

Dr. Stefan Rechsteiner  
Rechtsanwalt  
Tel +41 58 211 34 81  
srechsteiner@vischer.com  
www.vischer.com

Ann Sofie Benz, LL.M.  
Rechtsanwältin  
Tel +41 58 211 34 57  
abenz@vischer.com  
www.vischer.com

Eingetragen im  
Anwaltsregister des  
Kantons Zürich

## **VISCHER AG**

**Zürich**  
Schützengasse 1  
Postfach 5090  
CH-8021 Zürich  
Tel +41 58 211 34 00  
Fax +41 58 211 34 10

**Basel**  
Aeschenvorstadt 4  
Postfach 526  
CH-4010 Basel  
Tel +41 58 211 33 00  
Fax +41 58 211 33 10

Notariat im Kanton  
Basel-Stadt

## **Gutachten**

134188

Gesetzeskonformität der Rückspeisevergütung gemäss Verordnungsentwurf zur  
Energiestrategie 2050 (Art. 13 Abs. 1 E-EnV)

vom 13. April 2017

erstattet im Auftrag von

## **Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE**

durch

**Dr. Stefan Rechsteiner**

**Ann Sofie Benz**

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG</b> .....	<b>3</b>
A.	Ausgangslage .....	3
B.	Fragestellung.....	3
<b>II.</b>	<b>UNTERSUCHUNG</b> .....	<b>3</b>
A.	Wortlaute der heutigen Bestimmungen .....	3
B.	Verfügung der ElCom .....	5
C.	Gesetzesentwurf E-EnG .....	7
D.	Parlamentsvoten .....	9
E.	Verordnungsentwurf E-EnV .....	12
<b>III.</b>	<b>RECHTLICHE BEURTEILUNG</b> .....	<b>13</b>
A.	Auslegung von Art. 7 EnG und Art. 2b EnV .....	13
B.	Auslegung von Art. 15 E-EnG und Art. 13 Abs. 1 E-EnV .....	13
1.	Wortlaut und Materialien .....	14
2.	Fehlende Gesetzesgrundlage für Subventionierung .....	16
3.	Verfassungskonformität .....	16
<b>IV.</b>	<b>SCHLUSSFOLGERUNG</b> .....	<b>17</b>

## **I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG**

### **A. Ausgangslage**

- 1 Im Rahmen der Energiestrategie 2050 hat das Parlament am 30. September 2016 das erste Massnahmenpaket verabschiedet. Ziel der Energiestrategie 2050 ist es, die vorhandenen Energieeffizienzpotenziale konsequent zu erschliessen sowie die Potenziale der Wasserkraft und der neuen erneuerbaren Energien auszuschöpfen. Das erste Massnahmenpaket beinhaltet eine Totalrevision des geltenden Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG; SR 730.0) sowie Anpassungen in weiteren Bundesgesetzen. Dies bringt auch einen Anpassungsbedarf auf Verordnungsstufe mit sich. Unter anderem soll die Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV; SR 730.01) einer Totalrevision unterzogen werden.
- 2 Vorliegend interessieren insbesondere die geltenden und neuen Bestimmungen zur Energieeinspeisung sowie zu den entsprechenden Vergütungen. Anlagenbetreiber, die nicht an der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) im Sinne von Art. 7a EnG teilnehmen können, sind auf die Abgabe der Energie an lokale Netzbetreiber verwiesen. Diese haben eine entsprechende Vergütung zu bezahlen.
- 3 Sowohl das geltende EnG als auch der Entwurf des revidierten EnG (E-EnG)<sup>1</sup> enthalten Vorschriften über die Vergütung, die der jeweilige Netzbetreiber dem Produzenten zu bezahlen hat. Die geltende EnV konkretisiert diese Vergütung insofern, als dass sie sich nach marktorientierten Bezugspreisen sowie den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie richten soll (Art. 2b).
- 4 Der Entwurf der neuen Energieverordnung (E-EnV)<sup>2</sup> geht in Art. 13 Abs. 1 um einiges weiter und sieht für die Berechnungsgrundlage der durch den Netzbetreiber zu bezahlenden Vergütung die Berücksichtigung der Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen vor.

### **B. Fragestellung**

- 5 Der VSE bittet die Gutachter mit Auftrag vom 22. März 2017 um Prüfung der Frage, ob die Regelung der Rückspeisevergütung gemäss Art. 13 Abs. 1 E-EnV gesetzeskonform ist.

## **II. UNTERSUCHUNG**

### **A. Wortlaute der heutigen Bestimmungen**

- 6 Der geltende Art. 7 EnG regelt die Abnahmepflicht für Energie von Eigenproduzenten sowie Grundsätze über die Vergütung. Darauf basie-

---

<sup>1</sup> BBl 2016 7683.

<sup>2</sup> Entwurf der E-EnV abrufbar unter:  
[https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2833/5\\_EnV\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2833/5_EnV_de.pdf).

rend sind die Anschlussbedingungen zwischen den Eigenproduzenten und den Energieversorgungsunternehmen vertraglich zu regeln.

7 Art. 7 EnG lautet wie folgt:

*"Anschlussbedingungen für fossile und erneuerbare Energie:*

<sup>1</sup> *Netzbetreiber sind verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die fossile und erneuerbare Energie, ausgenommen Elektrizität aus Wasserkraftanlagen mit einer Leistung über 10 MW, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten. Bei der Produktion von Elektrizität aus fossilen Energien gilt die Abnahmepflicht nur, wenn die Elektrizität regelmässig produziert und gleichzeitig die erzeugte Wärme genutzt wird.*

<sup>2</sup> *Die Vergütung richtet sich nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.*

<sup>2bis</sup> *Produzenten dürfen die selbst produzierte Energie am Ort der Produktion ganz oder teilweise selber verbrauchen (Eigenverbrauch). Sofern ein Produzent von diesem Recht Gebrauch macht, darf nur die tatsächlich ins Netz eingespeiste Energie als eingespeist behandelt und verrechnet werden.*

<sup>3</sup> *Die Netzbetreiber liefern die Energie den Produzenten zu Bezugspreisen, die sie von den übrigen Abnehmern verlangen."*

8 Die Bestimmung hat zum Ziel, die vergleichsweise schwächere Position der Eigenerzeuger auszugleichen und damit die Eigenproduktion zu fördern. Die Anschlussbedingungen gelten für Erzeuger von leitungsgebundenen Energien, die keine öffentliche Versorgungsfunktion wahrnehmen, sowie für Besitzer von Kleinanlagen, welche ohne öffentlichen Auftrag die über ihren Eigenbedarf hinaus produzierte Energie für Dritte erzeugen.<sup>3</sup>

9 Absatz 2, zweiter Satz überträgt dem Bundesrat die Kompetenz, die Einzelheiten der Vergütung zu regeln. Der Bundesrat hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und in Art. 2b EnV präzisiert, dass sich die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie richtet. Der Wortlaut des geltenden Art. 2b EnV ist wie folgt:

*"Marktorientierte Bezugspreise:*

*Die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen richtet sich nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie."*

---

<sup>3</sup> BBl 1996 IV 1093.

10 Die Definition der "vermiedenen Kosten" führte in der Praxis zu unterschiedlichen Interpretationen. Die ElCom hat dazu eine rechtskräftige Verfügung erlassen.

### **B. Verfügung der ElCom**

11 Am 19. April 2016 hat die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) in einem konkreten Streitfall erstmals die Höhe der Vergütung gemäss Art. 7 Abs. 2 EnG verfügt und dabei Grundsätze zur Auslegung der Bestimmung festgehalten.<sup>4</sup> Trotz der Tatsache, dass diese Verfügung nur gegenüber den Verfahrensparteien unmittelbare Rechtswirkungen entfaltet, ist die Auslegung der massgebenden Rechtsgrundlagen durch die ElCom auch für andere Akteure von Relevanz, da die ElCom in weiteren Streitfällen gestützt auf dieselben Grundsätze entscheiden würde.<sup>5</sup>

12 Der Gesuchsteller brachte im Verfahren vor der ElCom zur Begründung seines Hauptantrags vor, die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie (Art. 7 Abs. 2 EnG) richte sich gemäss Artikel 2b EnV nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie. Nach dieser Definition sei für die Berechnung der Vergütung auf die effektiven Kosten abzustellen, welche der Gesuchsgegnerin bei der Beschaffung des von ihr vertriebenen Stroms entstünden. Dabei dürfe aber nicht abstrakt ein Börsenpreis aus dem Stromgrosshandel beigezogen werden, sondern es wären die effektiven Gestehungskosten des Netzbetreibers für den in seinem Netzgebiet vertriebenen Strom zu ermitteln.<sup>6</sup>

13 Der Gesuchsteller vertrat zudem den Standpunkt, dass die von seiner Photovoltaikanlage in das Netz der Gesuchsgegnerin eingespeiste elektrische Energie gemäss den Empfehlungen in der Vollzugshilfe des Bundesamts für Energie (BFE) vom Januar 2015<sup>7</sup> betreffend Art. 7 Abs. 2 EnG zu vergüten sei.<sup>8</sup> Die [inzwischen revidierte<sup>9</sup>] Vollzugshilfe empfahl, die als Elektrizität in das Netz eingespeiste Energie mindestens auf Basis des Endkundenpreises für Energie eines Standardstromproduktes für die gebundenen Kleinkonsumenten (Verbrauchsprofil H4) am Standort der dezentralen Produktion, abzüglich 8 % Vertriebsmarge, zu vergüten.

14 Die ElCom führte demgegenüber aus, dass anhand der Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 2 EnG deutlich werde, dass unter marktorien-

---

<sup>4</sup> Verfügung 220-00007 der ElCom vom 19. April 2016.

<sup>5</sup> Mitteilung "Rückliefervergütung gemäss Art. 7 Abs. 2 Energiegesetz" der ElCom vom 19. September 2016.

<sup>6</sup> Verfügung 220-00007 der ElCom vom 19. April 2016, Rz. 32.

<sup>7</sup> BFE, Vollzugshilfe für die Umsetzung der Anschlussbedingungen der Elektrizitätsproduktion gemäss Art. 7 und Art. 28a des Energiegesetzes, Version 2.1 vom Januar 2015.

<sup>8</sup> Verfügung 220-00007 der ElCom vom 19. April 2016, Rz. 31.

<sup>9</sup> BFE, Vollzugshilfe für die Umsetzung der Anschlussbedingungen der Elektrizitätsproduktion gemäss Art. 7 und Art. 28a des Energiegesetzes vom, Version 2.2 vom September 2016.

tierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie von Beginn an diejenigen Preise zu verstehen gewesen seien, die ein Netzbetreiber für den Energiebezug bei Dritten tatsächlich bezahle respektive für einen Mehrbezug im Umfang der Einspeisung durch die betroffene Energieerzeugungsanlage bezahlen müsse.<sup>10</sup> Die auf Tarife der Netzbetreiber für Endverbraucher mit Grundversorgung abstellende Vollzugshilfe des BFE verweise zwar auf eine objektive und transparente Messzahl, jedoch sei sie unter dem Aspekt des Bezugspreises nicht mit Art. 7 Abs. 2 EnG vereinbar und deshalb gesetzeswidrig.<sup>11</sup>

- 15 In ihrer ausführlichen Auslegung zu den "marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie" gemäss Art. 7 Abs. 2 EnG hielt die ElCom fest, dass die Formulierung der Bestimmung klar auf Bezugspreise – und damit auf den Preis für den Einkauf von Energie bei Dritten – abstelle. Dies schliesse bereits grammatikalisch aus, dass allfällige Gestehungskosten aus den eigenen Produktionsanlagen zur Berechnung der Vergütung herbeigezogen werden könnten. Massgebend sei lediglich der Einkauf bei Dritten.<sup>12</sup>
- 16 Das Kriterium der "Gleichwertigkeit" beziehe sich sodann auf die Energiemenge, das Leistungsprofil und dessen Prognostizierbarkeit sowie die ökologische Qualität der bezogenen Energie.<sup>13</sup>
- 17 Auch im Rahmen ihrer teleologischen Auslegung kam die ElCom zum Schluss, dass die Bezugspreise bei Dritten ausschlaggebend seien. Die in Art. 7 Abs. 1 und 2 EnG verankerte Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers habe zum Zweck, den Produzenten administrativ zu entlasten, indem dem Produzenten ermöglicht werde, seine eingespeiste Energie jederzeit zu verkaufen. Zudem gehe aus den parlamentarischen Beratungen zum EnG hervor, dass die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie nicht zum Zweck habe, den Produzenten zu subventionieren, sondern ihm lediglich den Preis zu vergüten, den auch andere Lieferanten des Netzbetreibers erhalten würden.<sup>14</sup>
- 18 Somit seien die Gestehungskosten einer allfälligen Eigenproduktion des Netzbetreibers (inkl. Kraftwerksbeteiligungen) für die Festlegung der Rückliefervergütung nicht relevant.<sup>15</sup>
- 19 Bezüglich des Begriffs "marktorientiert" verwies die ElCom auf die Entstehungsgeschichte von Art. 7 EnG sowie die parlamentarischen Diskussionen vom 8. Oktober 1997 im Zusammenhang mit der Ausarbeitung des geltenden EnG<sup>16</sup>, aus denen sich ergebe, dass unter marktori-

---

<sup>10</sup> Verfügung 220-00007 der ElCom vom 19. April 2016, Rz. 92.

<sup>11</sup> A.a.O., Rz. 101, 105.

<sup>12</sup> A.a.O., Rz. 70.

<sup>13</sup> A.a.O., Rz. 75.

<sup>14</sup> A.a.O., Rz. 95.

<sup>15</sup> A.a.O., Rz. 98.

<sup>16</sup> AB 1997 IV S. 940 ff.

entierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie von Anfang an diejenigen Preise zu verstehen gewesen seien, die ein Netzbetreiber für den zeitgleichen Bezug von Graustrom bei Dritten tatsächlich bezahle respektive für einen Mehrbezug im Umfang der Einspeisung durch die betroffene Energieerzeugungsanlage bezahlen müsste.<sup>17</sup>

- 20 Art. 2b EnV, so die ECom, gehe inhaltlich nicht über den Normgehalt von Art. 7 Abs. 2 EnG hinaus und präzisiere einzig, dass die vermiedenen Kosten des Netzbetreibers massgebend seien.<sup>18</sup>

### C. Gesetzesentwurf E-EnG

- 21 Die im bisher geltenden EnG einschlägige Bestimmung in Art. 7 wird im E-EnG in Art. 15 verankert (in der Botschaft des Bundesrats noch Art. 17). Art. 15 E-EnG regelt die Abnahme- und Vergütungspflicht der Netzbetreiber für Elektrizität und Biogas. Netzbetreiber und Produzenten müssen die Anschlussbedingungen vertraglich festhalten und darin insbesondere die Anschlusskosten, die maximale Einspeiseleistung und die Vergütung regeln. Zudem ist festzuhalten, ob der Produzent sämtliche Energie ins Netz einspeist oder ob er einen Teil davon vor Ort selber verbraucht.<sup>19</sup>

- 22 Der Wortlaut des revidierten Art. 15 E-EnG ist wie folgt:

*"Abnahme- und Vergütungspflicht:*

*<sup>1</sup> Netzbetreiber haben in ihrem Netzgebiet abzunehmen und angemessen zu vergüten:*

*a. die ihnen angebotene Elektrizität aus erneuerbaren Energien und aus fossil und teilweise fossil befeuerten Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen;*

*b. das ihnen angebotene Biogas.*

*<sup>2</sup> Die Pflicht zur Abnahme und Vergütung von Elektrizität gilt nur, wenn diese aus Anlagen stammt mit einer Leistung von höchstens 3 MW oder einer jährlichen Produktion, abzüglich eines allfälligen Eigenverbrauchs, von höchstens 5000 MWh.*

*<sup>3</sup> Können sich Netzbetreiber und Produzent über die Vergütung nicht einigen, so gilt für diese Folgendes:*

*a. Bei Elektrizität aus erneuerbaren Energien richtet sie sich nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität.*

*b. Für Elektrizität aus fossil und teilweise fossil befeuerten Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen richtet sie sich nach dem Marktpreis im Zeitpunkt der Einspeisung.*

<sup>17</sup> Verfügung 220-00007 der ECom vom 19. April 2016, Rz. 80 ff., 111.

<sup>18</sup> A.a.O., Rz. 113.

<sup>19</sup> BBl 2013 7667 f.

*c. Bei Biogas orientiert sie sich am Preis, den der Netzbetreiber für den Kauf bei einem Dritten zu bezahlen hätte.*

*<sup>4</sup> Dieser Artikel gilt auch, wenn die Produzenten eine Einmalvergütung (Art. 25) oder einen Investitionsbeitrag nach Artikel 26 oder 27 in Anspruch nehmen. Er gilt nicht, solange die Produzenten am Einspeisevergütungssystem (Art. 19) teilnehmen."*

- 23 Art. 15 E-EnG bezweckt, wie schon seine Vorgängerbestimmung (Art. 7 EnG), einen angemessenen Ausgleich der meist schwächeren Position von Produzenten mit verhältnismässig geringer Produktion gegenüber den Energieversorgungsunternehmen. Anlagen, die sich nicht für die Einspeisevergütung qualifizieren, haben das Recht, dass der eingespeiste Strom angemessen vergütet wird. Dadurch wird auch Betreibern kleiner Anlagen, welche nicht über genügend Verhandlungsmacht im freien Strommarkt verfügen, ein gewisser Schutz geboten. Es sollen zudem vor allem die Rahmenbedingungen für die Produktion aus erneuerbaren Energien verbessert werden. Die betroffenen Produzenten sollen für die Energie, die sie veräussern möchten, in jedem Fall einen Abnehmer haben, der ihnen einen angemessenen Preis bezahlt.<sup>20</sup>
- 24 Die vorgesehene Bestimmung stellt insoweit einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, als dass sie die Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum einen verpflichtet, die angebotene Energie einzukaufen, und zum andern die Grundsätze für die Höhe der Vergütung vorgibt.<sup>21</sup>
- 25 Die Vorschriften zur Vergütung der Einspeisung unterscheiden nach Energieträger. Die Elektrizität aus erneuerbaren Energien muss mindestens zu dem Preis vergütet werden, den ein Netzbetreiber für die sonstige Beschaffung der Elektrizität bezahlt, sofern entweder die Leistung der Anlage höchstens 3 MW beträgt oder maximal 5'000 MWh/Jahr ins Netz eingespeist werden (Abs. 2).
- 26 Im Übrigen sind die Parteien im Rahmen der Rechtsordnung frei, wie sie das Vertragsverhältnis ausgestalten wollen. Art. 15 E-EnG soll nur zur Anwendung kommen, wenn sich die Parteien über die fraglichen Punkte nicht einigen können (vgl. Abs. 3, der im Übrigen – abgesehen vom Begriff "Elektrizität" statt "Energie" – mit dem Wortlaut des geltenden Art. 2b EnV übereinstimmt); wo sie sich auf eine Vergütung einigen können, sind sie für die Verhandlung über die geschuldete Vergütung nicht an die Regeln des Art. 15 E-EnG gebunden.<sup>22</sup> Abs. 3 Bst. a sieht vor, dass für Elektrizität aus erneuerbaren Energien die Kosten für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität massgebend sind. Abs. 3 Bst. b zufolge bemisst sich die Vergütung für Elektrizität aus fossil und teilweise fossil befeuerten Wärme-Kraft-Koppelungsanlagen nach dem Marktpreis zum Zeitpunkt der Einspeisung. Dieser richtet sich wieder-

<sup>20</sup> BBl 2013 7626, 7667 f.

<sup>21</sup> BBl 2013 7667.

<sup>22</sup> A.a.O.



um nach den Preisen am Spotmarkt im Day-ahead-Handel. Gemäss Abs. 3 Bst. c ist für die Vergütung von Biogas derjenige Preis massgebend, den der Netzbetreiber einem Dritten für Biogas zu bezahlen hätte.<sup>23</sup>

#### **D. Parlamentsvoten**

27 Der Wortlaut von Art. 15 E-EnG entspricht in seiner vom Parlament am 30. September 2016 verabschiedeten Fassung weitgehend dem vom Bundesrat mit der Botschaft ausgearbeiteten Gesetztext.

28 Die Fassung des Bundesrates hatte als zweiten Satz in Abs. 1 vorgesehen, dass der Bundesrat energetische, ökologische und andere Mindestanforderungen festlegen könne, die von den Produzenten einzuhalten seien. Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat waren jedoch für die Streichung dieses Satzes.

29 Weiter hatte der Bundesrat für Abs. 3 Bst. a den folgenden Text vorgesehen:

*"a. Bei Elektrizität aus erneuerbaren Energien orientiert sie sich an den Preisen am Terminmarkt und trägt neben Angebot und Nachfrage auch den Eigenschaften der einzelnen Produktionsarten angemessen Rechnung; die Vergütungshöhe wird, in der Regel differenziert nach Lieferzeiträumen, jeweils für ein Jahr festgelegt und ist dem Produzenten rechtzeitig im Voraus bekanntzugeben."*

30 Diese Bestimmung wurde durch den Vorschlag des Ständerats als Zweitrat ersetzt, der vorsieht, dass bei Elektrizität aus erneuerbaren Energien sich die Vergütung nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität richten soll (vgl. oben Rz. 22).

31 Ständerat Ivo Bischofberger äusserte sich unter anderem wie folgt:

*"[...] Es stellt sich noch die Frage, wie der Preis effektiv festgelegt wird. In der Fassung des Bundesrates heisst es, dass er sich an den Preisen am Terminmarkt orientiert; es gibt ergo keine offizielle Festlegung durch irgendeinen behördlichen Akt. In der Variante des Nationalrates müsste der Bundesrat diese Preise ein Jahr im Voraus national festlegen. Ein Jahr im Voraus heisst aber, dass der Prozess zwei Jahre vorher einsetzen müsste, weil es eine Ämterkonsultation, entsprechende Anhörungen usw. und sodann eine zweite Ämterkonsultation und schliesslich eben den Bundesratsentscheid bräuchte."*

*Zusammengefasst entspricht der Antrag der Mehrheit unserer Kommission im Wesentlichen dem Modell des Bundesrates. Dieses ist marktnah, indem es primär darauf setzt, dass sich die Par-*

---

<sup>23</sup> BBI 2013 7669 f.

*teien unter sich einigen. Nur subsidiär kommt für kleine Produzenten eine minimale Abnahmegarantie zu marktorientierten Konditionen zum Zug.[...]"<sup>24</sup>*

- 32 Der Nationalrat schloss sich in der Folge punkto Rückspeisevergütung dem Ständerat an. Bundesrätin Doris Leuthard äusserte sich zum Vorschlag des Ständerats wie folgt:

*"[...] Wir haben in Artikel 17 Absatz 3 [jetzt Art. 15 Abs. 3] eine Konzeption, die der Ständerat noch verfeinert hat, welche die Mehrheit Ihrer Kommission übernimmt. Wir meinen, das entspricht in der Praxis den Kosten, die vermeidbar sein können, und der Beschaffung gleichwertiger Elektrizität, die hier dann zusätzlich im Einzelfall sinnvoll erscheint. Wir haben hier in Artikel 17 noch eine Lösung, welche den kleinen Produzenten die Möglichkeit der Veräusserung des von ihnen produzierten Stroms zu fairen Preisen garantieren soll. Der Bundesrat wird dieses Förderinstrumentarium mit Absatz 2 somit noch marktnäher ausgestalten können als heute, ohne die Bürokratie gegenüber den vielen kleinen Eigenstromerzeugern in belastender Art und Weise auszudehnen.*

*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. Diese Regelung würde im Sinne des Subsidiaritätsprinzips auch die Berechnung des Tarifs den Netzbetreibern überlassen. Auch das ist ein Marktansatz. Es ist unsinnig, dass der Staat, der Bundesrat solche Tarifberechnungen vornehmen müsste, und deshalb ist dieser Systemwechsel zurück zum marktorientierten Modell, wie ihn der Ständerat beschlossen hat, empfehlenswert.[...]"<sup>25</sup>*

- 33 In einer früheren Sitzung hatte sich Doris Leuthard zudem wie folgt geäußert:

*"[...] Artikel 17 ist wie Artikel 7 des heutigen Energiegesetzes eine Grundnorm, die den kleinen Produzenten die Möglichkeit zur Veräusserung des von ihnen produzierten Stroms zu fairen Preisen garantieren soll. Wir wollen aber das ganze Instrumentarium marktnäher ausgestalten, und das bedeutet eben, dass auch diese allgemeine Abnahmepflicht nach Artikel 17 marktnäher ausgestaltet ist. Ich habe gesagt, der vorliegende Artikel 17 entspreche*

<sup>24</sup> Ständerat, Herbstsession 2015 (13.074), zehnte Sitzung vom 22.09.15, S. 7.

<sup>25</sup> Nationalrat, Frühjahrssession 2016 (13.074), dritte Sitzung vom 02.03.16, S. 12.

*dem geltenden Artikel 7 des Energiegesetzes. Dieser Artikel 7 wurde seinerzeit im Rahmen des Erlasses des Stromversorgungsgesetzes aufgenommen und bildet einen integralen Bestandteil der Stromgesetzgebung. Das hat das Bundesgericht zu Recht als eine abschliessende Bundesregelung anerkannt, die keinen Raum für kantonale Regelungen mehr lässt. [...]"<sup>26</sup>*

34 Nationalrat Stefan Müller-Altermatt äusserte sich wie folgt:

*"[...] In Artikel 17 geht es um die Abnahme- und Vergütungspflicht. Strittig ist heute einzig Absatz 3, welcher definiert, wie der "sichere Hafen" aussehen soll, welchen wir den dezentralen Produzenten bieten, weil sie keine Marktmacht haben." [...]"<sup>27</sup>*

35 Eine nicht ganz klar einzuordnende Meinung vertrat Nationalrat Roger Nordmann. Diese Meinung blieb aber soweit erkennbar ohne Gefolgschaft im Parlament:

*[...] "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.*

*Il reste une marge décente entre les 7 et 8 centimes auxquels il achète l'énergie au producteur décentralisé et les 9 centimes auxquels il la revend au voisin. Cela vaut d'ailleurs aussi pour le modèle d'approvisionnement garanti, au cas où la deuxième étape de libéralisation du marché de l'électricité devait être décidée.*

*La proposition de la minorité Schilliger vise à ce que cette reprise ait lieu sur la base du marché de gros. Concrètement, dans l'exemple précédent, cela signifie que l'énergie pourrait être reprise à un tarif de 3 centimes, malgré le fait qu'elle est ensuite revendue au prix de 9 centimes au voisin dans le réseau à basse tension. La majorité de la commission estime que c'est une source d'enrichissement illégitime pour l'exploitant de réseau et que si Monsieur Dupont achète de l'énergie générée physique-*

<sup>26</sup> Nationalrat, Herbstsession 2016 (13.074), erste Sitzung vom 12.09.16, S. 10.

<sup>27</sup> Nationalrat, Frühjahrssession 2016 (13.074), dritte Sitzung vom 02.03.16, S. 14.

*ment par son voisin Monsieur Müller, une marge de 10 à 15 pour cent suffit pour l'électricien.[...]"<sup>28</sup>*

## **E. Verordnungsentwurf E-EnV**

36 Art. 13 E-EnV lautet wie folgt:

*Vergütung:*

*<sup>1</sup> Bei der Vergütung für Elektrizität aus erneuerbaren Energien richten sich die Kosten, die der Netzbetreiber für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität vermeidet, nach den Kosten des Bezugs bei Dritten und den Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen.*

*<sup>2</sup> Bei der Vergütung für Elektrizität aus fossil und teilweise fossil befeuerten Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen ergibt sich der Marktpreis aus den Stundenpreisen am Spotmarkt im Day-ahead-Handel für das Marktgebiet Schweiz.*

37 Das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hält in seinem erläuternden Bericht zur Totalrevision der EnV fest, dass die im EnG für die Vergütung für Elektrizität aus erneuerbaren Energien vorgesehenen vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie den Bezugskosten für die Beschaffung der Elektrizität und/oder den Gestehungskosten entsprechen, wenn er die Elektrizität (auch) selber produziere. Die Gleichwertigkeit bestimme sich allein mit Bezug auf die technischen Eigenschaften der Elektrizität als solche: Die Energiemenge, das Leistungsprofil und die Steuer- und Prognostizierbarkeit der Produktion seien damit die relevanten Faktoren. Die Herkunft der Elektrizität spiele hingegen keine Rolle. Die Frage, ob die Höhe der Vergütung diesen Kriterien gerecht werde, lasse sich anhand der Elektrizitätstarife, die ein Netzbetreiber seinen Kunden in Rechnung stellt, leicht kontrollieren, da namentlich in der Grundversorgung die Tarife ebenfalls den Gestehungskosten entsprechen müssten (Art. 4 Abs. 1 StromVV). So könne beispielsweise die Vergütung für eine Photovoltaikanlage auf einem Einfamilienhaus anhand des Energietarifs, den der Endverbraucher in ebendiesem Einfamilienhaus bezahlt, grundsätzlich auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden. Die Vergütung und der Energietarif müssten aber nicht exakt übereinstimmen, da der Energietarif auch Vertriebskosten, ökologische Mehrwerte und Deckungsdifferenzen beinhalten könne. Im Streitfall werde der Netzbetreiber seine Beschaffungskosten der ElCom unterbreiten müssen.<sup>29</sup>

38 Aufgrund der neuen Vorgaben im EnG werde in Absatz 2 der revidierten Verordnungsbestimmung festgelegt, dass die Vergütung für die

<sup>28</sup> A.a.O., S. 15 f.

<sup>29</sup> Erläuternder Bericht des UVEK zur Totalrevision der Energieverordnung vom Februar 2017, S. 14.

Elektrizität aus fossil und teilweise fossil befeuerten WKK-Anlagen dem Preis am Spotmarkt im Day-ahead-Handel entspreche.<sup>30</sup>

### **III. RECHTLICHE BEURTEILUNG**

#### **A. Auslegung von Art. 7 EnG und Art. 2b EnV**

39 Der bestehende Art. 7 Abs. 2 EnG schreibt vor, dass für die Einspeisevergütung die marktorientierten Bezugspreise für gleichwertige Energie massgebend sind. Eine grammatikalische Auslegung des Wortlauts führte die ElCom zum Schluss, dass mit "marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie" nur der Preis für den Einkauf von Energie bei Dritten relevant sein kann, was wiederum für den Einbezug von Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen in die Berechnung keinen Raum lässt<sup>31</sup>.

40 Der auf Art. 7 Abs. 2 EnG gestützte Art. 2b EnV in der geltenden Fassung geht inhaltlich nicht über den Normgehalt von Art. 7 Abs. 2 EnG hinaus und präzisiert lediglich, dass die vermiedenen Kosten des Netzbetreibers massgebend seien.

41 Die in Art. 7 Abs. 1 und 2 EnG verankerte Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers hat zum Zweck, den Produzenten administrativ zu entlasten, indem dem Produzenten die Möglichkeit gegeben werden soll, seine eingespeiste Energie jederzeit zu verkaufen. Wie treffend von der ElCom ausgeführt, ist es nicht der Zweck der Bestimmung, den Produzenten zu subventionieren, sondern ihm den Preis zu vergüten, den der Netzbetreibers auch andere Lieferanten bezahlen würde (vgl. oben Rz. 17).

42 Die von der ElCom als gesetzeswidrig qualifizierte Vollzugshilfe vom Januar 2015 (vgl. oben Rz. 14) wurde inzwischen revidiert und verweist nun auf eine Mitteilung der ElCom vom 19. September 2016<sup>32</sup>, in der festgehalten wird, dass die marktorientierten Bezugspreise für gleichwertige Energie, und nicht die Gestehungskosten allfälliger Eigenproduktionen der Netzbetreiber, massgebend für die Vergütung sind.

#### **B. Auslegung von Art. 15 E-EnG und Art. 13 Abs. 1 E-EnV**

43 Fraglich ist, ob Art. 15 E-EnG einen Wortlaut bzw. eine Entstehungsgeschichte aufweist, die neu eine abweichende Berechnungsgrundlage für die Einspeisevergütung zulassen, wie dies in Art. 13 Abs. 1 E-EnV vorgesehen ist.

---

<sup>30</sup> A.a.O.

<sup>31</sup> Vgl. zum Ganzen vorne Verfügung 220-00007 der ElCom vom 19. April 2016.

<sup>32</sup> Mitteilung "Rückliefervergütung gemäss Art. 7 Abs. 2 Energiegesetz" der ElCom vom 19. September 2016.

## 1. Wortlaut und Materialien

- 44 Im Rahmen der Auslegung einer neuen Bestimmung kommt den Materialien grosses Gewicht zu.<sup>33</sup> Wie oben ausgeführt, war sich das Parlament darin weitestgehend einig, dass marktorientierte Bedingungen gelten sollten, welche den kleinen Produzenten die Möglichkeit der Veräusserung des von ihnen produzierten Stroms zu "angemessenen" Preisen garantieren (vgl. oben 27 ff.). Eine Ausnahme bildet dabei das Votum von Roger Nordmann, der die Ansicht zu vertreten scheint, dass sich die Vergütung nach den Endkundenpreisen zu orientieren habe (vgl. oben Rz. 35). Dieses Votum blieb ohne Gefolgschaft im Parlament und ohne Niederschlag im Gesetzestext. Unklar ist bei Roger Nordmanns Votum, ob es sich um ein blosses Missverständnis oder tatsächlich um eine abweichende Meinung handelt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine parlamentarische Meinung, die im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden hat, für die Auslegung der entsprechenden Bestimmung nicht von Relevanz.<sup>34</sup> Aus diesem Grund kann vorliegend das Votum Nordmann für die Auslegung von Art. 15 E-EnG für die vorliegende Untersuchung nicht massgeblich sein. Dieser (allfälligen) abweichenden Meinung steht eine klar konturierte Mehrheitsmeinung gegenüber: Das bisherige System soll grundsätzlich weitergeführt und etwas näher an den Markt geführt werden. Die Schaffung einer neuen Subvention ist nicht intendiert.
- 45 Die Entstehungsgeschichte hat soweit auch im Gesetzestext ihren Niederschlag gefunden. Art. 15 E-EnG weist keine wesentlichen Änderungen zu Art. 7 EnG auf (vgl. auch oben Votum Doris Leuthard, Rz. 33) und enthält keine inhaltliche Neuerung, die eine grundsätzlich andere Berechnungsbasis für die Einspeisevergütung vorsieht. Weder der Wortlaut von Art. 15 E-EnG noch die parlamentarischen Debatten lassen den Schluss zu, dass der Gesetzgeber von den bisherigen Kriterien für die Berechnung der Einspeisevergütung abweichen wollte. Sowohl in Art. 15 Abs. 3 Bst. a ("vermiedene Kosten"), Bst. b ("Marktpreis") und Bst. c ("Preis, den der Netzbetreiber für den Kauf bei einem Dritten zu bezahlen hätte") werden die bisherigen Berechnungsmassstäbe weitergeführt. Die Materialien enthalten keinerlei Hinweise dazu, dass der Gesetzgeber einen Systemwechsel für die Berechnung der Vergütung einführen wollte.
- 46 Art. 13 Abs. 1 E-EnV sieht für die Berechnungsgrundlage demgegenüber einen Systemwechsel vor, indem er die Berücksichtigung der Gestehungskosten für die eigenen Produktionsanlagen einführt. Wie die ursprüngliche und von der ElCom als gesetzeswidrig qualifizierte Vollzugshilfe des BFE zu Art. 7 Abs. 2, geht auch Art. 13 Abs. 1 E-EnV über die Grenzen des Gesetzes hinaus und stellt auf eine Berechnungsbasis

---

<sup>33</sup> BGE 141 II 262, E. 4.2; BGE 139 III 98, E. 3.1.

<sup>34</sup> BGE 136 I 297, E. 4.1.

- ab, die vom (diesbezüglich unveränderten) Gesetz nicht vorgesehen ist.
- 47 Entscheidend ist zunächst, dass sich die Entschädigung nach den vermiedenen Kosten richtet. Bereits dieser (unveränderte) Ansatz schliesst es konzeptionell aus, eigene Gestehungskosten als Vergütungsbasis heranzuziehen. Gestehungskosten eigener Kraftwerke sind im Wesentlichen nicht variable, sondern fixe Kosten. Darunter fallen insbesondere Kapitalkosten und bei Wasserkraftwerken auch die Wasserzinsen.<sup>35</sup> Beide Kostenarten können durch eine Drosselung der Produktion nicht gesenkt werden. Es entstehen somit durch eine abnahmepflichtige Einspeisung keine vermiedenen Kapital- und Wasserzinskosten. Die vermiedenen variablen Kosten sind in der Regel unbedeutend. Es dürfte weder im Sinn der parlamentarischen Mehrheit noch im Sinn des Votums Nordmann sein, dass die Vergütung lediglich auf Basis der vermiedenen variablen Kosten berechnet wird. Vermiedene Kosten können daher bereits konzeptionell nur Kosten einer Drittbeschaffung sein. Nur Beschaffungskosten können überhaupt in bedeutendem Umfang vermieden werden.
- 48 Weiter verlangt der Gesetzeswortlaut, dass die vermiedenen Kosten auf der Beschaffung gleichwertiger Elektrizität beruhen. Auch hier gibt der Wortlaut die parlamentarische Diskussion korrekt wider, indem von Beschaffung (bei Dritten) und eben nicht von eigenen Gestehungskosten die Rede ist. Für dieses Verständnis spricht zusätzlich, dass der Begriff "Beschaffung" bereits im heute gültigen Art. 2b EnV verwendet wird und dort gemäss Verfügung der ElCom vom 19. April 2016 im Sinne von Drittbezugskosten zu verstehen ist. Es ist daher naheliegend, dass der Gesetzgeber, der den Begriff in Art. 15 E-EnG weiterverwendet, die gleiche Verständnis weiterführt. Hätte er einen Systemwechsel angestrebt, hätte er dies im Gesetz mit einer klar abweichenden Formulierung zum Ausdruck bringen müssen.
- 49 Sodann stellt der Wortlaut klar, dass es sich um die Beschaffung des Netzbetreibers handelt. Es geht also nicht um die Beschaffung des Endkonsumenten.
- 50 Die in Art. 13 E-EnV vorgesehene Ausdehnung der Beschaffungskosten auf die eigenen Gestehungskosten findet damit keine Stütze im Wortlaut des Gesetzes.
- 51 Auch die Ansicht des UVEK, dass sich die Höhe der Vergütung anhand der Tarife, die der Netzbetreiber seinen Kunden in Rechnung stellt, zu bemessen hat<sup>36</sup>, erscheint in Anbetracht des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte von Art. 15 E-EnG nicht begründet und nicht im Sinne

---

<sup>35</sup> BFE, Schlussbericht: Kostenstruktur und Kosteneffizienz der Schweizer Wasserkraft vom 1. Dezember 2014, S. 16 ff.

<sup>36</sup> Erläuternder Bericht des UVEK zur Totalrevision der Energieverordnung vom Februar 2017, S. 14.

des Gesetzgebers. Die Tarife stellen die Beschaffungskosten der Endverbraucher dar. Das Gesetz stellt aber auf die Beschaffungskosten der Netzbetreiber ab.

## 2. Fehlende Gesetzesgrundlage für Subventionierung

52 Aus den Materialien und aus der Vorgeschichte des bestehenden Art. 7 EnG ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit der Abnahme- und Vergütungspflicht einen Ausgleich für eine ansonsten schwache Verhandlungsposition der Einspeiser gesucht hat. Weder das bestehende noch das neue Gesetz bezwecken aber eine Subventionierung der Einspeiser. Vielmehr wird in verschiedenen parlamentarischen Voten sogar klargestellt, dass das Vergütungssystem näher an den Markt geführt werden soll. Eine Vergütung zu Gestehungskosten des Netzbetreibers wäre aber unter heutigen Marktbedingungen eine Subvention, da die Einspeiser mehr erhalten würden, als am Markt. Eine solche Subventionierung ist eine wichtige Norm, die die Basis in einem formellen Gesetz benötigt. Sie kann nicht in einer Verordnungsbestimmung eingeführt werden.

53 Gemäss dem im Art. 164 der Bundesverfassung (BV) verankerten Erfordernis der Gesetzesform sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen. Damit ist ein Gesetz, das vom Parlament, und unter Umständen unter Mitwirkung des Volkes, erlassen worden ist, gemeint.<sup>37</sup> Subventionen sind Instrumente der Verhaltenssteuerung und damit wichtige Bestimmungen, die auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen müssen.<sup>38</sup> Bei wiederkehrenden Subventionen oder solchen mit einem grossen Empfängerkreis müssen der Gegenstand der Subvention, der Empfängerkreis und die Anspruchsvoraussetzungen zumindest in den Grundzügen in einem formellen Gesetz festgelegt werden. Solche Bestimmungen betreffen wichtige Rechte der Bürgerinnen und Bürger und ebensolche Leistungen des Bundes, weshalb eine (blosse) Regelung auf Verordnungsstufe nicht ausreichen kann und mit Art. 164 Abs. 1 Bst. c und e BV nicht vereinbar ist.<sup>39</sup>

## 3. Verfassungskonformität

54 Die Vergütungspflicht für die abzunehmende Elektrizität ist zudem im verfassungsrechtlichen Kontext einzuordnen. Die Vergütung nach Art. 15 E-EnG wird nicht staatlich finanziert, sondern ist von den Netzbetreibern zu tragen. Soweit – und nur soweit – die jeweiligen Netzbetreiber über Kunden in der Grundversorgung verfügen, können sie die daraus entstehenden Kosten in die Preiskalkulation der Grundversor-

<sup>37</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, S. 82 f. m.H. auf BGE 132 I 157, E. 2.2.

<sup>38</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, S. 568.

<sup>39</sup> MÄCHLER, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, S. 880 ff.



gungstarife einrechnen. Dabei sind aber zwei bedeutende Einschränkungen zu beachten:

- 55 Erstens setzt dies voraus, dass der jeweilige Netzbetreiber über Endkunden in der Grundversorgung verfügt. Dies ist insbesondere auf höheren Netzebenen keineswegs zwingend. Ohne grundversorgte Endkunden müsste der Netzbetreiber die abgenommene Elektrizität auf dem Markt verkaufen. Er kann also maximal einen Marktpreis lösen. Im Umfang der den Marktpreis übersteigenden Vergütung würde er einen Verlust erleiden. Eine solche Verlusttragung wäre eine unverhältnismässige und unzumutbare Belastung der Netzbetreiber und damit eine Verletzung sowohl der Wirtschaftsfreiheit als auch der Eigentums-garantie.<sup>40</sup>
- 56 Zweitens ist in diesem Kontext ein neuerer Bundesgerichtsentscheid zur Berechnung der Grundversorgungstarife zu berücksichtigen.<sup>41</sup> Danach sind für die Berechnung der Grundversorgungstarife nicht nur die Gestehungs- und Beschaffungskosten massgebend. Vielmehr müssen die günstigeren Marktbeschaffungen anteilig auch den grundversorgten Endkunden zugutekommen. Die Folge daraus ist, dass nicht alle Kosten auf die grundversorgten Endkunden überwält werden können.<sup>42</sup>
- 57 Soweit aber diese Zusatzkosten für die Finanzierung der Vergütungspflicht auf grundversorgte Endkunden überwält werden, entstehen diesen zusätzlichen Kosten, die im Gesetz nicht vorgesehen sind. Wenn die Netzbetreiber – wie im Gesetz vorgesehen – vermiedene Beschaffungskosten vergüten, ist dies für die Endkunden kostenneutral. Wenn aber – wie in der Verordnung vorgesehen – der Netzbetreiber mehr vergüten müsste, als er einsparen kann, so würde dies zu einer Verteuerung der Grundversorgung führen. Dafür fehlt die gesetzliche Grundlage. Die Subventionierung über die KEV, respektive deren Nachfolgerin, das Einspeisevergütungssystem gemäss Art. 19 ff. E-EnG, ist als abschliessendes Förderinstrumentarium gedacht (vgl. so explizit Votum Doris Leuthard, Rz. 33). Die weitergehende Förderung zu Lasten (zufällig in einem bestimmten Netzgebiet sich befindenden Endverbraucher) hat keine gesetzliche Grundlage.

#### **IV. SCHLUSSFOLGERUNG**

- 58 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Einspeisevergütung für erneuerbare Energien, wie sie in Art. 13 Abs. 1 E-EnV vorgesehen ist, nicht gesetzeskonform ist. Sie steht nicht im Einklang mit dem Wortlaut und Konzept des ihr zugrundeliegenden Art. 15 E-EnG, der den Einbezug von Gestehungskosten in die Berechnungsbasis nicht vorsieht. Konzeptionell knüpfen das neue wie schon das bestehende

<sup>40</sup> Zum Ganzen vgl. auch SCHOLL, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, S. 509 ff.

<sup>41</sup> BGE 142 II 451.

<sup>42</sup> Vgl. zum Ganzen Kathrin Föhse, Entscheidbesprechung zum Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juli 2016, vonRoll casting gegen CKW, AJP 2016, S. 1709, 1722.

VISCHER

Recht ausdrücklich an den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers an. Bei eigenen Kraftwerken können durch eine Drosselung der Produktion lediglich die variablen Kosten aber nicht die Fixkosten (insbesondere Kapitalkosten und Wasserzinsen) vermieden werden. Bereits aus dem Konzept, dass das Gesetz auf die vermiedenen Kosten abstellt, ergibt sich somit, dass die Kosten der Beschaffung bei Dritten die relevante Kostenbasis sein müssen. Gestehungskosten der eigenen Produktion können nur in einem geringfügigen Umfang vermieden werden.

- 59 Das war im Ergebnis auch bereits das Verständnis der ElCom in Zusammenhang mit Art. 7 EnG und Art. 2b EnV. Es bestehen weder im Wortlaut noch in den Materialien Hinweise, dass unter dem neuen Art. 15 E-EnG eine Abkehr vom Ansatz der vermiedenen Beschaffungskosten im Sinne der Kosten für den Kauf bei Dritten beabsichtigt wäre. Vielmehr knüpft der Wortlaut von Art. 15 E-EnG nahtlos an Art. 2b EnV an.
- 60 Auch die teilweise vertretene Auffassung, dass Tarife für die Endkonsumenten in der Berechnung der Vergütung berücksichtigt werden sollten, ist ohne Grundlage im Gesetz. Das wird nur schon damit ausgeschlossen, dass das Gesetz explizit auf die Beschaffungskosten des Netzbetreibers und eben nicht auf die Kosten des Endkunden abstellt.
- 61 Art. 13 Abs. 1 E-EnV geht über seine Grundlage in Art. 15 E-EnG hinaus und schafft mit dem Einbezug von Gestehungskosten in die Vergütungsberechnung eine Subvention zugunsten der Einspeiser, für die eine gesetzliche Grundlage fehlt. Aus der parlamentarischen Debatte wird ebenfalls deutlich, dass der Gesetzgeber keine Subvention beabsichtigt hat.

\*\*\*\*\*