



Referenz/Aktenzeichen: 220-00007

Bern, 19. April 2016

---

---

# VERFÜGUNG

## der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Antonio Taormina (Vizepräsident), Laurianne Altwegg, Anne Christine d'Arcy, Christian Brunner, Matthias Finger

in Sachen: [...]

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz J. Kessler, von der Crone Rechtsanwälte AG, Samariterstrasse 5, 8032 Zürich

**(Gesuchsteller)**

gegen **Onyx Energie Netze AG**, Waldhofstrasse 1, 4901 Langenthal

**(Gesuchsgegnerin)**

betreffend Festlegung der Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Energiegesetz

# Inhaltsverzeichnis

<b>I</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>6</b>
1	Zuständigkeit.....	6
2	Parteien und rechtliches Gehör.....	8
2.1	Parteien.....	8
2.2	Rechtliches Gehör.....	8
3	Feststellungsbegehren der Gesuchsgegnerin.....	8
4	Materielle Beurteilung.....	9
4.1	Parteivorbringen.....	9
4.1.1	Vorbringen des Gesuchstellers.....	9
4.1.2	Vorbringen der Gesuchsgegnerin.....	11
4.2	Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie.....	16
4.2.1	Rechtliche Grundlagen.....	16
4.2.2	Vollzugshilfe des BFE.....	16
4.2.3	Auslegung des Begriffs «marktorientierte Bezugspreise für gleichwertige Energie» gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG.....	17
4.2.3.1	Allgemeines.....	17
4.2.3.2	Grammatikalische Auslegung.....	18
4.2.3.3	Systematische Auslegung.....	18
4.2.3.4	Historische Auslegung.....	20
4.2.3.5	Teleologische Auslegung.....	24
4.2.3.6	Zeitgemässe Auslegung.....	24
4.2.3.7	Ergebnis der Auslegung.....	25
4.2.4	Artikel 2b EnV.....	30
4.3	Anpassung der Vergütung durch die ECom.....	30
4.4	Fazit.....	32
5	Schwärzung von Geschäftsgeheimnissen.....	32
6	Gebühren.....	33
<b>III</b>	<b>Entscheid</b> .....	<b>35</b>
<b>IV</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung</b> .....	<b>37</b>

# I Sachverhalt

## A.

- 1 Der Gesuchsteller hat im Sommer 2012 auf einem seiner Landwirtschaftsgebäude eine Photovoltaik-Anlage (nachfolgend: PV-Anlage) mit einer Leistung von 57.6 kWp gebaut. Die Anlage wurde am 26. September 2012 in Betrieb genommen. Seither befindet sie sich auf der Warteliste für die Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) (act. 1 Rz. 5 und 7, Beilage 7).
- 2 Am 27. September 2012 beantragte der Gesuchsteller bei der onyx Energie Mittelland AG die Rückvergütung der von der PV-Anlage eingespeisten Energie gemäss den auf der Website der onyx Energie Mittelland AG publizierten Einspeisetarifen. Diese sahen 9 Rp./kWh als Entschädigung für den physikalischen Strom sowie – im Rahmen eines Förderprogramms – 22.5 Rp./kWh als Abgeltung des ökologischen Mehrwerts vor (act. 1 Rz. 6 und 8 sowie Beilagen 6 und 8). Die Herkunftsnachweise der von der PV-Anlage produzierten Energie wurden mit dem Antrag an die onyx Energie Mittelland AG übertragen. In der Folge bezahlte die onyx Energie Mittelland AG dem Gesuchsteller regelmässig die Vergütung von insgesamt 31.5 Rp./kWh (act. 1 Rz. 9).
- 3 Mit Schreiben vom 13. Januar 2015 teilte die Onyx Energie Dienste AG dem Gesuchsteller mit, dass sie die Nachweisvergütung für die PV-Anlage und damit die Teilnahme am Förderprogramm auf den 31. März 2015 kündige. Der ökologische Mehrwert verbleibe fortan beim Gesuchsteller und könne von diesem selbständig gehandelt werden. Die Vergütung für die Stromrücklieferung werde ab dem 1. April 2015 gemäss den geltenden Standard onyx-Rückliefertarifansätzen für bestehende Anlagen vorgenommen (act. 1 Rz. 10 f. sowie Beilage 5). Die von der Onyx Energie Mittelland publizierten, per 1. Januar 2015 geltenden «Tarifansätze Energieerzeugungsanlagen» sehen für PV-Anlagen mit einer Anschlussleistung > 30 kVA eine Vergütung von 5.5 Rp./kWh im Hochtarif und 4.1 Rp./kWh im Niedertarif vor (jeweils zzgl. MwSt.; act. 1, Beilage 9).

## B.

- 4 Am 16. April 2015 gelangte der Gesuchsteller mit einem gegen die onyx Energie Mittelland AG, die onyx Energie Netze AG sowie die onyx Energie Dienste AG gerichteten Gesuch an die El-Com und stellte folgende Anträge (act. 1):
  1. *Die Beschwerdegegnerinnen seien anzuweisen, ihren Rücklieferungstarif (Entschädigung für physikalischen Strom) für die in das Netz der Beschwerdegegnerinnen eingespeiste erneuerbare Energie aus Photovoltaik-Anlagen – unabhängig von deren Nennleistung – ab 1. Januar 2015 auf mindestens 9.54 Rp./kWh festzulegen.*
  2. *Eventualiter seien die Beschwerdegegnerinnen zu verpflichten, ihre Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie (regelmässig zu Tageszeiten und damit im Hochtarifbereich produziert; Solarstrom mit ökologischem Mehrwert) offenzulegen. Gestützt darauf sei der Rücklieferungstarif (Entschädigung für physikalischen Strom) für die in das Netz der Beschwerdegegnerinnen eingespeiste erneuerbare Energie aus Photovoltaik-Anlagen – unabhängig von deren Nennleistung – ab dem 1. Januar 2015 durch die El-Com festzulegen.*
  3. *Verfahrensantrag: Die Beschwerdegegnerinnen seien aufzufordern, die für dieses Verfahren zuständige Partei zu bezeichnen.*

4. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerinnen.*

5 Mit Schreiben vom 6. Mai 2015 an die onyx Energie Mittelland AG, die Gesuchsgegnerin und die onyx Energie Dienste AG eröffnete das Fachsekretariat der EICom ein Verfahren und setzte der Gesuchsgegnerin Frist an, um zu den Anträgen des Gesuchstellers Stellung zu nehmen und sich zur Frage der Parteistellung zu äussern (act. 3).

6 Am 20. Juli 2015 reichte die Gesuchsgegnerin nach zweimaliger Fristerstreckung eine Stellungnahme ein (act. 8). Zur Frage der Parteistellung führte sie aus, dass sie die Netzbetreiberin im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG; SR 730.0) sei. Das Gesuch richte sich folglich gegen sie und nicht gegen ihre Muttergesellschaft onyx Energie Mittelland AG und ihre Schwestergesellschaft onyx Energie Dienste AG. Ferner stellte sie folgende Anträge:

1. *Es sei festzustellen, dass die Rückliefervergütung gemäss Art. 7 EnG kein Tarif ist und der EICom demzufolge im Rahmen ihrer spezialgesetzlichen Zuständigkeit gemäss Art. 25 EnG keine regulatorische Überprüfungscompetenz, sondern lediglich eine Kompetenz zum Entscheid einer privatrechtlichen Streitsache mit öffentlich-rechtlicher Vorfrage zukommt.*
2. *Das Gesuch vom 16. April 2015 sei abzuweisen und es sei die von der Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller zu entrichtende Rückliefervergütung rückwirkend ab dem 1. April 2015 auf den Betrag von 5.50 Rp./kWh im Hochtarifbereich und 4.10 Rp./kWh im Niedertarifbereich festzulegen.*
3. *Eventualiter zu Antrag 2: Das Gesuch vom 16. April 2015 sei abzuweisen und es sei die von der Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller zu entrichtende Rückliefervergütung rückwirkend ab dem 1. April 2015 auf die Kosten der onyx für die Beschaffung von Graustrom festzusetzen.*
4. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers.*

7 Am 1. September 2015 ersuchte das Fachsekretariat der EICom das Bundesamt für Energie (BFE) um einen Amtsbericht betreffend dessen «Vollzugshilfe für die Umsetzung der Anschlussbedingungen der Elektrizitätsproduktion gemäss Art. 7 und Art. 28a des Energiegesetzes» (nachfolgend: Vollzugshilfe BFE). Dem BFE wurden die folgenden Fragen gestellt (act. 13):

1. Inwiefern besteht aus Ihrer Sicht ein allgemeingültiger Zusammenhang zwischen den Tarifen für Endverbraucher mit Grundversorgung (Verbrauchsprofil H4) und den Beschaffungspreisen eines Netzbetreibers?
2. Inwiefern erfüllt eine auf Tarifen für Endverbraucher mit Grundversorgung basierende Vergütung aus Ihrer Sicht die in Artikel 7 Absatz 2 EnG verankerten Kriterien der Marktorientierung und Gleichwertigkeit?
3. Haben Sie weitere sachdienliche Hinweise zu den Abklärungen, die vom BFE im Vorfeld zum Erlass der geltenden Fassung der Vollzugshilfe getätigt worden sind?

8 Mit Schreiben vom 2. Oktober 2015 nahm das BFE im Sinne eines Amtsberichtes Stellung zu den vorgenannten Fragen (act. 16).

9 Mit Schreiben vom 6. Januar 2016 räumte das Fachsekretariat der EICom den Parteien die Gelegenheit ein, Schlussbemerkungen einzureichen (act. 17 und 18).

- 10 Der Gesuchsteller reichte am 21. Januar 2016 Schlussbemerkungen ein. Er nahm insbesondere zur Kenntnis, dass die onyx Energie Netze AG sich als Gesuchsgegnerin bezeichnet habe und hielt im Übrigen an den Anträgen im Gesuch vom 16. April 2015 fest (act. 19).
- 11 Mit Schreiben vom 10. Februar 2016 forderte das Fachsekretariat der EICom die Gesuchsgegnerin auf, zusammen mit ihren Schlussbemerkungen zur Ergänzung des in ihrer Stellungnahme vom 20. Juli 2015 dargestellten Sachverhalts Beweisurkunden, namentlich Vertragsurkunden, einzureichen, die für das Geschäftsjahr 2015 Folgendes belegen (act. 22):
- Wie die Preise für den Energieeinkauf beim Vorlieferanten der Gesuchsgegnerin gebildet werden, aus denen die durchschnittlichen Kosten für den Energieeinkauf resultieren.
  - Die Anteile Graustrom und Strom aus erneuerbaren Energie an der vom Vorlieferanten der Gesuchsgegnerin bezogenen elektrischen Energie.
  - Den Preis des ökologischen Mehrwerts der vom Vorlieferanten bezogenen erneuerbaren Energie.
- 12 Die Gesuchsgegnerin reichte am 14 März 2016 fristgerecht ihre Schlussbemerkungen und die vom Fachsekretariat eingeforderten Unterlagen ein (act. 25). Sie hielt darin ausdrücklich an ihren bisherigen Ausführungen und Anträgen fest. Für den Fall, dass die EICom entsprechend dem Eventualantrag der Gesuchsgegnerin auf die Ist-Kosten 2015 für die Vergütung an den Gesuchsteller abstelle, stellte sie explizit den Antrag, das Verfahren bis nach der Einreichung der effektiv massgebenden Ist-Kosten zu sistieren respektive. den Entscheid erst nach Vorliegen dieser für das Jahr 2015 relevanten Kosten zu treffen (act. 25, Ziff. 4.6).
- 13 Am 24. März 2016 liess der Gesuchsteller der EICom eine unaufgeforderte Stellungnahme zukommen, in der er die Abweisung der von der Gesuchsgegnerin beantragten Sistierung des Verfahrens beantragte (act. 31). Die Eingabe des Gesuchstellers wurde der Gesuchsgegnerin am 29. März 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 32).
- 14 Am 12. April 2016 forderte das Fachsekretariat der EICom die Gesuchsgegnerin telefonisch auf, die Richtigkeit der Angaben zum ökologischen Mehrwert in der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 14. März 2016 zu prüfen (act. 33). Die Gesuchsgegnerin bestätigte den Wert mit Schreiben vom 14. April 2016 (act. 34), welches dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 18. April 2016 zugestellt wurde (act. 35).
- 15 Auf Einzelheiten des Sachverhalts wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

## II Erwägungen

### 1 Zuständigkeit

- 16 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Höhe der Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG. Gemäss Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG beurteilt die EICom Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen (Art. 7, 7a und 28a EnG) und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten (Art. 15b EnG). Die EICom ist somit zur Behandlung des Gesuchs grundsätzlich zuständig (vgl. auch BGE 138 I 454 E. 3.6.4).
- 17 Der Gesuchsteller verlangt sowohl mit seinem Hauptbegehren als auch mit dem Eventualbegehren die generelle Anpassung der Vergütungssätze der Gesuchsgegnerin für die in ihr Netz eingespeiste erneuerbare Energie «aus PV-Anlagen – unabhängig von deren Nennleistung» (oben Rz. 4). Der Gesuchsteller begründet die auf alle von Artikel 7 Absatz 1 EnG erfassten Produzenten im Netzgebiet der Gesuchsgegnerin bezogenen Anträge damit, dass keine gesetzliche Grundlage für die extreme tarifliche Differenzierung bestehe, welche in den Rücklieferansätzen der Gesuchsgegnerin für Anlagen mit einer Leistung bis zu 30 kVA gegenüber Anlagen mit einer Leistung von mehr als 30 kVA zum Ausdruck komme (act. 1 Rz. 27). In seinen Schlussbemerkungen vom 21. Januar 2016 (act. 19) führt der Gesuchsteller dazu ferner aus, die Gesuchsgegnerin habe für die Rücklieferungsentschädigung allgemein gültige Tarife publiziert. Zumindest bei der letzten Anpassung (act. 1, Beilage 5) habe die Gesuchsgegnerin den Tarif nicht mit jedem Rücklieferer einzeln ausgehandelt, sondern im Rahmen eines allgemein gültigen Tarifblatts mitgeteilt. Eine Aushandlung im Einzelfall werde denn von der Gesuchsgegnerin auch weder behauptet noch bewiesen. Da die Gesuchsgegnerin bei einem solchen Tarifsysteem (egal, ob es öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich qualifiziert werde), die Kunden mit vergleichbarer Situation gleich behandeln müsse, werde sich die Anordnung der EICom im Zusammenhang mit dem Fall des Gesuchstellers notwendigerweise auf alle Kunden in vergleichbarer Situation (konkret auf alle Adressaten des besagten Tarifblatts) auswirken. Mit anderen Worten werde die Gesuchsgegnerin bei Gutheissung des Gesuchs gezwungen sein, ihren Rücklieferungstarif für alle Kunden entsprechend anzupassen. Aufgrund des allgemein gültigen Tarifsystems der Gesuchsgegnerin habe der Gesuchsteller bei der EICom gestützt auf Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG auch die entsprechende (allgemein gültige) Anpassung dieses Tarifs der Gesuchsgegnerin beantragt.
- 18 Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, dass die Abnahme von Strom gemäss Artikel 7 EnG ausschliesslich Gegenstand eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen Produzent und Netzbetreiber bilde, das auf einer öffentlich-rechtlichen Abnahme- und Vergütungspflicht basiere (Art. 2 Abs. 1 der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 [EnV; SR 730.01]). Der Umstand, dass die Netzbetreiber die Rückliefervergütungen nicht mit jedem Produzenten einzeln verhandeln, sondern entsprechende Vergütungsansätze publizieren würden, bedeute nicht, dass es sich dabei um einen Tarif handle, der durch Beschwerde bei einer Regulierungsbehörde angefochten werden könne. Das EnG räume den Netzbetreibern im Gegensatz zum Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) keine Befugnis zur Festlegung von Tarifen ein. Die Rückliefervergütung gemäss Artikel 7 EnG könne daher im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Produzent nur gestützt auf privatrechtliche Handlungsformen, d. h. im vorliegend interessierenden Zusammenhang auf dem Weg eines Vertrages, geregelt werden. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus dem Wortlaut von Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG, der – zutreffend – statuiere, die EICom sei zuständig zur Beurteilung von «Streitigkeiten» im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen. Die in Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG statuierte Kompetenz der EICom beschränke sich auf die Beur-

teilung derjenigen Streitigkeit, die tatsächlich zum Gegenstand eines Verfahrens gemacht werde. Im vorliegenden Fall sei dies der Streit über die von der Gesuchsgegnerin ab dem 1. April 2015 an den Gesuchsteller zu entrichtende Rückliefervergütung. Die ECom sei mithin unter Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG insbesondere nicht befugt, die generelle Angemessenheit der von der Gesuchsgegnerin publizierten Rückliefervergütungsansätze zu überprüfen, noch die Gesuchsgegnerin anzuweisen, diese Ansätze für alle Kunden verbindlich zu ändern. Die Kognition der ECom beschränke sich auf die Prüfung, ob die Gesuchsgegnerin bei der Abnahme der vom Gesuchsteller produzierten Energie die öffentlich-rechtlichen Vorgaben des EnG, insbesondere in Bezug auf die Abnahme und Vergütung der produzierten Energie im vorliegenden Fall, eingehalten hat (act. 8, Ziff. 3).

- 19 Die Zuständigkeit der ECom gemäss Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG ist in der Tat auf Streitfälle beschränkt. Diese Beschränkung steht im Einklang mit Artikel 2 Absatz 1 EnV, wonach die Produzenten von Energie nach Artikel 7 EnG und die Netzbetreiber die Anschlussbedingungen vertraglich festlegen. Das Gesetz und die Verordnung beschränken staatliche Eingriffe im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen gemäss Artikel 7 EnG somit auf Fälle, in denen sich die Vertragspartner nicht einigen können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-857/2014 vom 13. November 2014, E. 5.3.3). Aus dem Umstand, dass die Gesuchsgegnerin die Vergütungsansätze in einem einzigen Dokument für alle Produzenten publiziert, kann vor diesem Hintergrund – entgegen der Auffassung des Gesuchstellers (oben Rz. 17) – nicht gefolgert werden, es handle sich um einseitig von der Gesuchsgegnerin festgelegte Tarife. Vielmehr handelt es sich bei den von dieser publizierten Vergütungsansätzen um ein Angebot an die Produzenten, das in der Regel stillschweigend akzeptiert wird. Genügt ein solches Angebot den gesetzlichen Anforderungen nicht, steht es den Produzenten frei, dieses nicht anzunehmen und, sollte mit der Gesuchsgegnerin keine individuelle Einigung erzielt werden können, mit einem Gesuch an die ECom zu gelangen. Die ECom ist somit weder von Amtes wegen noch auf Gesuch eines einzelnen Produzenten hin befugt, die Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG generell für alle Produzenten im Netzgebiet der Gesuchsgegnerin festzulegen, würde sie so doch in bestehende Vertragsverhältnisse eingreifen.
- 20 In zeitlicher Hinsicht verlangt der Gesuchsteller mit seiner Eingabe vom 16. April 2015 eine rückwirkende Anpassung der Vergütung ab 1. Januar 2015 (oben Rz. 4; act. 1). Im Hinblick auf die sachliche Zuständigkeit der ECom gemäss Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG stellt sich daher die Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Streitigkeit im Sinne dieser Bestimmung vorliegt. Das EnG definiert nicht explizit, was unter einer Streitigkeit zu verstehen ist. Im vorliegenden Fall ist allerdings erstellt, dass der Gesuchsteller bis zum 31. März 2015 eine Vergütung von 9 Rp./kWh vergütet erhalten hat, d. h. exakt denjenigen Betrag, den er am 27. September 2012 ausdrücklich als Vergütung beantragt hatte (oben Rz. 2; act. 1 Rz. 8, Beilage 8) und seither – soweit ersichtlich – nie beanstandet hat. Erst nach der Mitteilung der Gesuchsgegnerin, wonach per 1. April 2015 eine geringere Vergütung ausbezahlt werde (vorne Rz. 3; act. 1, Beilage 5), hat der Gesuchsteller mit der Einreichung des vorliegenden Gesuchs kundgetan, dass er mit der geringeren Vergütung nicht einverstanden sei. Die vorliegend zu beurteilende Streitigkeit betrifft somit die Vergütung ab 1. April 2015.
- 21 Die sachliche Zuständigkeit der ECom im vorliegenden Verfahren beschränkt sich daher auf die Beurteilung der Höhe derjenigen Vergütung, die der Gesuchsteller von der Gesuchsgegnerin für die von seiner PV-Anlage in das Netz der Gesuchsgegnerin eingespeiste elektrische Energie ab 1. April 2015 erhält. Soweit der Gesuchsteller mit seinen Begehren in zeitlicher und sachlicher Hinsicht darüber hinausgeht, ist auf die Begehren nicht einzutreten.

## **2 Parteien und rechtliches Gehör**

### **2.1 Parteien**

- 22 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.
- 23 Der Gesuchsteller hat bei der EICom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Er ist somit materieller Verfügungsadressat. Ihm kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu.
- 24 Im vorliegenden Verfahren ist die Höhe der gestützt auf Artikel 7 Absätze 1 und 2 EnG an den Gesuchsteller zu bezahlenden Vergütung streitig. Die Vergütungspflicht i. S. v. Artikel 7 Absatz 1 EnG trifft nach dem klaren Gesetzeswortlaut die Netzbetreiber. Netzbetreiber in einem bestimmten Netzgebiet ist, wem dieses vom Kanton gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 StromVG zugeteilt worden ist. Dem Kataster der Netzgebiete im Kanton Bern (abrufbar im Geoportal des Kantons Bern; <http://www.apps.be.ch/geo/>) kann entnommen werden, dass die PV-Anlage des Gesuchstellers im der Gesuchsgegnerin zugeteilten Netzgebiet liegt. Damit ist die Gesuchsgegnerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Auch die Gesuchsgegnerin hat daher Parteistellung nach Artikel 6 VwVG. Die onyx Energie Mittelland AG und die onyx Energie Dienste AG sind hingegen mangels Netzbetreibereigenschaft nicht Parteien in diesem Verfahren.
- 25 Die Gesuchsgegnerin hat Gelegenheit erhalten, sich zu ihrer Parteistellung zu äussern und teilt die Einschätzung der EICom (act. 8 Rz. 1; oben Rz. 6). Dies wurde vom Gesuchsteller widerspruchslos zur Kenntnis genommen (act. 19, S. 1). Damit wurde dem Verfahrensantrag des Gesuchstellers (vgl. oben Rz. 4) vollständig entsprochen.

### **2.2 Rechtliches Gehör**

- 26 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingabe des Gesuchstellers wurde der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme unterbreitet. Überdies wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt. Beide Parteien haben die Gelegenheit erhalten, zum Amtsbericht des BFE Stellung zu nehmen sowie Schlussbemerkungen einzureichen. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung berücksichtigt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

## **3 Feststellungsbegehren der Gesuchsgegnerin**

- 27 Die Gesuchsgegnerin beantragt, es sei festzustellen, dass die Rückliefervergütung gemäss Artikel 7 EnG kein Tarif sei und der EICom demzufolge im Rahmen ihrer spezialgesetzlichen Zuständigkeit gemäss Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG keine regulatorische Überprüfungscompetenz, sondern lediglich eine Kompetenz zum Entscheid in einer privatrechtlichen Streitsache mit öffentlich-rechtlicher Vorfrage zukomme (act. 8, Antrag 1; oben Rz. 6).
- 28 Eine Feststellungsverfügung ist zu erlassen, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen werden kann (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, dass ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses vorliegt.



Die Feststellungsverfügung ist subsidiärer Natur und entsprechend nur zulässig, sofern das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER / MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 351; statt vieler: BGE 137 II 199 E. 6.5).

- 29 Die Gesuchsgegnerin begründet ihr Feststellungsinteresse damit, dass der Gesuchsteller möglicherweise beabsichtige, nicht bloss eine Änderung der Rücklieferungsvergütung für sich selbst, sondern allgemein die Festlegung eines «Tarifs» zu erwirken. Damit diese Angelegenheit und die damit verbundene Unsicherheit abschliessend geklärt werde, verlange sie von der ECom die beantragte Feststellung (act. 8, Ziff. 3).
- 30 Die ECom prüft ihre sachliche Zuständigkeit zur Behandlung der von den Parteien gestellten Begehren von Amtes wegen (Art. 7 VwVG). Der Gegenstand des Feststellungsbegehrens wird im vorliegenden Verfahren somit bereits als notwendige verfahrensrechtliche Vorfrage behandelt (oben Rz. 16 ff.). Indem die ECom auf die nicht in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Aspekte der Anträge des Gesuchstellers nicht eintritt, hat sie sich im vorliegenden Verfahren rechtswirksam zur Frage ihrer Zuständigkeit geäussert. Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Unklarheit in dieser Angelegenheit ist damit beseitigt. Ein von den konkreten Anträgen des Gesuchstellers losgelöstes Feststellungsinteresse der Gesuchsgegnerin ist nicht ersichtlich und wird von dieser auch nicht näher begründet. Auf das Feststellungsbegehren der Gesuchsgegnerin ist daher nicht einzutreten.

## **4 Materielle Beurteilung**

### **4.1 Parteivorbringen**

- 31 Der Gesuchsteller vertritt den Standpunkt, dass die von seiner PV-Anlage in das Netz der Gesuchsgegnerin eingespeiste elektrische Energie gemäss den Empfehlungen in der Vollzugshilfe BFE zu vergüten sei. Die Gesuchsgegnerin ist hingegen der Auffassung, dass als Referenz für die Vergütung im Sinne einer Analogie der Marktpreis gemäss Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV heranzuziehen sei. Im Rahmen ihrer Eventualanträge plädieren beide Parteien dafür, die Kosten der Gesuchsgegnerin für die Beschaffung gleichwertiger Energie als Referenz heranzuziehen, wobei sie sich nicht einig sind, was unter gleichwertiger Energie zu verstehen ist.

#### **4.1.1 Vorbringen des Gesuchstellers**

- 32 Der Gesuchsteller bringt zur Begründung seines Hauptantrags vor, die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie (Art. 7 Abs. 2 EnG) richte sich gemäss Artikel 2b EnV nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie (act. 1 Rz. 15). Nach dieser Definition sei für die Berechnung der Vergütung auf die effektiven Kosten abzustellen, welche der Gesuchsgegnerin bei der Beschaffung des von ihr vertriebenen Stroms entstünden. Dabei dürfe aber nicht abstrakt ein Börsenpreis aus dem Stromgrosshandel beigezogen werden, sondern es wären die effektiven Gestehungskosten des Netzbetreibers für den in seinem Netzgebiet vertriebenen Strom zu ermitteln (act. 1 Rz. 16).
- 33 Da die Energielieferungstarife der Gesuchsgegnerin heute höher seien als 2012, sei anzunehmen, dass auch die Gestehungskosten für den vertriebenen Strom gestiegen seien. Demzufolge müsste die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller für die Rücklieferung heute auch eine höhere Vergütung bezahlen als noch 2012. Aus dieser Perspektive sei der neue, gegenüber 2012

tieferer Rücklieferungstarif der Gesuchsgegnerin kritisch zu hinterfragen. Eine genaue Überprüfung bedinge aber eine Überprüfung der Kostenrechnung der Gesuchsgegnerin, wozu die El-Com gestützt auf Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b StromVG berechtigt sei (act. 1 Rz. 17).

34 Weiter stelle sich bei der Auslegung von Artikel 2b EnV die Frage, was mit gleichwertiger Energie gemeint sei. Hier seien verschiedene Kriterien denkbar, etwa die technische Gleichwertigkeit (z. B. Regelmässigkeit der Einspeisung, Alimentierung während Zeiten des Hoch- und/oder Niedertarifs) und die Energiequelle (Wasserkraft, Atomkraft, Photovoltaik, Wind). Im vorliegenden Fall wäre also für einen Vergleich auf den Preis für ein Stromprodukt abzustellen, welches mit Energie aus Photovoltaik-Anlagen (regelmässig zu Tageszeiten und damit im Hochtarifbereich produziert; Solarstrom mit ökologischem Mehrwert) vergleichbar sei (act. 1 Rz. 18).

35 Da die Feststellung des marktorientierten Bezugspreises für gleichwertige Energie gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG i. V. m. Artikel 2b EnV schwierig sei, habe das BFE eine Vollzugshilfe herausgegeben. Die erste Fassung sei bereits im Januar 2010 erschienen (erwähnt in BGE 138 454 E. 3.8) und die zweite, aktuelle Fassung datiere vom Januar 2015. Die einschlägige Ziffer 3 der Vollzugshilfe BFE laute wie folgt (act. 1 Rz. 20):

*«Das Bundesamt empfiehlt mit Blick auf Art. 2b EnV, die als Elektrizität in das Netz eingespeiste Energie mindestens auf der Basis des Endkundenpreises für Energie eines Standardstromproduktes für die gebundenen Kleinkonsumenten (Verbrauchsprofil H4) abzüglich 8 % am Standort der dezentralen Produktion zu vergüten. Der marktorientierte Bezugspreis kann analog den Endkundenpreisen nach Tarifzeiten differenziert werden. Die netzseitig erbrachten Systemdienstleistungen und die durch die Einspeisungen verursachten Kosten der Netzbetreiber werden nicht berücksichtigt. Höhere Vergütungen sind möglich. Übernimmt der Netzbetreiber zusätzlich zur Energie auch die ökologische Qualität (z.B. für den Verkauf von Stromprodukten aus erneuerbaren Energiequellen), muss dieser ökologische Mehrwert zusätzlich zum marktorientierten Bezugspreis vergütet werden. Bei grösseren Anlagen ab einer Nettoproduktionsleistung von 150 kVA soll ein entsprechender Tarif mit Leistungsmessung der Ermittlung des marktorientierten Bezugspreises zu Grunde gelegt werden.»*

36 Der Gesuchsteller führt dazu aus, Ziffer 3 der Vollzugshilfe BFE beruhe auf dem Konzept, dass sich der Rücklieferungstarif an einem mittleren Endkundenpreis (Verbrauchsprofil H4) orientieren solle. Das Verbrauchsprofil H4 entspreche einem Bezug von 4'500 kWh/Jahr, d. h. dem Standardverbrauch einer 5-Zimmerwohnung mit Elektroherd und Tumbler, aber ohne Elektroboiler. Dieser Standardtarif werde für jede Gemeinde publiziert und sei somit eine objektive, transparente Masszahl. Davon abzuziehen sei eine Vertriebsmarge, für welche eine Höhe von 8 % angenommen werde.

37 Bei Anwendung der Vollzugshilfe BFE ergäbe sich im vorliegenden Fall im Jahr 2015 ein Minimaltarif von 9.5404 Rp./kWh. Die von der Gesuchsgegnerin ab dem 1. April 2015 angebotenen Rücklieferungstarife für Anlagen mit einer Leistung von mehr als 30 kW seien somit weit unter dem Mindesttarif gemäss Vollzugshilfe BFE (act. 1 Rz. 22).

38 Das Bundesverwaltungsgericht habe im Urteil A-2895/2014 vom 17. Dezember 2014 zum Ausdruck gebracht, dass eine solche Richtlinie bzw. Vollzugshilfe bei der Auslegung der betreffenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zu berücksichtigen sei (act. 1 Rz. 24). Die Vollzugshilfe BFE sei ein pragmatischer Ansatz zur Auslegung von Artikel 7 EnG i. V. m. Artikel 2b EnV. Stellvertretend für eine aufwendige Kosten- und Gleichwertigkeitsanalyse werde auf den jeweiligen Endkundenpreis abgestellt, welcher letztlich das Ergebnis dieser Kostenrechnung sei. Konsequenterweise werde von diesem Endkundenpreis die Marge abgezogen, um

den Selbstkostenpreis und damit die von Artikel 2b EnV avisierte Zielgrösse zu ermitteln (act. 1 Rz. 25).

- 39 Da sich der Rücklieferungstarif der Gesuchsgegnerin weit ausserhalb der Vollzugshilfe BFE bewege, beantrage der Gesuchsteller in erste Linie die Festlegung eines mindestens den Minimalvorgaben der Vollzugshilfe BFE entsprechenden Rücklieferungstarifs (act. 1 Rz. 26). Einzig für den Fall, dass die EICom wider Erwarten die Vollzugshilfe BFE nicht für anwendbar halte, werde eventualiter die Offenlegung der Kostenrechnung der Gesuchsgegnerin beantragt, damit die EICom sodann gestützt darauf den Rücklieferungstarif festlegen könne (act. 1 Rz. 28).
- 40 Im Rahmen seiner Schlussbemerkungen vom 21. Januar 2016 (act. 19) führt der Gesuchsteller aus, in rechtlicher Hinsicht stelle sich vor allem die Frage, was unter dem Begriff der gleichwertigen Energie gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG zu verstehen sei. Dabei sei auf die vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie abzustellen. Die vom Gesuchsteller zu Hochtarifzeiten gelieferte Solarenergie könne jedenfalls nicht pauschal mit «Graustrom» gleichgesetzt werden, wie das die Gesuchsgegnerin behaupte. Dies gelte unabhängig von einer allfälligen separaten Vermarktung der ökologischen Qualität (act. 19, S. 2, dritter Absatz).
- 41 Da es die Gesuchsgegnerin versäumt habe, ihre effektiven Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie darzulegen, rechtfertige sich eine Tariffestlegung durch die EICom. Dabei sei einstweilen auf die Berechnungsempfehlungen des BFE abzustellen. Sollte sich bei einer weitergehenden Abklärung ergeben, dass die Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie höher seien als der so berechnete Tarif, sei der Tarif entsprechend höher festzulegen (act. 19 S. 2, fünfter Absatz).

#### **4.1.2 Vorbringen der Gesuchsgegnerin**

- 42 Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Anwendbarkeit der Richtlinie des BFE mit der Begründung, dass diese rechtlich nicht bindend und inhaltlich fehlerhaft sei (act. 8, Ziff. 4.2.1 f.).
- 43 Zur behaupteten rechtlichen Unverbindlichkeit führt sie aus, dass bereits vor der Revision des EnG durch den Neuerlass des StromVG für die Netzbetreiber die Pflicht bestanden habe, in ihrem Netzgebiet produzierte erneuerbare Energie abzunehmen und zu vergüten (aEnG vom 26. Juni 1998; Art. 7 Abs. 3a). Schon die Botschaft zum EnG habe auf einen Entscheid des Bundesgerichts hingewiesen, wonach derartige Empfehlungen über die Vergütungshöhe für das Gericht nicht bindend seien. Die Vollzugshilfe BFE stelle auch heute eine rechtlich nicht bindende Empfehlung dar. Dies habe das Bundesgericht in BGE 122 II 252 bereits für die Empfehlung vom 21. Dezember 1992 für die Vergütung von Stromeinspeisungen von Selbstversorgern entschieden. Auch aus der Botschaft zum neuen EnG liessen sich keine anderslautenden Absichten des Gesetzgebers entnehmen. Zudem fehle es an der Verbindlichkeit schon alleine aus dem Grund, da weder das EnG noch die EnV eine Grundlage im Sinne einer verfassungskonformen Delegationsnorm enthielten, gestützt auf welche das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) oder das BFE im Zusammenhang mit der Rückliefervergütung für erneuerbare Energien allgemein-verbindliche Anordnungen treffen könnten (act. 8, Ziff. 4.2.1).
- 44 Betreffend die behauptete Gesetzeswidrigkeit der Vollzugshilfe BFE verweist die Gesuchsgegnerin auf einen Artikel im VSE Bulletin 3/2015 mit dem Titel «Rechtlicher Stellenwert der Vollzugshilfen; Umsetzung der Anschlussbedingungen der Elektrizitätsproduktion gemäss Art. 7 und art. 28a EnG», dessen Autor zum Ergebnis gelangt, dass die Vollzugshilfe BFE kaum gesetzeskonform sei (act. 8, Beilage 13). Die behauptete inhaltliche Fehlerhaftigkeit der Vollzugshilfe BFE begründet die Gesuchsgegnerin ferner mit der vom BFE vorgenommenen Unter-

scheidung zwischen kleineren Anlagen und Anlagen mit einer Nettoproduktionsleistung ab 150 kVA sowie damit, dass die Vollzugshilfe BFE dem Produktionsprofil von Energieerzeugungsanlagen ein Verbrauchsprofil gegenüberstelle (act. 8 Ziff. 4.2.2 a und b sowie act. 25, S. 2, Absätze 1 und 2 sowie S. 4, Absatz 1):

- 45 Ohne auch nur ansatzweise eine Begründung für die Unterteilung zu liefern, knüpfe das BFE mit der Unterscheidung zwischen Anlagen mit einer Anschlussleistung ab 150 kVA und Anlagen mit einer Anschlussleistung unter 150 kVA an das Kriterium des Vorhandenseins einer Leistungsmessung an. Gemäss Artikel 8 Absatz 5 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV; SR 734.71) seien Produktionsanlagen ab einer Leistung von 30 kVA mit einer Lastgangmessung auszustatten. D. h. die StromVV fordere eine höherwertige Messung (Aufzeichnung des Lastgangs) bereits ab einer Anschlussleistung von 30 kVA, während das BFE aus nicht erläuterten und auch nicht nachvollziehbaren Gründen erst ab einer Anschlussleistung von 150 kVA einen «Tarif» (recte: Vergütung) auf Basis einer Leistungsmessung (Aufzeichnung der monatlichen Spitzenlast) empfehle. Auch die Herkunftsnachweis-Verordnung vom 24. November 2006 (HKNV; SR 730.010.1) greife die Grenze von 30 kVA als Unterscheidungskriterium auf, indem sie festlege, dass für die produzierte Elektrizität von Anlagen ab einer Anschlussleistung von 30 kVA Herkunftsnachweise auf Basis der Nettoproduktion monatlich zu erfassen seien (Art. 2 und Art. 4 HKNV). Auch in Zusammenhang mit der Einführung einer Einmalvergütung für kleinere Photovoltaikanlagen werde eine Leistungsgrenze von 30 kW verwendet (Art. 6b Abs. 3 EnV). Daraus ergebe sich zweifelsfrei, dass die Abstufung der Leistungsklassen gemäss Vollzugshilfe BFE rein willkürlich erfolge und überdies in offenkundigem Widerspruch zu den an anderer Stelle gesetzlich festgelegten, sachlich und technisch begründeten Leistungsgrenzen stehe. Die in der Vollzugshilfe BFE vorgenommene Abgrenzung zwischen Anlagen mit einer Leistung ab 150 kVA und solchen mit tieferer Leistung sei damit sachlich nicht begründbar und aufgrund anders lautender gesetzlicher Regelungen unbeachtlich. Die von der Gesuchsgegnerin auf freiwilliger Basis eingeführte Unterscheidung der Vergütung für die Anlagen mit mehr als 30 kVA bzw. weniger als 30 kVA Anschlussleistung stütze sich auf die erwähnten gesetzlichen Grundlagen. Den Produzenten von Anlagen mit einer Leistung von unter 30 kVA vergüte die Gesuchsgegnerin einen höheren als den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestvergütungssatz, weil sie den Besitzer von Kleinanlagen nicht zumuten wolle, sich jederzeit und vollumfänglich über die aktuellen Marktverhältnisse und den Wert der von ihnen produzierten elektrischen Energie zu informieren. Sollte die von der Gesuchsgegnerin vorgenommene Differenzierung von der EICom wider Erwarten nicht geschützt werden, sehe sich die Gesuchsgegnerin gezwungen, auch für Klein- und Kleinstanlagen die Rückliefervergütung auf das aktuelle Marktpreisniveau abzusenken und so an diese Kleinproduzenten ebenfalls höhere Anforderungen zu richten (act. 8 Ziff. 4.2.2 a).
- 46 Das in der Vollzugshilfe BFE beigezogene Verbrauchsprofil H 4 beschreibe eine 5-Zimmerwohnung mit Elektroherd und Tumbler (ohne Elektroboiler) mit einem durchschnittlichen Stromverbrauch von 4'500 kWh/Jahr. Bei diesem wie auch sämtlichen übrigen Verbrauchsprofilen werde dabei die Energie pro Zeiteinheit und Jahreszeit bestimmt. Im Ergebnis entstehe dadurch ein modelliertes Verbrauchsprofil eines spezifischen Haushaltes. Ein solches Verbrauchsprofil entspreche jedoch weder im Tagesverlauf (Zeiteinheit) noch im Jahresverlauf (Jahreszeit) einem heute typischen Produktions- und Einspeiseprofil einer PV-Anlage (act. 8, Ziff. 4.2.2 Bst. b). Ein erheblicher Teil des Stromverbrauchs im Verbrauchsprofil H4 falle in den off-peak-Stunden von 20:00 Uhr – 08:00 Uhr an (rund 43 %). Zur Deckung dieser Stunden seien PV-Anlagen gänzlich ungeeignet. Des Weiteren liege der Anteil der von einer PV-Anlage im Winter (gemäss Definition im Verbrauchsprofil H4) produzierten Energie bei rund 33 %, während der Anteil der im Winter verbrauchten Energie im Verbrauchsprofil H4 bei rund 54 % liege (act. 25, S. 4, Abs. 1). Der Vergleich eines Verbrauchsprofils mit einem Produktionsprofil sei mangels eines sachlichen Zusammenhangs daher von vornherein untauglich bzw. unmöglich. Entsprechend dürfe sich die Rückliefervergütung auch nicht an einem durchschnittlichen Tarif für ein

Verbrauchsprofil orientieren (act. 8 Ziff. 4.2.2 Bst. b). Das BFE behaupte in seinem Amtsbericht (act. 16), dass die durchschnittliche Jahresproduktion einer Anlage mit 45 kW Leistung dem durchschnittlichen Jahresverbrauch eines H4-Haushaltes entspreche. Das BFE verrechne sich dabei um den Faktor 10. Eine Anlage mit einer Leistung von 150 kVA produziere bei angenommenen 1'000 Vollaststunden sogar rund 150'000 kWh Strom, was dem 33-fachen Verbrauch des vom BFE proklamierten Referenzhaushaltes entspreche (act. 25, S. 1, Abs. 2).

- 47 Nach Auffassung der Gesuchsgegnerin erweist sich sodann auch der in der Vollzugshilfe BFE empfohlene Abzug von 8 % als falsch: Sie habe das Recht, die von der EICOM als anrechenbar anerkannten Kosten für Verwaltung und Vertrieb in Abzug zu bringen. In diesem Fall würde dieser Abzug ca. [...] Rp./kWh respektive rund [...] % betragen. Da zudem aufgrund des temporären Verzugs zwischen Tarifsetzung und Ermittlung der effektiv relevanten IST-Kosten Deckungsdifferenzen entstünden, seien auch diese Deckungsdifferenzen aus den Vorjahren im Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher enthalten. Die Vollzugshilfe BFE müsste also um diese beiden zusätzlich tarifrelevanten Faktoren korrigiert werden, was bei der Gesuchsgegnerin für 2015 insgesamt einen Abzug von rund [...] % zur Folge hätte (act. 25, S. 3, Abs. 1–3).
- 48 Die Gesuchsgegnerin führt weiter aus, gemäss Artikel 7 Absatz 1 EnG handle es sich bei der vom Netzbetreiber abzunehmenden fossilen und erneuerbaren Energie aus Anlagen, die nicht oder noch nicht von der besonderen Förderung durch die KEV profitierten. Gegenstand der Abnahmepflicht des Netzbetreibers im Sinne dieser Bestimmung sei damit lediglich der physikalisch ins Netz eingespeiste Strom. Der Herkunftsnachweis – die Stromqualität also – verbleibe beim unabhängigen Produzenten und könne vom Netzbetreiber auf freiwilliger Basis zusätzlich abgenommen und vergütet werden. Dies ergebe sich auch aus der ansonsten fehlerhaften Vollzugshilfe BFE (Ziff. 3 der Vollzugshilfe BFE) (act. 8, Ziff. 4.3.2 a).
- 49 Da zwischen dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin keine Vereinbarung betreffend die Übernahme von Herkunftsnachweisen bestehe, habe der Gesuchsteller im vorliegenden Fall – und nach der formgültigen Kündigung des onyx-Förderprogramms – gestützt auf Artikel 7 Absatz 1 des EnG lediglich einen Anspruch auf eine marktorientierte Vergütung des aus seiner Anlage ins Netz der Gesuchsgegnerin physikalisch eingespeisten (Grau-)Stroms. Obwohl der Strom aus einer Photovoltaikanlage stamme, habe der abgenommene Strom für die Gesuchsgegnerin lediglich die Qualität von Graustrom, weil der ökologische Mehrwert des in der Anlage des Gesuchstellers produzierten Stroms eben gerade nicht von der Gesuchsgegnerin übernommen werde, sondern beim Produzenten verbleibe. Die Gesuchsgegnerin dürfe in ihrem Liefermix gemäss Artikel 1b EnV die vom Gesuchsteller ab dem 1. April 2015 eingespeiste Energie auch lediglich als Graustrom deklarieren. Bereits aus diesem Grund sei der Eventualantrag des Gesuchstellers, welcher explizit (auch) die Vergütung von Solarstrom verlange, abzuweisen (act. 8 Rz. 4.3.2 Bst. a sowie act. 25, S. 3, Abs. 5).
- 50 Nach Auffassung der Gesuchsgegnerin lässt sich dem EnG, im Gegensatz zur Berechnung des relevanten Marktpreises bei Anlagen mit Einspeisevergütung, keine explizite Grundlage für die Berechnung der marktorientierten Vergütung für Anlagen ohne Einspeisevergütung entnehmen. Zwar sehe Artikel 7 Absatz 2 EnG in Bezug auf die Berechnung der marktorientierten Vergütung vor, dass der Bundesrat die Einzelheiten regelt. Die Bestimmung von Artikel 7 Absatz 2 EnG genüge jedoch den Anforderungen an eine Delegationsnorm in keiner Weise. Im Rahmen einer verfassungsmässig konformen Delegation ermächtige der Gesetzgeber im formellen Gesetz die Exekutive zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen. Die Gesetzesdelegation gelte dann als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sei, in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten sei und sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränke und die Grundzüge der Materie, d. h. die wichtigsten Regelungen, im delegierten Gesetz selbst enthalten seien (Art. 164 Abs. 2 BV). Insbesondere dem Kriterium,

wonach die Grundzüge bzw. die wichtigsten Regelungen im delegierenden Gesetz selber enthalten seien, genüge Artikel 7 Absatz 2 EnG nicht. Die vermiedenen Kosten des Netzbetreibers könnten ganz unterschiedlich berechnet werden, ohne dass sich der Delegationsnorm von Artikel 7 Absatz 2 EnG die Grundzüge für die Berechnung entnehmen lassen würden, weshalb die Bestimmung von Artikel 2b EnV bereits aus diesem Grund nicht weiterhelfe. Artikel 2b EnV führe zudem wenig präzise und in nicht justiziable Weise aus, dass sich die marktorientierten Bezugspreise nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger – in casu grauer – Energie bestimmten (act. 8 Rz. 4.3.2 Bst. b).

- 51 Nachdem den gesetzlichen Grundlagen für die Berechnung des marktorientierten Bezugspreises für Anlagen ohne Einspeisevergütung also nichts entnommen werden könne, sei dieser Preis aufgrund einer Analogie zu ermitteln (act. 8, Ziff.4.3.2 Bst. c und d):
- 52 Für die Berechnung der Vergütung von Energie aus Anlagen gemäss Artikel 7a EnG sehe das EnG in Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a vor, dass die Netzgesellschaft zur Finanzierung der nicht durch Marktpreise gedeckten Kosten der Netzbetreiber für die Übernahme von Elektrizität nach Artikel 7a Absatz 1 EnG und Artikel 28a Absatz 1 EnG entsprechende Zuschläge auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze erhebe. Bei der Elektrizität aus Artikel 7a Absatz 1 EnG handle es sich um Elektrizität, die aus Anlagen stammt, welche über die KEV gefördert werden. Bei der Elektrizität aus Artikel 28a Absatz 1 EnG handle es sich um Elektrizität, die aus Anlagen stammt, welche vor dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen wurden und für welche im Sinne einer Übergangsbestimmung nach wie vor ein besonderes Förderregime, der sogenannte 15-Räppler, bestehe. Sowohl bei der KEV als auch beim sogenannten 15-Räppler gehe der Gesetzgeber von einer sich aus zwei Komponenten zusammensetzenden Vergütung aus. Gemäss Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV entspreche der für die Berechnung der ungedeckten Kosten massgebende Marktpreis dem Durchschnitt der Spotpreise für das Marktgebiet Schweiz. Dieser Durchschnitt werde aufgrund der stündlichen Profile gebildet, die sich aus der Einspeisung in die Bilanzgruppe für erneuerbare Energien ergäben. Der Gesetzgeber definiere damit einen für die Einspeisung von gefördertem Strom massgebenden Marktpreis. Die Definition des Marktpreises diene dazu, die Differenz zwischen den Gestehungskosten der jeweiligen Anlage und dem Marktpreis zu berechnen. Diese Differenz wiederum werde benötigt, um die ungedeckten Kosten der Netzbetreiber für die Übernahme von Strom gemäss Artikel 7a und Artikel 28a EnG zu ermitteln. Dieser Differenzbetrag werde gemäss Artikel 15b Absatz 1 EnG durch einen Zuschlag auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze erhoben (act. 8 Ziff. 4.3.2 Bst. c).
- 53 Die vom Gesuchsteller ins Netz der onyx eingespeiste Energie weise keine besondere Qualität auf, sie sei mithin als «Graustrom» zu bezeichnen. Dies deshalb, weil die Übernahme des Herkunftsnachweises und damit die Vergütung des ökologischen Mehrwerts nicht (mehr) Gegenstand des zwischen den Parteien abgeschlossenen Rücklieferverhältnisses bilde. Auch bei der Rücklieferung gemäss Artikel 28a EnG umfasse diese lediglich die physikalische Energie. Der ökologische Mehrwert der erneuerbaren Produktion verbleibe auch beim altrechtlichen sog. «15-Räppler» beim unabhängigen Produzenten. Es sei nicht einzusehen, weshalb vorliegend aufgrund der unbestimmten, nicht justiziablen Verordnungsbestimmung in Artikel 2b EnV von einer gesetzlich in Artikel 15b Abs. 1 EnG verankerten und in der Verordnung in Artikel 3b<sup>bis</sup> Absätze 2 und 3 EnV hinreichend konkretisierten Definition der Ermittlung eines Rücklieferpreises für Graustrom abgewichen werden sollte. Die Gesuchsgegnerin wende daher für die Ermittlung der Rückliefervergütung die gleiche Berechnungsmethode an, wie sie für KEV- und 15-Räppler-Anlagen gelte. Dies sei sachlich gerechtfertigt, da auch im Fall der Anlage des Gesuchstellers der Preis für die von ihm produzierte Energie sich aus zwei Komponenten zusammensetze: Dem von der Gesuchsgegnerin abgenommenen physikalisch gelieferten Graustrom sowie der beim Gesuchsteller verbleibenden und separat durch diesen zu vermarktenden ökologischen Qualität.

- 54 Bei der Einspeisung über die KEV nach Artikel 7a EnG werde dem Produzenten neben dem physikalischen Strom auch die Qualität abgegolten. Dies, wie bereits ausgeführt, im Gegensatz zur Vergütung von Energie nach Artikel 7 EnG, bei welcher der ökologische Mehrwert, also die Qualität, beim Produzenten verbleibe und dieser den Mehrwert also separat weiterverkaufen könne. Weshalb aber dieses Auseinanderfallen von Vergütung für physikalischen Strom und ökologischen Mehrwert eine andere Berechnung der MarktpreisKomponente rechtfertigen solle, sei nicht ersichtlich.
- 55 Für die Berechnung der Rückliefervergütung im vorliegenden Fall sei somit auf die MarktpreisKomponente gemäss Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV abzustellen. Damit entspreche die dem Gesuchsteller angebotene Vergütung vollumfänglich den gesetzlichen Anforderungen. Die Gesuchsgegnerin vergüte den unabhängigen Produzenten von Elektrizität aus Anlagen ohne Einspeisevergütung einen Betrag von 5.50 Rp./kWh im Hoch- und von 4.1 Rp./kWh im Niedertarifbereich und damit einen Vergütungssatz, der während der überwiegenden Mehrheit der Betriebsstunden wesentlich über dem relevanten Marktpreis im Sinne von Artikel 3b<sup>bis</sup> EnV liege. Angesichts der Tatsache, dass Photovoltaikanlagen, mit Ausnahme von ein paar wenigen Randstunden im Sommer, am Morgen und Abend, fast ausschliesslich zu Hochtarifzeiten ins Netz einspeisen und angesichts der relevanten mengengewichteten Quartalspreises für das erste Quartal 2015 von 4.947 Rp./kWh ergebe sich für den Gesuchsteller ab dem 1. April 2015 immer noch eine sehr günstige, die gesetzlichen Rahmenbedingungen vollständig berücksichtigende Vergütung für die in das Netz der Gesuchsgegnerin eingespeiste Energie (act. 8, Ziff. 4.3.2 Bst. d).
- 56 Zur Bedeutung des vorliegenden Entscheids der EICom führt die Gesuchsgegnerin aus, angesichts der ungenügenden rechtlichen Grundlage in Artikel 2b EnV könne basierend auf den aktuellen gesetzlichen Grundlagen einzig eine marktpreisbasierte Rückliefervergütung in Frage kommen. Dies insbesondere auch deshalb, damit die Höhe der Vergütung an die unabhängigen Produzenten nicht zufällig von den jeweiligen Long- oder Short-Positionen des lokalen Netzbetreibers abhänge, sondern schweizweit einheitliche Vergütungen für vergleichbare Lieferungen unabhängiger Produzenten geleistet würden (act. 25, S. 6, Abs. 3).
- 57 Für den Fall, dass die EICom die Berechnung der massgeblichen Rückliefervergütung in analoger Anwendung des Marktpreises gemäss Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV nicht anerkenne, legt die Gesuchsgegnerin in Ziffer 4.3.3 ihrer Stellungnahme dar, wie ihre vermiedenen Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie im Sinne ihres Eventualantrags (vgl. oben Rz. 6) ermittelt werden könnten.
- 58 Sie führt aus, ihre Kosten für die Energielieferung setzten sich aus den Gestehungskosten für die eigene Produktion und dem Einkauf beim Vorlieferanten zusammen. Einzige Produktionsanlage der Gesuchsgegnerin sei das Wasserkraftwerk Wynau, welches Strom mit dem Herkunftsnachweis Wasser und ab dem Jahr 2016 gar zertifizierten Wasserstrom produziere. Die in diesem Kraftwerk erzeugte Energie sei damit qualitativ höherwertig als der vom Gesuchsteller eingespeiste Graustrom, weshalb die Gestehungskosten des Wasserkraftwerks Wynau für die Berechnung der Rückliefervergütung irrelevant seien. Ebenfalls nicht von Belang bei der Ermittlung der vermiedenen Kosten der Gesuchsgegnerin seien die Verwaltungs- und Vertriebskosten sowie allfällige Deckungsdifferenzen aus den Vorjahren. Damit verbleibe der Einkauf beim Vorlieferanten als einzig relevante Grundlage für die Ermittlung der vermiedenen Kosten für die Beschaffung von Graustrom (act. 8 Ziff. 4.3.3).
- 59 Auf Aufforderung des Fachsekretariats der EICom reichte die Gesuchsgegnerin mit ihren Schlussbemerkungen präzisierende Ausführungen zu ihren Kosten für die Beschaffung von Graustrom ein (oben Rz. 12; act. 25, Ziff. 4). Auf diese Ausführungen der Gesuchsgegnerin wird nachfolgend im Rahmen der materiellen Erwägungen eingegangen (Rz. 115 ff).

## **4.2 Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie**

### **4.2.1 Rechtliche Grundlagen**

- 60 Die im Jahr 2012 in Betrieb genommene PV-Anlage des Gesuchstellers mit 57.6 kWp befindet sich unbestrittenermassen auf der Warteliste für die KEV. Sie profitiert daher zum heutigen Zeitpunkt weder von der KEV im Sinne von Artikel 7a ff. EnG, noch handelt es sich um eine Anlage, die mit dem altrechtlichen 15-Räppler vergütet wird (Art. 28a EnG). Es gelangt daher Artikel 7 Absatz 1 EnG zur Anwendung, wonach die Gesuchsgegnerin verpflichtet ist, die von der PV-Anlage des Gesuchstellers in das Netz eingespeiste elektrische Energie abzunehmen und zu vergüten. Weder die Abnahme- noch die Vergütungspflicht wird von der Gesuchsgegnerin bestritten. Uneins sind sich die Parteien hingegen über die Höhe der Vergütung.
- 61 Gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG richtet sich die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie. Artikel 7 Absatz 2, zweiter Satz EnG überträgt dem Bundesrat die Kompetenz, die Einzelheiten der Vergütung zu regeln. Der Bundesrat hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und in Artikel 2b EnV präzisiert, dass sich die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie richtet.
- 62 Aus Artikel 7 Absatz 2 EnG i. V. m. Artikel 2b EnV lässt sich die Höhe der Vergütung nicht unmittelbar im Sinne eines numerischen Wertes ableiten. Nachfolgend ist daher durch Auslegung zu ermitteln, nach welchen Kriterien die exakte Höhe der an marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie ausgerichteten Vergütung zu ermitteln ist.

### **4.2.2 Vollzugshilfe des BFE**

- 63 Der Gesuchsteller beruft sich für die Berechnung der von ihm beantragten Rückliefervergütung von 9.54 Rp./kWh auf die Vollzugshilfe BFE (Version 2.1 vom 1.1.2015) (vgl. oben Rz. 35 ff.). Diese basiert gemäss den Ausführungen des BFE in seinem Amtsbericht vom 2. Oktober 2015 (act. 16) auf den Erkenntnissen und Beschlüssen der Kommission für Anschlussbedingungen für erneuerbare Energien (KAEE), die aus Vertretern verschiedener interessierter Kreise und Branchen zusammengesetzt war, unter anderem aus dem Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, Swissolar, Biomasse Schweiz, WKK-Fachverband und Naturmade. Dadurch sei eine breite Vertretung der betroffenen Stakeholder gewährleistet gewesen, die gleichzeitig über das notwendige Fachwissen verfügten. Die Arbeiten seien vom BFE koordiniert und durch das externe Beratungsbüro econcept AG unterstützt worden (act. 16, S.1).
- 64 Die Vollzugshilfe BFE sieht in Ziffer 3 mit dem Titel «Empfehlung für die Berechnung und Festlegung des marktorientierten Bezugspreises gemäss Art. 7 EnG» vor, dass die als Elektrizität in das Netz eingespeiste Energie mindestens auf Basis des Endkundenpreises für Energie eines Standardstromproduktes für die gebundenen Kleinkonsumenten (Verbrauchsprofil H4) am Standort der dezentralen Produktion, abzüglich 8 % Vertriebsmarge, zu vergüten sei. Für grössere Anlagen ab 150 kVA soll ein entsprechender Tarif mit Leistungsmessung der Ermittlung des marktorientierten Bezugspreises zu Grunde gelegt werden (vgl. vollständigen Wortlaut oben in Rz. 35).
- 65 Die Rechtsgrundlage der Vollzugshilfe BFE findet sich in Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe a EnV, wonach das BFE Vollzugshilfen zum EnG und zur EnV, insbesondere Empfehlungen für die Berechnung und Festlegung der Vergütung der eingespeisten Energie, erlässt. Sowohl aus dem Wortlaut dieser Bestimmung als auch aus der Betitelung der Regelung in Ziffer 3 der Vollzugs-



hilfe BFE wird deutlich, dass es sich dabei «nur» um eine Empfehlung des fachlich zuständigen Amtes handelt.

- 66 Das Bundesgericht hat sich in BGE 122 II 252 vom 22. Mai 1996, E. 6d (Praxis 1996 [85], Nr. 222, S. 862 ff.) mit der Bedeutung derartiger Empfehlungen für die rechtsanwendenden Behörden auseinandergesetzt: Das damalige Eidgenössisches Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement (EVED) hatte eine «Empfehlung zur Berechnung und Festlegung der Vergütung für von Selbstversorgern abgegebene Energie» erlassen, welche u. a. vorsah, dass Energielieferungen gemäss Artikel 7 Absatz 3 des damaligen Bundesbeschlusses vom 14. Dezember 1990 für eine sparsame und rationelle Energienutzung (Energienutzungsbeschluss, EnB; SR 730.0) mit einem mittleren jährlichen Preis von 16 Rp./kWh zu entschädigen seien. Eine später vom damaligen Bundesamt für Energiewirtschaft (BEW) in Auftrag gegebene Studie hatte bestätigt, dass sich die Produktionskosten von projektierten kleinen Elektrizitätswerken für gewöhnlich auf 16 Rp./kWh oder mehr beliefen. Das Bundesgericht gelangte zum Ergebnis, dass die Empfehlungen den Richter nicht binden. Sie seien jedoch zu berücksichtigen, sofern die Berechnungsmethode die Vorgaben des EnB erfülle und sich das Ergebnis auf verlässliche Abklärungen stütze, welche professionell durchgeführt worden seien.
- 67 Auch das Bundesverwaltungsgericht hat sich in einem jüngeren Entscheid (Urteil A-2895/2014 vom 17. Dezember 2014) am Rande mit der Frage des rechtlichen Stellenwertes von Vollzugshilfen beschäftigt. Es ist im konkreten Fall zum Ergebnis gelangt, dass die von der vollziehenden Behörde angewendeten, als Vollzugshilfe dienenden Richtlinien des BFE mit seinem Auslegungsergebnis übereinstimmen (E. 5.2). Daraus kann zumindest gefolgert werden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Anwendung derartiger Richtlinien für zulässig hält, solange sie sich im Rahmen des Gesetzes bewegen (vgl. auch die diesbezüglichen Ausführungen des Gestuchstellers in act. 1 Rz. 24).
- 68 Die in der Vollzugshilfe BFE enthaltene Empfehlung zur Berechnung der Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG ist somit rechtlich nicht bindend. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die ECom sie aber zu berücksichtigen, wenn sie sich im gesetzlichen Rahmen bewegt. Ob dies der Fall ist, muss eine Auslegung der massgeblichen Bestimmungen zeigen.

### **4.2.3 Auslegung des Begriffs «marktorientierte Bezugspreise für gleichwertige Energie» gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG**

#### **4.2.3.1 Allgemeines**

- 69 Für die Auslegung von Artikel 7 Absatz 2 EnG gelangen die grammatikalische, teleologische, systematische, historische und zeitgemässe Auslegungsmethode zur Anwendung, 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 (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/ FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, Rz. 178 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 (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 179; WIEDERKEHR in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2012, Rz. 951; ). Bei jungen Gesetzen ist zudem insbesondere der Wille des historischen Gesetzgebers von erheblicher Bedeutung und darf nicht ohne weiteres übergangen werden (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 181).

#### 4.2.3.2 Grammatikalische Auslegung

- 70 Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung richtet sich die Vergütung nach «Bezugspreisen». Unter einem «Bezug» ist im vorliegenden Kontext nach allgemeinem Sprachgebrauch das Beziehen durch Kauf, d. h. ein Erwerb zu verstehen (vgl. Duden, <http://www.duden.de/rechtschreibung/Bezug>; abgerufen am 30. März 2016). Als Referenz soll folglich ein Preis für den Einkauf elektrischer Energie bei Dritten dienen. Der Wortlaut schliesst damit bereits aus, dass allfällige Gestehungskosten aus eigenen Produktionsanlagen oder Kraftwerksbeteiligungen der Netzbetreiber als Referenz herangezogen werden. Massgebend ist mithin nicht das gesamte Energieportfolio eines Netzbetreibers inkl. allfälliger Eigenproduktion und Kraftwerksbeteiligungen, sondern nur der Einkauf bei Dritten. In allen drei Sprachfassungen von Artikel 7 Absatz 2 EnG ist dabei in der Mehrzahl von marktorientierten Bezugspreisen (prix d'une énergie équivalente pratiqués sur le marché; prezzi d'acquisto di energia equivalente orientati al mercato) die Rede. Der Wortlaut deutet damit darauf hin, dass nicht ein einziger, abstrakter Marktpreis, sondern die konkreten Bezugspreise der einzelnen Netzbetreiber massgebend sein sollen. Die Nennung der Bezugspreise in der Mehrzahl könnte aber auch als Hinweis darauf verstanden werden, dass der Bezugspreis abhängig vom Bezugszeitpunkt zu betrachten ist und im zeitlichen Verlauf somit verschiedene Bezugspreise massgebend sein können. Ob dem so ist, müssen die anderen Auslegungsmethoden zeigen.
- 71 Aus dem Wortlaut ergibt sich ferner, dass nicht der Einkauf beliebiger Energieprodukte bei Dritten als Referenz dienen soll, sondern Bezugspreise für «gleichwertige Energie». Auf welche Aspekte der Energie sich die Gleichwertigkeit der Energie bezieht, lässt sich dem Wortlaut indes nicht unmittelbar entnehmen. Der Begriff ist somit ebenfalls anhand anderer Auslegungsmethoden zu konkretisieren.
- 72 Gemäss Wortlaut sollen die Bezugspreise für gleichwertige Energie sodann «marktorientiert» sein. Das Attribut «marktorientiert» deutet darauf hin, dass der massgebliche Bezugspreis nach Marktmechanismen gebildet sein soll und schliesst damit ebenfalls aus, dass eigene Gestehungskosten des Netzbetreibers als Referenz herangezogen werden. Der Wortlaut lässt dabei aber offen, was in diesem Kontext unter Markt zu verstehen ist. Auch in diesem Punkt muss der materielle Gehalt der Bestimmung daher mittels anderer Auslegungsmethoden ermittelt werden.

#### 4.2.3.3 Systematische Auslegung

- 73 Systematisch ist die Vergütungspflicht gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG im 2. Kapitel «Energieversorgung» des EnG angesiedelt, das in den Artikeln 7a ff. insbesondere auch die KEV regelt. Dabei ist hervorzuheben, dass in diesem Kapitel des EnG zwei verschiedene Vergütungen geregelt werden, die in verschiedenen Kontexten zur Anwendung gelangen. Es handelt sich dabei einerseits um die vorliegend umstrittene Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie und andererseits um die KEV. Bei Letzterer gelangt der Marktpreis i. S. v. Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV zur Anwendung: Bei der Einspeisung aus einer KEV-Anlage sind gemäss den Artikeln 23 Absatz 5 und 24 Absatz 5 StromVV alle Bilanzgruppen verpflichtet, die Elektrizität der Bilanzgruppe für erneuerbare Energien entsprechend der bezogenen elektrischen Energie von ihnen zugeordneten Endverbrauchern abzunehmen und mit dem Marktpreis gemäss Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV zu vergüten. Dieser Marktpreis entspricht dem Durchschnitt der Spotpreise an der Börse für das Marktgebiet Schweiz, der aufgrund der stündlichen Profile gebildet wird, die sich aus der Einspeisung in die Bilanzgruppe für erneuerbare Energien ergeben. Er wird vom BFE vierteljährlich berechnet und veröffentlicht (Art. 3b<sup>bis</sup> Abs. 3 EnV).
- 74 Mit den marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG i. V. m. Artikel 2b EnV und dem Marktpreis im Sinne von Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a

EnG i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV bestehen somit zwei verschiedene Definitionen für Abgeltungen, die sich zwar auf dieselbe Gegenleistung (eingespeiste elektrische Energie ohne ökologischen Mehrwert; s. nachfolgend Rz. 75) beziehen, jedoch in verschiedenen Kontexten von unterschiedlichen Akteuren zu entrichten sind. Die Verwendung unterschiedlicher Definitionen durch den Gesetzgeber für Vergütungen, die in unterschiedlichem Kontext von unterschiedlichen Akteuren zu leisten sind, weist darauf hin, dass es sich dabei nach dem Willen des Gesetzgebers nicht um identische Vergütungen handelt. Davon geht offensichtlich auch das BFE aus, das die vorliegend umstrittene Empfehlung in der Vollzugshilfe BFE erlassen hat und zusammen mit dem gemäss Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 3 EnV veröffentlichten Marktpreis (Veröffentlichung vom 1.1.2016, abrufbar unter <http://www.bfe.admin.ch/>) ausführt: *«Dieser Marktpreis entspricht nicht dem marktorientierten Bezugspreis (gem. Art. 7 EnG) für den Rückliefertarif. Das BFE empfiehlt den Elektrizitätswerken, die in das Netz eingespeiste Elektrizität mindestens auf der Basis des Endkundenpreises für Energie (Verbrauchsprofil H4) abzüglich 8 % zu vergüten.»* Ob der Gesetzgeber diese Unterscheidung bewusst vorgenommen hat und ob sie unter den heutigen Rahmenbedingungen dem Sinn und Zweck der Regelungen entspricht, müssen indes die historische, teleologische und zeitgemässe Auslegung zeigen.

- 75 Aus der Gesetzessystematik lassen sich ferner auch Rückschlüsse auf das Kriterium der Gleichwertigkeit ziehen: Da der Energieeinkauf mit den physikalischen Flüssen im Netz nicht direkt zusammenhängt, kann die technische Qualität des Stroms (z. B. Spannung gemäss EN 50160, Vorgaben gemäss Richtlinien D-A-CH-CZ, etc.) kein Gleichwertigkeitskriterium sein. Die technische Qualität der Einspeisung in ein bestimmtes Netz ist vielmehr Gegenstand der Netzanschlussverträge und wird von den technischen Anschlussbedingungen der Netzbetreiber definiert (Art. 8 Abs. 1 Bst. d StromVG; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005, S. 1644). Das Kriterium der Gleichwertigkeit kann sich daher nur auf die Energiemenge, das Leistungsprofil und dessen Prognostizierbarkeit sowie die ökologische Qualität der bezogenen Energie beziehen.
- 76 Im Zusammenhang mit der ökologischen Qualität lässt sich das Kriterium der Gleichwertigkeit durch eine systematische Betrachtung der massgebenden Normen konkretisieren: Bei Energieerzeugungsanlagen mit einer Anschlussleistung über 30 kVA sind das Erfassen der Anlage und der produzierten Elektrizität sowie der Herkunftsnachweis obligatorisch (Art. 1d Abs. 2 EnV). Der Herkunftsnachweis enthält insbesondere Angaben zu den Energieträgern, die zur Produktion der Elektrizität eingesetzt wurden (Art. 1d Abs. 3 Bst. b EnV). Damit verkörpert er die ökologische Qualität der eingespeisten Energie. Aus Artikel 3c Absatz 2 EnV ergibt sich, dass der ökologische Mehrwert mit der KEV bereits abgegolten ist. Die entsprechenden Herkunftsnachweise werden dem verantwortlichen der Bilanzgruppe für erneuerbare Energien übertragen (Art. 3c Abs. 1 EnV) und dürfen nicht gehandelt und (anderweitig) übertragen werden (Art. 1d Abs. 5 EnV). Für die gemäss Artikel 7 Absatz 1 und 2 EnG vergüteten Produzenten besteht demgegenüber keine mit der Vergütung verknüpfte Verpflichtung zur Übertragung der Herkunftsnachweise an den abnehmenden Netzbetreiber. Daraus muss gefolgert werden, dass der ökologische Mehrwert aus diesen Anlagen bei den Produzenten verbleibt und von diesen frei gehandelt werden kann. Die Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG umfasst den ökologischen Mehrwert der eingespeisten Energie somit nicht. Werden die Herkunftsnachweise von der Gesuchsgegnerin nicht zusätzlich zur Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 abgenommen und vergütet (wie es beim Gesuchsteller bis 31. März 2013 der Fall war; oben Rz. 2 f.), ist die Gesuchsgegnerin gemäss Artikel 1c Absatz 1 EnV i. V. m. Anhang 4 Ziff. 1.7 EnV unter Strafandrohung (Art. 28 Absatz 1 Bst. a<sup>bis</sup> und Abs. 2 EnG) verpflichtet, die eingespeiste Energie in ihrer Elektrizitätsbuchhaltung als «Nicht überprüfbare Energieträger», d. h. als Graustrom auszuweisen. Aus der Einbettung von Artikel 7 Absatz 2 EnG und Artikel 2b EnV in die vorstehend genannten Normen ergibt sich somit, dass gleichwertige Energie im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 EnG, was deren ökologische Qualität angeht, mit Graustrom gleichzusetzen ist.

#### 4.2.3.4 Historische Auslegung

- 77 Bis Anfang der Neunzigerjahre gab es nur in einigen Kantonen explizite Regelungen der Anschlussbedingungen für Eigenerzeuger (Botschaft betreffend den Bundesbeschluss über eine sparsame und rationelle Energieverwendung [Energienutzungsbeschluss] vom 21. Dezember 1988, BBl 1988, S. 513). Am 1. Mai 1991 trat gestützt auf die damaligen Artikel 24<sup>septies/octies</sup> der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) der EnB in Kraft, der in Artikel 7 erstmals auf Bundesebene Anschlussbedingungen für Eigenerzeuger vorsah. Schon damals unterschied das Gesetz zwischen Anlagen, die Energie aus erneuerbaren Energieträgern einspeisen und den übrigen Anlagen ohne besondere ökologische Qualitäten. Die Vergütung für eingespeiste Energie aus erneuerbaren Energieträgern sollte sich *«nach den Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie aus neuen inländischen Produktionsanlagen richten»* (Art. 7 Abs. 3 EnB), d. h. denjenigen Kosten entsprechen, welche durch eine entsprechende Zusatzproduktion beim betroffenen Energieversorgungsunternehmen entstehen würden (Botschaft zum EnB, a. a. O., S. 515). Die Vergütung für die übrige Erzeugung sollte sich hingegen gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnB *«nach den Bezugspreisen für gleichwertige Energie aus dem regionalen Übertragungsnetz richten»*. [...] Der Vollzug der Bestimmung blieb den Kantonen überlassen.
- 78 Das UVEK (respektive damals das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement [EVED]) hat bereits 1992 eine «Empfehlung für die Berechnung und Festlegung der Vergütung der von Selbstversorgern abgegebenen Elektrizität» erlassen. Diese sah für die Energieerzeugungsanlagen nach Absatz 3 eine Vergütung von 15/16 Rp./kWh vor, welche im oben erwähnten Urteil des Bundesgerichts vom 22. Mai 1996 bestätigt wurde (s. oben Rz. 66). Betreffend das Kriterium der Gleichwertigkeit sah die Empfehlung vor, dass diesem mit der Abstufung der Entschädigung nach Jahreszeit Rechnung getragen werde (z. B. Sommer/Winter, Nieder-/Hochtarife) (vgl. BGE 122 II 252, E. 6c [Praxis 1996 (85), Nr. 222, s. 862 ff.]).
- 79 Am 1. Januar 1999 wurde der EnB durch das EnG abgelöst. Der Bundesrat hatte in seinem Entwurf die Vergütungsmechanismen der Absätze 2 und 3 EnB (vgl. oben Rz. 77) unverändert in Artikel 7 aEnG übernommen, wobei der Geltungsbereich von Absatz 2 nun ausdrücklich auf die mit fossilen Energieträgern betriebenen Wärme-Kraft-Kopplungs-Anlagen beschränkt war. Absatz 2 wurde dann aber im Ständerat auf Antrag von Ständerat Rolf Büttiker dahin gehend verändert, dass sich die Vergütung nach *«marktorientierten»* Bezugspreisen für gleichwertige Energie richten sollte, wobei der Zusatz *«aus dem regionalen Übertragungsnetz»* gestrichen wurde. Die Formulierung im heutigen Artikel 7 Absatz 2 EnG hat ihren Ursprung somit bereits in Artikel 7 Absatz 2 der ersten Fassung des EnG.
- 80 Aufschlussreich sind im Zusammenhang mit der Einführung des Attributs «marktorientiert» die Materialien: So führte Ständerat Rolf Büttiker zur Begründung des auf seinen Antrag hin eingeführten Attributs «marktorientiert» in der Sitzung vom 8. Oktober 1997 (AB 1997 IV S. 940 ff.) unter anderem aus, dass sich die Elektrizitätswirtschaft im Übergang vom Monopol zum Markt befinde und dass eine schrittweise Öffnung des Strommarkts bevorstehe. Bis zum Jahr 2010 werde – wenn kein deutlicher wirtschaftlicher Aufschwung erfolge – auf dem europäischen Strommarkt eine Überschusslage mit sinkenden Preisen vorherrschen (AB 1997 IV S. 957). Sein Antrag solle sorgen dafür, dass verhandelt werden könne, während die Kommissionsfassung auf dem Bezugspreis basiere, der über den EnB zum Voraus festgelegt werde. Deshalb lasse die geforderte Marktorientierung ein Ansteigen der Vergütung bei Knappheitsverhältnissen zu. Entscheidend sei die Flexibilität, welche der Zusatzbegriff «marktorientiert» verlange (AB 1997 IV S. 958). Ständerat Christoffel Brändli räumte diesbezüglich ein, dass es auch in der Fassung der Kommission (die eine Vergütung nach «Bezugspreisen für gleichwertige Energie» vorsah) um den marktorientierten Preis gehe. Hier könne man dem Antrag Büttiker durchaus zustimmen, wobei der marktorientierte Preis nicht der Spotpreis sei. Die regionalen Netze und die Überlandwerke seien mit Verträgen gebunden und hätten aus diesen Vertragslieferungen un-

terschiedliche Preise. (AB 1997 IV S. 958). Ständerätin Vreni Spörri hielt in diesem Zusammenhang fest, die Kommission sei, genau wie Ständerat Büttiker, davon ausgegangen, dass die Marktpreise zu bezahlen seien und dass keine Subventionierung der Produktion vom Strom mit Wärme-Kraft-Koppelungsanlagen durch die Elektrizität, produziert mit Wasserkraft oder nuklear, erfolgen solle. [...] Die Kommission habe also mit dem Bezugspreis eigentlich den Marktpreis gemeint. Dass die Kommission nicht das Wort Marktpreis gewählt habe, sei auf die Tatsache zurückzuführen, dass unter Marktpreis auch der Weltspotmarktpreis verstanden werden könnte; den meine die Kommission nicht, das habe sie verhindern wollen. Deswegen habe die Kommission den Begriff Bezugspreis gewählt. Da die Kommission aber den Marktpreis in einem vernünftigen Sinne und auf schweizerische Verhältnisse bezogen meine, würde sie auch unterstützen, dass «marktorientiert» in den Text eingefügt werde (AB 1997 IV S. 958). Der Kommissionspräsident Gian-Reto Plattner teilte die Meinung, dass der Antrag Büttiker das verlange, was die Kommission bereits geschrieben habe (AB 1997 IV S. 958). Es sollten keine Subventionen ausgeschüttet werden. Allerdings wolle die Kommission den Markt spielen lassen und der Markt sage, der Einspeiser solle genau denselben Preis erhalten, wenn er Energie ins regionale Netz einspeise, wie irgendein anderer Einspeiser, z. B. ein übergeordneter Betreiber wie die NOK. Das sei der Marktpreis bezogen auf das regionale Netz. Der Betreiber des regionalen Netzes bezahle immer denselben Preis, ob er den Strom nun von der NOK, von der Aare-Tessin AG, von der Bernischen Kraftwerke AG oder vom Wärme-Kraft-Koppelungs-Produzenten nehme. Das sei der tatsächliche Marktpreis (AB 1997 IV S. 959).

- 81 Der Bundesrat konkretisierte Artikel 7 Absatz 2 aEnG in Artikel 4 aEnV, wonach sich die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen nach den vermiedenen Kosten des Unternehmens der öffentlichen Energieversorgung für die Beschaffung gleichwertiger Energie richten sollte. Absatz 2 der Bestimmung sah vor, dass die beanspruchten Systemdienstleistungen vom unabhängigen Produzenten abgegolten werden müssen.
- 82 Auch zur Vergütung nach Artikel 7 Absatz 2 aEnG hat das BFE 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 der unabhängigen Produzenten» erlassen (act. 28). Betreffend die Elektrizität aus nicht erneuerbaren Energien und aus Wasserkraftwerken > 1 MW (Art. 7 Abs. 2 aEnG) empfahl das BFE, diese auf Basis des Wiederverkäufertarifs der nächsthöheren Spannungsebene der Einspeisung abzüglich 13 % (für SDL und durch die Einspeisung verursachte Kosten) zu vergüten. Sollte kein Wiederverkäufertarif bestehen, sei der Preis auf der Basis eines durch eine Treuhänderin zu ermittelnden kantonalen Durchschnitts der Einkaufspreise der Netzbetreiberinnen auf der nächsthöheren Spannungsebene festzulegen (act. 28, S. 3). Die Vergütung der als Elektrizität in das öffentliche Netz eingespeisten Überschussenergie aus Energieerzeugungsanlagen von unabhängigen Produzenten, die erneuerbare Energien nutzen (Art. 7 Abs. 3 und 4 aEnG), wurde entsprechend der Vorgänger-Empfehlung auf einen Jahresmittelpreis von mindestens 15 Rp./kWh festgelegt (act. 28, S. 2). Zum Kriterium der Gleichwertigkeit hielt die Vollzugshilfe – wie schon ihre Vorgängerversion (vgl. oben Rz. 78) – fest, dass die Vergütung differenziert nach Hoch-, Nieder- sowie saisonalen Verkaufstarifen des entsprechenden Unternehmens der öffentlichen Energieversorgung anzusetzen sei, um dem Kriterium Rechnung zu tragen (act. 28, S. 2).
- 83 In Bezug auf die Abnahme der Energie aus erneuerbaren Quellen hatte es der Gesetzgeber den Kantonen bereits in der ursprünglichen Fassung von Artikel 7 Absatz 7 aEnG erlaubt, Ausgleichsfonds zugunsten derjenigen Unternehmen der öffentlichen Energieversorgung zu errichten, welche überproportional elektrische Energie von unabhängigen Produzenten übernehmen müssen. In der ständerätlichen Debatte war dies damit begründet worden, dass es nicht ohne weiteres zu verantworten sei, dass einzelne gemeindeeigene Netze plötzlich für grosse Mengen von Strom einen Preis bezahlen müssten, der weit über dem Marktpreis liegt (Votum Ständerat

Gian Reto Plattner, AB 1997 IV S. 961). Mit dem Erlass des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003 wurde für die eingespeiste Energie aus erneuerbaren Energiequellen dann die sogenannte Mehrkostenfinanzierung (MKF) eingeführt (Art. 7 Abs. 7 aEnG). Mit der MKF sollten die Mehrkosten der Elektrizitäts-Verteilunternehmen für die Übernahme von elektrischer Energie von unabhängigen Produzenten von den Betreiberinnen des Übertragungsnetzes mit einem Zuschlag auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze finanziert werden. Die MKF wurde vom Bundesrat in den Artikeln 5a bis 5c aEnV konkretisiert. Die Mehrkosten sollten den Energieversorgungsunternehmen von einer unabhängigen Stelle (heute Swissgrid AG) erstattet werden. Gemäss Artikel 5a Absatz 1 aEnV galt als Mehrkosten die Differenz zwischen der Vergütung der unabhängigen Produzenten gemäss Artikel 7 Absatz 3 und 4 aEnG (15-Räppler) und dem marktorientierten Bezugspreis gemäss Art. 7 Abs. 2 aEnG. Die Vergütung für Anlagen nach Artikel 7 Absätze 3 und 4 aEnG, die Energie aus erneuerbaren Energieträgern einspeisen, sollte den Netzbetreiber somit im Ergebnis nicht mehr kosten als die Vergütung für die übrigen Anlagen gemäss Artikel 7 Absatz 2 aEnG.

- 84 Auch zur MKF hat das BFE per 16. Januar 2006 eine Vollzugshilfe (nachfolgend: Leitfaden MKF; act. 29) erlassen. Diese wurde ebenfalls von der KAP erarbeitet und sah in ihrer Version 1 analog der «Vollzugshilfe für die Umsetzung der Anschlussbedingungen der unabhängigen Produzenten» (oben Rz. 82) vor, dass der marktorientierte Bezugspreis anhand der Tarife des Vorlieferanten festzulegen sei bzw. dass beim Fehlen solcher Tarife der kantonale Durchschnitt der Einkaufspreise herangezogen werden sollte (act. 29, S. 10 f.).
- 85 Am 1. Januar 2008 trat das StromVG in Kraft. Mittels indirekter Änderung des EnG wurde gleichzeitig die KEV für die Einspeisung der aus erneuerbaren Energien gewonnenen Elektrizität eingeführt, welche den «15-Räppler» und die MKF ablösen sollte. Diese Änderung ist grösstenteils am 1. Januar 2009 in Kraft getreten. Der «15-Räppler» (Art. 7 Abs. 3 und 4 aEnG) und die damit verbundene MKF blieben aufgrund der Übergangsbestimmung in Artikel 28a EnG für Produzenten mit bestehenden Verträgen bestehen. Die Vergütung von Energie aus Anlagen, die weder der KEV noch dem altrechtlichen «15-Räppler» unterliegen, wurde unverändert in Artikel 7 Absatz 2 EnG geregelt, d. h. sie soll sich gemäss Wortlaut nach den marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie richten.
- 86 Erwähnenswert sind im Zusammenhang mit der Einführung des StromVG und der KEV die Beratungen in der UREK-S in der Sitzung vom 14. Februar 2005, in der festgestellt wurde, dass in der Vorlage einerseits der Begriff «Marktpreis» und andererseits der Begriff «marktorientierte Bezugspreise» verwendet werde. Es wurde die Frage gestellt, ob mit dem marktorientierten Bezugspreis (gemäss Art. 7 Abs. 2 EnG) der Marktpreis gemeint sei. Dazu wurde ausgeführt, dass die Liberalisierung gemeint sei, wenn die Kommission von Marktpreisen spreche. Im EnG und in der EnV müssten die Marktpreise angewendet werden, wenn beispielsweise WKK- oder KVA-Einspeisungen entschädigt werden. Doch diese Marktpreise liessen sich in der heutigen Monopolwelt nicht leicht ermitteln. Deshalb verende man die Ersatzkonstruktion Bezugspreise oder die vermiedenen Kosten. Im Gesetz spreche man von marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie. Diese Begriffe müssten natürlich im Vollzug definiert werden. Der Kommission schein, im Rahmen des StromVG könne man durchaus von Marktpreisen sprechen. Diese müssten auf jeden Fall in den Verordnungen und Richtlinien noch konkretisiert werden. In der Sitzung der UREK-S vom 4. April 2006 wurde ausgeführt, dass bei Artikel 7 Absatz 2 EnG vom Marktpreis die Rede sei. Dort habe man auf Verordnungsebene gesagt, dass der Marktpreis bestimmt sei von den vermiedenen Kosten des Elektrizitätswerks, das den Strom abnehmen muss. D. h., dass sich dieser Marktpreis nach dem Einkaufspreis des Elektrizitätsversorgungsunternehmens richte.
- 87 In der Sitzung der UREK-N vom 23./24. Oktober 2006 (S. 83 f.) wurde ebenfalls die Frage aufgeworfen, ob es sich beim marktorientierten Bezugspreis in Artikel 7 Absatz 2 EnG um dassel-

be handle wie beim Marktpreis gemäss Art. 7a Abs. 3 des damaligen Entwurfs zur Änderung des EnG (die Bestimmung wurde später in Art. 15b Abs. 1 Bst. a EnG überführt). Dazu wurde ausgeführt, dass sich Artikel 7 EnG auf das bisherige Recht abstütze. Eine Definition des Begriffs «Marktpreis» gebe es nirgends im Gesetz. Eine ähnliche Definition wie beim bestehenden Begriff «marktorientierte Bezugspreise» sei am Platz. Es bestehe aber das Problem, dass die marktorientierten Bezugspreise noch der alten Welt entsprächen, in der es nur einen Energiepreis für die Netznutzung und den Energieinhalt gebe. Deshalb sei es schwierig, den Begriff zu definieren. Weiter wurde ausgeführt, dass die «nicht gedeckten Kosten» gemäss Artikel 7a Absatz 3 des Änderungsentwurfs (später Art. 15b Abs. 1 Bst. a EnG) den vermiedenen Kosten gemäss dem damaligen Artikel 4 EnV entsprächen, in Auslegung der «marktorientierten Bezugspreise».

- 88 Zusammenfassend ergibt sich aus der Diskussion in den beiden vorberatenden Kommissionen, dass sich deren Mitglieder der unterschiedlichen Begrifflichkeiten in der neuen Fassung des EnG durchaus bewusst waren. Aus den Diskussionen kann zudem gefolgert werden, dass die Kommissionsmitglieder in diesem Zeitpunkt davon ausgingen, der Begriff «Marktpreis» entspreche inhaltlich dem marktorientierten Bezugspreis und müsse daher analog dem bestehenden Artikel 4 aEnV (heute Art. 2b EnV) konkretisiert werden. Ob der heute abweichend davon in Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV definierte Marktpreis den damaligen Vorstellungen in den vorberatenden Kommissionen entspricht, kann vorliegend offen bleiben. Jedenfalls bestehen aber keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten des StromVG und der Einführung der KEV der unverändert belassenen Regelung in Artikel 7 Absatz 2 EnG eine neue Bedeutung habe zuschreiben wollen.
- 89 Aufgrund der veränderten Rahmenbedingungen mit der Inkraftsetzung der KEV hat das BFE sowohl die «Empfehlungen und Vollzugshilfen für die Umsetzung der Anschlussbedingungen für unabhängige Produzenten» als auch den «Leitfaden MKF» angepasst. Im Gegensatz zu den beiden Vorgängerdokumenten (s. obige Ausführungen in Rz. 82 und 84) wurde der Begriff «marktorientierter Bezugspreis» nun aber in den beiden angepassten Vollzugshilfen unterschiedlich definiert:
- 90 Der Leitfaden MKF (neu: Richtlinie MKF; Version 1.3 vom 2. August 2014, act. 30) sah für die Bestimmung des marktorientierten Bezugspreises weiterhin die Erhebung der Tarife des Vorlieferanten vor, allerdings – aufgrund der inzwischen erfolgten Entbündelung – unter Einrechnung der Netznutzungsentgelte. Beim Fehlen eines Vorlieferantentarifs sollen die Bezugskosten gemäss Richtlinie MKF auf Basis des Schweizer Spotmarktpreises Swissix festgelegt werden (act. 30, S. 9 f.).
- 91 Die neue, vorliegend umstrittene Vollzugshilfe BFE (vgl. dazu oben Rz. 63 ff.) empfiehlt hingegen für die Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG nicht mehr eine Ermittlung des marktorientierten Bezugspreises anhand der Vorlieferantentarife, sondern die vorliegend umstrittene Regelung, wonach die als Elektrizität in das Netz eingespeiste Energie aus Anlagen < 150 kVA mindestens auf Basis des Endkundenpreises für Energie eines Standardstromproduktes für die gebundenen Kleinkonsumenten am Standort der dezentralen Produktion (Verbrauchsprofil H4) abzüglich 8 % zu vergüten ist (oben Rz. 35).
- 92 Anhand der vorstehend dargelegten Entstehungsgeschichte der heutigen Regelung in Artikel 7 Absatz 2 EnG wird deutlich, dass unter marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie von Beginn an diejenigen Preise zu verstehen waren, die ein Netzbetreiber für den Energiebezug bei Dritten tatsächlich bezahlt respektive für einen Mehrbezug im Umfang der Einspeisung durch die betroffene Energieerzeugungsanlage bezahlen müsste. Handelte es sich dabei vor der teilweisen Strommarktöffnung typischerweise noch um den Bezug von Energie beim jeweiligen Vorlieger, steht heute der Bezug von Strom bei beliebigen Lieferanten zur Diskussion.

Erst mit der Schaffung der KEV wichen die vorliegend umstrittene Vollzugshilfe BFE und der Leitfaden MKF bei der Ermittlung des marktorientierten Bezugspreises voneinander ab, wobei sich erstere neu nicht mehr am Vorlieferantentarif des Netzbetreibers orientierte (vgl. vorstehend Rz. 91). Mit der erstmaligen Erwähnung des Begriffs «Marktpreis» im Rahmen der Einführung der KEV wurde die Bedeutung des Begriffs im Verhältnis zu den marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie in den vorberatenden Kommissionen ausdrücklich diskutiert (vorstehend Rz. 86 f.). Den Materialien kann indes nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten des StromVG und der Einführung der KEV der unverändert belassenen Regelung in Artikel 7 Absatz 2 EnG eine neue Bedeutung habe zuschreiben wollen. Im Gegenteil schien man in den Kommissionen noch davon auszugehen, dass der Marktpreis i. S. v. Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG dem vorliegend umstrittenen marktorientierten Bezugspreis für gleichwertige Energie gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG entspreche.

#### **4.2.3.5 Teleologische Auslegung**

- 93 Das EnG bezweckt gemäss dessen Artikel 1 Absatz 2 unter anderem die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bereitstellung und Verteilung von Energie sowie die verstärkte Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energiequellen. Artikel 5 Absatz 1 EnG präzisiert, dass eine sichere Energieversorgung auch ein breit gefächertes Angebot umfasst.
- 94 Welche Bedeutung diese Grundsätze in Bezug auf die Abnahme und Vergütungspflicht nach Artikel 7 Absätze 1 und 2 EnG haben, lässt sich den Gesetzesmaterialien entnehmen. Schon die Botschaft zu Artikel 7 EnB hielt fest, dass die Besitzer von Kleinanlagen einen Beitrag zur Sicherung und Diversifizierung der Versorgung leisten können (Botschaft EnB, a. a. O., S. 512) und dass die vergleichsweise schwächere Position der Eigenerzeuger bei der Festlegung der Anschlussbedingungen zu stärken und damit die Eigenerzeugung zu fördern sei (Botschaft EnB, a. a. O., S. 513; vgl. dazu auch MICHAEL MERKER, «Energiegesetz: Energieabnahme- und Vergütungspflichten bei Konzernverhältnissen» in VSE Bulletin 19/2007). Derselbe Passus findet sich auch in der Botschaft zu Artikel 7 des EnG (Botschaft zum Energiegesetz (EnG) vom 21. August 1996, BBl 1996, S. 1093). Die Botschaft zum EnG hält ferner fest, dass ein sinnvoller und breiter Einsatz der Eigenproduktion mit möglichst wenig administrativen Hindernissen ermöglicht werden solle (Botschaft EnG; a. a. O., S. 1094).
- 95 Die in Artikel 7 Absätze 1 und 2 EnG verankert Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers hat somit zum Zweck, den Produzenten administrativ zu entlasten, indem er die eingespeiste Energie jederzeit an den Netzbetreiber verkaufen und sich dabei im Streitfall auf eine im Gesetz vorgegebene Vergütungshöhe berufen kann. Aus den parlamentarischen Beratungen zum EnG geht ferner hervor, dass die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie nicht eine Subventionierung des Produzenten bezweckt. Der Produzent soll vom Netzbetreiber lediglich denjenigen Preis vergütet erhalten, den auch andere Lieferanten des Netzbetreibers erhalten (vgl. oben Rz. 80). Eine darüber hinaus gehende Förderung der Produzenten wurde mit Artikel 7 Absatz 1 und 2 somit nie bezweckt. Dafür bestanden und bestehen mit dem 15-Räppler, der KEV und der Einmalvergütung andere Instrumente (so auch das Bundesgericht in BGE 138 I 454 E. 3.6.4).

#### **4.2.3.6 Zeitgemässe Auslegung**

- 96 Die Formulierung «Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie» gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG hat ihren Ursprung in der ersten Fassung des EnG (vgl. oben Rz. 79 ff.). Die Regelung stammt mithin aus einer Zeit, als die teilweise Marktöffnung und die damit verbundene Entbündelung von Netzbetrieb und übrigen Geschäftsbereichen der Energie-



versorgungsunternehmen noch nicht umgesetzt waren und der Strombezug beim Vorlieger den Normalfall darstellte. Im Sinne einer zeitgemässen Auslegung stellt sich daher die Frage, ob die Bestimmung, deren Verhältnis zum Marktpreis i. S. v. 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV in den vorberatenden Kommissionen offensichtlich schon für Fragen gesorgt hat (vgl. oben Rz. 86 f.), heute angesichts der zunehmenden Bedeutung des Handels an der Börse für das Marktgebiet Schweiz anders auszulegen ist als zu deren Entstehungszeitpunkt. Die Frage stellt sich namentlich auch vor dem Hintergrund des Bundesgerichtsentscheid BGE 138 I 454. In dessen Erwägung 3.6.4 hat das Bundesgericht 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; heute Artikel 3b<sup>bis</sup> Abs. 2 EnV] einkaufen muss, idealtypisch keinen Raum mehr hätten. Das Bundesgericht begründete diese Aussage damit, 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 ECom unterliege (E. 3.6.5). Das Bundesgericht ging mithin von einer an den Marktpreisen orientierten Obergrenze bei den Energietarifen in der Grundversorgung aus, was der damaligen Regelung in Artikel 4 Absatz 1 aStromVV entsprach, wonach sich der Energietarif an den Marktpreisen zu orientieren hatte, falls die Gestehungskosten die Marktpreise übersteigen.

- 97 Eine solche fixe Obergrenze der Energietarife in der Grundversorgung, die sich am auf Spotmarktpreisen basierenden Marktpreis i. S. v. Artikel 3b<sup>bis</sup> EnV orientiert, existiert unter geltendem Recht jedoch nicht. Das Gesetz und die Verordnung sehen in Artikel 6 Absatz 1 StromVG i. V. m. Artikel 4 Absatz 1 StromVV eine kostenbasierte Festlegung der regulierten Energietarife vor, in die grundsätzlich auch die Gestehungskosten einer allfälligen Eigenproduktion mit einfließen. Die vom Bundesgericht im erwähnten Urteil indirekt angesprochene Regelung in Artikel 4 Absatz 1 aStromVV ist vom Bundesrat mit Änderung vom 30. Januar 2013 (Inkrafttreten am 1. März 2013) ersatzlos gestrichen worden (AS 2013 S. 559). Auch wenn die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen höher ausfällt als der Marktpreis i. S. v. Artikel 3b<sup>bis</sup> Abs. 2 EnV, dürfen die mit der Vergütung verbundenen Kosten des Netzbetreibers somit – innerhalb der von Artikel 6 Absatz 1 StromVG i. V. m. Artikel 4 Absatz 1 StromVV gesetzten Grenzen (die zurzeit noch nicht endgültig geklärt sind, vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1107/2013 vom 15. Juni 2015; das Verfahren ist zum Zeitpunkt des Erlasses der vorliegenden Verfügung vor dem Bundesgericht hängig.) – in die Energietarife in der Grundversorgung einfließen. Zu beachten ist ferner, dass die konkrete Beschaffung je nach Netzbetreiber sehr unterschiedlich ausfällt. Während ein grosser Netzbetreiber allenfalls über eine eigene Handelsabteilung verfügt und eine strukturierte Beschaffungsstrategie verfolgt, beziehen kleine Netzbetreiber die benötigte Energie in der Regel mittels Vollversorgungsverträgen mit dem Vorlieger oder anderen Lieferanten. Der kurzfristige Energieeinkauf am Spotmarkt steht somit vielen Netzbetreibern nicht respektive nur indirekt zur Verfügung und stellt zudem nur einen von vielen Bestandteilen eines Beschaffungsportfolios dar (vgl. dazu z. B. ULRICH ROSEN/ARMIN MICHELS, von der Vollversorgung zur strukturierten Beschaffung, in: ZfE – Zeitschrift für Energiewirtschaft 28 [2004] 3). Der auf Spotmarktpreisen basierende Marktpreis i. S. v. Absatz 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV kann somit kaum für jeden Netzbetreiber eine sinnvolle Referenz für dessen Beschaffungskosten darstellen. Auch eine zeitgemässe Auslegung liefert somit keine Anhaltspunkte dafür, dass die marktorientierten Bezugspreise für gleichwertige Energie im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 EnG analog dem Marktpreis gemäss Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV festzulegen wären.

#### 4.2.3.7 Ergebnis der Auslegung

- 98 Die Grammatikalische Auslegung von Artikel 7 Absatz 2 EnG zeigt, dass unter marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie schon dem Wortlaut nach nicht die Gestehungskosten

einer allfälligen Eigenproduktion des Netzbetreibers verstanden werden können. Massgebend sind vielmehr einzig diejenigen Preise, die der Netzbetreiber für den Bezug von Energie bei Dritten bezahlt (oben Rz. 70 und 72). Zu diesem Ergebnis führen auch die anderen Auslegungsmethoden. Insbesondere die Betrachtung der parlamentarischen Debatten im Zusammenhang mit Artikel 7 Absatz 2 EnG hat gezeigt, dass der Gesetzgeber den unabhängigen Produzenten ermöglichen wollte, die eingespeiste Energie zum gleichen Preis abzusetzen wie andere Lieferanten des Netzbetreibers (oben Rz. 80). Auch die teleologische Auslegung zeigt, dass der Sinn und Zweck der Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG nicht darin besteht, die Produzenten besser zu stellen als andere Lieferanten des Netzbetreibers. Eine Vergütung, die sich auch an den Gestehungskosten einer allfälligen Eigenproduktion des Netzbetreibers orientiert, würde daher nicht dem Sinn und Zweck der Bestimmung entsprechen (oben Rz. 95).

- 99 Das BFE vertritt diesbezüglich in seinem Amtsbericht vom 2. Oktober 2015 die Auffassung, dass die eigene Produktion der Netzbetreiber im Rahmen der marktorientierten Bezugspreise für gleichwertige Energie ebenfalls zu berücksichtigen sei und dass die Vergütung daher aus dem Preis, den der Netzbetreiber im Rahmen der Grundversorgung für von ihm gelieferten Strom verlange, abgeleitet werden könne: Gemäss Artikel 4 Absatz 1 StromVV bemesse sich der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen der Verteilnetzbetreiber. Die Kosten des Tarifanteils für die Energielieferung müssten somit den Bezugs- oder Produktionskosten, die dem Netzbetreiber anfallen, entsprechen. Und somit würden dem Netzbetreiber genau ebendiese Kosten anfallen, wenn er eine bestimmte Menge Elektrizität nicht von einem dezentralen Produzenten abnehmen, sondern eben selber produzieren oder einkaufen würde. Anders ausgedrückt entsprächen die vermiedenen Kosten des Netzbetreibers bei der Abnahme von Strom von einem dezentralen Produzenten (Art. 2b EnV) somit grundsätzlich den Gestehungs- und Bezugskosten (Art. 4 Abs. 1 StromVV), die er dank der Abnahme von ebendiesem dezentralen Produzenten habe einsparen können. Was er nicht für Kauf oder Produktion aufwenden müsse, müsse er dem dezentralen Produzenten geben (act. 16, S. 2, Abs. 2).
- 100 Das BFE begründet in seinen Ausführungen nicht, warum – entgegen dem klaren Wortlaut von Artikel 7 Absatz 2 EnG (Bezugskosten) und entgegen der vom BFE selbst über Jahre hinweg empfohlenen Auslegung dieser Bestimmung (oben Rz. 82) – auch auf die Gestehungskosten einer allfälligen Eigenproduktion des Netzbetreibers abgestellt werden soll. Es sind mithin keine Gründe ersichtlich, die Gestehungskosten einer Eigenproduktion unter den Begriff der Bezugspreise i. S. v. Artikel 7 Absatz 2 EnG zu subsumieren.
- 101 Die auf Tarife der Netzbetreiber für Endverbraucher mit Grundversorgung abstellende Vollzugshilfe BFE verweist damit zwar durchaus auf eine objektive und transparente Messzahl, wie der Gesuchsteller geltend macht (oben Rz. 36). Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist die Empfehlung in der Vollzugshilfe BFE unter dem Aspekt des Bezugspreises jedoch nicht mit Artikel 7 Absatz 2 EnG vereinbar. Daher ist auf das Ergebnis der vorstehend vorgenommenen Auslegung abzustellen und es kann im Sinne eines Zwischenergebnisses festgehalten werden, dass unter Bezugspreisen i. S. v. Artikel 7 Absatz 2 EnG diejenigen Preise zu verstehen sind, die der Netzbetreiber für den Bezug von Energie bei Dritten bezahlt.
- 102 Die Auslegung von Artikel 7 Absatz 2 EnG hat ferner auch gezeigt, dass unter marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie nicht abstrakte Börsenpreise, sondern konkrete Bezugspreise des jeweiligen Netzbetreibers massgebend sind. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Bestimmung (Rz. 70), sondern auch aus der historischen und zeitgemässen Auslegung (oben Rz. 80, 86, 92 sowie 96 f.). Auch aus systematischen Gründen kann es sich zudem bei den marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie gemäss Artikel 7 Absatz

2 EnG und dem Marktpreis gemäss Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV nicht um denselben Referenzwert handeln (oben Rz. 74).

- 103 Für die von der Gesuchsgegnerin propagierte analoge Anwendung des Marktpreises gemäss Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV (oben Rz. 51 ff.) bleibt damit schon mangels einer zu füllenden Gesetzeslücke kein Raum. Die vorgenommene Auslegung von Artikel 7 Absatz 2 EnG zeigt vielmehr, dass sich der Bestimmung bei einer Auseinandersetzung mit dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und ihrer Einbettung in das Normengefüge durchaus eine hinreichend präzise Regelung der Rückliefervergütung entnehmen lässt. Dies ganz im Gegensatz zum Marktpreis gemäss Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG, dessen Bedeutung im Rahmen der Diskussionen in den vorberatenden Kommissionen offensichtlich nicht restlos geklärt worden ist (oben Rz. 86 f.) und der ausschliesslich auf Verordnungsebene in Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV definiert ist. Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, dass auch im Rahmen des 15-Räpplers respektive der MKF auf diesen Marktpreis abgestellt werde (oben Rz. 53), sind ihre Ausführungen zudem unzutreffend: Auch im Rahmen der MKF dienen marktorientierte Bezugspreise – und nicht etwa der in Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV definierte Marktpreis – als Referenz für die Ermittlung der Mehrkosten (vgl. Art. 28a Abs. 1 EnG i. V. m. Art. 29 Abs. 1 EnV i. V. m. Art. 5a Abs. 1 aEnV; vgl. dazu auch die Richtlinie MKF, act. 30). Der auf Spotmarktpreisen basierende Marktpreis gemäss Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV gelangt somit nur Rahmen der KEV zur Anwendung (Art. 23 Abs. 5 und Art. 24 Abs. 5 StromVV), während für die Vergütung der Energie aus nicht geförderten Anlagen sowie im Rahmen der MKF der marktorientierte Bezugspreis i. S. v. Artikel 7 Absatz 2 EnG als Referenz dient. Hier zeigt sich eine Inkonsistenz in der Gesetzgebung, die darin besteht, dass der Zuschlag auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze gemäss Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG unter anderem ausdrücklich der Finanzierung der nicht durch Marktpreise gedeckten Kosten für die Übernahme von Elektrizität nach Artikel 28a EnG dient, während Artikel 28a EnG auf das alte Recht verweist, welches als massgebende Mehrkosten die Differenz zwischen marktorientiertem Bezugspreis und dem 15-Räppler vorsieht. Aus den vorstehend in Rz. 86 f. dargelegten Diskussionen im Rahmen der vorberatenden Kommissionen zur Änderung des StromVG und des EnG ist ersichtlich, dass diese Inkonsistenz darauf zurückzuführen sein dürfte, dass man bei der Einführung des Begriffs «Marktpreis» in das EnG scheinbar noch davon ausging, der Marktpreis (im Sinne der im damaligen Entwurf vorgesehenen Art. 7a Abs. 3 und 28a Abs. 2 EnG, welche dann im heutigen Artikel 15b Absatz 1 EnG zusammengeführt wurden; vgl. AB 2006 S S. 877 und 905 sowie AB 2007 S S. 57) werde analog der bestehenden Regelung zur Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie definiert (oben Rz. 86 ff.).
- 104 Dass der Bundesrat sich für eine von der Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen abweichende Konkretisierung des Marktpreises auf der Verordnungsebene entschieden hat, erscheint aufgrund des ebenfalls abweichenden Adressatenkreises der Bestimmung nachvollziehbar: Die Pflicht zur Abnahme eingespeister Energie zu marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG sowie im Rahmen der MKF (Art. 28a EnG) richtet sich an sämtliche Verteilnetzbetreiber in der Schweiz. Jedes noch so kleine Gemeindewerk ist daher verpflichtet, die unter diesen Titeln eingespeiste Energie abzunehmen und nach den vorliegend umstrittenen marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie zu vergüten. Die Pflicht zur Übernahme der Energie aus KEV-Anlagen trifft hingegen nicht die Netzbetreiber, sondern die Bilanzgruppen mit zugeordneten Endverbrauchern, die die Energie zum Marktpreis i. S. v. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV von der Bilanzgruppe für erneuerbare Energien abnehmen müssen (Art. 23 Abs. 5 und Art. 24 Absatz 5 StromVV). Es bestehen somit sachliche Gründe dafür, dass der Bundesrat den Marktpreis i. S. v. Artikel 15b Absatz 1 Bst. a i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV anders definiert hat als die seit jeher auf Verteilnetzbetreiber zugeschnittene Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie.

- 105 Im Ergebnis bleibt somit für die von der Gesuchsgegnerin propagierte analoge Anwendung des Marktpreises gemäss Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV kein Raum. Ebenso wenig können aber die Tarife der Netzbetreiber für Endverbraucher mit Grundversorgung als «marktorientiert» gelten. Die diesbezüglichen Ausführungen des BFE im Amtsbericht vom 2. Oktober 2015, wonach der Netzbetreiber den nach Artikel 4 Absatz 1 StromVV an Endkunden gelieferten Strom am Markt kaufen oder unter Marktbedingungen produzieren müsse (act. 16, S. 2, Abs. 5), entsprechen nicht dem geltenden Recht. Vielmehr enthalten die Tarife für Endverbraucher in der Grundversorgung unter Umständen auch Gesteungskosten, die über dem Marktniveau liegen (oben Rz. 97). Auch unter dem Aspekt der Marktorientierung erweist sich die Empfehlung in der Vollzugshilfe BFE daher nicht als gesetzeskonform.
- 106 Aus den Vorschriften im EnG und in der EnV zu den Herkunftsnachweisen lässt sich sodann entnehmen, dass die gemäss Artikel 7 Absatz 1 EnG von den Netzbetreibern abzunehmende und zu vergütende Energie allfällige ökologische Mehrwerte nicht umfasst, wenn nicht ausdrücklich die zusätzliche Übernahme und Vergütung der Herkunftsnachweise vereinbart worden ist. Die Netzbetreiber sind mithin verpflichtet, die abgenommene Energie als Energie aus nicht überprüfbaren Energieträgern, d. h. als Graustrom auszuweisen. Die marktorientierten Bezugspreise für gleichwertige Energie haben sich daher an den Einkaufspreisen der Netzbetreiber für Graustrom zu orientieren (oben Rz. 76).
- 107 Der Gesuchsteller stellt betreffend die ökologische Qualität der eingespeisten Energie zwar in Frage, ob die vertraglich vereinbarte Abnahme der Herkunftsnachweise durch die Gesuchsgegnerin rechtsgültig gekündigt worden sei (act. 1 Rz. 12). Er macht aber, soweit ersichtlich, zu recht nicht geltend, dass die Gesuchsgegnerin mit der Vergütung nach Artikel 7 Absatz 2 EnG auch die Herkunftsnachweise abzugelten habe. Gleichwohl scheint er davon auszugehen, dass bei der Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG die Herkunft der elektrischen Energie zu berücksichtigen sei, da es sich um elektrische Energie aus einer PV-Anlage handle (vgl. die Anträge 1 und 2 des Gesuchstellers, oben Rz. 4 und 34; act. 1, S. 2). In seinen Schlussbemerkungen führt der Gesuchsteller dazu aus, dass die zu Hochtarifzeiten gelieferte Solarenergie nicht pauschal mit Graustrom gleichgesetzt werden könne. Dies gelte unabhängig von einer allfälligen separaten Vermarktung der ökologischen Qualität (act. 19, S. 2; oben Rz. 40). Dieser Auffassung des Gesuchstellers kann, wie die vorstehenden Erwägungen in den Randziffern 76 gezeigt haben, nicht gefolgt werden.
- 108 Auch die Empfehlung in der Vollzugshilfe BFE erweist sich in diesem Punkt nicht als gesetzeskonform: Das StromVG macht den Netzbetreibern in Artikel 6 Absatz 1 StromVG i. V. m. Artikel 4 Absatz 1 StromVV grundsätzlich keine Vorgaben betreffend die ökologische Qualität der in der Grundversorgung gelieferten Energie (vgl. dazu auch die Verfügung 957-09-013 der ECom vom 28. Mai 2009). Der Liefermix eines Netzbetreibers in der Grundversorgung enthält daher oftmals nicht nur Graustrom. So enthält beispielsweise das Standardprodukt für Privatkunden der Gesuchsgegnerin im Jahr 2016 «onyx energy blue» zu 100 Prozent Energie aus deklariertem Herkunft. Je nach Netzbetreiber respektive den angebotenen Grundversorgungsprodukten enthalten die Tarife für Endverbraucher in der Grundversorgung somit einen nicht vernachlässigbaren Anteil an ökologischen Mehrwerten und können daher unter dem Aspekt der ökologischen Gleichwertigkeit (ohne Abzug des auf den ökologischen Mehrwert entfallenden Tarifanteils) keine taugliche Referenz für die Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG darstellen. Das BFE äussert sich zu diesem Aspekt in seinem Amtsbericht vom 2. Oktober 2016 nicht (act. 16, S. 2, Abs.6).
- 109 Beide Parteien weisen darauf hin, dass der Zeitpunkt der Einspeisung bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit i. S. v. Artikel 7 Absatz 2 EnG massgebend sein müsse (act. 19, S. 2; oben Rz. 40 und 45). Der als Referenz für die Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG dienende

marktorientierte Bezugspreis für gleichwertige Energie muss sich aufgrund möglicher Preisschwankungen beim Energiebezug des Netzbetreibers in der Tat auf einen (hypothetischen) Bezug von Energie im gleichen Zeitraum beziehen, wie die zu vergütende Einspeisung erfolgt. Die elektrische Energie aus einer tagsüber einspeisenden PV-Anlage muss daher aufgrund ihres Einspeiseprofiles unter Umständen anders vergütet werden als diejenige aus einem rund um die Uhr produzierenden Kleinwasserkraftwerk. Ebenso sind allenfalls auch saisonale Preisschwankungen zu berücksichtigen (vgl. dazu auch die Ausführungen zu den älteren Vollzugshilfen des BFE; oben Rz. 78 und 82). Massgebend ist, zu welchem Preis der Netzbetreiber die Energie einkaufen müsste, wenn er sie nicht von der einspeisenden Energieerzeugungsanlage, sondern zeitgleich – im Rahmen seiner Beschaffungsstrategie – bei Dritten beziehen würde. Soweit die Bezugskosten des Netzbetreibers für Graustrom nachweislich einer zeitlichen Differenzierung unterliegen, muss diese somit anhand des Einspeiseprofiles der betroffenen Energieerzeugungsanlage bei der Festlegung der Vergütung berücksichtigt werden.

110 Die Vorbringen der Gesuchsgegnerin, wonach das der Vollzugshilfe BFE zugrundeliegende Verbrauchsprofil H4 weder im Tagesverlauf noch im Jahresverlauf einem heute typischen Produktions- und Einspeiseprofil einer PV-Anlage entspreche und der Vergleich eines Verbrauchsprofils mit einem Produktionsprofil mangels sachlichen Zusammenhangs untauglich sei (oben Rz. 46), sind somit grundsätzlich zutreffend. Ebenso zutreffend sind ihre Ausführungen, wonach das Verbrauchsprofil H4, dem ein Verbrauch von 4'500 kWh/Jahr zugrunde liegt, nicht mit der eingespeisten Energiemenge von Energieerzeugungsanlagen mit einer Nettoproduktionsleistung bis zu 150 kVA vergleichbar sei (4'500 kWh versus bis zu 150'000 kWh; oben Rz. 46). Von Relevanz sind Unterschiede zwischen Verbrauchs- und Einspeiseprofil sowie bei den Energiemengen allerdings nur dann, wenn der Preis, den der Netzbetreiber im Rahmen seines Beschaffungsportfolios für den Bezug von Graustrom bezahlt, einer zeitlichen Differenzierung unterliegt und von der (hypothetisch zusätzlich) zu beschaffenden Menge abhängt (s. auch vorstehend Rz. 109). Die von der Vollzugshilfe BFE als Referenz herangezogenen Tarife für Endverbraucher mit Grundversorgung mit dem Verbrauchsprofil H4 sind somit unter den Aspekten der zeitlichen und mengenmässigen Gleichwertigkeit der Energie nicht zwingend eine untaugliche Referenz. Sie können sich aber, je nach Beschaffungsportfolio des Netzbetreibers, im Einzelfall als untauglich erweisen. Ob dies in einem konkreten Fall zutrifft, spielt aber letztlich keine Rolle, da die Tarife für Endverbraucher in der Grundversorgung mit dem Verbrauchsprofil H4 schon aufgrund der darin potentiell enthaltenen Eigenproduktion und der nicht berücksichtigten ökologischen Mehrwerte keine geeignete Referenz darstellen (oben Rz. 101, 105 und 108). Auf die übrigen Kritikpunkte der Gesuchsgegnerin an der Empfehlung in der Vollzugshilfe BFE (Unterscheidung zwischen Anlagen mit einer Anschlussleistung unter 150 kVA und grösseren Anlagen [oben Rz. 45]; Berücksichtigung von Vertriebskosten und Deckungsdifferenzen [oben Rz. 47]) braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

111 Zusammengefasst ist unter marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie i. S. v. Artikel 7 Absatz 2 EnG somit derjenige Preis zu verstehen, den der zur Vergütung verpflichtete Netzbetreiber im Rahmen seines Beschaffungsportfolios bezahlen müsste, wenn er die von der fraglichen Energieerzeugungsanlage eingespeiste elektrische Energie an Stelle der Einspeisung, d. h. zeitgleich, in Form von Graustrom bei Dritten beziehen müsste. Artikel 7 Absatz 2 EnG enthält damit bereits greifbare Kriterien für die Festlegung der Rückliefervergütung. Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob sich aus dem konkretisierenden Artikel 2b EnV weitergehende Regelungen entnehmen lassen und, wenn dies der Fall ist, ob diese mit Artikel 7 Absatz 2 EnG über eine genügende gesetzliche Grundlage verfügen.

#### 4.2.4 Artikel 2b EnV

- 112 Artikel 2b EnV präzisiert, dass sich die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie richtet. Die Gesuchsgegnerin hält diese Bestimmung für nicht anwendbar, weil Artikel 7 Absatz 2 EnG die Grundzüge dieser Regelung nicht enthalte und daher den Anforderungen einer verfassungskonformen Gesetzesdelegation nicht genüge (s. oben Rz. 50).
- 113 Die Regelung in Artikel 2b EnV geht inhaltlich jedoch nicht über den Normgehalt von Artikel 7 Absatz 2 EnG hinaus. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Netzbetreiber, der eine gewisse Menge Energie im Rahmen der gesetzlichen Abnahmepflicht von einer dezentralen Energieerzeugungsanlage bezieht, in diesem Umfang den Energiebezug bei einem anderen Lieferanten und die damit verbundenen Kosten vermeidet. Artikel 2b EnV hält mithin lediglich eine ökonomische Tatsache fest. Zur für die Höhe der Vergütung relevanten Frage, welche Bezugsmöglichkeiten auf dem Markt als Referenz dienen sollen und unter welchen Voraussetzungen die bezogene Energie als gleichwertig anzusehen ist, enthält Artikel 2b EnV hingegen gerade keine Regelung. Eine inhaltliche Präzisierung von Artikel 7 Absatz 2 EnV enthält Artikel 2b EnV nur insofern, als er klarstellt, dass die vermiedenen Kosten «des Netzbetreibers» massgebend sind. Damit bestätigt der Bundesrat die im Gesetzeswortlaut mit der Nennung der Bezugspreise in der Mehrzahl enthaltende Andeutung, dass der individuelle Bezugspreis des jeweiligen Netzbetreibers als Referenz dienen soll (vgl. vorne Rz. 70).
- 114 Im Ergebnis enthält Artikel 2b EnV somit lediglich eine Präzisierung dessen, was sich bereits im Wortlaut von Artikel 7 Absatz 2 EnG abzeichnet und durch die übrigen Auslegungsmethoden bestätigt wird. Eine ungenügende Gesetzesdelegation ist vor diesem Hintergrund nicht auszumachen. Vielmehr ist sogar davon auszugehen, dass der Bundesrat eine derartige Präzisierung des Gesetzes auch gestützt auf seine allgemeine Vollzugskompetenz (Art. 182 Abs. 2 BV; Art. 16 Abs. 1 EnG) hätte vornehmen können. Da sich die Grundsätze für die Ermittlung der Vergütung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 EnG bereits aus der Auslegung des Gesetzes ergeben und Artikel 2b EnV keine wesentlichen weiteren Regelungen enthält, würde sich dessen Nicht-Anwendung im Übrigen nicht auf das Ergebnis der vorliegenden Verfügung auswirken.

#### 4.3 Anpassung der Vergütung durch die EICom

- 115 Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller per 1. April 2015 eine Rückliefervergütung in Höhe von 5.5 Rp./kWh im Hochtarif und 4.1 Rp./kWh im Niedertarif offeriert (oben Rz. 3; act. 1, Beilagen 5 und 9). Ob diese Vergütung den vorstehend dargelegten Kriterien für eine mit Artikel 7 Absatz 2 EnG und Artikel 2b EnV konforme Vergütung genügt, muss eine Betrachtung des Beschaffungsportfolios der Gesuchsgegnerin zeigen.
- 116 Die Gesuchsgegnerin beschafft die nicht selbst von ihrer Muttergesellschaft onyx Energie Mittelland AG im Kraftwerk Wynau produzierte elektrische Energie für die Grundversorgung über die onyx Energie Dienste AG bei [...]. Die Beschaffung erfolgt gestützt auf einen Strombezugsvertrag (nachfolgend: «Bezugsvertrag»; act. 25 Beilage 15; act. 25, Ziff. 4.2). Gemäss Ziffer 8 des Bezugsvertrags erfolgt die Lieferung an die onyx Energie Dienste AG [...]. Die onyx Energie Dienste AG leistet dabei für ihren Bezug Akontozahlungen, deren Höhe anhand von [...] festgelegt wird. Im Folgejahr werden sodann die [...] ermittelt und die Differenz zu den monatlich geleisteten Akontozahlungen gutgeschrieben oder nachbelastet (act. 25, Ziff. 4.3). Die von der [...] an die Gesuchsgegnerin gelieferte Energie besteht gemäss den Angaben der [...] im Geschäftsjahr 2015 zu [...] % aus Graustrom und zu [...] % aus deklariertem Strom aus erneuerbaren Energieträgern.

- 117 Aus dem Preisblatt [...] (Lieferzeitraum [...]), welches gemäss Ziffer 2 des Bezugsvertrags ausdrücklich Bestandteil desselben bildet, ist ersichtlich, dass der auf [...] der [...] basierende Bezugspreis [...] (act. 25, Beilage 16). [...] Für die von der Gesuchsgegnerin vorgenommene Differenzierung [...]. Als Referenz für die Rückliefervergütung dienen – unabhängig vom Einspeiseprofil der PV-Anlage – die um den ökologischen Mehrwert bereinigten [...] der [...] gemäss Bezugsvertrag.
- 118 Da die [...] naturgemäss erst im Folgejahr abschliessend ermittelt werden können, kann die von der Gesuchsgegnerin auszubehaltende Rückliefervergütung im Voraus jeweils nur anhand der [...] der [...] für Graustrom festgelegt werden. Insofern ist den Ausführungen der Gesuchsgegnerin, wonach die Rückliefervergütung anhand einer [...] (der [...]) zu ermitteln sei (act. 25, Ziff. 4.4), grundsätzlich zuzustimmen. Nach Bekanntwerden der IST-Bezugskosten muss eine allfällige Differenz jedoch zumindest dann ausgeglichen werden, wenn die IST-Kosten höher ausgefallen sind als die Plankosten. Nur so ist sichergestellt, dass der Gesuchsteller langfristig eine Vergütung erhält, die der Vorgabe in Artikel 7 Absatz 2 EnG genügt. Dies scheint auch die Gesuchsgegnerin so zu sehen, die für das Jahr 2015 ebenfalls rückwirkend auf die effektiv massgebenden Ist-Kosten abstellen möchte (act. 25, Ziff. 4.6 sowie nachfolgend Rz. 119). In welcher Form ein entsprechender Ausgleich von der Gesuchsgegnerin vorgenommen wird, liegt in ihrem Ermessen, denn sie kann anhand ihrer internen Prozesse am besten abschätzen, wie ein Ausgleich am effizientesten abgewickelt werden kann. Denkbar ist einerseits eine Gutschrift respektive ein Abzug in den laufenden Abrechnungen der Einspeisung, sobald die Ist-Kosten im Folgejahr bekannt sind. Denkbar wäre aber auch eine Berücksichtigung der Differenz in Form von «Deckungsdifferenzen», die in die im übernächsten Geschäftsjahr ausbezahlte Vergütung einfließen, was beide Parteien abzulehnen scheinen (act. 25, Ziff. 4.4; act. 31, Ziff. 1).
- 119 Vorliegend ist die Rückliefervergütung für die von der PV-Anlage des Gesuchstellers im Zeitraum vom 1. April 2015 bis 31. Dezember 2015 eingespeiste elektrische Energie somit anhand der Ist-Bezugskosten der Gesuchsgegnerin [...] für Graustrom im Geschäftsjahr 2015 festzulegen. Diese liegen zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung noch nicht definitiv vor, weshalb die Gesuchsgegnerin in ihrer Eingabe vom 14. März 2016 eine Sistierung des Verfahrens bis zum Bekanntwerden der effektiv massgebenden IST-Kosten beantragt (act. 25, Ziff. 5.6). Wie vorstehend dargelegt, hat die Gesuchsgegnerin indes ohnehin einen Mechanismus vorzusehen, der den Ausgleich allfälliger Differenzen zwischen Plankosten und Ist-Kosten ermöglicht. Es besteht daher kein Grund, den Erlass einer Verfügung bis zum Vorliegen der effektiv massgebenden Zahlen für das Geschäftsjahr 2015 aufzuschieben. Vielmehr ist es der Gesuchsgegnerin auch für das Geschäftsjahr 2015 zumutbar, die Differenz zwischen Plankosten und Ist-Kosten nach deren Vorliegen zu ermitteln und mittels eines geeigneten Mechanismus' auszugleichen. Der Sistierungsantrag der Gesuchsgegnerin ist daher abzuweisen.
- 120 Aus den Ausführungen der [...] in Beilage 17 zu act. 25 ist ersichtlich, dass sich deren [...] im Geschäftsjahr 2015 gemäss jüngsten Prognosen auf [...] Rp./kWh belaufen. Die Gesuchsgegnerin ist daher zu verpflichten, dem Gesuchsteller für den Zeitraum vom 1. April 2015 bis 31.12.2015 die Differenz zwischen der für diese Periode bereits ausbezahlten Vergütung und den jüngsten Plankosten von [...] Rp./kWh exkl. Mehrwertsteuer auszubehalten. Die Differenz zu den Ist-Kosten ist nach deren Bekanntwerden in geeigneter Form auszugleichen (oben Rz. 118). Ab dem 1. Januar 2016 hat die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller eine auf den Planbezugskosten für Graustrom im Einspeisezeitpunkt basierende Vergütung auszubehalten und die Differenz zu den Ist-Kosten nach deren Bekanntwerden in geeigneter Form (oben Rz. 118) auszugleichen.

#### 4.4 Fazit

- 121 Die vorstehenden Erwägungen haben gezeigt, dass unter marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie i. S. v. Artikel 7 Absatz 2 EnG und Artikel 2b EnV derjenige Preis zu verstehen ist, den der zur Vergütung verpflichtete Netzbetreiber im Rahmen seines Beschaffungsportfolios bezahlen müsste, wenn er die von der fraglichen Energieerzeugungsanlage eingespeiste elektrische Energie an Stelle der Einspeisung, d. h. zeitgleich, in Form von Graustrom bei Dritten beziehen müsste. Nach diesem Preis hat sich die Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnV somit zu richten. Für eine analoge Anwendung der Definition des Marktpreises gemäss Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe a EnG in Artikel 3b<sup>bis</sup> Absatz 2 EnV besteht kein Anlass. Ebenso wenig kann auf die vom Gesuchsteller ins Feld geführte Empfehlung in der Vollzugshilfe BFE abgestellt werden. Denn die Tarife der Gesuchsgegnerin respektive der daraus ermittelte Tarif für Endverbraucher mit Grundversorgung mit dem Verbrauchsprofil H4 stellen keine geeignete Referenz für die Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG dar.
- 122 Massgebend für die Festlegung der Vergütung der von der PV-Anlage des Gesuchstellers in das Netz der Gesuchsgegnerin eingespeisten elektrischen Energie sind ab 1. April 2015 – mangels anderslautender vertraglicher Vereinbarung – die für den jeweiligen Vergütungszeitraum ermittelten Planbezugskosten der Gesuchsgegnerin für elektrische Energie aus nicht überprüfbaren Energieträgern (Graustrom), wobei eine allfällige Differenz zu den Ist-Bezugskosten für Graustrom nach deren Bekanntwerden in geeigneter Form auszugleichen ist.

### 5 Schwärzung von Geschäftsgeheimnissen

- 123 Mit der Verfahrenseröffnung vom 6. Mai 2015 wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass Geschäftsgeheimnisse für alle Eingaben im Rahmen des Verfahrens jeweils im Voraus zu bezeichnen sind und die Eingabe in solchen Fällen zudem eine Begründung enthalten muss, weshalb es sich bei den abgedeckten Stellen um Geschäftsgeheimnisse handelt (act. 3).
- 124 Die Gesuchsgegnerin hat insbesondere in ihrer Stellungnahme vom 20. Juli 2015 (act. 8, Ziff. 4.3.3) sowie in ihren Schlussbemerkungen vom 14. März 2016 (act. 25, Ziff. 2, 4.2, 4.3, 4.5 und 4.6) gewisse Textstellen als Geschäftsgeheimnis bezeichnet und geschwärzte Versionen dieser Eingaben eingereicht.
- 125 Die Parteien haben gemäss Artikel 26 Absatz 1 VwVG unter anderem einen Anspruch darauf, in ihrer Sache die Eingaben von Parteien und alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Gemäss Artikel 27 Absatz 1 Buchstabe b VwVG darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern. Die Verweigerung darf sich dabei nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Art. 27 Abs. 2 VwVG). Gemäss Artikel 23 Absätze 1 und 2 EnG unterstehen ferner alle mit dem Vollzug des EnG beauftragten Personen dem Amtsgeheimnis und die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse bleiben in jedem Fall gewahrt. Geschäftsgeheimnisse umfassen alle Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht. Mit anderen Worten handelt es sich um Geschäftsgeheimnisse, wenn bestimmte wirtschaftliche Vorgänge vorliegen, deren Geheimhaltung die Geheimnisträgerin will und an deren Geheimhaltung sie ein schützenswertes Interesse hat. Sie sind in einer Art und Weise unkenntlich zu machen, die einerseits die berechtigten Geheimhaltungsinteressen des betroffenen Unternehmens wahrt und andererseits den Parteien erlaubt, Einsicht in die Akten zu nehmen und die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Eine Einschränkung ist demnach nur zulässig, wenn sie verhältnismässig ist. Sie muss somit geeignet sein, den angestrebten Schutz zu gewährleisten, und darf in personeller, sachlicher und zeitlicher Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen. Anders ausge-



drückt muss sie auf einer Interessenabwägung im Einzelfall beruhen und das Geheimhaltungsinteresse muss überwiegen gegenüber dem entgegenstehenden Interesse an einer Entscheidung, welcher die massgeblichen Elemente klar benennt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3103/2011 vom 9. Mai 2012, E. 7.3.2).

- 126 Die Gesuchsgegnerin begründet die vorgenommenen Schwärzungen damit, dass es sich bei diesen Textstellen um geschäftsrelevante Tatsachen handle, welche betriebswirtschaftlichen bzw. kaufmännischen Charakter und Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis hätten (act. 25, S. 1).
- 127 Die von der Gesuchsgegnerin vorgenommenen Schwärzungen sind alle im Kontext der vom Gesuchsteller mit seinem Eventualantrag beantragten und von der EICom angeordneten Offenlegung der Preise für den Energieeinkauf der Gesuchsgegnerin erfolgt (vgl. Editionsverfügung in act. 22 sowie act. 8, S. 1, zweiter Absatz und act. 25, S. 1, Absatz 2). Als Geschäftsgeheimnis wurden zudem die Beilagen 15, 16 und 17 der Gesuchsgegnerin bezeichnet, welche den in act. 25 Ziffer 4 erwähnten Strombezugsvertrag, das im Geschäftsjahr 2015 relevante Preisblatt, welches integralen Bestandteil des Strombezugsvertrags sowie eine schriftliche Bestätigung der [...] enthält. In Letzterer weist die [...] ihre [...], den im Jahr 2015 gelieferten Strommix gemäss aktueller Planung und die Mehrkosten des ökologischen Mehrwerts des Stroms aus erneuerbaren Energieträgern aus. Es handelt sich dabei durchwegs um sensible Informationen im Zusammenhang mit dem nicht regulierten Energievertrieb der [...] an denen ein nachvollziehbares Geheimhaltungsinteresse der Gesuchsgegnerin und der [...] besteht. Die Schwärzung umfasst lediglich die erwähnten sensiblen Zahlen und die Details der vertraglichen Beziehungen zwischen der Gesuchsgegnerin und der [...] und ist damit auf das notwendige Mass beschränkt. Die den Eingaben der Gesuchsgegnerin und den vorstehenden Erwägungen zugrunde liegende Argumentation ist für den Gesuchsteller auch ohne Kenntnis der exakten Höhe der geschwärzten Zahlen problemlos nachvollziehbar. Dessen Anspruch auf rechtliches Gehör wird daher durch die Schwärzungen nur geringfügig eingeschränkt. Das Geheimhaltungsinteresse der Gesuchsgegnerin und der [...] überwiegt mithin vorliegend das Interesse des Gesuchstellers an einer uneingeschränkten Akteneinsicht. Die geschwärzten Passagen sowie die Beilagen 15 bis 17 der gesuchsgegnerischen Eingaben sind dem Gesuchsteller folglich nicht zugänglich zu machen.

## 6 Gebühren

- 128 Die EICom 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).
- 129 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken.
- 130 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/HÄNER/BERTSCHI, a. a. O., Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3).

- 131 Die vorliegende Verfügung wird auf Gesuch des Gesuchstellers hin erlassen. Anlass für die vorliegende Verfügung hat jedoch auch die Gesuchsgegnerin gegeben, indem sie dem Gesuchsteller keine gesetzeskonforme Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG angeboten hat. Beide Parteien unterliegen mit ihren Hauptanträgen. Die Gebühr für diese Verfügung ist daher beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.
- 132 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 Parteientschädigungen 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.

### III      **Entscheid**

#### **Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:**

1. Das Rechtsbegehren 1 von [...] wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Auf das Rechtsbegehren 2 von [...] wird nicht eingetreten, soweit es sich auf die Rückliefervergütung im Zeitraum vor dem 1. April 2015 bezieht und andere Energieerzeugungsanlagen als diejenige von [...] betrifft.
3. Auf das Rechtsbegehren 1 der Onyx Energie Netze AG wird nicht eingetreten.
4. Das Rechtsbegehren 2 der Onyx Energie Netze AG wird abgewiesen.
5. Der Sistierungsantrag der Onyx Energie Netze AG vom 14. März 2016 wird abgewiesen.
6. Die von der Onyx Energie Netze AG an [...] zu bezahlende Vergütung für die von dessen PV-Anlage in das Netz der Onyx Energie Netze AG eingespeiste elektrische Energie wird für den Zeitraum vom 1. April 2015 bis 31. Dezember 2015 auf [...] Rp./kWh exkl. Mehrwertsteuer festgelegt.
7. Die onyx Energie Netze AG wird angewiesen, eine allfällige Differenz zwischen der Vergütung gemäss vorstehender Ziffer 6 und den rückwirkend ermittelten Ist-Bezugskosten der onyx Energie Netze AG für elektrische Energie ohne deklarierte Herkunft im Geschäftsjahr 2015 in geeigneter Form auszugleichen.
8. Die onyx Energie Netze AG wird angewiesen die von der PV-Anlage von [...] in ihr Netz eingespeiste elektrische Energie ab 1. Januar 2016 im Sinne der Erwägungen mit einer Vergütung in Höhe ihrer Planbezugskosten für elektrische Energie ohne deklarierte Herkunft für das jeweilige Geschäftsjahr abzugelten und die Differenz zu den rückwirkend ermittelten Ist-Bezugskosten in geeigneter Form auszugleichen.
9. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
10. Es werden keine Parteientschädigungen gesprochen.
11. Die Verfügung wird [...] und der Onyx Energie Netze AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 19. April 2016

## Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom

Carlo Schmid-Sutter  
Präsident

Renato Tami  
Geschäftsführer

Versand:

### Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...],  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz J. Kessler, von der Crone Rechtsanwälte AG, Samari-  
terstrasse 5, 8032 Zürich
- Onyx Energie Netze AG, Waldhofstrasse 1, 4901 Langenthal

### Mitzuteilen an:

- Bundesamt für Energie (BFE), 3003 Bern

## **IV        Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen. Die Frist steht still:

- a)    vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b)    vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c)    vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.