanz, sondern der Verteilnetzbetreiber (Art. 6 Abs. 1 und 3 StromVG). Die Vorinstanz überwacht die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug dieses Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (Art. 22 Abs. 1 StromVG). Sie ist insbesondere zuständig für die Überprüfung der Elektrizitätstarife und kann Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen (Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG). Die Vorinstanz hat nur bei Gesetzesverstössen einzugreifen und kann sich nicht in das Ermessen der Netzbetreiber einmischen (Urteile des BGer 2C_969/2013 vom 19. Juli 2014 E. 7.4 und 2C_367/2012 vom 20. November 2012 E. 2.2 und 3.4.1). Wenn der Aufsichtsbehörde nur eine Gesetzmässigkeits- und keine Ermessensprüfung zukommt, kann auch das Bundesverwaltungsgericht nicht in den Ermessensbereich des Beaufsichtigten eingreifen (vgl. BGE 135 V 382 E. 4.2); zugleich hat es darüber zu wachen, dass die Aufsichtsbehörde diesen Bereich respektiert (vgl. zum Ganzen BGE 142 II 451 E. 4.5.2).

E. 2.3

Zur Gesetzmässigkeit der Tarife gehört freilich auch, dass diese "angemessen" sind (Art. 6 Abs. 1 StromVG). Nicht "angemessene" Tarife bzw. Tarifkomponenten sind folglich gesetzwidrig und können zu einer Absenkung durch die Vorinstanz führen (BGE 138 II 465 E. 8.6.4; Urteil des BGer 2C_969/2013 vom 19. Juli 2014 E. 7.4). Was unter "angemessen" zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht näher (Weber/Kratz, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, 2009, S. 26). In der Beurteilung dessen, was "angemessen" ist, kommt der Aufsichtsbehörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, den auch das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat (Urteil des BGer 2C_367/2012 vom 20. November 2012 E. 3.4.2). Es muss allerdings die Gesetzmässigkeit des Handelns der Vorinstanz überprüfen wie auch die Gesetzmässigkeit der von dieser angewendeten Verordnungen (BGE 138 II 465 E. 7.7; vgl. zum Ganzen BGE 142 II 451 E. 4.5.3).

E. 3

In der angefochtenen Teilverfügung vom 22. Januar 2015 überprüfte die Vorinstanz die anrechenbaren Energiekosten der Repower AG und der Repower Schweiz AG für die

Geschäftsjahre 2009 und 2010. In Berücksichtigung des zwischenzeitlich ergangenen Urteils des Bundesgerichts 2C_681/2015 und 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016 (teilweise publ. in: BGE 142 II 451) akzeptiert die Beschwerdeführerin nun die Methode der Vorinstanz zur Kostenaufteilung zwischen Endverbrauchern mit Grundversorgung und freien Kunden (sog. Durchschnittspreis-Methode; vgl. BGE 142 II 451 E. 5). Ebenfalls nicht mehr strittig ist die Methode der Vorinstanz für die Beurteilung der Vertriebskosten (sog. 95-Franken-Regel; vgl. BGE 142 II 451 E. 6). Soweit die Beschwerdeführerin ihr Rechtsbegehren Ziff. 2 reduziert hat, ist die Beschwerde infolge Teilrückzugs als gegenstandslos zu betrachten. Zu beurteilen ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren allein noch, wie die Durchschnittspreis-Methode im konkreten Fall der Repower Gruppe anzuwenden ist (betr. Gesellschaftsstruktur E. 5 ff.; betr. Energieportfolio E. 9 ff.; betr. auslandsbezogene Bezugsverträge E. 14 ff.) sowie die Periodizität für die Bestimmung des Nettoumlaufvermögens (E. 17). Durchschnittspreis-Methode

E. 4.1

Die Stromversorgungsgesetzgebung unterscheidet drei Gruppen von Endverbrauchern: (1) feste Endverbraucher, nämlich Haushalte und andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh (Art. 6 Abs. 2 StromVG); diese haben keinen Anspruch auf Netzzugang (Art. 6 Abs. 6 StromVG), aber dafür Anspruch auf Grundversorgung (Art. 6 Abs. 1 StromVG). (2) Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die auf den Netzzugang verzichtet haben; diese haben ebenfalls Anspruch auf Grundversorgung (Art. 6 Abs. 1 StromVG). (3) Andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh; diese haben Anspruch auf Netzzugang (Art. 13 StromVG; sog. freie Kunden). Während die Netznutzungstarife infolge des natürlichen Netzmonopols für alle Endverbraucher durch das Stromversorgungsgesetz und die Vorinstanz reguliert werden (Art. 14 ff. StromVG), werden die Elektrizitätstarife nur für die Endverbraucher mit Grundversorgung gesetzlich reguliert (Art. 6 StromVG; Art. 4 StromVV), wogegen Endverbraucher mit Netzzugang die Elektrizität von einem Lieferanten freier Wahl beziehen können (Art. 4 Abs. 1 Bst. d StromVG); die Preise für die Energielieferung werden dabei zivilrechtlich bzw. vertraglich festgelegt und sind einer staatlichen Beeinflussung entzogen (Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; BGE 142 II 451 E. 4.2.1; 138 I 468 nicht publ. E. 2.2).

E. 4.2

Die Elektrizitätstarife in der Grundversorgung werden in Art. 6 StromVG geregelt: Die Tarife müssen "angemessen" ("équitables", "adeguate") sein (Abs. 1). Für feste Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik, die von der gleichen Spannungsebene Elektrizität beziehen, müssen die Verteilnetzbetreiber einen einheitlichen Elektrizitätstarif festlegen, der für mindestens ein Jahr fest sein muss (Abs. 3). Für den Tarifbestandteil der Energielieferung hat der Netzbetreiber eine Kostenträgerrechnung ("comptabilité par unité d'imputation", "contabilità per unità finali di imputazione") zu führen (Abs. 4). Die Verteilnetzbetreiber sind verpflichtet, Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs "anteilmässig" ("proportionnellement", "proporzionalmente") an die festen Endverbraucher weiterzugeben (Abs. 5; vgl. BGE 142 II 451 E. 4.2.2; Petrik-Haltiner, a.a.O., S. 294 ff., Leitner/Rothenfluh, Kommentar Energierecht, Art. 6 StromVG Rz. 11 ff., je mit Hinweisen). Gemäss Art. 4 Abs. 1 StromVV orientiert sich der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung an den

Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers (vgl. BGE 142 II 451 E. 5.2.7; Petrik-Haltiner, a.a.O., S. 295 f.; je mit Hinweisen).

E. 5.1

Hinsichtlich der Kostenaufteilung zwischen Endverbrauchern mit Grundversorgung und freien Kunden ist in einem ersten Schritt zu klären, ob die Durchschnittspreis-Methode nur innerhalb der Repower Schweiz AG anzuwenden ist (so die Beschwerdeführerin) oder innerhalb der gesamten Repower Gruppe, d.h. unter Einbezug der Repower AG (so die Vorinstanz).

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe ohne tragfähige Begründung darüber hinweg gesehen, dass die Repower AG und die Repower Schweiz AG rechtlich selbstständige Einheiten seien. Die Repower AG habe als reines Produktions- und Handelsunternehmen zu keinem Zeitpunkt Versorgungsfunktion für Endverbraucher wahrgenommen. Ein Durchgriff auf die Repower AG könne im vorliegenden Kontext nur dann in Betracht kommen, wenn die gesellschaftsrechtliche Struktur der Repower Gruppe missbräuchlich geschaffen oder die Gruppe umstrukturiert worden wäre, um die Zielsetzungen des Gesetzgebers im Bereich der Grundversorgung zu vereiteln. Die Repower AG habe in den Jahren 2000 und 2004 Aktien der Vorgängergesellschaften der Repower Schweiz AG erworben, ohne in der Folge Umstrukturierungen vorgenommen zu haben. Die Repower Schweiz AG (bzw. ihre Vorgängergesellschaften) stehe zwar seit dem Erwerb der Aktien durch die Repower AG in einem gesellschaftsrechtlichen Tochter-Mutter-Verhältnis. Damit würden sich aber die Gemeinsamkeiten erschöpfen in Bezug auf die Berechnung der Grundversorgungstarife für der Endverbraucher der Repower Schweiz AG. In dieser Situation bestehe keine gesetzliche Grundlage oder sachliche Begründung für einen Durchgriff. Ihre Kalkulationsmethode basiere auf den effektiven Produktionskosten der Versorgungskraftwerke und Kleinproduzenten. Einzig die effektiven Kosten der Beschaffungen auf dem Markt seien (...) nicht grundversorgungsspezifisch, sondern nur anteilmässig ausweisbar (...). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz beliefere die Repower AG die rund (...) Haushalte im Dorf Miralago gestützt auf eine Pflicht der Wasserrechtskonzession mit elektrischer Energie zu Vorzugspreisen. Die vom Vorzugspreis nicht gedeckten Elektrizitäts- und Netzkosten würden von der Sparte Produktion getragen. Sollte ihre Konzession beispielsweise aufgrund eines vorzeitigen Heimfalls enden, würde die latent bestehende Grundversorgungspflicht der Gemeindewerke zum Tragen kommen. Der Vorbehalt von Art. 14 Abs. 5 StromVG zu Gunsten bestehender Wasserrechtskonzessionen gelte sinngemäss auch für die Elektrizitätstarife. Andernfalls wäre eine Lieferung zu Vorzugspreisen gar nicht möglich, da Art. 6 Abs. 3 StromVG einheitliche Tarife namentlich pro Kundengruppe und Spannungsebene vorsehe. Die Repower AG sei auch nicht als Verteilnetzbetreiberin im Kanton Graubünden mit öffentlichem Versorgungsauftrag bezeichnet. Soweit sie zunächst mit Beschluss des Regierungsrates des Kantons Graubünden vom 6. Juli 2010 als Verteilnetzbetreiberin in der Region Maloja/Bernina bezeichnet worden sei, handle es sich um einen Schreibfehler, der mit Regierungsratsbeschluss vom 3. Mai 2011 korrigiert worden sei.

E. 5.3

Die Vorinstanz legt dar, die Repower Gruppe sei ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen mit Aktivitäten entlang der gesamten Wertschöpfungskette (Erzeugung, Handel, Übertragung, Vertrieb und Verteilung). Im Kanton Graubünden sei diese als Stromversorgerin und Betreiberin von regionalen und lokalen Verteilnetzen tätig. Die Repower Gruppe habe für die Geschäftsjahre 2009 und 2010 auf den verschiedenen versorgten Gebieten eine einheitliche Tarifierung vorgenommen, obwohl für die verschiedenen Netzgebiete unterschiedliche Gesellschaften der Repower Gruppe als Netzbetreiberinnen vom Kanton Graubünden bezeichnet worden seien. Der Kanton Graubünden habe indes in Aussicht gestellt, die bei der Kostenrechnung und der Tarifierung bereits praktizierte Struktur der Repower Gruppe künftig auf der Ebene der Netzgebietszuteilung nachzuvollziehen. Da überdies die Verfügungsadressatinnen per Medienmitteilung vom 24. September 2014 angezeigt hätten, im Frühjahr 2015 zu fusionieren, würden im vorliegenden Fall für die Prüfung der anrechenbaren Energiekosten für die Geschäftsjahre 2009 und 2010 die involvierten Gesellschaften der Repower Gruppe als eine Netzbetreiberin mit einem Netzgebiet angesehen. Dies bedeute, für das Prüfungsverfahren werde eine zusammengefasste Kostenträgerrechnung, wie sie die Repower AG und die Repower Schweiz AG eingereicht hätten, akzeptiert. Damit werde die besondere Sachlage im vorliegenden Einzelfall berücksichtigt. Soweit die Beschwerdeführerin sich nun im Beschwerdeverfahren gegen ihre eigene Vorgehensweise stelle, verhalte sie sich widersprüchlich, was keinen Rechtsschutz erfahren dürfe. Die Vorinstanz führt weiter aus, nicht nur die Repower Schweiz AG, sondern auch die Repower AG seien in den Tarifjahren 2009 und 2010 in der Grundversorgung von Endkunden tätig gewesen und unterlägen der Regulierung von Art. 6 StromVG. Die Repower AG habe dabei die Haushalte im Gebiet Miralago versorgt. Auf deren Endkunden seien ebenfalls die Einheitstarife der Repower Gruppe angewendet worden. Würden vorliegend die Produktionskapazitäten der Repower AG (sprich die Handelskraftwerke) sowie die Beteiligungen und Langfristverträge nicht berücksichtigt, würde dies den Anforderungen von Art. 6 StromVG widersprechen. Die Endkunden der Repower AG würden diesfalls zu einem Tarif beliefert, der sich auf die Produktions- und Beschaffungsquellen der Repower Schweiz AG abstütze. Bei einer einheitlichen Tarifierung innerhalb eines Versorgers (resp. einer Unternehmensgruppe) hätten sämtliche Produktions- und auch die weiteren Beschaffungsquellen des Versorgers einen Bezug zur Grundversorgung und müssten gemäss den Vorgaben von Art. 6 StromVG in der Tarifikalkulation Berücksichtigung finden. Ganz grundsätzlich könne die Eigentümerstruktur innerhalb eines Energieversorgers für die Bestimmung der Gestehungskosten resp. der Beschaffungskosten keine Rolle spielen. Unabhängig davon, ob von einem Partnerwerk, über den Markt oder über langfristige Bezugsverträge Elektrizität beschafft werde, die Endverbraucher in der Grundversorgung hätten anteilig an den Beschaffungspreisen und Produktionskosten zu partizipieren. Diese Beschaffungskosten müssten mit einem sachgerechten und nachvollziehbaren Schlüssel sowohl auf Kunden in der Grundversorgung als auch auf freie Kunden verteilt werden. Als sachgerecht erweise sich eine Verteilung anhand der durchschnittlichen Absatzmenge. Berücksichtige man die Eigentümerstruktur bei der Bemessung der Beschaffungspreise, würde Art. 6 StromVG seines Sinnes entleert. Eine Partizipation der Endverbraucher an den Marktvorteilen des Endverteilers sowie eine Verhinderung einer Quersubventionierung könnten nicht gewährleistet werden.

E. 6.1

Nachfolgend ist durch Auslegung von Art. 6 Abs. 5 StromVG zu ermitteln, ob die gesellschaftsrechtlichen Strukturen bei der Kostenaufteilung zwischen Endverbrauchern mit Grundversorgung und freien Kunden zu beachten sind. Das Bundesgericht hatte sich in BGE 142 II 451 mit der sich hier stellenden Auslegungsfrage nicht zu befassen. In jenem Urteil lag die Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten der Centralschweizerischen Kraftwerke AG (CKW AG) als eine Gesellschaft im Streit.

E. 6.2

Ziel der Auslegung ist es, den Sinngehalt einer Norm zu ermitteln. Ausgangspunkt ist der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalisches Element). Ist dieser nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt, so ist auf die weiteren Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historisches Element), ihren Sinn und Zweck (teleologisches Element) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (systematisches Element). Dabei ist einem pragmatischen Methodenpluralismus zu folgen (BGE 142 II 399 E. 3.3, 139 II 173 E. 2.1; BVGE 2017 IV/5 E.3.4.3; statt vieler Urteil des BVGer A-7178/2016 vom 13. November 2017 E. 5.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 177 f.; je mit Hinweisen). Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht (BGE 134 II 249 E. 2.3; BVGE 2016/22 E. 11.3). In der Praxis steht das teleologische Auslegungselement regelmässig im Vordergrund: Die Gesetzesauslegung hat sich von dem Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf den Sinn und Zweck des Gesetzes (BVGE 2016/22 E. 11.3 mit Hinweisen). Die Ermittlung von Sinn und Zweck einer Bestimmung ist somit im Grundsatz auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von diesem erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten; die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses lässt sich nicht aus sich selbst heraus begründen, sondern ist aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten, die es mit Hilfe der üblichen Auslegungselemente und damit insbesondere des entstehungszeitlichen und des geltungszeitlichen Elements zu ermitteln gilt (vgl. BGE 140 II 509 E. 2.6, 140 I 305 E. 6; Urteil des BGer 8C_46/2017 vom 7. August 2017 E. 4; Urteile des BVGer A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 6.3.1 und A-7178/2016 vom 13. November 2017 E. 5.2; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. 2016, § 4 Rz. 33; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 179 ff.; je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Bei relativ jungen Gesetzen ist die Abgrenzung von historischer und teleologischer Auslegung schwierig, weshalb regelmässig auf eine Unterscheidung verzichtet wird (vgl. statt vieler Urteile des BVGer A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 6.3.1 mit Hinweisen).

E. 6.3

Massgebliches Element der grammatikalischen Auslegung ist der Gesetzestext, wobei die Formulierungen einer Gesetzesnorm in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig sind (BGE 131 II 697 E. 4.1, 120 II 112 E. 3a; BVGE 2014/25 E. 7.3; Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 91 ff.). Art. 6 Abs. 5 StromVG richtet sich in allen drei Amtssprachen an die Betreiber der Verteilnetze ("gestionnaires d'un réseau de distribution", "gestori delle reti di distribuzione"), jedoch ohne die Adressaten näher zu definieren. Auch in Art. 4 Abs. 1 Bst. a- i StromVG ist keine Legaldefinition für den Begriff Verteilnetzbetreiber zu finden.

Ebenso wenig hat ihn der Bundesrat als Verordnungsgeber erklärt (vgl. Petrik-Haltiner, a.a.O., S. 85 ff. mit Hinweisen). Wie es sich mit der gesellschaftsrechtlichen Strukturen innerhalb einer Unternehmensgruppe verhält, lässt sich dem Gesetzeswortlaut von Art. 6 Abs. 5 StromVG nicht mit der nötigen Deutlichkeit entnehmen. Es sind daher die weiteren Auslegungskriterien heranzuziehen.

E. 6.4

Wie sich aus den Materialien ergibt, lautete Art. 6 Abs. 4 StromVG (der dem heutigen Abs. 5 StromVG entspricht) im Entwurf des Bundesrates wie folgt: "Die Betreiber der Verteilnetze sind verpflichtet, Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs an die Haushalte weiterzugeben." Die Botschaft führte dazu aus (BBl 2005 1645 f.): "Die Betreiber der Verteilnetze haben bereits bei Inkrafttreten des Gesetzes unbeschränkten Marktzugang. Dies ermöglicht ihnen, sich von ihren bisherigen Vorlieferanten zu lösen und sich am Markt mit der preisgünstigsten Energie einzudecken. Absatz 4 verpflichtet diese Netzbetreiber, ihre am freien Markt erzielten Preisvorteile an die Haushalte weiterzugeben." Der Begriff "Haushalte" entsprach dem Konzept des Bundesrates, in der ersten Marktöffnungsphase den Haushalten den Netzzugang zu untersagen. Der Begriff "anteilmässig" war im Entwurf des Bundesrates nicht enthalten. Im Nationalrat als Erstrat wollte die Kommissionmehrheit eine einstufige Marktöffnung, wobei den Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh das Wahlmodell "abgesicherte Stromversorgung (WAS)" zur Verfügung stehen würde. Der Rat beschloss aber auf Antrag der Kommissionsminderheit (Antrag Chevrier) eine zweistufige Marktöffnung, wobei in der ersten Stufe der Netzzugang für alle festen Endverbraucher (d.h. Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh) ausgeschlossen war; zusätzlich hatten aber auch die Endverbraucher mit einem grösseren Verbrauch die Möglichkeit, in der Grundversorgung zu bleiben. Die heutige Fassung von Abs. 5 geht zurück auf einen in diesem Zusammenhang gestellten Antrag Steiner (AB 2005 N 1053), der diesen wie folgt begründete (AB 2005 N 1055): "Nun zu meinem Antrag betreffend Artikel 6 Absatz 4: Das ist einfach eine redaktionelle Änderung. Wenn Sie der Minderheit Chevrier folgen, dann müssen Sie in diesem Absatz 4 anstelle der Formulierung des Bundesrates, wonach die Preisvorteile an die Haushalte weiterzugeben sind, zwangsläufig schreiben, dass die Preisvorteile an die festen Endverbraucher weiterzugeben sind. Der Unterschied besteht ja darin, dass der Bundesrat nur die Haushalte in das sogenannte Wahlsystem eingeschlossen haben möchte und dass die Minderheit Chevrier allen Kundinnen und Kunden unter 100 Megawattstunden Jahresverbrauch die Wahl überlassen möchte: Wollen Sie in den freien Markt oder ins Netz? Das ist eine reine Wortänderung, je nachdem, für welchen Weg Sie sich entscheiden." Der Kommissionssprecher erläuterte die Bestimmung wie folgt (AB 2005 N 1060, Reymond): "Concernant l'article 6, le projet de loi prévoit qu'avec la libéralisation, les entreprises distributrices pourront se fournir librement en électricité, même si une grande partie du volume est destinée à des clients restés fidèles à l'ancien monopoleur. L'alinéa 4 garantit que la baisse des prix profitera aux petits clients et pas seulement aux grands clients et aux entreprises distributrices. La majorité de la commission estime que l'article 6 doit être entièrement biffé. Le risque de voir se développer des inégalités est faible, puisque le modèle plébiscité par la commission prévoit que les petits clients auront eux aussi accès à la libéralisation. La proposition de la minorité Steiner en revanche demande que les gestionnaires des réseaux de distribution repercutent sur les consommateurs finaux captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau. Contrairement à ce que propose le Conseil

fédéral, tous les consommateurs finaux captifs, et pas seulement les ménages, doivent profiter de ce bénéfice. Ce bénéfice doit être répercuté en partie sur les clients captifs, car il va de soi que les clients libres doivent également pouvoir profiter des tarifs préférentiels." Nachdem der Antrag der Minderheit Chevrier angenommen worden war, wurde auch der Antrag Steiner zu Abs. 4 einstimmig angenommen (AB 2005 N 1061). Der Ständerat folgte in diesem Punkt dem Nationalrat, ohne dass die Frage der Angemessenheit der Tarife oder der anteilmässigen Weitergabe diskutiert wurde (AB 2006 S 839-842; vgl. zum Ganzen BGE 142 II 451 E. 5.2.4). Zur Relevanz gesellschaftsrechtlicher Strukturen äussern sich die Materialien, soweit ersichtlich, nicht.

E. 6.5

Zur teleologischen Auslegung von Art. 6 Abs. 5 StromVG ist hervorzuheben, dass gemäss dem Wille des Gesetzgebers nicht nur die festen Endverbraucher oder die freien Kunden von den Preisvorteilen aufgrund des Netzzugangs profitieren sollten, sondern beide Gruppen anteilmässig (BGE 142 II 451 E. 5.2.4; vgl. Phyllis Scholl, Regulierung der Grundversorgungstarife, Jusletter vom 19. Dezember 2016 S. 11; für eine engere Auslegung Kathrin Föhse, BGer 2C_681/2015 und 2C_682/2015: Festlegung und Kontrolle der Elektrizitätstarife in der Grundversorgung, AJP 2016 S. 1722; je mit Hinweisen). Die Bestimmung wurde aufgrund der Befürchtung erlassen, feste Endverbraucher subventionierten die Tarife der freien Kunden. Der Gesetzgeber wollte eine Schlechterstellung fester Endverbraucher in der ersten Phase der Marktöffnung im Vergleich zu Stromkunden mit Netzzugang verhindern. Diese Gefahr ist insbesondere akut bei Verteilnetzbetreiberinnen, die für ihr Versorgungsgebiet Strom nicht nur am Markt beschaffen, sondern auch selbst produzieren und deshalb versucht sein könnten, ihre Eigenproduktion festen Endkunden zu teureren Preisen zu verkaufen (Petrik-Haltiner, a.a.O., S. 304 mit Hinweisen). Im Vergleich zu einem Einzelunternehmen ist eine wirtschaftlich eng verflochtene Unternehmensgruppe in der Lage, gegebenenfalls vermehrt Preisvorteile aufgrund des freien Netzzugangs zu genießen. So kann beispielsweise eine Unternehmensgruppe gemeinsam Energie zu grösseren Mengen und damit zu einem günstigeren Preis am Markt einkaufen. Das hier strittige Vorgehen der Vorinstanz ermöglicht es den festen Endverbrauchern, gerade auch an diesen Preisvorteilen der freien Kunden aus dem Netzzugang anteilmässig teilzuhaben und dies ungeachtet der vorbestehenden gesellschaftsrechtlichen Strukturen. Zugleich wird mit dem Vorgehen der Vorinstanz verhindert, dass Unternehmensgruppen durch gruppeninterne Umstrukturierungen Produktionsquellen mit teuren Gestehungskosten den juristischen Personen zuordnen, die über einen hohen Anteil an festen Endverbrauchern verfügen, was zu höheren Preisen in der Grundversorgung führen würde. Durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der Unternehmensgruppe kann eine mögliche Gesetzesumgehung im Ergebnis wirksam verhindert werden. Das Vorgehen der Vorinstanz steht daher insgesamt in Übereinstimmung mit dem Sinn und Zweck der Norm. Demgegenüber lässt sich aus dem Gesetzeszweck nicht eindeutig schliessen, dass ein Durchgriff von einer auf eine andere juristische Person erst bei rechtsmissbräuchlicher Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit zulässig sein sollte, wofür sich die Beschwerdeführerin ausspricht. Im Gegenteil, in diesem Fall stünde es den Verteilnetzbetreibern - namentlich bei historisch gewachsenen Gesellschaftsstrukturen - offen, von einer anteiligen Weitergabe von Preisvorteile an die festen Endverbraucher abzusehen. Dies würde dem gesetzgeberischen Willen zuwiderlaufen. Ergänzend bleibt anzumerken, dass der Rechtsordnung eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gesellschaftsrechtlichen Strukturen keineswegs fremd

ist. Zu erwähnen seien hier namentlich die Vorgaben zur Konzernrechnung nach Art. 663e Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) oder der kartellrechtliche Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251).

E. 6.6

Die Gesetzessystematik von Art. 6 Abs. 5 StromVG lässt vorliegend keine erkennbaren Rückschlüsse auf die sich hier stellende Frage zu.

E. 6.7

Als Fazit der Auslegung ist zusammenfassend festzuhalten, dass der offene Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 StromVG zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, was die hier strittige gesellschaftsrechtliche Struktur betrifft. Die historische und teleologische Auslegung ergibt sodann, dass die festen Endverbraucher anteilmässig von den Preisvorteilen infolge des freien Netzzugangs profitieren sollten. Würden die Gesellschaftsstrukturen innerhalb einer wirtschaftlich eng verflochtenen Unternehmensgruppe ausnahmslos beachtet werden, würde dies dem Gesetzesziel zuwiderlaufen. Auch würde es nicht genügen, den Durchgriff lediglich bei rechtsmissbräuchlichen Gesellschaftsstrukturen zuzulassen. Die systematische Auslegung hilft schliesslich vorliegend nicht weiter. Im Rahmen einer Gesamtbeurteilung führen die verschiedenen Auslegungsmethoden zum Ergebnis, dass die gesellschaftsrechtlichen Strukturen einer wirtschaftlich eng verflochtenen Unternehmensgruppe bei der Kostenzuteilung zwischen festen Endverbrauchern und freien Kunden nicht zwingend massgebend sein können.

E. 7.1

Zu klären bleibt, wie die gesellschaftsrechtlichen Strukturen der Repower Gruppe im konkreten Fall zu behandeln sind.

E. 7.2

In tatsächlicher Hinsicht ist im Grunde unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass die Vorgängergesellschaften der Repower AG als reine Produktions- und Handelsunternehmen gegründet wurden und deren sog. Handelskraftwerke nicht der Versorgung der Talschaft dienten. Ihre Vorgängergesellschaften und dann auch die Repower AG selbst behielten ihre unternehmerische Ausrichtung in der Folge bei. Im Gegensatz dazu sind die Vorgängergesellschaften der Repower Schweiz AG seit jeher vorwiegend in der Grundversorgung tätig. Deren Produktionsanlagen wurden zur Versorgung der Gemeinden in den jeweiligen Netzgebieten gebaut und werden auch heute noch für die Grundversorgung verwendet (sog. Versorgungskraftwerke). Der Kanton Graubünden führte mit der Bezeichnung der Repower Schweiz AG resp. deren Vorgängergesellschaften als Betreiberin lokaler Verteilnetze die vorbestehende Stromversorgungssituation in den betreffenden Versorgungsgebieten fort. Trotz der historisch gewachsenen unterschiedlichen Tätigkeitsfelder der Repower AG und der Repower Schweiz AG resp. deren Vorgängergesellschaften ist zu beachten, dass die einzelnen Gesellschaften der Repower Gruppe schon vor ihrer Fusion vom 26. Mai 2015 wirtschaftlich eng miteinander verbunden waren. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass in den Geschäftsjahren 2009 und 2010 ein einheitlicher Tarif der Repower Gruppe auf alle Netzgebiete der einzelnen Gesellschaften angewendet wurde (...). Die effektiven Beschaffungskosten für die Grundversorgung in den Tarifjahren 2009 und 2010 lassen sich (...) - auch gemäss

Einschätzung der Beschwerdeführerin - lediglich anteilig ausweisen. Im vorinstanzlichen Verfahren reichte die Repower Gruppe sodann eine zusammengefasste Kostenrechnung für die damaligen drei Gesellschaften Repower AG, Repower Klosters AG und Repower Ilanz AG ein. Zur Gesellschaftsstruktur äusserte sich sie mit Eingabe vom 31. Januar 2011 dahingehend, organisatorisch arbeite sie rechtsstrukturübergreifend, betrieblich und strategisch würden die drei Gesellschaften als eine Einheit geführt. Mit Nachdruck wies sie auf die angestrebte Fusion ihrer drei Gesellschaften hin. In tatsächlicher Hinsicht wurde somit die Grundversorgung von den drei Gesellschaften in den Tarifjahren 2009 und 2010 gemeinsam wahrgenommen. Die Vorinstanz trägt in der angefochtenen Teilverfügung lediglich den tatsächlich gelebten wirtschaftlichen Verhältnissen der Repower Gruppe Rechnung. Die Beurteilung der Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden, dass die Unternehmensverflechtung innerhalb der Repower Gruppe schon vor der Fusion äusserst eng waren, weshalb eine Beurteilung über die Grenzen der einzelnen Gesellschaften hinweg als sachgerechter, wenn nicht sogar als einzig gangbarer Weg sich aufdrängte.

E. 7.3

Wie gesehen ist in den Tarifjahren 2009 und 2010 eine enge wirtschaftliche Verflechtung innerhalb der Repower Gruppe zu verzeichnen. Faktisch wurde der Grundversorgungsauftrag von der Repower Gruppe gemeinsam wahrgenommen. Dieser Umstand ist als genügend zu erachten, um die Durchschnittspreis-Methode unabhängig von der juristischen Selbstständigkeit der Repower AG und der Repower Schweiz AG resp. deren Vorgängergesellschaften anzuwenden. Bei dieser Sachlage kann darauf verzichtet werden, auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur konzessionsbezogenen Versorgung des Gebietes Miralago sowie zur Bezeichnung als Verteilnetzbetreiberin der Region Maloja/Bernina näher einzugehen. Ob die beiden Umstände für sich allein betrachtet genügen würden, um die Repower AG als Verteilnetzbetreiberin mit öffentlichem Versorgungsauftrag zu qualifizieren, kann angesichts der aufgezeigten engen wirtschaftlichen Verflechtung innerhalb der Repower Gruppe letztlich offenbleiben.

E. 8

Als erstes Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Rüge der Beschwerdeführerin, die Durchschnittspreis-Methode dürfe nur in Beachtung der rechtlichen Selbstständigkeit der Repower AG und der Repower Schweiz AG angewandt werden, sich als unbegründet erweist.

E. 9.1

In einem zweiten Schritt ist auf die Frage einzugehen, wie das Energieportfolio der Repower Gruppe in die Durchschnittspreis-Methode einzubeziehen ist. Zu prüfen ist mithin, ob nur der Teil einfließen sollte, der tatsächlich der Versorgung freier oder gebundener Endverbraucher dient (so die Beschwerdeführerin) oder das gesamte Energieportfolio (so die Vorinstanz). Das gesamte Energieportfolio gemäss Vorinstanz beinhaltet im Einzelnen die Beschaffung aus den eigenen Produktionsanlagen in der Schweiz, die Energielieferungen von Dritten (Kleinstproduzenten), die Energielieferungen aus Beteiligungen in der Schweiz, die Energielieferungen aus den langfristigen Bezugsverträgen sowie die Käufe am Markt. Unberücksichtigt bleiben damit auch gemäss Vorinstanz ausländische Kraftwerke oder Beteiligungen an Produktionseinheiten. Soweit nachfolgend vom gesamten Energieportfolio gesprochen wird, wird diese Begrifflichkeit im vorinstanzlichen Sinne verwendet.

E. 9.2

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, selbst wenn die Repower Gruppe als Einheit zu betrachten wäre, sei die Beschwerde gutzuheissen. Zu beachten sei, dass Art. 6 Abs. 5 StromVG lediglich und ausschliesslich das Verhältnis zwischen den gebundenen und freien Endverbrauchern des Verteilnetzbetreibers beschlage. Die Beschaffung und der Verkauf von Strom zu anderen Zwecken als der Versorgung von Endverbrauchern lägen ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Abs. 5 StromVG. Diese Beschränkung ergebe sich aus der ratio der Norm, welche an der vormals bestehenden, nun durch das StromVG aufgelösten Tarif-solidarität zwischen freien und festen Endverbrauchern des Verteilnetzbetreibers anknüpfe. Die ratio von Art. 6 Abs. 5 StromVG bedeute, dass im Hinblick auf die Ermittlung der anrechenbaren Energiekosten für die Grundversorgung lediglich solche Beschaffungsquellen (und zugehörige Beschaffungskosten bzw. -kostensätze) in die Durchschnittspreis-Methode einfliessen dürften, die tatsächlich der Versorgung freier oder gebundener Endverbraucher dienen würden. Zu nennen seien hierbei: (1) die Beschaffung von Strom für Endverbraucher vom freien Markt als neue Beschaffungsquellen nach Inkrafttreten des StromVG vom 1. Januar 2008 sowie (2) die vorbestehenden Beschaffungsquellen des Verteilnetzbetreibers, welche bereits im vorliberalisierten Markt ausschliesslich der Belieferung von Endverbrauchern gewidmet gewesen seien. Nicht von Art. 6 Abs. 5 StromVG erfasst seien damit sämtliche übrigen Tätigkeitsbereiche des Energieversorgungsunternehmens im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StromVG. Der Gesetzgeber habe mit Art. 10 Abs. 3 StromVG die Entflechtung (sog. Unbundling) des Verteilnetzes von den übrigen Tätigkeitsbereichen des Energieversorgungsunternehmens angeordnet. Es handle sich hierbei um eine zentrale Vorschrift im Hinblick auf den funktionierenden Strommarkt und um einen Grundpfeiler der Strommarktliberalisierung: Die weiterhin monopolistisch organisierte Wertschöpfungskette (Betrieb der Netze sowie Versorgung fester Endverbraucher) seien erstens kostenrechnungsmässig transparent auszuschneiden (Art. 6 Abs. 4 StromVG) und zweitens seien jegliche Quersubventionierungen in und aus dem monopolisierten Bereich in die liberalisierten Tätigkeitsbereiche hinein gesetzlich verboten. Eine Ausnahme von diesem Unbundling-Prinzip habe der Gesetzgeber einzig mit Blick auf das Verhältnis zwischen den festen und den freien Endverbrauchern des Verteilnetzbetreibers vorgenommen. Art. 6 Abs. 5 StromVG verpflichte den Verteilnetzbetreiber ausschliesslich zur Weitergabe von Preisvorteilen, die er aufgrund seines freien Netzzugangs mit Inkrafttreten des StromVG habe erzielen können. Der Fokus auf die Endverbraucher ergebe sich auch aus dem zwischenzeitlich ergangenen Urteil des Bundesgerichts. In den dargelegten engen Anwendungsbereich würden nur die Beschaffungsquellen der Repower Schweiz AG, nicht aber diejenigen der Repower AG fallen. Die Vorinstanz, so die Beschwerdeführerin in ihrer weiteren Begründung, verletze mit der angefochtenen Teilverfügung nicht nur das Prinzip der Entflechtung und der separaten Kostenträgerrechnung, sondern greife auch in die vom StromVG nicht regulierten Bereiche Erzeugung und Handel ein. Die Geschäftsfelder Produktion und Handel würden nicht durch das StromVG reguliert, sondern unterlägen dem freien Wettbewerb. Indem die Vorinstanz ohne gesetzliche Grundlage handle, verletze sie die grundrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden werde verletzt, da reine Produktions- und Handelsunternehmen durch die Vorinstanz nicht reguliert würden. Ferner habe die Repower Gruppe bereits mit Kosteneinsparungen, wie insbesondere die Gestaltung von einheitlichen Tarifen, die erforderlichen Massnahmen

getroffen, um in der Grundversorgung die elektrische Energie zu angemessenen Preisen zu liefern. Indem die Vorinstanz diese preissenkenden Massnahmen nicht gewürdigt habe, setze sie sich willkürlich über den Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 StromVG hinweg und greife in den Entscheidungsspielraum des Verteilnetzbetreibers ein. Des Weiteren gibt die Beschwerdeführerin zu bedenken, es sei keineswegs zwingend und für die Zukunft zu erwarten, dass der vorinstanzliche Einbezug sämtlicher Geschäftsbereiche der Repower Gruppe in die Kostenträgerrechnung sich stets kostensenkend auswirken werde. Investitionsentscheide in Kraftwerke für den Handel seien deutlich risikobehafteter als solche in Kraftwerke für die Grundversorgung, was sich etwa bei Pumpspeicherkraftwerke exemplarisch zeige. Die Risiken und damit auch die möglichen Gewinne aus dem Tätigkeitsbereich Handel seien deshalb strikt von der Grundversorgung zu trennen.

E. 9.3

Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, bei einer einheitlichen Tarifierung innerhalb eines Versorgers resp. einer Unternehmensgruppe hätten sämtliche Produktions- und auch die weiteren Beschaffungsquellen des Versorgers einen Bezug zur Grundversorgung und diese müssten gemäss den Vorgaben von Art. 6 StromVG in der Tarifikalkulation Berücksichtigung finden. Mit dem Erlass des StromVG habe der Gesetzgeber erreichen wollen, dass günstigere Gestehungs- und Beschaffungskosten unabhängig der historischen oder gegenwärtigen Zweckbestimmung der Beschaffungsquelle allen Kunden zugutekämen und nicht nur den freien Kunden aus bestimmten Geschäftseinheiten innerhalb eines integrierten Energieversorgers. Ihre Praxis verstosse nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. Durch den Einbezug der am Markt beschafften Energie werde sichergestellt, dass die Endkunden in der Grundversorgung anteilmässig von den Marktaktivitäten des Netzbetreibers profitieren könnten. Dabei werde aber keineswegs das gesamte Produktions- und Handelsportfolio der Grundversorgungsregulierung unterstellt. Es werde zwar zur Tarifberechnung das gesamte Energieportfolio für die Schweiz berücksichtigt, der Grundversorgung werde dieses aber nur anteilmässig zugeteilt und zwar in Höhe des durchschnittlichen Absatzes an die Endverbraucher in der Grundversorgung. Derjenige Teil des Produktions- und Handelsportfolios, welcher nicht für die Grundversorgung verwendet werde, unterstehe nicht der Regulierung von Art. 6 StromVG und ein Netzbetreiber sei in diesem Bereich in seiner Tarif-/Preisgestaltung frei. Ihre Durchschnittskostenbetrachtung der gesamten Eigenproduktion, der Einspeisungen Dritter (Kleinstproduzenten), der Beteiligungen, der Langfristverträge sowie der Beschaffung am Markt entspreche der ratio legis von Art. 6 StromVG und den Vorgaben der Art. 4 StromVV und zudem auch der von der Branche vorgeschlagenen Vorgehensweise. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die in Art. 10 Abs. 3 StromVG geforderte Entflechtung sich auf den vorliegend nicht relevanten Netzbereich beziehe und in keinem Zusammenhang mit der Kostenträgerrechnung in der Grundversorgung gemäss Art. 6 Abs. 4 StromVG stehe. Schliesslich habe das Bundesgericht in BGE 142 II 451 die Durchschnittspreis-Methode geprüft mit dem Ergebnis, dass diese nicht als gesetzwidrig betrachtet werden könne. Die hier strittige Frage der Beschaffungsquellen sei Teil jenes Verfahrens gewesen, weshalb der von der Beschwerdeführerin vertretene Standpunkt vom Bundesgericht bereits beurteilt worden sei.

E. 10.1

Nachfolgend ist wiederum durch Auslegung von Art. 6 Abs. 5 StromVG zu ermitteln, wie das Energieportfolio in die Durchschnittspreis-Methode einzubeziehen ist. Die Antwort auf

diese Frage ist aus dem Wortlaut, den Materialien, Sinn und Zweck sowie der Systematik des Gesetzes abzuleiten (sog. Methodenpluralismus, vgl. vorstehend E. 6.2).

E. 10.2

Art. 6 Abs. 5 StromVG sieht, wie schon erwähnt, gemäss Wortlaut vor, dass die Betreiber der Verteilnetze verpflichtet sind, Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs anteilmässig an die festen Endverbraucher weiterzugeben. Der französische und italienische Wortlaut stimmt mit der deutschen Formulierung überein. Was unter "Verteilnetzbetreiber" ("gestionnaires d'un réseau de distribution", "gestori delle reti di distribuzione") sowie unter "Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs" ("bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau", "vantaggi tariffari derivanti dal loro libero accesso alla rete") zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht konkretisiert (vgl. Scholl, a.a.O., S. 5 mit Hinweisen). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt es sich vorliegend nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm, dass das gesamte Energieportfolio eines Energieversorgungsunternehmens, soweit es nicht unmittelbar die Versorgung von Endverbrauchern betrifft, aus dem Anwendungsbereich der Norm auszuschliessen wäre. Das gleiche gilt, soweit die Beschwerdeführerin eine zeitliche Beschränkung ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des StromVG vom 1. Januar 2008 einfordert. Vielmehr lässt der offene Wortlaut sowohl die Auslegung der Vorinstanz wie auch die der Beschwerdeführerin zu. Die grammatikalische Auslegung ergibt somit kein eindeutiges Ergebnis. Bei der Auslegung der Bestimmung sind deshalb die weiteren Auslegungselemente zu berücksichtigen.

E. 10.3

Was die historische Auslegung betrifft, findet sich in den Materialien keine eingehende Auseinandersetzung mit der sich hier stellenden Frage. Hinsichtlich des teleologischen Auslegungselements steht fest, dass gemäss dem Willen des Gesetzgebers die festen Endverbraucher von den Preisvorteilen des Netzzugangs anteilmässig profitieren sollten (BGE 142 II 451 E. 5.2.4; vgl. vorstehend E. 6.5). Diesem Ziel wird die Vorgehensweise der Vorinstanz grundsätzlich gerecht. Soweit es sich um die Weitergabe von Preisvorteilen handelt, tragen diese dazu bei, dass bezüglich des gesamten Tätigkeitsfelds eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens die festen Endkunden gegenüber den freien Endkunden nicht benachteiligt werden und dies losgelöst von den historisch gewachsenen Produktionsstrukturen und deren Zweckbestimmung. Ähnlich wie beim zuvor behandelten Aspekt der Gesellschaftsstrukturen ist auch in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass demgegenüber bei der Methode der Beschwerdeführerin die Möglichkeit für die Energieversorgungsunternehmen bestünde, teurere Produktions- resp. Beschaffungsquellen einseitig der Versorgung von Endverbrauchern zuzuordnen. Einer solchen Schlechterstellung fester Endkunden wollte der Gesetzgeber mit Erlass von Art. 6 Abs. 5 StromVG gerade zuvorkommen. Bei einer zweckspezifischen Zuordnung, wie von der Beschwerdeführerin befürwortet, könnten sich überdies zahlreiche Abgrenzungs- und Folgefragen stellen, die in jedem Einzelfall abgeklärt werden müssten. Es erscheint zumindest zweifelhaft, ob sich diese auf eine sachgerechte und rechtsgleiche Art lösen liessen.

E. 10.4

In systematischer Hinsicht weicht die Terminologie von Art. 6 Abs. 5 StromVG von derjenigen von Art. 10 StromVG ab. Während Art. 6 Abs. 5 StromVG sich an die

Verteilnetzbetreiber richtet, spricht Art. 10 StromVG, welcher die Entflechtung normiert, von Elektrizitätsversorgungsunternehmen ("entreprises d'approvisionnement en électricité", "impresa d'approvvigionamento elettrico"). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin lassen sich allein aus diesem Umstand noch keine verlässlichen Rückschlüsse auf den von ihr angestrebten engen Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 5 StromVG ziehen.

E. 10.5

Zur Auslegung von Art. 6 Abs. 5 StromVG ist demnach zusammenfassend festzuhalten, dass sich dem Wortlaut oder den Materialien nicht entnehmen lässt, wie das Energieportfolio zu berücksichtigen ist. Der Sinn und Zweck spricht für einen weiten Anwendungsbereich der Norm. Letztere Auslegung wird schliesslich durch die systematische Auslegung nicht widerlegt. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung führt dies dazu, dass der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 5 StromVG nicht auf endversorgungsspezifische Beschaffungsquellen nach Inkrafttreten des StromVG am 1. Januar 2008 zu beschränken ist. Die Norm ist richtigerweise dahingehend auszulegen, dass grundsätzlich das gesamte Energieportfolio, welches ebenfalls die Beschaffung für Weiterverteiler sowie die übrigen Handelsaktivitäten beinhaltet, vom Anwendungsbereich erfasst wird.

E. 11.1

Bei diesem Auslegungsergebnis besteht kein Anlass, die vorinstanzliche Praxis der Durchschnittspreis-Methode anzupassen. Was die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde dagegen vorbringt, vermag - wie in den folgenden Erwägungen zu sehen sein wird - im Ergebnis nicht zu überzeugen:

E. 11.2

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin verstösst das vorliegende Auslegungsergebnis nicht gegen die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts. Bei der Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten der CKW AG sprach das Bundesgericht zwar von einer Kostenaufteilung auf Grundversorgung und freie Endverbraucher. Es sind jedoch keine Anhaltspunkte erkennbar, dass hiermit gleichzeitig eine Beschränkung auf die endversorgungsspezifischen Beschaffungsquellen einhergehen sollte, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht (BGE 142 II 451 E. 5). Im Gegenteil, hätte das Bundesgericht tatsächlich in diesem Sinne entschieden, hätte es gleichzeitig die Tarife der CKW AG korrigieren müssen. Denn gemäss den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Vorinstanz wurde die Durchschnittspreis-Methode in jenem Verfahren auf die gleiche Weise angewandt. Insbesondere wurden bei den anrechenbaren Energiekosten sämtliche Käufe der CKW AG am Markt miteinbezogen. Die Energiebezüge umfassten auch Käufe für Weiterverteiler oder sonstige Handelsaktivitäten. Wie sich anhand der für die Berechnung des Durchschnittspreises berücksichtigten Energiemenge zeigt, überstieg diese auch bei der CKW AG den Absatz in der Grundversorgung bei Weitem. Die Methodik der Vorinstanz, die im vorliegenden Verfahren zur Anwendung kam, lag somit schon BGE 142 II 451 zu Grunde, auch wenn das Bundesgericht sich mit der Frage des Energieportfolios nicht eigens befasste (vgl. hierzu auch die damals angefochtene Teilverfügung der ElCom Ref. Nr. 957-08-141 vom 15. April 2013 insb. E. 2 Rz. 20, publ. auf www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen, abgerufen am 12. Juni 2018).

E. 11.3

In den hier zu beurteilenden Tarifjahren 2009 und 2010 stehen ausschliesslich Preisvorteile des freien Netzzugangs zur Diskussion. Die Beschwerdeführerin gibt indes zu bedenken, der Einbezug sämtlicher Geschäftsbereiche der Repower Gruppe in die Kostenträgerrechnung könne sich aufgrund der Investitionsrisiken von Handelskraftwerken gegebenenfalls auch zu Ungunsten der Tarife in der Grundversorgung auswirken. Das Bundesgericht erachtet die Weitergabe von Preisnachteilen an die Endverbraucher mit Grundversorgung nicht von vornherein als unzulässig. Das Gesetz sieht dies zwar nicht vor, weil der Gesetzgeber offensichtlich davon ausging, dass der Netzzugang (nur) zu Preisvorteilen führt. Es schliesst eine solche Beteiligung der festen Endverbraucher an höheren Marktpreisen aber auch nicht aus. Es wäre in der Tat systemwidrig, so das Bundesgericht, die festen Endverbraucher nur an den Preisvorteilen, aber nicht an Preisnachteilen partizipieren zu lassen (BGE 142 II 451 E. 5.2.8; kritisch Petrik-Haltiner, a.a.O., S. 308, Scholl, a.a.O., S. 5 f., je mit Hinweisen).

E. 11.4

Ferner mag es sein, dass sich die gesetzlich vorgesehene Weitergabe von Preisvorteilen an die Grundversorgung in einem gewissen Spannungsfeld zum Prinzip der Kostenträgerrechnung gemäss Art. 6 Abs.4 StromVG bewegt. Hinsichtlich dieses Einwands der Beschwerdeführerin ist jedoch auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verweisen. Wie in BGE142 II 451 ausführlich dargelegt, soll das Prinzip der Kostenträgerrechnung gemäss Art. 6 Abs. 4 StromVG dazu dienen, Transparenz zu schaffen über die Höhe der Preisvorteile, die sich für die Verteilnetzbetreiber aus dem Netzzugang ergeben. Wie diese Preisvorteile dann auf die verschiedenen Gruppen von Endverbrauchern aufgeteilt werden, richtet sich nicht nach Abs. 4, sondern nach Abs. 5 von Art. 6 StromVG (BGE 142 II 451 E. 5.2.3). Es sind keine stichhaltigen Gründe ersichtlich, weshalb für die sich hier stellende Frage des Energieportfolios etwas anderes gelten sollte.

E. 11.5

Den Darlegungen der Beschwerdeschrift zufolge hat die Beschwerdeführerin bereits diverse kostensenkende Massnahmen umgesetzt, um in der Grundversorgung elektrische Energie zu angemessenen Tarifen gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG liefern zu können. Wie ausgeführt, sind nach Art. 6 Abs. 5 StromVG die Preisvorteile aufgrund des freien Netzzugangs anteilmässig an die festen Endverbraucher weiterzugeben. Eine bloss punktuelle Weitergabe von Preisvorteilen, wie von der Beschwerdeführerin ausgeübt, genügt den gesetzlichen Vorgaben entsprechend nicht. Trotz der Bestrebungen der Beschwerdeführerin zu kostensenkenden Massnahmen durfte die Vorinstanz somit korrigierend eingreifen und auf einer vollständigen Umsetzung der Durchschnittspreis-Methode beharren. Ein unzulässiger Eingriff in die Entscheidungsfreiheit der Beschwerdeführerin geht damit nicht einher.

E. 12.1

Als gleichfalls unbegründet erweisen sich schliesslich die grundsätzlichen Einwände der Beschwerdeführerin gegen die vorinstanzliche Methode. Soweit sie eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit geltend macht, bleibt Folgendes festzuhalten:

E. 12.2

Die Stromlieferungsverträge unterstehen ausserhalb der Grundversorgung dem Privatrecht und der Wirtschaftsfreiheit und werden vom StromVG nicht geregelt (vgl. Urteil des BGer 2C_12/2016 und 2C_13/2016 vom 16. August 2016 E. 3.3.2 mit Hinweisen). Art. 94 BV

statuiert das System einer Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs. Dieser institutionelle Grundsatz wird in Art. 27 BV im Rahmen seiner individualrechtlichen Funktion konkretisiert. Demnach schützt die Wirtschaftsfreiheit vor allem das Recht des Einzelnen, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei auszuüben (Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 628 ff.). Die Wirtschaftsfreiheit gilt nicht absolut, sondern sie kann, sofern es sich um Massnahmen handelt, die sich nicht gegen den Wettbewerb richten (Art. 94 Abs. 4 BV), gestützt auf Art. 36 BV eingeschränkt werden. Andernfalls wäre zusätzlich eine Bundesverfassungsnorm oder ein kantonales Regalrecht notwendig (BGE 136 I 1 E. 5.1, 128 I 3 E. 3a). Zu beachten ist zudem der Anspruch der direkten Konkurrenten auf Gleichbehandlung. Dieser spezifische Gleichbehandlungsgrundsatz schützt vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften sachlichen Gründen beruhen mögen und damit nach Art. 8 Abs. 1 BV möglicherweise zulässig wären, gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen (BGE 121 I 129 E. 3d; vgl. Klaus A. Vallender, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 27 Rz. 31 mit Hinweisen).

E. 12.3

Wie die Vorinstanz schlüssig aufzeigt, wird mit der Durchschnittspreis-Methode nicht das gesamte Produktions- und Handelsportfolio der Repower Gruppe der Grundversorgungsregulierung unterstellt. Es wird zur Tarifberechnung zwar das gesamte Energieportfolio für die Schweiz berücksichtigt, der Grundversorgung wird dieses aber nur anteilmässig zugeteilt und zwar in Höhe des durchschnittlichen Absatzes an die Endverbraucher in der Grundversorgung. Derjenige Teil des Produktions- und Handelsportfolios, welcher nicht für die Grundversorgung verwendet wird, untersteht nicht der Regulierung von Art. 6 StromVG und die Beschwerdeführerin ist in diesem Bereich in ihrer Tarif-/Preisgestaltung weiterhin frei. Mit der Vorinstanz ist somit einig zu gehen, dass die angefochtene Teilverfügung ausschliesslich in den regulierten Bereich eingreift, wofür mit Art. 6 Abs. 5 StromVG eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht. Folglich erweist sich auch die Rüge der Beschwerdeführerin, ihre Wirtschaftsfreiheit im nicht regulierten Bereich werde verletzt, als unbegründet. Eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten ist ebenfalls nicht ersichtlich, nehmen doch reine Produktions- und Handelsunternehmen gerade keine Grundversorgungsfunktion wahr. Im Übrigen kann an dieser Stelle erneut auf BGE 142 II 451 verwiesen werden. Den Verteilnetzbetreibern kann zwar durch die Durchschnittspreis-Methode ein Nachteil bzw. Verlust entstehen, wobei dieser nicht aus der Grundversorgung selbst entsteht, sondern dadurch, dass nicht der ganze Preisvorteil aus dem Netzzugang für die freien Kunden verwendet werden kann. Dies führt dazu, dass der aus der Durchschnittspreis-Methode resultierende Preis höher ist als der Marktpreis. Das ist aber gemäss Bundesgericht als Konsequenz des gesetzlich vorgesehenen Systems hinzunehmen (BGE 142 II 451 E. 5.2.6). Diese bundesgerichtlichen Erwägungen können unverändert auch im vorliegenden Fall Gültigkeit beanspruchen.

E. 13

Aus dem Gesagten ist als zweites Zwischenfazit zu folgern, dass die Durchschnittspreis-Methode auch unter dem Aspekt Energieportfolio nicht als gesetzeswidrig betrachtet werden kann. Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass

die Vorinstanz zu Recht in Anwendung der Durchschnittspreis-Methode Preisvorteile, die sich aus dem gesamten Energieportfolio der Repower Gruppe ergeben, bei den Tarifen der Grundversorgung in den Tarifjahren 2009 und 2010 berücksichtigt.

E. 14.1

Schliesslich ist in einem dritten Schritt die Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, die Vorinstanz habe - in Verletzung des Territorialitätsprinzips - rein ausländische LTC-Verträge (Beschaffungsverträge) im Bereich Handel bei den Tarifen der Grundversorgung mitberücksichtigt. Die Vorinstanz erklärt demgegenüber, soweit sie ausländische Verträge einbezogen habe, würden diese allesamt einen Bezug zur Schweiz aufweisen.

E. 14.2

Im Einzelnen führt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde aus, im Jahr 2004 seien zwei Bezugsverträge mit A. _____ (UK) abgeschlossen worden (...). Zur (...) habe sie sodann (...) 2005 einen Liefervertrag mit der B. _____ (D), abgeschlossen. Ihre Lieferung erfolge in den Bilanzkreis der B. _____. Die Übergabestelle sei der Bilanzkreis B. _____ in Deutschland. Es handle sich hierbei um eine rein ausländische Position ohne Bezug zur Schweiz, welche schon aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht in der Grundversorgung zu berücksichtigen sei. Am (...) 2008 sei ein weiterer Beschaffungsvertrag (...) mit der A. _____ (UK) eingegangen worden. Als Lieferort dieses Vertrages sei Frankreich (...) vorgesehen. Dieser Vertrag sei eine reine Handelsposition in Frankreich, die ebenfalls schon aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht zu berücksichtigen sei. Im Jahr 2008 seien schliesslich zwei kleinere Beschaffungspositionen (...) mit der C. _____ zur Absicherung des Handelsabsatzes an Weiterverteiler in der Schweiz vereinbart worden.

E. 14.3

Die Vorinstanz legt in der Vernehmlassung dar, für die Berechnung des Durchschnittspreises sei lediglich das Energieportfolio Schweiz zuzüglich der langfristigen Bezugsverträge mit Frankreich einzubeziehen. Ausländische Kraftwerke und Beteiligungen an Produktionseinheiten seien in den vorinstanzlichen Berechnungen nicht enthalten. Der Begriff "langfristige Bezugsverträge" gemäss Art. 4 Abs. 1 StromVV werde namentlich für Bezugsverträge aus Frankreich verwendet. Art. 4 Abs. 1 StromVV unterscheide nicht zwischen Bezügen aus der Schweiz und aus dem Ausland (vgl. auch Weisung der ElCom 3/2012 vom 14. Mai 2012). Für die Bestimmung der anrechenbaren Energiekosten berücksichtige sie die langfristigen Bezugsverträge mit Produzenten aus Frankreich sowie der Schweiz. Hintergrund des Einbezugs der Bezüge aus Frankreich sei, dass ihnen eine zentrale Bedeutung für die Versorgungssicherheit der Schweiz zukomme. Das finde ihren Ausdruck auch darin, dass die Bezugsmengen aus Frankreich bei Engpässen im grenzüberschreitenden Übertragungsnetz beim Netzzugang privilegiert behandelt würden (vgl. aArt. 17 StromVG in der ursprünglichen Fassung vom 23. März 2007, AS 2007 3425, in Kraft bis am 30. September 2017). Zu verweisen sei sodann auf das Branchendokument "Kostenrechnungsschema für Gestehungskosten" vom 3. Juli 2013 des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE). In Ziff. 2.2.3 werde festgehalten, dass gemäss Empfehlung der Branche alle Bezugsverträge sowie die eigenerzeugten Mengen einschliesslich derer von Partnerwerken in einem Portfolio zu verwalten seien. Diese seien dann gemäss Empfehlung der Branche mit den jeweiligen Energiekosten zu bewerten und

alsdann den geplanten Absatzmengen für die verschiedenen Kundengruppen gegenüberzustellen. Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Akten erhellte sich, dass die Lieferung der besagten Energiemengen aus Bezugsverträgen mit der A. _____ jeweils in der Schweiz zu erfolgen habe. Die Verträge würden damit einen Bezug zur Schweiz aufweisen und mithin Bestandteil des Energieportfolios der Schweiz bilden. Gleiches gelte für die angeführten Bezugsverträge mit der C. _____, bei welchen die Lieferung direkt in der Schweiz erfolge. Aus dem Vertragswerk zwischen der Beschwerdeführerin und der B. _____ sei sodann nicht ersichtlich, inwiefern die gelieferte Energie direkt aus dem Ausland stamme und in einem Zusammenhang mit den oben genannten Bezugsverträgen (...) stehe. Es sei alsdann angemerkt, dass in diesem Vertrag explizit geregelt werde, die Netznutzungsentgelte für die Schweiz seien bis zur Landesgrenze Schweiz-Deutschland von der Verkäuferin und ab der Landesgrenze Schweiz-Deutschland von der Käuferin zu tragen. Auch sei vertraglich festgehalten, dass Kosten/Entgelte, die durch Engpässe bzw. damit im Zusammenhang stehende Auktionen der Leitungskapazitäten an der Grenze zwischen Schweiz und Deutschland entstünden (sog. Auktionskosten), durch (...) zu tragen seien. Daraus ergebe sich, dass die angeführten Lieferungen über das Energieportfolio der Schweiz erfolgen würden.

E. 14.4

Anlässlich der Replik weist die Beschwerdeführerin ergänzend darauf hin, die drei Beschaffungsverträge mit der A. _____ (UK) würden von der Priorisierung von internationalen Bezugs- und Lieferverträgen nach aArt. 17 Abs. 2 StromVG nicht erfasst, da die Verträge erst nach dem gesetzlichen Stichtag vom 31. Oktober 2002 abgeschlossen worden seien. Ohnehin erfolge die Priorisierung nach aArt. 17 Abs. 2 StromVG aus Gründen der Rechtssicherheit und nicht aus Gründen der inländischen Versorgungssicherheit. Aus Gründen der Versorgungssicherheit erfolge vielmehr die Priorisierung der Importe zur Versorgung der inländischen Endverbraucher bzw. der Lieferungen nach Art. 13 Abs. 3 StromVG. Die Vorinstanz behaupte zu Recht nicht, dass es sich bei den Verträgen mit der A. _____ um Verträge nach Art. 13 Abs. 3 StromVG handle. Dies wäre auch angesichts der fraglichen Strommenge nicht naheliegend.

E. 15.1

Gemäss Art. 4 Abs. 1 StromVV orientiert sich der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers. Oft wird der Begriff der langfristigen Bezugsverträge nur für Bezüge aus Frankreich angewendet. Die Vorinstanz verwendet ihn in einem erweiterten Sinn auch für Bezüge von anderen Lieferanten (Weisung der ElCom 3/2012 vom 14. Mai 2012 Ziff. 6 und Weisung der ElCom 2/2018 vom 10. April 2018 Ziff. 6 [ersetzt Weisung 3/2012 vom 14. Mai 2012]). Als langfristige Bezugsverträge im Sinne von Art. 4 Abs. 1 StromVV interpretiert der VSE damit übereinstimmend alle Energieverträge zur physischen Strombeschaffung, die eine längerfristige Geschäftsbeziehung regeln. Als sonstige Beschaffungsverträge werden alle Vereinbarungen zwischen dem jeweiligen Versorgungsunternehmen und Dritten zur physischen Beschaffung von Energie verstanden, die jedoch nicht auf eine längerfristige Geschäftsbeziehung ausgelegt sind. Ebenfalls als sonstige Beschaffungsverträge qualifiziert werden Vereinbarungen zwischen einem Energieversorgungsunternehmen und Dritten zur Beschaffung von Energie, die finanziellen Charakter haben (Branchenempfehlung "Kostenrechnungsschema Gestehungskosten" [nachfolgend: KRSG] des VSE, Ausgabe

2013, Ziff. 2.2.3 Rz. 1; vgl. Urteil des BVGer A-1107/2013 vom 3. Juni 2015 E. 7.2.1; Petrik-Haltiner, a.a.O., S. 298; zur Rechtsnatur von Branchenempfehlungen vgl. Urteil des BVGer A-5141/2011 vom 29. Januar 2013 E. 9.5.1 mit Hinweisen). Die Zuteilung der sonstigen Beschaffungsverträge auf die Endkunden in Grundversorgung sowie auf die sonstigen Kunden müsse nachvollziehbar erfolgen. Schliesslich empfiehlt die Branche, alle Bezugsverträge sowie die eigenerzeugten Mengen einschliesslich derer von Partnerwerken in einem Portfolio zu verwalten, sie mit den jeweiligen Energiekosten zu bewerten und sie innerhalb dieses Modells auch den geplanten Absatzmengen für die verschiedenen Kundengruppen gegenüberzustellen (KRSG Ausgabe 2013 Ziff. 2.2.3 Rz. 2 f.). Gemäss der neuen Ausgabe der Branchenempfehlung werden als langfristige Bezugsverträge alle Energieverträge zur physischen Strombeschaffung verstanden, die eine längerfristige Geschäftsbeziehung regeln. Als sonstige Beschaffungsverträge werden alle Vereinbarungen zur physischen Beschaffung von Energie verstanden, die jedoch nicht auf eine längerfristige Geschäftsbeziehung ausgelegt sind (KRSG Ausgabe 2018, Ziff. 1.2.3, publ. auf www.strom.ch > Download > Umsetzungsdokument Kostenrechnungsschema Gestehungskosten KRSG-CH, abgerufen am 12. Juni 2018).

E. 15.2

Das öffentliche Recht kennt - im Gegensatz zum Privatrecht - kein spezielles Kollisionsrecht, d.h. kein Recht, das regelt, welches Recht zur Anwendung kommt, wenn ein Sachverhalt auch einen Bezug zu einer anderen als der schweizerischen Rechtsordnung aufweist. Vielmehr gilt das sogenannte Territorialitätsprinzip, wonach öffentliches Recht seine Rechtswirkungen nur in dem Staat entfaltet, der es erlassen hat. Dem Territorialitätsprinzip entsprechend gilt das öffentliche Recht nur für Sachverhalte, die sich im räumlichen Herrschaftsgebiet des jeweiligen rechtsetzenden Gemeinwesens ereignen, wobei unter Umständen unklar sein kann, welchem Gemeinwesen ein Sachverhalt zuzuordnen ist. In solchen Fällen stellt sich die Frage, an welche Kriterien anzuknüpfen ist, um ein Rechtsverhältnis einem Gemeinwesen zuzuordnen. Dabei besteht keine einheitliche Regelung, die für alle Bereiche des Verwaltungsrechts Anwendung findet, vielmehr gelten unterschiedliche Anknüpfungskriterien, wie beispielsweise der Wohnsitz, der Ort der Ausübung bzw. der Auswirkungen einer Tätigkeit oder der Ort der gelegenen Sache (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 310 ff. mit Hinweisen).

E. 15.3

Wie schon erwähnt, beinhaltet das gesamte Energieportfolio gemäss Vorinstanz die Beschaffung aus den eigenen Produktionsanlagen in der Schweiz, die Energielieferungen von Dritten (Kleinstproduzenten), die Energielieferungen aus Beteiligungen in der Schweiz, die Energielieferungen aus den langfristigen Bezugsverträgen sowie die Käufe am Markt. Unberücksichtigt bleiben damit auch gemäss Vorinstanz ausländische Kraftwerke oder Beteiligungen an Produktionseinheiten. Vorliegend wird indes weder in der angefochtenen Teilverfügung noch nachträglich anlässlich der Vernehmlassung begründet, nach welchen Anknüpfungskriterien im Sinne des Territorialitätsprinzips die Vorinstanz die rein ausländischen Positionen von denjenigen Positionen mit Bezug zur Schweiz abgrenzt. Was die hier strittigen Bezugsverträge betrifft, führt sie zwar anlässlich der Vernehmlassung verschiedene Kriterien für deren Einbezug gestützt auf Art. 4 Abs. 1 StromVV an, ohne diese jedoch vertieft zu begründen. Insbesondere bleibt unklar, inwiefern der Vorrang nach aArt. 17 Abs. 2 StromVG im vorliegenden Verfahren von Belang sein sollte, da sämtliche streitbetroffenen Verträge nach dem gesetzlichen Stichtag vom 31. Oktober 2002

abgeschlossen wurden. Zudem stehen ihre Ausführungen stellenweise im Widerspruch zur Aktenlage, wird doch im Vertrag vom (...) 2008 mit der A. _____ (UK) nicht die Schweiz, sondern Frankreich als Lieferort bezeichnet. Trotz der im Übrigen umfangreichen Begründung der angefochtenen Teilverfügung und des mehrfachen Schriftenwechsels im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist somit letztlich offengeblieben, welche Überlegungen die Vorinstanz dazu bewog, jene auslandsbezogenen Verträge mitzuberücksichtigen. In diesem Punkt fehlt es an der notwendigen Begründung (vgl. zur Begründungspflicht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 35 Abs. 1 VwVG statt vieler BGE 129 I 232 E. 3.2; BVGE 2017 I/4 E. 4.2; Uhlmann/Schilling-Schwank in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 35 Rz. 17 ff. [nachfolgend. Praxiskommentar]; je mit Hinweisen).

E. 15.4

Gemäss der vorangegangenen Erwägung hat die Vorinstanz - mit Blick auf das Territorialitätsprinzip - den Einbezug von langfristigen Bezugsverträge, soweit diese einen Auslandskonnex aufweisen, nicht hinreichend begründet. Hinsichtlich des Vertrages mit der A. _____ (UK) vom (...) 2008 liegt zudem eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung vor. Da vorliegend eine verlässliche Beurteilung der Streitsache nicht möglich ist, die notwendige Begründung resp. die ergänzende Sachverhaltsfeststellung und die anschliessend erneute Prüfung sinnvollerweise durch die Vorinstanz als zuständige Fachbehörde erfolgt, erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Rückweisung als geboten. Dies gilt umso mehr als Entscheidungen zu treffen sind, die sich allenfalls präjudiziell auf zahlreiche weitere Tarifverfahren auswirken könnten. Eine ausnahmsweise Heilung der erwähnten Gehörsverletzung kommt demnach im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht in Betracht (vgl. zur Heilung statt vieler BGE 142 II 218 E. 2.8.1; BVGE 2017 I/4 E. 4.2; Waldmann/Bickel, Praxiskommentar, Art. 29 Rz. 114 ff.; je mit Hinweisen). Die angefochtene Teilverfügung ist vielmehr aufzuheben und die Angelegenheit in diesem Punkt zum Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

E. 16

Als drittes Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass sich die Beschwerde als teilweise begründet erweist, soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Territorialitätsprinzips durch den Einbezug rein ausländischer Bezugsverträge in die Durchschnittspreis-Methode rügt. In diesem Punkt ist die Angelegenheit zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Periodizität für die Bestimmung des Nettoumlaufvermögens

E. 17.1

Ferner ist strittig geblieben und nachfolgend zu prüfen, ob für die Bestimmung der Höhe des Nettoumlaufvermögens die gesamte Dauer der ausstehenden Zahlungsbeträge ab dem Zeitpunkt des Kostenanfalls bis zum Eintreffen der Kundenzahlung von (...) Monaten (so die Beschwerdeführerin) oder allein die Rechnungsperiodizität von (...) Monaten (so die Vorinstanz) zu beachten ist.

E. 17.2

Die Beschwerdeführerin beantragt, das Nettoumlaufvermögen sei mit einer Periodizität von (...) Monaten zu berechnen. Die Periodizität ihrer Rechnungsstellung betrage (...) Monate. Mit der Rechnungsstellung warte sie sodann (...) zu, was kein Unternehmensentscheid,

sondern aus folgenden Gründen eine Notwendigkeit sei: (...) Arbeitstage vor Stichtag werde mit dem Zählerableseprozess begonnen. Dieser werde rund (...) Tage nach dem Stichtag beendet. Der Rechnungsdruck und die Rechnungsverpackung nähmen (...) Arbeitstage in Anspruch. Die Massenzustellung der Rechnungen per Post dauere anschliessend nochmals (...) Arbeitstage. Zusätzlich zur genannten Zeit bis zur Rechnungsstellung von (...) sei die gemessene mittlere Debitorenfrist nach Rechnungserhalt durch den Kunden einzubeziehen, welche nochmals (...) Monate betrage. Schliesslich sei (...) für flüssige Mittel zu berücksichtigen. Sie gehe nämlich gegenüber ihren Kunden in Vorleistung und habe gleichzeitig die entsprechenden Energiebeschaffungskosten zu begleichen. Ihre Situation präsentiere sich anders als im Urteil des BGer 2C_25/2011 vom 3. Juli 2012 (teilweise publ. in BGE 138 II 465), auf welches sich die Vorinstanz berufe. In jenem Urteil sei das Nettoumlaufvermögen eines Übertragungsnetzeigentümers Streitgegenstand gewesen, der lediglich die nationale Netzgesellschaft Swissgrid AG als einzigen und verlässlichen Debitor gehabt habe und dessen monatlichen Rechnungen immer auf den gleichen Betrag gelautet hätten. Die Vorinstanz könne sich auch nicht darauf stützen, dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-5141/2011 vom 29. Januar 2013 der vorinstanzlichen Methode gegenüber einer bilanziellen Methode den Vorzug gegeben habe. Denn werde ausschliesslich die Rechnungsperiodizität berücksichtigt, bilde es den Rechnungsstellungsaufwand sowie die Zahlungsrisiken nur ungenügend ab, dies unabhängig davon welche Methode zur Anwendung gelange.

E. 17.3

Die Vorinstanz erwog in der angefochtenen Teilverfügung, eine durchschnittliche Periodizität der Rechnungsstellung von (...) Monate erscheine aufgrund der Kostenrechnung nachvollziehbar, weshalb darauf abzustellen sei. Eine Periodizitätsverlängerung von bis zu (...) Monaten, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, sei hingegen nicht betriebsnotwendig und widerspreche den bis anhin verfügbaren sowie gerichtlich bestätigten Berechnungsgrundlagen. Hierzu sei Folgendes anzumerken: Es sei als Unternehmensentscheid zu werten, wenn mit der Rechnungsstellung (...) zugewartet werde. Auch habe die Beschwerdeführerin bei der angeführten mittleren Zahlungsfrist der Debitoren von (...) Monaten die entlastende Aufwandsseite resp. die mittleren Zahlungsfristen auf der Kreditoreseite nicht berücksichtigt. Ferner sei anzumerken, dass es sich bei Systemdienstleistungen (SDL), Kostendeckenden Einspeisevergütungen (KEV) und Vorräten nicht um Elemente des Energievertriebs handle. Schliesslich sei die Berechnung der Beschwerdeführerin methodisch falsch, da das Nettoumlaufvermögen entweder bilanziell oder dann mit dem hier verwendeten Verfahren berücksichtigt werde, nicht aber in doppelter Weise.

E. 17.4

Weder das Gesetz noch die Verordnung enthalten nähere Regeln zur Höhe des betriebsnotwendigen Nettoumlaufvermögens. Es ist daher grundsätzlich nicht rechtswidrig, wenn die Vorinstanz im Rahmen ihrer Überprüfungszuständigkeiten (Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG) das anrechenbare Umlaufvermögen näher präzisiert (vgl. betr. Tarifbestandteil der Netznutzung BGE 138 II 465 E. 9.4). In Bezug auf den Tarifbestandteil der Energielieferung sind die Vorschriften der Bundesgesetzgebung weniger detailliert als im Bereich der Netznutzung (vgl. BGE 138 I 468 E. 2.5 mit Hinweisen). Insbesondere legt das Bundesrecht nicht eindeutig fest, was unter einem "angemessenen" Tarif im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG zu verstehen ist. Der Vorinstanz kommt deshalb ein gewisser

Beurteilungsspielraum zu (vgl. vorstehend E. 2.3). Der Kritik der Beschwerdeführerin an der angefochtenen Teilverfügung kann vorliegend nicht gefolgt werden. Mit der Bestimmung des Nettoumlaufvermögens, wie es sich aus der durchschnittlichen Periodizität der Rechnungsstellung der Beschwerdeführerin ergibt, liegt die Vorinstanz in der Linie der bisherigen Rechtsprechung (vgl. betr. Tarifbestandteil der Netznutzung BGE 138 II 465 E. 9; Urteile des BVGer A-2830/2010 vom 20. Mai 2014 E. 8, A-8638/2010 vom 15. Mai 2014 E. 8, A-2222/2012 vom 10. März 2014 E. 7.2 und A-5141/2011 vom 29. Januar 2013 E. 11.3; Petrik-Haltiner, a.a.O., S. 215 ff., Andre Spielmann, Kommentar Energierecht, Art. 15 StromVG Rz. 65 ff.; je mit Hinweisen). Auch wenn es sich bei der durchschnittlichen Periodizität der Rechnungsstellung um eine vereinfachte Methode handelt, bringt die Vorinstanz in ihren Erwägungen objektive Gründe für ihr Vorgehen vor, die plausibel und in sich schlüssig erscheinen. Sie hat sich hierbei mit den Argumenten der Beschwerdeführerin wie auch mit der konkreten Gesamtdauer der ausstehenden Zahlungsbeträge hinreichend auseinandergesetzt. Den überzeugenden vorinstanzlichen Erwägungen zufolge ist die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Periodizität von (...) Monaten als nicht betriebsnotwendig zu erachten. Es kann daher auf die vorinstanzlichen Erwägungen abgestellt werden. Die genannten Überlegungen treffen selbst dann zu, wenn die Endkunden der Beschwerdeführerin ihren Zahlungsverpflichtungen allenfalls nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen. Zwingende Gründe für eine Praxisänderung sind somit weder im konkreten Fall noch in grundsätzlicher Hinsicht ersichtlich. Es besteht kein Grund für eine gerichtliche Korrektur der angefochtenen Teilverfügung in diesem Punkt. Ausgang des Beschwerdeverfahrens

E. 18

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde gegen die angefochtene Teilverfügung vom 22. Januar 2015 mehrheitlich als unbegründet. In diesem Umfang ist die Beschwerde abzuweisen, soweit sie nicht zufolge Rückzugs als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist. Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Territorialitätsprinzips durch den Einbezug rein ausländischer Bezugsverträge in die Durchschnittspreis-Methode rügt, erweist sich die Beschwerde als teilweise begründet. In diesem Punkt ist die Beschwerde gutzuheissen, die angefochtene Teilverfügung vom 22. Januar 2015 aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Kosten und Entschädigungsfolgen

E. 19.1

Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse Fr. 200.- bis Fr. 50'000.- (vgl. Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). In Berücksichtigung, dass es sich hier um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt sowie des erfolgten Teilrückzugs, sind die Verfahrenskosten vorliegend auf Fr. 20'000.- festzusetzen

E. 19.2

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG sind die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Für den Fall der Gegenstandslosigkeit präzisiert Art. 5 VGKE diese Regelung dahingehend, dass das Gericht die Kosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren

Verhalten die Gegenstandslosigkeit materiell bewirkt hat (Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 4.56 mit Hinweisen). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung in der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (vgl. BGE 132 V 215 E. 6.1; statt vieler Urteil des BVGer A-2366/2018 vom 24. Mai 2018 E. 5.2). Die Beschwerdeführerin unterliegt vorliegend in der Hauptsache. Da sie ihr Rechtsmittel infolge BGE 142 II 451 teilweise zurückzog, wurde die diesbezügliche Gegenstandslosigkeit des Verfahrens materiell ebenfalls von ihr bewirkt. Nur in einem Nebenpunkt wird die Angelegenheit mit noch offenem Ausgang an die Vorinstanz zurückgewiesen. Unter diesen Umständen ist die Beschwerdeführerin insgesamt als zu 3/4 unterliegend einzustufen. Es sind ihr somit 3/4 der Verfahrenskosten von Fr. 20'000.-, mithin Fr. 15'000.-, aufzuerlegen. Der Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 30'000.- entnommen. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 15'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Die Vorinstanz trägt als Bundesbehörde ungeachtet des Ausgangs des Verfahrens keine Verfahrenskosten (Art. 62 Abs. 2 VwVG).

E. 19.3

Der obsiegenden Partei ist für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung und allfällige Auslagen der Partei. Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, mangels Einreichung einer solchen, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Wird ein Verfahren gegenstandslos, so prüft das Gericht, ob eine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Für die Festsetzung der Parteientschädigung gilt Art. 5 VGKE sinngemäss (Art. 15 VGKE). Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin gilt als zu 1/4 obsiegend und hat in diesem Umfang Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese ist in Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das vorliegende Beschwerdeverfahren auf Fr. 5'000.- festzusetzen und der Vorinstanz zur Zahlung aufzuerlegen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.