

# **BVGer A-5199/2018 vom 6. September 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-09-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5199\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5199_2018)

FR: TAF A-5199/2018 du 6 septembre 2019

IT: TAF A-5199/2018 del 6 settembre 2019

## **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), sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Die angefochtene Verfügung ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt und stammt von einer Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG (vgl. Anhang 1 Bst. B Ziff. VII 1.4 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz 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). Die Beschwerdeführerin nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Einreichung der Beschwerde legitimiert ist.

### **E. 1.3**

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

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

### **E. 3.1**

Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen ist bei Fehlen von Übergangsbestimmungen in materiell-rechtlicher Hinsicht in der Regel dasjenige Recht massgeblich, das im Zeitpunkt der Verwirklichung des streitigen Sachverhalts Geltung hat. Es ist nur auf jenen Sacherhalt bzw. Tatbestand abzustellen, der rechtlich zu würdigen ist oder der «zu Rechtsfolgen führt» (statt vieler BGE 140 V 136 E. 4.2.1 m.w.H.; Urteile des BVGer A-235/2015 vom 14. September 2015 E. 4.1 f. und A-3360/2011 vom 9. März 2012 E. 1.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 293 ff.).

### **E. 3.2**

Am 1. Januar 2018 traten das neue Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0, AS 2017 6839) sowie die neue Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV, SR 730.01, AS 2017 6889) in Kraft. Die angefochtene Verfügung vom 18. Juli 2018 betrifft das Gesuch um Rückerstattung des Netzzuschlags für das Geschäftsjahr 2016, das von der Beschwerdeführerin am 27. Juni 2017, also vor diesen Rechtsänderungen, eingereicht wurde. Mangels anderslautender Übergangsbestimmungen sind deshalb im vorliegenden Verfahren wie schon im Verfahren der Vorinstanz die bis 31. Dezember 2017 in Kraft stehenden Bestimmungen des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (aEnG, AS 1999 197) sowie der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV, AS 1999 207) anzuwenden. Im Übrigen ist die Frage nach dem anwendbaren Recht zwischen den Parteien nicht bestritten und spielt auch keine wesentliche Rolle, da die jeweils einschlägigen Bestimmungen in den strittigen Punkten in materieller Hinsicht bei der Rechtsänderung materiell unverändert übernommen wurden (vgl. dazu nachfolgend E. 6.7.3).

### **E. 4**

Zunächst ist auf die formelle Rüge der ungenügenden Begründung des angefochtenen Entscheids einzugehen.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz ziehe von ihrem Stromverbrauch jene Strommenge ab, die für ihre Rack-Kunden verbraucht worden sei, ohne jedoch auszuführen, auf welche Überlegungen und welchen Rechtsgrund sie sich dabei stütze. Die Vorinstanz stelle sich auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin nicht Endverbraucherin der gesamten von ihr im Gesuch geltend gemachten Elektrizitätsmenge sei. Mit dem massgeblichen Endverbraucherbegriff setze sie sich aber mit keinem Wort auseinander. Die Begründung sei daher ungenügend.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz bringt hierzu vor, die vorgenommene Aufteilung der Elektrizität sei im Vorfeld der Verfügung Inhalt verschiedener Schriftenwechsel zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz gewesen. Dabei habe sie auch den Begriff des Endverbrauchers nach ihrem Verständnis umschrieben.

#### **E. 4.3**

Nach der Rechtsprechung folgt die Begründungspflicht aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und ergibt sich für das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden unmittelbar aus Art. 35 Abs. 1 VwVG (BGE 138 I 232 E. 5.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil des Bundesgerichts [BGer] 1C\_311/2016 vom 14. März 2017 E. 3). Die Begründung einer

Verfügung entspricht den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (BGE 141 III 28 E. 3.2.4, 140 II 262 E. 6.2 und 136 I 229 E. 5.2). Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich dazu, dass im Beschwerdeverfahren der formell mangelhafte Entscheid der Vorinstanz aufgehoben wird. Das Bundesgericht lässt es jedoch zu, Verfahrensfehler wie eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren zu heilen bzw. die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs nachzuholen. Dies setzt voraus, dass die Verletzung nicht besonders schwer wiegt und der Betroffene die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen berechtigt ist. Des Weiteren dürfen dem Betroffenen durch die Heilung keine unzumutbaren Nachteile entstehen (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; Urteil des BGer 2C\_856/2013 vom 10. Februar 2014 E. 3.2; Waldmann/Bickel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 29 N. 114 ff.). Der nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs zugänglich sind insbesondere Verstösse gegen die Begründungspflicht. Hierzu ist das Versäumte im Rechtsmittelverfahren nachzuholen, indem entweder die Vorinstanz eine genügende Begründung nachschiebt, etwa in ihrer Vernehmlassung, oder aber die Rechtsmittelinstanz der beschwerdeführenden Partei vor Erlass ihres Entscheids Gelegenheit einräumt, zu der in Aussicht genommenen Begründung Stellung zu nehmen (BGE 125 I 209 E. 9a; Urteil des BGer 2C\_762/2011 vom 15. Juni 2012 E. 4.1; BVGE 2012/24 E. 3.4; vgl. auch René Wiederkehr, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl], 2010, S. 502; vgl. zum Ganzen Urteil des BVer A-6754/2016 vom 10. September 2018 E. 3.1).

#### **E. 4.4**

Der angefochtenen Verfügung lässt sich entnehmen, dass das Gesuch der Beschwerdeführerin deswegen abgewiesen wurde, weil die Stromintensität der Beschwerdeführerin von 34.71 Prozent auf 6.24 Prozent reduziert, in der Folge der Mindestbetrag für die Rückerstattung nicht erreicht wurde und die Härtefallregelung nicht angewendet werden konnte. Die geringere Stromintensität ergibt sich aus der von der Vorinstanz vorgenommenen Korrektur der Strommenge aufgrund der von der Beschwerdeführerin nachgereichten Aufteilung in selbst verbrauchte Elektrizität und Verbrauch von Elektrizität durch Kunden, indem der angegebene Anteil für Rack-Kunden von der ursprünglich angegebenen Strommenge abgezogen wurde. Weshalb die Strommenge ihrer Ansicht nach so zu berechnen ist, begründet die Vorinstanz hingegen nicht. Insofern ist in diesem Punkt nicht mit der notwendigen Deutlichkeit ersichtlich, von welchen Überlegungen sich die Vorinstanz leiten liess und die Begründung vermag diesbezüglich den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV nicht zu genügen. Dabei erscheint die Verletzung der Begründungspflicht insgesamt als nicht besonders schwer.

#### **E. 4.5**

Die Vorinstanz hat das Versäumte in ihrer Vernehmlassung nachgeholt und dargelegt, weshalb sie die Aufteilung der Elektrizitätskosten vorgenommen hat. Die

Beschwerdeführerin konnte hierzu in ihrer Duplik wie auch den Schlussbemerkungen vollumfänglich Stellung nehmen. Da das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden mit voller Kognition überprüft (vgl. vorstehend E. 2) und die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht besonders schwer wiegt, ist der ursprüngliche Mangel in der Begründung als geheilt anzusehen, zumal auch nicht ersichtlich ist, inwiefern der Beschwerdeführerin dadurch ein unzumutbarer Nachteil entstehen könnte. Immerhin ist der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen angemessene Rechnung zu tragen (vgl. Urteile des BVGer A-6131/2017 vom 9. August 2018 E. 3.4 [noch nicht rechtskräftig], A-7166/2016 E. 3.4 vom 7. November 2017 und A-2415/2016 vom 16. Oktober 2017 E. 8.3.4 je m.w.H.).

### **E. 5.1**

Das schweizerische Übertragungsnetz - das Elektrizitätsnetz, welches der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland dient (Art. 4 Abs. 1 Bst. h des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7]) - wird von der nationalen Netzgesellschaft Swissgrid AG betrieben (vgl. Art. 18 StromVG). Zur Finanzierung verschiedener im Zusammenhang mit der Förderung von erneuerbaren Energien und der Verbesserung der Energieeffizienz anfallender Kosten erhebt die Swissgrid AG gemäss Art. 15b Abs. 1 aEnG einen Zuschlag auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze (sog. Netzzuschlag; vgl. Urteil des BVGer A-5557/2015 vom 17. November 2015 E. 3.1 m.w.H.). Die Netzgesellschaft kann den Netzzuschlag auf die Betreiber der unterliegenden Netze, diese ihn auf die Endverbraucher überwälzen (Art. 15b Abs. 2 aEnG).

### **E. 5.2**

Gemäss Art. 15bbis Abs. 1 aEnG erhalten Endverbraucher, deren Elektrizitätskosten mindestens 10 bzw. zwischen 5 und 10 Prozent der Bruttowertschöpfung ausmachen, die bezahlten Netzzuschläge vollumfänglich bzw. teilweise wieder zurückerstattet. Die Zuschläge werden nur rückvergütet, wenn sich der betreffende Endverbraucher spätestens in dem Jahr, für das er die Rückerstattung beantragt, in einer Zielvereinbarung zu Energieeffizienzmassnahmen verpflichtet (vgl. dazu Art. 15bbis Abs. 2-7 aEnG und Art. 3m ff. aEnV), rechtzeitig ein Gesuch einreicht und der Rückerstattungsbetrag im betreffenden Jahr mindestens Fr. 20'000.- beträgt (Art. 15bbis Abs. 2 Bst. b und c aEnG).

### **E. 5.3**

Um Härtefälle zu vermeiden, erhalten Endverbraucher, deren Elektrizitätskosten weniger als 5 Prozent der Bruttowertschöpfung ausmachen und die durch den Netzzuschlag in ihrer Wettbewerbsfähigkeit erheblich beeinträchtigt würden, 30 Prozent des bezahlten Zuschlags zurückerstattet (Art. 15bter aEnG i.V.m. Art. 3obis Abs. 3 aEnV). Voraussetzung dafür ist unter anderem, dass der gesuchstellende Endverbraucher dem Wettbewerb ausgesetzt ist und nachweist, dass er durch den Zuschlag einen erheblichen Nachteil hat gegenüber direkten Konkurrenten in der Schweiz, die eine Rückerstattung des Netzzuschlags erhalten, oder gegenüber direkten ausländischen Konkurrenten (Art. 3obis Abs. 1 Bst. b und c aEnV). Zudem ist auch in Härtefällen eine Zielvereinbarung nach Art. 15bbis Abs. 2 Bst. a aEnG abzuschliessen (Art. 3obis Abs. 1 Bst. a aEnV).

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz anerkannte die Beschwerdeführerin nicht für die gesamten von ihr geltend gemachten Elektrizitätskosten als Endverbraucherin im Sinne von Art. 15bbis Abs. 1 aEnG.

Die Beschwerdeführerin sei nicht Endverbraucherin der gesamten von ihr bezogenen Menge Elektrizität, sondern gelte bezüglich desjenigen Teils, den sie an ihre Kunden weiterleite, als Weiterverkäuferin. Die Beschwerdeführerin hingegen macht geltend, sie sei als Betreiberin von Rechenzentren für den gesamten von ihr bezogenen Strom als Endverbraucherin zu qualifizieren.

### **E. 6.2**

Strittig und nachfolgend durch Auslegung zu klären ist damit der Begriff des «Endverbrauchers» gemäss Art. 15bbis Abs. 1 aEnG und dabei insbesondere die Frage, ob der Verbrauch von Elektrizität durch die Kunden der Beschwerdeführerin für die Berechnung der Stromintensität der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen ist oder nicht, bzw. ob die Beschwerdeführerin für den gesamten im Rechenzentrum verbrauchten Strom als Endverbraucherin zu betrachten ist oder nicht. Exakt dieselbe Frage stellte sich im Verfahren A-2193/2017 betreffend das Geschäftsjahr 2015 zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz vor dem Bundesverwaltungsgericht, weshalb das vorliegende Urteil nachfolgend im Wesentlichen auf die dort ergangene Rechtsprechung abzustützen ist, sofern an dieser festgehalten werden kann.

### **E. 6.3**

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut (grammatikalische Auslegung). Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab, wobei die Formulierungen in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig sind (vgl. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des Bundesgesetzes über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt [Publikationsgesetz, PublG, SR 170.512]). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden (ratio legis) unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (sog. Methodenpluralismus). Dabei ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte (historisches Element), den Zweck der Norm (teleologisches Element), die ihr zugrundeliegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element) abzustellen. Bleiben bei nicht klarem Wortlaut letztlich mehrere Auslegungen möglich, so ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht (vgl. zum Ganzen BGE 142 I 135 E. 1.1.1 m.w.H.). Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen (vgl. BGE 141 II 262 E. 4.2 m.w.H.).

### **E. 6.4**

Weil der Begriff des Endverbrauchers in der Energiegesetzgebung nicht näher definiert wird, ist hierfür Art. 4 Abs. 1 Bst. b des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) heranzuziehen. Demnach sind Endverbraucher Kunden, welche Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, lässt sich alleine aufgrund des Wortlauts von Art. 4 Abs. 1 Bst. b StromVG

nicht beantworten, ob die Beschwerdeführerin für die gesamte bezogene Elektrizität als Endverbraucherin zu qualifizieren ist oder nicht (vgl. zum Ganzen ausführlich Urteil des BVGer A-2193/2017 vom 14. Dezember 2017 E. 5.4 und 5.5 mit Hinweisen).

#### **E. 6.5.1**

Auch aus der Systematik des aEnG lässt sich gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht ableiten, wie der Begriff des Endverbrauchers zu definieren ist und was das für die vorliegend strittige Frage bedeutet (Urteil des BVGer A-2193/2017 vom 14. Dezember 2017 E. 5.6).

#### **E. 6.5.2**

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich jedoch geltend, es seien auch Rechtsprechung und Praxis zum stromversorgungsrechtlichen Endverbraucherbegriff zu berücksichtigen, die für die sich hier stellende Frage durchaus Antworten bieten würden. Nach dem StromVG sei die Beschwerdeführerin für den ganzen von ihr bezogenen Strom Endverbraucherin. Endverbraucher sei die jeweilige Verbrauchs-/Betriebsstätte für alle Strombezüge dieser Betriebsstätte. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung habe bei der Abgrenzung einzelner Betriebsstätten eine differenzierte Einzelfallbetrachtung zu erfolgen. Die Beschwerdeführerin habe eine solche Betriebsstätte, das Rechenzentrum sei ein Dienstleistungsbetrieb und stelle eine Einheit dar. Die einzelnen Kunden, welche im Rechenzentrum die angebotene Dienstleistung in Anspruch nehmen würden, würden jedoch die Qualität einer eigenen Betriebsstätte gerade nicht erfüllen und seien keine anspruchsberechtigten Endverbraucher. Ihr Strombezug sei untrennbar mit dem Dienstleistungsbetrieb der Beschwerdeführerin verbunden. Die Kunden seien wesentlich enger mit ihr geschäftlich verbunden, als ein eigenständiges Geschäft mit dem Arealnetzbetreiber. Der gesamte Stromverbrauch finde in der unternehmerischen Sphäre der Beschwerdeführerin statt. Eine Abspaltung der Kunden von der Betriebsstätte würde die im StromVG vorgesehenen Rollen und Ansprüche ad absurdum führen, weil für die Kunden eigene Messgeräte zu installieren und eigene Verträge mit dem Energieversorger abzuschliessen wären. Es sei widersprüchlich, den Netzzuschlag auf die Beschwerdeführerin zu überwälzen mit der Begründung, sie sei Endverbraucherin, und ihr gleichzeitig die Rückerstattung dieses Betrags zu verweigern, weil sie keine solche Endverbraucherin sei. Gemäss Rechtsprechung und Praxis sei die jeweilige Verbrauchs-/Betriebsstätte für alle Strombezüge dieser Betriebsstätte Endverbraucherin. Bei der Auslegung von Gesetzen müsse das Kohärenzprinzip auch gesetzesübergreifend beachtet werden, das für gleichartige Begriffe ein gleichartiges Verständnis verlange. Dies gelte umso mehr bei sich thematisch nahestehenden Gesetzen wie dem StromVG und dem aEnG. Die allgemeinen Ziele des aEnG würden keine hinreichenden Gründe für eine Uminterpretation von Begriffen gegen den klaren Wortlaut liefern.

#### **E. 6.5.3**

Dem hält die Vorinstanz entgegen, es könne offen bleiben, wie der Sachverhalt aus der Optik des StromVG zu beurteilen wäre, weil es vorliegend um die Rückerstattung gemäss Energiegesetzgebung gehe. Der für die Anspruchsberechtigung relevante Endverbraucherbegriff könne nicht identisch sein mit dem Endverbraucherbegriff nach StromVG. Wer Träger der im StromVG definierten Rechte und Pflichten sei, sei irrelevant. Darüber hinaus sei fraglich, ob überhaupt eine Verbrauchsstätte nach StromVG vorliege, weil es an der erforderlichen örtlichen und wirtschaftlichen Einheit fehle. Der

Stromverbrauch der Kunden finde gänzlich ausserhalb des Einflussbereichs der Beschwerdeführerin statt. Das Kohärenzprinzip gehe aus dem systematischen Auslegungselement hervor und besage, dass die Rechtsordnung als Einheit zu verstehen sei. Es verlange für gleichartige Begriffe nach Möglichkeit ein gleichartiges Verständnis. Nach der teleologischen Auslegung könne nicht immer auf den Wortlaut abgestellt und gleichklingende Begriffe könnten nicht immer gleich verwendet werden.

#### **E. 6.5.4**

Die Stromversorgungsgesetzgebung gewährt Endverbrauchern Anspruch auf Grundversorgung oder Netzzugang (Art. 6, Art. 13 StromVG). Hierbei werden drei Gruppen von Endverbrauchern unterschieden: Feste Endverbraucher, nämlich Haushalte und andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh (Art. 6 Abs. 2 StromVG); Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die auf den Netzzugang verzichtet haben (Art. 6 Abs. 1 StromVG) sowie andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh (Art. 13 StromVG; sog. freie Kunden; vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-321/2017 vom 20. Februar 2019 E. 12.2 mit Hinweisen; vgl. Urteile des BGer 2C\_12/2016 / 2C\_13/2016 vom 16. August 2016 E. 3.3.3). Anspruch auf Netzzugang haben auch Endverbraucher, die an Elektrizitätsleitungen mit kleiner räumlicher Ausdehnung zur Feinverteilung nach Art. 4 Abs. 1 Bst. a StromVG (sog. Arealnetze) angeschlossen sind, sofern sie einen Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh aufweisen (Art. 11 Abs. 4 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2018 [StromVV, SR 734.71]). Als Jahresverbrauch gilt die Summe der vom Endverbraucher pro Verbrauchsstätte und Jahr bezogenen elektrischen Energie und der selbst erzeugten elektrischen Energie. Eine Verbrauchsstätte ist eine Betriebsstätte eines Endverbrauchers, die eine wirtschaftliche und örtliche Einheit bildet und einen tatsächlichen eigenen Jahresverbrauch aufweist, unabhängig davon, ob sie über einen oder mehrere Ein- bzw. Ausspeisepunkte verfügt (Art. 11 Abs. 1 StromVV). Die Eigenschaft als Endverbraucher in einem Areal stellt somit auf die Qualifikation als Betriebsstätte ab, d.h. auf die Qualifikation als eine eigene Verbrauchsstätte, die eine wirtschaftliche und örtliche Einheit bildet (Art. 11 Abs. 1 StromVV, BGE 141 II 141 E. 5.3.4 und 5.3.8). Mit dem Kriterium der wirtschaftlichen Einheit wird vermieden, dass sich mehrere Endverbraucher zusammenschliessen (sog. Bündelung), um die gesetzliche Schwelle von 100 MWh zu umgehen (Urteile des BGer 2C\_12/2016 / 2C\_13/2016 vom 16. August 2016 E. 3.2; BGE 141 II 141 E. 5.3.5).

#### **E. 6.5.5**

Vorliegend kann offen bleiben, ob die Rechtsprechung zu den Arealnetzen gemäss StromVG im Rahmen der systematischen Auslegung zu berücksichtigen ist, weil die Beschwerdeführerin ohnehin nichts daraus für sich ableiten könnte. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, inwiefern die verschiedenen IT-Kunden, die bei der Beschwerdeführerin «eingemietet» sind, zusammen mit der Beschwerdeführerin als Betreiberin des Rechenzentrums eine wirtschaftliche und örtliche Einheit bilden würden. Die Beschwerdeführerin hat keinen Einfluss auf den Stromverbrauch ihrer IT-Kunden, die Betreiberin des Rechenzentrums und die IT-Kunden verfügen über keinen gemeinsamen Geschäftszweck, haben soweit ersichtlich keinen gemeinsamen Sitz und sind wirtschaftlich voneinander unabhängig. Damit würde es vorliegend von vornherein an der fehlenden Qualifikation als Betriebsstätte fehlen. Auch die unterschiedlichen IT-Kunden der Beschwerdegegnerin könnten zusammen

nicht als Endverbraucher in einem Arealnetz gelten, bzw. ihr Verbrauch könnte nicht zusammengerechnet werden, weil mangels wirtschaftlicher und örtlicher Einheit der Stromverbrauch nicht gebündelt werden kann (BGE 141 II 141 E. 5.3.4 ff.). Soweit ein Arealnetzbetreiber Elektrizität nicht für den eigenen Verbrauch beziehen möchte, sondern für den Weiterverkauf an die Mieter, wäre er zudem nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht als Endverbraucher im Sinne des StromVG, sondern ebenfalls als nicht anspruchsberechtigter Weiterverkäufer zu qualifizieren (BGE 141 II 141 E. 4.5.1 und E. 5.3.4 mit Hinweisen). Am Zwischenergebnis der systematischen Auslegung ändert sich somit nichts.

#### **E. 6.6.1**

Bei der historisch-teleologischen Auslegung von Art. 15bbis Abs. 1 aEnG kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass mit der Rückerstattung des Netzzuschlags stromintensive Unternehmen bzw. Grossverbraucher der Industrie entlastet werden sollten, um ihre Standortvorteile nicht allzu stark zu beeinträchtigen und ihre Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern (Urteile des BVGer A-2193/2017 vom 14. Dezember 2017 E. 5.7.1-5.7.4 und A-6131/2017 vom 9. August 2018 E. 6.6.2-6.6.4 [noch nicht rechtskräftig], je mit Hinweisen). Der mit dem Ausbau der Entlastung stromintensiver Unternehmen eingeführte Prozess der Zielvereinbarung sei zudem eine Massnahme zur Steigerung der Energieeffizienz und zur Senkung des Energieverbrauchs. Die Rückerstattung des Netzzuschlags sei eine energiepolitische Massnahme zur Förderung des sparsamen Energieverbrauchs, der Energieeffizienz und der erneuerbaren Energien (Urteil des BVGer A-2193/2017 14. Dezember 2017 E. 5.7.4 und 5.8). Unter diesem Gesichtspunkt legte das Bundesverwaltungsgericht den Begriff des Endverbrauchers dahingehend aus, dass derjenige Teil des Stromverbrauchs, der durch die Beschwerdeführerin nicht beeinflusst bzw. im Sinne der Energieeffizienz nicht optimiert werden kann, für die Berechnung der Stromintensität nicht zu berücksichtigen sei (Urteil des BVGer A-2193/2017 14. Dezember 2017 E. 5.10).

#### **E. 6.6.2**

Die Vorinstanz erwägt in der angefochtenen Verfügung ergänzend, der Strombezug alleine mache den Strombezüger nicht zum Endverbraucher. Aufgrund des Weiterverkaufs sei die Beschwerdeführerin nicht Trägerin der entsprechenden Elektrizitätskosten. Die Beschwerdeführerin hingegen bringt vor, die von der Vorinstanz vorgenommene Einschränkung des Endverbraucherbegriffs auf Träger der entsprechenden Elektrizitätskosten finde im Wortlaut und den Materialien keine Stütze. Die Frage, wer die Stromkosten wirtschaftlich zu tragen habe, sei irrelevant, weil die Kosten in die Kalkulation der Preise für das angebotene Produkt einfliessen und damit den Kunden weiterverrechnet würden. Auch bei Stahl- und Papierfabriken würden Stromkosten über Produkte und Leistungen an Kunden weitergereicht, diese seien aber von der Rückerstattung nicht ausgeschlossen. Gerade darin liege der Wettbewerbs- und Standortnachteil.

#### **E. 6.6.3**

In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass die Beschwerdeführerin eben gerade nicht mit den angeführten Stahl- und Papierfabriken zu vergleichen ist. Im Unterschied zu den erwähnten Industriebetrieben bezieht die Beschwerdeführerin nicht Strom in grossen Mengen um Produkte herzustellen, sondern um einen Grossteil davon den IT-Kunden weiterzuleiten, die dadurch ihre eigenen Dienstleistungen wiederum ihren eigenen Kunden

anbieten können. Damit ist der Netzzuschlag - anders als bei den Industriebetrieben, welche zur eigenen Produkteherstellung auf die grossen Strommengen angewiesen sind - nicht Teil der Produktkosten der Beschwerdeführerin, sondern Teil der Produktkosten ihrer IT-Kunden, die deren Kunden via höhere Produktpreise überwälzt werden können. Darüber hinaus gelingt es der Beschwerdeführerin nicht darzulegen, inwiefern die Erhebung des Netzzuschlags in ihrem Fall die Standortvorteile allzu stark beeinträchtigt und ihre Wettbewerbsfähigkeit verschlechtert.

#### **E. 6.6.4**

Aus dem Gesagten folgt, dass das Auslegungsergebnis des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren A-2193/2017 zu bestätigen ist.

#### **E. 6.7.1**

Im Rahmen der sogenannten Energiestrategie 2050 wurden das aEnG sowie die aEnV totalrevidiert. Die neuen Bestimmungen traten wie erwähnt per 1. Januar 2018 in Kraft.

#### **E. 6.7.2**

Eine Gesetzesrevision kann bei der Auslegung einer Norm des früheren Rechts berücksichtigt werden, wenn das geltende System - wie hier - nicht grundsätzlich geändert, sondern nur eine Konkretisierung des bestehenden Rechtszustands angestrebt oder Lücken des geltenden Rechts ausgefüllt werden (BGE 141 II 297 E. 5.5.3 und 139 V 148 E. 7.2.4; Urteil des BGer 5A\_92/2014 vom 23. Juli 2014 E. 2.3; je m.w.H.).

#### **E. 6.7.3**

Die Erhebung, die Verwendung und die Rückerstattung des Netzzuschlags sind neu in den Art. 35-43 EnG geregelt. Die Vorschriften zur Rückerstattung wurden dabei materiell unverändert übernommen, die relativ umfangreiche Bestimmung von Art. 15bbis aEnG jedoch auf mehrere Artikel aufgeteilt und in verschiedenen Punkten klärend umformuliert (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 4. September 2013 zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 [Revision des Energierechts] und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative]», BBl 2013 7561 ff, 7684). Das Verfahren zur Rückerstattung ist neu in den Art. 42-44 EnV geregelt (Art. 43 EnG). Der Begriff der Elektrizitätskosten gemäss Art. 3a quater Abs. 2 aEnV wurde weitgehend in Art. 44 Abs. 2 EnV übernommen. Grundsätzlich gelten als Elektrizitätskosten die der Endverbraucherin oder dem Endverbraucher in Rechnung gestellten Kosten für Stromlieferung, Netznutzung sowie Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen einschliesslich Netzzuschlag und ohne Mehrwertsteuer (Art. 44 Abs. 2 EnV). Gemäss Art. 44 Abs. 4 EnV gelten hingegen Kosten für die Elektrizität, die an andere Endverbraucherinnen und Endverbraucher weiterverrechnet werden, nicht als Elektrizitätskosten.

#### **E. 6.7.4**

Neu wird somit explizit geregelt, dass die Kosten für die bezogene Elektrizität, welche nicht verbraucht, sondern an andere Endverbraucherinnen oder Endverbraucher weiterverkauft wird, nicht als Elektrizitätskosten gelten. Dies bestätigt die bisherige Rechtsprechung und ist offenbar gelebte Vollzugspraxis (so ausdrücklich UVEK, Erläuterungen zu den Ausführungsbestimmungen zum neuen Energiegesetz vom 30. September 2016, Totalrevision der Energieverordnung, November 2017, S. 24).

## **E. 6.8**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente insgesamt nichts am Auslegungsergebnis zu ändern vermögen. Damit ist an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach für die Berechnung der Stromintensität für die Rückerstattung des Netzzuschlags der IT-Verbrauch auszuklammern ist, festzuhalten. Die entsprechende Praxis der Vorinstanz erweist sich damit als rechtmässig. Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

## **E. 7.1**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend und hat grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 VwVG). Sie hat jedoch zu Recht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, namentlich eine ungenügende Begründung der angefochtenen Verfügung gerügt, was bei den Kostenfolgen zu berücksichtigen ist (vgl. vorstehend E. 4.5, ferner Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Es rechtfertigt sich daher, die auf Fr. 2'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten (Art. 1 ff. VGKE) um einen Viertel auf Fr. 1'500.- zu reduzieren. Sie sind dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 500.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

## **E. 7.2**

Aufgrund des soeben Gesagten ist der Beschwerdeführerin schliesslich trotz ihres Unterliegens eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Anspruch auf Entschädigung der materiell unterliegenden Partei nur soweit besteht, als ihr nennenswerte (zusätzliche) Kosten entstanden sind, die ohne die Gehörsverletzung nicht angefallen wären (vgl. Urteile des BGer 8C\_843/2014 vom 18. März 2015 E. 11, 4A\_263/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 4.2.1 und 9C\_68/2012 vom 30. März 2012 E. 3.1, je m.w.H.). Die Aufwendungen im Zusammenhang mit den Ausführungen zur gerügten Verletzung des rechtlichen Gehörs sind als relativ gering zu erachten. Den im vorliegenden Beschwerdeverfahren geltend gemachten Standpunkt vertrat die Beschwerdeführerin bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung und sie hielt auch nach Kenntnisnahme der von der Vorinstanz in der Vernehmlassung nachgeschobenen Begründung daran fest. Die entsprechenden Aufwendungen wären ihr daher im Wesentlichen auch ohne die Gehörsverletzung entstanden. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass - hätte sich die Beschwerdeführerin bereits in ihrer Beschwerdeschrift mit der erst in der Vernehmlassung vorgebrachten Begründung eingehend auseinandersetzen können - wahrscheinlich kein doppelter Schriftenwechsel nötig gewesen wäre. Ein gewisser Mehraufwand für die Beschwerdeführerin aufgrund der Gehörsverletzung ist daher zu bejahen. Mit Kostennote vom 3. April 2016 macht der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin für das gesamte Verfahren einen Zeitaufwand von 30 Stunden bei einem Stundenansatz von Fr. 320.- pro Stunde (total Fr. 9'600.-) und Auslagen von Fr. 350.- geltend. Angemessen erscheint vorliegend ein Betrag von Fr. 1'500.- (inklusive Auslagen). In diesem Umfang hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu entschädigen. Die Parteientschädigung umfasst keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE. Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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