

Phyllis Scholl

Regulierung der Grundversorgungstarife

Gemäss Vorgabe der ElCom, nun bestätigt durch das Bundesgericht, dürfen Verteilnetzbetreiber die Kosten ihrer Eigenproduktion und der langfristigen Bezugsverträge nicht vollständig in die Grundversorgungstarife einrechnen. Diese Vorgabe führt zu Konsequenzen, welche politisch vermutlich nicht gewollt sind und entsprechend derzeit vom Gesetzgeber beraten werden.

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen
Rechtsgebiete: Energie- und Umweltrecht

Zitervorschlag: Phyllis Scholl, Regulierung der Grundversorgungstarife, in: Jusletter 19.
Dezember 2016

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Umsetzung des Urteils
 - 1. Einbezug der Handelsmengen?
 - 2. Einbezug back-to-back Geschäfte mit Marktkunden?
 - 3. Standardprodukte
 - 4. Relevanz gesellschaftsrechtlicher Strukturen
 - 5. Rückwirkende Anwendung?
- C. Aktuelle politische Diskussion
- D. Schlussbemerkungen

A. Einleitung

[Rz 1] Im Sommer 2016 erliess das Bundesgericht ein in der Elektrizitätsbranche lange erwartetes Urteil¹ zur Frage, ob ein Verteilnetzbetreiber (VNB) die Kosten seiner Eigenproduktion und seiner langfristigen Bezugsverträge² voll in die Tarife seiner grundversorgten Endverbraucher (Endkunden)³ einrechnen darf.⁴

[Rz 2] Gestützt auf Art. 6 Abs. 1 Stromversorgungsgesetz (StromVG)⁵ i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Stromversorgungsverordnung (StromVV)⁶ waren mehrere VNB der Auffassung, dass der Bedarf der grundversorgten Endkunden primär durch die eigene Produktion zu decken sei. Bloss wenn diese nicht ausreiche, seien Zukäufe am Markt zu tätigen und die Kosten dieser Zukäufe zusammen mit den Kosten der Eigenproduktion in die Tarife der Grundversorgung einzurechnen.

¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016 zur Publikation vorgesehen. Zur Prozessgeschichte: Das Verfahren geht zurück auf ein Gesuch eines grundversorgten Industriekunden (von Roll casting AG) an die ElCom um Überprüfung der für die Grundversorgung anrechenbaren Kosten eines VNB (Central-schweizerische Kraftwerke AG). Die ElCom verfügte die sog. «Durchschnittspreis-Methode». Dagegen erhob der VNB Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil vom 3. Juni 2015 stufte das Bundesverwaltungsgericht die Durchschnittspreis-Methode der ElCom als zu ungenau und daher unzulässig ein und wies die Sache zurück an die ElCom (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1107/2013 vom 3. Juni 2015 E. 9.2). Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhoben das UVEK (anstelle der nicht beschwerdebefugten ElCom) und der Industriekunde Beschwerde an das Bundesgericht.

² Die langfristigen Bezugsverträge werden in den weiteren Ausführungen dieses Beitrags nicht mehr erwähnt, da sie für die Zwecke der Berechnung des Grundversorgungstarifs mit der Eigenproduktion gleich gesetzt werden können. Siehe dazu die ElCom-Weisung 3/2012 vom 14. Mai 2012.

³ Die Stromversorgungsgesetzgebung unterscheidet drei Gruppen von Endverbrauchern: (1) Feste Endverbraucher, nämlich Haushalte und andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh; diese haben keinen Netzzugang, d.h. sie können ihren Stromlieferanten nicht frei wählen, haben aber Anspruch auf angemessene Tarife, sogenannte Grundversorgungstarife (Art. 6 Abs. 1 StromVG). (2) Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die auf die freie Lieferantwahl einstweilen verzichten; diese haben ebenfalls Anspruch auf Grundversorgungstarife (Art. 6 Abs. 1 StromVG). (3) Andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die von ihrem Recht auf freie Lieferantwahl Gebrauch machen (Art. 13 StromVG; sog. freie Kunden oder Marktkunden). Während die Netznutzungstarife infolge des natürlichen Netzmonopols für alle Endverbraucher durch das Stromversorgungsgesetz reguliert werden, werden die Elektrizitätstarife nur für die Endverbraucher mit Grundversorgung gesetzlich reguliert (Art. 6 StromVG; Art. 4 StromVV).

⁴ Das Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juli 2016 hatte noch weitere zentrale Themen zum Gegenstand: Die Beschwerdelegitimation von Endverbrauchern, zulässige Höhe von Vertriebskosten (anrechenbare Kosten inkl. Gewinn) in der Grundversorgung, Effizienzvergleich und Zulässigkeit von Einzelkennzahlen. Im Rahmen dieses Beitrags wird auf diese Themen nicht weiter eingegangen.

⁵ Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 StromVG: «Die Betreiber der Verteilnetze treffen die erforderlichen Massnahmen, damit sie in ihrem Netzgebiet den festen Endverbrauchern und den Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu **angemessenen Tarifen** liefern können.» Das StromVG äussert sich nicht weiter dazu, was als *angemessener Tarif* gilt.

⁶ Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 StromVV: «Der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung orientiert sich an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers.»

[Rz 3] Gestützt auf Art. 6 Abs. 1 i.V. mit Art. 6 Abs. 3⁷ und Art. 6 Abs. 5 StromVG⁸ lehnte das Bundesgericht die Auffassung des VNB ab⁹ und bejahte¹⁰ die Gesetzmässigkeit der sogenannten «Durchschnittspreis-Methode» der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom. Gemäss dieser Methode dürfen die Kosten der Eigenproduktion nicht vollständig den grundversorgten Endkunden zugeordnet werden, wenn der VNB neben den grundversorgten Endkunden auch Marktkunden hat. Vereinfacht lässt sich die Durchschnittspreis-Methode und der Unterschied zur bisherigen Praxis mehrerer VNB am folgenden, einfachen Zahlenbeispiel darlegen¹¹:

Kosten der Beschaffung	
<ul style="list-style-type: none"> • Eigenproduktion: 6 Rp./kWh¹² • Beschaffung am Markt: 3.5 Rp./kWh 	
Anteil Eigenproduktion am Gesamtabsatz	
<ul style="list-style-type: none"> • 50% 	
Durchschnittliche Beschaffungskosten	
<ul style="list-style-type: none"> • 4.75 Rp.¹³ 	
Kundenstruktur	
<ul style="list-style-type: none"> • Grundversorgte Kunden: 70% • Marktkunden: 30% (Anteil kWh am Gesamtabsatz) 	
In der Grundversorgung anrechenbare Beschaffungskosten	
Bei Durchschnittspreis-Methode: 4.75 Rp./kWh	Bei vollständiger Anrechnung der Eigenproduktion: 5.28 Rp./kWh ¹⁴
Effekt auf VNB: Deckung der Beschaffungskosten	
Bei Durchschnittspreis-Methode: <ul style="list-style-type: none"> • Verkauf von 70% zu 4.75 Rp./kWh • Verkauf von 30% zu 3.5 Rp./kWh¹⁵ Durchschnittlicher Verkaufspreis: 4.38 Rp./kWh ⇒ liegt unter den durchschnittlichen Beschaffungskosten ⇒ keine Kostendeckung	Bei Eigenproduktion voll in Grundversorgung: <ul style="list-style-type: none"> • Verkauf von 70% zu 5.28 Rp./kWh • Verkauf von 30% zu 3.5 Rp./kWh Durchschnittlicher Verkaufspreis: 4.75 Rp./kWh ⇒ entspricht den durchschnittlichen Beschaffungskosten ⇒ Kostendeckung

⁷ Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 StromVG: «Die Betreiber der Verteilnetze legen in ihren Netzgebieten für feste Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik, die von der gleichen Spannungsebene Elektrizität beziehen, einen einheitlichen Elektrizitätstarif fest.»

⁸ Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 StromVG: «Die Betreiber der Verteilnetze sind verpflichtet, Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs anteilmässig an die festen Endverbraucher weiterzugeben.»

⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016 E. 5.2.6.

¹⁰ Das Bundesgericht formulierte dies zurückhaltender: «Insgesamt kann die von der ElCom im vorliegenden Verfahren angewandte Methode nicht als gesetzwidrig betrachtet werden. Es besteht daher diesbezüglich kein Grund für eine gerichtliche Korrektur [...] bzw. Rückweisung zur Neubeurteilung.» (Urteil des Bundesgerichts 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016 E.5.3). Folglich besteht die Möglichkeit, eine andere Methode anzuwenden. Aus Gründen der Rechtssicherheit und dem Gebot der Gleichbehandlung aller Marktakteure müssten Abweichungen von der Durchschnittspreis-Methode jedoch sehr gut begründbar sein. Hingegen ist die ElCom in Bezug auf die Vielzahl der offenen Fragen (siehe dazu Abschnitt B dieses Beitrags) frei und aufgefordert, die Durchschnittspreis-Methode sachgerecht zu verfeinern.

¹¹ Vgl. MARKUS FLATT, Bundesgericht bestätigt die ElCom-Praxis hinsichtlich der Grundversorgung, 17. August 2016, (http://www.evupartners.ch/evu/wp-content/uploads/2016/08/20160817_EVUP_BGer-Urteil-zur-Grundversorgung_final.pdf; Website zuletzt besucht am 15. Dezember 2016). Das Beispiel in diesem Beitrag berücksichtigt keine Vertriebskosten und keine Marge im Vertrieb.

[Rz 4] Diese Darlegung lässt erkennen, dass die Auswirkungen der Durchschnittspreis-Methode nicht für alle VNB gleich sind, sondern abhängig sind von der jeweiligen konkreten Situation des VNB in Bezug auf (1) Kosten der Beschaffung, (2) Anteil Eigenproduktion am Gesamtabsatz, (3) Kundenstruktur, (4) Differenz der Kosten der Eigenproduktion zu den Marktpreisen und (5) bisherige Praxis zu Kalkulation der Grundversorgungstarife.

[Rz 5] In der relativ typischen Konstellation eines VNB¹⁶ führt die Durchschnittspreis-Methode dazu, dass die grundversorgten Endkunden Anspruch auf tiefere Energietarife haben,¹⁷ der VNB als Folge davon weniger Einnahmen erzielt und evtl. sogar einen Verlust erleidet. Um diese negativen Folgen abzuwenden¹⁸, sind kausal «Folgefolgen» zu erwarten: Der VNB wird die Verträge mit seinen Marktkunden nicht erneuern und/oder die im Vergleich zum Marktpreis teure Eigenproduktion abbauen und nicht erneuern.

[Rz 6] Steigt der VNB aus dem Geschäft mit den Marktkunden aus, erhöhen sich die Grundversorgungstarife wieder. Wird die Eigenproduktion nicht erneuert¹⁹, steht dies – zumindest in Bezug auf die Wasserkraft – in einem Zielkonflikt zur Energiestrategie 2050, welche die erneuerbaren Energien stärken will. Darüber hinaus stellt sich die politische Frage, ob der bestehende Eigenversorgungsgrad der Schweiz erhalten bleiben soll.

[Rz 7] Das Bundesgericht wies in seinem Urteil ausdrücklich auf die negativen Folgen für die VNB hin; diese seien vom damaligen Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen worden.²⁰ Daher ist es am (heutigem) Gesetzgeber zu entscheiden, ob die negativen Auswirkungen für die VNB und vor allem die Folgefolgen tatsächlich gewollt sind. Der politische Prozess zur Meinungsbildung des Gesetzgebers ist denn auch bereits im Gang. Möglicherweise legiferiert der heutige Gesetzgeber, dass der VNB seine Eigenproduktion voll in die Grundversorgungstarife einrechnen darf und dies allenfalls auch für die vergangenen Jahre (siehe dazu Abschnitt C in diesem Beitrag).

[Rz 8] Bleibt es bei der Durchschnittspreis-Methode gilt es mehrere offene Umsetzungsfragen zu klären. Von der Klärung dieser Umsetzungsfragen hängt ab, wie negativ die Folgen der

¹² Gemäss ElCom-Praxis gilt analog zur Berechnung der anrechenbaren Kosten im Netzbereich auch im Energiebereich ein sogenanntes cost-plus Modell, wobei der «Energie-WACC» über dem «Netz-WACC» liegt. Vgl. Tätigkeitsbericht der ElCom für das Jahr 2012, S. 40.

¹³ Berechnung: $1/2$ der gesamten Energiemenge wird zu 3.5 Rp./kWh beschafft, $1/2$ zu 6 Rp./kWh. Durchschnittliche Beschaffungskosten pro kWh = Grundversorgungstarif gemäss Durchschnittspreis-Methode ($0.5 \cdot 6 + 0.5 \cdot 3.5 = 4.75$).

¹⁴ Berechnung: $(0.5 \cdot 6 + 0.2 \cdot 3.5) / 0.7$.

¹⁵ Ein Marktkunde ist in der Regel nicht bereit und in jedem Fall nicht verpflichtet, mehr als den Marktpreis zu bezahlen. Bietet der VNB dem Marktkunden nicht den Marktpreis an, schliesst der Marktkunden den Vertrag nicht mit dem VNB, sondern mit einem Dritten wie z.B. einem ausländischen Stromhändler. Da der Marktkunde seinen Stromlieferanten frei wählen kann, besteht zwischen den Marktkunden und den grundversorgten Kunden keine «Solidarität» in Bezug auf die Kosten der Schweizer Eigenproduktion.

¹⁶ D.h. Beschaffung mittels Eigenproduktion/langfristige Bezugsverträge, neben grundversorgten Kunden auch Marktkunden, Marktpreis deutlich unter Kosten Eigenproduktion/langfristige Bezugsverträge.

¹⁷ Der Anspruch besteht solange der VNB Marktkunden beliefert.

¹⁸ Viele VNB sind im Eigentum der öffentlichen Hand (Kantone und Gemeinden). Aus diesem Grund werden die negativen Folgen für die VNB allenfalls, entgegen der betriebswirtschaftlichen Logik, zugunsten (zumindest kurzfristig) tieferer Grundversorgungstarife bewusst hingenommen und folglich keine Massnahmen zur Abwendung der negativen Folgen getroffen.

¹⁹ Z.B. keine Erneuerung der Konzession nach Konzessionsende.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016 E. 5.2.6. Die kausalen Folgefolgen der negativen Auswirkungen für die VNB erwähnte das Bundesgericht nicht.

Durchschnittspreis-Methode für die VNB und die Folgefolgen tatsächlich sind.²¹ Die ElCom versandte am Tag der Veröffentlichung des Bundesgerichtsurteils einen Newsletter mit einigen Aussagen zur Umsetzung des Urteils. Daraufhin gelangten viele VNB mit Anschlussfragen an die ElCom. Kurz darauf versandte die ElCom einen weiteren Newsletter, in welchem die ElCom unter anderem die rückwirkende Anwendung des Bundesgerichtsurteils mitteilte.²² Da weiterhin bedeutende Umsetzungsfragen offen waren, lud die ElCom Mitte Oktober 2016 zu einer Anhörung ein. Die ElCom stellte in Aussicht, zu den Umsetzungsfragen bis Ende 2016 Stellung zu nehmen. Abschnitt B dieses Beitrages beleuchtet einige offene Umsetzungsfragen sowie das Thema der rückwirkenden Anwendung des Urteils.

B. Umsetzung des Urteils

1. Einbezug der Handelsmengen?

[Rz 9] Es stellt sich die Frage, welche Energiemengen in den für den Grundversorgungstarif massgeblichen Energieabsatz einzubeziehen sind: Bloss die Verkäufe an Endkunden oder auch die Umsätze im Handelsgeschäft mit Stromhändlern wie z.B. Weiterverteilern?

[Rz 10] Grössere VNB setzen aufgrund ihrer Handelstätigkeit Energiemengen um, welche (meistens substantiell) über dem Absatz zur Belieferung ihrer Endkunden liegen. Würde man Energiemengen, welche nicht der Belieferung der Endkunden des VNB dienen, auch in den für die Durchschnittspreis-Methode relevanten Energieabsatz einrechnen, wäre der Anteil der Eigenproduktion am Gesamtabsatz tiefer. Bei unter den Kosten der Eigenproduktion liegenden Marktpreisen würde der Einbezug der Handelsmengen zu noch tieferen Grundversorgungstarifen führen. Illustriert am obigen Beispiel: Wenn der Anteil der Eigenproduktion aufgrund des Einbezugs der reinen Handelsmengen in die Gesamtmenge 10% (statt 50%) beträgt, resultiert ein Grundversorgungstarif von 3.75 Rp./kWh (statt 4.75 Rp./kWh).

[Rz 11] Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 StromVG enthält keine Antwort auf die Frage, ob die reinen Handelsmengen einzubeziehen sind. Auch die Materialien enthalten dazu keine Hinweise. Gemäss der ratio legis von Art. 6 Abs. 5 StromVG ist meines Erachtens nur die vom VNB tatsächlich an seine Endkunden (grundversorgte Kunden und Marktkunden) gelieferte Energie in den für die Durchschnittspreis-Methode relevanten Gesamtabsatz einzubeziehen. Dies insbesondere aus folgenden Gründen:

- Würde man die reinen Handelsmengen einbeziehen, würde eine Energiemenge resultieren, die ein Vielfaches über dem Schweizer Landesverbrauch läge. Es wäre unlogisch, die selbe Energiemenge mehr als einmal in die Berechnung der Grundversorgungstarife der VNB einzubeziehen (z.B. im Fall vom Verkauf an einen Weiterverteiler auf Stufe des verkaufenden VNB und dann nochmals auf Stufe des kaufenden Weiterverteilers, welcher die Endkunden beliefert).
- Gemäss Bundesgericht partizipieren die grundversorgten Endkunden nicht nur an den Preisvorteilen des Marktpreises, sondern auch an den Preisnachteilen. Der Wortlaut von Art. 6

²¹ Angesichts der ökonomischen Relevanz der Umsetzungsfragen und angesichts der Vorgabe von Art. 164 BV wäre meines Erachtens nicht die ElCom, sondern der Gesetzgeber zur Regelung dieser Fragen berufen.

²² Newsletter der ElCom 8/2016 vom 25. August 2016.

Abs. 5 StromVG sagt dies zwar nicht aus, alles andere wäre jedoch gemäss Bundesgericht systemwidrig.²³ Folglich müssten bei Marktpreisen über den Eigenproduktionskosten und bei Einbezug der reinen Handelsmengen die grundversorgten Endkunden höhere Grundversorgungstarife bezahlen, als wenn die reinen Handelsmengen nicht einbezogen würden. Dies würde dazu führen, dass der VNB in dieser Situation zulasten der grundversorgten Endkunden einen Gewinn erzielen könnte, was wohl nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

2. Einbezug back-to-back Geschäfte mit Marktkunden?

[Rz 12] Im Vertriebsgeschäft mit Marktkunden ist das sogenannte back-to-back Geschäft weit verbreitet. Das back-to-back Geschäft zeichnet sich dadurch aus, dass der VNB für den Marktkunden das (exakte oder ungefähre) Bedarfsprofil des Marktkunden am Markt ausschreibt, zum erhaltenen Marktangebot eine risikogerechte Marge²⁴ des VNB addiert und dann dem Marktkunden kurze Zeit (in der Regel 15 Minuten) einräumt, das Angebot zu akzeptieren. Nimmt der Marktkunde das Angebot an, beschafft der VNB die Energiemenge zwar in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, hat die kontrahierte Menge jedoch bereits an den Marktkunden weiterverkauft. Damit reduziert sich das Risiko des VNB erheblich, aber auch die Gewinnmargen sind entsprechend gering, da die Tätigkeit des VNB letztlich bloss in der Vermittlung von Angebot und Nachfrage liegt. Grosskunden mit direktem Zugang an die Strombörsen kaufen die von ihnen benötigten Strommengen denn auch direkt an den Strombörsen ein.

[Rz 13] Es ist zum Zeitpunkt der Publikation dieses Beitrages noch nicht geklärt, ob solche back-to-back Geschäfte in den für die Grundversorgungstarife relevanten Gesamtabsatz einzubeziehen ist.

3. Standardprodukte

[Rz 14] Im Jahr 2009 hatte die ElCom die Frage zu beurteilen, ob der VNB entscheiden kann, als Standardprodukt in der Grundversorgung z.B. 100% Wasserkraft anzubieten und die dafür notwendige Wasserkraft mittels Eigenproduktion oder Zertifikate bereitzustellen.²⁵ Hierzu entschied die ElCom wie folgt:

- Der Entscheid, welche Produkte angeboten werden, ist bundesrechtlich grundsätzlich dem Netzbetreiber überlassen.²⁶
- Die Angemessenheit eines Stromprodukts ist nach der konkret durch eine gewisse Herstellungsweise produzierten Elektrizität zu beurteilen.

²³ Urteil des Bundesgerichts 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016 E.5.2.8.

²⁴ Deckt u.a. das Gegenparteirisiko ab.

²⁵ Verfügung der ElCom vom 28. Mai 2009, 957-09-013.

²⁶ Im Jahr 2009 war der Marktpreis höher als die Kosten der Schweizer Eigenproduktion, die Situation also deutlich anders als heute. Am Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Netzbetreibers sollte dies jedoch nichts ändern.

- Die Auswahl der angebotenen Produkte darf die Grundversorgung nicht gefährden. Dementsprechend darf das Angebot nicht ausschliesslich aus teuren Produkten bestehen, welche für den durchschnittlichen Endverbraucher nicht mehr zahlbar wären.²⁷
- Eine weitergehende Pflicht zur Bereitstellung eines kostengünstigen Produkts lässt sich aus der Forderung nach einem angemessenen Tarif nicht ableiten.

[Rz 15] Im Lichte des Bundesgerichtsurteils zur Durchschnittspreis-Methode ist fraglich, ob die ElCom die Entscheidungsfreiheit des VNB weiterhin hoch hält oder ob sie die VNB verpflichtet will, in der Grundversorgung günstigere Graustrom-Produkte zur Wahl anzubieten. Anzumerken bleibt, dass sich das Bundesgericht zum Thema «Stromprodukte in der Grundversorgung» nicht äusserte.

4. Relevanz gesellschaftsrechtlicher Strukturen

[Rz 16] Einige VNB ziehen gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen in Betracht. Statt sich aus dem Geschäft mit den Marktkunden zurückzuziehen, soll dieses unabhängig vom Geschäft mit den grundversorgten Endkunden in einer separaten Gesellschaft weitergeführt werden. Es stellt sich die Frage, ob eine solche Umstrukturierung als rechtsmissbräuchlich gilt und folglich ein sog. Durchgriff Anwendung fände, was letztlich wieder zum Status Quo führen würde.

[Rz 17] Zu dieser Frage besteht keine Rechtsprechung, auch hat sich die ElCom zum Thema Umstrukturierung bisher kaum mitgeteilt. Anfangs 2015 äusserte die ElCom jedoch in einer Verfügung die Auffassung, dass die Eigentümerstruktur innerhalb eines Energieversorgers für die Bestimmung der Grundversorgungstarife keine Rolle spielen könne.²⁸ Gemeint war damit vermutlich, dass die für die Berechnung der Grundversorgungstarife relevanten Energiemengen über die Grenzen der Konzerngesellschaften hinweg zusammenzurechnen sind.

[Rz 18] Die Auffassung der ElCom erachte ich als richtig im Fall von klassischen Konzerngesellschaften mit einem tiefen Grad an Eigenständigkeit. Im Fall von selbständig agierenden Tochtergesellschaften ist es meines Erachtens jedoch nicht zulässig, für die Tarifbildung die Geschäftsaktivitäten über die Unternehmensgrenzen hinweg zusammenzurechnen; dies aus folgenden Gründen:

- Die Schweizer Rechtsordnung basiert auf dem Prinzip der rechtlichen Selbständigkeit einer juristischen Person. Der Durchgriff von einer juristischen Person auf die andere bzw. die Perspektive der wirtschaftlichen Zugehörigkeit bildet die Ausnahme.
- Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind für einen Durchgriff zwei Voraussetzungen notwendig:²⁹ (1) wirtschaftliche Beherrschung eines Rechtssubjekts und (2) rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Selbständigkeit der juristischen Person mit absichtlicher Schädigung Dritter. Die erste Voraussetzung ist in Konzernverhältnissen gegeben. Zentral ist folglich die zweite Voraussetzung. Hierzu Folgendes:

²⁷ Die ElCom nennt keine konkrete Differenz zu den durchschnittlichen Strompreisen, welche als noch zulässig erachtet würde. Wird ein «CH-Wasserkraft-Produkt» angeboten, das preislich zwar über dem europäischen Marktpreis liegt, aber noch im Rahmen der CH-Wasserkraftpreise, sollte dies meines Erachtens vertretbar sein, da für den Endverbraucher zahlbar.

²⁸ Verfügung der ElCom vom 22. Januar 2015, 211-00008 (alt: 957-09-127).

²⁹ Urteile des Bundesgerichts 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008, 5C.23/2000 vom 13. März 2000, 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012, 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, 4A_666/2015 vom 26. April 2016.

- Im Fall von tiefen Marktpreisen würden durch die «Ausgliederung der Marktkunden» die Geschäftsergebnisse im Geschäft mit den grundversorgten Endkunden verbessert.
- Steigen die Marktpreise über die Kosten der Eigenproduktion würden die grundversorgten Endkunden weiterhin zu den Kosten der Eigenproduktion beliefert und folglich von den höheren Marktpreisen «geschützt», was im Interesse der grundversorgten Endkunden ist und gerade keine absichtliche Schädigung beinhaltet.
- Eine absichtliche Schädigung wäre meines Erachtens erst dann gegeben, wenn die Ausgliederung eine Schein-Selbständigkeit wäre und der VNB die Selbständigkeit der Gesellschaft nur so lange aufrechterhalten würde, wie die Marktpreise unter den Kosten der Eigenproduktion liegen.

5. Rückwirkende Anwendung?

[Rz 19] In ihrem Newsletter 8/2016 teilte die ElCom mit, dass alle VNB ihre Grundversorgungstarife rückwirkend ab dem Tarifjahr 2013 zu korrigieren haben, dies in Anlehnung an Art. 128 Obligationenrecht (OR), wonach periodische Leistungen nach fünf Jahren verjähren. Fraglich ist, ob die Auffassung der ElCom betreffend rückwirkender Anwendung des Bundesgerichtsurteils gesetzeskonform ist.

[Rz 20] Für die Beantwortung dieser Frage ist der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 9 Bundesverfassung (BV) zentral: Private haben Anspruch darauf, dass ihre durch das Verhalten von Behörden begründeten Erwartungen nicht enttäuscht werden (Vertrauensschutz). Sind die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt, stünde dies einer rückwirkenden Anordnung der ElCom entgegen. Voraussetzungen des Vertrauensschutzes sind kumulativ (1) eine Vertrauensgrundlage³⁰, (2) keine Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage, (3) gestützt auf die Vertrauensgrundlage getätigte Investitionen (Vertrauensbetätigung) und (4) ein überwiegendes Interesse am Vertrauensschutz gegenüber öffentlichen Interessen.

[Rz 21] Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, an dieser Stelle Rechtsprechung und Lehre zu jeder Voraussetzung darzulegen und Fallkonstellationen zu subsumieren. Einige Anmerkungen sollen aber dennoch angebracht werden:

- *Vertrauensgrundlage*: Die ElCom hatte ihre Ansicht betreffend Berechnungsmethode der Energietarife (Durchschnittspreis-Methode) im Rahmen der Weisung 5/2008 (heute 3/2012) öffentlich gemacht. Gemäss der Weisung ist diese Berechnungsmethode im Normalfall anzuwenden, Abweichungen davon sind aber möglich. Die ElCom verlangt von den VNB jährlich die Einreichung der Formulare 5.1 «Berechnung Deckungsdifferenzen Energie» und 5.2 «Gestehungskosten und Wechselrate für Energielieferung». Hat ein VNB diese Formulare eingereicht und dabei die Kosten der Eigenproduktion vollständig der Grundversorgung zugeordnet und hat die ElCom im Rahmen ihrer Rückmeldung an den VNB nicht reagiert, dürfte wohl eine für den Vertrauensschutz relevante Vertrauensgrundlage vorliegen. Noch mehr

³⁰ Unter einer Vertrauensgrundlage ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst. Es kommt dabei nicht auf die Rechtsnatur eines staatlichen Aktes an, sondern auf dessen Bestimmtheitsgrad. Dieser muss so gross sein, dass der Private daraus die Informationen, welche für seine Dispositionen massgebend sind, entnehmen kann. Als Vertrauensgrundlage kommen demnach Verfügungen, Entscheide, verwaltungsrechtliche Verträge, aber auch Auskünfte, Zusagen und unter Umständen sogar lediglich das Dulden eines Zustandes durch eine Behörde in Frage. Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, 7. Auflage, 2016, Rz. 627 ff.

Gewicht erhält diese Überlegung durch den Umstand, dass die ElCom gegen einige VNB Verfahren eröffnet hat.

- *Keine Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage:* Die ElCom räumte sich in ihrer Weisung 5/2008 selbst Ermessen ein, indem die Weisung begründete Abweichungen von der Durchschnittspreis-Methode zulässt. Beanstandete die ElCom trotz Kenntnis des Sachverhalts (Formulare 5.1 und 5.2) die Vorgehensweise des VNB nicht, darf sich der Private vermutlich darauf verlassen, dass die Behörde ihr Ermessen ausübt und im Rahmen dieses Ermessens mit ihrer Duldung ihre Genehmigung zum Ausdruck bringt.
- *Vertrauensbetätigung:* Die VNB haben ihre Grundversorgungstarife gestützt auf die Angaben in den Formularen 5.1 und 5.2 berechnet und den Endkunden in Rechnung gestellt.
- *Überwiegendes Interesse am Vertrauensschutz gegenüber öffentlichen Interessen:* Das Interesse der grundversorgten Endkunden an tieferen Tarifen wiegt nicht per se höher als das Interesse des VNB in seinem Vertrauen in die Handlungen und Unterlassung der ElCom geschützt zu werden.

C. Aktuelle politische Diskussion

[Rz 22] Das Bundesgerichtsurteil zur Durchschnittspreis-Methode wurde wenige Wochen vor den parlamentarischen Schlussdebatten zur Energiestrategie 2050 veröffentlicht, deren langfristiges Ziel die sichere und klimaneutrale Stromversorgung ist. Das Urteil wurde am 12. September 2016 im Nationalrat im Rahmen der Diskussion zu Art. 31 nEnG³¹ thematisiert. Art. 31 nEnG steht im Kontext der sogenannten Marktprämie, welche Wasserkraftwerken zukommen soll, deren Kosten durch die Erlöse am Markt nicht mehr gedeckt werden können. Die Mittel für die Marktprämien werden mittels Netzzuschlag bei den Endverbrauchern (grundversorgte Kunden und Marktkunden) erhoben. Um die Mittel möglichst effizient einzusetzen, sollen gemäss Art. 31 nEnG diejenigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU), welche an grundversorgte Endkunden liefern können (und folglich aufgrund der kostendeckenden Grundversorgungstarife nicht den tiefen Marktpreisen ausgesetzt sind), keinen Anspruch auf Marktprämie haben.

[Rz 23] Der Wortlaut von Art. 31 nEnG gibt keine klare Antwort auf die Frage, ob die EVU die Kosten ihrer Eigenproduktion aus Wasserkraft voll in die Grundversorgung einrechnen dürfen resp. müssen.³² Im Lichte des Bundesgerichtsurteils zur Durchschnittspreis-Methode drängte sich diese Frage jedoch auf; es galt zu entscheiden, ob Art. 31 nEnG, der im Fall eines Inkrafttretens auf eine Dauer von fünf Jahren befristet ist, dem bestehenden Art. 6 Abs. 5 StromVG vorgeht. Die Voten von Nationalrat Müller-Altermatt und Nationalrat Nordmann sind klar: Art. 31 nEnG soll so verstanden werden, dass VNB mit eigener Wasserkraft-Produktion und grundversorgten Endkunden diese Wasserkraft in der Belieferung der grundversorgten Endkunden einsetzen müssen.³³ Der ElCom sind diese Voten bekannt; es ist zu erwarten, dass die ElCom für die Geltungs-

³¹ Die Referendumsfrist läuft noch bis zum 19. Januar 2017. Es ist zu erwarten, dass ein Referendum zu Stande kommt.

³² Da nicht alle Wasserkraftproduzenten Anspruch auf Marktprämie haben, sondern bloss die Betreiber von Grosswasserkraftanlagen mit einer Leistung von mehr als 10 MW (siehe Art. 30 nEnG), ist noch zu klären, ob bloss die Kosten der Grosswasserkraftanlagen oder die Kosten aller Wasserkraftanlagen voll in die Grundversorgungstarife eingerechnet werden dürfen.

³³ NR Müller-Altermatt, AB 2016 N 1248; NR Nordmann, AB 2016 N 1249.

dauer des Art. 31 nEnG diese Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 6 Abs. 5 StromVG erachten würde und folglich VNB mit eigener Wasserkraft-Produktion und grundversorgten Endkunden die Kosten dieser Eigenproduktion voll in die Grundversorgungstarife einrechnen dürfen.³⁴

[Rz 24] Die Durchschnittspreis-Methode wurde auch im Ständerat diskutiert, zunächst in der UREK-S und am 8. Dezember 2016 im Rat selbst. Die Kommission hatte dem Ständerat mit knapper Mehrheit die Streichung des Art. 6 Abs. 5 StromVG beantragt. Mit einer 2/3-Mehrheit ist der Rat dem Antrag der Kommission gefolgt und hat die Streichung von Art. 6 Abs. 5 StromVG beschlossen.³⁵ Die Diskussion und Beschlussfassung im Nationalrat steht noch aus. In knapper Form sollen hier die Voten im Ständerat für und gegen die Streichung von Art. 6 Abs. 5 StromVG aufgeführt werden.

[Rz 25] Voten **für** die Streichung (d.h. Eigenproduktion der VNB voll in Grundversorgungstarife):

- VNB mit Eigenproduktion würden ohne die Streichung von Art. 6 Abs. 5 StromVG gegenüber solchen ohne Eigenproduktion aufgrund der sehr tiefen Marktpreise massiv benachteiligt; sie würden nicht mehr wettbewerbsfähig sein. Dies sei problematisch, da im Rahmen der Energiestrategie 2050 die Wasserkraft gestützt werden soll.³⁶
- Konsistenz zu Art. 31 nEnG herstellen.³⁷

[Rz 26] Voten **gegen** die Streichung (d.h. Eigenproduktion der VNB nur teilweise in Grundversorgungstarife):

- Die grundversorgten Endkunden sollen nicht die «Zeche» zahlen für jene, die in den freien Markt gehen; Quersubventionierung zulasten der grundversorgten Endkunden soll vermieden werden.³⁸
- Auch die Marktkunden (grosse Unternehmen) müssen sich an den Kosten der Schweizer Eigenproduktion beteiligen (solidarisches Mittragen der Kosten). Der grundversorgte Endkunde muss nicht uneingeschränkt die Strompreise der Marktkunden subventionieren.³⁹

[Rz 27] Zusätzlich zur Streichung des Art. 6 Abs. 5 StromVG hat der Ständerat einer Übergangsbestimmung zugestimmt (Art. 33b nStromVG⁴⁰). Der Text dieser Übergangsbestimmung ist schwer verständlich; im Rat äusserte sich nur BR Leuthard zur Übergangsbestimmung. Gemäss dem Votum von BR Leuthard soll eine sogenannte echte Rückwirkung gemeint sein.⁴¹ Folgt man die-

³⁴ So RENATO TAMI, Vortrag vom 7. Dezember 2016 an der VSE Recht und Regulierungstagung.

³⁵ Amtl. Bull., Protokoll der Sitzung zu Traktandum 16.035 Um- und Ausbau der Stromnetze. Bundesgesetz vom 8. Dezember 2016 (Stand 15. Dezember 2016, provisorischer Text).

³⁶ Votum von SR Vonlanthen.

³⁷ Votum von SR Schmid.

³⁸ Votum von SR Bruderer.

³⁹ Votum von BR Leuthard.

⁴⁰ Wortlaut von Art. 33b nStromVG: «Die vollständige Anlastung der Kosten für die Eigenproduktion an die grundversorgten Bezüger bleibt ohne Einfluss auf die auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens ausgewiesenen Deckungsdifferenzen. Davon ausgenommen sind bis am 1.12.2016 rechtskräftig entschiedene Verfahren».

⁴¹ Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen echter und unechter Rückwirkung. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz bei der Anwendung neuen Rechts an ein Ereignis anknüpft, das sich vor dessen Inkrafttreten ereignet hat und das im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Norm abgeschlossen ist. Diese echte Rückwirkung ist nur dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn die Rückwirkung ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen ist oder sich daraus klar ergibt, in einem vernünftigen Rahmen zeitlich limitiert ist, nicht zu stossenden Ungleichheiten führt, einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse dient und wohlverworbene Rechte respektiert (vgl. BGE 138 I 189 E. 3.4).

ser Auffassung, wofür meines Erachtens der Wortlaut von Art. 33b nStromVG durchaus Raum lässt und was vermutlich auch dem Willen des Ständerates entspricht, wäre die Anwendung der Durchschnittspreis-Methode gar nicht mehr durchzusetzen, auch nicht rückwirkend für die Tarifjahre vor Inkraftsetzung der Streichung von Art. 6 Abs. 5 StromVG. Einzig die CKW, gegen welche am 1. Dezember 2016 der rechtskräftige Entscheid des Bundesgerichts betreffend das Tarifjahr 2008/2009 vorlag, müsste für das Tarifjahr 2008/2009 die Durchschnittspreis-Methode anwenden. Aus Sicht der Rechtsanwendung ist zu hoffen, dass der Nationalrat bei Festhalten an der Streichung von Art. 6 Abs. 5 StromVG zur Auslegung der Übergangsbestimmung noch mehr Klarheit schafft.

D. Schlussbemerkungen

[Rz 28] Aus juristischer Sicht ist das Urteil des Bundesgerichts zur Durchschnittspreis-Methode nachvollziehbar. Zwar lassen sich weder dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 StromVG noch den Materialien unmittelbar entnehmen, wie die Kosten der Eigenproduktion eines VNB in die Grundversorgungstarife einzubeziehen sind. Jedoch enthalten Gesetz und Materialien die klare Vorgabe des Gesetzgebers, dass von tiefen Marktpreisen nicht nur die Marktkunden, sondern auch die grundversorgten Endkunden profitieren sollen.⁴² Die Durchschnittspreis-Methode setzt diese Vorgabe um, indem sie anordnet, dass bei unter den Kosten der Eigenproduktion liegenden Marktpreisen die grundversorgten Endkunden Anspruch auf Tarife haben, die zwar über den Marktpreisen aber unter den Kosten der Eigenproduktion des VNB liegen.

[Rz 29] Diese Vorgabe des Gesetzgebers steht hingegen im Widerspruch zu einem zum Schutz der Haushalte und der inländischen Wasserkraft bewusst bloss teilweise geöffneten Strommarkt.⁴³ Die Marktlogik und die politische Vorgabe zum Erhalt und Ausbau der inländischen Produktionskapazitäten lassen sich mit der Vorgabe von Art. 6 Abs. 5 StromVG schlecht in Einklang bringen. Hierzu wie folgt:

[Rz 30] *Marktlogik:*

- Herzstück der Marktöffnung ist die Kontrahierungsfreiheit zwischen Stromlieferant und Endkunde. Sind die Marktpreise tief (unter den Produktionskosten), ist die Kontrahierungsfreiheit aus Sicht des freien Endkunden vorteilhaft, da der Kunde nicht verpflichtet ist, die über dem Marktpreis liegenden Produktionskosten zu tragen. Sind die Marktpreise hoch (über den Produktionskosten), ist die Kontrahierungsfreiheit aus Sicht des freien Endkunden negativ, da der freie Kunde keinen Anspruch auf Belieferung zu den tieferen Produktionskosten hat.
- Die Konzeption von Art. 6 Abs. 5 StromVG scheint davon auszugehen, dass der VNB Strom zu Marktpreisen einkauft und dann diesen mit einem unangemessenen Gewinn an Marktkunden verkauft. Diese Annahme trifft jedoch nicht zu: Bietet ein VNB dem Marktkunden nicht den Marktpreis an, schliesst der Marktkunden den Vertrag nicht mit diesem VNB, sondern

⁴² Statt vieler siehe Votum von NR Robert Keller, AB 2005 N 1057.

⁴³ Gegen die volle Liberalisierung sprachen sich in den 2000er-Jahren insbesondere die Konsumentenorganisationen und Gewerkschaften aus; es wurde sogar mit dem Referendum gegen das StromVG gedroht (vgl. D'Aguet André, AB 2005 N 1056; Botschaft zum StromVG, BBl 2005 1629). Die volle Liberalisierung war ursprünglich fünf Jahre nach Inkrafttreten des StromVG geplant (auf Anfang 2014). Vor allem aufgrund der seit 2011 fallenden Marktpreise und der im Vergleich deutlich höheren Produktionskosten der inländischen Wasserkraftwerke entschied der Bundesrat im Mai 2016 mit der vollen Marktöffnung zuzuwarten (vgl. Medienmitteilung Bundesrat vom 4. Mai 2016, sowie Ergebnisbericht vom April 2016 zur Vernehmlassung).

mit einem Dritten, z.B. einem reinen Stromhändler. Da der Marktkunde seinen Stromlieferanten frei wählen kann, besteht zwischen den Marktkunden und den grundversorgten Endkunden keine «Solidarität» in Bezug auf die Kosten der Eigenproduktion des VNB (so aber Bundesrätin Leuthard in der Debatte des Ständerates vom 8. Dezember 2016 zum Antrag, Art. 6 Abs. 5 StromVG zu streichen: «Diese Durchschnittspreis-Methode bewirkt eben eine gewisse Durchmischung, sodass sich auch die freien Kunden, die grossen Unternehmen unter Berücksichtigung einer gewissen Solidarität an diesen Kosten beteiligen müssen.»).⁴⁴ Die Marktkunden müssen sich nicht an den Eigenproduktionskosten der VNB beteiligen. Umgekehrt haben sie bei hohen Marktpreisen keinen Anspruch auf kostenbasierte Preise.

[Rz 31] *Erhalt und Ausbau der inländischen Produktionskapazitäten:*

- Der Bau von Stromproduktionskapazitäten bindet viel Kapital und dies zudem sehr langfristig. Die Langfristigkeit und Höhe der Investition gepaart mit der Unsicherheit in Bezug auf den Erlös aus dem Stromabsatz sowie das öffentliche Interesse an einer sicheren Stromversorgung sind Gründe dafür, dass sich die meisten Produktionsanlagen in der öffentlichen Hand (Kantone, Gemeinden) befinden.
- Die Energiestrategie 2050 setzt die bestehende inländische Wasserkraftproduktion voraus und sieht sogar einen Ausbau der Produktionskapazitäten vor. Bleiben die Marktpreise so tief wie derzeit und können nicht einmal von den grundversorgten Endkunden kostendeckende Tarife verlangt werden, werden keine Produktionskapazitäten mehr geschaffen und bestehende Kapazitäten nicht erneuert. Auch die öffentliche Hand, welche für die Schaffung resp. den Erhalt von Produktionskapazitäten Steuereinnahmen einsetzen würde, sollte in einer solchen Situation von zusätzlichen Investitionen absehen, da andernfalls nicht haushälterisch mit Steuereinnahmen umgegangen würde.

[Rz 32] Gestützt auf diese Überlegungen wäre die Streichung von Art. 6 Abs. 5 StromVG begrüssenswert, auch wenn damit die regulatorischen Fragestellungen zur Berechnung der Grundversorgungstarife nicht alle gelöst sind.

PHYLLIS SCHOLL, Rechtsanwältin, Partnerin bei Bär & Karrer AG, Zürich.

⁴⁴ Amtl. Bull., Protokoll der Sitzung zu Traktandum 16.035 Um- und Ausbau der Stromnetze. Bundesgesetz vom 8. Dezember 2016 (Stand 15. Dezember 2016, provisorischer Text).