

ELCOM 211-00016-ZHEcb- vom 18. Oktober 2022

ElCom, 2022-10-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_211-00016-ZHEcb-

FR: ELCOM 211-00016-ZHEcb- du 18 octobre 2022

IT: ELCOM 211-00016-ZHEcb- del 18 ottobre 2022

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit

E. 1.1

In Bezug auf den Erlass der vorliegenden Neuverfügung 10 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom überwacht gemäss Artikel 22 Absatz 1 StromVG die Einhaltung des Gesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die ElCom ist insbesondere zuständig für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte im Streitfall oder von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG). Die Stromversorgungsgesetzgebung (StromVG und Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]) enthält verschiedene Vorgaben zur Zusammensetzung des Netznutzungsentgeltes und zu den Systemdienstleistungen (Art. 14 und 15 StromVG; Art. 12–19, Art. 22 und Art. 26 StromVV). 11 Die vorliegende Neuverfügung setzt das Urteil des Bundesgerichts um. Die ElCom war zuständig, die angefochtene Verfügung 211-00016 vom 17. November 2016 betreffend Prüfung der Vorliegerkosten Netz für das Jahr 2009 sowie der Netznutzungstarife 2010 und Elektrizitätstarife 2009 und 2010 der Verfügungsadressatin (Verfügung 2016) zu erlassen. 12 Entsprechend ist die Zuständigkeit der ElCom auch zum Erlass der vorliegenden Neuverfügung gegeben.

E. 1.2

In Bezug auf die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen 13 Die Verfügungsadressatin machte in ihrer Eingabe vom 16. Oktober 2020 geltend, von den Gewinnanteilen, die sich auf das StromVG abstützten, seien die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, die einen zusätzlichen Kostenbestandteil bildeten, zu unterscheiden. Gedenke die ElCom, die Gewinnablieferung, die grundsätzlich als Abgabe an das Gemeinwesen zu qualifizieren sei, gleichzeitig stromversorgungsrechtlich zu prüfen, sei dies in diesem Umfang nicht zulässig. Bei der Ausgestaltung der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen sei die vom Bundesgesetzgeber den Kantonen (und damit auch den Gemeinden) eingeräumte Autonomie zu respektieren. Die ElCom habe einzig zu prüfen, ob für die Gewinnkomponente, welche die Gewinnablieferung an die Stadt Bern betrifft, eine ausreichende gesetzliche Grundlage gegeben sei und welchem Tarifbestandteil – dem Energie- oder dem Netznutzungstarif – diese Abgabe an das Gemeinwesen zuzuordnen sei. Die stromversorgungsrechtlich begründeten Gewinnanteile, wie sie bereits im Anhörungsverfahren ausgewiesen worden seien, sollten hingegen zu keinen weiteren Diskussionen Anlass geben (act. 124/A&L, Rz. 7 ff.). 14 In Bezug auf die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen hat das Bundesgericht bestätigt, dass sich die Zuständigkeit der ElCom so weit erstreckt, als sie zumindest überprüfen darf, ob die Abgaben und

Leistungen an Gemeinwesen im Rahmen des Netznutzungsentgelts korrekt – insbesondere als Teil des richtigen Tarifbestandteils – ausgewiesen werden. Der Vorbehalt in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b Satz 2 StromVG bezieht sich lediglich auf die materielle Überprüfung der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen (Urteil des Bundesgerichts, E. 6.4.1 f.; vgl. auch ANDRE SPIELMANN, in: Kratz/Merker/Tami/et al. (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 14 StromVG, N 52 sowie Mitteilung der ElCom vom 17. Februar 2011 über Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Mitteilungen). 15 Die ElCom ist somit insofern zur Beurteilung der Gewinnablieferung bzw. der Abgaben und Leistungen an die Stadt Bern zuständig als sie insbesondere prüfen darf, ob für die Abgaben eine gesetzliche Grundlage besteht und wenn ja auf welchem Tarifbestandteil (Netz oder Energie) diese Abgaben erhoben werden dürfen.

6/20 ElCom-D-628C3401/30

E. 2

Parteien, rechtliches Gehör und Verfahrensgegenstand

E. 2.1

Parteien 16 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 17 Die Verfügungsadressatin war bereits im erstinstanzlichen Verfahren Partei und hat folglich auch im vorliegenden Verfahren, welches das Urteil des Bundesgerichts umsetzt, Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

E. 2.2

Rechtliches Gehör 18 Der Verfügungsadressatin wurde im vorliegenden Verfahren die Gelegenheit eingeräumt, sich zum Verfahrensgegenstand zu äussern (act. 123/A&L) und Anträge zu stellen (act. 124/A&L). Die von der Verfügungsadressatin vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. 19 Damit ist das rechtliche Gehör der Verfügungsadressatin gewahrt (Art. 29 VwVG).

E. 2.3

Verfahrensgegenstand 20 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde der Verfügungsadressatin abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Dispositivziffer 1). Das Bundesgericht hat das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts insoweit aufgehoben, als es die Gewinnablieferung, die Berechnung der Pumpenergiekosten und die Gebühr betrifft (Urteil des Bundesgerichts, Dispositivziffer 1). 21 Sowohl die Pumpenergiekosten als auch die vorliegend strittige Gewinnablieferung bzw. die Abgaben und Leistungen an die Stadt Bern betreffen einzig den Energiebereich, weshalb vorliegend – neben der Neuverlegung der Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren – einzig die anrechenbaren Energiekosten und die entsprechenden Deckungsdifferenzen neu festzulegen sind (vgl. Verfügung 2016, Dispositivziffern 8, 9 und 10). Die übrigen Dispositivziffern der Verfügung 2016 betreffend den Netzbereich sind mit dem Urteil des Bundesgerichts hingegen rechtskräftig geworden (vgl. Verfügung 2016, Dispositivziffern 1–7). 22 Nicht Verfahrensgegenstand der

vorliegenden Neuverfügung ist die Sondernutzungskonzession für die Verlegung und den Betrieb von elektrischen Leitungen im öffentlichen Raum, die von der Verfügungsadressatin in den betreffenden Tarifjahren 2009 und 2010 bereits als separate Abgabe auf dem Netznutzungsentgelt erhoben wurde (vgl. Verfügung 2016, Rz. 426).

7/20 ElCom-D-628C3401/30

E. 3

Pumpenergiekosten

E. 3.1

Verfahrensgeschichte 23 In der Verfügung 2016 hatte die ElCom die anrechenbaren Pumpenergiekosten anhand der tatsächlich gepumpten Energiemengen und den durchschnittlichen Spotmarktpreisen gemäss Swiss SIX berechnet, zumal die Verfügungsadressatin im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens keine stundenscharfen Berechnungen der Pumpenergiekosten gestützt auf den Ist-Mengen eingereicht hatte. Die anrechenbaren Pumpenergiekosten legte die ElCom für das Jahr 2009 auf [...] Franken (zzgl. anteilige Handelskosten in der Höhe von CHF [...]) und für das Jahr 2010 auf [...] Franken (zzgl. anteilige Handelskosten in der Höhe von CHF [...]) fest (Verfügung 2016, Rz. 361 und 402). 24 Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil fest, die Verfügungsadressatin habe nur ein Modell entworfen, das den Preis eines internen Termingeschäfts berechne. Dabei handle es sich lediglich um einen modellierten und damit von der Verfügungsadressatin beeinflussbaren Preis eines internen Termingeschäfts. Indem die Verfügungsadressatin zudem die mutmasslich künftige Entwicklung von verschiedenen Faktoren miteinbeziehe, werde ersichtlich, dass mit diesem Preismodell keine Ist-Kosten berechnet würden (Urteil des Bundesgerichts, E. 9.3). Gemäss Bundesgericht wird der Verfügungsadressatin nicht vorgeworfen, sie sei ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen. Deshalb sei die ElCom nicht befugt gewesen, die Pumpenergiekosten ersatzweise festzulegen und ihr Ermessen anstelle desjenigen der Verfügungsadressatin zu setzen (Urteil des Bundesgerichts, E. 9.4.1). Falls die Verfügungsadressatin die Verwendung einer Methode aufzuzeigen vermöge, die sich tatsächlich an den Marktbedingungen – mithin an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen – orientiert sowie sachlich begründbar und durch die ElCom überprüfbar ist, liege es im Ermessen der Verfügungsadressatin, wie sie die Pumpenergiekosten berechne. Der Verfügungsadressatin sei jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, die Pumpenergiekosten im Rahmen ihres Ermessens erneut selbst zu berechnen. Dabei habe die Verfügungsadressatin zu beachten, dass sich die Verwendung von Planwerten mangels Bezug zu den Marktbedingungen regelmässig als nicht mit Artikel 4 Absatz 1 StromVV vereinbar erweise (Urteil des Bundesgerichts, E. 9.4.2). Die ElCom habe sodann die Berechnung der Pumpenergiekosten durch die Verfügungsadressatin auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 6 StromVG i.V.m. Artikel 4 Absatz 1 StromVV zu prüfen. Für den Fall, dass es der Verfügungsadressatin gelingen sollte, die Verwendung einer marktorientierten, sachlich begründbaren und insbesondere überprüfbaren Methode aufzuzeigen, liege keine Gesetzeswidrigkeit vor. Im gegenteiligen Fall dürfe die ElCom ihre bereits ersatzweise verfügte Methode erneut zur Anwendung bringen (Urteil des Bundesgerichts, E. 9.5). 25 Im Rahmen der Wiederaufnahme des erstinstanzlichen Verfahrens wurde der Verfügungsadressatin die Gelegenheit eingeräumt, die Kosten für die Pumpenergie der Jahre 2009 und 2010 anhand von Ist-Mengen und

Ist-Kosten darzulegen. Die Verfügungsadressatin wurde dabei gebeten, die von ihr angewandte Methode zu beschreiben und die geltend gemachten Pumpenergiekosten einzureichen sowie zu begründen, weshalb die verwendete Methode marktorientiert, sachlich begründbar und überprüfbar sei (act. 123/A&L, Kap. B).

8/20 ElCom-D-628C3401/30

E. 3.2

Vorbringen der Verfügungsadressatin 26 In ihrer Eingabe vom 16. Oktober 2020 machte die Verfügungsadressatin geltend, bezüglich der Kosten der Pumpenergie habe das Bundesgericht ihrer Sichtweise widersprochen, wonach die Ist-Kosten den Kosten des intern abgeschlossenen Termingeschäfts entsprächen. Das Bundesgericht erachte es als unzulässig, dass die Kosten für die Pumpenergie als Teil der Gestehungskosten mit Hilfe einer Price Forward Curve ermittelt würden, obwohl diese Methode zur Bestimmung des Werts von Produktions- und Bezugsprofilen, die nicht mit börsengehandelten standardisierten Produkten abgedeckt werden können, in der Fachwelt anerkannt sei und in der gesamten Energiebranche angewandt werde (act. 124/A&L, Rz. 40). Vor diesem Hintergrund sehe die Verfügungsadressatin keine Möglichkeit, für die Jahre 2009 und 2010 die Pumpenergiekosten anhand einer alternativen Methode zu bestimmen, welche die restriktiven Bedingungen aus dem Urteil des Bundesgerichts vollumfänglich erfülle, zumal für diese Jahre relevante Daten teilweise nicht mehr verfügbar seien. Deshalb akzeptiere die Verfügungsadressatin für die Jahre 2009 und 2010 die von der ElCom ersatzweise angewandte Methode. Demnach ergäben sich für das Jahr 2009 bei einer Energiemenge von [...] MWh und einem gewichteten mittleren Spotmarktpreis von [...] Rp./kWh Kosten für die Pumpenergie von [...] Franken, zuzüglich der anteiligen Handelskosten von [...] Franken. Für das Jahr 2010 ergäben sich bei einer Energiemenge von [...] MWh und einem gewichteten mittleren Spotmarktpreis von [...] Rp./kWh Kosten für die Pumpenergie von [...] Franken, zuzüglich der anteiligen Handelskosten von [...] Franken (act. 124/A&L, Rz. 40 f.).

E. 3.3

Fazit 27 Damit ist es der Verfügungsadressatin nicht gelungen, die Verwendung einer marktorientierten, sachlich begründbaren und überprüfbaren Methode aufzuzeigen. Die von der ElCom bereits ersatzweise verfügte Methode kommt daher erneut zur Anwendung (vgl. Urteil BGer, E. 9.5). 28 Aufgrund des Gesagten sind die Pumpenergiekosten im Vergleich zur Verfügung 2016 unverändert auf insgesamt [...] Franken (CHF [...] zzgl. anteilige Handelskosten von CHF [...]) für das Jahr 2009 und auf insgesamt [...] Franken (CHF [...] zzgl. anteilige Handelskosten von CHF [...]) für das Jahr 2010 festzulegen.

E. 4

Gewinnablieferung an die Stadt Bern

E. 4.1

Regelung der Abgaben und Leistungen in der Stromversorgungsgesetzgebung und Urteil des Bundesgerichtes 29 In der Verfügung 2016 hatte die ElCom festgehalten, dass Gewinne von Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Bereich Netz und im Bereich Energie (Grundversorgung) bundesrechtlich abschliessend reguliert seien. Ungerechtfertigte Gewinne seien über das System der Deckungsdifferenzen gemäss Artikel 19 Absatz 2 StromVV zu kompensieren. Ablieferungen an Gemeinwesen, die über den regulierten

Gewinn hinausgingen, dürften ausschliesslich unter dem Titel Abgaben an Gemeinwesen im Sinne von Artikel 14 Absatz 1 StromVG, nur aufgrund einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage sowie als Bestandteil des Netznutzungsentgelts erfolgen. Die betreffend die Verfügungsadressatin ermittelten (in der Verfügung 2016 fälschlicherweise als von der Verfügungsadressatin ausgewiesen bezeichneten) Deckungsdifferenzen (Überdeckungen) bei der Energie in der Höhe von [...] Franken für das Jahr 2009 und in der Höhe von [...] Franken für das Jahr 2010 seien damit gemäss Artikel 19 Absatz 2 StromVV und der Weisung 1/2012 der ElCom auszugleichen. Dieses Ergebnis trage einerseits den gesetzlichen Vorgaben der Stromversorgungsgesetzgebung (Art. 14 StromVG, Art. 13 StromVV, Art. 19 Abs. 2 StromVV) und andererseits der vom Gesetzgeber gewährten Gemeindeautonomie im Bereich der Abgaben und Leistungen Rechnung (Verfügung 2016, Rz. 438 ff.).

9/20 ElCom-D-628C3401/30 30 In Bezug auf die Zuständigkeit der ElCom hielt das Bundesgericht in seinem Urteil fest, diese erstrecke sich so weit, als die ElCom überprüfen dürfe, ob die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen korrekt – insbesondere als Teil des richtigen Tarifbestandteils – ausgewiesen sind. Der Vorbehalt in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b Satz 2 StromVG beziehe sich nämlich lediglich auf die materielle Überprüfung der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen (vgl. dazu auch vorne Rz. 14 f.). Das Bundesgericht hielt ausserdem fest, dass grundsätzlich der kantonale oder kommunale Gesetzgeber festlegen dürfe, worauf das Gemeinwesen eine Abgabe oder Leistung erhebt. Das Bundesrecht bestimme lediglich, dass die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen einerseits transparent ausgewiesen werden müssen. Andererseits dränge die bundesrechtliche Regelung in Artikel 14 Absatz 1 StromVG die Ansicht auf, dass die netzbezogenen Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen in das Netznutzungsentgelt einfließen müssen. Dies schliesse indes nicht aus, dass es auch Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen gebe, die energiebezogen und demzufolge in den Tarifbestandteil der Energielieferung (Energietarif) einfließen. Die ElCom habe deshalb zu prüfen, ob die Gewinnablieferung an die Stadt Bern eine Erhebung der Abgabe auf dem Energietarif vorsieht. Werde dies bejaht, müsse der Zuschlag auf dem Energietarif zugelassen werden. Erweise sich die Abgabe als netzbezogen, habe die Verfügungsadressatin die Gewinnablieferung im Sinne von Artikel 14 Absatz 1 StromVG als Bestandteil des Netznutzungsentgelts auszuweisen und die daraus entstehende Überdeckung im Energietarif der Jahre 2009 und 2010 den Endverbrauchern in der Grundversorgung über den Mechanismus der Deckungsdifferenzen zurückzuerstatten (Urteil des Bundesgerichts, E. 6.4.1 f., 6.5.1 ff. und E. 6.6). 31 Im Rahmen der Wiederaufnahme des erstinstanzlichen Verfahrens hielt das Fachsekretariat der ElCom gegenüber der Verfügungsadressatin fest, dass Abgaben auf dem Energietarif selbsterklärend auch für den vom Bundesgericht nicht ausdrücklich erwähnten Fall, dass die Abgaben weder energie- noch netzbezogen seien, als Überdeckungen zu behandeln und somit über den Mechanismus der Deckungsdifferenzen zurück zu erstatten seien (act. 123/A&L, Kap. A). 32 Mit Eingabe vom 16. Oktober 2020 reichte die Verfügungsadressatin ihre Stellungnahme ein (act. 124/A&L). 33 Gemäss Artikel 14 Absatz 1 StromVG darf das Entgelt für die Netznutzung die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen. Im Zusammenhang mit dem Tarifbestandteil der Energielieferung werden Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen hingegen nicht erwähnt (vgl. ANDRE SPIELMANN, in: Kratz/Merker/Tami/et al. (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 14 StromVG, N 51). Abgaben im Zusammenhang mit der Energieerzeugung stellen keine

Abgaben und Leistungen im Sinne des StromVG dar und werden dem Tarifbestandteil der Energielieferung zugeordnet (vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes (EleG) und zum Bundesgesetz über die Stromversorgung (StromVG) vom 3. Dezember 2004 [BBl 2005 1611, 1650] sowie Mitteilung der ElCom vom 17. Februar 2011 über Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, Ziff. 4). Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen sind damit in der Stromversorgungsgesetzgebung einzig als Bestandteil des Netznutzungsentgelts ausdrücklich vorgesehen. 34 Bei Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen handelt es sich um Zuschläge auf die Netznutzungskosten, die eine entsprechend lautende kantonale oder kommunale Gesetzesgrundlage voraussetzen (Protokoll der UREK-N vom 21.–22. März 2005, S. 7 ff.). Die Stromversorgungsgesetzgebung schränkt die Kompetenz der Kantone und Gemeinden, Abgaben zu erheben, nicht ein. Entsprechend sind die Abgaben an Gemeinwesen, welche in das Netznutzungsentgelt integriert werden können, weit auszulegen und umfassen nicht zwingend nur solche, die in direktem Zusammenhang mit dem Netzbetrieb stehen. Sofern eine entsprechende gesetzliche Grundlage vorliegt, dürfen beispielsweise auch reine Steuern erhoben werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 9.2.2.1 sowie Mitteilung der ElCom vom 17. Februar 2011 über Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, Ziff. 1).

10/20 ElCom-D-628C3401/30 35 Gemäss Artikel 12 Absatz 2 StromVG müssen die Netzbetreiber zudem für die Netznutzung transparent und vergleichbar Rechnung stellen (vgl. Weisung 6/2008 der ElCom «Transparente und vergleichbare Rechnungsstellung» vom 4. August 2008, abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Aufgehobene Weisungen [aktuell Weisung 1/2014 vom 11. März 2014, abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Weisungen]). Unter anderem sind dabei die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen gesondert auszuweisen. Dadurch, dass die Tarife (einschliesslich Abgaben und Leistungen und Zuschläge) im Vorjahr publiziert werden müssen (vgl. Art. 12 Abs. 1 StromVG und Art. 10 StromVV), werden die zukünftigen Stromkosten voraussehbar, was wesentlich zur Transparenz gegenüber den Endverbrauchern beiträgt. Die Abgaben und Leistungen an das Gemeinwesen müssen gemäss Artikel 7 Absatz 3 Buchstabe k StromVV in der Kostenrechnung ebenfalls separat ausgewiesen werden. 36 Hintergrund der Zuordnung der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen zum Netznutzungsentgelt ist, dass bei einer Zuordnung zum Energietarif nur die Endverbraucher in der Grundversorgung mit dieser Abgabe belastet würden. Dagegen rechtfertigt sich die Unterstellung der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen unter das Netznutzungsentgelt gerade dadurch, dass sich sämtliche Endverbraucher im Versorgungsgebiet – das heisst auch Endverbraucher, welche die Energie auf dem freien Markt beziehen – daran beteiligen (vgl. Mitteilung der ElCom vom 17. Februar 2011 über Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen, Ziff. 2 sowie Urteil des Bundesgerichts 2C_399/2017 vom 28. Mai 2022, E. 9). Das Bundesgericht hat in seinem Urteil zwar festgehalten, dass die energiebezogenen Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen auch beim marktbestimmten Energiepreis einkalkuliert und damit auch die freien Kunden ausserhalb der Grundversorgung – zumindest teilweise – belasten würden (Urteil des Bundesgerichts, E. 6.5.1). Dies dürfte jedoch zum einen nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen, weil für von der Verfügungsadressatin auf dem freien Markt versorgte Endverbraucher unabhängig von allfälligen Abgaben für die Energielieferung regelmässig (konkurrenzfähige) Marktpreise angeboten werden dürften. Aufgrund des im Gegensatz zur Grundversorgung herrschenden Wettbewerbs im freien Energiemarkt ist es

somit realitätsfremd, dass auch die freien Marktkunden – mit oder ohne Dritt- lieferanten – mit einer Abgabe auf dem Energiepreis belastet werden. Dass marktversorgte Endverbraucher sich nicht an der Abgabe beteiligen, trifft sodann auf marktversorgte Endverbraucher mit einem Drittlieferanten umso mehr zu. Zum anderen steht dies im Widerspruch zur Stromver- sorgungsgesetzgebung und somit zum Willen des bundesrechtlichen Gesetzgebers. 37 Würden Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen ebenfalls auf dem Energietarif zugelassen, würde die Kontrollfunktion, welche die transparente Ausweisung der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen wahrnimmt, umgangen. Beim Energietarif sieht das Stromversorgungsrecht näm- lich Abgaben und Leistungen nicht als Tarifbestandteil vor und verlangt folglich keine separate Ausweisung von Abgaben und Leistungen. Zum Schutz der Endverbraucher in der Grundversor- gung genießt die Transparenz jedoch oberste Priorität. Andernfalls besteht die konkrete Gefahr, dass in unzulässiger Weise Kosten auf die Endverbraucher in der Grundversorgung überwältigt werden, ohne dass dies ohne Weiteres ersichtlich wäre. Dies wäre zum Beispiel bei einer im Energiepreis enthaltenen Gewinnabgabe der Fall. Das Bundesgericht geht in Bezug auf die Trans- parenzvorschriften in Artikel 6 Absatz 3 und Artikel 12 Absatz 2 StromVG jedenfalls von einer klaren gesetzlichen Regelung aus (vgl. Urteil 2C_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 9.1). An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden (BGE 131 III 314, E. 2.2). Abgaben auf dem Energietarif können ausserdem zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen und die Rechtsgleichheit verletzen. Sie können auch den Effekt haben, dass marktversorgte Endverbraucher ausserhalb des Versorgungsgebiets eines Netzbetreibers Abgaben an ein Gemeinwesen leisten müssen, in welchem sie gar nicht ansässig sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 9.2.2.2).

11/20 ElCom-D-628C3401/30 38 Gemäss Bundesgericht legt das zudem Gesetz abschliessend fest, welche Komponenten der Elektrizitätstarif für den Endverbraucher in der Grundversorgung enthalten darf (Urteil des Bun- desgerichts, E. 6.2). In seinem Urteil führt das Bundesgericht weiter aus, die bundesrechtlichen Vorgaben würden nicht ausschliessen, dass es auch Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen gibt, die energiebezogen sind und demzufolge in den Tarifbestandteil der Energielieferung (Ener- gietarif) einfliessen (Urteil des Bundesgerichts, E. 6.5.1 ff. und E. 6.6). In einem früheren Urteil hatte das Bundesgericht festgehalten, dass die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen auf- zuteilen sind in solche, die mit der Energieerzeugung zusammenhängen (z.B. Wasserzinsen als Kausalabgabe für Wasserkonzessionen, vgl. ANDRE SPIELMANN, in: Kratz/Merker/Tami/et al. (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 14 StromVG, N 50), und in jene, welche in das Netznutzungsentgelt integriert werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_399/2017 vom 28. Mai 2018, E. 9.2.2.1). Die damalige Definition des Bundesgerichts war insofern präziser und einschränkender als sie lediglich zwei Abgabenarten vorsah: Abgaben im Zusammenhang mit der Energieerzeugung, die gemäss Gesetzgeber als Gestehungskosten dem Tarifbestandteil der Energielieferung zuzuordnen sind (vgl. vorne Rz. 33), und sämtliche übrigen Abgaben (jed- welcher Natur, vgl. vorne Rz. 34), die zum Netznutzungsentgelt gehören. 39 Stromversorgungsrechtlich wurde damit die Energiebezogenheit in der Praxis schon immer im Zusammenhang mit den Produktionskosten berücksichtigt und wurden entsprechende Abgaben somit als Bestandteil der anrechenbaren Gestehungskosten (bzw. Produktionskosten, d.h. Ener- giekosten) anerkannt (namentlich Wasserzinsen und Konzessionsabgaben; vgl. Weisung der El- Com 2/2018 «Gestehungskosten und langfristige Bezugsverträge gemäss Artikel 4 Absatz 1

Stromversorgungsverordnung» vom 14.04.2018 / 14.05.2019, S. 2, Textrahmen, letzter Aufzählungspunkt unter «Übriger Betriebsaufwand Stromproduktion» sowie bereits Weisung der ElCom 5/2008 «Gestehungskosten und langfristige Bezugsverträge gemäss Artikel 4 Absatz 1 Stromversorgungsverordnung» vom 04.08.2008, S. 2, Textrahmen, letzter Aufzählungspunkt unter «Übriger Betriebsaufwand Stromproduktion»). Darüber hinaus ermöglicht Artikel 14 Absatz 1 StromVG seit jeher die Erhebung von Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen beliebiger Natur, sofern eine gesetzliche Grundlage dafür vorliegt. 40 Dazu, was unter «energiebezogen» zu verstehen ist, äussert sich das Bundesgericht in seinem Urteil zwar nicht. Das Bundesgericht scheint jedoch die im Grundsatz energiebezogenen Abgaben auf solche, die mit der Energieproduktion zusammenhängen (z.B. Wasserzinsen), zu beschränken. Es geht nämlich davon aus, dass die bundesrechtlichen Vorgaben nicht ausschliessen, dass es Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen gibt, die energiebezogen sind und demzufolge in den Tarifbestandteil der Energielieferung (Energietarif) einfließen. Als Ausfluss daraus seien die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen aufzuteilen in solche, die mit der Energieproduktion zusammenhängen (z.B. Wasserzinsen) und in jene, die sich aus dem Netzbetrieb ergeben (Urteil des Bundesgerichts, E. 6.5.1, zweiter Absatz). Das Bundesgericht geht somit zumindest implizit davon aus, dass sämtliche netzbezogenen sowie nicht netzbezogenen Abgaben über das Netznutzungsentgelt zu erheben sind, ausser für den Fall, dass sie energiebezogen – das heisst im Wesentlichen Bestandteil der Energieproduktion – sind. 41 In diesem Sinne müssen folglich auch die Aussagen des Bundesgerichts verstanden werden, wonach sich die Ansicht aufdränge, dass die netzbezogenen Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen in das Netznutzungsentgelt einfließen müssen (Urteil des Bundesgerichts, E. 6.5.1), bzw. wonach die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als Bestandteil des Netznutzungsentgelts auszuweisen ist, sofern die Prüfung ergibt, dass die Abgabe netzbezogen ist (Urteil des Bundesgerichts, E. 6.6). Bereits im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens hatte das Fachsekretariat der ElCom präzisierend darauf hingewiesen, dass die Abgabe auch dann auf dem Netznutzungsentgelt zu schlagen ist, falls sie sich weder als energie- noch als netzbezogen (netzbezogen im Sinne von mit dem eigentlichen Netzbetrieb zusammenhängend) erweisen sollte (vgl. vorne Rz. 31).

12/20 ElCom-D-628C3401/30 42 Vor diesem Hintergrund muss eine Abgabe somit als netzbezogen im Sinne des Bundesgerichts gelten und als Bestandteil des Netznutzungsentgelts erhoben werden, sobald sie nicht im Zusammenhang mit der Energieproduktion steht und sich damit als nicht energiebezogen erweist. 43 Die Tarifbestandteile Energie und Netz beinhalten zwar einen bundesrechtlich abschliessend regulierten Gewinn (vgl. BGE 138 I 454, E. 3.6.3–3.6.5 und BGE 138 I 468, E. 2.4). Beim Netz fliesst dieser über die WACC-Verzinsung in die anrechenbaren Kosten und damit in den Netznutzungstarif ein (vgl. Art. 15 Abs. 1 StromVG sowie Art. 13 Abs. 3 Bst. b und Art. 13 Abs. 3bis StromVV). Bei der Energie ist über den WACC Produktion sowie über den Gewinn im Vertrieb ein Gewinn vorgesehen (vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 StromVV, Weisung 2/2022 der ElCom «WACC Produktion» sowie Weisung 3/2022 der ElCom zur 60-Franken-Regel mit weiteren Verweisen insbesondere auf die vorliegend gültige 95-Franken- sowie auf die 75-Franken-Regel, abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Weisungen). Dieser fliesst in die anrechenbaren Energiekosten und damit in den Energietarif ein. Ein Gemeinwesen kann ohne Weiteres vorsehen, dass dieser regulierte Gewinn vom Netzbetreiber ans Gemeinwesen abgeliefert werden muss. Solange dem Gemeinwesen lediglich diese regulierten Gewinne (und allenfalls auch Gewinne aus

dem freien Markt sowie allfällige Reserven) abgeliefert werden, bedarf es aus stromversorgungs- rechtlicher Sicht keiner speziellen gesetzlichen Grundlage für die Ablieferung. Wenn aber seitens Gemeinwesen eine zusätzliche (z.B. rein fiskalisch motivierte, vgl. hinten Rz. 51) Mittelabschöp- fung unter dem Titel Abgaben und Leistungen erfolgt, handelt es sich dabei nicht um die Abschöp- fung des regulierten Gewinns, sondern um eine zusätzliche Mittelabschöpfung, die in Anwendung von Artikel 14 Absatz 1 StromVG eine Abgabe darstellt und – sofern nicht energiebezogen – grundsätzlich auf das Netznutzungsentgelt zu schlagen ist. 44 Aus stromversorgungsrechtlicher Sicht ist der für die Bezeichnung der Mittelabschöpfung durch die Stadt Bern verwendete Begriff «Gewinnablieferung» insofern untechnisch, als er den gesam- ten von der Verfügungsadressatin an die Stadt Bern abzuliefernden Betrag umfasst. Vorliegend ist einzig die Zulässigkeit der Erhebung von Abgaben auf der Energie strittig und somit Verfah- rensgegenstand. Er betrifft somit nur einen Teil der gesamten Gewinnablieferung an die Stadt Bern und zwar die zusätzliche, den von der Stromversorgungsgesetzgebung regulierten Gewinn übersteigende Mittelabschöpfung, die aus den entsprechend zusätzlichen den grundversorgten Endverbrauchern angelasteten Kosten auf dem Energietarif resultiert. 45 Ausgehend von diesen Ausführungen ist zu beurteilen, ob eine gesetzliche Grundlage für die Er- hebung der Abgabe besteht (Kap. 4.2) und ob diese Abgabe im Sinne des Urteils des Bundesge- richts und unter Berücksichtigung der stromversorgungsrechtlichen Rahmenbedingungen ener- giebezogen ist und somit auf dem Energiebestandteil erhoben werden darf (Kap. 4.3).

E. 4.2

Vorhandensein einer Rechtsgrundlage für die Gewinnablieferung an die Stadt Bern 46 Als gesetzliche Grundlagen führt die Verfügungsadressatin verschiedene Bestimmungen, insbe- sondere Artikel 25 Absatz 5, Artikel 30, Artikel 31 Absatz 3, Artikel 32, Artikel 33 Absätze 2 und 3, Artikel 34 Absatz 1 sowie Artikel 36 des städtischen Reglements Energie Wasser Bern vom 15. März 2001 (ewb-Reglement; ewr; Systematische Sammlung des Stadtrechts Bern [SSSB] 741.1) sowie Artikel 36 Buchstabe g der Gemeindeordnung Bern (GO; SSSB 101.1) in der jeweils für die vorliegenden Tarifjahre gültigen Fassung an (vgl. act. 124/A&L, Rz. 3 f. und 11 ff.). 47 Die vorliegend von der Verfügungsadressatin angeführten stadtrechtlichen Rechtsgrundlagen – insbesondere das ewr im Allgemeinen und Artikel 33 Absatz 3 ewr im Besonderen – traten vor Einführung der Stromversorgungsgesetzgebung in Kraft und wurden nach Einführung der Strom- versorgungsgesetzgebung, welche den Energietarif nunmehr bundesrechtlich abschliessend re- gelt (vgl. vorne Rz. 43), soweit aus der Änderungschronologie des ewr ersichtlich nur unwesent- lich bzw. in einer für die vorliegende Fragestellung nicht massgeblichen Weise revidiert.

13/20 ElCom-D-628C3401/30 48 Artikel 25 Absatz 5 ewr (entspricht dem heutigen Art. 25 Abs. 6 ewr) definiert die dem Gemeinderat (Exekutive der Stadt Bern) zufallenden Zuständigkeiten in Bezug auf die Ausschüttungen an die Stadt, die Zuweisungen an die Reserven, den Gewinnvortrag auf die neue Rechnung sowie die Einlagen an eine Gewinnausgleichsrücklage. Diese Bestimmung des ewb-Reglements ist seit dem 1. Oktober 2003 unverändert in Kraft (vgl. ewb-Reglement «Änderungen»). Eine weiterge- hende, spezifische Regelung zu den Abgaben und Leistungen enthält das ewb-Reglement nicht. Artikel 32 ewr weist die Verfügungsadressatin an, Anschlussgebühren (Bst. a), Benutzungsge- bühren (Bst. b), Liefergebühren (Bst. c) sowie Gebühren für seine Verwaltungs- und Kontrolltätig- keit (Bst. d) zu erheben. Artikel 33 Absatz 3 ewr hält fest,

dass mit den Gebühren für Energie unter Einhaltung des Äquivalenzprinzips ein Gewinn erzielt werden darf. 49 Der Gewinn gemäss Artikel 33 Absatz 3 ewr wird nach Aussage der Verfügungsadressatin den «Liefergebühren Energie» nach Artikel 32 Buchstabe c ewr zugeordnet. Daraus folgt gemäss Verfügungsadressatin, dass Artikel 32 Buchstaben a, b, d und c (soweit nicht die Energie betreffend) ewr als kostenabhängige Kausalabgaben ausgestaltet seien, während dies für die Liefergebühr Energie nicht der Fall sei. Bei der Liefergebühr Energie handle es sich vielmehr um eine kostenunabhängige, an das Äquivalenzprinzip gebundene Kausalabgabe (act. 124/A&L, Rz. 12). Die Verfügungsadressatin legt sodann dar, inwiefern die Liefergebühr Energie nach ihrer Auffassung die fiskalrechtlichen Anforderungen an eine Kausalabgabe erfüllt (act. 124/A&L, Rz. 13 ff.). Schliesslich macht sie in Bezug auf das obligatorische Referendum über das sogenannte Produktgruppen-Budget, das auch die absolute Höhe der Gewinnablieferung an die Stadt Bern umfasst, im Wesentlichen geltend, es sei irrelevant, in welchen Geschäftsfeldern der Gewinn anfalle (act. 124/A&L, Rz. 22 ff.). 50 Gemäss Artikel 25 Absatz 5 ewr (in der damals gültigen Fassung) beschliesse der Gemeinderat auf Antrag des Verwaltungsrates über die Gewinnverwendung, wobei nicht mehr über die Höhe des Gewinns entschieden werde. Vielmehr werde die absolute Höhe des Gesamtgewinns, den die Verfügungsadressatin zu erzielen habe, jährlich im Rahmen des sogenannten Produktgruppen-Budgets, das dem obligatorischen Referendum untersteht, vorgegeben (act. 124/A&L, Rz. 22 f.). In der Tat sieht Artikel 36 Buchstabe g GO vor, dass das Produktgruppen-Budget der obligatorischen Volksabstimmung untersteht. Die Verfügungsadressatin macht geltend, es entspreche gerade Sinn und Zweck eines mittels Globalbudget gesteuerten Haushalts, dass das strategische Organ – in casu die Stimmberechtigten – der Exekutive keine Detailvorgaben machen und im Übrigen die Einhaltung der Rechtsnormen Sache der Organe der Verfügungsadressatin bzw. der Exekutive ist. Da die bundesrechtliche Stromversorgungsgesetzgebung den Gemeinden in Bezug auf Abgaben und Leistungen keine Vorgaben machen dürfe, sei es grundsätzlich irrelevant, in welchen Geschäftsfeldern der Gewinn anfalle. Artikel 33 Absatz 2 ewr verbiete jedoch ebenfalls Querfinanzierungen und verhindere somit überhöhte Gebühren in einem der Monopolbereiche zur Finanzierung der anderen Geschäftsbereiche (act. 124/A&L, Rz. 24). 51 Die Verfügungsadressatin bringt weiter vor, dass die Entstehungsgeschichte des ewr zeige, dass für den stadtbernischen Gesetzgeber selbstverständlich gewesen sei, dass auf der Liefergebühr für die Energie ein Gewinn einberechnet wird, dass die Gewinnablieferung insbesondere auf dem Energietarif in der Stadt Bern auf eine längere Tradition zurückgehe, dass bereits im alten Recht vorgesehen gewesen sei, dass der Stromtarif einen Gewinnanteil enthalte und dass der in Artikel 33 Absatz 3 ewr fiskalisch motivierte Gewinnanteil nach wie vor den Wertvorstellungen des stadtbernischen Gesetzgebers entspreche und von diesem nie in Frage gestellt worden sei (act. 124/A&L, Rz. 34 ff.). 52 In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass das ewb-Reglement in Artikel 5 auch festhält, dass ein Unternehmensgewinn anzustreben ist, soweit dies aufgrund des übergeordneten Rechts (somit auch der bundesrechtlichen Stromversorgungsgesetzgebung) zulässig ist.

14/20 ElCom-D-628C3401/30 53 Wie bereits dargelegt, sind die Gewinne von Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Bereich Elektrizitätsnetz und im Bereich Energie in der Grundversorgung bundesrechtlich abschliessend reguliert (vgl. vorne Rz. 43). Über den bundesrechtlich zulässigen Gewinn darf frei verfügt werden. Ungerechtfertigte Gewinne sind dagegen über das System der Deckungsdifferenzen gemäss Artikel 19

Absatz 2 StromVV zu kompensieren. Möchte ein Gemeinwesen einen über den bundesrechtlich zulässigen Gewinn hinausgehenden Betrag abschöpfen, so hat dies über eine Abgabe gestützt auf einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage zu erfolgen. Ablieferungen an Gemeinwesen, die über den stromversorgungsrechtlich regulierten Gewinn hinausgehen, sind stromversorgungsrechtlich somit als Abgaben zu betrachten. 54 Die von der Verfügungsadressatin angeführten stadtrechtlichen Grundlagen richten sich nach dem Äquivalenzprinzip und damit nach dem objektiven Wert der Leistung als Berechnungsmethode bzw. als Obergrenze für den Energietarif (Liefergebühr Energie; vgl. act. 124/A&L, Rz. 14, 19, 26 und 38). Die Stromversorgungsgesetzgebung sieht für den Energietarif die cost plus-Methode vor (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2C_828/2019 vom 16. Juli 2020, E. 6.6). Sofern die Verfügungsadressatin mit ihren Ausführungen einen Gewinn, der über dem nach Stromversorgungsgesetzgebung zulässigen regulatorischen Gewinn hinausgeht, rechtfertigen möchte, kann ihr vor diesem Hintergrund nicht gefolgt werden. 55 Hingegen ist die vorliegend gegenständliche zusätzliche (d.h. über dem regulatorisch zulässigen Gewinn hinausgehende) Mittelabschöpfung zu Gunsten der Stadt Bern vom stadtbernischen Gesetzgeber (mitunter durch Delegation zu Gunsten der Exekutive) gewollt und von der stadtbernischen Stimmbevölkerung durch die Annahme des Produktgruppen-Budgets 2009 und 2010 zumindest in den Grundzügen genehmigt worden. 56 Da die fiskalrechtliche (materielle) Beurteilung der stadtbernischen Rechtsgrundlagen (einschliesslich der formalrechtlichen Delegationsnormen zu Gunsten des Gemeinderates) nicht in die Zuständigkeit der ElCom fällt (vgl. vorne Rz. 14), ist auf die entsprechenden Ausführungen der Verfügungsadressatin nicht näher einzugehen, sondern es ist einzig das Vorhandensein dieser stadtrechtlichen Grundlagen sowie die demokratische Legitimierung der Gewinnablieferung an die Stadt Bern im Grundsatz festzustellen. 57 Davon ausgehend bleibt sodann zu beurteilen, ob und inwiefern die über dem regulatorischen Gewinn hinausgehende Mittelabschöpfung energiebezogen ist und folglich als Bestandteil des Energietarifs statt auf dem Netznutzungsentgelt erhoben werden darf.

E. 4.3

Energiebezogenheit der Gewinnablieferung an die Stadt Bern 58 Wie bereits dargelegt, hat das Bundesgericht in seinem Urteil nicht näher erörtert, was mit der Energiebezogenheit der Abgabe genau gemeint ist. Die Ausführungen des Bundesgerichts sind im Lichte der Stromversorgungsgesetzgebung dahingehend zu verstehen, dass energiebezogene Abgaben (nur) mit der Energieproduktion zusammenhängen können bzw. möglich sind und als solche in die Gestehungskosten einfliessen dürfen (vgl. vorne Rz. 33 ff.). Mit anderen Worten gilt eine Abgabe als energiebezogen, sobald sie mit der Energieproduktion zusammenhängt, andernfalls gilt sie als netzbezogen (vgl. vorne Rz. 42). 59 Im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens hat das Fachsekretariat der ElCom der Verfügungsadressatin diesbezüglich keine Einschränkungen gemacht, sondern die Verfügungsadressatin lediglich aufgefordert, die Energiebezogenheit der Abgaben aus ihrer Sicht darzulegen (vgl. act. 121/A&L). 60 In Bezug auf die Zuordnung der Gewinnabgabe zum Energietarif macht die Verfügungsadressatin in ihrer Stellungnahme vom 16. Oktober 2020 im Wesentlichen geltend, die Gewinnabgabe an die Stadt Bern sei gestützt auf die Artikel 25 Absatz 5 ewr und Artikel 33 Absatz 3 ewr bei den Produktionskosten (d.h. bei der Energie) aufgrund des vom Stadtberner Souverän genehmigten Budgets mit 44 Millionen Franken je für 2009 und 2010 «voreingestellt» gewesen und habe 3.45

15/20 ElCom-D-628C3401/30 Rappen pro kWh (2009) bzw. 3.38 Rappen pro kWh (2010) betragen. Der entsprechende Anteil falle deshalb unter die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen. In den Beschaffungskosten (recte wohl: Produktionskosten; Anm. d. ElCom) sei zudem die Verzinsung der Produktionsanlagen gemäss StromVG von damals 5 Prozent eingeschlossen gewesen. Der angemessene Gewinn auf dem Energietarif – ebenfalls gemäss StromVG – sei sodann in den Vertriebs- und Verwaltungsgemeinkosten (VVGK) enthalten. Die gestützt auf das StromVG enthaltenen Gewinnanteile seien somit von denjenigen welche zusätzlich aufgrund von Artikel 33 Absatz 3 ewr hinzuge-rechnet und in den Produktionskosten eingerechnet worden seien, zu unterscheiden. Vorliegend gehe es einzig um den ausserhalb des StromVG erzielten Gewinn, der dem Energietarif hinzuge-rechnet worden und als Abgabe an die Stadt Bern abzuliefern gewesen sei (act. 124/A&L, Rz. 2 f.). Aus Sicht der Verfügungsadressatin steht die Gewinnabgabe, soweit sie die stromversorgungsrechtlich zulässige Gewinnabgabe (d.h. den stromversorgungsrechtlich zulässigen regulatorischen Gewinn; Anm. d. ElCom) überschreite, ausserhalb des StromVG und darf von der ElCom nicht in ihrer Höhe überprüft werden. Ausserdem beruhe die Gewinnabgabe auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage. Schliesslich sei die Gewinnabgabe vom stadtbernischen Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Liefergebühr für die Energie vorgesehen gewesen (act. 124/A&L, Rz. 6).

61 Die Verfügungsadressatin legt nicht ausdrücklich dar, inwiefern die Gewinnabgabe tatsächlich mit den Kosten der Energieproduktion zusammenhängen soll. Sie führt lediglich aus, dass die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen einen zusätzlichen Kostenbestandteil bilden, der vom stromversorgungsrechtlich regulierten Gewinn zu unterscheiden sei. Eine solche Abgabe könne auch als Kostenanlastungssteuer oder als Steuer für Sonderfinanzierungen zur Deckung von weiteren Kosten, welche einer öffentlich-rechtlichen Anstalt durch Auflagen des Muttergemeinwesens entstehen, ausgestaltet werden. Dabei sei die Autonomie von Kantonen und Gemeinden zu respektieren (act. 124/A&L, Rz. 8 f.). Mit der «Gebühr für Energie», welche von der Verfügungsadressatin mit Verweis auf Artikel 33 Absatz 3 ewr erwähnt wird, sei systematisch die Liefergebühr für den Bezug von Energie gemäss Artikel 32 Buchstabe c ewr gemeint. Der Wortlaut von Artikel 33 Absatz 3 ewr erweise sich sodann insofern als klar, als er festhalte, dass mit der Liefergebühr für Energie ein «Gewinn» erzielt werden dürfe. Dieser diene der Mitfinanzierung des städtischen Haushaltes und sei fiskalisch motiviert (act. 124/A&L, Rz. 27).

62 Die Energiebezogenheit besteht somit gemäss den Ausführungen der Verfügungsadressatin im Wesentlichen darin, dass der städtische Gesetzgeber sowie die das Gesetz vollziehenden Organe entschieden haben, die fiskalisch motivierte Gewinnabgabe vollumfänglich über die Anrechnung in die Produktionskosten auf dem Energietarif zu erheben. Die Energiebezogenheit reduziert sich somit auf eine gewillkürte Zuordnung der Gewinnablieferung zum Energietarif durch den stadtbernischen Gesetzgeber.

63 Dass die Gewinnablieferung an die Stadt Bern tatsächlich fiskalisch motiviert war und keinerlei engeren Bezug zur Energielieferung und -produktion aufweist, zeigt auch der Umstand, dass sowohl im Jahr 2009 als auch im Jahr 2010 die Gewinnablieferung von der Stadt Bern vollumfänglich zur Schuldentilgung verwendet wurde (vgl. Medienmitteilung vom 12. Juni 2008 «Städtisches Budget für das Jahr 2009 erneut ausgeglichen», abrufbar unter www.bern.ch > Mediacenter > Medienmitteilungen > 2008 > Juni und Medienmitteilung vom 11. Juni 2009 «Erneut ausgeglichenes Budget für das Jahr 2010», abrufbar unter www.bern.ch > Mediacenter > Medienmitteilungen > 2009 > Juni).

16/20 ElCom-D-628C3401/30 64 Seit Einführung der Stromversorgungsgesetzgebung ist es nicht mehr zulässig, von den Endverbraucher*innen Gesamtpreise zu erheben, welche Stromlieferung, Netznutzung, Quersubventionierungen oder andere Mehrkosten (d.h. auch fiskalisch motivierte Gewinnabgaben) enthalten, zumal damit insbesondere die zwingenden bundesrechtlichen Vorgaben von Artikel 14 Absatz 1 StromVG sowie von Artikel 19 Absatz 2 StromVV umgangen würden. Vor diesem Hintergrund reicht die rein subjektive, gewillkürte Zuordnung von fiskalisch motivierten Abgaben zu den Produktionskosten und somit zum Energietarif für die Erfüllung des Kriteriums der Energiebezogenheit nicht aus. An dieser Betrachtung vermag auch die Bezeichnung dieser zusätzlichen Mittelabschöpfung als «Gewinnabgabe aus Produktion» (vgl. act. 124/A&L, Rz. 2 f.) nichts zu ändern. 65 Die fiskalisch motivierte Gewinnabgabe aus Produktion stellt vorliegend eine über dem bundesrechtlich abschliessend regulierten Gewinn hinausgehende Mittelabschöpfung dar. Diese zusätzliche Mittelabschöpfung hat sich auch mit den Darlegungen der Verfügungsadressatin nicht als energiebezogen im stromversorgungsrechtlichen Sinne erwiesen und darf folglich nicht auf dem Energietarif erhoben werden bzw. in die Gestehungskosten Energie gemäss Artikel 4 Absatz 1 StromVV einfließen. Die Erhebung einer fiskalisch motivierten Gewinnabgabe wäre somit lediglich als Bestandteil des Netznutzungsentgelts möglich.

E. 5

Fazit 66 Aufgrund des Gesagten steht fest, dass eine den regulierten Gewinn in der Energie übersteigende Gewinnablieferung in den Tarifjahren 2009 und 2010 nicht als energiebezogene Abgabe auf der Energie zulässig ist. 67 Die sich aus der Zuordnung der über den regulierten Gewinn in der Energie übersteigenden Gewinnablieferung zum Energietarif ergebenden Überdeckungen in der Energie sind entsprechend über den Mechanismus der Deckungsdifferenzen nach Artikel 19 Absatz 2 StromVV und gemäss Weisung 1/2019 der ElCom vom 5. März 2019 «Deckungsdifferenzen Netz und Energie aus den Vorjahren» einschliesslich Anhang über die zukünftigen Energietarife in der Grundversorgung auszugleichen und mit dem WACC Netz (t+2) zu verzinsen. Die Verfügungsadressatin darf diese Gewinnablieferung in zukünftigen Tarifjahren als Bestandteil des Netznutzungsentgelts (Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen) separat ausweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts, E. 6.5.1 f. und E. 6.6). 68 Da die Pumpenergiekosten gegenüber der Verfügung 2016 unverändert bleiben und die Überdeckungen in der Energie weiterhin weder vollständig noch teilweise als Abgaben anerkannt werden können, erfahren die anrechenbaren Energiekosten in der Grundversorgung und folglich auch die Deckungsdifferenzen gegenüber der erstinstanzlichen Verfügung der ElCom keine Veränderung. 69 Für das Tarifjahr 2009 betragen die anrechenbaren Energiekosten in der Grundversorgung somit unverändert [...] Franken. Die sich ergebende Überdeckung im Bereich Energie bleibt ebenfalls unverändert und beträgt für das Tarifjahr 2009 [...] Franken, was 15 Prozent der anrechenbaren Energiekosten entspricht (vgl. Verfügung 2016, Dispositivziffer 8). 70 Für das Tarifjahr 2010 betragen die anrechenbaren Energiekosten in der Grundversorgung unverändert [...] Franken. Die sich ergebende Überdeckung im Bereich Energie bleibt ebenfalls unverändert und beträgt für das Tarifjahr 2010 [...] Franken, was 27 Prozent der anrechenbaren Energiekosten entspricht (vgl. Verfügung 2016, Dispositivziffer 9). 71 Die Überdeckungen sind über den Mechanismus der Deckungsdifferenzen nach Artikel 19 Absatz 2 StromVV und gemäss Weisung 2/2019 der ElCom vom 5. März 2019 «Deckungsdifferenzen Netz und Energie aus den Vorjahren» einschliesslich Anhang mit dem WACC Netz (t+2) zu verzinsen und

den Endverbrauchern in der Grundversorgung über die künftigen Energietarife zurückzuerstatten.

17/20 ElCom-D-628C3401/30

E. 6

Neuverlegung der Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren 72 In ihrer Verfügung hat die ElCom die Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren auf [...] Franken festgelegt (Dispositivziffer 10). In seinem Urteil 2C_297/2019 vom 28. Mai 2020 hat das Bundesgericht festgehalten, dass nach der teilweisen Gutheissung der Beschwerde hinsichtlich der Nebenpunkte der Gewinnablieferung an die Stadt Bern und der Berechnung der Pumpenergiekosten die erstinstanzliche Gebühr in der Höhe von [...] Franken anteilmässig zu kürzen sei. 73 Das Bundesgericht hatte in Bezug auf die Pumpenergiekosten festgehalten, dass die ElCom mangels Verletzung der Mitwirkungspflicht durch die Verfügungsadressatin nicht befugt gewesen sei, die Pumpenergiekosten ersatzweise festzulegen und ihr Ermessen anstelle desjenigen der Verfügungsadressatin zu setzen (Urteil des Bundesgerichts, E. 9.4.1). Im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens wurde der Verfügungsadressatin die Gelegenheit eingeräumt, eine neue Berechnung der Pumpenergiekosten vorzulegen und zu begründen, weshalb die angewandte Methode marktorientiert, sachlich begründbar und überprüfbar sei (act. 123/A&L, Kap. B). Mit Eingabe vom 16. Oktober 2020 teilte die Verfügungsadressatin der ElCom mit, dass sie keine Möglichkeit sehe, die Pumpenergiekosten für die Jahre 2009 und 2010 anhand einer alternativen Methode zu bestimmen. Sie begründete dies mit der teilweisen Nichtverfügbarkeit der für die gegenständlichen Jahre relevanten Daten. Deshalb akzeptierte die Verfügungsadressatin für die Jahre 2009 und 2010 die von der ElCom ersatzweise angewandte Methode (act. 124/A&L). In Bezug auf die Pumpenergiekosten deckt sich das Ergebnis mit der Verfügung 2016, weshalb die erstinstanzliche Gebühr diesbezüglich nicht zu kürzen ist. 74 Gemäss dem Urteil des Bundesgerichts ist in Bezug auf die Gewinnablieferung an die Stadt Bern keine Kürzung vorzunehmen, falls sich im Rahmen der Prüfung durch die ElCom herausstellen sollte, dass die Abgabe – entgegen der Auffassung der Verfügungsadressatin – als Bestandteil des Netznutzungsentgelts zu erheben ist (Urteil des Bundesgerichts, E. 10.3). In Bezug auf die Gewinnablieferung an die Stadt Bern kommt die ElCom vorliegend zum Ergebnis, dass die entsprechenden Abgaben, welche über den nach der Stromversorgungsgesetzgebung zulässigen regulierten Gewinn hinausgehen, wenn überhaupt über das Netznutzungsentgelt zu erheben sind (vgl. vorne Rz. 65). Dieses Ergebnis deckt sich mit der ursprünglichen Beurteilung in der Verfügung 2016. Die erstinstanzliche Gebühr ist somit entsprechend den bundesgerichtlichen Erwägungen diesbezüglich ebenfalls nicht zu kürzen. 75 Die erstinstanzliche Gebühr beträgt somit unverändert insgesamt [...] Franken. Sie wird vollumfänglich der Verfügungsadressatin auferlegt.

E. 7

Gebühr für die vorliegende Neuverfügung 76 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En). Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs.

3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Nach Artikel 3 Absatz 2 GebV-En können Gebühren aus wichtigen Gründen herabgesetzt oder erlassen werden. 77 Der Erlass der vorliegenden Neuverfügung erfolgt, da die Verfügungsadressatin mit ihrer Beschwerde gegen die Verfügung 2016 teilweise durchgedrungen ist. Im vorliegenden Verfahren wird das Urteil des Bundesgerichts 2C_297/2019 vom 20. Mai 2020 umgesetzt. 78 Aus diesem Grund wird für die vorliegende Neuverfügung keine Gebühr erhoben.

18/20 ElCom-D-628C3401/30 III Entscheid Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

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