

ELCOM 222-00001-2021-05-11-tI04CY vom 11. Mai 2021

ElCom, 2021-05-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_222-00001-2021-05-11-tI04CY

FR: ELCOM 222-00001-2021-05-11-tI04CY du 11 mai 2021

IT: ELCOM 222-00001-2021-05-11-tI04CY del 11 maggio 2021

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit 9 Das Verfahren der ElCom richtet sich gemäss Artikel 11 des Geschäftsreglements der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007 (SR 734.74) nach dem VwVG. Nach Artikel 7 Absatz 1 VwVG prüft die Behörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. 10 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Höhe der Rückliefervergütung gemäss Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0). Gemäss Artikel 62 Absatz 3 EnG entscheidet die ElCom in Streitigkeiten aufgrund des Artikels 15 EnG. Streitig ist insbesondere, ob die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen bei der Ermittlung der Rückliefervergütung berücksichtigt werden oder nicht (Artikel 12 Absatz 1 der Energieverordnung vom 1. November 2017 [EnV; SR 730.01]). Die ElCom ist zuständig, diese Streitigkeit zu entscheiden.

E. 2

Parteien und rechtliches Gehör

E. 2.1

Parteien 11 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 12 Die Gesuchstellerin hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. 13 Im vorliegenden Verfahren ist die an die Gesuchstellerin zu bezahlende Rückliefervergütung gemäss Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG streitig. Die Abnahme- und Vergütungspflicht trifft gemäss dem Wortlaut des genannten Artikels den Netzbetreiber in seinem Netzgebiet. Netzbetreiber in einem bestimmten Netzgebiet ist, wem dieses vom Kanton gemäss Artikel 5 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) zugeteilt wurde. Nach dem Kataster der Netzgebiete des Kantons Bern (aufrufbar unter: www.geo.apps.be.ch/de > Karten > Kataster der Netzgebiete [abgerufen am 5. Mai 2021]) liegt das vorliegend relevante Wasserkraftwerk [...] im Netzgebiet, welches der Gesuchsgegnerin zugeteilt wurde. Damit ist die Gesuchsgegnerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Die Gesuchsgegnerin hat daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG. 14 Die Gesuchsgegnerin hat Gelegenheit erhalten, sich zur Parteistellung zu äussern und anerkannte nach der Fusion von [...] in [...] sowie der Umfirmierung in [...] ihre Passivlegitimation im vorliegenden Verfahren. Die Gesuchstellerin nahm dies widerspruchlos zur Kenntnis.

E. 2.2

Rechtliches Gehör 15 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingabe der Gesuchstellerin wurde der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme unterbreitet. Überdies wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrundeliegenden Argumenten werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

6/27 ElCom-D-28623401/1

E. 3

Vorbringen der Parteien

E. 3.1

Vorbringen der Gesuchstellerin 16 Bereits im Jahr 2015 gelangte die Gesuchstellerin mit einem Gesuch im Zusammenhang mit der Rückliefervergütung für das Kraftwerk [...] an die ElCom (Verfügung 221-00288 vom 17. August 2017). Hierbei stützte sie sich nebst den gesetzlichen Bestimmungen insbesondere auf die Vollzugshilfe des Bundesamtes für Energie, wonach für die Bemessung der Vergütung die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen zu berücksichtigen wären. Die ElCom lehnte das Gesuch ab. Sie stützte sich hierbei insbesondere auf ihre Leitverfügung 220-00007 vom 19. April 2016, in welcher entschieden wurde, dass die massgebliche Empfehlung der genannten Vollzugshilfe des BFE gesetzeswidrig ist. Folglich war für die Bemessung der Rückliefervergütung einzig auf die konkreten Preise des Netzbetreibers für den Bezug von Energie bei Dritten abzustellen. 17 Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass die Rechtsprechung der ElCom seit der Gesetzesrevision per 1. Januar 2018 überholt sei. Der neue Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe a EnG sieht für erneuerbare Energien eine Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers in seinem Netzgebiet vor. Die Vergütung muss angemessen sein. Können sich Produzent und Netzbetreiber nicht über die Höhe der Vergütung einigen, so hat sie sich an den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie zu orientieren. Die Konkretisierung in Artikel 12 Absatz 1 EnV verlange hierbei den Einbezug der Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen und richte sich somit nicht bloss nach dem Einkaufspreis für Graustrom. Der Verordnungswortlaut sei ausdrücklich und entspreche dem Willen des Gesetzgebers (act. 1). 18 Die Gesuchstellerin hält in ihrer Stellungnahme vom 17. November 2020 (act. 12) als Vorbemerkung fest, dass es vorliegend in erster Linie um die Frage geht, ob der Gesetzgeber mit den neuen Gesetzesbestimmungen per 1. Januar 2018 bei der Bemessung der Rückliefer- vergütung die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen berücksichtigt haben wollte oder nicht. Zur Begründung ihres Anliegens bringt die Gesuchstellerin vor, beim Verfassen des Artikels 15 Absatz 3 EnG (im Parlament wurde die genannte Bestimmung noch unter Artikel 17 Absatz 3 EnG beraten) wollte man die bisherige Praxis weiterführen. Hierbei dürfe von der allgemein gängigen Praxis im Sinne der Vollzugshilfe des BFE ausgegangen werden, wonach die Gestehungskosten ebenfalls berücksichtigt würden. 19 Die Leitverfügung der ElCom wurde am 19. April 2016 erlassen, während die erste Detailberatung bereits im April 2014 stattfand. Das Differenzbereinigungsverfahren zog sich von Oktober 2015 bis März 2016 hinweg. Die Annahme der Vorlage durch die beiden Räte erfolgte schliesslich am 30. September 2016. Daraus könne geschlossen werden, dass die Leitverfügung der ElCom in der Diskussion nicht berücksichtigt werden können. In den Gesetzesmaterialien sei daher der Einbezug von Gestehungskosten der eigenen

Produktionsanlagen nicht offensichtlich, da es aufgrund der bestandenen Praxis gemäss der Vollzugshilfe des BFE für den Gesetzgeber selbstverständlich gewesen sei, dass diese Kostenfaktoren bei der Bemessung der Rückliefervergütung berücksichtigt würden. Dabei sei ihm die dadurch entstandene Ungleichbehandlung von Netzbetreibern mit resp. ohne eigene Produktionsanlagen bewusst gewesen. Als Ausgleich dafür habe er später den Artikel 6 StromVG erlassen, wonach die Netzbetreiber die Beschaffungskosten für erneuerbaren Strom bei dezentralen Produzenten in den Tarif der Grundversorgen einkalkulieren dürfe (act. 1). 20 Ebenso habe der Bundesrat zu jenem Zeitpunkt beim Erlass der Verordnung davon ausgehen können, dass die Berücksichtigung der Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen Bestandteil der «vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie» darstelle. Da dieser gesetzgeberische Wille bereits in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG zum Ausdruck komme, sei die Frage nach einer genügenden Delegationsnorm für den Artikel 12 Absatz 1 EnV überflüssig (act. 1).

7/27 ElCom-D-28623401/1 21 Diese Ansicht untermauert die Gesuchstellerin mit Argumenten der grammatikalischen und systematischen Auslegung. Der Wortlaut des Artikels 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG unterscheide sich wesentlich von demjenigen des Artikels 7 Absatz 2 aEnG. Massgebend sei nicht mehr der «Bezugspreis», sondern «die Kosten für die Beschaffung». Die Formulierung des Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG unterscheide sich zudem im Wortlaut von derjenigen in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe c EnG bezüglich der Vergütung von Biogas. Hiernach richte sich der Preis danach, was «der Netzbetreiber für den Kauf bei Dritten zu bezahlen hätte». Der Gesetzgeber habe demnach bewusst eine andere Formulierung gewählt, weil die Bemessung der Vergütung in unterschiedlicher Weise stattfinde. Mit der neutralen Formulierung der «vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie» sollen sowohl Netzbetreiber mit und ohne eigene Produktionsanlagen erfasst werden (act. 1). 22 Des Weiteren bringt die Gesuchstellerin den Aspekt der gebundenen Endkunden (mit Verbrauch bis 100 MWh gemäss Artikel 6 Absatz 2 StromVG) vor. Aufgrund der erst teilweise erfolgten Strommarktliberalisierung haben Endverbraucher im Netzgebiet der Gesuchsgegnerin den Strom ausschliesslich bei ihr zu beziehen. Für die Festsetzung des Tarifs darf der Netzbetreiber gemäss Artikel 6 StromVG und Artikel 4 StromVV die Gestehungskosten eigener Produktionsanlagen berücksichtigen. Ebenso stehe es ihm zu, die geleisteten Rückliefervergütungen über die Kostenträgerrechnung auf den Endkunden zu überwälzen. Insofern spiele es keine Rolle, ob der Verteilnetzbetreiber ein Long oder Short Beschaffungsportfolio habe. Insbesondere dürfe die Gesuchsgegnerin die eigenen Produktions- oder Beschaffungskosten für erneuerbaren Strom sogar vollständig und prioritär in der Grundversorgung anrechnen (Artikel 6 StromVG; act. 1 und 3). 23 Zusätzlich sind nach Ansicht der Gesuchstellerin die vermiedenen Netzkosten, welche durch die Einspeisung der dezentralen Produktion eingespart werden, zu berücksichtigen. Schliesslich fielen gleich mehrere Netzebenen weg, wodurch die Gesuchsgegnerin entsprechend weniger in die oberen Netzebenen investieren müsse. Der der Wortlaut in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG umfasse die gesamten «vermiedenen Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie», also auch die vermiedenen Netzkosten (act. 12). 24 Die Gesuchstellerin verweist weiter darauf, dass die ElCom bereits in der Verfügung 221-00288 vom 18. August 2017 festhielt, dass bei Konzern(schwester)gesellschaften die vertikal integrierten Unternehmen nicht als Dritte gelten. Es finden sich im StromVG keine Vorschriften, wie sich ein Netzbetreiber juristisch zu organisieren hat, weshalb die von einer rechtlich eigenständigen juristischen Person produzierte Elektrizität, welche dem

Netzbetreiber zufließt, ebenso als dessen Eigenproduktion angesehen werden kann. Diese Ausführungen seien noch unter altem Recht entstanden, als die Eigenproduktion noch nicht zu berücksichtigen war. Die Gesuchstellerin beschreibt die Konzernverhältnisse der [...] zwar als unübersichtlich und nicht abschliessend überschaubar, aber dennoch sei ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin zur Konzerngruppe gehöre. Da unter neuem Recht die eigenen Gestehungskosten zu berücksichtigen seien, führen diese Überlegungen im Umkehrschluss zwangsläufig dazu, dass die Eigenproduktion aller Schwestergesellschaften somit ebenfalls für die Bemessung der Rückliefervergütung zu berücksichtigen wären (act. 1). 25 Für die Gesuchstellerin ist es zudem offensichtlich, dass die Gesuchsgegnerin mit Hilfe der kürzlich ergangenen Umstrukturierung ein neues Beschaffungsportfolio erstellt hat, wodurch immer tiefer werdende Rückliefervergütungen bezahlt werden, jedoch gleichzeitig den gebundenen Endkunden ein praktisch unveränderter Energiepreis verrechnet wird. Dies sei sicherlich nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen. Vielmehr sei aus den Materialien herauszulesen, dass die bisherige Praxis weitergeführt werden solle (act. 12).

E. 3.2

Vorbringen der Gesuchsgegnerin 26 Die Gesuchsgegnerin bringt vor, die Abnahme- und Rückliefervergütung in Artikel 15 EnG schaffe die nötigen Rahmenbedingungen, um den Stromproduzenten die Veräusserung der Energie zu vereinfachen. Ziel sei es, einen angemessenen Ausgleich der Kräfteverhältnisse zwischen

8/27 ElCom-D-28623401/1 den kleineren Produzenten und Verteilnetzbetreiber zu schaffen, indem Netzbetreiber dazu verpflichtet werden, die ihnen angebotene Energie zu festgelegten Grundsätzen für die Vergütung einzukaufen. Weil weder eine Subventionierung noch eine Förderung der Produzenten zu Lasten der Verteilnetzbetreiber beabsichtigt werde, beschränke sich daher die Vergütungshöhe des Netzbetreibers auf den Preis, wie wenn die eingespeiste Elektrizität selbst bei Dritten bezogen worden wäre. Die Abnahme der Rückliefermenge stelle für den Netzbetreiber lediglich eine alternative Beschaffungsquelle dar, welche einen wirtschaftlich neutralen Effekt auf ihn habe (act. 8). 27 Zu beachten sei gemäss der Gesuchsgegnerin die Tatsache, dass die Strukturen der abnahmepflichtigen Verteilnetzbetreiber sehr heterogen seien. Manche Netzbetreiber würden über keine eigenen Produktionsanlagen verfügen und die benötigte Elektrizität ausschliesslich bei Dritten beziehen, während andere einen Teil oder gar den gesamten Energiebedarf durch eigene Produktion selber erzeugen würden. Eine weitere Gruppe würde selbst nicht über Endkunden verfügen und hätten somit, mit Ausnahme des Bedarfs für den Ausgleich von Netzverlusten, keine Verwendung für die von Dritten eingespeiste Energie. Bei einer Berücksichtigung der Gestehungskosten für die Bemessung der Vergütungshöhe käme es zu einer Ungleichbehandlung der unterschiedlich organisierten Verteilnetzbetreiber. Daher habe der Gesetzgeber, um diesen unterschiedlichen Konstellationen gerecht zu werden, eine mit den übergeordneten Rechtssätzen vereinbare und angemessene bzw. neutrale Regelung geschaffen (act. 8). 28 Die wirtschaftliche Neutralität für den Netzbetreiber lasse sich ebenso wenig durch die derzeit geltende Absatzmöglichkeit der Rücklieferenergie in der Grundversorgung (Art. 6 Abs. 5bis StromVG) herbeiführen. Gemäss der Durchschnittspreismethode dürfe der Netzbetreiber die Eigenproduktion und die Rückliefermenge nur anteilig in die Grundversorgung bringen. Überschüssige Elektrizität müsse dann ebenfalls auf dem Markt angeboten werden. Da Marktkunden nicht bereit seien, mehr als den Marktpreis zu bezahlen, entstehe ein Verlust,

wenn die Rückliefervergütung den Marktpreis übersteigt. Des Weiteren könnten maximal die spezifischen Gestehungskosten des Rücklieferers vergütet und vollumfänglich in den Grundversorgungstarif eingerechnet werden. Jedoch gäbe es hier keinen Bezug zu den Gestehungskosten des Produktionsportfolios des Netzbetreibers, nach deren sich die Rückliefervergütung gemäss Artikel 12 Absatz 1 EnV jedoch bemessen würden (act. 8). Der Vollständigkeit halber führte die Gesuchsgegnerin zusätzlich aus, dass bei der Eintarifierung ebenfalls die Kosten des entsprechenden Herkunftsnachweises eingerechnet werden müssen (Art. 4 Abs. 3 StromVV). Möchte der Netzbetreiber den eingespeisten Strom aus erneuerbaren Energien in die Grundversorgung einkalkulieren, so müsse er ebenfalls den dazugehörigen Herkunftsnachweis einkaufen, obwohl eine solche Abnahmepflicht nicht besteht. Zudem sei der Verweis auf Artikel 6 Absatz 5bis StromVG insoweit unbehilflich, als dass dieser keine Basis für eine dauerhafte Regelung darstelle, sondern lediglich als Übergangslösung während der Phase der Marktprämie eine prioritäre Berücksichtigung einheimischer erneuerbarer Energie vorsehe (act. 16). 29 Nach der Auffassung der Gesuchsgegnerin liess sich der Gesetzgeber schon in der Botschaft betreffend den Bundesbeschluss über sparsame und rationelle Energieverwendung (Energiegesetzbeschluss vom 21. Dezember 1988) von den vorangegangenen Argumenten leiten. Dies komme insbesondere auf S. 514 durch folgende Aussage zum Ausdruck: «Die Abnahmeverpflichtung könnte zu einem Konflikt führen, wenn im Versorgungsnetz Überkapazitäten bestehen und zusätzliche Einspeisungen erfolgen. Die Lösung ist, dass unter diesen Umständen nur die vermiedenen variablen Kosten entschädigt werden». Ebenso habe der Gesetzgeber damals nach einer Ausgestaltung der Abnahme- und Vergütungspflicht gesucht, welche dem Netzbetreiber weder finanzielle Vor- noch Nachteile bringe. Es sei explizit keine Subventionierung der erneuerbaren Energie, statt durch das Gemeinwesen, durch die Elektrizitätswirtschaft gewollt. Anhand der jeweils anwendbaren Gesetzesbestimmungen sei ersichtlich, dass der Gesetzgeber seither nicht mehr von diesen Grundsätzen abgewichen sei (act.16).

9/27 ElCom-D-28623401/1 30 Die Gesuchsgegnerin führt weiter aus, es sei zwischen dem neuen Einspeisevergütungssystem (EVS) und der Abnahme- und Vergütungspflicht zu differenzieren. Ersteres sei als Fördersystem erschaffen worden und im Vergleich zur bisherigen kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) marktnäher ausgestaltet. Die Betreiber von grösseren Anlagen hätten den produzierten Strom selber am Markt zu verkaufen. Für kleinere Produzenten bestehe die Möglichkeit, ihre produzierte Energie in die Bilanzgruppe einzuspeisen, wofür die Bilanzgruppe für erneuerbare Energien der Vollzugsstelle und diese wiederum den Produzenten den Referenz-Marktpreis vergüte. Bei kleineren Anlagen, die vor dem 31. Dezember 2017 an das Elektrizitätsnetz angeschlossen wurden, erfolge die Einspeisung in das Netz des Netzbetreibers, welcher der Vollzugsstelle und diese wiederum dem Produzenten den Referenz-Marktpreis vergüte. Wenn sich eine kleinere Anlage (Leistung bis 3 MW oder jährliche Produktion von höchstens 5000 MWh) nicht für eine Einspeisevergütung qualifiziere, dann habe sie das Recht, dass der eingespeiste Strom zu den in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG aufgeführten Konditionen vergütet werde. Folglich sei die Abnahme- und Vergütungspflicht subsidiär zur Teilnahme am EVS und somit, im Gegensatz zum EVS als Förderinstrument, ein Schutzinstrument mit dem Ziel, den kleineren Produzenten eine Hilfestellung bei der Vermarktung ihrer Energie zu bieten (act. 8). 31 Anhand der Materialien sei gemäss der Gesuchsgegnerin ersichtlich, dass weder das alte noch das neue Gesetz eine Subventionierung bzw. Förderung der Einspeiser bezwecke. Bei den momentanen

Marktbedingungen käme eine Vergütung der Gestehungskosten jedoch einer solchen Subvention gleich. Eine solche Subventionierung bedürfe einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn. In verschiedenen Voten werde klargestellt, dass die Grundsätze des Vergütungssystems nach Artikel 7 aEnG beibehalten resp. näher an den Markt geführt werden solle. In der parlamentarischen Diskussion habe Einigkeit darüber bestanden, dass den Produzenten eine angemessene Vergütung bezahlt werden solle. In den Materialien sei ebenfalls die Meinungsverschiedenheit erkennbar, was als angemessene Vergütung angesehen wurde. Das Votum für eine Vergütung orientiert an den Gestehungskosten sei nicht mehrheitsfähig gewesen. Dies käme wohl daher, dass eine solche Regelung zu einer Vermischung der Ziele der Abnahme- und Vergütungspflicht mit den Förderungszielen für erneuerbare Energien bewirken würde. Im Ergebnis sei eine Einigung dazu erfolgt, wonach der Netzbetreiber (immerhin) das zu vergüten habe, was er ansonsten für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität bei Dritten hätte bezahlen müssen. Somit sei eine Lösung mit angemessenem Schutz für die schwächere Verhandlungsposition der kleinen Produzenten, aber mit minimalem Eingriff in die Vertragsfreiheit gefunden worden (act. 8). 32 Des Weiteren bringt die Gesuchsgegnerin vor, der Wortlaut von Artikel 12 Absatz 1 EnV gehe über den Sinn und Zweck von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG hinaus. Bereits der Gesetzeswortlaut stelle dies klar. Einerseits sei im Wortlaut von «Beschaffen» die Rede, womit nur der Bezug von Elektrizität bei Dritten gemeint sei. Ebenso weise die festgelegte Entschädigung nach den vermiedenen Kosten darauf hin, da im schweizerischen Kontext Kraftwerke kaum variable, sondern mehrheitlich fixe Kosten hätten (insb. Kapitalkosten und Wasserzinsen), welche durch Herunterfahren der Produktionsmenge nicht gesenkt würden. Bei einer Abnahme der Einspeisung können demnach kaum Produktionskosten, dafür aber Beschaffungskosten vermieden werden. Da die Berücksichtigung der Gestehungskosten sich nicht im Gesetz findet, dehne die Verordnung den gesetzlich definierten Rahmen der Rückliefervergütung aus. Das EnG enthalte jedoch keine entsprechende Delegationsnorm im Sinne von Artikel 164 Absatz 2 BV, welche den Verordnungsgeber dazu ermächtigen würde, eine gesetzesvertretende Regelung zu erlassen. Entsprechend sei die Berücksichtigung der Gestehungskosten bei der Bemessung der Vergütungshöhe gemäss Artikel 12 Absatz 1 EnV gesetzeswidrig (act. 8). 33 Hinsichtlich des Zusammenspiels von Eigentümerstruktur und Produktions- und Bezugsfaktoren innerhalb eines Konzerns (vgl. Verfügung der ECom 221-00288 vom 17. August 2017, Rz. 50) teilen die Gesuchsgegnerin und die Gesuchstellerin dasselbe Verständnis (act. 1 und 8). Gemäss Gesuchsgegnerin verkenne die Gesuchstellerin die besondere Lage innerhalb der [...], welche nach wie vor über mehr als genügend Eigenproduktion verfüge und deshalb nicht auf den

10/27 ECom-D-28623401/1 Erwerb von Energie bei Dritten angewiesen sei. Somit könne die Gesuchsgegnerin weder unter altem noch unter neuem Recht durch dezentral eingespeiste Energie Kosten vermeiden, weshalb die von der Gesuchstellerin eingespeiste Energie (lediglich) zu Marktpreisen abgenommen und weiterveräussert wird (act. 8).

E. 4

Antrag auf Stellungnahme BFE 34 Obwohl sich der Gesetzeswortlaut bei der letzten Revision im Jahre 2018 etwas verändert hatte, bringen sowohl Gesuchsgegnerin als auch Gesuchstellerin vor, dass es stets in der Absicht des Gesetzgebers war, die bisherige Praxis weiterzuführen (act. 1, 8, 12 und 16). Hierbei haben die Parteien eine unterschiedliche Auffassung, was als bisherige Praxis angesehen wurde. Als Argumentationsgrundlage wird

von beiden Seiten die Entstehungsgeschichte der neuen Bestimmung verwendet. 35 Die Gesuchsgegnerin bringt vor, die parlamentarische Diskussion bringe klar zum Ausdruck, dass kein Systemwechsel angestrebt wurde. Daher habe der Netzbetreiber lediglich das zu vergüten, was er ansonsten für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität bei einem Dritten hätte aufwenden müssen. Nur ein Votant habe die Berücksichtigung der Gestehungskosten befürwortet. Da diese Meinung ohne Gefolgschaft geblieben sei, entspreche sie nicht dem Willen des Gesetzgebers (act. 8 und 16). 36 Dagegen argumentiert die Gesuchstellerin, der Grund, warum die Berücksichtigung der Gestehungskosten nicht vermehrt im Parlament diskutiert worden sei, läge darin, dass nach der bisherigen Praxis die Bemessung der Rückliefervergütung entsprechend der Vollzugshilfe des Bundesamts für Energie (BFE) die Gestehungskosten berücksichtigt habe. Erst durch die Verfügung 220-00007 der ElCom vom 19. April 2016 sei die Vollzugshilfe des BFE als gesetzeswidrig erklärt und klargestellt worden, dass lediglich die Bezugskosten für Graustrom auf dem Markt zu vergüten seien. Vor Erlass der Verfügung, somit auch während den parlamentarischen Diskussionen, habe die allgemeine Praxis dem Vorgehen gemäss Vollzugshilfe entsprochen. Durch eine Stellungnahme des BFE würde diese Tatsache verifiziert werden (act.1 und 12). 37 Gemäss Artikel 62 Absatz 3 EnG entscheidet die ElCom bei Streitfällen nach Artikel 15 EnG. Somit liegt die Kompetenz zur (historischen) Gesetzesauslegung und mithin die Beurteilung, von welcher bisherigen Praxis der Gesetzgeber ausgegangen ist, ausschliesslich bei der ElCom. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Stellungnahme des BFE wird abgewiesen.

E. 5

Vergütung basierend auf Gestehungskosten

E. 5.1

Rechtliche Grundlage 38 Netzbetreiber und Produzent einigen sich über die Höhe der Vergütung der ihnen angebotenen Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Art. 15 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 15 Abs. 3 EnG). Erst wenn dies nicht gelingt, kommen die Vorgaben von Artikel 15 Absatz 3 EnG subsidiär zur Anwendung. Bei Elektrizität aus erneuerbaren Energien richtet sich die Vergütungshöhe nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität (Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG). 39 Die Abnahme- und Vergütungspflicht wird in Artikel 12 Absatz 1 EnV konkretisiert, wonach sich die Vergütung nach den Kosten des Netzbetreibers für den Bezug gleichwertiger Elektrizität bei Dritten sowie den Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen richtet. Die Kosten für allfällige Herkunftsnachweise werden nicht berücksichtigt. Die Gleichwertigkeit bezieht sich auf die technischen Eigenschaften der Elektrizität, insbesondere auf die Energiemenge und das Leistungsprofil sowie auf die Steuer- und Prognostizierbarkeit.

11/27 ElCom-D-28623401/1 40 Nicht streitig ist vorliegend, dass das Kleinwasserkraftwerk [...] erneuerbare Energien produziert (siehe auch Art. 4 Abs. 1 Bst. c StromVG, wonach zu den erneuerbaren Energien Wasserkraft, Sonnenenergie, Geothermie, Umgebungswärme, Windenergie und Energie aus Biomasse und aus Abfällen aus Biomasse gehören) und die Gesuchsgegnerin eine Abnahmepflicht trifft. Vorliegend ist hingegen streitig, ob die Berücksichtigung der Gestehungskosten vom Gesetzgeber vorgesehen ist oder nicht. Zur Beurteilung wird im Nachfolgenden Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG ausgelegt. Anhand der Gesetzesauslegung kann im Anschluss über die Gesetzmässigkeit von Artikel

12 Absatz 1 EnV entschieden werden.

E. 5.2

Auslegung Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG 41 Bei der Auslegung von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG sind die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung anzuwenden. Namentlich erfolgt eine grammatikalische, teleologische, systematische, historische und zeitgemässe Auslegung, wobei keine Methode grundsätzlich Vorrang genießt. Es sollen jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 177 f.). Im Verwaltungsrecht steht dennoch die teleologische Auslegungsmethode im Vordergrund, da es stets um die Erfüllung bestimmter staatlicher Aufgaben und um die Verwirklichung bestimmter öffentlicher Interessen geht, die je einen besonderen Zweck erfüllen (vgl. WIEDERKEHR RENÉ, in: René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. 1, Bern 2012, Rz. 951). Bei jungen Gesetzen ist insbesondere der Wille des historischen Gesetzgebers von erheblicher Bedeutung und darf nicht ohne weiteres übergangen werden (vgl. BGE 134 V 170, E. 4.1 mit weiteren Hinweise sowie BGE 136 I 297, E. 4.1).

E. 5.2.1

Grammatikalische Auslegung 42 Gemäss Wortlaut von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG richtet sich die Rückliefervergütung nach den vermiedenen Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität. Dem Verb «beschaffen» schreibt Duden folgende Bedeutung zu: [unter Überwindung von Schwierigkeiten] dafür sorgen, dass jemand, was er nötig braucht, bekommt; besorgen, herbeischaffen (vgl. https://www.duden.de/rechtschreibung/beschaffen_besorgen, abgerufen am 5. Mai 2021). Unter «besorgen» wird nebst etwas beschaffen, d.h. kaufen, ebenfalls das Erledigen einer Aufgabe verstanden (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/besorgen>, abgerufen am 5. Mai 2021). Im Gegensatz dazu zielt «herbeischaffen» primär auf die räumliche Verschiebung ab (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/herbeischaffen>, abgerufen am 5. Mai 2021). Der deutsche Wortlaut schliesst Gestehungskosten nicht aus. 43 Bei der grammatikalischen Auslegung sind die Formulierungen des Gesetzestextes in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig. Daher ist die abweichende Wortwahl in der französischen wie italienischen Sprachfassung zu beachten, welche mit den Formulierungen «acquérir une énergie équivalente» und «l'acquisto di elettricità equivalente» «vom Kauf gleichwertigen Stroms» sprechen. Der französische und der italienische Wortlaut schliessen somit Gestehungskosten aus. Stimmt der Wortlaut der drei Sprachfassungen nicht überein, so ist der Sprachfassung den Vorzug zu geben, welche den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Somit ist ebenfalls mit Hilfe der anderen anerkannten Auslegungsmethoden zu ermitteln, welche Fassung den Vorzug geniessen wird (HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 95). 44 In der Detailberatung der UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015 (S. 18) wird der Antrag zur Veränderung des französischen Textes von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG gestellt, weil die bisherige Übersetzung nicht sehr gut gewesen sei. Der neue Formulierungsvorschlag wird mit 13 zu 12 Stimmen angenommen. Im Parlament wird die französische Sprachfassung ohne weitere Voten angepasst (AB 2016 N 74). Der Wortlaut ändert sich von «la rétribution se définit selon les économies de coûts du gestionnaire de

réseau par rapport à l'acquisition d'une énergie

12/27 ElCom-D-28623401/1 équivalente» zu «la rétribution correspond aux coûts que le gestionnaire de réseau aurait eu pour acquérir une énergie équivalente» (www.parlament.ch > Geschäfte > Suche nach 13.074 > Ratsunterlagen > Fahne 2016 III N, S. 6 [abgerufen am 5. Mai 2021]). Trotz der Anpassung bleibt die Kernaussage dieselbe. 45 Nach Auffassung der Gesuchsgegnerin schliesse bereits der klare Wortlaut von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG eine Berücksichtigung der Gestehungskosten aus (vgl. oben Rz. 32). Diese Ansicht wird in der Literatur unterstützt: Nach dem allgemeinen Sprachverständnis beschaffe man etwas bei einem Dritten. Dementsprechend könnten nur die Kosten für alternativ bezogene Energie vermiedene Beschaffungskosten sein, die es zu vergüten gilt (MORGENBESSER MISCHA, Die Abnahme und Vergütungspflicht nach Art. 15 EnG, in: Jusletter vom 9. April 2018, Rz. 31; RECHSTEINER STEFAN/WALDNER MICHAEL, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band 3, Bern 2020, Art. 15 Rz. 20; RECHSTEINER STEFAN/BENZ ANN SOFIE, Gutachten im Auftrag vom VSE, Gesetzeskonformität der Rüchspeisevergütung gemäss Verordnungsentwurf zur Energiestrategie 2050 [Art. 13. Abs. 1 E-EnV] vom 13. April 2017, Rz. 47 f.). Gegen diese Ansicht spricht, dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eine Beschaffung nicht zwingend den Bezug bei Dritten meint und der Wortlaut in den drei Sprachfassungen nicht gleich ist (vgl. oben Rz. 42). 46 Dem Wortlaut kann des Weiteren entnommen werden, dass sich die Vergütungshöhe nach den «vermiedenen Kosten» des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie richtet. Die Gesuchsgegnerin bringt vor, die eingespeiste Energie von kleinen Produzenten könne nur als alternative Bezugsquelle zum Einkauf von Elektrizität bei Dritten angesehen werden. Dies schon deshalb, weil lediglich der Einkaufspreis vermieden werden kann. Für die eigenen Produktionsanlagen bestünden hohe Fixkosten, welche auch bei einer Drosselung der Eigenproduktion weiterbestehen würden. Somit könnten in der Regel keine oder lediglich höchst unbedeutende Kosten vermieden werden (act. 8; so auch RECHSTEINER/BENZ, a.a.O., Rz. 47; MORGENBESSER, a.a.O., Rz. 31; RECHSTEINER/WALDNER, a.a.O., Art. 15 Rz. 20). Ob mit dem Hinweis auf die «vermiedenen Kosten» bei der Beschaffung lediglich der Preis für den Einkauf von elektrischer Energie gemeint ist oder ebenso die Gestehungskosten von Eigenproduktion miteingeschlossen werden, ist aus dem Wortlaut nicht ersichtlich. Folglich hat diesbezüglich ebenfalls eine Konkretisierung anhand anderer Auslegungsmethoden zu erfolgen. 47 Demnach schliesst der Wortlaut von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht aus, dass der Gesetzgeber bei den vermiedenen Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität nebst dem Bezug von Elektrizität bei Dritten ebenfalls die Gestehungskosten aus eigenen Produktionsanlagen oder Kraftwerksbeteiligungen der Netzbetreiber gemeint hat. Ob dies auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, muss nachfolgend mit Hilfe weiterer Auslegungsmethoden ermittelt werden.

E. 5.2.2

Systematische Auslegung 48 Die Abnahme- und Vergütungspflicht gemäss Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG ist systematisch im 3. Kapitel «Einspeisung netzgebundener Energie und Eigenverbrauch» des EnG eingeordnet. Wie Nationalrat Eric Nussbaumer zusammenfasste, geht es hier «um die Rahmenbedingungen für Investitionen in dezentrale Stromerzeugungsanlagen und dabei insbesondere um Anlagen, die erneuerbare Energien

nutzen» (AB 2014 N 2067). 49 Im Vergleich zum Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (aEnG) wurde die Gesetzssystematik verändert. Im aEnG wurde die Abnahme- und Vergütungspflicht mit der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) gemeinsam in einem Kapitel unter dem Titel «Energieversorgung» behandelt. Die KEV ist durch das «Einspeisevergütungssystem» ersetzt worden und findet sich im 4. Kapitel. In der Detailberatung der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats (UREK-N) findet sich ein Hinweis darauf, dass die systematische Abtrennung ebenfalls die Trennung der beiden Bereiche signalisiert. Diese Vorgehensweise sei markt- orientierter, da man sich entweder im Bereich der KEV (heute «Einspeisevergütungssystem») oder im Bereich der Abnahmepflicht befinde (Protokoll UREK-N vom 31. März – 1. April 2014, 13/27 ElCom-D-28623401/1 S. 30, ähnlich Ständerat Ivo Bischofberger, AB 2015 S 946). Während die Mehrkostenvergütung der erneuerbaren Energien als vorübergehende Unterstützung gedacht ist, soll die Rückliefervergütung langfristigen Bestand haben (Protokoll UREK-N vom 31. März – 1. April 2014, S. 28). 50 Die Gesuchstellerin verweist auf die unterschiedliche Wortwahl in den Regelungen in Artikel 15 Absatz 3 Buchstaben a – c EnG: Buchstabe a spricht von «Beschaffen», Buchstabe b referenziert ausdrücklich auf den Marktpreis im Zeitpunkt der Einspeisung und Buchstabe c auf den Preis beim Kauf von Biogas bei Dritten (act. 1). Die Botschaft des Bundesrates zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013 (Bundesblatt [BBl] 2013 7561 ff.) führt zur Differenz in den Regelungen in Artikel 15 Absatz 3 Buchstaben b – c EnG (damals war der heutige Artikel 15 EnG noch als Artikel 17 vorgesehen) Folgendes aus (BBl 2013 7561, 7669 f.): Gemäss Buchstabe b bemisst sich die Vergütung für Elektrizität aus fossil und teilweise fossil befeuerten WKK-Anlagen nach den Preisen am Spotmarkt. Massgebender Gedanke dahinter ist die vorhandene Möglichkeit der Produktionssteuerung dieser Anlagen. Entsprechend können sie auf Bedarfs- und Preisschwankungen zu ihren Gunsten reagieren. Dadurch wird gewährleistet, dass diese Anlagen dann produzieren und einspeisen, wenn es für sie aufgrund der Brennstoffkosten sowie der Vergütung rentabel ist. Da für Biogas kein vergleichbarer liquider Markt besteht, kann im Streitfall nicht auf einen Marktpreis zurückgegriffen werden. Deshalb legt Buchstabe c zur Ermittlung des Preises im Einzelfall als Referenz den Kaufpreis fest, welcher der Netzbetreiber für den Kauf von Biogas zu bezahlen hätte, würde er solches bei einem Dritten beziehen (vgl. BBl 2013 7561, 7669 f.). Bei Buchstabe a hat sich der Gesetzgeber gegen das Modell des Bundesrates entschieden. Somit hilft die Botschaft des Bundesrates für die Erklärung des sprachlichen Unterschiedes zu Buchstabe b und c nicht weiter. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin ist die unterschiedliche Formulierung von Buchstabe a bis c kein eindeutiger Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber die Gestehungskosten berücksichtigen wollte. 51 Die systematische Auslegung gibt keinen Aufschluss darüber, ob bei der Bemessung der Rückliefervergütung gemäss Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG die Gestehungskosten zu berücksichtigen sind oder nicht.

E. 5.2.3

Historische Auslegung 52 Die Abnahme- und Vergütungspflicht in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG (in der Botschaft noch als Art. 17 E-EnG) wurde von den eidgenössischen Räten kontrovers diskutiert. Einigkeit bestand darüber, dass diese Bestimmung der vergleichsweise schwächeren Position des Produzenten mit verhältnismässig geringer Produktion als eine Art «sicheren Hafen» Schutz bieten soll. Die Produzenten sollen für

ihre Energie, die sie veräussern möchten, in jedem Fall einen Abnehmer haben, der ihnen einen angemessenen Preis bezahlt. Diskutiert wurde insbesondere, wie dieser Preis, welcher ein Netzbetreiber dem dezentralen Produzenten bezahlen muss, sofern letzterer seinen Strom nicht zu einem höheren Preis auf dem Markt veräussern kann, zu bemessen ist (Nationalrat Stefan Müller-Altermatt, AB 2016 N 71). Insgesamt standen drei Varianten zur Diskussion; ein Modell des Bundesrates, eines des Nationalrates und eine Kompromissvariante der UREK-S. Für ein besseres Verständnis des Hintergrundes von Artikel 15 EnG werden bei der Auslegung die Protokolle über die Detailberatungen der UREK-N und UREK-S beigezogen, womit dem Antrag der Gesuchstellerin entsprochen wird (vgl. oben Rz. 6). 53 Das Modell des Bundesrates sah in seinem Entwurf für den Artikel 17 E-EnG folgendes vor: «Können sich Netzbetreiber und Produzent über die Vergütung nicht einigen, so gilt für diese Folgendes: a. Bei Elektrizität aus erneuerbaren Energien orientiert sie sich an den Preisen am Terminmarkt und trägt neben Angebot und Nachfrage auch den Eigenschaften der einzelnen Produktionsarten angemessen Rechnung; die Vergütungshöhe wird, in der Regel differenziert nach Lieferzeiträumen, jeweils für ein Jahr festgelegt und ist dem Produzenten rechtzeitig im Voraus bekanntzugeben» (BBl 2013 7757). Gemäss dem Protokoll der UREK-N vom 5. –

14/27 ElCom-D-28623401/1

E. 5.2.4

Teleologische Auslegung 69 Das EnG soll gemäss Artikel 1 Absatz 1 zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglicheren Energieversorgung beitragen. In Absatz 2 werden weitere Zwecke aufgeführt. Unter anderem wird der Übergang hin zu einer Energieversorgung, die stärker auf der Nutzung erneuerbarer Energien gründet, angestrebt. Weiter werden in Artikel 2 Absatz 1 und 2 EnG Richtwerte für den Ausbau der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien definiert. 70 Artikel 15 EnG bezweckt, wie schon seine Vorgängerbestimmung Artikel 7 aEnG, primär einen minimalen Ausgleich zwischen der regelmässig schwächeren Position von Produzenten mit verhältnismässig geringer Produktion gegenüber den Energieversorgungsunternehmen. Die fraglichen Produzenten sollen für die Elektrizität aus erneuerbaren Energien, die sie veräussern möchten, in jedem Fall einen Abnehmer haben, der ihnen einen angemessenen Preis bezahlt (BBl 2013 7561, S. 7667; ähnlich bereits Botschaft zum Energiegesetz (EnG) vom 21. August 1996, BBl 1996, S. 1093). Es brauche wirksame und einfache Rahmenbedingungen, damit alle Investoren für den produzierten Strom einen fairen Preis bekommen (Eric Nussbaumer, AB 2014 N 2067). 71 Die Abnahme- und Vergütungspflicht in Artikel 15 EnG stellt insoweit einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, als dass sie einerseits die Elektrizitätsversorgungsunternehmen dazu verpflichtet, die angebotene Energie einzukaufen und andererseits Vorgaben macht, nach welchen Grundsätzen eine angemessene Vergütung dafür bezahlt werden muss (MORGENBESSER, a.a.O., Rz. 21; RECHSTEINER/WALDNER, a.a.O., Art. 15 Rz. 8; RECHSTEINER /BENZ, a.a.O., Rz. 24). Die Bemessung nach Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG kommt nur subsidiär zur Anwendung: Ist keine Einigung zwischen Netzbetreiber und Produzent möglich, so sei eine Vergütung in der Höhe des Preises, den der Netzbetreiber einem anderen Lieferanten bezahlen würde, zu leisten (so auch Votum von Bundesrätin Doris Leuthard, AB 2016 N 70). 72 Die Gesuchsgegnerin weist darauf hin, dass eine Berücksichtigung der Gestehungskosten bei der Bemessung der Rückliefervergütung einer Subventionierung von erneuerbaren Energien durch die

Netzbetreiber gleichkäme (vgl. oben Rz. 29 und 31; siehe auch RECHSTEINER/BENZ, a.a.O., Rz. 52 f.; MORGENBESSER, a.a.O., Rz. 33). Eine solche Gesetzesauslegung entspreche jedoch nicht dem gesetzgeberischen Willen. Die Botschaft zum erwähnten Energienutzungsbeschluss (BB1 1988 I, 513) hielt explizit fest: «Die Grundsätze über Anschlussbedingungen für Eigenerzeuger bezwecken keine Subventionierung, [...]» Eine von diesem Grundsatz abweichende Intention des Gesetzgebers habe sich seither nicht aus den jeweiligen Gesetzesbestimmungen ableiten lassen können (act. 8). Aufgrund der vielfältigen Subventionsverhältnisse finden sich in der Lehre kaum vollständig übereinstimmende Umschreibungen für die Subvention (SCHAERER BARBARA, Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht, Diss., Churz/Zürich 1992, S. 33). In Artikel 3 des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG; SR 616.1) werden Subventionen definiert als geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten. Hierbei zeichnet sich der geldwerte Vorteil dadurch aus, dass keine marktübliche Gegenleistung erbracht wird (SCHAERER, a.a.O., S. 39). Bei der Rückliefervergütung erhält ein Produzent für die von ihm freiwillig gewählte Stromproduktion aus erneuerbaren Energien eine Vergütung vom Netzbetreiber für den eingespeisten Strom. Durch die Berücksichtigung der Gestehungskosten ist in der momentanen Marktlage zwar zu erwarten, dass die Rückliefervergütung höher ausfallen

20/27 ElCom-D-28623401/1 wird, als wenn lediglich der Preis für Graustrom auf dem Termin- oder Spotmarkt vergütet würde. Die Verteilnetzbetreiber beschaffen jedoch nicht sämtlichen Strom auf dem Termin- oder Spotmarkt, sondern teils bei anderen Produzenten oder aus eigenen Kraftwerken. Die Abnahmeverträge von Drittproduzenten wurden in den parlamentarischen Debatten explizit erwähnt. Der relevante Markt ist gemäss Resultat der Auslegung gerade nicht der Termin- oder Spotmarkt. Das Modell des Bundesrates wurde verworfen. Nationalrat Stefan Müller-Altermatt erachtet sogar die Rückliefervergütung bemessen am Mittelwert der Endkundenpreise für Energie (Modell des Nationalrates) als Abnahmeverpflichtung auf dem Marktpreisniveau (AB 2014 N 2072). In der parlamentarischen Diskussion über die verschiedenen vorgeschlagenen Modelle für Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG werden primär Argumente betreffend anfallende Bürokratie, Marktnähe, Preissicherheit und Schutz für kleine Produzenten ins Feld geführt. Obwohl mit der Abnahme- und Vergütungsgarantie ein Förderinstrument geschaffen wurde, bringt kein Parlamentarier zum Ausdruck, dass er bei der Rückliefervergütung von einem Subventionierungsinstrument ausgeht (vgl. Albert Rösti, AB 2014 N 2062; Peter Schilliger, AB 2014 N 2065; Ivo Bischofberger 2015 S 946). Wie bereits erwähnt, hat diese Bestimmung zum Ziel, kleinen Produzenten für die Veräusserung ihres produzierten Stroms einen fairen Preis zu garantieren (Bundesrätin Doris Leuthard, AB 2016 N 70), wodurch für diese einen sicheren Hafen geschaffen wird (Stefan Müller-Altermatt, AB 2016 N 71). Der dezentrale Produzent soll nicht schlechter gestellt werden, als ein Produzent, mit welchem Abnahmeverträge bestehen (vgl. oben Rz. 60). Anhand dieser Ausführungen ist erkennbar, dass der Gesetzgeber mit der Rückliefervergütung kein Subventionierungsinstrument beabsichtigt hat. Auch aus der systematischen Auslegung kann wie vorn gesehen derartige nicht abgeleitet werden (vgl. oben Rz. 49).

73 Der Eingriff in die Vertragsfreiheit und die subsidiäre Anwendung des Artikels 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG vermögen eine Berücksichtigung der Gestehungskosten bei der Bemessung der Rückliefervergütung nicht auszuschliessen. Werden die Gestehungskosten berücksichtigt, dürfte dies im gegenwärtigen Marktumfeld zu Produktionsanreizen führen und zur Erreichung der in

Artikel 2 EnG genannten Richtwerte beitragen. Sollten die Marktpreise wieder steigen, verkehrt sich der Effekt jedoch ins Gegenteil. Die Rückliefervergütung wurde vom Gesetzgeber nicht als Subventionierungsinstrument verstanden und entsprechend nicht als solches eingeführt. Die teleologische Auslegung führt zu keinem eindeutigen Ergebnis, schliesst die Berücksichtigung der Gestehungskosten jedoch nicht aus.

E. 5.2.5

Zeitgemässe Auslegung 74 Der heute geltende Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG hat seinen Ursprung in Artikel 7 Absatz 2 und 3 Energienutzungsbeschluss vom 14. Dezember 1990 (Bundesbeschluss für eine sparsame und rationelle Energienutzung, BBl 1990 III 1789). Wie die ElCom in ihrer Verfügung 220-00007 vom 19. April 2016 (Rz. 96) feststellte, stammt die bisherige Formulierung «Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie» aus einer Zeit, in welcher die teilweise Marktöffnung und die damit verbundene Entbündelung von Netzbetrieb und übrigen Geschäftsbereichen der Energieversorgungsunternehmen noch nicht umgesetzt waren. Es stellt sich die Frage, wie die aktuelle Bestimmung im heutigen Umfeld mit teilliberalisiertem Strommarkt auszulegen ist, insbesondere unter dem Blickwinkel des Bundesgerichtsentscheids BGE 138 I 454 und dem Argument der Gesuchsgegnerin, dem Netzbetreiber dürften keine zusätzlichen Risiken auferlegt werden (vgl. oben Rz. 65). 75 Das Bundesgericht hat festgehalten, dass mit der Einführung des StromVG Mehrkosten, die sich daraus ergeben, dass das Versorgungsunternehmen den Strom infolge von Abnahme- und Vergütungspflichten zu höheren als Marktpreisen [i. S. v. Art. 3j Abs. 2 aEnV] einkaufen muss, idealtypisch keinen Raum mehr hätten (vgl. BGE 138 I 454, E. 2.6.4). Als Begründung wurde ausgeführt, dass derartige Mehrkosten vom Netzbetreiber nicht auf den Energiepreis der Endkunden überwältigt werden könnten, da diese Preiskomponente einer bundesrechtlichen Preisbegrenzung und der Kontrolle durch die ElCom unterliege (vgl. BGE 183 I 454, E. 3.6.5). Das Bundesgericht ging von einer an den Marktpreisen orientierten Obergrenze bei den Energietarifen in der Grundversorgung aus, was der damaligen Regelung in Artikel 4 Absatz 1 aStromVV

21/27 ElCom-D-28623401/1 entsprach, wonach sich der Energietarif an den Marktpreisen zu orientieren hatte, falls die Gestehungskosten die Marktpreise übersteigen. Eine solche fixe Obergrenze der Energietarife in der Grundversorgung, die sich an den Spotmarktpreisen orientiert, gibt es unter geltendem Recht nicht. Die vom Bundesgericht im erwähnten Urteil indirekt angesprochene Regelung in Artikel 4 Absatz 1 aStromVV ist vom Bundesrat mit Änderung vom 30. Januar 2014 (Inkrafttreten am 1. März 2013) ersatzlos gestrichen worden (AS 2013 S. 559; vgl. zum Ganzen Verfügung ElCom 220-00007 vom 19. April 2016, Rz. 96 f.). Gemäss heutigem Artikel 6 Absatz 5bis StromVG i. V. m. Artikel 4 Absatz 2 StromVV darf der Netzbetreiber die Gestehungskosten für inländisch produzierte Elektrizität aus erneuerbaren Energien in den Tarif der grundversorgten Endverbraucher einrechnen. Als Obergrenze gilt nicht ein Marktpreis, sondern die Gestehungskosten einer effizienten Produktion (Art. 4 Abs. 2 StromVV). Anders als in der Erwägung 2.6.4 festgehalten, besteht heute Raum für eine über dem Marktpreis liegende Vergütung der abgenommenen Energie i. S. v. Artikel 15 Absatz 3 EnG. 76 Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG sieht keine Abnahmepflicht für den Herkunftsnachweis vor, wobei die eingespeiste Elektrizität ohne den Herkunftsnachweis als Graustrom gilt. Um im Rahmen von Artikel 6 Absatz 5bis StromVG die Gestehungskosten der Elektrizität aus erneuerbaren Energien in den Grundversorgungstarif einzukalkulieren,

muss, wie die Gesuchsgegnerin korrekt wiedergibt (vgl. oben Rz. 28), auch der entsprechende Herkunftsnachweis abgenommen und miteingerechnet werden (Art. 4 Abs. 3 StromVV). Entsprechend wird die Rückliefervergütung höher ausfallen. Es steht dem Netzbetreiber frei, den Herkunftsnachweis nicht zu erwerben und die eingespeiste Energie als Graustrom auf einem anderen Weg zu verkaufen. 77 Bezüglich zusätzlicher Risiken kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. oben Rz. 65). Zudem kann gesagt werden, dass die Regelungen gemäss Artikel 6 StromVG und Artikel 4 StromVV keinen direkten Aufschluss über den Inhalt von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG geben, sondern dem Netzbetreiber primär ermöglicht, die Gestehungskosten von Elektrizität aus erneuerbaren Energien zumindest teilweise in den Tarifanteil für die Energielieferung einzukalkulieren. Ersteres beschlägt den Absatz, letzteres die Beschaffung von Elektrizität. 78 Die zeitgemässe Auslegung schliesst die Berücksichtigung der Gestehungskosten nicht aus.

E. 5.2.6

Ergebnis der Auslegung 79 Der deutsche Begriff «Beschaffen» schliesst nach dem allgemeinen Sprachverständnis die Berücksichtigung der Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen nicht aus. Im Gegensatz dazu sprechen die italienische und französische Sprachfassung statt «Beschaffen» von «Kauf». Welcher Sprachfassung in einem solchen Fall der sprachlichen Diskrepanz den Vorrang zu geben ist, wird mit Hilfe der anderen Auslegungsmethoden ermittelt. Ferner ist eine Berücksichtigung der Gestehungskosten ebenso möglich im Rahmen der Zusätze «vermiedene Kosten» oder «gleichwertiger Elektrizität». 80 Die Systematik des Gesetzes hat sich mit der Revision per 1. Januar 2018 geändert. Die unterschiedliche Wortwahl innerhalb des Artikels 15 Absatz 3 Buchstaben a – c EnG ist jedoch weder ein Indiz für, noch gegen die Berücksichtigung der Gestehungskosten, sondern entstand aufgrund markttechnischer Unterschiede. Insgesamt gibt die systematische Auslegung keinen Hinweis, ob die Gestehungskosten zu berücksichtigen sind oder nicht. 81 Die historische Auslegung zeigt auf, dass sowohl im Parlament als auch in der UREK-S und UREK-N die vermiedenen Beschaffungskosten im Rahmen des Artikels 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG rege diskutiert wurden. Es kommt zum Ausdruck, dass sich die Rückliefervergütung bei fehlender Einigung zwischen dem Produzenten und dem Netzbetreiber an dessen Bezugskosten bei Dritten sowie nach den Gestehungskosten zu richten hat. Hätte der Gesetzgeber das bisherige Recht mit der entsprechenden Praxis der ElCom beibehalten wollen, hätte er das Gesetz nicht ändern müssen.

22/27 ElCom-D-28623401/1 82 Ziel und Zweck des Energiegesetzes ist das Sicherstellen einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglicheren Energieversorgung. Der Grundgedanke der Abnahme- und Vergütungspflicht liegt darin, dass auch kleineren dezentralen Produzenten mit einer vergleichsweise schwächeren Marktposition ein angemessener Preis für ihre eingespeiste Elektrizität bezahlt wird. Zwar wird aufgrund der momentanen Marktsituation die Berücksichtigung der Gestehungskosten zu höheren Rückliefervergütungen führen, was einen positiven Effekt auf den Zubau von erneuerbaren Energien im Sinne der Energiestrategie 2050 hat. Ändert sich die Marktlage, könnte dies in Zukunft Auswirkungen auf die Rückliefervergütung zu Ungunsten der dezentralen Produzenten haben. 83 Hinsichtlich der Elektrizitätstarife existiert unter geltendem Recht keine am Marktpreis orientierte, fixe Obergrenze mehr. Im Gegenteil, Artikel 6 Absatz 5bis StromVG erlaubt

dem Netzbetreiber bei der Belieferung von festen Endverbrauchern mit Elektrizität aus erneuerbaren Energien, die Einrechnung dieser Gestehungskosten inklusive des Herkunftsnachweises in die Elektrizitätstarife. Zudem besteht unabhängig von dieser Befristung die Möglichkeit, gestützt auf Artikel 6 Absätze 1, 4 und 5 StromVG sowie Artikel 4 Absatz 1 StromVV einen Teil der Kosten in die Tarife einzukalkulieren. Diese Möglichkeiten reduzieren die dem Netzbetreiber allfällig entstehenden zusätzlichen Risiken. Die verbleibenden Risiken resultieren daraus, dass der Gesetzgeber die Produzenten besserstellen wollte. Anzuführen bleibt, dass Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG die Vergütungspflicht für die Beschaffung regelt, Artikel 6 StromVG und Artikel 4 StromVV hingegen Regelungen zu Elektrizitätstarifen und damit zur Absatzseite enthalten und keinen direkten Aufschluss über den Inhalt von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG geben. Die zeitgemässe Auslegung schliesst die Berücksichtigung der Gestehungskosten bei der Ermittlung der Rückliefervergütung nicht aus. 84 Zusammengefasst sind für die Bemessung der vermiedenen Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie im Sinne von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe 1 EnG sowohl die Kosten für den Bezug von Elektrizität bei Dritten als auch die Gestehungskosten eigener Produktionsanlagen zu berücksichtigen. Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich aus dem konkretisierenden Artikel 12 EnV über den gesetzlichen Rahmen weitergehende Regelungen entnehmen lassen.

E. 5.3

Gesetzässigkeit von Artikel 12 Absatz 1 EnV 85 Der Bundesrat ist gemäss Artikel 182 Absatz 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) für den Vollzug der Gesetzgebung besorgt. Das Bundesamt für Justiz führt dazu aus:
«Vollziehungsverordnungen gestützt auf Artikel 182 BV dienen der Vervollständigung und allenfalls Ergänzung des Gesetzes sowie der Regelung von Detailfragen von untergeordneter Bedeutung. Sie müssen als logische Konsequenz des zu vollziehenden Grunderlasses erscheinen. Dies schliesst nicht aus, dass neue Rechtssätze aufgestellt werden, sofern sie sich im Rahmen des vom Grunderlass angestrebten Zweckes halten und ein Mittel zur Durchsetzung des Willens der zu vollziehenden Vorschrift darstellen» (vgl. Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. Auflage, 2019, Rz. 577 mit Hinweisen zur Rechtsprechung). Die Vollziehungsverordnung hat den Inhalt des Gesetzes zu entfalten und enthält damit unweigerlich ein gewisses Mass an Regeln, welche so nicht im Gesetz stehen. Sie darf aber nicht Ansprüche wieder beseitigen, welche das Gesetz schafft (TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 14 Rz. 23). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben Vollziehungsverordnungen den Gedanken des Gesetzgebers durch Aufstellen von Detailvorschriften näher auszuführen und auf diese Weise die Anwendbarkeit der Gesetze zu ermöglichen (BGE 2C_741/2009 v. 26.4.2010, E. 3.3). Mit einer Vollziehungsverordnung dürfen keine neuen Pflichten auferlegt werden, auch dann nicht, wenn diese mit dem Gesetzeszweck in Einklang stehen (WIEDERKEHR, a.a.O., Rz. 403 und 406). 86 Zusammenfassend bestehen folgende Voraussetzungen an Vollziehungsverordnungen: 1. Sie müssen sich auf eine Materie beziehen, die Gegenstand des zu vollziehenden Gesetzes bildet; 2. Sie dürfen das Gesetz weder aufheben noch abändern; 3. Sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen, also ergänzen und spezifizieren; 4. Sie dürfen dem Bürger keine neuen,

nicht schon aus dem Gesetz folgenden Pflichten auferlegen (WIEDERKEHR, a.a.O., Rz. 407; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 1860; vgl. Verfügung der ElCom 232-0039 vom 13. August 2015, Rz. 29 ff.). 87 Zu prüfen ist nachfolgend, ob Artikel 12 EnV die Regelung im Gesetz konkretisiert oder über den Gesetzeswortlaut hinausgeht. Die soeben vorgenommene Gesetzesauslegung von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG zeigt im Ergebnis, dass die Berücksichtigung der Gestehungskosten im Willen des Gesetzgebers liegen. Entsprechend bezieht sich die ausdrückliche Berücksichtigung der Gestehungskosten der eigenen Produktion von Artikel 12 EnV direkt auf die Materie im Gesetz. Hierbei wird das Gesetz weder aufgehoben noch verändert. Vielmehr erfolgt eine Konkretisierung des gesetzgeberischen Willens. Der Verordnungswortlaut folgt dem Ziel des EnG (Art. 1 Abs. 1 EnG), zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung beizutragen. Dem Netzbetreiber werden keine neuen Pflichten auferlegt. Demnach hält sich Artikel 12 EnV an den gesetzlichen Rahmen und ist als gesetzeskonforme Vollzugsverordnung zu qualifizieren. 88 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Artikel 12 Absatz 1 EnV gesetzeskonform ist und bei der Bemessung der Rückliefervergütung die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen berücksichtigt werden müssen. Antrag 2 der Gesuchstellerin wird gutgeheissen.

E. 5.4

Berücksichtigen der vermiedenen Netzkosten 89 Die Gesuchstellerin bringt vor, dass bei der Bemessung der Rückliefervergütung sämtliche vermiedenen Kosten zu berücksichtigen sind. Durch die dezentrale Einspeisung würden immerhin gleich einige Netzebenen wegfallen respektive muss die Gesuchsgegnerin weniger in die oberen Netzebenen investieren. Daher seien ebenso die vermiedenen Netzkosten zu berücksichtigen (act. 12; vgl. oben Rz. 23). Diesen Aussagen entgegenhaltend verweist die Gesuchsgegnerin auf die Verfügung 221-00288 der ElCom vom 17. August 2017. 90 Zu den anfallenden Kosten eines (Vorlieger-)Netzes kann Folgendes gesagt werden: Aufgrund des Wälzungsprinzips werden die Netzkosten an die Endverbraucher weitergegeben, weshalb allfällige Vorteile sämtlichen Endverbrauchern im Netz eines Netzbetreibers zukommen und nicht beim Netzbetreiber verbleiben. Somit gibt es keine finanziellen Vorteile, die der Netzbetreiber an den einspeisenden Produzenten vergüten könnte. Im Übrigen steht ein Abschöpfen allfälliger Vorteile im Netzbetrieb im Widerspruch zur Vorgabe in Artikel 15 Absatz 1 StromVG, wonach lediglich Betriebs- und Kapitalkosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes anrechenbar sind, welche einen angemessenen Betriebsgewinn beinhalten. Allfällig reduzierte Netzkosten werden bei der Bemessung der Rückliefervergütung nicht berücksichtigt (Verfügung der ElCom vom 17. August 2017, 221-00288, Rz. 48).

E. 5.5

Produktion innerhalb des Konzerns 91 Sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gesuchsgegnerin anerkennen die Rechtsprechung der ElCom (act. 1 und 8), wonach der Energieproduktion einer Schwestergesellschaft die gleiche Funktion zukommt, wie einer beim Netzbetreiber direkt angesiedelten Eigenproduktion. Vertikal integrierte Unternehmen, bei denen die Netzbetreiber die Energieproduktion selber bereitstellen, verfügen offensichtlich über Eigenproduktion. Wenn nun ein Netzbetreiber die elektrische Energie in einer rechtlich eigenständigen juristischen Person produziert, die Produktion jedoch dem Netzbetreiber zufließt, dann erfüllt diese Produktion die gleiche Funktion wie

eine vom

24/27 ElCom-D-28623401/1 Netzbetreiber selber bereitgestellte Produktion (Verfügung der ElCom 221-00288 vom 17. August 2017, Rz. 50). 92 Folglich hat die Gesuchstellerin beim Festlegen ihrer Rückliefervergütung die Eigenproduktion ihrer Schwesterngesellschaften, welche sie mit der benötigten Elektrizität beliefert, zu berücksichtigen. 93 Die Gesuchstellerin stellt sich nicht erneut auf den Standpunkt, dass die Gesuchsgegnerin mit dem Energiebezug innerhalb des Unternehmens, in welches sie integriert ist, Kosten vermeiden kann, womit ihr Antrag gegenstandslos wird (vgl. oben Rz.5). Die Gesuchsgegnerin hat auch vor dem Hintergrund des Ergebnisses der Auslegung keine entsprechenden Unterlagen einzureichen.

E. 6

Offenlegung Bemessung der Vergütung 94 In der Eingabe vom 4. Juni 2020 beantragt die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die Bemessung der Vergütung für die vom Kleinwasserkraftwerk [...] produzierte und ins Verteilnetz eingespeiste Elektrizität transparent offen zu legen. Die Gesuchsgegnerin erwidert, die Berechnung erfolge anhand des Marktwerts für den durch die Anlage der Gesuchstellerin produzierten und eingespeisten Strom, welcher den effektiv realisierten Strompreisen im Spotmarkt entspreche. Die Unterlagen über die effektiven Gestehungskosten fielen unter das Geschäftsgeheimnis und seien überdies für den vorliegenden Fall irrelevant, weshalb sie keine Unterlagen einreiche oder Angaben mache. 95 Ein Geschäftsgeheimnis ist eine Tatsache, die nur einem bestimmten Personenkreis bekannt ist, also nicht öffentlich zugänglich ist. Der Geheimnisherr muss zudem einen subjektiven Geheimhaltungswillen haben, das heisst, die Tatsache darf aus seiner Sicht nicht weiterverbreitet werden. Darüber hinaus muss ein objektives Geheimhaltungsinteresse bestehen. Ein solches liegt beispielsweise vor, wenn die fragliche Tatsache einen wirtschaftlichen Wert für ein Unternehmen hat, und sich die Tatsache auf ein einzelnes Unternehmen bezieht und Rückschlüsse auf dieses einzelne Unternehmen zulässt (Teilverfügung der ElCom 957-08-141 vom 15. April 2013, Rz. 44; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4P.48/2002 vom 4. Juni 2002, E. 3b.dd mit Hinweis; vgl. zum Ganzen auch: TRECHSEL STEFAN/VEST HANS, in: Stefan Techsel/Mark Pieth, Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 320 Rz. 3 ff., mit weiteren Verweisen; Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse der Wettbewerbskommission WEKO vom 30. April 2008, abrufbar unter www.weko.admin.ch > Rechtliches/Dokumentation > Merkblätter [abgerufen am 5. Mai 2021]). 96 In der Teilverfügung der ElCom 957-08-141 vom 15. April 2013 wurden nicht öffentliche Informationen betreffend den Energiebezug, sonstige Kosten der Energielieferung und Vertriebskosten als Geschäftsgeheimnis qualifiziert. Es handle sich hierbei um sensible interne Unternehmensdaten, an deren Geheimhaltung gegenüber Gegenparteien bzw. Konkurrenten die Gesuchsgegnerin ein Interesse hat (Teilverfügung der ElCom 957-08-141 vom 15. April 2013, Rz. 50 ff.). 97 Bei den von der Gesuchstellerin beantragten Angaben handelt es sich um nicht öffentlich zugängliche Daten. Mit der Kundgebung, die Unterlagen fielen unter das Geschäftsgeheimnis, hat die Gesuchsgegnerin ihr subjektives Geheimhaltungsinteresse mitgeteilt. Die Informationen beziehen sich zudem auf sensible interne Unternehmensdaten, an deren Geheimhaltung gegenüber Gegenparteien bzw. Konkurrenten die Gesuchsgegnerin ein Interesse hat. Die in den Unterlagen enthaltenen Informationen stellen für die Gesuchsgegnerin einen wirtschaftlichen Wert dar. Dies umso mehr, weil es sich bei

den eigenen Gestehungskosten um einen Bereich handelt, der - im Gegensatz zum Monopolbereich Netz - dem Wettbewerb unterliegt. Die gesamthaften Energiekosten bilden direkte Grundlage einerseits für die von der Verfügungsadressatin publizierten Tarife, andererseits für die Angebote der Energielieferung im Wettbewerb. Bei den geforderten Bemessungsgrundlagen handelt es sich um Angaben betreffend Beschaffung der

25/27 ElCom-D-28623401/1 Gesuchsgegnerin, welche direkte Rückschlüsse auf ihr Unternehmen zulässt. (Vgl. Teilverfügung der ElCom 957-08-141 vom 15. April 2013, Rz. 53 f.). Folglich ist ebenfalls ein objektives Geheimhaltungsinteresse vorhanden. 98 Gemäss der vorangegangenen Gesetzesauslegung sind die Gestehungskosten der eigenen Produktion bei der Ermittlung der Rückliefervergütung zu berücksichtigen. Entsprechend hat die Gesuchsgegnerin die Vergütung für die von der Gesuchstellerin eingespeiste Elektrizität nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung neu zu berechnen. Damit die Gesuchstellerin die neue, gesetzeskonforme Bemessung nachvollziehen kann, hat die Gesuchsgegnerin ihr die Herleitung der Rückliefervergütung möglichst transparent und nachvollziehbar aufzuzeigen. Dazu hat die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin Einsicht in die entsprechenden Unterlagen zu gewähren. Die Gesuchsgegnerin darf dabei die Geschäftsgeheimnisse schwärzen. Wo möglich, sind Geschäftsgeheimnisse zu umschreiben, zusammenzufassen oder als Bandbreite anzugeben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Mai 2012, A-3103/2011, E. 7.3.3).

E. 7

Gebühren und Parteientschädigung 99 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). 100 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: 5 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend 1150 Franken), 7 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend 1400 Franken) und 95 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend 17'100 Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von 19'650 Franken. 101 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]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe KÖLZ ALFRED/ HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3). 102 Die vorliegende Verfügung wird auf Gesuch der Gesuchstellerin hin erlassen. Anlass für die vorliegende Verfügung hat jedoch auch die Gesuchsgegnerin gegeben, indem sie der Gesuchstellerin keine gesetzeskonforme Vergütung gemäss Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 12 EnV angeboten hat. Die Gesuchsgegnerin unterliegt mit ihrem Hauptantrag. Die Gebühr für diese Verfügung ist daher der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. 103 Weder die Stromversorgungsgesetzgebung noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft,

besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m w. H.: BGE 132 II 47 ff., E. 5.2). Im vorliegenden Verfahren sind daher keine Parteientschädigungen auszurichten.

26/27 ElCom-D-28623401/1 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.