

# LU\_GERICHTE V 06 161 vom 15. September 2008

LU Gerichte, 2008-09-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_V\\_06\\_161](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_V_06_161)

FR: LU\_GERICHTE V 06 161 du 15 septembre 2008

IT: LU\_GERICHTE V 06 161 del 15 settembre 2008

## Regeste

Art. 7 EnG in der bis 31.12.2008 gültigen Fassung; Art. 1 lit. f EnV in der bis 31.12.2008 geltenden Fassung; § 18 kEnG; Art. 7 Abs. 1 ENB | Verschiedenes

## Erwägungen

### E. 1

a) Der angefochtene Entscheid stützt sich auf Bestimmungen über die Anschlussbedingungen (Abnahmepflicht, Anschlusskosten, Vergütung) für unabhängige Energieproduzenten einerseits des Energiegesetzes des Bundes vom 26. Juni 1998 (EnG; SR 730.0) und des dazugehörigen Ausführungserlasses (Energieverordnung vom 7.12.1998 [EnV; SR 730.01]) wie auch des kantonalen Energierechts (Energiegesetz vom 7.3.1989 [kEnG; SRL Nr. 773] und Energieverordnung vom 11.12.1990 [kEnV; SRL Nr. 774]). Grundsätzlich haben sich die unabhängigen Produzenten und die Unternehmen der öffentlichen Energieversorgung (EVU) über diese Bedingungen vertraglich zu einigen (Art. 2 Abs. 1 EnV). Kommt keine Einigung zustande, hat im Kanton Luzern erstinstanzlich das Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement darüber zu befinden (§ 1 Abs. 1 kEnV in Verbindung mit § 7 kEnG sowie Art. 7 Abs. 6 EnG). Gegen solche Entscheide ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig (§ 27 kEnG; vgl. auch: § 148 lit. c des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 3.7.1972 [VRG; SRL Nr. 40] sowie § 148 lit. a VRG in Verbindung mit Art. 82 und 83 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17.6.2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). (...) e) Das Verwaltungsgericht ist einzige kantonale Rechtsmittelinstanz, daher steht ihm im vorliegenden Verfahren uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis zu (§ 161a VRG). Es gelten die §§ 144 - 147 VRG (§ 156 Abs. 2 VRG). Entsprechend kann nicht nur die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die unrichtige Rechtsanwendung gerügt werden, sondern auch die unrichtige Handhabung des Ermessens. f) Der entscheidwesentliche Sachverhalt ergibt sich hinlänglich aus den Akten. Auf weitere Beweismassnahmen kann deshalb verzichtet werden (zur antizipierten Beweiswürdigung: Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 372 und 374 f.). Insbesondere vermöchte der von der Beschwerdeführerin beantragte Amtsbericht über die Frage, ob Swissgrid allfällige Mehrkosten der Beschwerdeführerin im Sinn von Art. 7 Abs. 7 EnG zu tragen habe, an der Auslegung der hier einschlägigen Bestimmungen und der zu entscheidenden Rechtsfragen nichts zu ändern. Soweit die Beschwerdeführerin aus dem von ihr aufgelegten Rechtsgutachten etwas zu ihren Gunsten ableiten möchte, ist festzuhalten, dass es sich dabei um ein Gutachten ihres eigenen Rechtsvertreters und nicht um eine amtlich eingeholte Beurteilung handelt. Die darin gemachten Aussagen und Folgerungen sind daher ausschliesslich als Parteibehauptung zu berücksichtigen und haben keinen

darüber hinaus gehenden Beweiswert (zum Ganzen: BGE 125 V 351 ff.).

## E. 2

a) Art. 89 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) legt die Grundsätze der Energiepolitik fest. Gemäss dem Zielkatalog in Abs. 1, sollen sich Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch einsetzen. Immer wenn die Gemeinwesen als rechtsetzende und rechtsanwendende Organe Aufgaben mit einem Bezug zur Energieversorgung und zum Energieverbrauch erfüllen, haben sie diese Ziele zu verfolgen. Bund und Kantone haben in Erfüllung dieser verfassungsmässigen Aufgabe im Bereich des Energierechts legiferiert. Ziel des eidgenössischen Energiegesetzes ist es unter anderem, zu einer umweltverträglichen Energieversorgung beizutragen (Art. 1 Abs. 1 EnG), namentlich mittels einer rationellen und sparsamen Energienutzung (Art. 1 Abs. 2 lit. b EnG). Zu diesem Zweck sind gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b - d EnG Energie bestmöglich einzusetzen, ein hoher Wirkungsgrad anzustreben und verwendbare Abwärme zu nutzen (zum Zweck des kantonalen Energiegesetzes: vgl. § 1 kEnG). Die Kantone sind gestützt auf Art. 19 EnG unter anderem zum Vollzug von Art. 7 verpflichtet. Da das EnG nur einen Grundstock von Massnahmen vorsieht, dürfen die Kantone die darin enthaltenen Grundsätze verschärfen, nicht aber abschwächen. Dies gilt allerdings nur für Bereiche, wo dem Bund keine umfassende Kompetenz (wie beispielsweise bei den Vorschriften über den Energieverbrauch von Anlagen, Fahrzeugen und Geräten) zukommt (BB1 1996 IV S. 1073), was im hier strittigen Bereich nicht zutrifft. Gleiches galt schon unter der Herrschaft des Bundesbeschlusses für eine sparsame und rationelle Energienutzung vom 14. Dezember 1990 (Art. 14 Abs. 1 ENB; BB1 1989 I S. 520). Das kEnG trat noch vor dem ENB, nämlich bereits per 1. Januar 1990 in Kraft. Als Übergangsbestimmung schrieb Art. 25 Abs. 3 ENB vor, dass bereits bestehende rechtsgültige Abnahmebedingungen für Selbstversorger spätestens drei Jahre nach Inkrafttreten des ENB den Anforderungen von Art. 7 ENB zu entsprechen haben. Der hier einschlägige § 18 kEnG erfuhr weder unter der Herrschaft des ENB noch nach Inkrafttreten des EnG eine Änderung im Wortlaut (vgl. Tabelle der Änderungen des kEnG). Es ist daher anzunehmen, dass darin allfällig enthaltene materielle Verschärfungen des Bundesrechts - soweit überhaupt zulässig - vom kantonalen Gesetzgeber gewollt waren und sind. Soweit die Luzerner Lösung im Bereich der Anschlussbedingungen gemäss Auslegung lockerere Anforderungen aufstellen sollte, wären diese mit übergeordnetem Bundesrecht nicht vereinbar und somit unbeachtlich (derogatorische Kraft des Bundesrechts, vgl. Art. 49 Abs. 1 BV; zum Ganzen: Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 1173 ff.). Das EnG enthält verschiedene offene Formulierungen bzw. unbestimmte Gesetzesbegriffe, die auslegungsbedürftig sind, wobei ihr Anwendungsbereich gestützt auf die allgemein anerkannten Auslegungsmethoden und -grundsätze zu ermitteln ist. Die gleichen, im Folgenden dargelegten Grundsätze sind nachfolgend auch bei der Auslegung der kantonalen Bestimmungen zu beachten. Die Auslegung der kantonalen Bestimmungen hat auch mit Blick auf die Grundsatzbestimmungen des Bundesrechts zu erfolgen, sodass zunächst die entsprechende Rechtslage zu beleuchten ist. b) Ziel der Gesetzesauslegung ist es, den Sinngehalt einer Norm zu ergründen. Auszugehen ist dabei vom Wortlaut der auszulegenden Bestimmung, doch kann dieser nicht allein massgebend sein, namentlich wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt. Vielmehr muss nach der wahren Tragweite des Wortlauts gesucht werden unter Berücksichtigung der weiteren

Auslegungselemente, wie namentlich Entstehungsgeschichte und Zweck der Norm (BGE 131 II 702 f. Erw. 4.1). Wichtig ist auch die Bedeutung, welche der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Auslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an den Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis, das sich aus dem Sinn der Norm (ratio legis) ergibt (BGE 128 I 141). Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Es hat nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergab (BGE 125 II 179, 208 f., je mit Hinweisen; vgl. ferner: BGE 128 I 40 ff. Erw. 3 und Walter, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts, in: recht 1999 S. 157 ff.). Vielmehr sollen alle jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables, d.h. ohne unverhältnismässig grossen Verwaltungsaufwand durchsetzbares Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (BGE 128 I 41, 127 II 222 f.). Die Materialien der gesetzgeberischen Vorarbeiten können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 132 III 710 f. Erw. 2 f., 131 III 35 Erw. 2, 130 II 211 f. Erw. 5.1, mit Hinweisen). Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahe legen (BGE 128 I 292 Erw. 2.4, 124 II 377 Erw. 6a). Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht (BGE 130 II 71 Erw. 4.2). Allerdings findet die verfassungskonforme Auslegung - auch bei festgestellter Verfassungswidrigkeit - im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ihre Schranke (BGE 129 II 263 Erw. 5.4, 128 V 24 Erw. 3a, 123 II 11 Erw. 2; zum Ganzen auch: Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 214 ff.; Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, S. 181 ff.). c) Es gilt indessen zu beachten, dass sich die Auslegung aus rechtsstaatlichen Gründen in jedem Fall auf eine rationale Argumentation zu stützen hat (BGE 128 I 41). So genügt es beispielsweise nicht, dass das Instrumentarium der Auslegungsmittel nach Belieben zur nachträglichen Begründung bereits gefällter Entscheidungen herangezogen wird. Vielmehr muss ein geordnetes Verfahren rationaler Argumentation entwickelt werden, das aufzeigt, welche Argumente aus welchen Gründen für den Entscheid massgebend sind und warum andere Überlegungen abgelehnt werden (Höhn, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993, S. 98). Aus der systematischen Stellung einer Norm im Gefüge können gegebenenfalls Schlussfolgerungen auf deren Sinn und Gehalt gezogen werden, denn die systematische Stellung der auslegungsbedürftigen Norm gehört zu den normunmittelbaren Auslegungskriterien (Höhn, a.a.O., S. 209). Durch Auslegung ist auch zu ermitteln, ob eine ausfüllungsbedürftige Lücke vorliegt oder das Fehlen einer ausdrücklichen Norm nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, mithin ein qualifiziertes Schweigen darstellt. Für Analogie und Lückenfüllung ist diesfalls kein Platz (zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 234 ff.).

### **E. 3**

Zwischen den Parteien besteht seit längerem Uneinigkeit über die Vergütungshöhe für die von der Beschwerdegegnerin gelieferte Überschussenergie, welche die Beschwerdeführerin bislang freiwillig in ihr Netz einspies. Im Zusammenhang mit dem zu bezahlenden Preis ist auch die Frage der Abnahmepflicht der Beschwerdeführerin als solche strittig und vorweg

zu klären. Die Abnahmepflicht ist im Bundes- und im kantonalen Recht nicht gleichlautend geregelt. Die Beschwerdeführerin bestreitet eine Abnahmepflicht gänzlich, während die Beschwerdegegnerin mit der Vorinstanz eine Abnahmepflicht gestützt auf kantonales Recht als gegeben erachtet, jedoch in Abweichung zum angefochtenen Entscheid auch die bundesrechtliche Abnahmepflicht bejaht. Von der Abnahmepflicht ist grundsätzlich die Frage der Vergütungshöhe zu unterscheiden. Mit Bezug auf die offenen Auslegungsfragen sind die beiden strittigen Punkte aber gekoppelt zu prüfen, um den wahren Sinn und Zweck der entsprechenden Regelungen ermitteln zu können. Denn die Wirtschaftlichkeitsfrage der "Selbstversorger" war einer der zentralen Diskussionspunkte im Gesetzgebungsverfahren, weshalb zwischen der Regelung der Abnahmepflicht und derjenigen der Vergütungshöhe durchaus Wechselwirkungen bestehen, die für die Auslegung einzelner unbestimmter Gesetzesbegriffe von Bedeutung sind. Dem Gesetzgeber ging es darum, dem Produzenten eine regelmässige Abnahme der Elektrizität durch die grossen Werke zu sichern und dies zu wirtschaftlich vertretbaren Preisen. a) Gemäss § 18 Abs. 1 kEnG sind die Elektrizitätsverteilwerke zur Abnahme von überschüssiger, dezentral erzeugter Elektrizität, insbesondere solcher aus Kleinwasserkraftwerken oder andern Anlagen, verpflichtet. Eine kantonale Abnahmepflicht besteht somit nur bei dezentral erzeugter Elektrizität, wobei das Gesetz beispielhaft insbesondere solche aus Kleinwasserkraftwerken und andern Anlagen erwähnt. Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, die Abnahmepflicht sei beschränkt auf Energie aus Kleinanlagen. "Andere Anlagen" im Sinn des Gesetzes könnten keine mittelgrossen und grossen Anlagen sein. Dies ergebe sich auch aus den Begriffen der "überschüssigen Energie" und der dezentral erzeugten Energie. Die Abnahmepflicht bestehe nur für Überschussenergie von unabhängigen Produzenten. Damit seien grosse Strommengen definitionsgemäss ausgeschlossen. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin hingegen sehen in § 18 kEnG keine Hinweise auf eine generelle Leistungsgrenze. b) Vorweg ist festzuhalten, dass die von der Beschwerdegegnerin erzeugte elektrische Leistung jedenfalls und unbestrittenermassen über der Leistungsgrenze von 1 MW, wie sie im Bundesrecht für Wasserkraftwerke ausdrücklich vorgeschrieben ist (vgl. Art. 7 Abs. 4 EnG), liegt. Auszugehen ist von den Intentionen des kantonalen Gesetzgebers, wobei nach dem Gesagten aber die Ziele der bundesrechtlichen Energiepolitik und -gesetzgebung im Auge zu behalten sind, weil kantonales Recht in den hier zur Diskussion stehenden Fragen Vollzugsrecht ist (Art. 14 und 25 je Abs. 1 ENB; Art. 19 EnG). Eine allfällige kantonale vorgesehene Leistungsgrenze könnte daher nur soweit Bestand haben, als sie den bundesrechtlich vorgeschriebenen Rahmen der Abnahmepflicht nicht abschwächt. Zudem waren unabhängig von der Einführung des ENB eine flächendeckende Anwendung der in Art. 7 vorgesehenen Grundsätze, aber auch eine gewisse Harmonisierung anzustreben, um Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Deshalb sollte der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen, der Energiewirtschaft und Vertretern der Eigenerzeuger Vollzugshilfen erarbeiten, um insbesondere die grundsätzlichen Fragen der Entschädigung der Einspeisung zu klären (BBl 1989 I 514; vgl. Erw. 5b hiernach). c) Zu prüfen ist, ob Art. 7 EnG eine solche Leistungsgrenze mit Bezug auf die Abnahmepflicht vorsieht. Die Bestimmung verpflichtet unter dem Titel "Anschlussbedingungen für unabhängige Produzenten" die Unternehmungen der öffentlichen Energieversorgung, die von unabhängigen Produzenten angebotene Überschussenergie, die regelmässig produziert wird, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen (Abs. 1). Wird elektrische Energie angeboten, die durch Nutzung erneuerbarer Energien gewonnen wird, ist auch die nicht regelmässig produzierte Überschussenergie abzunehmen (Art. 7 Abs. 3 Satz 1 EnG). Die Abnahme- und

Vergütungspflicht für dezentral erzeugte Energie wurde mit geringfügigen Änderungen aus dem ENB (Inkraftsetzung 1.5.1991, AS 1991 S. 1018), welcher bis zum Inkrafttreten des EnG galt, übernommen (Botschaft des Bundesrates zum Energiegesetz vom 21.8.1996, in: BBl 1996 IV S. 1071). Zur Konkretisierung der in Art. 7 EnG enthaltenen unbestimmten Gesetzesbegriffe ist in erster Linie auf die Begriffsdefinitionen in Art. 1 EnV zurückzugreifen. aa) Soweit die Beschwerdeführerin aus dem Wortlaut von § 18 kEnG eine Leistungsgrenze ableiten will, kann ihr nicht gefolgt werden. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass mit "dezentral erzeugter Energie" nichts gesagt wird zur Grösse der erzeugenden Anlage, sondern damit Bezug genommen wird auf den Produzenten. Im ENB war denn auch von "Selbstversorgern" die Rede (Art. 7 Abs. 1 ENB); mit dem Inkrafttreten des EnG wurde er ersetzt durch "unabhängige Produzenten". Für ein Verständnis der Wendung "dezentral erzeugte Energie" im vorinstanzlichen Sinn spricht denn auch die Begriffsumschreibung in Art. 1 lit. a EnV, welche mit der in Art. 1 lit. k der gestützt auf den ENB erlassenen (ebenfalls aufgehobenen) bundesrätlichen Energienutzungsverordnung vom 22. Januar 1992 (ENV; AS 1992 S. 397) umschriebenen Definition wörtlich übereinstimmt (vgl. BG-Urteil 2P.293/1999 vom 24.3.2000 Erw. 3b). Danach gelten Inhaber von Energieerzeugungsanlagen, an welchen Unternehmen der öffentlichen Energieversorgung zu höchstens 50 Prozent beteiligt sind und die leitungsgebundene Energien a) vorwiegend für den Eigenbedarf erzeugen, oder b) ohne öffentlichen Auftrag vorwiegend oder ausschliesslich zur Einspeisung ins Netz erzeugen, als unabhängige Produzenten. Nichts anderes ergibt sich auch aus der Botschaft des Bundesrates zum EnG vom 21. August 1996 (BBl 1996 IV S. 1093; ähnlich schon Botschaft zum ENB vom 21.12.1988, in: BBl 1989 I S. 512): Danach gelten die Anschlussbedingungen "für Erzeuger von leitungsgebundenen Energien, die keine öffentliche Versorgungsfunktion wahrnehmen oder für Besitzer von Kleinanlagen, welche ohne öffentlichen Auftrag die über ihren Eigenbedarf hinaus produzierte Energie für Dritte erzeugen". Der Anwendungsbereich erstreckte sich auf die Elektrizitätserzeugung aus Kleinwasserkraftwerken, Anlagen zur Nutzung anderer erneuerbarer Energien und der Energie aus Abfällen sowie auf Anlagen, die fossile Energien effizient durch die Produktion von Strom und Wärme nutzen (BBl 1996 IV S. 1093; ähnlich betr. ENB, vgl. BBl 1989 I S. 512 f.). Der Geltungsbereich des ENB sollte im Rahmen der Ausführungsbestimmungen und der Vollzugspraxis möglichst grosszügig gestaltet werden. Der Begriff des "Selbstversorgers" wurde in einem weiten Sinn verstanden (vgl. BG-Urteil 2A.236/1996 Erw. 3a, publ. in: ZBl 1998 S. 326). An diesem Grundsatz änderte sich auch mit Inkrafttreten des EnG nichts. bb) Auch mit der Wendung "überschüssige Energie" wird nicht Bezug genommen auf eine Leistungsgrenze. Die von unabhängigen Produzenten über den am Ort der Produktionsstätte bestehenden Eigenbedarf hinaus produzierte Energie gilt als Überschussenergie (Art. 1 lit. d EnV). Zum gleichen Auslegungsergebnis führt die vom ENB verwendete Formulierung "die von Selbstversorgern angebotene Energie": Diese bieten die ihren Eigenbedarf übersteigende und damit überschüssige Energie den EVU an. Auch in diesem Zusammenhang ist somit kein Konnex zu einer Leistungsgrenze ersichtlich. Weiter sind die EVU nach Art. 2 Abs. 5 EnV verpflichtet, die Energieerzeugungsanlagen der unabhängigen Produzenten mit dem Netz so zu verbinden, dass die Einspeisung und der Bezug von Energie sichergestellt sind, sofern der unabhängige Produzent die erforderlichen Massnahmen ergriffen hat, um störende und gefährliche Wirkungen im Netz zu vermeiden (vgl. Art. 2 Abs. 4 EnV). Auch hier gibt es keine Hinweise auf eine Leistungsgrenze. Im Gegenteil zeigen die vom Bundesrat in der ENV getroffenen Vorkehrungen, dass auch verhältnismässig grosse

Rücknahmemengen abgenommen werden mussten (vgl. dazu: Art. 15 Abs. 3 ENV; BBl 1996 IV S. 1093 f.; auch BG-Urteil 2A.236/1996, publ. in: ZBl 1998 S. 324 ff.). Von der Abnahmepflicht für Elektrizität aus dezentralen Anlagen sollte Signalwirkung ausgehen. Sie sollte einen Beitrag zur Sicherung und Diversifizierung der Energieversorgung leisten. Es handelt sich mithin um einen klassischen Förderartikel, mit welchem Anreiz geschaffen werden sollte für dezentral erzeugte Energien (vorinstanzl. Bel. 3 S. 15 und 19; vgl. den ähnlichen Art. 14 kEnG BE [in Kraft seit 1.4.1982] und dazu: Kilchenmann, Handkommentar zum Energiegesetz des Kantons Bern, Kantonale Planungsgruppe Bern [Hrsg.], N 87). cc) Die Auslegung ergibt somit, dass das Bundesrecht im Zusammenhang mit der Abnahmepflicht keine Leistungsgrenze vorsieht. Die ursprüngliche Absicht, in der EnV für alle Anlagen, die erneuerbare Energien nutzen, eine Leistungsgrenze in der Grössenordnung jener von Wasserkraftwerken festzulegen, womit für Anlagen, die über dieser Leistungsgrenze lägen, die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 7 Abs. 1 und 2 EnG gelten sollte, wurde nie umgesetzt (vgl. BBl 1996 IV S. 1096 f.). Selbst wenn mithin das kantonale Recht eine solche vorsähe und mit "andern Anlagen" nach Sinn und Zweck der Bestimmung solche zu verstehen wären, die mit Kleinwasserkraftwerken (mit einer Leistungsobergrenze von 1 MW) vergleichbar sind, wäre diese mithin unbeachtlich. d) Im Übrigen gibt es auch in den kantonalen Materialien keine Anhaltspunkte für eine Leistungsgrenze im von der Beschwerdeführerin verstandenen Sinn. Im Entwurf des Regierungsrates zum kEnG war die Wendung "andere Anlagen" in § 14 noch nicht enthalten ("Abnahmepflicht für überschüssige, dezentral erzeugte Elektrizität, insbesondere solcher aus Kleinwasserkraftwerken und mit erneuerbaren Energien betriebenen Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen"). Die regierungsrätliche Botschaft vom 5. Mai 1987 führte dazu aus, "die Produktion von Elektrizität in dezentralen, kleineren Anlagen lohne sich oft nur dann, wenn überschüssige Energie ins Netz eingespielen werden könne. Neben Industriebetrieben mit eigenen Kraftwerken seien vor allem Kläranlagen, Biogasanlagen, kleine Wasserkraftwerke und Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen potentielle Überschussstromproduzenten. Die Abnahmepflicht solle vor allem die Stromerzeugung mittels Nutzung erneuerbarer Energien fördern" (GR 1987 S. 517). Mit der Formulierung "insbesondere" wollte man verhindern, dass damals noch unbekannte Möglichkeiten ausgeschlossen werden bzw. man sah voraus, dass neue technische Anlagen auftauchen könnten, weshalb man die Bestimmung nicht abschliessend formulieren wollte (vorinstanzl. Bel. 3 S. 19, Voten Kommissionsmitglied Inderbitzin und Regierungsrat Muff). Im Lauf des Gesetzgebungsprozesses wurde der Passus "oder mit erneuerbaren Energien betriebenen Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen" ersetzt mit "oder andern Anlagen", weil man die Abnahmepflicht nicht nur auf Anlagen, die mit erneuerbaren Energien betrieben werden, beschränken, sondern die Tür für neue, zukunftsweisende Techniken offen halten wollte (vorinstanzl. Bel. 4 S. 24, Votum Steffen; bf. Bel. 8 und 9). Daraus erhellt, dass hinter dem Ringen um die konkrete Gesetzesformulierung nicht die Frage der Leistungsbegrenzung anderer Strom erzeugender Anlagen steckte, sondern die Art der Energieerzeugung durch dezentrale Anlagen. Konkret war die Frage zu beantworten, ob die Abnahmepflicht auf so genannte "Alternativenergien" beschränkt oder eben offen sein sollte für alle Energien aus dezentralen Anlagen. Der luzernische Gesetzgeber entschied sich für Letzteres. Damit war das kEnG auch vereinbar mit dem etwas später in Kraft getretenen Art. 7 Abs. 1 ENB. Danach galten die Anschlussbedingungen für Erzeuger von leitungsgebundenen Energien, die nicht eine regelmässige öffentliche Versorgungsfunktion wahrnahmen oder Besitzer von Kleinanlagen, welche ohne öffentlichen Auftrag dennoch ausschliesslich für Dritte

Energie erzeugten. Der Anwendungsbereich erstreckte sich auf die Elektrizitätserzeugung aus Kleinwasserkraftwerken, neuen erneuerbaren Energien, Abfallenergie und Wärme-Kraft-Kopplungen sowie Erzeuger und Abnehmer von Gas und Wärme (BB1 1989 I S. 512 f.). e) Aus den kantonalen Materialien ergibt sich somit eindeutig, dass lediglich umstritten war, welche Technologien von der Abnahmepflicht profitieren sollten. Die Grösse der Anlagen als solches war kein Thema. Zwar ist in den entsprechenden kantonalen und eidgenössischen Materialien immer wieder von Kleinanlagen die Rede (vgl. GR 1987 S. 517; BB1 1989 I S. 512 f.). Für die Auslegung der Beschwerdeführerin, dass damit implizit nur Anlagen bis zu einer Leistungsgrenze von 1 MW erfasst würden, finden sich jedoch keine Anhaltspunkte. Die historische Auslegung ergibt somit, dass die Wendung "Kleinanlagen" lediglich im Sinn einer Abgrenzung zu den grossen, mit einem öffentlichen Versorgungsauftrag ausgestatteten Versorgungswerke, die über ein eigenes Verteilnetz und einen entsprechend grösseren Abnehmerkreis verfügten, gebraucht und verstanden wurde. Weil man damals, wenn man von dezentralen Anlagen sprach, in erster Linie an die vielerorts bereits seit Jahrzehnten existierenden Kleinwasserkraftwerke dachte, schlug sich dies jedoch auch in der Terminologie nieder, sodass zuweilen von Kleinanlagen gesprochen wurde. Aber auch die systematische Auslegung führt zum gleichen Resultat: Sowohl Wortlaut als auch Entstehungsgeschichte der heute geltenden bundesrechtlichen Bestimmungen betreffend Abnahme- und Vergütungspflicht führen nach dem bereits Gesagten vor Augen, dass die Leistungsgrenze ausschliesslich im Zusammenhang mit der Festlegung des Vergütungstarifs eine Rolle spielt. Die Leistungsgrenze von 1 MW wurde erst im Rahmen der Diskussionen über die Vergütungshöhe eingeführt (vgl. Art. 14 Abs. 2 lit. c ENV; auch: BB1 1996 IV S. 1096). Vom Geltungsbereich der privilegierten Entschädigungsordnung (höhere Vergütungsansätze) des Art. 7 Abs. 3 ENB bzw. Art. 7 Abs. 3 EnG sollten Wasserkraftwerke ab einer gewissen Grösse ausgenommen werden, um so die resultierenden Belastungen für die EVU und damit mittelbar auch die Konsumenten in Grenzen zu halten (vgl. BG-Urteil 2A.616/2004 vom 8.11.2005 Erw. 3.3, mit Hinweisen). Denn die teilweise schon seit langem bestehenden Kleinwasserkraftwerke können günstig betrieben werden und würden deshalb von der privilegierten Vergütung über Gebühr profitieren, was verhindert werden wollte. f) An diesem Auslegungsergebnis ändern auch die gestaffelt in Kraft tretenden und im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Bestimmungen des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7; zur Inkraftsetzung letzter Stand vgl. AS 2008 S. 775 und S. 45) nichts. Die bereits per 1. Mai 2008 in Kraft getretenen Absätze 2 und 3 von nArt. 7a EnG regeln die Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien, was hier gerade nicht vorliegt. Und der im Wortlaut revidierte nArt. 7 EnG tritt einerseits erst per 1. Januar 2009 in Kraft und würde zudem an der unabhängig von der Anlagengrösse bestehenden Abnahmepflicht (vorbehältlich anderer Voraussetzungen) ohnehin nichts ändern. Diese neue Formulierung bestätigt nachgerade, was bisher auf dem Auslegungsweg ermittelt wurde (vgl. nArt. 7 Abs. 1 Satz 1 EnG: "Netzbetreiber sind verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die fossile und erneuerbare Energie, ausgenommen Elektrizität aus Wasserkraftanlagen mit einer Leistung über 10 MW, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten"). Abgesehen davon, dass die Leistung der Gasverstromungsanlage Ruswil wie erwähnt ohnehin unter dem Wert von 10 MW liegt, beschränkt die damit neu eingeführte Leistungsgrenze von 10 MW zudem wie bis anhin nur die Abnahmepflicht von Elektrizität aus Wasserkraftwerken. g) § 18 Abs. 1 kEnG unterscheidet in Abweichung zur bundesrechtlichen Regelung bezüglich Abnahmepflicht

nicht zwischen regelmässiger und nicht regelmässiger Produktion und auch nicht zwischen der Nutzung erneuerbarer und nicht erneuerbarer Energien. In diesen beiden Aspekten verschärft das luzernische Recht die Abnahmepflicht für Überschussenergie, was wie erwähnt zulässig ist. Es kann somit vorläufig dahin stehen, ob die von der Beschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerin gelieferte Überschussenergie als regelmässig oder nicht zu bezeichnen ist (vgl. dazu: Art. 3 Abs. 2 EnV), was letztere unter Hinweis auf erhebliche Lieferungsschwankungen bestreitet (vgl. Erw. 6d hiernach).

#### **E. 4**

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin unabhängig von der Grösse der Anlage und von der Regelmässigkeit der Stromlieferung bereits gestützt auf kantonales Recht zur Abnahme der von der Beschwerdegegnerin gelieferten Elektrizität verpflichtet ist. Ob auch eine bundesrechtliche Abnahmeverpflichtung bestünde, kann damit offen bleiben.

#### **E. 5**

Die Parteien konnten sich über die Höhe des Rücklieferungstarifs nicht einigen. Die Vorinstanz setzte die Vergütung für die Überschussenergie auf einen Jahresmittelpreis von 15 Rp./kWh fest. Sie berief sich auf die Empfehlungen und Vollzugshilfen des Bundesamts für Energie (BFE) und berücksichtigte dabei die inhaltliche Übereinstimmung von § 18 Abs. 2 kEnG mit dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 3 EnG bzw. dem früheren Art. 7 Abs. 3 ENB. Die Beschwerdeführerin will die abgenommene Energie in Anlehnung an die Empfehlungen des BFE zu einem Preis von 4,785 Rp./kWh (Rückliefertarif R 4 = 5,285 Rp./kWh, Abzug wegen unregelmässiger Lieferung von 0,5 Rp./kWh) vergüten. Die Beschwerdegegnerin schliesslich hält dafür, für Strom, wie er in der Gasverstromungsanlage Ruswil produziert werde, bestehe zur Frage der Vergütung bundesrechtlich eine Gesetzeslücke. Diese sei nach Massgabe der gesetzlichen Leitprinzipien in Art. 3 EnG zu füllen. Demnach seien von Bundesrechts wegen mindestens die ausgewiesenen Gestehungskosten von rund 12,8 Rp./kWh zu entschädigen. Nach kantonalem Recht aber sei in analoger Anwendung der BFE-Empfehlungen ein Jahresmittelpreis von 15 Rp./kWh zu vergüten. a) Das Bundesrecht regelt den Vergütungsmodus differenziert: Für Elektrizität, die aus mit fossilen Energieträgern betriebenen Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen gewonnen wird, richtet sich die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie (Art. 7 Abs. 2 EnG). Bei elektrischer Energie, die durch Nutzung erneuerbarer Energien gewonnen wird, richtet sich die Vergütung nach den Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie aus neuen inländischen Produktionsanlagen (Art. 7 Abs. 3 EnG). Für die bevorzugte Behandlung nach Art. 7 Abs. 3 ist nicht entscheidend, ob die Elektrizität regelmässig oder unregelmässig produziert wird, ebenso wenig spielt der Typ der Anlage oder deren Zustand eine Rolle (BGE 122 II 260 Erw. 6a und 263 Erw. 6b). Allerdings ist die privilegierte Vergütung nach Art. 7 Abs. 3 EnG bei Wasserkraftwerken beschränkt auf Anlagen mit einer Leistung bis zu 1 MW (Art. 7 Abs. 4 EnG; ab 1.1.2009: 10 MW, vgl. Erw. 3f hiervor). Bei Elektrizität, die aus Wasserkraftwerken mit einer Bruttoleistung über 1 MW gewonnen wird, richtet sich die Vergütung nach den marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie (Art. 5 Abs. 3 EnV). Die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen richtet sich nach den vermiedenen Kosten des EVU für die Beschaffung gleichwertiger Energie (Art. 4 Abs. 1 EnV). b) Das BFE hat am 22. Dezember 1999 in Absprache mit der Kommission für Fragen der Anschlussbedingungen für unabhängige Produzenten (KAP) Empfehlungen und

Vollzugshilfen für die Umsetzung der Anschlussbedingungen für unabhängige Produzenten erlassen (nachfolgend kurz: Empfehlungen BFE, abrufbar über: [www.bfe.admin.ch/themen/stromversorgung](http://www.bfe.admin.ch/themen/stromversorgung); vorinstanzl. Bel. 13). Deren Gültigkeit war befristet bis 30. Juni 2008. Das BFE hat diese Empfehlungen jedoch vorläufig um sechs Monate verlängert und empfiehlt allen Beteiligten im Interesse der Rechtssicherheit, bei Anpassung bestehender und Neuabschluss von Verträgen sowie bei der Beurteilung von Streitfällen bis 31. Dezember 2008 die geltenden Empfehlungen und Vollzugshilfen anzuwenden. Auf den 1. Januar 2009 werden die Empfehlungen BFE entsprechend der neu in Kraft tretenden Rechtsgrundlagen in Absprache mit der neu besetzten Nachfolgekommission der KAP (neu: Kommission für Fragen der Anschlussbedingungen für erneuerbare Energien [KAEE]) überarbeitet und angepasst (vgl. Schreiben des BFE vom 28.4.2008 an die kantonalen Energiefachstellen und andere involvierte Stellen). Der mit dem StromVG revidierte nArt. 7 EnG wird denn auch erst auf den 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt, ebenso wie der neue Art. 7a EnG (jedoch mit Ausnahme der Absätze 2 und 3, in Kraft seit 1.5.2008), welcher die kostendeckende Einspeisevergütung für erneuerbare Energien betrifft (dazu: Verordnung über eine weitere Inkraftsetzung des StromVG vom 14.3.2008 Abs. 1 und 5 sowie Fn 7 zu Art. 7a EnG). Mit der kostendeckenden Einspeisevergütung soll der Strom aus neuen Kraftwerken, die erneuerbare Energien nutzen (Wasserkraftwerke bis 10 MW), mit einer nach einer Referenzanlage bestimmten Vergütung entschädigt werden. Von der Einspeisevergütung können Anlagen profitieren, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen worden sind (vgl.: [www.bfe.admin.ch/themen/stromversorgung](http://www.bfe.admin.ch/themen/stromversorgung)). Abgesehen davon, dass hier auf die geltende Rechtsordnung und wie erwähnt auf die weiterhin gültigen Empfehlungen BFE abzustellen ist, werden die neuen Rechtsgrundlagen auf den vorliegenden Fall schon deshalb keine direkten Auswirkungen haben, weil die Anlage in Ruswil keine Neuanlage im Sinn der neuen Bestimmungen ist. c) Anspruch auf die privilegierte Vergütung nach Abs. 3 von Art. 7 EnG besteht nur bei Einspeisung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien. Der marktorientierte Bezugspreis für gleichwertige Energie gilt für Elektrizität, die aus mit fossilen Energieträgern betriebenen WKK-Anlagen gewonnen wird (Art. 7 Abs. 2 EnG und Art. 4 EnV). Im Unterschied zu klassischen WKK-Anlagen wird im Abwärmekraftwerk Ruswil nur die Abwärme, nicht aber die erzeugte Kraft in elektrische Energie umgewandelt. Die Vergütung von Strom aus nicht erneuerbaren Quellen ausserhalb von WKK-Anlagen regelt das Bundesrecht nicht. Da Art. 7 Abs. 1 EnG für solcherart produzierten Strom aber eine Abnahmepflicht statuiert, hätte auch dessen Vergütung geregelt werden müssen. Insofern liegt bundesrechtlich eine Gesetzeslücke vor (dazu: Erw. 2c hiervor). Weil vorgängig die Abnahmepflicht gestützt auf kantonales Recht bejaht wurde, hat sich auch die Frage der Vergütung nach diesem zu richten, immer eingedenk der Tatsache natürlich, dass das kantonale Vollzugsrecht mit übergeordnetem Bundesrecht vereinbar sein muss. Insofern vermag die Beschwerdeführerin mit ihrer - wenn auch rechtlich einleuchtenden - Argumentation, Art. 7 Abs. 2 EnG sei als Auffangnorm zu verstehen und daher die Vergütung für die Ruswiler Energie nach marktorientierten Bezugspreisen festzusetzen, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

## **E. 6**

Nach § 18 Abs. 2 kEnG richtet sich die Vergütung nach dem Preis für qualitativ gleichwertige elektrische Energie, die das Werk anderweitig aus neueren einheimischen Anlagen beschaffen müsste. Auch in diesem Zusammenhang gilt, dass der kantonale Gesetzgeber über die bundesrechtliche Preisordnung hinausgehen kann. Mithin kann er

auch höhere Vergütungssätze festlegen oder die Vergütung regeln für die aus im Bundesrecht nicht vorgesehenen Anlagen gelieferte Überschussenergie. § 18 Abs. 2 kEnG unterscheidet mit Bezug auf die Vergütung nicht explizit, ob die Elektrizität aus erneuerbarer oder nicht erneuerbarer Quelle gewonnen wird. Besteht eine Abnahmepflicht nach § 18 Abs. 1 kEnG, ist der Preis für qualitativ gleichwertige elektrische Energie, die das Werk anderweitig aus neueren einheimischen Anlagen beschaffen müsste, zu bezahlen, dies unabhängig davon, ob die Energiequelle erneuerbar ist oder nicht. Das kantonale Recht spricht somit nicht von Marktpreis oder marktorientierten Preisen, sondern von Beschaffungspreisen für qualitativ gleichwertige Energie aus neueren einheimischen Anlagen. Es ist zu untersuchen, wie dieser Preis zu bestimmen ist. a) Weil die Kantone die bundesrechtlichen Bestimmungen über die Anschlussbedingungen für unabhängige Produzenten zu vollziehen und dabei die auf Bundesebene festgelegten Grundsätze einzuhalten haben, können hier zur Bestimmung der Vergütung die Empfehlungen BFE herangezogen werden. Diese sind zwar nicht bindend, aber zu berücksichtigen, wenn die Berechnungsmethode die massgebenden Vorgaben erfüllt und das Ergebnis auf zuverlässigen, fachmännisch ermittelten Erhebungen beruht (vgl. BGE 122 II 263 f. Erw. 6d). Das BFE hat in einem Schreiben vom 21. Februar 1994, also noch unter der Herrschaft des ENB, gestützt auf die Empfehlungen des damaligen EVED vom 21. Dezember 1992 die Ansicht vertreten, dass die Beschaffungskosten gemäss § 18 Abs. 2 Satz 2 kEnG zu einem minimalen Jahresmittelpreis von 16 Rp./kWh zu vergüten seien (vorinstanzl. Sammelbel. 22). Es stützte sich dabei auf den praktisch identischen Wortlaut von § 18 Abs. 2 kEnG und Art. 7 Abs. 3 ENB (heute: Art. 7 Abs. 3 EnG Satz 2). Auch wenn § 18 Abs. 2 kEnG vor dem heute geltenden Art. 7 Abs. 3 EnG und auch vor Art. 7 Abs. 3 ENB entstanden ist, ist festzuhalten, dass sich die beiden Bestimmungen im Wortlaut praktisch decken ("gleichwertige Energie aus neueren einheimischen Anlagen"). Mit dem Passus "neuere einheimische Anlagen" werden deren Kosten als Referenzgrösse statuiert, was unabhängig von der Art der Energiequelle auf einen einheitlichen Tarif hindeutet und keinen Raum lässt für individuelle Preisberechnungsvorschriften im Sinn der Empfehlungen BFE Ziff. 2 S. 3, wie sie die Beschwerdeführerin vornehmen will. § 18 Abs. 2 Satz 2 stellt insofern nicht auf die tatsächlichen Kosten des einzelnen Produzenten ab und nimmt so in Kauf, dass einzelne von ihnen allenfalls einen erhöhten Gewinn erzielen. Ebenso wenig richtet sich die Vergütung nach den konkreten Kosten, welche dem betroffenen abnahmepflichtigen Versorgungsunternehmen für die Beschaffung gleichwertiger Energie entstehen würden. Denn mit § 18 kEnG wollte der Gesetzgeber für die Produzenten von dezentral erzeugter Energie generell ein Zeichen setzen, unabhängig davon, ob sie Energie aus erneuerbaren oder nicht erneuerbaren Quellen liefern. Es ist in § 18 Abs. 2 kEnG denn auch nicht die Rede von Marktpreisen oder marktorientierten Bezugspreisen, wie sie Art. 7 Abs. 2 EnG zugrunde liegen. In Art. 7 Abs. 2 ENB war noch die Rede von "Bezugspreisen für gleichwertige Energie aus dem regionalen Übertragungsnetz". § 18 Abs. 2 Satz 2 statuiert somit eine privilegierte Vergütung, wie sie auch Art. 7 Abs. 3 Satz 2 und dem früheren Art. 7 Abs. 3 ENB zugrunde liegt, und zwar gerade auch für Überschussenergie aus nicht erneuerbaren Quellen. Insofern ist nichts dagegen einzuwenden, dass das zur Auslegung der bevorzugten Vergütung nach Art. 7 Abs. 3 EnG bzw. seinem praktisch identischen Vorgänger (Art. 7 Abs. 3 ENB) Gesagte auch zur Bestimmung des Energiepreises gemäss § 18 Abs. 2 kEnG herangezogen wird. b) Das BFE empfiehlt als privilegierte Vergütung im Sinn von Art. 7 Abs. 3 Satz 2 EnG einen Jahresmittelpreis von mindestens 15 Rp./kWh. Bereits unter der Geltung des ENB hatte das EVED für die Beschaffungskosten für

gleichwertige Energie aus neuen inländischen Produktionsanlagen einen minimalen Jahresmittelpreis von 16 Rp./kWh empfohlen. Es gibt keinen Anlass, an der Schlüssigkeit der vom BFE ermittelten Ergebnisse zu zweifeln. Unter diesen Umständen erscheint der empfohlene Jahresmittelpreis von mindestens 15 Rp./kWh grundsätzlich auch als zutreffende Konkretisierung der in § 18 Abs. 2 Satz 2 kEnG enthaltenen Vergütungsregel. Weil § 18 Abs. 2 wie ausgeführt mit Bezug auf die Vergütung gerade keine Differenzierung vornehmen will zwischen fossilen und fossilfreien Energiequellen, darf eine solche auch nicht über den Passus "gleichwertige Energie" vorgenommen werden. Auch wenn Strom aus erneuerbaren Quellen teurer einzukaufen ist als fossil produzierte Energie, darf dieser Qualitätsaspekt im Rahmen von § 18 Abs. 2 gerade keine Berücksichtigung finden. Mit dem empfohlenen Jahresmittelpreis wird im Rahmen der qualitativen Gleichwertigkeit andern Qualitätselementen jedoch durchaus Rechnung getragen. Im Zusammenhang mit der Auslegung der bundesrechtlichen Regelung von Art. 7 EnG hat das Bundesgericht gestützt auf die Empfehlungen BFE ausgeführt, dem Kriterium der Gleichwertigkeit werde mit der Abstufung der Entschädigung nach der Jahreszeit Rechnung getragen (z.B. Sommer / Winter, Nieder- / Hochtarife; vgl. ZBl 1998 S. 329). Dies gilt auch für das kantonale Recht, wie dem Votum Aebi an der 3. Kommissionssitzung vom 21. Dezember 1987 zu entnehmen ist. Zudem sollen die EVU die nach Zeitzonen variierenden Vergütungssätze selber so festlegen, dass bei einer Bandlieferung der Jahresmittelpreis von 15 Rp./kWh nicht unterschritten werde (Empfehlungen BFE S. 2). c) Die Beschwerdeführerin hält einen Abzug von 0.5 Rp./kWh - allerdings auf dem von ihr in Analogie zu Art. 7 Abs. 2 EnG zur Anwendung gebrachten Rücklieferarif R 4 - gerechtfertigt, weil die Beschwerdegegnerin den aus nicht erneuerbaren Energien produzierten Strom unregelmässig liefere. Die Beschwerdegegnerin hält dagegen, ihre Stromlieferung sei innerhalb einer angemessenen Bandbreite vorhersehbar und deshalb als regelmässig zu qualifizieren. Die Vergütungsregel nach Art. 7 Abs. 3 Satz 2 EnG umfasst unbestrittenermassen auch unregelmässige Stromlieferungen. Für die bevorzugte Behandlung nach Art. 7 Abs. 3 EnG ist gemäss Bundesgericht nicht entscheidend, ob die aus erneuerbaren Energien gewonnene Gebrauchselektrizität regelmässig oder unregelmässig produziert bzw. angeboten werde. Daraus folge, dass die von unabhängigen Produzenten angebotene, mittels erneuerbarer Energien gewonnene elektrische Energie immer gleich zu entschädigen sei, unabhängig vom Typ der Anlage, deren Zustand oder von der Regelmässigkeit des Angebots (ZBl 1998 S. 328, mit Hinweis auf BGE 122 II 260 Erw. 6a und 263 Erw. 6b). Soweit § 18 Abs. 2 Satz 2 die Vergütung von Strom aus erneuerbaren Quellen regelt, kann daher der Aspekt der Regelmässigkeit bei der Preisbestimmung vor dem Hintergrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts keine Beachtung finden. Mit Bezug auf Stromlieferungen aus fossilen Quellen kann und darf § 18 Abs. 2 Satz 2 dem Kriterium der Regelmässigkeit unter dem Aspekt der Gleichwertigkeit jedoch Rechnung tragen. Denn in diesem Bereich ist die Berücksichtigung von Marktelementen bei der Festlegung der Vergütungshöhe mit dem Bundesrecht und den Zielen des Energiegesetzes durchaus vereinbar (vgl. Art. 7 Abs. 2 EnG). Das Kriterium "gleichwertig" nach § 18 Abs. 2 Satz 2 kEnG ist damit weiter auszulegen als jenes im Bundesrecht. Es verlangt zwar keine Differenzierung nach der Art der Energiequelle, kann aber durchaus die Regelmässigkeit bzw. Unregelmässigkeit der Energielieferung berücksichtigen, soweit diese aus nicht erneuerbaren Quellen stammt. Gründe für ein solches Verständnis des geltenden Gesetzes finden sich auch in seiner Entstehungsgeschichte: Dem Protokoll der 3. Kommissionssitzung vom 21. Dezember 1987 ist zu entnehmen, dass mit "qualitativ gleichwertiger elektrischer Energie"

programmierbare Bandenergie gemeint sei. Für den Wert der Energie sei von Bedeutung, dass diese regelmässig und voraussehbar anfallt (Votum Buchecker). Dies stützt die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass unregelmässig produzierter Strom qualitativ nicht mit regelmässig produziertem Strom gleichzusetzen sei. d) Energie gilt dann als regelmässig erzeugt, wenn Energiemenge, Zeitperiode und Zeitdauer der Einspeisung innerhalb einer angemessenen Bandbreite vorhersehbar sind oder wenn Energiemenge, Zeitperiode und Zeitdauer der Einspeisung Gegenstand des Vertrags zwischen dem betroffenen Unternehmen der öffentlichen Energieversorgung und dem unabhängigen Produzenten sind (Art. 3 Abs. 2 EnV). Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Gas-Hochdruckleitung stehe grundsätzlich im Dauerbetrieb und beanspruche damit eine konstante Kompressorenleistung. Die Energieproduktion könne innerhalb einer Bandbreite von 1 MW vorangekündigt werden. Die Beschwerdeführerin verweist auf ihre Auswertungen der Stromlieferungen während eines gewissen Zeitraums, welche die Unregelmässigkeit aufzeigten. Es kann in diesem Zusammenhang vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, welche die Stromlieferungen der Beschwerdegegnerin als unregelmässig qualifizierte. Weder die neuen Eingaben noch die Akten geben Anlass, von den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz abzuweichen. Es ergibt sich somit, dass die Stromlieferungen der Beschwerdegegnerin als unregelmässig zu qualifizieren sind. Damit erscheint ein Abzug auf dem zu bezahlenden Jahresmittelpreis von 15 Rp./kWh grundsätzlich als gerechtfertigt. Die Beschwerdeführerin hält einen Abzug von 0,5 Rp./kWh für angemessen. Dem hält die Beschwerdegegnerin masslich nichts entgegen, sodass davon auszugehen ist, dass ein Abzug in dieser Höhe angemessen ist. e) Die Beschwerdegegnerin führt ins Feld, die von ihr gelieferte Energie sei aufgrund ihrer positiven Ökobilanz mit Bezug auf die Vergütungshöhe den erneuerbaren Energien gleichzustellen. Wäre dem so, könnte die Beschwerdeführerin für die unregelmässigen Stromlieferungen keinen Abzug machen. Als erneuerbare Energien definiert Art. 1 lit. f EnV die Wasserkraft, Sonnenenergie, Geothermie, Umgebungswärme, Windenergie und Biomasse (insbesondere Holz, ohne Abfälle in Kehrverbrennungsanlagen und Deponien). Eine praktisch gleichlautende Definition enthält auch das StromVG in Art. 4 Abs. 1 lit. c. Diese Formulierungen sind auch mit Blick auf Sinn und Zweck und die Ziele des Energierechts als abschliessend zu verstehen. Insofern können die Stromlieferungen der Beschwerdegegnerin unbeschadet der positiven Ökobilanz nicht jenen aus erneuerbaren Energien gleichgestellt werden. f) Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, der vorinstanzlich festgelegte Abnahmepreis sei für sie wirtschaftlich nicht tragbar, ist ihr Einwand unbehelflich. Sie kann sich gegen die ihr auferlegte Pflicht, die von der Beschwerdegegnerin gelieferte Energie zu den erwähnten Bedingungen abzunehmen, nicht unter Hinweis auf die ihr erwachsende Kostenbelastung zur Wehr setzen. Weder der in diesem Zusammenhang einschlägige Art. 7 Abs. 7 EnG noch § 18 Abs. 2 kEnG machen bei unabhängigen Produzenten von dezentral erzeugter Energie die zu bezahlende höhere Vergütung davon abhängig, ob und wieweit für das abnahmepflichtige EVU die ihm allenfalls erwachsende Kostenbelastung wirtschaftlich tragbar ist. Art. 7 Abs. 7 EnG will am Abnahme- und Entschädigungsanspruch des unabhängigen Produzenten nichts ändern. g) Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin die von dieser gelieferte Überschussenergie zu einem Jahresmittelpreis von 14,5 Rp./kWh (15 Rp./kWh - 0,5 Rp./kWh wegen unregelmässiger Lieferung) zu vergüten.

## E. 7

(Kostenfolgen) Die gegen den Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde mit Urteil des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2009 abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wurde (Urteil 2C\_772/2008).

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