



Referenz/Aktenzeichen: 222-00001

Bern, 11.05.2021

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Werner Luginbühl (Präsident), Laurianne Altwegg (Vizepräsidentin),
Katia Delbiaggio, Dario Marty, Sita Mazumder, Andreas Stöckli,
Felix Vontobel

in Sachen: [...]

(Gesuchstellerin)

gegen: [...]

(Gesuchsgegnerin)

betreffend Gesuch um Anpassung der Rückliefervergütung für das Kraftwerk [...] ab
1. Januar 2020

Inhaltsverzeichnis

I.	Sachverhalt	3
II.	Erwägungen	5
1.	Zuständigkeit	5
2.	Parteien und rechtliches Gehör	5
2.1.	Parteien	5
2.2.	Rechtliches Gehör	5
3.	Vorbringen der Parteien	6
3.1.	Vorbringen der Gesuchstellerin	6
3.2.	Vorbringen der Gesuchsgegnerin	7
4.	Antrag auf Stellungnahme BFE	10
5.	Vergütung basierend auf Gestehungskosten	10
5.1.	Rechtliche Grundlage	10
5.2.	Auslegung Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG	11
5.2.1.	Grammatikalische Auslegung	11
5.2.2.	Systematische Auslegung	12
5.2.3.	Historische Auslegung	13
5.2.4.	Teleologische Auslegung	19
5.2.5.	Zeitgemässe Auslegung	20
5.2.6.	Ergebnis der Auslegung	21
5.3.	Gesetzmässigkeit von Artikel 12 Absatz 1 EnV	22
5.4.	Berücksichtigen der vermiedenen Netzkosten	23
5.5.	Produktion innerhalb des Konzerns	23
6.	Offenlegung Bemessung der Vergütung	24
7.	Gebühren und Parteientschädigung	25
III.	Entscheid	26
IV.	Rechtsmittelbelehrung	27

I. Sachverhalt

A.

- 1 Die [...] (nachfolgend Gesuchstellerin) betreibt das Kleinwasserkraftwerk [...] und erhielt am 27. Februar 2020 ein Schreiben der [...] (nachfolgend Gesuchsgegnerin), mit welchem ihr die Schlussabrechnung für das Jahr 2019 zur Rückliefervergütung zugestellt wurde (act. 1, Beilage 1). Für das Jahr 2019 vergütete die Gesuchsgegnerin [...] für die Energie der Gesuchstellerin. Gleichzeitig informierte die Gesuchsgegnerin über den neuen (quartalsweisen) Abrechnungsmodus ab dem 1. Januar 2020. Die Höhe der Rückliefervergütung orientiert sich am Marktpreis, welcher für den Anlagentyp der Gesuchstellerin für das Jahr 2019 bei [...] gelegen hätte. Ab dem 1. Januar 2020 werde die Rückliefervergütung zeitnah nach dem aktuellen Marktwert vergütet (act. 1).

B.

- 2 Mit Gesuch vom 4. Juni 2020 gelangte die Gesuchstellerin mit einem gegen die Gesuchsgegnerin gerichteten Gesuch an die ElCom und stellte folgende Anträge (act. 1):
 - *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die Bemessung der Vergütung für die vom Kleinwasserkraftwerk [...] produzierte und ins Verteilnetz eingespeiste Elektrizität transparent offenzulegen.*
 - *Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die vom Kleinwasserkraftwerk [...] produzierte und ins Verteilnetz eingespeiste Elektrizität ab dem 1. Januar 2020 eine Vergütung basierend auf den geltenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zu bezahlen, bei deren Bemessung insbesondere die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen berücksichtigt werden.*
 - *Der Gesuchsgegnerin seien die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu auferlegen.*
- 3 Mit Schreiben vom 12. Juni 2020 an die Gesuchsgegnerin eröffnete das Fachsekretariat der ElCom (nachfolgend Fachsekretariat) zur Beurteilung des eingereichten Gesuchs ein Verfahren gemäss dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) und setzte der Gesuchsgegnerin unter Hinweis auf die Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen eine Frist an, um zu den Anträgen Stellung zu nehmen (act. 3).
- 4 Mit Fristerstreckungsgesuch vom 7. Juli 2020 informierte die Gesuchsgegnerin das Fachsekretariat über die per 1. Januar 2020 erfolgte Fusion [...]. Letztere wurde zwischenzeitlich in [...] umfirmiert. [...] anerkannte ihre Passivlegitimation im laufenden Verfahren (act. 6). Mit Schreiben der ElCom vom 10. Juli 2020 wurde die Gesuchstellerin darüber informiert (act. 7).
- 5 Am 13. August 2020 reichte die Gesuchsgegnerin eine Stellungnahme ein und stellte die folgenden Anträge (act. 8):
 - *Antrag 1 des Gesuchs vom 4. Juni 2020 sei abzuweisen, soweit der Antrag der Gesuchstellerin die Offenlegung von Gestehungskosten der Gesuchsgegnerin betrifft.*
 - *Antrag 2 des Gesuchs vom 4. Juni 2020 sei abzuweisen, soweit die Gesuchstellerin für die Berechnung der Rückliefervergütung die Berücksichtigung von Gestehungskosten von eignen Produktionsanlagen beantragt.*
 - *Unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.*

In ihrer Stellungnahme vom 13. August 2020 (act. 8) beantragte die Gesuchsgegnerin zusätzlich folgendes:

- *Sollte sich die Gesuchstellerin zu einem späteren Zeitpunkt auf den Standpunkt stellen, dass die Gesuchsgegnerin trotz ihres Energiebezugs aus der [...] durch die dezentral eingespeiste Elektrizität des Kraftwerks [...] Kosten vermeiden können, so sei der Gesuchsgegnerin durch die ElCom eine Frist zu anzusetzen, um entsprechend zweckdienliche Unterlagen und Beweismittel einzureichen und dieselben zu erläutern.*
- *Falls die ElCom der Auffassung sei, dass für die Festlegung der Rückliefervergütung die Gestehungskosten der Produktionsanlagen der [...] relevant sein sollten, sei der Gesuchsgegnerin eine entsprechende Frist anzusetzen, um die entsprechenden Unterlagen, unter Gelegenheit allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, zur Darlegung der Gestehungskosten einzureichen.*

6 Nach einmaliger Fristerstreckung reichte die Gesuchstellerin am 17. November 2020 ihre Stellungnahme ein (act. 12). Sie hielt an den Anträgen vom 4. Juni 2020 (act. 1) fest und beantragte zusätzlich folgendes:

- *Die Gesuchstellerin beantragt hiermit, dass vom BFE eine entsprechende Stellungnahme über die im Zeitpunkt der parlamentarischen Beratung und bis zum Erlass der Verfügung vom 19. April 2016 geltende Praxis eingeholt wird.*
- *Die Gesuchstellerin beantragt hiermit, die Protokolle über die Detailberatungen der UREK-S und der UREK-N zu Art. 17 Abs. 3 E-EnG beizuziehen.*

7 Am 28. Januar 2021 reichte die Gesuchsgegnerin nach einmaliger Fristerstreckung ihre letzte Stellungnahme ein. Sie hielt darin ausdrücklich an ihren bisherigen Anträgen fest und beantragte die Abweisung der beiden Anträge aus der Duplik vom 17. November 2020 der Gesuchstellerin (act. 16).

8 Auf Einzelheiten des Sachverhalts wird – soweit entscheiderelevant – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Zuständigkeit

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

2. Parteien und rechtliches Gehör

2.1. Parteien

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

2.2. Rechtliches Gehör

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

3. Vorbringen der Parteien

3.1. Vorbringen der Gesuchstellerin

- 16 Bereits im Jahr 2015 gelangte die Gesuchstellerin mit einem Gesuch im Zusammenhang mit der Rückliefervergütung für das Kraftwerk [...] an die ElCom (Verfügung 221-00288 vom 17. August 2017). Hierbei stützte sie sich nebst den gesetzlichen Bestimmungen insbesondere auf die Vollzugshilfe des Bundesamtes für Energie, wonach für die Bemessung der Vergütung die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen zu berücksichtigen wären. Die ElCom lehnte das Gesuch ab. Sie stützte sich hierbei insbesondere auf ihre Leitverfügung 220-00007 vom 19. April 2016, in welcher entschieden wurde, dass die massgebliche Empfehlung der genannten Vollzugshilfe des BFE gesetzeswidrig ist. Folglich war für die Bemessung der Rückliefervergütung einzig auf die konkreten Preise des Netzbetreibers für den Bezug von Energie bei Dritten abzustellen.
- 17 Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass die Rechtsprechung der ElCom seit der Gesetzesrevision per 1. Januar 2018 überholt sei. Der neue Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe a EnG sieht für erneuerbare Energien eine Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers in seinem Netzgebiet vor. Die Vergütung muss angemessen sein. Können sich Produzent und Netzbetreiber nicht über die Höhe der Vergütung einigen, so hat sie sich an den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie zu orientieren. Die Konkretisierung in Artikel 12 Absatz 1 EnV verlange hierbei den Einbezug der Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen und richte sich somit nicht bloss nach dem Einkaufspreis für Graustrom. Der Verordnungswortlaut sei ausdrücklich und entspreche dem Willen des Gesetzgebers (act. 1).
- 18 Die Gesuchstellerin hält in ihrer Stellungnahme vom 17. November 2020 (act. 12) als Vorbemerkung fest, dass es vorliegend in erster Linie um die Frage geht, ob der Gesetzgeber mit den neuen Gesetzesbestimmungen per 1. Januar 2018 bei der Bemessung der Rückliefervergütung die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen berücksichtigt haben wollte oder nicht. Zur Begründung ihres Anliegens bringt die Gesuchstellerin vor, beim Verfassen des Artikels 15 Absatz 3 EnG (im Parlament wurde die genannte Bestimmung noch unter Artikel 17 Absatz 3 EnG beraten) wollte man die bisherige Praxis weiterführen. Hierbei dürfe von der allgemein gängigen Praxis im Sinne der Vollzugshilfe des BFE ausgegangen werden, wonach die Gestehungskosten ebenfalls berücksichtigt würden.
- 19 Die Leitverfügung der ElCom wurde am 19. April 2016 erlassen, während die erste Detailberatung bereits im April 2014 stattfand. Das Differenzbereinigungsverfahren zog sich von Oktober 2015 bis März 2016 hinweg. Die Annahme der Vorlage durch die beiden Räte erfolgte schliesslich am 30. September 2016. Daraus könne geschlossen werden, dass die Leitverfügung der ElCom in der Diskussion nicht hat berücksichtigt werden können. In den Gesetzesmaterialien sei daher der Einbezug von Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen nicht offensichtlich, da es aufgrund der bestandenen Praxis gemäss der Vollzugshilfe des BFE für den Gesetzgeber selbstverständlich gewesen sei, dass diese Kostenfaktoren bei der Bemessung der Rückliefervergütung berücksichtigt würden. Dabei sei ihm die dadurch entstandene Ungleichbehandlung von Netzbetreibern mit resp. ohne eigene Produktionsanlagen bewusst gewesen. Als Ausgleich dafür habe er später den Artikel 6 StromVG erlassen, wonach die Netzbetreiber die Beschaffungskosten für erneuerbaren Strom bei dezentralen Produzenten in den Tarif der Grundversorgen einkalkulieren dürfe (act. 1).
- 20 Ebenso habe der Bundesrat zu jenem Zeitpunkt beim Erlass der Verordnung davon ausgehen können, dass die Berücksichtigung der Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen Bestandteil der «vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie» darstelle. Da dieser gesetzgeberische Wille bereits in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG zum Ausdruck komme, sei die Frage nach einer genügenden Delegationsnorm für den Artikel 12 Absatz 1 EnV überflüssig (act. 1).

- 21 Diese Ansicht untermauert die Gesuchstellerin mit Argumenten der grammatikalischen und systematischen Auslegung. Der Wortlaut des Artikels 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG unterscheide sich wesentlich von demjenigen des Artikels 7 Absatz 2 aEnG. Massgebend sei nicht mehr der «Bezugspreis», sondern «die Kosten für die Beschaffung». Die Formulierung des Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG unterscheide sich zudem im Wortlaut von derjenigen in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe c EnG bezüglich der Vergütung von Biogas. Hiernach richte sich der Preis danach, was «der Netzbetreiber für den Kauf bei Dritten zu bezahlen hätte». Der Gesetzgeber habe demnach bewusst eine andere Formulierung gewählt, weil die Bemessung der Vergütung in unterschiedlicher Weise statfinde. Mit der neutralen Formulierung der «vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie» sollen sowohl Netzbetreiber mit und ohne eigene Produktionsanlagen erfasst werden (act. 1).
- 22 Des Weiteren bringt die Gesuchstellerin den Aspekt der gebundenen Endkunden (mit Verbrauch bis 100 MWh gemäss Artikel 6 Absatz 2 StromVG) vor. Aufgrund der erst teilweise erfolgten Strommarktliberalisierung haben Endverbraucher im Netzgebiet der Gesuchsgegnerin den Strom ausschliesslich bei ihr zu beziehen. Für die Festsetzung des Tarifs darf der Netzbetreiber gemäss Artikel 6 StromVG und Artikel 4 StromVV die Gestehungskosten eigener Produktionsanlagen berücksichtigen. Ebenso stehe es ihm zu, die geleisteten Rückliefervergütungen über die Kostenträgerrechnung auf den Endkunden zu überwälzen. Insofern spiele es keine Rolle, ob der Verteilnetzbetreiber ein Long oder Short Beschaffungsportfolio habe. Insbesondere dürfe die Gesuchsgegnerin die eigenen Produktions- oder Beschaffungskosten für erneuerbaren Strom sogar vollständig und prioritär in der Grundversorgung anrechnen (Artikel 6 StromVG; act. 1 und 3).
- 23 Zusätzlich sind nach Ansicht der Gesuchstellerin die vermiedenen Netzkosten, welche durch die Einspeisung der dezentralen Produktion eingespart werden, zu berücksichtigen. Schliesslich fielen gleich mehrere Netzebenen weg, wodurch die Gesuchsgegnerin entsprechend weniger in die oberen Netzebenen investieren müsse. Der der Wortlaut in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG umfasse die gesamten «vermiedenen Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie», also auch die vermiedenen Netzkosten (act. 12).
- 24 Die Gesuchstellerin verweist weiter darauf, dass die ElCom bereits in der Verfügung 221-00288 vom 18. August 2017 festhielt, dass bei Konzern(schwester)gesellschaften die vertikal integrierten Unternehmen nicht als Dritte gelten. Es finden sich im StromVG keine Vorschriften, wie sich ein Netzbetreiber juristisch zu organisieren hat, weshalb die von einer rechtlich eigenständigen juristischen Person produzierte Elektrizität, welche dem Netzbetreiber zufliesst, ebenso als dessen Eigenproduktion angesehen werden kann. Diese Ausführungen seien noch unter altem Recht entstanden, als die Eigenproduktion noch nicht zu berücksichtigen war. Die Gesuchstellerin beschreibt die Konzernverhältnisse der [...] zwar als unübersichtlich und nicht abschliessend überschaubar, aber dennoch sei ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin zur Konzerngruppe gehöre. Da unter neuem Recht die eigenen Gestehungskosten zu berücksichtigen seien, führen diese Überlegungen im Umkehrschluss zwangsläufig dazu, dass die Eigenproduktion aller Schwestergesellschaften somit ebenfalls für die Bemessung der Rückliefervergütung zu berücksichtigen wären (act. 1).
- 25 Für die Gesuchstellerin ist es zudem offensichtlich, dass die Gesuchsgegnerin mit Hilfe der kürzlich ergangenen Umstrukturierung ein neues Beschaffungsportfolio erstellt hat, wodurch immer tiefer werdende Rückliefervergütungen bezahlt werden, jedoch gleichzeitig den gebundenen Endkunden ein praktisch unveränderter Energiepreis verrechnet wird. Dies sei sicherlich nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen. Vielmehr sei aus den Materialien herauszulesen, dass die bisherige Praxis weitergeführt werden solle (act. 12).

3.2. Vorbringen der Gesuchsgegnerin

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

den kleineren Produzenten und Verteilnetzbetreiber zu schaffen, indem Netzbetreiber dazu verpflichtet werden, die ihnen angebotene Energie zu festgelegten Grundsätzen für die Vergütung einzukaufen. Weil weder eine Subventionierung noch eine Förderung der Produzenten zu Lasten der Verteilnetzbetreiber beabsichtigt werde, beschränke sich daher die Vergütungshöhe des Netzbetreibers auf den Preis, wie wenn die eingespeiste Elektrizität selbst bei Dritten bezogen worden wäre. Die Abnahme der Rückliefermenge stelle für den Netzbetreiber lediglich eine alternative Beschaffungsquelle dar, welche einen wirtschaftlich neutralen Effekt auf ihn habe (act. 8).

- 27 Zu beachten sei gemäss der Gesuchsgegnerin die Tatsache, dass die Strukturen der abnahmepflichtigen Verteilnetzbetreiber sehr heterogen seien. Manche Netzbetreiber würden über keine eigenen Produktionsanlagen verfügen und die benötigte Elektrizität ausschliesslich bei Dritten beziehen, während andere einen Teil oder gar den gesamten Energiebedarf durch eigene Produktion selber erzeugen würden. Eine weitere Gruppe würde selbst nicht über Endkunden verfügen und hätten somit, mit Ausnahme des Bedarfs für den Ausgleich von Netzverlusten, keine Verwendung für die von Dritten eingespeiste Energie. Bei einer Berücksichtigung der Gestehungskosten für die Bemessung der Vergütungshöhe käme es zu einer Ungleichbehandlung der unterschiedlich organisierten Verteilnetzbetreiber. Daher habe der Gesetzgeber, um diesen unterschiedlichen Konstellationen gerecht zu werden, eine mit den übergeordneten Rechtssätzen vereinbare und angemessene bzw. neutrale Regelung geschaffen (act. 8).
- 28 Die wirtschaftliche Neutralität für den Netzbetreiber lasse sich ebenso wenig durch die derzeit geltende Absatzmöglichkeit der Rücklieferenergie in der Grundversorgung (Art. 6 Abs. 5^{bis} StromVG) herbeiführen. Gemäss der Durchschnittspreismethode dürfe der Netzbetreiber die Eigenproduktion und die Rückliefermenge nur anteilig in die Grundversorgung bringen. Überschüssige Elektrizität müsse dann ebenfalls auf dem Markt angeboten werden. Da Marktkunden nicht bereit seien, mehr als den Marktpreis zu bezahlen, entstehe ein Verlust, wenn die Rückliefervergütung den Marktpreis übersteigt. Des Weiteren könnten maximal die spezifischen Gestehungskosten des Rücklieferers vergütet und vollumfänglich in den Grundversorgungstarif eingerechnet werden. Jedoch gäbe es hier keinen Bezug zu den Gestehungskosten des Produktionsportfolios des Netzbetreibers, nach deren sich die Rückliefervergütung gemäss Artikel 12 Absatz 1 EnV jedoch bemessen würden (act. 8). Der Vollständigkeit halber führte die Gesuchsgegnerin zusätzlich aus, dass bei der Eintarifierung ebenfalls die Kosten des entsprechenden Herkunftsnachweises eingerechnet werden müssen (Art. 4 Abs. 3 StromVV). Möchte der Netzbetreiber den eingespeisten Strom aus erneuerbaren Energien in die Grundversorgung einkalkulieren, so müsse er ebenfalls den dazugehörigen Herkunftsnachweis einkaufen, obwohl eine solche Abnahmepflicht nicht besteht. Zudem sei der Verweis auf Artikel 6 Absatz 5^{bis} StromVG insoweit unbehilflich, als dass dieser keine Basis für eine dauerhafte Regelung darstelle, sondern lediglich als Übergangslösung während der Phase der Marktpremie eine prioritäre Berücksichtigung einheimischer erneuerbarer Energie vorsehe (act. 16).
- 29 Nach der Auffassung der Gesuchsgegnerin liess sich der Gesetzgeber schon in der Botschaft betreffend den Bundesbeschluss über sparsame und rationelle Energieverwendung (Energiegesetzbeschluss vom 21. Dezember 1988) von den vorangegangenen Argumenten leiten. Dies komme insbesondere auf S. 514 durch folgende Aussage zum Ausdruck: *«Die Abnahmeverpflichtung könnte zu einem Konflikt führen, wenn im Versorgungsnetz Überkapazitäten bestehen und zusätzliche Einspeisungen erfolgen. Die Lösung ist, dass unter diesen Umständen nur die vermiedenen variablen Kosten entschädigt werden»*. Ebenso habe der Gesetzgeber damals nach einer Ausgestaltung der Abnahme- und Vergütungspflicht gesucht, welche dem Netzbetreiber weder finanzielle Vor- noch Nachteile bringe. Es sei explizit keine Subventionierung der erneuerbaren Energie, statt durch das Gemeinwesen, durch die Elektrizitätswirtschaft gewollt. Anhand der jeweils anwendbaren Gesetzesbestimmungen sei ersichtlich, dass der Gesetzgeber seither nicht mehr von diesen Grundsätzen abgewichen sei (act.16).

- 30 Die Gesuchsgegnerin führt weiter aus, es sei zwischen dem neuen Einspeisevergütungssystem (EVS) und der Abnahme- und Vergütungspflicht zu differenzieren. Ersteres sei als Fördersystem erschaffen worden und im Vergleich zur bisherigen kostendendeckenden Einspeisevergütung (KEV) marktnäher ausgestaltet. Die Betreiber von grösseren Anlagen hätten den produzierten Strom selber am Markt zu verkaufen. Für kleinere Produzenten bestehe die Möglichkeit, ihre produzierte Energie in die Bilanzgruppe einzuspeisen, wofür die Bilanzgruppe für erneuerbare Energien der Vollzugsstelle und diese wiederum den Produzenten den Referenz-Marktpreis vergüte. Bei kleineren Anlagen, die vor dem 31. Dezember 2017 an das Elektrizitätsnetz angeschlossen wurden, erfolge die Einspeisung in das Netz des Netzbetreibers, welcher der Vollzugsstelle und diese wiederum dem Produzenten den Referenz-Marktpreis vergüte. Wenn sich eine kleinere Anlage (Leistung bis 3 MW oder jährliche Produktion von höchstens 5000 MWh) nicht für eine Einspeisevergütung qualifiziere, dann habe sie das Recht, dass der eingespeiste Strom zu den in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG aufgeführten Konditionen vergütet werde. Folglich sei die Abnahme- und Vergütungspflicht subsidiär zur Teilnahme am EVS und somit, im Gegensatz zum EVS als Förderinstrument, ein Schutzinstrument mit dem Ziel, den kleineren Produzenten eine Hilfestellung bei der Vermarktung ihrer Energie zu bieten (act. 8).
- 31 Anhand der Materialien sei gemäss der Gesuchsgegnerin ersichtlich, dass weder das alte noch das neue Gesetz eine Subventionierung bzw. Förderung der Einspeiser bezwecke. Bei den momentanen Marktbedingungen käme eine Vergütung der Gestehungskosten jedoch einer solchen Subvention gleich. Eine solche Subventionierung bedürfe einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn. In verschiedenen Voten werde klargestellt, dass die Grundsätze des Vergütungssystems nach Artikel 7 aEnG beibehalten resp. näher an den Markt geführt werden solle. In der parlamentarischen Diskussion habe Einigkeit darüber bestanden, dass den Produzenten eine angemessene Vergütung bezahlt werden solle. In den Materialien sei ebenfalls die Meinungsverschiedenheit erkennbar, was als angemessene Vergütung angesehen wurde. Das Votum für eine Vergütung orientiert an den Gestehungskosten sei nicht mehrheitsfähig gewesen. Dies käme wohl daher, dass eine solche Regelung zu einer Vermischung der Ziele der Abnahme- und Vergütungspflicht mit den Förderungszielen für erneuerbare Energien bewirken würde. Im Ergebnis sei eine Einigung dazu erfolgt, wonach der Netzbetreiber (immerhin) das zu vergüten habe, was er ansonsten für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität bei Dritten hätte bezahlen müssen. Somit sei eine Lösung mit angemessenem Schutz für die schwächere Verhandlungsposition der kleinen Produzenten, aber mit minimalem Eingriff in die Vertragsfreiheit gefunden worden (act. 8).
- 32 Des Weiteren bringt die Gesuchsgegnerin vor, der Wortlaut von Artikel 12 Absatz 1 EnV gehe über den Sinn und Zweck von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG hinaus. Bereits der Gesetzeswortlaut stelle dies klar. Einerseits sei im Wortlaut von «Beschaffen» die Rede, womit nur der Bezug von Elektrizität bei Dritten gemeint sei. Ebenso weise die festgelegte Entschädigung nach den vermiedenen Kosten darauf hin, da im schweizerischen Kontext Kraftwerke kaum variable, sondern mehrheitlich fixe Kosten hätten (insb. Kapitalkosten und Wasserzinsen), welche durch Herunterfahren der Produktionsmenge nicht gesenkt würden. Bei einer Abnahme der Einspeisung können demnach kaum Produktionskosten, dafür aber Beschaffungskosten vermieden werden. Da die Berücksichtigung der Gestehungskosten sich nicht im Gesetz findet, dehne die Verordnung den gesetzlich definierten Rahmen der Rückliefervergütung aus. Das EnG enthalte jedoch keine entsprechende Delegationsnorm im Sinne von Artikel 164 Absatz 2 BV, welche den Ordnungsgeber dazu ermächtigen würde, eine gesetzesvertretende Regelung zu erlassen. Entsprechend sei die Berücksichtigung der Gestehungskosten bei der Bemessung der Vergütungshöhe gemäss Artikel 12 Absatz 1 EnV gesetzeswidrig (act. 8).
- 33 Hinsichtlich des Zusammenspiels von Eigentümerstruktur und Produktions- und Bezugsfaktoren innerhalb eines Konzerns (vgl. Verfügung der ECom 221-00288 vom 17. August 2017, Rz. 50) teilen die Gesuchsgegnerin und die Gesuchstellerin dasselbe Verständnis (act. 1 und 8). Gemäss Gesuchsgegnerin verkenne die Gesuchstellerin die besondere Lage innerhalb der [...], welche nach wie vor über mehr als genügend Eigenproduktion verfüge und deshalb nicht auf den

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

4. Antrag auf Stellungnahme BFE

- 34 Obwohl sich der Gesetzeswortlaut bei der letzten Revision im Jahre 2018 etwas verändert hatte, bringen sowohl Gesuchsgegnerin als auch Gesuchstellerin vor, dass es stets in der Absicht des Gesetzgebers war, die bisherige Praxis weiterzuführen (act. 1, 8, 12 und 16). Hierbei haben die Parteien eine unterschiedliche Auffassung, was als bisherige Praxis angesehen wurde. Als Argumentationsgrundlage wird von beiden Seiten die Entstehungsgeschichte der neuen Bestimmung verwendet.
- 35 Die Gesuchsgegnerin bringt vor, die parlamentarische Diskussion bringe klar zum Ausdruck, dass kein Systemwechsel angestrebt wurde. Daher habe der Netzbetreiber lediglich das zu vergüten, was er ansonsten für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität bei einem Dritten hätte aufwenden müssen. Nur ein Votant habe die Berücksichtigung der Gestehungskosten befürwortet. Da diese Meinung ohne Gefolgschaft geblieben sei, entspreche sie nicht dem Willen des Gesetzgebers (act. 8 und 16).
- 36 Dagegen argumentiert die Gesuchstellerin, der Grund, warum die Berücksichtigung der Gestehungskosten nicht vermehrt im Parlament diskutiert worden sei, läge darin, dass nach der bisherigen Praxis die Bemessung der Rückliefervergütung entsprechend der Vollzugshilfe des Bundesamts für Energie (BFE) die Gestehungskosten berücksichtige habe. Erst durch die Verfügung 220-00007 der ElCom vom 19. April 2016 sei die Vollzugshilfe des BFE als gesetzeswidrig erklärt und klargestellt worden, dass lediglich die Bezugskosten für Graustrom auf dem Markt zu vergüten seien. Vor Erlass der Verfügung, somit auch während den parlamentarischen Diskussionen, habe die allgemeine Praxis dem Vorgehen gemäss Vollzugshilfe entsprochen. Durch eine Stellungnahme des BFE würde diese Tatsache verifiziert werden (act.1 und 12).
- 37 Gemäss Artikel 62 Absatz 3 EnG entscheidet die ElCom bei Streitfällen nach Artikel 15 EnG. Somit liegt die Kompetenz zur (historischen) Gesetzesauslegung und mithin die Beurteilung, von welcher bisherigen Praxis der Gesetzgeber ausgegangen ist, ausschliesslich bei der ElCom. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Stellungnahme des BFE wird abgewiesen.

5. Vergütung basierend auf Gestehungskosten

5.1. Rechtliche Grundlage

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

- 40 Nicht streitig ist vorliegend, dass das Kleinwasserkraftwerk [...] erneuerbare Energien produziert (siehe auch Art. 4 Abs. 1 Bst. c StromVG, wonach zu den erneuerbaren Energien Wasserkraft, Sonnenenergie, Geothermie, Umgebungswärme, Windenergie und Energie aus Biomasse und aus Abfällen aus Biomasse gehören) und die Gesuchsgegnerin eine Abnahmepflicht trifft. Vorliegend ist hingegen streitig, ob die Berücksichtigung der Gestehungskosten vom Gesetzgeber vorgesehen ist oder nicht. Zur Beurteilung wird im Nachfolgenden Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG ausgelegt. Anhand der Gesetzesauslegung kann im Anschluss über die Gesetzmässigkeit von Artikel 12 Absatz 1 EnV entschieden werden.

5.2. Auslegung Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG

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

5.2.1. Grammatikalische Auslegung

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

équivalente» zu «la rétribution correspond aux coûts que le gestionnaire de réseau aurait eu pour acquérir une énergie équivalente» (www.parlament.ch > Geschäfte > Suche nach 13.074 > Ratsunterlagen > Fahne 2016 III N, S. 6 [abgerufen am 5. Mai 2021]). Trotz der Anpassung bleibt die Kernaussage dieselbe.

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

5.2.2. Systematische Auslegung

- 48 Die Abnahme- und Vergütungspflicht gemäss Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG ist systematisch im 3. Kapitel «Einspeisung netzgebundener Energie und Eigenverbrauch» des EnG eingeordnet. Wie Nationalrat Eric Nussbaumer zusammenfasste, geht es hier «um die Rahmenbedingungen für Investitionen in dezentrale Stromerzeugungsanlagen und dabei insbesondere um Anlagen, die erneuerbare Energien nutzen» (AB 2014 N 2067).
- 49 Im Vergleich zum Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (aEnG) wurde die Gesetzssystematik verändert. Im aEnG wurde die Abnahme- und Vergütungspflicht mit der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) gemeinsam in einem Kapitel unter dem Titel «Energieversorgung» behandelt. Die KEV ist durch das «Einspeisevergütungssystem» ersetzt worden und findet sich im 4. Kapitel. In der Detailberatung der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats (UREK-N) findet sich ein Hinweis darauf, dass die systematische Abtrennung ebenfalls die Trennung der beiden Bereiche signalisiert. Diese Vorgehensweise sei markt-orientierter, da man sich entweder im Bereich der KEV (heute «Einspeisevergütungssystem») oder im Bereich der Abnahmepflicht befinde (Protokoll UREK-N vom 31. März – 1. April 2014,

S. 30, ähnlich Ständerat Ivo Bischofberger, AB 2015 S 946). Während die Mehrkostenvergütung der erneuerbaren Energien als vorübergehende Unterstützung gedacht ist, soll die Rückliefervergütung langfristigen Bestand haben (Protokoll UREK-N vom 31. März – 1. April 2014, S. 28).

- 50 Die Gesuchstellerin verweist auf die unterschiedliche Wortwahl in den Regelungen in Artikel 15 Absatz 3 Buchstaben a – c EnG: Buchstabe a spricht von «Beschaffen», Buchstabe b referenziert ausdrücklich auf den Marktpreis im Zeitpunkt der Einspeisung und Buchstabe c auf den Preis beim Kauf von Biogas bei Dritten (act. 1). Die Botschaft des Bundesrates zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013 (Bundesblatt [BBl] 2013 7561 ff.) führt zur Differenz in den Regelungen in Artikel 15 Absatz 3 Buchstaben b – c EnG (damals war der heutige Artikel 15 EnG noch als Artikel 17 vorgesehen) Folgendes aus (BBl 2013 7561, 7669 f.): Gemäss Buchstabe b bemisst sich die Vergütung für Elektrizität aus fossil und teilweise fossil befeuerten WKK-Anlagen nach den Preisen am Spotmarkt. Massgebender Gedanke dahinter ist die vorhandene Möglichkeit der Produktionssteuerung dieser Anlagen. Entsprechend können sie auf Bedarfs- und Preisschwankungen zu ihren Gunsten reagieren. Dadurch wird gewährleistet, dass diese Anlagen dann produzieren und einspeisen, wenn es für sie aufgrund der Brennstoffkosten sowie der Vergütung rentabel ist. Da für Biogas kein vergleichbarer liquider Markt besteht, kann im Streitfall nicht auf einen Marktpreis zurückgegriffen werden. Deshalb legt Buchstabe c zur Ermittlung des Preises im Einzelfall als Referenz den Kaufpreis fest, welcher der Netzbetreiber für den Kauf von Biogas zu bezahlen hätte, würde er solches bei einem Dritten beziehen (vgl. BBl 2013 7561, 7669 f.). Bei Buchstabe a hat sich der Gesetzgeber gegen das Modell des Bundesrates entschieden. Somit hilft die Botschaft des Bundesrats für die Erklärung des sprachlichen Unterschiedes zu Buchstabe b und c nicht weiter. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin ist die unterschiedliche Formulierung von Buchstabe a bis c kein eindeutiger Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber die Gestehungskosten berücksichtigen wollte.
- 51 Die systematische Auslegung gibt keinen Aufschluss darüber, ob bei der Bemessung der Rückliefervergütung gemäss Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG die Gestehungskosten zu berücksichtigen sind oder nicht.

5.2.3. Historische Auslegung

- 52 Die Abnahme- und Vergütungspflicht in Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG (in der Botschaft noch als Art. 17 E-EnG) wurde von den eidgenössischen Räten kontrovers diskutiert. Einigkeit bestand darüber, dass diese Bestimmung der vergleichsweise schwächeren Position des Produzenten mit verhältnismässig geringer Produktion als eine Art «sicheren Hafen» Schutz bieten soll. Die Produzenten sollen für ihre Energie, die sie veräussern möchten, in jedem Fall einen Abnehmer haben, der ihnen einen angemessenen Preis bezahlt. Diskutiert wurde insbesondere, wie dieser Preis, welcher ein Netzbetreiber dem dezentralen Produzenten bezahlen muss, sofern letzterer seinen Strom nicht zu einem höheren Preis auf dem Markt veräussern kann, zu bemessen ist (Nationalrat Stefan Müller-Altermatt, AB 2016 N 71). Insgesamt standen drei Varianten zur Diskussion; ein Modell des Bundesrates, eines des Nationalrates und eine Kompromissvariante der UREK-S. Für ein besseres Verständnis des Hintergrundes von Artikel 15 EnG werden bei der Auslegung die Protokolle über die Detailberatungen der UREK-N und UREK-S beigezogen, womit dem Antrag der Gesuchstellerin entsprochen wird (vgl. oben Rz. 6).
- 53 Das Modell des Bundesrates sah in seinem Entwurf für den Artikel 17 E-EnG folgendes vor: *«Können sich Netzbetreiber und Produzent über die Vergütung nicht einigen, so gilt für diese Folgendes: a. Bei Elektrizität aus erneuerbaren Energien orientiert sie sich an den Preisen am Terminmarkt und trägt neben Angebot und Nachfrage auch den Eigenschaften der einzelnen Produktionsarten angemessene Rechnung; die Vergütungshöhe wird, in der Regel differenziert nach Lieferzeiträumen, jeweils für ein Jahr festgelegt und ist dem Produzenten rechtzeitig im Voraus bekanntzugeben»* (BBl 2013 7757). Gemäss dem Protokoll der UREK-N vom 5. –

6. Oktober 2015 wird im Modell des Bundesrates von einem funktionierenden Markt ausgegangen. Damit der Markt spielen kann, wird die Garantieleistung eher tief angesetzt (S. 17). Damit werde die Abnahme- und Vergütungspflicht möglichst nahe an den Markt geführt und dennoch komme man den dezentralen Einspeisern etwas entgegen (Protokoll UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015, S. 17). Es resultiere jedenfalls kein Hindernis für eine Marktöffnung (Protokoll UREK-S vom 30. März – 1. April 2015, S. 77).

- 54 In der UREK-N wurde die bisherigen Debatten zum Modell des Bundesrates wie folgt zusammengefasst: Kauft ein Netzbetreiber viel Energie nicht auf dem Markt, sondern direkt von grossen Drittlieferanten ein und bezahlt dafür mehr als auf dem Markt, wäre es unfair, wenn er den dezentralen Produzenten nur den Marktpreis vergüten würde. Ebenso könnte den Netzbetreibern unter Umständen eine hohe Marge entstehen, wenn dem dezentralen Produzenten für die eingespeiste Energie lediglich der Terminmarktpreis bezahlt und nachfolgend aber zu höherem Preis an die Endkunden weitergegeben wird. Dieses Ungleichgewicht gelte es zu vermeiden (Protokoll UREK-S vom 30. März – 1. April 2015, S. 81). Das Modell des Bundesrates wurde insbesondere abgelehnt, weil die Vergütungshöhe zu niedrig sei (Martin Bäumle, AB 2016 N 65; Roger Nordmann, AB 2016 N 72; Eric Nussbaumer, AB 2016 N 1234).
- 55 Der Nationalrat schlug in seiner Variante vor, dass sich die Rückliefervergütung am Endkundenpreis orientiert. Der Bundesrat hätte hiernach die Aufgabe erhalten, den Preis ein Jahr im Voraus festzulegen (vgl. www.parlament.ch > Geschäfte > Suche nach 13.074 > Ratsunterlagen > Fahne 2016 III N, S. 5 [aufgerufen am 5. Mai 2021]). Aufgrund der Ämterkonsultation und des Bundesratsentscheids hätte der Prozess für die Festlegung der Rückliefervergütung jedenfalls bereits zwei Jahre vorher einsetzen müssen. Im Parlament wurde dazu vorgebracht, dass diese Variante insgesamt einen hohen bürokratischen Aufwand schaffe, die Rechte der Elektrizitätsversorgungsunternehmen übermässig stark beschneide und aus Sicht der Mehrheit der Kommission nicht vereinbar mit einem geöffneten Strommarkt wäre (Ivo Bischofberger, AB 2015 S 946). Gemäss den Detailberatungsprotokollen lägen Vorteile dieses Systems darin, dass es einen weniger offenen Spielraum biete und für alle Seiten der fairste Richtpreis wäre (Protokoll UREK-N vom 31. März – 1. April 2014, S. 29). Zudem könnten gewisse Marktschwankungen abgedeckt werden, da der Endkundenpreis im Vergleich zum Börsenpreis stabiler sei (Protokoll UREK-N vom 30. März – 1. April 2015, S. 30). Ein anderer Referent führte aus, dass mit der Variante des Nationalrates die Abnahmegarantie und Förderung verheiratet würden, wodurch die Kosten der Vergütung im Endeffekt auf den gebundenen Endkunden verschoben werden. Ein solches System vertrage sich schlecht mit dem nach Stromversorgungsgesetz angelegten Energiemarkt und sei nicht zukunftsfruchtig (Protokoll UREK-S vom 30. März – 1. April 2015, S. 76). Bei staatlich festgelegten Preisen sei zudem zu beachten, dass sie nicht nur auf sehr langen Vorläufen basieren, sondern ebenfalls die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen würden (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) (Protokoll UREK-S vom 30. März – 1. April 2015, S. 77). Das Parlament hat sich in der Folge gegen die Variante des Nationalrates entschieden (AB 2015 S 945, AB 2016 N 74 und AB 2016 S 276).
- 56 Die Kommission des Ständerats (UREK-S) präsentierte im Laufe der Diskussion den Kompromissvorschlag, der heute Eingang ins Gesetz gefunden hat. Nationalrat Stefan Müller-Altermatt führt dazu aus (AB 2016 N 71): *«Der Ständerat hat als – wie die Kommission nach langer Debatte dann befand – fairen Kompromiss vorgeschlagen, dass die Netzbetreiber denjenigen Preis zu bezahlen haben, den sie aktuell durchschnittlich hätten, wenn sie sonst wo gleichwertige Elektrizität beziehen würden. Der Preis richte sich also nach den vermiedenen Kosten – so ist es geschrieben.»*
- 57 Gemäss Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (aEnG; SR 730) richtete sich die Rückliefervergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie (Art. 7 Abs. 2 aEnG). Artikel 2b der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV; SR 730.01) präziserte dazu, dass sich die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie richtet. Der heutige Wortlaut von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG ist in weiten Teilen identisch mit dem früheren Artikel 2b aEnV.

In der Verfügung der ElCom 220-00007 vom 19. April 2016 ist die ElCom zum Schluss gekommen, dass nach der Energiegesetzgebung von 1998 der massgebliche Bezugspreis nach Marktmechanismen gebildet wurde und damit eine Berücksichtigung der eigenen Gestehungskosten des Netzbetreibers ausgeschlossen hat (Verfügung der ElCom 220-00007, Rz. 72). Die Differenz zwischen Artikel 2b aEnV und Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG liegt in den beiden Begriffen «marktorientierte Bezugspreise». Gemäss Detailberatung der UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015 (S. 16) fehlt die Ergänzung «am Markt», da es bei den vermiedenen Gestehungskosten eben gerade nicht um den Marktpreis gehe. Wollte man eine Orientierung am Marktpreis, dann solle man besser bei der Variante des Bundesrates bleiben. Folglich war die Streichung des Zusatzes «marktorientierter Bezugspreis» ein bewusster Entscheid und Hinweis darauf, dass die vermiedenen Beschaffungskosten auch die Gestehungskosten berücksichtigen, zumal diese vom Referenten ausdrücklich genannt worden sind. Die Ausführungen blieben ohne Widerspruch stehen.

- 58 Zur bisherigen Praxis führte Bundesrätin Doris Leuthard Folgendes aus: *«Die Fassung des Ständerates zu Absatz 3 stellt im Lichte der ganzen Entwicklung des Artikels unseres Erachtens einen gangbaren Kompromiss zwischen dem ursprünglich vom Nationalrat geforderten staatlich festgelegten Abnahmepreis und dem marktorientierten Modell des Bundesrates dar. Dieser Kompromiss orientiert sich am Status quo gemäss Energieverordnung und damit eben auch am Beschaffungsportfolio und an den Beschaffungskosten der Netzbetreiber»* (AB 2016 N 70). Zu einem späteren Zeitpunkt weist die Bundesrätin erneut darauf hin, dass der revidierte Artikel 15 EnG dem bisherigen Artikel 7 aEnG entspricht (AB 2016 N 1238). In den Detailberatungen der UREK-S vom 30. März – 1. April 2015 (S. 76) wird ausgeführt, dass der Vorschlag des Bundesrats im Wesentlichen das Konzept des geltenden Rechts aufnehme. Schon heute bestünde eine minimale Abnahmegarantie für kleine Produzenten, die sich aber doch in etwas am Markt orientiere (Art. 7b aEnG). Zu einem späteren Zeitpunkt wurde ausgeführt, dass mit dem Kompromissvorschlag der UREK-S die damals bestehende Regelung (Art. 2b aEnV) auf Gesetzesstufe gehoben werde (S. 80). Anzumerken ist, dass den Kommissionsmitgliedern der hängige Rechtsstreit bei der ElCom bezüglich der Auslegung von Artikel 7 aEnG bekannt war (Protokoll UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015, S.17), dies entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin. Mit Blick auf die angeführten Voten ist ersichtlich, dass der heutige Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG an Artikel 7 aEnG anknüpft. Eine klare Absicht des Gesetzgebers, die bisherige Praxis unverändert weiterführen zu wollen, ist allerdings nicht ersichtlich.
- 59 Ständerat Didier Berberat kritisierte den unbestimmten Begriff der «vermiedenen Kosten» wie folgt: *«[...] alors que l'alinéa 3 placerait les exploitants de réseau dans une incertitude juridique en raison d'une formulation fort peu claire. [...] La commission veut remplacer cette réglementation claire, compréhensible et équitable par la formulation suivante, peu claire: "la rétribution se définit selon les économies de coûts du gestionnaire de réseau par rapport à l'acquisition d'une énergie équivalente." Cela conduirait inévitablement, à mes yeux, à une insécurité juridique, car rien ne définit le montant des coûts d'acquisition d'une énergie équivalente»* (AB 2015 S 946). In den Detailberatungen der Kommissionen wurde ebenfalls vereinzelt auf den auslegungsbedürftigen Wortlaut hingewiesen (Protokoll UREK-S vom 30. März – 1. April 2015, S. 91 f.). Nationalrat Albert Rösti vertritt die Ansicht, dass das Opportunitätskostenprinzip der UREK-S zwar ökonomisch richtig sein mag, jedoch ein sehr theoretisches Konzept sei. Bereits der Einfachheit zu Liebe solle man daher auf den Marktpreis abstellen (AB 2016 N 68).
- 60 Gemäss dem Protokoll der UREK-S vom 30. März – 1. April 2015 verstehe die Kompromissvariante des Ständerates unter den vermiedenen Beschaffungskosten den Einkaufspreis, wenn der Strom bei Dritten bezogen würde. In solchen Fällen komme es darauf an, welches Bezugsprofil der Netzbetreiber habe. Im Ergebnis werde berücksichtigt, ob und wie viel er auf dem Markt einkauft oder ob er Abnahmeverträge hat. Werde beispielsweise ein Abnahmepreis zu Produktionskosten von Produzenten, an welchen die Netzbetreiber beteiligt sind, vereinbart, so wäre dem dezentralen Produzenten derselbe Preis zu bezahlen, unbeachtlich, wie hoch der Preis auf dem Markt wäre. In der heutigen Situation sei anzunehmen, dass die

Preise etwas höher liegen als am Terminmarkt, das könne sich in Zukunft aber verändern. Resultat sei unter Umständen eine Mischrechnung aus Marktpreisen und den Preisen, die in Abnahmeverträgen vereinbart wurden. Die Preise bei den Abnahmeverträgen seien regelmässig höher als der Marktpreis, da der Netzbetreiber die Gestehungskosten weitergeben könne. Ziel sei es, dass der Einspeiser nicht nachteilig behandelt wird, sondern mindestens gleichbehandelt würde, wie wenn der Netzbetreiber anderswo gleichwertige Energie einkaufe. Ein solches Vorgehen entspreche in etwa dem bisherigen Recht (Protokoll UREK-S vom 30. März – 1. April 2015, S. 80 f. und 92).

- 61 Im Protokoll der UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015 finden sich Ausführungen, wonach mit den vermiedenen Kosten auf die vermiedenen Gestehungskosten abgestellt würde. Die Idee dahinter sei, dass der abgenommene Teil der Elektrizität entsprechend bezahlt werden soll, weil er nicht selbst produziert wird (Protokoll UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015, S. 14). Es sollen die Kosten vergütet werden, die ohnehin anfallen würden. Diese entsprächen nicht den Börsenmarktpreisen (Protokoll UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015, S.15). Nationalrat Roger Nordmann erklärte schliesslich (AB 2016 N 72): *«Il serait fastidieux de vous expliquer tout le détail des corrections apportées par le Conseil des Etats; je vais dès lors vous présenter la plus importante de celles-ci. A l'article 17 alinéa 3, le Conseil des Etats a prévu que le distributeur électrique qui reprend de l'électricité auprès d'un producteur décentralisé – hors du système de rétribution à prix coûtant du courant injecté – doit payer le même prix que celui auquel il se procure le courant vendu à ses clients finaux. Concrètement, si un distributeur, dans une commune donnée, vend son électricité au consommateur final captif neuf centimes – hors timbre et taxes –, cela signifie qu'il a acheté ou produit cette énergie pour 7 ou 8 centimes. Il doit alors payer le même prix à un producteur décentralisé.»* Diese Voten sprechen dafür, dass sowohl die Einkaufskosten als auch die Gestehungskosten zu berücksichtigen sind.
- 62 RECHSTEINER/BENZ (a.a.O., Rz. 44) vertreten die Ansicht, dass sich die Rückliefervergütung gemäss dem Votum von Roger Nordmann am Endkundenpreis orientiere. Es sei unklar, ob es sich um ein blosses Missverständnis oder um eine tatsächlich abweichende Meinung handle. Insgesamt sei das Votum ohne Gefolgschaft geblieben, weshalb die Meinung bei der Gesetzesauslegung keinen Einfluss habe. Denn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei eine parlamentarische Meinung, die im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden hat, für die Auslegung nicht von Relevanz. Entgegen dieser Auffassung ist anzuführen, dass sich die Ausführung von Roger Nordmann ausdrücklich auf das gewählte Kompromissmodell des Ständerats bezieht. Er spricht somit nicht erneut vom Modell des Nationalrates, welches sich am Endkundenpreis orientiert hätte, sondern vom Preis, zu welchem der Verteilnetzbetreiber Strom beschafft («procurer»), welchen er seinen Endkunden verkauft. Nationalrat Roger Nordmann erwähnt neben dem Kauf ausdrücklich die Produktion («achète ou produit»).
- 63 Der von den Gutachtern zitierte Bundesgerichtsentscheid BGE 136 I 297 führt in Erwägung 4.1 zur Berücksichtigung von Materialien bei einer Gesetzesauslegung folgendes aus: *«Die Vorarbeiten sind für die Gesetzesinterpretation weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; denn ein Gesetz entfaltet ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein, sobald es in Kraft getreten ist. Insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selber zum Ausdruck kommen. Das gilt selbst für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind. Als verbindlich für den Richter und die Richterin können nur die Normen selber gelten, die von der gesetzgebenden Behörde in der hierfür vorgesehenen Form erlassen worden sind. Das bedeutet nun nicht, dass die Gesetzesmaterialien methodisch unbeachtlich wären; sie können namentlich dann, wenn eine Bestimmung unklar ist oder verschiedene, einander widersprechende Auslegungen zulässt, ein wertvolles Hilfsmittel sein, um den Sinn der Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Wo die Materialien keine klare Antwort geben, sind sie als Auslegungshilfe nicht dienlich. Insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden. Hat dieser Wille jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend. Ist in der*

Gesetzesberatung insbesondere ein Antrag, das Gesetz sei im Sinne einer nunmehr vertretenen Auslegungsmöglichkeit zu ergänzen, ausdrücklich abgelehnt worden, dann darf diese Auslegungsmöglichkeit später nicht in Betracht gezogen werden.»

- 64 Der Begriff der Gestehungskosten wurde im Zusammenhang mit den vermiedenen Kosten für die Beschaffung während den Debatten immer wieder genannt. Demgegenüber wurde der Vorschlag des Bundesrates, dass sich die Rückliefervergütung an den Preisen des Terminmarktes orientiert, mit der Begründung abgelehnt, dass die Vergütung damit zu tief ausfalle (vgl. oben Rz. 54). Hingegen ist kein Votum ersichtlich, mit welchem sich ein Parlamentarier im Zusammenhang mit dem Modell der UREK-S und den vermiedenen Kosten gegen die Berücksichtigung der Gestehungskosten ausgesprochen hätte. Die Materialien dürfen vorliegend als Hilfsmittel für die Auslegung beigezogen werden, zumal der Wortlaut in verschiedenen Sprachen nicht identisch ist und auch die anderen Auslegungsmethoden nicht weiterhelfen. Würden die Materialien nicht berücksichtigt, bestünde die Gefahr einer falschen Auslegung. Ziel dieser Auslegung ist insbesondere, den Willen des Gesetzgebers zu eruieren. Bei jungen Gesetzen wird hierzu der historischen Auslegungsmethode ein besonderes Gewicht zugemessen (vgl. BGE 134 V 170, E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Erst dann kann beurteilt werden, ob der gesetzgeberische Wille Niederschlag im veränderten Gesetzeswortlaut gefunden hat.
- 65 Würden die Gestehungskosten bei der Bemessung der Rückliefervergütung berücksichtigt, resultiere gemäss Gesuchsgegnerin eine Ungleichbehandlung von Netzbetreibern mit resp. ohne eigene Energieproduktion (act. 8). Dieser Umstand des Kompromissvorschlags des Ständerats wurde von Werner Luginbühl dahingehend kritisiert, dass in der Folge möglicherweise gewisse Netzbetreiber in ihrem Gebiet den Ausbau von [eigenen] Anlagen für erneuerbare Energien nicht mehr unterstützten, sondern eher vermeiden möchten (AB 2015 S 947). In der Detailberatung der UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015 wurde die Ungleichbehandlung als nicht optimal beschrieben (Protokoll UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015, S. 16 f.). Da diese beiden Voten ohne weitere Diskussionen stengelassen wurden, ist erkennbar, dass entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin eine Ungleichbehandlung der unterschiedlich organisierten Netzbetreiber in Kauf genommen wurde. Zu einem früheren Zeitpunkt in derselben Detailberatung wurde zudem festgehalten, dass es bei der Entscheidung für eines der vorgeschlagenen Abnahme- und Vergütungssysteme letztlich um eine Interessenabwägung und Gewichtung gehe. Je nach Version werde entweder der Produzent oder der Netzbetreiber besser- oder schlechter gestellt (Protokoll UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015, S. 14). Es kann demnach nicht gefolgert werden, die Gestehungskosten dürften nicht berücksichtigt werden.
- 66 Die Gesuchsgegnerin bringt vor, die Abnahme- und Vergütungspflicht soll den Netzbetreiber weder wirtschaftlich besser noch schlechter stellen, d. h. wirtschaftlich neutral halten. Bereits in der Botschaft betreffend den Bundesbeschluss über eine sparsame und rationelle Energieverwendung (Energienutzungsbeschluss) vom 21. Dezember 1988 (BBI 1988 I, 514) sei folgendes festgehalten: *«Die Abnahmeverpflichtung könnte zu einem Konflikt führen, wenn im Versorgungsnetz Überkapazitäten bestehen und zusätzliche Einspeisungen erfolgen. Die Lösung ist, dass unter diesen Umständen nur die vermiedenen variablen Kosten entschädigt werden»* (act. 8). Der Energienutzungsbeschluss bezieht sich auf eine Gesetzfassung, die nicht mehr in Kraft ist, weshalb er für die Auslegung des geltenden Rechts nicht mehr zu berücksichtigen ist. Zum geltenden Recht wurde im Ständerat Folgendes ausgeführt: *«Die Absicht des Bundesrates war ja, die Betreiber von kleineren Anlagen gegenüber anderen Marktteilnehmern nicht zu benachteiligen. Gleichzeitig war es – so zumindest nehme ich es wahr – auch Absicht des Bundesrates, den Netzbetreibern bzw. den Energielieferanten durch diese Regelungen keine zusätzlichen Risiken aufzuerlegen»* (Werner Luginbühl, AB 2015 S 947). Zu diesem Thema findet sich in der Detailberatung der UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015 (S. 15) ein Votum, dass der Netzbetreiber die Möglichkeit haben soll, durch den Wiederverkauf der abgenommenen Elektrizität eine kleine Marge zu erzielen. Der Netzbetreiber solle kein Geld verlieren, aber auch nicht übermässigen Gewinn erwirtschaften können. Zu einem späteren Zeitpunkt führt derselbe Referent weiter aus, die Rückliefervergütung habe sich nicht am Preis des Grosshandels zu orientieren, sondern am Preis, der fast den Beschaffungskosten des jeweiligen Netzbetreibers

entspreche. Gemeint sei damit der Strompreis beim Produzenten abzüglich einer Handelsmarge. Denn es sei nicht Sinn der Sache, dass dezentrale Einspeiser die Bilanz der Netzbetreiber aufbessern. Nach Ansicht des Referenten wäre die marktorientierte Version des Bundesrates ein gangbarer Weg, dennoch halte er den Kompromissvorschlag des Ständerats für absolut notwendig. Insgesamt gehe es darum, den dezentralen Produzenten eine faire Mindestvergütung auf Basis der vermiedenen Kosten garantieren zu können (Protokoll UREK-N vom 5. – 6. Oktober 2015, S. 17 f.). Indem sich die Rückliefervergütung ebenfalls an den Gestehungskosten orientiert, soll wie erwähnt verhindert werden, dass der Netzbetreiber übermässig Gewinn erwirtschaftet. Dies trägt zur «wirtschaftlichen Neutralität» bei.

- 67 Martin Bäumle führt hierzu aus: *«Dass die Netzbetreiber an dieser Regelung keine Freude haben, ist klar: Sie müssen die Kosten im Moment übernehmen. Solange wir keinen Markt, die Netzbetreiber aber an sie gebundene Kunden haben, können sie diese Kosten jedoch problemlos weitergeben. Sollte die Menge an Strom aus diesen kleinen Anlagen grösser werden und sollte die Strommarktliberalisierung kommen, so müssten wir dort eine Lösung finden, zum Beispiel mit Anrechnung an das Netzentgelt»* (AB 2016 N 65). Artikel 6 Absatz 5^{bis} StromVG erlaubt dem Netzbetreiber bei der Belieferung von festen Endverbrauchern mit Elektrizität aus erneuerbaren Energien, die Gestehungskosten dieser Elektrizität in den Tarif einzurechnen. Zudem entfällt hiernach die Pflicht der Netzbetreiber, Preisvorteile aufgrund ihres freien Markzugangs anteilmässig auf die festen Endverbraucher weiterzugeben (Art. 6 Abs. 5 StromVG). Der Bundesrat hat die ihm delegierte Kompetenz wahrgenommen und führt in Artikel 4 Absatz 3 StromVV eine Konkretisierung betreffend Produktionsanlagen i. S. v. Artikel 15 Absatz 2 EnG auf. Demnach rechnet der Netzbetreiber in Abweichung zum Gestehungskostenansatz (i. S. v. Art. 4 Abs. 2 StromVV) die Beschaffungskosten, einschliesslich der Kosten für Herkunftsnachweise, bis höchstens zum jeweils massgeblichen Vergütungsansatz gemäss den Anhängen 1.1-1.5 der Energieförderungsverordnung vom 1. November 2017 (EnFV; SR 730.03) ein. Kosten für Elektrizität aus Erzeugungsanlagen, die im Einspeisevergütungssystem sind, die von einer Mehrkostenfinanzierung oder von vergleichbaren kantonalen oder kommunalen Unterstützungen profitieren, dürfen nicht eingerechnet werden (Art. 4 Abs. 5 StromVV). Die Absatzmöglichkeit von Artikel 6 Absatz 5^{bis} StromVG ist bis Ende 2022 befristet (Art. 6 Abs. 5^{bis} StromVG i. V. m. Art. 30 und Art. 38 Abs. 2 EnG). Im Jahr 2019 wurde von Bastien Girod eine parlamentarische Initiative (Geschäftsnummer 19.443) unter anderem mit dem Begehren, die Befristung aufzuheben, eingereicht.

Einen Teil der Kosten kann der Netzbetreiber mit der Durchschnittspreismethode unbefristet in die Tarife einkalkulieren (Art. 6 Abs. 1, 4 und 5 StromVG, Art. 4 Abs. 1 StromVV, Weisung ECom 2/2018). Diese Möglichkeiten reduzieren die dem Netzbetreiber allfällig entstehenden zusätzlichen Risiken.

Die Gesuchsgegnerin argumentiert, dass die Möglichkeit von Artikel 6 Absatz 5^{bis} StromVG dem Netzbetreiber, je nachdem über wie viel Eigenproduktion er verfügt, keine respektive nur vorübergehende Entlastung bringe (vgl. oben Rz. 28). Es wurde, wie erwähnt, im Rahmen der Beratungen in der UREK-N festgehalten, dass es bei der Entscheidung für eines der vorgeschlagenen Abnahme- und Vergütungssysteme letztlich um eine Interessenabwägung und Gewichtung gehe. Je nach Version werde entweder der Produzent oder der Netzbetreiber besser- oder schlechter gestellt (vgl. oben Rz. 65). Aus der parlamentarischen Diskussion zum Artikel 6 Absatz 5^{bis} StromVG geht zudem hervor, dass diese Absatzmöglichkeit nicht aufgrund der Rückliefervergütung gemäss Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG eingeführt wurde. Der Zusammenhang zwischen Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG und Artikel 6 Absatz 5^{bis} StromVG wird dennoch als positiver Effekt beschrieben (Stefan Müller-Altermatt, AB 2017 N 2125).

- 68 Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber den bisherigen Wortlaut der Bestimmung zur Rückliefervergütung geändert hat. Hätte der Gesetzgeber die Regelung unter der Energiegesetzgebung von 1998 weiterführen wollen, hätte er die Bestimmung nicht ändern müssen. An mehreren Stellen in den Protokollen der UREK und des Nationalrates werden unter den vermiedenen Kosten für die Beschaffung auch die Gestehungskosten genannt. Dass die Gestehungskosten nicht berücksichtigt werden sollen, wurde hingegen nicht vorgebracht. Die Regelung, dass für die Ermittlung der Rückliefervergütung die Bezugskosten für Graustrom

auf dem Markt relevant sind, fand keinen Eingang in das revidierte Gesetz. Der bundesrätliche Vorschlag, dass sich die Rückliefervergütung an den Kosten am Terminmarkt orientieren soll, wurde explizit abgelehnt. Aus den Beratungen ist ersichtlich, dass eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Netzbetreiber, je nachdem, ob sie eine eigene Elektrizitätsproduktion haben oder nicht, in Kauf genommen wurde. Demnach spricht die historische Auslegung insgesamt dafür, dass die Gestehungskosten der eigenen Produktion bei der Festlegung der Rückliefervergütung berücksichtigt werden.

5.2.4. Teleologische Auslegung

- 69 Das EnG soll gemäss Artikel 1 Absatz 1 zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglicheren Energieversorgung beitragen. In Absatz 2 werden weitere Zwecke aufgeführt. Unter anderem wird der Übergang hin zu einer Energieversorgung, die stärker auf der Nutzung erneuerbarer Energien gründet, angestrebt. Weiter werden in Artikel 2 Absatz 1 und 2 EnG Richtwerte für den Ausbau der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien definiert.
- 70 Artikel 15 EnG bezweckt, wie schon seine Vorgängerbestimmung Artikel 7 aEnG, primär einen minimalen Ausgleich zwischen der regelmässig schwächeren Position von Produzenten mit verhältnismässig geringer Produktion gegenüber den Energieversorgungsunternehmen. Die fraglichen Produzenten sollen für die Elektrizität aus erneuerbaren Energien, die sie veräussern möchten, in jedem Fall einen Abnehmer haben, der ihnen einen angemessenen Preis bezahlt (BBl 2013 7561, S. 7667; ähnlich bereits Botschaft zum Energiegesetz (EnG) vom 21. August 1996, BBl 1996, S. 1093). Es brauche wirksame und einfache Rahmenbedingungen, damit alle Investoren für den produzierten Strom einen fairen Preis bekommen (Eric Nussbaumer, AB 2014 N 2067).
- 71 Die Abnahme- und Vergütungspflicht in Artikel 15 EnG stellt insoweit einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, als dass sie einerseits die Elektrizitätsversorgungsunternehmen dazu verpflichtet, die angebotene Energie einzukaufen und andererseits Vorgaben macht, nach welchen Grundsätzen eine angemessene Vergütung dafür bezahlt werden muss (MORGENBESSER, a.a.O., Rz. 21; RECHSTEINER/WALDNER, a.a.O., Art. 15 Rz. 8; RECHSTEINER/BENZ, a.a.O., Rz. 24). Die Bemessung nach Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG kommt nur subsidiär zur Anwendung: Ist keine Einigung zwischen Netzbetreiber und Produzent möglich, so sei eine Vergütung in der Höhe des Preises, den der Netzbetreiber einem anderen Lieferanten bezahlen würde, zu leisten (so auch Votum von Bundesrätin Doris Leuthard, AB 2016 N 70).
- 72 Die Gesuchsgegnerin weist darauf hin, dass eine Berücksichtigung der Gestehungskosten bei der Bemessung der Rückliefervergütung einer Subventionierung von erneuerbaren Energien durch die Netzbetreiber gleichkäme (vgl. oben Rz. 29 und 31; siehe auch RECHSTEINER/BENZ, a.a.O., Rz. 52 f.; MORGENBESSER, a.a.O., Rz. 33). Eine solche Gesetzesauslegung entspreche jedoch nicht dem gesetzgeberischen Willen. Die Botschaft zum erwähnten Energienutzungsbeschluss (BBl 1988 I, 513) hielt explizit fest: «*Die Grundsätze über Anschlussbedingungen für Eigenerzeuger bezwecken keine Subventionierung, [...].*» Eine von diesem Grundsatz abweichende Intention des Gesetzgebers habe sich seither nicht aus den jeweiligen Gesetzesbestimmungen ableiten lassen können (act. 8). Aufgrund der vielfältigen Subventionsverhältnisse finden sich in der Lehre kaum vollständig übereinstimmende Umschreibungen für die Subvention (SCHAERER BARBARA, Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht, Diss., Churz/Zürich 1992, S. 33). In Artikel 3 des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG; SR 616.1) werden Subventionen definiert als geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten. Hierbei zeichnet sich der geldwerte Vorteil dadurch aus, dass keine marktübliche Gegenleistung erbracht wird (SCHAERER, a.a.O., S. 39). Bei der Rückliefervergütung erhält ein Produzent für die von ihm freiwillig gewählte Stromproduktion aus erneuerbaren Energien eine Vergütung vom Netzbetreiber für den eingespeisten Strom. Durch die Berücksichtigung der Gestehungskosten ist in der momentanen Marktlage zwar zu erwarten, dass die Rückliefervergütung höher ausfallen

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

- 73 Der Eingriff in die Vertragsfreiheit und die subsidiäre Anwendung des Artikels 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG vermögen eine Berücksichtigung der Gestehungskosten bei der Bemessung der Rückliefervergütung nicht auszuschliessen. Werden die Gestehungskosten berücksichtigt, dürfte dies im gegenwärtigen Marktumfeld zu Produktionsanreizen führen und zur Erreichung der in Artikel 2 EnG genannten Richtwerte beitragen. Sollten die Marktpreise wieder steigen, verkehrt sich der Effekt jedoch ins Gegenteil. Die Rückliefervergütung wurde vom Gesetzgeber nicht als Subventionierungsinstrument verstanden und entsprechend nicht als solches eingeführt. Die teleologische Auslegung führt zu keinem eindeutigen Ergebnis, schliesst die Berücksichtigung der Gestehungskosten jedoch nicht aus.

5.2.5. Zeitgemässe Auslegung

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

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

- 76 Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG sieht keine Abnahmepflicht für den Herkunftsnachweis vor, wobei die eingespeiste Elektrizität ohne den Herkunftsnachweis als Graustrom gilt. Um im Rahmen von Artikel 6 Absatz 5^{bis} StromVG die Gestehungskosten der Elektrizität aus erneuerbaren Energien in den Grundversorgungstarif einzukalkulieren, muss, wie die Gesuchsgegnerin korrekt wiedergibt (vgl. oben Rz. 28), auch der entsprechende Herkunftsnachweis abgenommen und miteingerechnet werden (Art. 4 Abs. 3 StromVV). Entsprechend wird die Rückliefervergütung höher ausfallen. Es steht dem Netzbetreiber frei, den Herkunftsnachweis nicht zu erwerben und die eingespeiste Energie als Graustrom auf einem anderen Weg zu verkaufen.
- 77 Bezüglich zusätzlicher Risiken kann auf die vorstehenden Ausführungen verweisen werden (vgl. oben Rz. 65). Zudem kann gesagt werden, dass die Regelungen gemäss Artikel 6 StromVG und Artikel 4 StromVV keinen direkten Aufschluss über den Inhalt von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG geben, sondern dem Netzbetreiber primär ermöglicht, die Gestehungskosten von Elektrizität aus erneuerbaren Energien zumindest teilweise in den Tarifanteil für die Energielieferung einzukalkulieren. Ersteres beschlägt den Absatz, letzteres die Beschaffung von Elektrizität.
- 78 Die zeitgemässe Auslegung schliesst die Berücksichtigung der Gestehungskosten nicht aus.

5.2.6. Ergebnis der Auslegung

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

- 82 Ziel und Zweck des Energiegesetzes ist das Sicherstellen einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglicheren Energieversorgung. Der Grundgedanke der Abnahme- und Vergütungspflicht liegt darin, dass auch kleineren dezentralen Produzenten mit einer vergleichsweise schwächeren Marktposition ein angemessener Preis für ihre eingespeiste Elektrizität bezahlt wird. Zwar wird aufgrund der momentanen Marktsituation die Berücksichtigung der Gestehungskosten zu höheren Rückliefervergütungen führen, was einen positiven Effekt auf den Zubau von erneuerbaren Energien im Sinne der Energiestrategie 2050 hat. Ändert sich die Marktlage, könnte dies in Zukunft Auswirkungen auf die Rückliefervergütung zu Ungunsten der dezentralen Produzenten haben.
- 83 Hinsichtlich der Elektrizitätstarife existiert unter geltendem Recht keine am Marktpreis orientierte, fixe Obergrenze mehr. Im Gegenteil, Artikel 6 Absatz 5^{bis} StromVG erlaubt dem Netzbetreiber bei der Belieferung von festen Endverbrauchern mit Elektrizität aus erneuerbaren Energien, die Einrechnung dieser Gestehungskosten inklusive des Herkunftsnachweises in die Elektrizitätstarife. Zudem besteht unabhängig von dieser Befristung die Möglichkeit, gestützt auf Artikel 6 Absätze 1, 4 und 5 StromVG sowie Artikel 4 Absatz 1 StromVV einen Teil der Kosten in die Tarife einzukalkulieren. Diese Möglichkeiten reduzieren die dem Netzbetreiber allfällig entstehenden zusätzlichen Risiken. Die verbleibenden Risiken resultieren daraus, dass der Gesetzgeber die Produzenten besserstellen wollte. Anzufügen bleibt, dass Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG die Vergütungspflicht für die Beschaffung regelt, Artikel 6 StromVG und Artikel 4 StromVV hingegen Regelungen zu Elektrizitätstarifen und damit zur Absatzseite enthalten und keinen direkten Aufschluss über den Inhalt von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG geben. Die zeitgemässe Auslegung schliesst die Berücksichtigung der Gestehungskosten bei der Ermittlung der Rückliefervergütung nicht aus.
- 84 Zusammengefasst sind für die Bemessung der vermiedenen Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Energie im Sinne von Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe 1 EnG sowohl die Kosten für den Bezug von Elektrizität bei Dritten als auch die Gestehungskosten eigener Produktionsanlagen zu berücksichtigen. Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich aus dem konkretisierenden Artikel 12 EnV über den gesetzlichen Rahmen weitergehende Regelungen entnehmen lassen.

5.3. Gesetzmässigkeit von Artikel 12 Absatz 1 EnV

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

bildet; 2. Sie dürfen das Gesetz weder aufheben noch abändern; 3. Sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen, also ergänzen und spezifizieren; 4. Sie dürfen dem Bürger keine neuen, nicht schon aus dem Gesetz folgenden Pflichten auferlegen (WIEDERKEHR, a.a.O., Rz. 407; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 1860; vgl. Verfügung der ECom 232-0039 vom 13. August 2015, Rz. 29 ff.).

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

5.4. Berücksichtigen der vermiedenen Netzkosten

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

5.5. Produktion innerhalb des Konzerns

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

Netzbetreiber selber bereitgestellte Produktion (Verfügung der ElCom 221-00288 vom 17. August 2017, Rz. 50).

- 92 Folglich hat die Gesuchstellerin beim Festlegen ihrer Rückliefervergütung die Eigenproduktion ihrer Schwesterngesellschaften, welche sie mit der benötigten Elektrizität beliefert, zu berücksichtigen.
- 93 Die Gesuchstellerin stellt sich nicht erneut auf den Standpunkt, dass die Gesuchsgegnerin mit dem Energiebezug innerhalb des Unternehmens, in welches sie integriert ist, Kosten vermeiden kann, womit ihr Antrag gegenstandslos wird (vgl. oben Rz.5). Die Gesuchsgegnerin hat auch vor dem Hintergrund des Ergebnisses der Auslegung keine entsprechenden Unterlagen einzureichen.

6. Offenlegung Bemessung der Vergütung

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

Gesuchsgegnerin, welche direkte Rückschlüsse auf ihr Unternehmen zulässt. (Vgl. Teilverfügung der ECom 957-08-141 vom 15. April 2013, Rz. 53 f.). Folglich ist ebenfalls ein objektives Geheimhaltungsinteresse vorhanden.

- 98 Gemäss der vorangegangenen Gesetzesauslegung sind die Gestehungskosten der eigenen Produktion bei der Ermittlung der Rückliefervergütung zu berücksichtigen. Entsprechend hat die Gesuchsgegnerin die Vergütung für die von der Gesuchstellerin eingespeiste Elektrizität nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung neu zu berechnen. Damit die Gesuchstellerin die neue, gesetzeskonforme Bemessung nachvollziehen kann, hat die Gesuchsgegnerin ihr die Herleitung der Rückliefervergütung möglichst transparent und nachvollziehbar aufzuzeigen. Dazu hat die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin Einsicht in die entsprechenden Unterlagen zu gewähren. Die Gesuchsgegnerin darf dabei die Geschäftsgeheimnisse schwärzen. Wo möglich, sind Geschäftsgeheimnisse zu umschreiben, zusammenzufassen oder als Bandbreite anzugeben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Mai 2012, A-3103/2011, E. 7.3.3).

7. Gebühren und Parteientschädigung

- 99 Die ECom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 100 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: 5 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 230 Franken pro Stunde (ausmachend 1150 Franken), 7 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend 1400 Franken) und 95 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend 17'100 Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von 19'650 Franken.
- 101 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe KÖLZ ALFRED/ HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3).
- 102 Die vorliegende Verfügung wird auf Gesuch der Gesuchstellerin hin erlassen. Anlass für die vorliegende Verfügung hat jedoch auch die Gesuchsgegnerin gegeben, indem sie der Gesuchstellerin keine gesetzeskonforme Vergütung gemäss Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG i. V. m. Artikel 12 EnV angeboten hat. Die Gesuchsgegnerin unterliegt mit ihrem Hauptantrag. Die Gebühr für diese Verfügung ist daher der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen.
- 103 Weder die Stromversorgungsgesetzgebung noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m w. H.: BGE 132 II 47 ff., E. 5.2). Im vorliegenden Verfahren sind daher keine Parteientschädigungen auszurichten.

III. Entscheid

Gestützt auf diesen Erwägungen wird verfügt:

1. Die [...] hat der [...] für die vom Kleinwasserkraftwerk [...] produzierte und ins Verteilnetz eingespeiste Elektrizität ab dem 1. Januar 2020 eine Vergütung nach Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe a EnG und Artikel 12 Absatz 1 EnV zu bezahlen. Bei der Bemessung hat sie insbesondere die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen zu berücksichtigen. Antrag 2 der [...] wird gutgeheissen.
2. Die [...] hat der [...] anhand entsprechender Unterlagen die neue Berechnung der Rückliefervergütung gemäss vorstehender Dispositivziffer 1 in Sinne der Erwägungen aufzuzeigen. Antrag 1 der [...] wird teilweise gutgeheissen.
3. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird der [...] auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
4. Die Verfügung wird der [...] und der [...] mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 11.05.2021

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Werner Luginbühl
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- [...]

IV. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen (Art. 50 VwVG i. V. m. Art. 66 Abs. 2 EnG). 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 (Art. 22a VwVG).

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 (Art. 52 Abs. 1 VwVG).