

# **BVGer A-1989/2009 vom 11. Januar 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-01-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-1989\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1989_2009)

FR: TAF A-1989/2009 du 11 janvier 2011

IT: TAF A-1989/2009 del 11 gennaio 2011

## **Regeste**

Energie (ýbriges)

## **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 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Entscheide der EICom sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 23 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung [Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7] i.V.m. Art. 33 Bst. f VGG). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG ist nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerinnen sind formelle Adressatinnen der angefochtenen Verfügung und durch diese auch materiell beschwert. Sie sind deshalb grundsätzlich zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert, soweit sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Festsetzung der Vergütungssätze als Nettopreise (ohne MWST) für sich selbst beantragen. Soweit sie dasselbe für alle Elektrizitätsproduzenten verlangen (sollten), fehlt es ihnen an einem unmittelbaren, eigenen persönlichen Interesse und damit an einer ausreichenden Beziehungsnähe zur Streitsache. Diesbezüglich ist auf die Beschwerde somit nicht einzutreten.

### **E. 1.4**

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist unter der obgenannten Einschränkung einzutreten.

### **E. 1.5**

Da das Bundesverwaltungsgericht mit den Beschwerdeführerinnen im Übrigen davon ausgeht, ein Leistungsurteil gemäss deren Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2 sei grundsätzlich zulässig, ist dem Eventualbegehren (Ziffer 3) der Beschwerdeführerinnen von vornherein

der Boden entzogen.

## **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung mit uneingeschränkter Kognition, d.h. auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

### **E. 3.1**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wenden die Beschwerdeführerinnen ein, die Vorinstanz habe ihre Prüfungspflicht verletzt, indem sie von der Annahme ausgegangen sei, die Stellungnahme des BFE vom 18. Dezember 2008 sei eine öffentliche Urkunde, welche den vollen Beweis für die darin bezeugten Tatsachen erbringe. Dies komme einer materiellen Rechtsverweigerung gleich.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz führt dazu aus, entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen habe sie Ihre Prüfungspflicht nicht verletzt, indem sie sich auf Aussagen des BFE gestützt habe. Dabei spiele es keine Rolle, ob es sich bei der Stellungnahme des BFE um eine öffentliche Urkunde handle oder nicht. Es habe für sie kein Anlass bestanden, an der Aussage des BFE, die MWST sei in die Berechnungen einbezogen worden, zu zweifeln.

### **E. 3.3**

Grundsätzlich besteht im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 12 VwVG eine Pflicht zur amtlichen Sachverhaltsfeststellung. Es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäss Art. 19 VwVG in Verbindung mit Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273). Danach hat die Verwaltungsbehörde nach freier Überzeugung die Beweise zu würdigen. Bezüglich Gutachten und sachkundigen Auskünften einer Amtsstelle besteht in der Praxis jedoch die Besonderheit, dass sie nur überprüft werden und von ihnen abgewichen wird, wenn dafür stichhaltige Gründe bestehen (vgl. Entscheid der Rekurskommission EVD vom 31. Mai 1995, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 60 [1996] Nr. 52 E. 3.2). Vorliegend hat die verfügende Behörde beim für Energiefragen zuständigen Bundesamt, welches an der Ausarbeitung der umstrittenen gesetzlichen Grundlage massgeblich beteiligt war, eine Auskunft zum Inhalt einer Verordnung eingeholt.

### **E. 3.4**

Bei der Stellungnahme des BFE handelt es sich nicht um eine öffentliche Urkunde im Sinn von Art. 9 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Es liegt vielmehr ein Amtsbericht vor. Darunter sind mündliche oder schriftliche Angaben einer Behörde oder Amtsstelle zuhanden der für ein Verwaltungsverfahren zuständigen anderen Behörde über bestimmte Tatsachen oder Verhältnisse zu verstehen, über welche diese aufgrund ihrer Tätigkeit besondere Sachkenntnisse besitzt. Vorliegend handelt es sich um eine Auskunft des BFE in Bezug auf eine konkrete Frage in Zusammenhang mit der KEV. Diese ist in der EnV bzw. deren Anhängen geregelt. Das BFE war als Fachbehörde an der Ausarbeitung dieser Bestimmungen massgeblich beteiligt, weshalb es über besondere Sachkenntnisse verfügt. Verwendet die Beurteilungsbehörde Amtsberichte einer anderen Behörde, muss sie sich zuerst in jedem Fall ein eigenes Urteil über die amtsfremde Ermittlung gebildet haben. Eine unbesehene Übernahme fremder Amtserkenntnisse kann

eine fehlerhafte Sachverhaltsermittlung darstellen (vgl. Patrick L. Krauskopf/Katrin Emmenegger, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 12 N 182 ff.).

### **E. 3.5**

Die Ausführungen der Vorinstanz lassen darauf schliessen, dass sie sich in ihrer Beurteilung nicht allein auf den vorerwähnten Amtsbericht stützte, sondern ebenso auf die vom BFE eingereichten Unterlagen. So legte das BFE seinem Amtsbericht zu Händen der Vorinstanz auch einen Auszug des internen Fragenkatalogs vom 26. März 2007 als Beilage 1 bei, aus dem hervorgeht, dass die MWST schon in der Ausarbeitung der Anhänge 1.1 bis 1.5 EnV thematisiert und BFE-intern entschieden wurde, die Vergütungssätze inkl. MWST festzusetzen. Weiter begründet die Vorinstanz ihre Auffassung damit, dass das BFE nach aussen stets kommuniziert habe, die MWST sei im Vergütungssatz bereits enthalten. Unter Berücksichtigung all dieser Elemente ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, der Amtsbericht des BFE sei zutreffend. Sie hat sich also ein eigenes Urteil über die amtsfremde Ermittlung gebildet, weshalb ihr weder eine fehlerhafte Sachverhaltsermittlung noch eine Verletzung der Prüfungspflicht vorgeworfen werden kann.

### **E. 4**

Art. 7a Abs. 2 EnG, eingefügt durch Anhang Ziff. 2 des Stromversorgungsgesetzes, sieht vor, dass sich die Vergütung nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen richtet, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen. Die langfristige Wirtschaftlichkeit der Technologie ist Voraussetzung. Die Regelung der Einzelheiten, insbesondere der Gestehungskosten je Erzeugungstechnologie, Kategorie und Leistungsklasse delegiert das Gesetz in Art. 7a Abs. 2 Bst. a EnG an den Bundesrat. Dieser Aufgabe ist er mit Erlass der Energieverordnung nachgekommen. Die konkrete Höhe der Vergütungssätze für die verschiedenen Technologien lässt sich aufgrund der in den Anhängen 1.1 - 1.5 zur EnV festgesetzten Grundlagen berechnen. Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen prüft das Bundesverwaltungsgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Wird dem Bundesrat ein sehr weites Ermessensspielraum eingeräumt, ist dieser für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit zu äussern (vgl. BGE 130 I 26 E. 2.2.1, BGE 128 II 34 E. 3b, BGE 127 II 184 E. 5a je mit Hinweisen).

### **E. 5.1**

Zur Begründung ihrer Rechtsbegehren führen die Beschwerdeführerinnen aus, bei einer korrekten Auslegung von Art. 7a Abs. 2 EnG müssten die Vergütungssätze der Anhänge

zur EnV exkl. MWST berechnet werden. Der Gesetzgeber habe in Art. 7a EnG klar bestimmt, nach welchen Kriterien die Einspeisevergütung durch den Bundesrat festzusetzen sei, nämlich nach den "Gestehungskosten von Referenzanlagen". Bei der Auslegung des vom Gesetzgeber verwendeten Begriffs der "Gestehungskosten" könne auf die Verwendung und Auslegung dieses Begriffs in der geltenden (und bisherigen) Energiegesetzgebung des Bundes zurückgegriffen werden. Daraus ergebe sich, dass die MWST nicht als Teil der "Gestehungskosten" von Kraftwerkanlagen angesehen werden könne. Die Beschwerdeführerinnen verweisen hierzu auf die Weisung 5/2008 der ElCom vom 4. August 2008 zu Art. 4 Abs. 1 StromVV vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) (nachfolgend: Weisung 5/2008), auf die "Wegleitung zur Selbstdeklaration der Gestehungskosten von Kleinwasserkraftwerken, Version für die Betreiber" und auf die "Grundlagen zur Ermittlung der Gestehungskosten von Kleinwasserkraftwerken nach Art. 7 Abs. 4 EnG" vom Februar 2000. Sie bringen vor, die dort definierten "Gestehungskosten" würden ohne MWST berechnet und ausgewiesen. Auch aufgrund der übrigen den Beschwerdeführerinnen bekannten Unterlagen müsse davon ausgegangen werden, dass der Bundesrat bei der Berechnung der Vergütungssätze in den Anhängen zur EnV die MWST tatsächlich nicht berücksichtigt habe und diese damit bei den mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten zusätzlich auszurichten sei.

#### **E. 5.2**

Das BFE führt hierzu aus, dass sich die herangezogene Weisung 5/2008 auf die Berechnung der Gestehungskosten im Rahmen von Art. 4 StromVV beziehe und nicht auf die KEV. Deshalb könne die erwähnte Weisung vorliegend nicht zur Anwendung kommen und die Beschwerdeführerinnen könnten daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

#### **E. 5.3**

Dazu ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen die Weisung als Vergleichsbeispiel zur Definition der Gestehungskosten in der Praxis betreffend die Energiegesetzgebung herangezogen und sinngemäss eine analoge Anwendung verlangt haben. Das Heranziehen von vergleichbaren Unterlagen ist ein geeignetes Mittel, um eine rechtliche Grundlage auszulegen. Im vorliegenden Fall besteht ein ausreichender Zusammenhang zwischen der Berechnung der Gestehungskosten von Referenzanlagen betreffend erneuerbare Energien und der Berechnung der Gestehungskosten betreffend die Belieferung von Endverbrauchern mit Grundversorgung. Deshalb können die genannten Unterlagen zu Vergleichszwecken beigezogen werden.

#### **E. 5.4**

Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen ist jedoch nicht nachvollziehbar. So heisst es denn in Ziff. 3 der Weisung 5/2008: "Zu den anrechenbaren Gestehungskosten gehören die Betriebs- und Kapitalkosten einer leistungsfähigen und effizienten Produktion sowie die Abgaben und Leistungen an die Gemeinwesen." Die MWST ist eine Abgabe ans Gemeinwesen und somit gemäss Definition der Weisung 5/2008 Teil der Gestehungskosten. Weiter werden die Steuern auch gemäss den beiden anderen genannten Dokumenten explizit als "übriger Betriebsaufwand" in die Berechnung der Gestehungskosten einbezogen. Der Beizug der Weisung 5/2008 dient somit, entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, eher dazu, den Standpunkt des BFE, der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zu stützen, wonach die MWST bei der Berechnung der Vergütungssätze bereits berücksichtigt wurde.

### **E. 6.1**

Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es lägen keine Belege dafür vor, dass die MWST bei der Festsetzung der Vergütungssätze tatsächlich berücksichtigt worden sei. So zeigten die vom BFE eingereichten Unterlagen lediglich, dass sich dieses schon seit Mitte 2008 auf den Standpunkt gestellt habe, die MWST sei in den Vergütungen bereits enthalten. Dabei habe das BFE im Schreiben an die TEGRA Holz & Energie AG vom Juli 2008 (Beilage 2 zur Stellungnahme des BFE vom 18. Dezember 2008) erwähnt, für die Beantwortung der Frage, ob die MWST zusätzlich zu den in den Anhängen der EnV festgelegten Tarifen auszurichten sei, sei eine Besprechung mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) und der Nationalen Netzgesellschaft swissgrid ag erforderlich gewesen. Diese gut vier Monate nach Verabschiedung der Vergütungssätze im Bundesrat noch immer bestehenden Unsicherheiten bei der Frage der Berücksichtigung der MWST seien ein klares Indiz dafür, dass die MWST bei der Berechnung der Vergütungssätze nicht berücksichtigt worden sei. Als einziges "Dokument", welches einen (rudimentären) Hinweis auf die Vorbereitung der Energiegesetzgebung durch das BFE enthalte, reiche dieses einen gerade mal einzeiligen Auszug aus einem internen "Fragenkatalog" ein. Zum einen sei nicht klar, ob dabei tatsächlich von den Einspeisevergütungen der Anhänge 1.1 bis 1.5 die Rede sei. Wenn man einmal davon ausgehe, dass es sich tatsächlich um diesen Themenbereich handle, ergebe sich zum andern nichts dazu, ob und in welcher Form die MWST schliesslich bei den vom Bundesrat über ein Jahr später verabschiedeten Vergütungssätzen berücksichtigt worden sei.

### **E. 6.2**

Das BFE entgegnet hierzu, bei den Gesprächen mit der ESTV habe es sich lediglich um Fragen zum Verfahren betreffend die MWST gehandelt und nicht um die Frage, ob die MWST bei der Berechnung der Vergütungssätze berücksichtigt worden sei. Der interne Fragenkatalog des BFE stelle einen Grundsatzentscheid dar, die MWST in die KEV einzuschliessen. Bei den Erhebungstabellen betreffend die Kostenstruktur der Photovoltaik-Anlagen seien einzig die Module mit und ohne MWST erfasst, alle anderen Kosten, insbesondere die Gesamtkosten der Anlage, seien inkl. MWST aufgeführt. Diese Art der Aufstellung sei der Flexibilität wegen gewählt worden, da die Modulpreise die variabelste Grösse in den Anlagekosten darstellten und bei einer späteren Anpassung der Vergütungssätze einfach anpassbar seien. Als Basis für die Bestimmung der KEV seien Kostenerfassungen von Beispielanlagen erhoben und Vergleiche mit dem Erneuerbare Energien Gesetz (EEG) in Deutschland gemacht worden.

### **E. 6.3**

Die Durchsicht der eingereichten Unterlagen zur Photovoltaik (Vernehmlassungsbeilage 8, Faszikel 2) deuten eher darauf hin, dass die Kosten inkl. MWST erhoben wurden und somit die MWST auch bei der Festsetzung der Vergütungssätze bereits berücksichtigt wurde. So wird insbesondere bei den Tabellen betreffend die Betriebskosten die MWST ausdrücklich dazugeschlagen und der errechnete Rappenbetrag neben "Total Betriebskosten (inkl. MWST)" aufgeführt.

### **E. 6.4**

Betreffend die Windkraftanlagen machen die Beschwerdeführerinnen geltend, bei den eingereichten Wirtschaftlichkeitsberechnungen sei auf dem Deckblatt vermerkt, alle Kosten und Preise seien ohne MWST zu verstehen. Daraus könne geschlossen werden, dass auch

bei der KEV, welche nach der Aussage des BFE gestützt auf diese Grundlagen berechnet worden sei, die MWST nicht berücksichtigt worden sei. Dies werde auch durch die schliesslich festgesetzte Vergütung von 20 Rp./kWh bestätigt, welche leicht unter dem Durchschnitt der in den Wirtschaftlichkeitsberechnungen ausgewiesenen Gestehungskosten exkl. MWST liege.

#### **E. 6.5**

Das BFE führt dazu aus, es treffe zu, dass bei den Anlagendossiers "Wirtschaftlichkeit von Windkraftanlagen" jeweils auf dem Deckblatt vermerkt sei: "alle Kosten und Preise ohne MWST". Daraus vermöchten die Beschwerdeführerinnen jedoch nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. In den jeweiligen Anlagendossiers sei bei der Grundberechnung die MWST nicht einbezogen worden, was jedoch nicht heisse, dass die MWST bei den anschliessenden Berechnungen der Vergütungen nicht mit eingeflossen sei. Die Zahlen in den Anlagendossiers seien Kostenberechnungen und dienten lediglich als Basis. Für die Berechnung der Gesamtkosten seien die Zahlen nicht 1:1 übernommen worden, sondern die MWST sei dazugeschlagen worden.

#### **E. 6.6**

Das BFE kann diese Vorgehensweise nicht mit aussagekräftigen Unterlagen belegen. Auch die mit Stellungnahme vom 29. September 2010 eingereichten ergänzenden Unterlagen beweisen - wie die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 17. November 2010 zu Recht anmerken - den Einbezug der MWST in die konkrete Berechnung der Vergütungssätze nicht. Sie belegen aber auch nicht das Gegenteil. Aus der nachfolgenden Erwägung 7 geht jedoch hervor, dass eine Berücksichtigung der MWST von Anfang an vorgesehen war. Es ist davon auszugehen, dass der "Grundsatzentscheid", der während der Ausarbeitung der Berechnungsgrundlagen gefällt wurde, auch betreffend die Windkraftanlagen umgesetzt wurde. Den Beschwerdeführerinnen ist es denn auch nicht gelungen, das Gegenteil zu beweisen. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb für verschiedene Technologien verschiedene Grundsätze gelten sollten, die an sich nichts mit der Verschiedenheit der Technologien zu tun haben.

#### **E. 6.7**

Betreffend die Höhe der KEV-Tarife führt das BFE aus, pro Technologie hätten mehrere Referenzanlagen, die den neusten technologischen Standards entsprechen mussten, als Basis gedient. Es sei mit Durchschnittswerten typischer Investitionskosten gearbeitet worden. Bei Technologien mit rasch realisierbarem Kostensenkungspotenzial seien sogar tiefere als die Durchschnittswerte als Basis für die Vergütungsberechnungen angenommen worden, da sie der effizientesten Technologie entsprechen sollten. Diese Ausführungen erklären denn auch, wieso die Vergütung für Windkraftanlagen auf 20 Rp./kWh und damit unter dem Durchschnitt der in den Wirtschaftlichkeitsberechnungen ausgewiesenen Gestehungskosten festgesetzt wurde.

#### **E. 6.8**

Aus dem Koreferat der Prognos AG vom 16. April 2008 (Koreferat = Beschwerdebeilage 11) geht hervor, dass (zumindest im Zeitpunkt der Beurteilung durch die Prognos) die Schritte zwischen den Kostenberechnungen und den Vergütungshöhen nicht vollständig nachvollziehbar waren und dass eine genügende Dokumentation der Rechen- bzw. Rundungswege fehlte (vgl. Koreferat S. 74). Betreffend die Dokumentation der Überlegungs- und Berechnungsschritte besteht Verbesserungspotenzial. Denn es liegen keine eindeutigen

Unterlagen vor, aus denen die MWST klar als Bestandteil der Gestehungskosten, die ihrerseits massgebend für die Festsetzung der Vergütungshöhen sind, hervorginge. Trotzdem kommen die Verfasser des Koreferats zum Schluss, dass die Vergütungssätze in ihrer Höhe gut begründbar seien und dass keine Unregelmässigkeiten vorliegen. Das Koreferat äussert sich zwar nicht zur MWST, daraus geht aber hervor, dass die Vergütungssätze der KEV wesentlich höher sind, als diejenigen nach EEG. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass bei den schweizerischen Vergütungssätzen im Gegensatz zu den deutschen die MWST bereits berücksichtigt wurde.

## **E. 7**

Dem Auszug aus dem Fragenkatalog BFE vom 26. März 2007 (Beilage 1 zu Vernehmlassungsbeilage 1) kann (wie bereits in E. 3.5 ausgeführt) entnommen werden, dass in der Ausarbeitungsphase entschieden wurde, die MWST in die Berechnung der Vergütung einzubeziehen. Es ist davon auszugehen, dass dieser "Grundsatzentscheid" in der Folge bei der Festsetzung der Vergütungssätze umgesetzt wurde. Aus den eingereichten Unterlagen geht dies zwar nicht eindeutig hervor. Was den Unterlagen jedoch klar entnommen werden kann, ist, dass die MWST stets thematisiert wurde. Dies lässt den Schluss zu, dass sie bei der Festsetzung der Vergütungssätze letztlich berücksichtigt wurde.

## **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, eine Erhöhung des MWST-Satzes führe zu einer Reduktion der Kostendeckung, wenn die MWST tatsächlich bereits in der Vergütung inbegriffen sei. Das BFE entgegnet, dies treffe nur zu, wenn es die Tarife der KEV nicht anpasse. Veränderungen der Rahmenbedingungen seien in Art. 3e Abs. 1 EnV jedoch als Anpassungsgrund für die Vergütungssätze erwähnt. Dazu gehöre auch die Änderung des MWST-Satzes. Die von den Beschwerdeführerinnen angesprochene Problematik ist von aktueller Bedeutung, zumal der MWST-Satz (Normalsatz) inzwischen per 1. Januar 2011 von 7,6 auf 8% (Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 [Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, SR 641.20]) angehoben wurde (vgl. AS 2010 2055). Das BFE hat sich gemäss Ziffer 24 der "FAQ Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) (Artikel 7a Energiegesetz neu)" (Stand: 14. Dezember 2010) mit dieser Frage auseinandergesetzt und sich dazu wie folgt geäußert: "Weil der MWST-Satz am 1. Januar 2011 schweizweit temporär erhöht wird, hat das BFE geprüft, ob die Vergütungssätze der KEV in den Anhängen 1.1 - 1.5 der EnV der Erhöhung von 7,6 auf 8% folgen können. Die Prüfung hat gezeigt, dass die Anpassung der Sätze im Kommabereich liegen würde und sich die Vergütungssätze bei der heutigen Rundungspraxis nicht ändern würden, weil die Erhöhung geringfügig ist. Aus diesem Grund werden auf den 1. Januar 2011 die Vergütungssätze nicht geändert, unterliegen aber dann der erhöhten MWST-Abgabe." Es hat sich also gezeigt, dass sich das BFE der Problematik bewusst ist und eine Erhöhung der Vergütungssätze aufgrund der Erhöhung des MWST-Satzes geprüft hat. Aus der allfälligen Notwendigkeit, die Vergütungssätze im Fall einer markanteren Erhöhung der MWST anzupassen, vermögen die Beschwerdeführerinnen somit nichts für sich abzuleiten. Daraus kann insbesondere nicht geschlossen werden, dass die MWST bei der Berechnung der Vergütungssätze nicht berücksichtigt worden sei.

## **E. 8.2**

Das BFE führt weiter aus, es habe seit längerer Zeit darauf hingewiesen, dass die MWST in der KEV eingerechnet sei. So sei der Passus betreffend die MWST schon früh in den FAQ

("Frequently Asked Questions") des BFE enthalten gewesen. Er sei dann nur vorübergehend wieder entfernt worden, weil gewisse Fragen betreffend das MWST-Verfahren noch der Klärung mit der ESTV bedurft hätten. Auch sonst sei seitens des BFE stets kommuniziert worden, dass die MWST in den Berechnungen der Vergütungssätze berücksichtigt worden sei. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass das BFE dies stets so kommuniziert hat. Im Merkblatt FAQ Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) (Artikel 7a EnG) vom 17. März 2008 hiess es in Ziff. 20 zur MWST: "Der Mehrwertsteuersatz ist bereits in den Vergütungen enthalten." Diese "Kommunikationspraxis" des BFE ist wiederum ein Indiz dafür, dass die MWST tatsächlich bereits bei der Festsetzung der Vergütungssätze berücksichtigt wurde.

## **E. 9**

Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerinnen nirgends geltend machen und folglich auch nicht belegen, dass die momentan geltenden Vergütungssätze nicht kostendeckend seien. Vielmehr wären die Vergütungssätze wohl für die nicht mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten nicht kostendeckend, wenn die Vergütungssätze exklusive MWST festgesetzt worden wären. Denn ihnen würde die kostenseitig (auf den Investitionen) bezahlte MWST nicht zusätzlich ausgerichtet. Sie erhielten folglich nicht die gesamten Stromgestehungskosten vergütet und sie könnten auch keinen Vorsteuerabzug geltend machen. Auch dies deutet darauf hin, dass die MWST bei der Festsetzung der Vergütungssätze bereits berücksichtigt wurde.

## **E. 10.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen schliesslich vor, wenn die Gestehungskosten der Referenzanlagen gemäss Art. 7a Abs. 2 EnG inklusive MWST berechnet worden seien und diese somit den mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten nicht zusätzlich zu den Vergütungssätzen gemäss den Anhängen 1.1 bis 1.5 EnV ausgerichtet werde, verletze dies das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 BV.

## **E. 10.2**

Das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Dieser Grundsatz gilt sowohl in der Rechtsanwendung als auch in der Rechtsetzung. Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet eine unterschiedliche Behandlung indes nicht absolut. Differenzierungen sind unter gewissen Voraussetzungen zulässig und unter dem Gesichtspunkt des Differenzierungsgebots unter Umständen sogar verfassungsrechtlich geboten. Es ist zu fragen, ob die Differenzierung angesichts der tatsächlichen Verhältnisse sachlich begründet werden kann. Folglich ist zu überprüfen, ob sich die betroffenen Personen mit Blick auf den rechtserheblichen Sachverhalt in einer vergleichbaren Situation befinden, ob sie durch den Gesetzgeber bzw. den Rechtsanwender ungleich (bzw. trotz unterschiedlicher Situation gleich) behandelt werden und ob für eine entsprechende Differenzierung (bzw. Nicht-Differenzierung) sachliche Gründe vorliegen (vgl. Regina Kiener/ Walter Kälin, Grundrechte, Bern 2007, S. 346 ff.).

## **E. 10.3**

Wie soeben ausgeführt, gilt das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 BV nicht absolut. Zum Beispiel ist eine gewisse Typisierung aus Praktikabilitätsgründen zulässig. So vermögen technische und praktische Gründe nach der Rechtsprechung eine Ungleichbehandlung dann zu rechtfertigen, wenn dies nicht zu unbilligen Ergebnissen führt. Eine Ungleichbehandlung

kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn grundsätzlich eine differenziertere Kategorienbildung denkbar wäre (vgl. Kiener/Kälin, a.a.O., S. 350 f.). Auf dem Gebiet der Sozialversicherung z.B. können die Leistungsberechtigten in Kategorien oder Gruppen zusammengefasst schematisch behandelt werden (vgl. BGE 117 Ia 97 E. 2b m.w.H.). So dann liegt es z.B. auch im Wesen der Ortsplanung, dass Zonen gebildet und irgendwo abgetrennt werden müssen und dass Grundstücke ähnlicher Lage und ähnlicher Art bau- und zonenrechtlich völlig verschieden behandelt werden. In verfassungsrechtlicher Hinsicht genügt, dass die Planung sachlich vertretbar, d.h. nicht willkürlich ist. Das Gebot der Rechtsgleichheit fällt insoweit mit dem Willkürverbot zusammen (vgl. BGE 116 Ia 193 E. 3b mit Hinweis). Eine entsprechende Typisierung bzw. Kategorisierung drängt sich in der Regel auch dort auf, wo Tarife oder wie vorliegend Vergütungssätze festzusetzen sind.

#### **E. 10.4**

Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, dass, würden die Vergütungssätze inklusive MWST festgesetzt, dies unterschiedliche Vergütungshöhen für mehrwertsteuerpflichtige und nicht mehrwertsteuerpflichtige Produzenten zur Folge hätte. Dies sei eine gemäss Art. 8 BV unzulässige Ungleichbehandlung der beiden Kategorien von Elektrizitätsproduzenten. Entgegen den Ausführungen in E. 5.4 der angefochtenen Verfügung werde die darin liegende Wettbewerbsverzerrung durch die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs der mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten nicht behoben. Dies begründen die Beschwerdeführerinnen damit, bei gewichtigen Positionen der Gestehungskosten, insbesondere bei den Kapitalkosten, sei gar keine MWST geschuldet und entsprechend auch kein Vorsteuerabzug möglich. Die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten müssten jedoch auf dem gesamten Erlös aus dem Verkauf des Stroms die MWST entrichten. Die nicht mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten könnten dagegen den gesamten Erlös behalten. Es bleibe somit in dem Umfang eine Ungleichbehandlung, in welchem die Gestehungskosten nicht der MWST unterlägen und die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten entsprechend auch keinen Vorsteuerabzug tätigen könnten. Auf der anderen Seite stünde es den nicht mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten jederzeit frei, sich gemäss Art. 26 (recte Art. 27) des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer (aMWSTG, AS 2000 1300) freiwillig der Mehrwertsteuerpflicht zu unterstellen, falls sie sich gegenüber den mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten benachteiligt fühlten. Damit könnte die Wettbewerbsneutralität bei der korrekten Festsetzung der Vergütungen in den Anhängen 1.1 - 1.5 der EnV exkl. MWST ohne weiteres gewahrt werden.

#### **E. 10.5**

Diese Ausführungen sind zwar korrekt, vermögen aber angesichts der vorstehenden Erwägungen zur Zulässigkeit der hier gewählten Kategorienbildung und zur Kostendeckung nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen beizutragen. Es wurde bereits festgehalten, dass davon auszugehen ist, die MWST sei bei der Festsetzung der Vergütungssätze kostenseitig berücksichtigt worden. Es stellt sich dem Bundesverwaltungsgericht also nur die Frage, ob die gewählte Berechnungsmethode vor dem Willkürverbot standhält und nicht, ob eine andere Lösung auch denkbar oder gar vorzuziehen wäre. Diese Entscheidung liegt an sich im Ermessen der Vorinstanz bzw. der die Vergütungssätze festlegenden Behörde.

#### **E. 10.6**

Art. 21 aMWSTG sah vor, dass nur steuerpflichtig ist, wer eine mit der Erzielung von Einnahmen verbundene gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt, wenn seine Lieferungen, Dienstleistungen und sein Eigenverbrauch im Inland jährlich gesamthaft Fr. 75'000.-- übersteigen (heute gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a MWSTG, wenn der Jahresumsatz Fr. 100'000.-- beträgt). Nach Art. 27 aMWSTG konnten sich Unternehmen, welche die Voraussetzungen der Steuerpflicht nach Art. 21 Abs. 1 aMWSTG nicht erfüllten, zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität oder zur Vereinfachung der Steuererhebung unter den von der ESTV festzusetzenden Bedingungen der Steuerpflicht freiwillig unterstellen. Der hauptsächliche Sinn und Zweck von Art. 27 aMWSTG war es, denjenigen Wirtschaftssubjekten, welchen dadurch, dass sie nicht obligatorisch steuerpflichtig sind, ein Wettbewerbsnachteil erwuchs, die Möglichkeit zu bieten, sich freiwillig der Steuerpflicht zu unterstellen, um damit den Wettbewerbsnachteil zu eliminieren (vgl. Gerhard Schafroth/Dominik Romang, in: Diego Clavadetscher/Pierre-Marie Glauser/Gerhard Schafroth [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel/Genf/München 2000, Art. 27 Rz. 2).

### **E. 10.7**

Den Beschwerdeführerinnen ist insofern beizupflichten, als die kleineren Produzenten, welche nicht mehrwertsteuerpflichtig sind (vgl. vorstehende E. 10.6), leicht bessergestellt sind als die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten. Dies trifft, wie die Beschwerdeführerinnen richtig ausführen, in dem Umfang zu, in dem die Gestehungskosten nicht der MWST unterliegen und die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten entsprechend auch keinen Vorsteuerabzug tätigen können.

#### **E. 10.7.1**

Die Beschwerdeführerinnen verkennen jedoch, dass eine Festsetzung der Vergütungssätze exklusive MWST unter zusätzlicher Ausrichtung der vollen MWST an die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten faktisch ebenfalls unterschiedliche Vergütungssätze für mehrwertsteuerpflichtige und nicht mehrwertsteuerpflichtige Produzenten und damit verbunden eine Ungleichbehandlung zur Folge hätte. Erhielten die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten den vollen Mehrwertsteuersatz zusätzlich vergütet, würde der Vorsteuerabzug, welcher einen erheblichen Teil der umsatzseitig bezahlten MWST betrifft, nicht berücksichtigt und die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten erhielten zumindest einen Teil der MWST doppelt vergütet. Denn einerseits werden bei der Berechnung der Vergütungssätze die gesamten Investitionskosten, inkl. die auf den getätigten Aufwendungen bezahlte MWST, berücksichtigt (vgl. E. 5.4, 6.8, 7 und 8.2 hiervor) und andererseits würde dann noch die MWST auf dem verkauften Strom zusätzlich vergütet, obwohl die investitionsseitig bezahlte MWST als Vorsteuerabzug geltend gemacht werden kann. Dies hätte in diesem Umfang eine dem Gedanken der Kostendeckung zuwiderlaufende "doppelte" Vergütung zur Folge.

#### **E. 10.7.2**

Sinn und Zweck der KEV ist es, jene Kosten zu decken, welche die Produzenten beim Verkauf des Stroms nicht durch den normalen Strompreis zu decken vermögen. Sie dient der Förderung der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, welche kostspieliger ist als die "normale" Erzeugung von Strom. Diesbezüglich kommt der KEV eine Lenkungsfunktion zu. Die Vergütungssätze werden so festgelegt, dass die Vergütungen nur für die effizientesten Technologien tatsächlich kostendeckend sind (vgl. Art. 7a Abs. 2 EnG

und Ausführungen dazu in E. 6.7 hiavor). Ziel der Vergütung ist es also nicht, die Kosten jedes Produzenten zu decken, sondern nur jener, die in effiziente Anlagen investieren. Der KEV kommt also auch diesbezüglich eine gewisse Lenkungsfunction zu. Es wäre zwar grundsätzlich möglich, in der EnV verschiedene Vergütungssätze für mehrwertsteuerpflichtige und nicht mehrwertsteuerpflichtige Produzenten festzulegen, bzw. den mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten einen Teil der MWST zusätzlich zu vergüten. Aber auch damit wäre die Schematisierung nicht vollständig beseitigt. Die Festsetzung der Vergütungssätze aufgrund von Annahmen für Referenzanlagen (vgl. E. 6.7 hiavor) bedeutet immer eine gewisse Pauschalisierung, unabhängig davon, wie viele Kategorien gebildet werden. Die verschiedenen Anlagen und Technologien müssen gestützt auf Art. 7a Abs. 2 EnG unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit verschiedenen Kategorien zugeordnet werden können. Andernfalls wäre die Ausrichtung von Vergütungssätzen unpraktikabel. Zudem könnte ohne entsprechende Kategorisierung der angestrebten Lenkungsfunction der KEV nicht genügend Rechnung getragen werden.

### **E. 10.7.3**

Eine absolute Einzelfallgerechtigkeit wäre nach dem Gesagten weder praktikabel noch erstrebenswert. Bei der Festsetzung der Vergütungssätze wurde eine Abstufung nach der Leistungsfähigkeit und der Beschaffenheit der Anlagen vorgenommen. Eine weitere Abstufung danach, ob die Produzenten mehrwertsteuerpflichtig sind oder nicht und entsprechend eine zusätzliche Kategorie von Vergütungssätzen zu schaffen, drängt sich in Anbetracht der vorstehenden Ausführungen nicht auf. Kommt hinzu, dass die bestehende Regelung den positiven Nebeneffekt hat, die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten durch die gewählte Lösung dazu anzuhalten, mit möglichst wenig Fremdkapital zu arbeiten, um möglichst viel der auf dem Umsatz bezahlten MWST als Vorsteuer abziehen zu können.

### **E. 10.8**

Es ist fraglich, ob es zumutbar wäre und Sinn und Zweck von Art. 27 aMWSTG entspräche, nicht mehrwertsteuerpflichtige Elektrizitätsproduzenten faktisch zu verpflichten, sich freiwillig der Mehrwertsteuerpflicht zu unterstellen. Diese Frage kann indes offen gelassen werden, da es, wie in E. 10.5 hiavor bereits ausgeführt, nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts ist, zu überprüfen, ob für die Festsetzung der Vergütungssätze auch eine andere Lösung denkbar oder gar vorzuziehen wäre. Im Rahmen des Ermessens der Vorinstanz bzw. des Verordnungsgebers hat das Bundesverwaltungsgericht nur dann einzugreifen, wenn die von der Vorinstanz gewählte Lösung nicht dem Gesetz entspricht oder nicht sachlich begründbar ist und dadurch zu einem unbilligen Ergebnis führen würde (vgl. E. 10.5). Konkret ist also nicht zu überprüfen, ob die Vergütungssätze auch auf der Basis der "Nettogestehungskosten" mit einer zusätzlichen Vergütung der MWST an die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten festgesetzt werden könnten und ob diese Lösung "gerechter" wäre als die vom Bundesrat als Verordnungsgeber gewählte. Zu überprüfen ist lediglich, ob die gewählte Umsetzung der Energieverordnung rechtmässig und vertretbar ist. Diese Frage ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen zu bejahen.

### **E. 11**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Berücksichtigung der MWST bei den Gestehungskosten und damit bei der Festsetzung der KEV nicht gesetzwidrig ist und zu keinem unbilligen Ergebnis führt. Den Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ist beizupflichten: Es ergibt sich weder aus den Akten, noch haben die

Beschwerdeführerinnen stichhaltig darzutun vermocht, dass Art. 7a EnG anders auszulegen wäre. Allein aus der Tatsache, dass keine positiv-rechtliche Normierung besteht, kann nicht abgeleitet werden, die MWST sei nicht in der Vergütung inbegriffen. Der Bundesrat hat als Verordnungsgeber den ihm zustehenden Ermessensspielraum genutzt und bei der Berechnung der Gestehungskosten die MWST bereits berücksichtigt. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 12.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.-- aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 12.2**

Angesichts ihres Unterliegens haben die Beschwerdeführerinnen keinen Anspruch auf Parteientschädigung gemäss Art. 64 VwVG.

#### **E. 12.3**

Die obsiegende Beschwerdegegnerin ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht anwaltlich vertreten und ihr sind auch sonst keine verhältnismässig hohen Kosten gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG entstanden, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

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