



Referenz/Aktenzeichen: 941-08-002

Bern, 19. Februar 2009

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter, Präsident, Brigitta Kratz, Vizepräsidentin, Hans-Jörg Schötzau, Vizepräsident, Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Werner K. Geiger

in Sachen: **X. AG und Y. AG**

(Gesuchstellerinnen)

betreffend: **Entschädigung für die Mehrwertsteuer im Zusammenhang mit der kostendeckenden Einspeisevergütung**



I Sachverhalt

A.

Der Gesetzgeber führte im Zuge der Strommarkliberalisierung die kostendeckende Einspeisevergütung für Elektrizität aus erneuerbaren Energien ein (Artikel 7a Energiegesetz vom 26. Juni 1998 [EnG, SR 730.0]). Er setzte in den Anhängen 1.1 – 1.5 der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV, SR 730.01) insbesondere die Vergütungssätze für Elektrizität aus erneuerbaren Energien fest.

B.

Die X. AG meldete am 1. Mai 2008 ihre Anlage [...] und die Y. AG am 1. Mai 2008 ihre Anlage [...] bei der nationalen Netzgesellschaft swissgrid an (act. 1 und act. 2). In der Folge teilte swissgrid den Gesuchstellerinnen am 3. und 26. September 2008 ihren Bescheid zu den Vergütungssätzen für die kostendeckende Einspeisevergütung mit (act. 1, S. 3).

C.

Die X. AG reichte sodann mit Schreiben vom 9. September 2008 bei der swissgrid ein Erläuterungsbegehren ein. Gemäss diesem Begehren wurde die swissgrid gebeten, den Bescheid hinsichtlich der in Zukunft zu verrechnenden Vergütung dahingehend zu präzisieren, dass diese Vergütung keine Steuer nach dem Mehrwertsteuergesetz miteinschliesst, somit die Mehrwertsteuer zusätzlich geschuldet ist (act. 3, S. 1).

D.

Mit Erläuterungsbescheid vom 3. Oktober 2008 eröffnete die swissgrid der X. AG ihren Standpunkt, dass die in der EnV enthaltenen Vergütungssätze als Bruttoentgelte zu verstehen sind, mithin die Mehrwertsteuer in den Vergütungssätzen der kostendeckenden Einspeisevergütung gemäss Anhängen 1.1-1.5 der EnV mitenthalten ist (act. 3, S. 1).

E.

Am 13. Oktober 2008 reichten sowohl die X. AG als auch die Y. AG (Gesuchstellerinnen) bei der ElCom ein Gesuch ein. Sie stellten die folgenden Rechtsbegehren (act. 3, S. 1):

„1. Es seien die swissgrid ag zu verpflichten, die für die aufgeführten Anlagen gemäss Anhang 1.1 bis 1.6 der EnV festgelegten Vergütungssätze für alle Produzenten gleich als Nettopreise (ohne Mehrwertsteuer) zu verfügen, somit die Mehrwertsteuer an mehrwertsteuerpflichtige Produzenten zusätzlich zu den Vergütungssätzen zu vergüten.

2. Es sei die swissgrid ag zu verpflichten, falls das Begehren nicht bis zum 1.1.2009 rechtsgültig entschieden ist, die ab dann auflaufenden Mindervergütungen zu einem Zinssatz von 6% ab der Vergütungspflicht nach EnG Art. 7a zu verzinsen.“



F.

Mit Brief vom 18. November 2008 ersuchte die ElCom das Bundesamt für Energie, die folgenden drei Fragen bis am 12. Dezember 2008 zu beantworten:

„1. Enthalten die Vergütungssätze für Elektrizität aus erneuerbaren Energien nach den Anhängen 1.1-1.6 EnV die vom mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten geschuldete Steuer gemäss Mehrwertsteuergesetz (MWSTG; SR 641.20)?

2. Wenn ja, kann das BFE dies belegen?

3. Nach bisherigem Recht wurde Elektrizität aus erneuerbaren Energien zu einem Jahresmittelpreis von 15 bzw. 16 Rp./kWh vergütet (Art. 7 Abs. 3 und EnG; Bundesamt für Energie, Leitfaden Mehrkostenfinanzierung, 16. Januar 2006, S. 9 f.). Wurde zu diesem Betrag die Mehrwertsteuer zusätzlich ausgerichtet? Wenn ja, wurde dies bei der Festlegung der Vergütungssätze für die neue kostendeckende Einspeisevergütung berücksichtigt?“ (act. 8)

Das Bundesamt für Energie ersuchte die ElCom per E-mail am 11. Dezember 2008 um eine Fristerstreckung bis zum 24. Dezember 2008 (act. 9). Die ElCom erstreckte die Frist per E-mail am 11. Dezember 2008 bis zum 24. Dezember 2008 (act. 10).

G.

Am 18. Dezember 2008 nahm das Bundesamt für Energie zu den Fragen sinngemäss wie folgt Stellung:

Nach Artikel 7a Absatz 2 EnG richte sich die Vergütung nach den Gestehungskosten von Referenzanlagen. Das bedeute, dass die Vergütungssätze kostendeckend sein müssten. Das Bundesamt für Energie habe deshalb die Mehrwertsteuer als Gestehungskosten analog der Investitions-, Betriebs- oder Kapitalkosten bei der Berechnung der Vergütungssätze berücksichtigt. Diese Vorgehensweise sei zwar nicht näher im EnG, in der EnV oder im Vernehmlassungsdokument umschrieben, jedoch in diversen sonstigen Unterlagen dokumentiert und vom Bundesamt für Energie regelmässig so kommuniziert worden. Wenn dem Begehren um Festlegung eines Netto-Vergütungssatzes entsprochen würde, wären die Vergütungssätze um rund 7% zu hoch. Aufgrund der Forderung des EnG nach kostendeckenden Vergütungen müssten die Verordnungsanhänge geändert und die Vergütungssätze gesenkt werden. Die bisherige Praxis der Mehrkostenfinanzierung (MKF) unterscheide sich gegenüber dem Modell der kostendeckenden Einspeisevergütung aufgrund der Zielsetzung und des zugrunde liegenden Systems von Grund auf (act. 11).

H.

Mit Brief an die ElCom vom 9. Januar 2009 gingen die Gesuchstellerinnen auf die Stellungnahme des Bundesamtes für Energie ein. Sie machten geltend, dass die dort erwähnte Vorgehensweise betreffend die Mehrwertsteuer „unpräzise sowie sachlich und rechtlich in der Gesetzgebung nicht abgestützt“ sei (act. 13).



II Erwägungen

1 Zuständigkeit

Die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom beurteilt Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten (Art. 7, 7a, 15b und 28a EnG; Art. 25 Abs. 1^{bis} EnG).

Die Gesuchstellerinnen beantragen sinngemäss, für ihre Produktionsanlagen, welche erneuerbare Energie erzeugen, die Energiegesetzgebung dahingehend zu interpretieren, dass zusätzlich zu den Vergütungssätzen der kostendeckenden Einspeisevergütung die Mehrwertsteuer zu entrichten sei.

Die Energiegesetzgebung (EnG und EnV) enthält Vorgaben zur Höhe der kostendeckenden Einspeisevergütung (Art. 7, 7a EnG). Die vorliegende Verfügung betrifft somit zentrale Bereiche der Energiegesetzgebung im vorerwähnten Bereich. Entsprechend ist die Zuständigkeit der ElCom gegeben.

2 Feststellungsverfügung

Die Gesuchstellerinnen beantragen eine Leistungsverfügung. Zu prüfen ist, ob die ElCom vorliegend nicht eine Feststellungsverfügung erlassen muss. Die in der Sache zuständige Behörde kann über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen eine Feststellungsverfügung treffen (Art. 25. Abs. 1 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]). Eine Leistungsverfügung bezieht sich grundsätzlich auf einen abgeschlossenen Zeitraum. Betrifft die Rechtslage auch künftige Leistungen, muss eine Feststellungsverfügung erlassen werden (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 207). Ferner kann die Feststellungsverfügung als Nebenfolge der Verfügungsbegründung offene Auslegungsfragen zu Rechtsnormen klären, sofern sie einen ausreichenden Bezug zu einem individuell-konkreten Sachverhalt aufweist (Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, S. 501, N. 10).

Der Antrag der Gesuchstellerinnen betrifft den Umfang des Vergütungssatzes der kostendeckenden Einspeisevergütung. Ferner handelt es sich nicht um einen zeitlich abgeschlossenen Sachverhalt, der lediglich Vergütungen für das laufende Jahr umfasst, sondern um ein andauerndes Rechtsverhältnis mit Bezug auf künftige Leistungen. Somit ist eine Feststellungsverfügung zu erlassen.

3 Parteien

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.

Die Gesuchstellerinnen sind Betreiberinnen von Produktionsanlagen zur Erzeugung von Elektrizität aus erneuerbarer Energie. Die vorliegende Verfügung betrifft die Vergütungssätze, die im Rahmen der kostendeckenden Einspeisevergütung zur Anwendung kommen und berührt damit die Rechte und Pflichten der Gesuchstellerinnen. Sie sind Verfügungsadressatinnen.



4 Vorbringen der Gesuchstellerinnen

Die Gesuchstellerinnen beantragen, dass zu den Vergütungssätzen der kostendeckenden Einspeisevergütung die Mehrwertsteuer zusätzlich auszurichten sei (act. 3).

Im Wesentlichen machen die Gesuchstellerinnen geltend, dass die in Artikel 7 und Artikel 7a EnG aufgeführten Anschlussbedingungen für die Elektrizitätslieferung aus Produktionsanlagen mit fossiler Energie oder aus erneuerbarer Energie die Mindestvergütungspreise der Netzbetreiber näher umschreiben, jedoch nirgendwo vom Gesetzgeber darauf hingewiesen worden sei, dass die Vergütungssätze die Mehrwertsteuer bereits enthalte. Ein expliziter Einbezug der Mehrwertsteuer sei auch den Anhängen 1.1- 1.5 der EnV nicht zu entnehmen. Die Gesuchstellerinnen verweisen insbesondere auf Anhang 1.5 Ziffer 3.5 der EnV, in welchem bei der näheren Bestimmung der Vergütung für Kehrlichtverbrennungsanlagen der Begriff „Stromgestehungskosten“ in einem direkten und ausschliesslichen Verhältnis zu den Einheitszeichen Rp./kWh stehe, mithin exklusive Mehrwertsteuer (act. 3).

Im selben Sinne habe sich auch der Gesetzgeber in Artikel 7a Absatz 2 Buchstaben c und e EnG geäussert. Für die Bestimmung der Gestehungskosten habe er ausschliesslich Bezugsgrössen verwendet, die keinen Raum für den Einbezug der Mehrwertsteuer lasse. Da Artikel 7a Absatz 2 EnG abschliessender Natur sei, gäbe es auch keine anderweitigen Interpretationsmöglichkeiten, als die Mehrwertsteuer den Produzenten gesondert auszurichten (act. 3).

Desgleichen umschreibe Artikel 15b Absatz 4 EnG die Überwälzung der Kosten als Nettosatz, indem 0.5 Rappen in ein ausschliessliches Verhältnis zu „pro Kilowattstunde“ gesetzt werde (act. 3).

Sodann stelle nach Ansicht der Gesuchstellerinnen Artikel 7 Absatz 2 EnG bei der Festlegung des Mindestvergütungspreises für fossile Energien lediglich auf den marktorientierten Bezugspreis ab, der in Verbindung mit der EnV kein Steuereinbezug vorsehe (act. 3).

Von einem Nettosatz sei ausserdem auszugehen, weil nach der bisherigen, langjährigen Praxis (15-Rappen-Regelung) die Mehrwertsteuer zusätzlich zum Mindestpreis von 15 Rp./kWh vergütet worden sei. Die Gesuchstellerinnen sehen keine rechtliche Grundlage für die Festlegung der Mindestvergütungssätze im Widerspruch zur bisherigen Praxis (act.3).

Zudem sei es nicht sachgerecht und entspreche nicht dem Grundsatz der kostendeckenden Vergütung, wenn sowohl bei der Bemessung der Gestehungskosten als auch bei der geschuldeten Vergütung die Mehrwertsteuer unberücksichtigt bliebe. Wird die Mehrwertsteuer nicht zusätzlich zu den Vergütungen gemäss EnV ausgerichtet, befürchten die Gesuchstellerinnen eine ungerechtfertigte Verzerrung der Verteilungsgerechtigkeit. Eine künftige Erhöhung der Mehrwertsteuer würde für den mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten gegenüber den Nichtpflichtigen zu einer Kürzung der gesetzlich zugesicherten Vergütung führen (act. 13).

Die Gesuchstellerinnen sind weiter der Ansicht, dass bei der Rechtsanwendung in anderweitigen Bereichen die Mehrwertsteuer bei der Berechnung der Gestehungskosten nie mitberücksichtigt werde. In diesem Zusammenhang verweisen sie auf die Ermittlung der Gestehungskosten bei Kernkraftwerken und bei der Belieferung von Endverbrauchern nach Artikel 4 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 ([SR 734.71; StromVV] act. 3 und act. 13, mit Verweis auf die Weisung 5/2008 der EICom vom 4. August 2008).



5 Behandlung der Mehrwertsteuer bei Vergütungssätzen nach EnV

5.1 Gesetzliche Grundlagen

Gemäss Artikel 7a EnG sind Netzbetreiber verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die gesamte Elektrizität, die aus Neuanlagen durch die Nutzung von Sonnenenergie, Geothermie, Windenergie, Wasserkraft bis zu 10 MW, sowie Biomasse und Abfällen aus Biomasse gewonnen wird, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten.

Die Energieverordnung legt für jede Technologie (bspw. Wasserkraft, Photovoltaik, Windenergie) und Anlagekategorie die Einspeisevergütungen fest. Die Vergütung richtet sich nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen (Art. 7a Abs. 2 EnG).

Die Gesuchstellerinnen betreiben Produktionsanlagen, die erneuerbare Energie erzeugen und haben diese bei swissgrid angemeldet, um die kostendeckende Einspeisevergütung zu erhalten. swissgrid hat mit Datum 3. und 26. September 2008 einen positiven Bescheid erlassen und den Gesuchstellerinnen die Vergütungssätze mitgeteilt (act. 1). Während des gesamten Verfahrens machten die Gesuchstellerinnen geltend, sie seien rechtskonform davon ausgegangen, dass neben den entsprechenden Vergütungssätzen die Mehrwertsteuer gesondert auszubezahlen ist.

Vorab zu prüfen ist, ob gemäss der Auffassung der Gesuchstellerinnen im vorliegenden Fall neben Artikel 7a EnG auch Artikel 7 EnG zur Anwendung kommt. Artikel 7 EnG regelt wie Artikel 7a EnG die Anschlussbedingungen für erneuerbare Energien, stellt jedoch als *lex generalis* einen Auffangtatbestand dar, der lediglich subsidiär zur Anwendung kommt, sofern die Anlagen keine kostendeckende Einspeisevergütung nach Artikel 7a EnG erhalten (Amtliches Bulletin des Ständerates 2006, 4. Oktober 2006, S. 876 f.). Wie die Gesuchstellerinnen selbst zu Recht festgestellt haben, handelt es sich vorliegend um Anlagen, für welche sie die kostendeckende Einspeisevergütung nach Artikel 7a EnG beanspruchen (act. 3). Es kommt infolgedessen Artikel 7a EnG zur Anwendung, weshalb sich auch die Überprüfung des Sachverhaltes nach diesem Artikel richtet.

Die Mehrwertsteuergesetzgebung schreibt nicht vor, dass Gestehungskosten mit oder ohne Mehrwertsteuer zu berechnen sind.

5.2 Auslegung von Artikel 7a EnG

Der Feststellung der Gesuchstellerinnen, weder aus den Gesetzes- noch aus den Verordnungsbestimmungen gehe ausdrücklich ein Mehrwertsteuereinbezug bei den Gestehungskosten hervor, ist richtig. Es fragt sich allerdings, ob gemäss Ansicht der Gesuchstellerinnen insbesondere aus der Formulierung von Artikel 7a EnG gefordert werden kann, dass die Mehrwertsteuer bei der Berechnung der Gestehungskosten nicht berücksichtigt werden darf.

Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehaltes der Norm. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut. Ist der Text nicht klar oder sind verschiedene Deutungen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente, wie namentlich die Entstehungsgeschichte der Norm und ihres Zwecks. Wichtig ist auch die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (BGE



130 II 202 E. 5.1, 129 II 114 E. 3.1). Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahe legen (BGE 128 I 288 E. 2.4). Die Rechtsprechung lässt sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten und stellt nur dann allein auf das grammatikalische Element ab, wenn sich daraus zweifelsfrei eine sachlich richtige Lösung ergibt (BGE 125 II 333). Räumt das Gesetz dem Bundesrat - wie hier - einen weiten Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe ein, so ist dieser für die überprüfende Behörde verbindlich (BGE 128 II 247, E. 3.3).

Weder das Energiegesetz noch die Energieverordnung bestimmen, aus welchen Elementen sich die Gestehungskosten zusammensetzen. Etwas anderes kann auch nicht aus der Aufzählung in Artikel 7a Absatz 2 EnG abgeleitet werden. Aus den Materialien zur Energiegesetzgebung ergibt sich ebenfalls nicht, ob die Mehrwertsteuer bei der Berechnung der Gestehungskosten zu berücksichtigen ist oder nicht (siehe Übersicht zu den Materialien zur Revision EnG, abrufbar unter http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20040083, sowie Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, abrufbar unter http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1528/Bericht_1.pdf, Stand 11. Februar 2009).

Das Bundesamt für Energie hat die Revision der Energiegesetzgebung zu Handen des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation und schliesslich zu Handen des Bundesrates vorbereitet und kann daher zur Entstehungsgeschichte Auskunft geben. Dem Amtsbericht des Bundesamtes für Energie vom 18. Dezember 2008 zufolge wurde bei der Berechnung der Gestehungskosten die Mehrwertsteuer mitberücksichtigt (act. 11). Dies geht aus allen vom Bundesamt für Energie eingereichten Unterlagen hervor. Das Bundesamt für Energie hat zudem gegen ausen kommuniziert, dass die Mehrwertsteuer in den Gestehungskosten bereits enthalten ist (act. 11, Beilagen 1, 2 und 3). Davon ist offenbar auch der Schweizerische Fachverband für Sonnenenergie swissolar ausgegangen: "Danach muss regelmässig die in der Vergütung enthaltene Mehrwertsteuer an den Bund abgeliefert werden" (act. 11, Beilage 5, S. 1). Für die ElCom gibt es keinen Grund, am Amtsbericht zu zweifeln, zumal es sich dabei um eine öffentliche Urkunde gemäss Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a VwVG handelt, die den vollen Beweis erbringt, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen worden ist (Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 12, Rz. 27). Diesen Nachweis vermochten die Gesuchstellerinnen nicht zu erbringen. Aus einem allfällig durch das Bundesamt für Energie vorgenommenen Vergleich mit den Vergütungssätzen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien in Deutschland (Vorbringen der Gesuchstellerin, act. 13, mit Verweis auf Prognos, Arbeitspapier Vergütungssätze für Strom aus erneuerbaren Energien nach der Energieverordnung, Koreferat zu den Kostenberechnungen des Bundesamtes für Energie, Basel 16. April 2008) kann nichts anderes abgeleitet werden. Selbst wenn dieser Umstand gewisse Vollzugsschwierigkeiten verursachen sollte, wurde nach Auskunft des Bundesamtes für Energie bei der Berechnung die Mehrwertsteuer berücksichtigt.

Die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei den Gestehungskosten und damit bei der Festsetzung der kostendeckenden Einspeisevergütung ist folglich nicht gesetzeswidrig, sondern entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Es ergibt sich weder aus den Akten, noch vermögen die Gesuchstellerinnen stichhaltig darzutun, dass Artikel 7a EnG anders als vorerwähnt auszulegen wäre. Alleine aus der Tatsache, dass keine positiv-rechtliche Normierung besteht, kann jedenfalls nicht abgeleitet werden, die Mehrwertsteuer sei nicht in der Vergütung inbegriffen. Der Bundesrat hat den ihm zustehenden Ermessensspielraum genutzt und bei der Berechnung der Gestehungskosten die Mehrwertsteuer bereits berücksichtigt.



5.3 Bisherige Praxis

Ferner vertreten die Gesuchstellerinnen den Standpunkt, dass sowohl bei der bisherigen „15-Rappen-Regelung“ (System der Mehrkostenfinanzierung, MKF) als auch bei der Praxis in anderweitigen Bereichen, wo auch Gestehungskosten berechnet werden, die Mehrwertsteuer zusätzlich zur eigentlichen Vergütung ausgerichtet wird. Daraus liesse sich schliessen, dass dies auch für die kostendeckende Einspeisevergütung gelten müsse.

Beide Vorbringen vermögen nicht zu überzeugen, angesichts der Tatsache, dass eine neue gesetzliche Regelung der bisherigen Praxis und erst recht einer Praxis in anderweitigen Bereichen vorgeht. Die Mehrwertsteuer wurde jedenfalls im vorliegenden Fall bereits berücksichtigt.

Dem ungeachtet unterscheidet sich die „15-Rappen-Regelung“ im Vergleich zum System der kostendeckenden Einspeisevergütung in grundlegender Weise. Im Rahmen der „15-Rappen-Regelung“ wurde den Produzenten jeweils eine Pauschale ausgerichtet, während die kostendeckende Einspeisevergütung nach dem Prinzip der Gestehungskosten ausgestaltet wurde und - wie der Name schon sagt - kostendeckend ist. Zielsetzung ist bei beiden Modellen die Förderung der erneuerbaren Energien. Jedenfalls lassen sich keine verbindlichen Rückschlüsse vom System der MKF zum Modell der kostendeckenden Einspeisevergütung ziehen. Die Weisung 5/2008 der ECom vom 4. August 2008 bezieht sich auf die Berechnung der Gestehungskosten im Rahmen von Artikel 4 StromVV (Belieferung von Endverbrauchern mit Grundversorgung) und nicht auf die kostendeckende Einspeisevergütung.

5.4 Ungleichbehandlung von mehrwertsteuerpflichtigen und nicht mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten

Die Gesuchstellerinnen machen schliesslich geltend, dass nicht mehrwertsteuerpflichtige Produzenten im Resultat höhere Tarife erhalten, als die steuerpflichtigen und daraus eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung resultiere. Dieses Argument vermag insoweit zu überzeugen, als dass tatsächlich eine Differenz in der Vergütungshöhe besteht. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist zu berücksichtigen, dass nicht mehrwertsteuerpflichtige Produzenten keinen Vorsteuerabzug auf den Investitionskosten geltend machen können. Ausserdem können die Gesuchstellerinnen aus diesem Umstand keinen Anspruch auf eine Vergütung ableiten, welche die Gestehungskosten übersteigt. Näher würde der Schluss liegen, dass die nicht mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten eine tiefere Vergütung erhalten würden. Die Mehrwertsteuer ist wie vorn gesehen in den Vergütungssätzen bereits enthalten. Würde die Mehrwertsteuer zusätzlich ausgerichtet, so würden die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten eine Vergütung erhalten, welche die Gestehungskosten um rund 7% übersteigt, während im entgegengesetzten Fall das Kostendeckungsprinzip unbeeinträchtigt bliebe.

5.5 Änderung der Energieverordnung bei Erhöhung der Mehrwertsteuer

Eine künftige Erhöhung der Mehrwertsteuer würde im Rahmen der nächsten Revision der Energieverordnung Berücksichtigung finden. Es ist denkbar, dass eine solche Revision schon in naher Zukunft erfolgen wird (vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie, Stopp für die Einspeisevergütung für grünen Strom, 2. Februar 2009, abrufbar unter www.bfe.admin.ch).



6 **Fazit**

Gestützt auf diese Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass in den Vergütungssätzen gemäss den Anhängen 1.1 – 1.5 EnV die Mehrwertsteuer bereits enthalten ist.

7 **Gebühren**

Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung und Energieproduktion Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Art. 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 CH 75.- bis 250.- pro Stunde (Art. 3 Geb-En).

Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebührenansätze in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einen Gebührenansatz von [...] Franken pro Stunde, [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] Franken pro Stunde und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von [...] Franken pro Stunde. Dadurch ergibt sich vorliegend eine Gebühr von [...] Franken.

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]). Die Gesuchstellerinnen haben diese Verfügung durch Einreichen ihres Gesuches veranlasst. Sie sind mit ihren Anträgen in der Sache nicht durchgedrungen. Die Gebühr wird daher den Gesuchstellerinnen auferlegt.



Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass die Vergütungssätze in den Anhängen 1.1 - 1.5. der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (SR 730.01) die Mehrwertsteuer enthalten und die Mehrwertsteuer daher nicht zusätzlich zu der entsprechenden Vergütung auszurichten ist.
2. Die Gebühren für die Behandlung des Gesuchs betragen CHF [...] und werden den Gesuchstellerinnen zu gleichen Teilen auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
3. Diese Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 19. Februar 2009

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- X. AG und Y. AG

Mitzuteilen an:

- swissgrid ag, Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg



III Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, einzureichen. Die Frist steht still:

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

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