



Abteilung I  
A-1360/2019

## Urteil vom 9. Dezember 2019

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),  
Richter Maurizio Greppi,  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Gerichtsschreiber Marcel Zaugg.

Parteien

1. **BKW Energie AG**,  
Viktoriaplatz 2, 3013 Bern,  
2. **Onyx Energie Netze AG**,  
4900 Langenthal,  
c/o Onyx Energie Mittelland,  
Waldhofstrasse 1, 4900 Langenthal,  
3. **Société des Forces Electriques de La Goule**,  
Route de Tramelan 16, 2610 St-Imier,  
alle vertreten durch  
Dr. iur. Jürg Borer, Rechtsanwalt,  
Borer Rechtsanwälte AG,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom**,  
Christoffelgasse 5, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Energiekosten und Energietarife für die Jahre 2013 - 2018 /  
Antrag auf Einstellung des Verfahrens in Bezug auf die  
Jahre 2013 - 2015.

**Sachverhalt:****A.**

Die BKW Energie AG, die Onyx Energie Netze AG und die Société des Forces Electriques de La Goule SA sind Betreiber eines Verteilnetzes im Sinne des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7) und gehören als Konzerngesellschaften der BKW Gruppe an.

**B.**

Mit Schreiben vom 27. Februar 2017 teilte die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) der BKW Energie AG, der Onyx Energie Netze AG und der Société des Forces Electriques de La Goule SA mit, sie habe im Frühjahr 2013 gestützt auf Art. 6 Abs. 5 StromVG in einem Verfahren entschieden, dass die Versorger die Kosten des Energieportfolios auf die Endverbraucher in der Grundversorgung und die freien Kunden entsprechend den gelieferten Energiemengen aufzuteilen hätten. Mit Urteil 2C\_681/2015, 2C\_682/2015 vom 20. Juli 2016 (amtlich publiziert in BGE 142 II 451) habe das Bundesgericht diese sogenannte Durchschnittspreismethode als gesetzmässig bestätigt. Die EiCom habe seither die hängigen Verfahren wiederaufgenommen und dabei die Durchschnittspreismethode angewandt. Im Weiteren habe sie die Netzbetreiber aufgefordert, die Deckungsdifferenzen der Energie ab dem Tarifjahr 2013 anhand der Durchschnittspreismethode zu berechnen. Gestützt auf die von der BKW Energie AG, der Onyx Energie Netze AG und der Société des Forces Electriques de La Goule SA eingereichten Kostenrechnungen und Deckungsdifferenzen der vergangenen Jahre habe man festgestellt, dass für die Endverbraucher in der Grundversorgung Tarife verwendet oder für die Deckungsdifferenzen Kosten ermittelt worden seien, die deutlich über dem gewichteten Durchschnitt aus den Kosten der Eigenproduktion und des Einkaufs liegen würden und damit möglicherweise nicht der Durchschnittspreismethode entsprechen könnten. Aufgrund der laufenden Debatte in den Eidgenössischen Räten zur Aufhebung von Art. 6 Abs. 5 StromVG und der damit einhergehenden unsicheren Rechtslage verzichte die EiCom vorläufig darauf, eine diesbezügliche Untersuchung zu eröffnen, behalte sich eine solche jedoch vor.

**C.**

Am 26. April 2018 forderte die EiCom die BKW Energie AG, die Onyx Energie Netze AG sowie die Société des Forces Electriques de La Goule SA bezugnehmend auf das Schreiben vom 27. Februar 2017 auf, die

Deckungsdifferenzen Energie ab dem Tarifjahr 2013 unter Anwendung der Durchschnittspreismethode rückwirkend neu zu berechnen und dabei die Weisungen 2/2018 zu den Gestehungskosten und 3/2018 zum WACC Produktion (Weighted Average Cost of Capital, durchschnittlicher Kapitalkostensatz, vgl. Art. 13 Abs. 3 Bst. b der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV, SR 734.71]) sowie die 95-Franken-Regel zu beachten.

#### **D.**

Nachdem die BKW Energie AG der EICom am 4. Mai 2018 mitgeteilt hatte, sie könne nicht nachvollziehen, weshalb die Durchschnittspreismethode nicht eingehalten sein solle, und sich anlässlich einer Besprechung vom 29. Mai 2018 sowie in den daraufhin erfolgten Korrespondenzen gezeigt hatte, dass zwischen der BKW Energie AG, der Onyx Energie Netze AG sowie der Société des Forces Electriques de La Goule SA auf der einen Seite und der EICom auf der anderen Seite unterschiedliche Ansichten in Bezug auf die Berechnungsweise der Energiekosten in der Grundversorgung bestehen, eröffnete die EICom mit Schreiben vom 30. August 2018 ein Verwaltungsverfahren betreffend die Energiekosten und Energietarife der Jahre 2013 bis 2018. Darin forderte es die BKW Energie AG, die Onyx Energie Netze AG sowie die Société des Forces Electriques de La Goule SA auf, zur Bereinigung der Differenzen die Kostenrechnungen nach den Vorgaben der EICom zu überarbeiten und diese anschliessend mit dem Vermerk "Variante EICom" ins Netzbetreiberportal hochzuladen. Anschliessend werde das Fachsekretariat der EICom die Unterschiede prüfen und die Ergebnisse der EICom zum Entscheid vorlegen. Weiter wurden die erwähnten Unternehmen aufgefordert, darzulegen, wie deren unternehmensspezifischer Zinssatz "WACC Produktion" konkret berechnet werde.

#### **E.**

Am 26. November 2018 beantragten die BKW Energie AG, die Onyx Energie Netze AG und die Société des Forces Electriques de La Goule SA bei der EICom, es sei das Verfahren in Bezug auf die Jahre 2013 bis 2015 einzustellen, eventualiter sei die Rechtmässigkeit der Verfahrenseröffnung betreffend die Jahre 2013 bis 2015 in einer Verfügung festzustellen. Zur Begründung führten sie zusammengefasst aus, die EICom habe im Rahmen ihrer Rückmeldungen nie Vorbehalte gegenüber den deklarierten Ist- und Planwerten angebracht. Bis zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung hätten sie daher darauf vertrauen dürfen, dass die in Frage stehenden Jahre abgeschlossen seien. Eine Überprüfung der Jahre 2013 bis 2015 stelle zudem eine rückwirkende Rechtsanwendung auf abgeschlossene

und beurteilte Sachverhalte dar und sei deshalb unzulässig. Die Voraussetzungen einer rückwirkenden Praxisänderung seien nicht erfüllt. Eine fünfjährige Rückwirkung sei in jedem Fall übermässig.

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 7. Februar 2019 wies die ECom den Antrag auf Einstellung des Prüfverfahrens in Bezug auf die Jahre 2013 bis 2015 ab. Sie führte aus, die vorwiegend automatisierten Rückmeldungen zu den Kostenrechnungen würden kein eigentliches Tarifprüfverfahren darstellen und keine Genehmigung der eingereichten Kosten bedeuten. Die nach den ersten Rückmeldungen bereinigten Kostenrechnungen würden der ECom helfen, zu beurteilen, welche Verteilnetzbetreiber konkreter zu prüfen seien. Nur in wenigen Fällen werde ein formelles Verfahren eröffnet und dies regelmässig mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung. Die ECom sei zuständig für die Überprüfung der Elektrizitätstarife von Amtes wegen, wobei sie sowohl Absenkungen verfügen (ex post) als auch Erhöhungen untersagen (ex ante) könne. Damit könne sie auch Verfahren in Bezug auf vergangene Tarifjahre eröffnen. Mit Blick auf die im Steuerrecht und im Zivilrecht geltende Verjährungsfrist von fünf Jahren sei eine Überprüfung der Jahre 2013 bis 2015 jedenfalls nicht zu beanstanden. Sie habe ihre Auffassung über die Zuordnung der Kosten an die Grundversorgung über die Jahre konsistent kommuniziert und ihre Prüfverfahren entsprechend durchgeführt. Da keine Rechtsänderung erfolgt sei, könne auch keine Rückwirkung vorliegen. Auch sei mit der Weisung 3/2018 zum "WACC Produktion" keine Praxisänderung erfolgt. Für die in Frage stehenden Jahre habe sie nur keine Werte kommuniziert.

#### **G.**

Mit Eingabe vom 18. März 2019 erheben die BKW Energie AG, die Onyx Energie Netze AG und die Société des Forces Electriques de La Goule SA (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) gemeinsam Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der ECom (nachfolgend: Vorinstanz) vom 7. Februar 2019 beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die vorbehaltlose Einstellung des von der Vorinstanz eröffneten Tarifüberprüfungsverfahrens für die Tarifjahre 2013 bis 2015. In prozessualer Hinsicht beantragen sie im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, es sei für die Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens die Vorinstanz anzuweisen, sämtliche Untersuchungs- und Prüfmassnahmen bezüglich der Prüffahre 2013 bis 2015 zu sistieren.

Zur Begründung machen sie im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe gegenüber der Beschwerdeführerin 1 bereits für die Tarifjahre 2009 und 2010 ein Prüfverfahren eröffnet und dieses mittels formellem Schreiben mit Verfügungscharakter am 14. Juni 2012 abgeschlossen. Sie hätten daher die von der Vorinstanz in diesem Prüfverfahren vorgenommene Beurteilung der Methode und der Prinzipien für die Kostendeklaration als massgeblich erachtet und entsprechend für die Jahre 2013 bis 2018 ihre Deklarationen der geplanten und abgerechneten Kosten sowie den Zinssatz "WACC Produktion" analog vorgenommen bzw. berechnet. Die Vorinstanz habe diese Deklarationen für die Tarifjahre 2013 bis 2015 jeweils ausdrücklich als gesetzes- und weisungskonform qualifiziert. Erstmals mit Schreiben vom 27. Februar 2017 habe die Vorinstanz angezeigt, dass allenfalls Vorbehalte gegenüber den bisherigen Kostendeklarationen bestehen würden. Zu diesem Zeitpunkt seien ihre Deklarationen für die Tarifjahre 2013 bis 2015 bei der Tarifgestaltung bereits vollständig umgesetzt gewesen. Bezüglich des Zinssatzes "WACC Produktion" habe die Vorinstanz erst mit der Weisung 3/2018 ihre bisherige Praxis geändert und den Verteilnetzbetreibern einen branchenweiten Satz vorgeschrieben. Das Vorgehen der Vorinstanz sei als rückwirkende Praxisänderung zu qualifizieren. Die Voraussetzungen dafür seien zumindest für die Tarifjahre 2013 bis 2015 nicht erfüllt. Die Einleitung des Prüfverfahrens für die Jahre 2013 bis 2015 widerspreche den gesetzlichen Vorgaben einer ex-post-Regulierung mit starken Einschlägen einer ex-ante-Regulierung. Das Verhalten der Vorinstanz erweise sich in jedem Fall unter dem Blickwinkel des Vertrauensschutzes als rechtswidrig.

#### **H.**

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Stellungnahme vom 11. April 2019 zum Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen auf Abweisung des prozessualen Antrages.

#### **I.**

Mit Zwischenverfügung vom 6. Mai 2019 heisst das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erlass vorsorglicher Massnahmen gut und weist die Vorinstanz an, für die Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sämtliche Untersuchungs- und Prüfmassnahmen betreffend die Jahre 2013 bis 2015 zu unterlassen.

#### **J.**

In ihrer Vernehmlassung vom 7. Juni 2019 beantragt die Vorinstanz die Ab-

weisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Ihren Antrag begründet sie im Wesentlichen mit den bereits in der angefochtenen Verfügung vorgebrachten Argumenten.

#### **K.**

Die Beschwerdeführerinnen halten in ihren Schlussbemerkungen vom 14. August 2019 an ihren Anträgen und Standpunkten gemäss Beschwerdeschrift fest.

#### **L.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Zu den Verfügungen nach Art. 5 VwVG gehören auch Zwischenverfügungen nach Art. 46 VwVG (Art. 5 Abs. 2 VwVG). Nach Art. 46 Abs. 1 VwVG ist gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, die nicht die Zuständigkeit oder den Ausstand betreffen, die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b). Andernfalls können Zwischenverfügungen erst mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (vgl. Art. 46 Abs. 2 VwVG).

Die angefochtene Verfügung stellt eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung dar, mit welcher der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Einstellung des Prüfverfahrens betreffend die Jahre 2013 bis 2015 abgewiesen wurde. Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrer Beschwerde die Aufhebung der erwähnten Zwischenverfügung und die Einstellung des von der Vorinstanz eröffneten Tarifüberprüfungsverfahrens für die Jahre 2013

bis 2015. Eine Gutheissung der Beschwerde würde somit in Bezug auf die Jahre 2013 bis 2015 sofort einen Endentscheid herbeiführen, was einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten ersparen würde. Die angefochtene Verfügung ist damit ein zulässiges Anfechtungsobjekt. Entscheide der ECom sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 66 Abs. 2 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 i.V.m. Art. 23 StromVG und Art. 33 Bst. f VGG). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG). Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind als Adressatinnen der angefochtenen Verfügung, mit welcher ihr Antrag auf Verfahrenseinstellung abgewiesen wurde, sowohl formell als auch materiell beschwert. Sie sind somit zur Beschwerde legitimiert.

**1.3** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

## **3.**

**3.1** Die Elektrizitätstarife in der Grundversorgung werden in Art. 6 StromVG geregelt. Die Tarife müssen "angemessen" sein (Abs. 1). Für feste Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik, die von der gleichen

Spannungsebene Elektrizität beziehen, müssen die Verteilnetzbetreiber einen einheitlichen Elektrizitätstarif festlegen, der für mindestens ein Jahr fest sein muss (Abs. 3). Für den Tarifbestandteil der Energielieferung hat der Netzbetreiber eine Kostenträgerrechnung zu führen (Abs. 4). Die Verteilnetzbetreiber sind verpflichtet, Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs "anteilmässig" an die festen Endverbraucher weiterzugeben (Abs. 5). Gemäss Art. 4 Abs. 1 StromVV orientiert sich der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung an den Gesteuerungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers.

**3.2** Gemäss Art. 22 Abs. 1 StromVG überwacht die Vorinstanz die Einhaltung des Stromversorgungsgesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die Vorinstanz ist u.a. zuständig für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte sowie der Elektrizitätstarife von Amtes wegen. Sie kann Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen (Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG). Ihre Eingriffe von Amtes wegen können dabei ex post (Absenkungen verfügen) oder ex ante (Erhöhungen untersagen) erfolgen (Urteil des BVGer A-3343/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.1.2.5; Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611 ff., 1661). Die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft sind verpflichtet, den zuständigen Behörden die für den Vollzug des StromVG erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen (Art. 25 Abs. 1 StromVG). Die Betreiber und Eigentümer von Verteil- und Übertragungsnetzen erstellen für jedes Netz je eine Jahresrechnung sowie eine Kostenrechnung, die beide von den übrigen Tätigkeitsbereichen entflochten sind. Die Kostenrechnung ist der Vorinstanz jährlich bis spätestens 31. August vorzulegen (Art. 11 Abs. 1 StromVG i.V.m. Art. 7 Abs. 7 StromVV). Damit die diversen Angaben zu den Kosten und Erlösen sowie den Netzanlagen von allen Netzbetreibern systematisch vergleichbar erhoben und der Vorinstanz eingereicht werden können, hat die Vorinstanz ein Kostenrechnungs-Tool für Verteilnetzbetreiber definiert. Die standardisierte Erhebung der Kostenrechnung für die Tarife zu Handen der Vorinstanz ist ein wesentliches Hilfsmittel zur Erreichung der gemäss StromVG geforderten Transparenz. Das Ziel dieses Erhebungsbogens ist es, der Vorinstanz die Grundlagen der anrechenbaren Netz- und Gesteuerungskosten und damit der Tarife des jeweiligen Erhebungsjahres zu übermitteln. Der Erhebungsbogen gewährleistet das Einreichen der vollständigen Daten in einer

praktikablen und einheitlichen Form. Zudem resultiert aus dem Erhebungsbogen eine transparente Zusammenstellung aller Aufwände und Kosten sowie der Berechnungsgrundlagen (MOIRA OLIVER, in: Kratz et al. [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Bd. I, 2016, Art. 11 StromVG Rz. 10; El-Com, Kostenrechnung für die Tarife 2015, Wegleitung zum Erhebungsbogen für Verteilnetzbetreiber, S. 3; vgl. auch die entsprechende Wegleitung für die Tarife 2020).

**3.3** Die Tarife eines Jahres basieren auf der Kostenrechnung des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres (Basisjahr), welches der Kalkulationsperiode vorausgeht. So basieren beispielsweise die Tarife für das Jahr 2015, welche im Jahr 2014 zu berechnen waren, auf der Kostenrechnung des Jahres 2013 (vgl. ElCom, Kostenrechnung für die Tarife 2015, Wegleitung zum Erhebungsbogen für Verteilnetzbetreiber, S. 3). Wegen des zeitlichen Auseinanderfallens von Tarifikalkulation, Tarifeinnahmen und den effektiven Kosten eines Tarifjahres weichen die Einnahmen in der Regel von den im Tarifjahr angefallenen Kosten ab. Aufgrund des Kostendeckungsprinzips sind die vereinnahmten Entgelte am Ende des Tarifjahres den angefallenen Kosten gegenüberzustellen. Stimmen diese Beträge nicht überein, sind diese sog. Deckungsdifferenzen zeitverschoben in den nachfolgenden Kalkulationsperioden kostenerhöhend oder –mindernd zu berücksichtigen. Dieser Mechanismus gilt sowohl bei Netznutzungs- als auch bei Energietarifen (vgl. Art. 19 Abs. 2 StromVV; zum Ganzen: TANJA SARAH PETRIK-HALTINER, Spannungsfelder rund um die Stromkosten und -tarife, 2017, S. 231 und 300 Fn. 1526; PHYLLIS SCHOLL, Elektrizität in: Biagini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 13.59 und 13.73, je mit Hinweisen).

#### **4.**

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich zur Begründung ihrer Anträge auf den aus dem Grundsatz von Treu und Glauben fliessenden Vertrauensschutz.

**4.1** Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, sofern sich dieses auf eine konkrete, die betreffende Person berührende Angelegenheit bezieht. Dies kann zur Folge haben, dass eine gesetzliche Regelung im Einzelfall nicht angewandt und eine im Widerspruch zur gesetzlichen Ordnung stehende Anordnung ge-

troffen wird. Dieser Schutz setzt voraus, dass eine Behörde dem Betroffenen eine konkrete Auskunft oder Zusicherung erteilt hat, dass sie dafür zuständig war, dass der Adressat die Unrichtigkeit der Angabe nicht erkennen konnte und dass er im Vertrauen auf die erhaltene Auskunft nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat. Schliesslich scheidet die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.1 und 131 II 627 E. 6.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 624 ff.).

**4.2** Zunächst gilt es zu prüfen, ob eine Vertrauensgrundlage von einer zuständigen Behörde vorliegt.

**4.2.1** Die Vorinstanz überprüfte die Tarifjahre 2009 und 2010 der Beschwerdeführerin 1 in einem formellen Verwaltungsverfahren. Dieses Verfahren wurde mit Schreiben vom 14. Juni 2012, welchem unbestritten Verfügungscharakter zukommt, abgeschlossen. Die Vorinstanz führte darin aus, dass sie die neu berechneten Energiekosten einer Prüfung unterzogen habe und zum Schluss gekommen sei, dass die Kosten gestützt auf die heute vorliegenden Erkenntnisse den Vorgaben des StromVG sowie Art. 4 Abs. 1 StromVV entsprechen würden.

**4.2.2** In der Folge deklarierten die Beschwerdeführerinnen gegenüber der Vorinstanz jeweils per 31. August jeden Jahres ihre mutmasslichen Kosten und Tarife für das Folgejahr, die effektiven Kosten des Vorjahres sowie die Deckungsdifferenzen mittels dem Erhebungsbogen der Vorinstanz. Im Nachgang zu den erfolgten Deklarationen erstattete die Vorinstanz jeweils eine Rückmeldung an die Beschwerdeführerinnen. So teilte sie diesen mit jeweils separaten Schreiben vom 9. Januar 2013 bzw. 7. Dezember 2012 (betreffend die Tarife 2013), 18. Dezember 2013 (betreffend die Tarife 2014) und 16. Dezember 2014 (betreffend die Tarife 2015) mit, dass sie die eingereichten Erhebungsbögen einer Prüfung unterzogen habe. Untersucht worden sei dabei insbesondere, ob alle notwendigen Angaben aufgeführt wurden, die Daten plausibel erscheinen und die Einheiten korrekt angegeben sind. Ausserdem habe sie die Angaben mit denjenigen vom Vorjahr verglichen. Schliesslich habe sie geprüft, ob die Angaben und Berechnungen mit der Stromversorgungsgesetzgebung und ihren Weisungen übereinstimmen würden. Diesen Schreiben fügte die Vorinstanz jeweils verschiedene Tabellen mit den Resultaten der Auswertungen der Kostenrechnungen sowie Ergänzungsfragen bei, welche innert einer Frist von

rund einem bis eineinhalb Monaten zu beantworten waren. Nach den unbestritten gebliebenen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen handelte es sich bei den Ergänzungsfragen um Detailaspekte, welche die Beschwerdeführerinnen anschliessend beantworteten. Betreffend die Tarife 2016 und 2017, welche auf den Kostenrechnungen der Jahre 2014 und 2015 basieren und per 31. August 2015 und 2016 zu deklarieren waren (vgl. vorstehend E. 3), liegen zwar keine solchen schriftlichen Rückmeldungen bei den Akten, es ist jedoch unbestritten, dass auch für diese Jahre nach den mittels Erhebungsbogen erstatteten Deklarationen analoge Rückmeldungen seitens der Vorinstanz erfolgten.

**4.2.3** Dass das formelle Tarifprüfungsverfahren betreffend die Tarifjahre 2009 und 2010 am 14. Juni 2012 abgeschlossen wurde und die Vorinstanz damit die deklarierten Energiekosten der Beschwerdeführerin 1 als gesetzeskonform beurteilte, stellt noch keine Vertrauensgrundlage dar, die der Eröffnung eines erneuten Tarifprüfungsverfahrens für die Tarifjahre ab 2013 entgegenstehen würde. Es ist der Vorinstanz unbenommen, für jedes Tarifjahr ein formelles Tarifprüfungsverfahren durchzuführen. Dabei ist unerheblich, ob die Beschwerdeführerinnen ihre Deklarationen nach denselben Prinzipien, die im Jahr 2012 als rechtmässig beurteilt wurden, vorgenommen haben. Einerseits muss die Vorinstanz dies zuerst überprüfen können und andererseits ist nicht ausgeschlossen, dass sie aufgrund inzwischen besserer Erkenntnis bei der Rechtsanwendung zu einem anderen Urteil gelangt.

**4.2.4** Hingegen ist in den erwähnten Rückmeldungen der unbestritten für die Überprüfung der Tarife zuständigen Vorinstanz zu den eingereichten Erhebungsbögen und ihrer anschliessenden Untätigkeit in Bezug auf weitere Prüfungshandlungen eine Vertrauensgrundlage zu erblicken. Zwar werden im Vorfeld der Rückmeldungen keine derart vertieften Prüfungen durchgeführt, wie dies in einem formellen Tarifprüfungsverfahren der Fall wäre, was auch den Beschwerdeführerinnen bewusst gewesen sein muss. Wenn aber die Vorinstanz nach Erhalt des Erhebungsbogens, welcher das Einreichen der vollständigen Daten bezweckt und eine transparente Zusammenstellung aller Aufwände und Kosten sowie der Berechnungsgrundlagen darstellt (vgl. vorstehend E. 3.2), einer Verteilnetzbetreiberin explizit und vorbehaltlos mitteilt, man habe die Angaben und Berechnungen auf Übereinstimmung mit der Stromversorgungsgesetzgebung und den Weisungen geprüft und dabei keine Beanstandungen anbringt oder die Verteilnetzbetreiberin die noch gestellten Ergänzungsfragen beantwortet, ohne dass die Vorinstanz anschliessend deswegen innert zu erwartender Frist

nochmals tätig wird, so darf die Verteilnetzbetreiberin nach Treu und Glauben daraus schliessen, dass die Durchführung eines formellen Tarifprüfungsverfahrens nicht als notwendig erachtet wird und ihre Deklarationen akzeptiert sind (vgl. hierzu auch PHYLLIS SCHOLL, Regulierung der Grundversorgungstarife, in: Jusletter 19. Dezember 2016, Rz. 21, gemäss welcher eine für den Vertrauensschutz relevante Vertrauensgrundlage vorliegen dürfte, wenn die Vorinstanz im Rahmen ihrer Rückmeldung zum Erhebungsbogen nicht reagiert). Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ausführte, dienen ihr die nach erfolgten Rückmeldungen bereinigten Kostenrechnungen denn auch gerade zur Beurteilung, ob eine vertiefere Prüfung vorzunehmen ist. Vorliegend hat die Vorinstanz auf die bereinigten Kostenrechnungen der Beschwerdeführerinnen nicht reagiert. Entsprechend durften diese davon ausgehen, dass die Vorinstanz eine weitergehende Prüfung nicht als erforderlich erachtet und die Deklarationen als rechtmässig beurteilt. Dies vorliegend insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass einerseits ein solches Tarifprüfungsverfahren betreffend die Beschwerdeführerin 1 ein Jahr zuvor (2012) beanstandungslos abgeschlossen wurde und andererseits die Vorinstanz gegenüber anderen Verteilnetzbetreiberinnen offenbar tatsächlich Tarifprüfungsverfahren eröffnete. Damit ist eine Vertrauensgrundlage in Bezug auf die streitgegenständlichen Tarifjahre 2013 bis 2015 gegeben.

**4.2.5** Unbehelflich ist dabei die Argumentation der Vorinstanz, dass Tarifprüfungsverfahren regelmässig erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung eröffnet würden und dies in Anlehnung an die im Steuer- und Zivilrecht geltende Verjährungsfrist bis zu fünf Jahre später noch erfolgen könne. Abgesehen davon, dass die analoge Anwendung der erwähnten Verjährungsfrist zumindest fraglich erscheint, kommt der Vertrauensschutz unabhängig von einer allfälligen Verjährungsfrist zum Tragen. Sind die Beschwerdeführerinnen in ihrem Vertrauen in die Genehmigung ihrer Deklarationen zu schützen, vermag auch der Umstand, dass die Überprüfbarkeit der Tarife erst später verjährt, die Eröffnung eines Tarifprüfungsverfahrens nicht zu rechtfertigen. In der Stromversorgungsgesetzgebung ist nirgends normiert, wann konkret in zeitlicher Hinsicht ein Tarifprüfungsverfahren eröffnet wird. Entsprechend mussten die Beschwerdeführerinnen auch nicht damit rechnen, dass ein solches erst Jahre später noch eröffnet würde. Die Rückmeldungen der Vorinstanz auf die bis 31. August vorzunehmenden Deklarationen erfolgten jeweils im darauffolgenden Dezember oder Januar, mithin innert rund vier Monaten. Zur Beantwortung der Ergänzungsfragen bzw. zur Bereinigung der Kostenrechnungen wurden den Beschwerdeführerinnen

nen jeweils eine Frist von einem bis eineinhalb Monaten gesetzt. In Anbetracht dieses zeitlichen Verlaufes und des Umstandes, dass es sich bei den Ergänzungsfragen um Detailspekte handelte, durften die Beschwerdeführerinnen mit einer zeitnahen Rückmeldung rechnen, sollte eine weitergehende Prüfung als notwendig erachtet werden. Eine solche ist jedoch nicht erfolgt, weshalb sie von der Genehmigung ihrer Deklarationen ausgehen durften. Nichts zu ändern daran vermag auch die per 1. Juni 2019 in Kraft getretene Änderung des Art. 6 Abs. 5 StromVG. Wie bisher wird darin normiert, dass die Betreiber der Verteilnetze verpflichtet sind, Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs anteilmässig an die festen Endverbraucher weiterzugeben. Neu wird jedoch ergänzend festgehalten, dass dies nötigenfalls über Tarifierpassungen in den Folgejahren zu erfolgen hat und zudem für Preisvorteile, die ein Jahr betreffen, das mehr als fünf Jahre zurückliegt, keine solchen Tarifierpassungen mehr vorgenommen werden müssen. Damit wurde lediglich die von der Vorinstanz mit Verweis auf die fünfjährige Verjährungsfrist im Steuer- und Zivilrecht bereits geschaffene Praxis, wonach Tarife während fünf Jahren überprüfbar sind, gesetzlich verankert (vgl. hierzu: Votum Nussbaumer, AB 2017 N 2127 sowie Votum Luginbühl, AB 2017 S 989). Entsprechend kann auch offengelassen werden, ob die per 1. Juni 2019 in Kraft getretene Änderung des Art. 6 Abs. 5 StromVG im vorliegenden Verfahren anwendbar ist.

**4.3** Des Weiteren gilt es zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen auf die Vertrauensgrundlage berechtigterweise vertrauen durften bzw. ob sie deren Unrichtigkeit hätten erkennen müssen.

**4.3.1** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe erstmals mit Schreiben vom 27. Februar 2017 angezeigt, dass allenfalls Vorbehalte gegenüber den bisherigen Kostendeklarationen bestehen würden. Die Vorinstanz hingegen stellt sich auf den Standpunkt, sie habe bereits früher wiederholt kommuniziert, wie die Energiekosten in der Grundversorgung zu bestimmen seien und dass Korrekturen bis ins Jahr 2013 zurück vorgenommen werden müssten. Sie verweist hierfür auf verschiedene Dokumente, auf welche nachfolgend im Einzelnen einzugehen ist.

**4.3.2** Zunächst beruft sich die Vorinstanz auf die Erwägung 6.3.4 der von ihr erlassenen Verfügung 957-08-141 vom 15. April 2013 (publ. auf [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Verfügungen > Verfügungen 2013, abgerufen am 29. November 2019). Dabei handelt es sich um eine Teilverfügung betreffend die Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten für das Geschäftsjahr 2008/09 einer Drittfirma, welche zum bereits erwähnten

BGE 142 II 451 führte, worin das Bundesgericht die Durchschnittspreismethode als rechtmässig beurteilte. Das Bundesverwaltungsgericht hatte die Durchschnittspreismethode mit Urteil A-1107/2013 vom 3. Juni 2015 zwischenzeitlich noch als rechtswidrig qualifiziert und die Verfügung vom 15. April 2013 aufgehoben. Abgesehen davon, dass die rechtliche Verbindlichkeit der Verfügung bis zum 20. Juli 2016 unklar war, richtete sich diese an keine der Beschwerdeführerinnen und die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen auch nie explizit auf die grundsätzliche Bedeutung dieses Entscheids für ihre Deklarationen hingewiesen. Zudem wehren sich die Beschwerdeführerinnen nicht gegen die Anwendung der Durchschnittspreismethode an sich, sondern stellen sich auf den Standpunkt, ihre Deklarationen würden dieser Methode entsprechen. Wie es sich damit verhält, steht auch nach Ansicht der Vorinstanz noch nicht abschliessend fest, macht sie doch geltend, dass hierfür zunächst der Sachverhalt abzuklären sei. Folglich kann auch noch nicht gesagt werden, ob die Vertrauensgrundlage überhaupt unrichtig ist. Kommt hinzu, dass sich der angerufenen Erwägung 6.3.4 keine detaillierten Angaben zur konkreten Anwendung der Durchschnittspreismethode, insbesondere zum zwischen den Parteien offenbar strittigen Einbezug von Handelsaktivitäten, und zum anwendbaren WACC-Produktion entnehmen lassen. Die Vorinstanz legt denn auch nicht dar, inwiefern die Beschwerdeführerinnen aus der fraglichen Erwägung auf die Unrichtigkeit ihrer Deklarationen bzw. der erhaltenen Rückmeldungen seitens der Vorinstanz hätten schliessen müssen. Wie sich aus den Folien und dem Protokoll der Informationsveranstaltung vom 19. Oktober 2016 zu den Konsequenzen von BGE 142 II 451 ergibt, bestanden selbst nach Ergehen dieses Urteils noch diverse Unklarheiten betreffend die Umsetzung der Durchschnittspreismethode und die einzubeziehenden Kosten (z.B. der Einbezug von Handelsaktivitäten). Bei dieser Sachlage und in Anbetracht dessen, dass die Vorinstanz selbst nach Ergehen der Verfügung vom 15. April 2013 die Deklarationen der Beschwerdeführerinnen bei ihren jährlichen Rückmeldungen nicht beanstandete, durften die Beschwerdeführerinnen auch nach dem 15. April 2013 berechtigterweise von der Richtigkeit der Vertrauensgrundlage ausgehen und ihre bis dahin deklarierten Kosten und Tarife als genehmigt betrachten.

**4.3.3** Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Erwägung 2.2.1.3 der vorinstanzlichen Verfügung 957-09-127 vom 22. Januar 2015 (publ. auf [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Verfügungen > Verfügungen 2015, abgerufen am 29. November 2019). Dabei handelt es sich um eine noch nicht rechtskräftige Teilverfügung betreffend die Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten für die Geschäftsjahre 2009 und 2010 einer Drittfirma.

Auch diese Verfügung betraf somit nicht die Beschwerdeführerinnen. Zwar lassen sich daraus etwas detailliertere Angaben zur Anwendung der Durchschnittspreismethode entnehmen. So wird darin festgehalten, dass *"zuerst die gesamten Kosten der Beschaffung aus den eigenen Produktionsanlagen in der Schweiz, den Energielieferungen von Dritten (Kleinstproduzenten), den Energielieferungen aus Beteiligungen in der Schweiz, den Energielieferungen aus den langfristigen Bezugsverträgen sowie den Käufen am Markt ermittelt"* werden und anschliessend *"von diesen Kosten und der gesamten Menge der Durchschnittspreis in Rp./kWh berechnet"* wird. Jedoch legt die Vorinstanz nicht dar, inwiefern sich die Beschwerdeführerinnen nicht an diese Prinzipien gehalten haben sollen. Wie erwähnt steht aktuell noch gar nicht fest, ob die Genehmigung der Deklarationen (Vertrauensgrundlage) überhaupt zu Unrecht erfolgte. Wenn selbst an der Informationsveranstaltung vom 19. Oktober 2016 zu den Konsequenzen von BGE 142 II 451 noch diverse Unklarheiten in Bezug auf die Umsetzung der Durchschnittspreismethode und insbesondere zum Einbezug von Handelsaktivitäten bestanden, kann von den Beschwerdeführerinnen nicht verlangt werden, aufgrund der fraglichen Erwägung in der Verfügung vom 22. Januar 2015 die Unrichtigkeit ihrer Deklarationen und deren jeweiligen Genehmigung durch die Vorinstanz erkannt haben zu müssen, zumal die Vorinstanz auch nach Ergehen der Verfügung vom 22. Januar 2015 die Deklarationen nicht beanstandete. Die Beschwerdeführerinnen durften daher auch nach dem 22. Januar 2015 berechtigterweise davon ausgehen, dass ihre bis dahin deklarierten Kosten und Tarife als genehmigt gelten.

**4.3.4** Die Vorinstanz verweist des Weiteren auf die Folien der Netzbetreiberveranstaltung 2015, S. 77 ff. (publ. auf [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Veranstaltungen > Informationsveranstaltungen für Netzbetreiber, abgerufen am 29. November 2019). Darin wird u.a. auf die vorerwähnte Teilverfügung vom 22. Januar 2015 verwiesen. Die Vorinstanz legt auch hier nicht näher dar, weshalb die Beschwerdeführerinnen daraus auf die Unrichtigkeit ihrer Kostendeklarationen hätten schliessen müssen. Die Beschwerdeführerinnen machen gar geltend, die Folien hätten sie in ihrem Vertrauen auf die Korrektheit der konkreten Umsetzung der Kostenberechnungen bestärkt. Im gesamten Foliensatz würden weder die heute von der Vorinstanz propagierte Durchschnittspreismethode im Sinne eines Einbezuges sämtlicher Handelsaktivitäten noch der anwendbare WACC erwähnt. Zudem beinhalte die von der Vorinstanz auf S. 80 der Folien grafisch skizzierte Methode neben Eigenproduktion und Bezugsverträgen die "Energie für Vertrieb Schweiz beschaffte anteilige Energie" und schaffe da-

mit einem Bezug zur effektiven Belieferung von Kunden. Dieser Ansatz decke sich mit der Situation bei ihnen, bei welcher eine Long-Position für die Deckung der Grundversorgung bestehe und für den Vertrieb gerade keine Energie durch Marktaktivitäten beschafft werden müsste. Weitere Handelsgeschäfte erwähne die Vorinstanz nicht, weshalb sie davon hätten ausgehen können, dass die bisherige Praxis, wonach derartige Handelsgeschäfte nicht zu berücksichtigen seien, weiter Bestand habe. Die Vorinstanz äussert sich hierzu in ihrer Vernehmlassung nicht. Die Beschwerdeführerinnen weisen zudem zu Recht daraufhin, dass die Folien der Netzbetreiberveranstaltung 2017 (publ. auf [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Veranstaltungen > Informationsveranstaltungen für Netzbetreiber, abgerufen am 29. November 2019) eine abweichende Grafik zur Durchschnittspreismethode enthalten. Darin wird nicht mehr die Formulierung "Energie für Vertrieb Schweiz beschaffte anteilige Energie" verwendet, sondern neu von "Gesamte Beschaffung Energie (kurz- und langfristige Verträge, back-to-back, Eigenhandel, Hedging, etc.)" gesprochen. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auch an der Informationsveranstaltung vom 19. Oktober 2016 noch diverse Unklarheiten in Bezug auf die Umsetzung der Durchschnittspreismethode und insbesondere zum vorliegend umstrittenen Einbezug von Handelsaktivitäten bestanden, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerinnen aufgrund der Netzbetreiberveranstaltung 2015 auf die Unrichtigkeit ihrer Deklarationen hätten schliessen müssen. Offenbar hat die Vorinstanz die Durchschnittspreismethode seither weiter konkretisiert.

**4.3.5** An der Netzbetreiberveranstaltung 2016 vom 9. Juni 2016 informierte die Vorinstanz, dass viele Fragen zu den Gestehungskosten bei den Energietarifen bestehen würden. So seien Verfahren zum "WACC-Produktion", zur "95-Franken-Regel" und zur "Aufteilung Kosten von Strom aus eigener Produktion und Einkäufen auf Endverbraucher in Grundversorgung und Kunden am Markt" beim Bundesgericht hängig, weshalb diesbezüglich alle Verfahren sistiert worden seien (vgl. Folie 49 der Netzbetreiberveranstaltung 2016, publ. auf [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Veranstaltungen > Informationsveranstaltungen für Netzbetreiber, abgerufen am 29. November 2019). Daraus kann nun aber nicht geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerinnen deshalb mit der rückwirkenden Überprüfung ihrer deklarierten Kosten und Tarife hätten rechnen müssen, zumal bei ihnen gerade kein Tarifprüfungsverfahren eröffnet worden war. Einen Hinweis darauf, dass auch bei Netzbetreibern, bei welchen noch kein Tarifprüfungsverfahren eröffnet wurde, nach Klärung dieser Fragen solche

Verfahren durchgeführt werden würden, lässt sich den Unterlagen der Netzbetreiberveranstaltung 2016 nicht entnehmen. Die Netzbetreiberveranstaltung 2016 vermag deshalb das berechtigte Vertrauen der Beschwerdeführerinnen in die Richtigkeit ihrer genehmigten Deklarationen nicht zu zerstören.

**4.3.6** Im Newsletter 8/2016 vom 25. August 2016 (publ. auf [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Newsletter, abgerufen am 29. November 2019) wies die Vorinstanz auf das inzwischen ergangene Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juli 2016 (BGE 142 II 451) hin und teilte mit, dass sie künftig wieder aktiv überprüfen werde, ob die gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der Zuordnung der anrechenbaren Energiekosten und der Höhe von Kosten und Gewinn im Vertrieb (sog. 95- und 150-Franken-Regeln) eingehalten würden. Die Netzbetreiber müssten diese Vorgaben bei der Festlegung der Tarife berücksichtigen. Für die Berechnung der Deckungsdifferenzen würden diese Vorgaben auch für die Vergangenheit gelten. Zudem wurde darin Folgendes festgehalten:

*"Müssen die Netzbetreiber die Tarife 2017 anpassen?"*

*Das Urteil ist auch für die Tarife 2017 anwendbar. Die Tarife für 2017 müssen jedoch nicht angepasst werden. Sie sind von vielen Elektrizitätswerken bereits festgelegt worden und können nicht mehr geändert werden. Die El-Com verlangt allerdings, dass die betroffenen Elektrizitätswerke in den neuen Tarifblättern einen Vermerk anbringen und die zu hohen in Rechnung gestellten Tarife in den nächsten Tarifrunden durch Preissenkungen an die Kunden in der Grundversorgung zurückerstatten.*

*Für welche vergangenen Tarifjahre verlangt die ElCom eine Korrektur?"*

*Verteilnetzbetreiber, bei welchen die ElCom ein formelles Verfahren eröffnet hat, werden die Tarife gemäss rechtskräftiger Entscheidung der ElCom oder der Gerichte zu korrigieren haben. Verteilnetzbetreiber, bei welchen bis heute noch kein formelles Verfahren eröffnet worden ist, haben die Tarife ab dem Tarifjahr 2013 zu korrigieren. Dies in Anlehnung an Artikel 128 Obligationenrecht, wonach periodische Leistungen nach fünf Jahren verjähren."*

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerinnen vom Newsletter 8/2016 Kenntnis nahmen. Damit war ihnen bekannt, dass nach Ansicht der Vorinstanz auch bei Verteilnetzbetreiberinnen wie ihnen, bei welchen kein Tarifprüfungsverfahren eröffnet worden war, bis ins Tarifjahr 2013 zurück

Korrekturen aufgrund von BGE 142 II 451 vorzunehmen sind. Entsprechend konnten sie ab dem 25. August 2016 nicht mehr in guten Treuen davon ausgehen, dass die Vorinstanz ihre Deklarationen ab dem Tarifjahr 2013 als genehmigt ansieht. Zu diesem Zeitpunkt galten die Tarife 2015 und 2016 sowie die zugrundeliegenden Kostenrechnungen samt Deckungsdifferenzen der Jahre 2013 und 2014 aber bereits als genehmigt (vgl. vorstehend E. 4.2.3). Hingegen waren die Kostenrechnung 2015 und die darauf basierenden Tarife 2017 erst per 31. August 2016 und damit zeitlich nach dem Newsletter 8/2016 zu deklarieren. Zwar mussten die Tarife 2017 aufgrund des Urteils nicht mehr angepasst werden. Allerdings galt das erwähnte Urteil des Bundesgerichts nach Ansicht der Vorinstanz auch für die Tarife 2017 und sollten die zu hohen in Rechnung gestellten Tarife in den nächsten Tarifrunden durch Preissenkungen an die Kunden zurückerstattet werden. Damit mussten die Beschwerdeführerinnen mit Korrekturen ihre Kostendeklarationen durch die Vorinstanz rechnen. Zudem bestanden auch anlässlich der Informationsveranstaltung vom 19. Oktober 2016 zu den Konsequenzen des erwähnten Bundesgerichtsurteils noch diverse offene Fragen in Bezug auf die konkrete Umsetzung der Durchschnittspreismethode. Aufgrund dieser noch unklaren Situation konnten die Beschwerdeführerinnen nicht auf die Richtigkeit ihrer Deklarationen und die anschliessenden Rückmeldungen betreffend die Tarife 2017 bzw. die Kostenrechnungen 2015 vertrauen. Vielmehr mussten sie damit rechnen, dass die Vorinstanz nach Klärung der offenen Fragen ihre Deklarationen noch näher prüfen würde. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen denn auch mit Schreiben vom 27. Februar 2017 mitgeteilt, dass ihre Deklarationen möglicherweise nicht der Durchschnittspreismethode entsprechen würden und sich die Eröffnung eines formellen Tarifprüfungsverfahrens ab dem Jahr 2013 explizit vorbehalten. Von einer Genehmigung der per 31. August 2017 deklarierten Kostenrechnung 2015 konnten die Beschwerdeführerinnen somit nicht ausgehen.

**4.3.7** Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen berechtigterweise auf die Genehmigung der Tarife 2015 und 2016 sowie der zugrundeliegenden Kostenrechnungen samt Deckungsdifferenzen der Jahre 2013 und 2014 vertrauen durften. Hingegen konnten sie nicht von einer Genehmigung der per 31. August 2016 deklarierten Kostenrechnung und Deckungsdifferenzen des Jahres 2015 ausgehen.

**4.4** Des Weiteren haben die Beschwerdeführerinnen im Vertrauen auf die erhaltenen Genehmigungen bestimmte Dispositionen getroffen oder unter-

lassen. So haben sie ihre Tarife gestützt auf die deklarierten Angaben umgesetzt und ihren Kunden entsprechend in Rechnung gestellt. Basierend auf den generierten Einnahmen und im Vertrauen auf die Korrektheit ihres bisherigen Vorgehens haben sie sodann ihre weiteren Geschäftstätigkeiten und Marktaktivitäten geplant, kalkuliert und schliesslich auch durchgeführt. Würden die Tarife nun rückwirkend nach unten angepasst, müssten die Beschwerdeführerinnen einen Teil der Einnahmen über die künftigen Tarife zurückerstatten, ohne hierfür entsprechende Rückstellungen gemacht zu haben. Die getroffenen oder unterlassenen Dispositionen können somit nicht oder zumindest nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht bzw. nachgeholt werden.

**4.5** Schliesslich bleibt zu prüfen, ob dem Vertrauensschutz überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

**4.5.1** Die Beschwerdeführerinnen haben zweifellos ein gewichtiges Interesse am Schutz ihres Vertrauens auf die Genehmigungen der fraglichen Tarife und Kostendeklarationen und daran, dass die Jahre 2013 und 2014 als abgeschlossen gelten. Die Durchführung eines Tarifprüfungsverfahrens würde den Beschwerdeführerinnen einen nicht unerheblichen Aufwand verursachen. Sie hätten das Zahlenmaterial für die Jahre 2013 und 2014 erneut aufzubereiten und die Energiekosten nach den Vorgaben der Vorinstanz neu zu berechnen. Zwar steht noch nicht fest, ob und inwiefern es zu Korrekturen kommen wird und in welchem Umfang die bereits generierten Einnahmen über künftige Energietarife an die Kunden zurückzuerstatten sind. Den Ausführungen der Parteien lässt sich jedoch entnehmen, dass bei Anwendung der vorinstanzlichen Berechnungsweise mit substantiellen Rückerstattungen zu rechnen ist. Den Beschwerdeführerinnen drohen somit erhebliche finanzielle Einbussen. Auch müssten sie allenfalls unternehmerische Massnahmen ergreifen oder ihre strategische und finanzielle Planung anpassen.

**4.5.2** Diesen Interessen steht das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber. Es besteht ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit an gesetzeskonformen Energietarifen und einer diesbezüglichen Überprüfung durch die Vorinstanz. Vorliegend ist dabei insbesondere zu beachten, dass die Überprüfung zu tieferen Energietarifen und damit zu Rückerstattungen führen könnte. Davon profitieren würden allerdings lediglich die Kunden der Beschwerdeführerinnen, was das öffentliche Interesse etwas relativiert. Nach Angaben der Vorinstanz bewegt sich die Anzahl der Kunden im sechsstelligen Bereich. Das finanzielle Interesse an

einer allfälligen Rückerstattung der Kunden kann zudem nicht höher gewichtet werden, als dasjenige der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes, können die Kunden doch insgesamt nicht mehr "gewinnen" als die Beschwerdeführerinnen "verlieren" können. Da die Rückerstattung über tiefere Energietarife in der Zukunft erfolgt und sich der Kundenkreis seit den Jahren 2013 und 2014 zumindest in gewissem Umfang verändert haben dürfte, kämen die Rückerstattungen nicht vollumfänglichen denjenigen Personen zugute, welche die zu hohen Tarife bezahlt haben. Das mit einer Rückerstattung verfolgte Ziel, einen finanziellen Ausgleich für die zu hohen Energietarife in der Vergangenheit zu schaffen, lässt sich somit nicht vollumfänglich erreichen. Mit fortschreitender Zeitdauer ist dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit sodann weniger Gewicht beizumessen, weshalb das öffentliche Interesse an einer Überprüfung der Jahre 2013 und 2014 geringer ist als bei näher zurückliegenden Jahren. Nach der Argumentation der Vorinstanz handelt es sich um die beiden letzten noch nicht der Verjährung unterliegenden Jahre. Zu beachten ist schliesslich, dass aktuell noch gar nicht feststeht, ob die Energiekosten überhaupt unrichtig deklariert wurden und korrigiert werden müssten. Dies wäre im Rahmen des Tarifprüfungsverfahrens erst noch abzuklären. Nach Angaben der Beschwerdeführerinnen haben sie ihre Kosten für die Jahre 2013 und 2014 in gleicher Weise deklariert wie in den Jahren zuvor, als die Kostenrechnungen der Beschwerdeführerin 1 auch in einem formellen Prüfungsverfahren als rechtmässig beurteilt wurden. Die Daten erschienen der Vorinstanz bei ihrer Prüfung des Erhebungsbogens, bei welcher sie die Angaben auch mit denjenigen vom Vorjahr verglich, zumindest plausibel (vgl. vorstehend E. 4.2.2). Auch sind den Akten keine Beanstandungen oder Anträge auf Überprüfung der Tarife seitens der bezahlenden Kunden zu entnehmen. Damit kann dem öffentlichen Interesse an einer Überprüfung und allfälligen Korrektur der Kostendeclarationen aber kein derart hohes Gewicht beigemessen werden, wie dies bei offensichtlich oder krass rechtswidrigen Deklarationen der Fall wäre.

**4.5.3** Insgesamt ist das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung aus den dargelegten Gründen als geringer anzusehen als das Interesse der Beschwerdeführerinnen am Vertrauensschutz.

**4.6** Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in die Genehmigung ihrer Kostenrechnungen (inkl. Deckungsdifferenzen) für die

Jahre 2013 und 2014 haben. Das von der Vorinstanz eröffnete Tarifprüfungsverfahren ist deshalb in Bezug auf die Jahre 2013 und 2014 einzustellen. Hingegen können sich die Beschwerdeführerinnen für das Jahr 2015 nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Nachfolgend gilt es deshalb noch zu prüfen, ob das Tarifprüfungsverfahren betreffend das Jahr 2015 aus anderen Gründen einzustellen ist.

## **5.**

Die Beschwerdeführerinnen machen eine unzulässige rückwirkende Praxisänderung geltend. Die Vorinstanz habe ihre Praxis zur Durchschnittspreismethode mit der Weisung 2/2018 vom 10. April 2018 in dem Sinne geändert, dass neu nur noch eine ganz bestimmte Anwendung der Durchschnittspreismethode mit Einbezug sämtlicher Handelsaktivitäten zulässig sei. Zuvor habe gemäss den Vorgänger-Weisungen 5/2008 und 3/2012 eine gewisse Pluralität bei den Verteilschlüsseln bestanden und habe deshalb der Einkauf am Markt nicht umfassend berücksichtigt werden müssen. Die Neuausrichtung ihrer Praxis habe die Vorinstanz erstmals in ihrem Entscheid in Sachen Energie Wasser Bern (ewb) vom 17. November 2016 dokumentiert und in der Netzbetreiberveranstaltung vom 4. Juli 2017 als zukünftigen Ansatz ihrer Praxis erläutert. Hinsichtlich des WACC-Produktion habe die Vorinstanz in ihrer Weisung 3/2018 vom 10. April 2018 neu einen branchenspezifischen Einheits-Zinssatz festgesetzt, welchen sie zuvor in ihrer Praxis so nicht umgesetzt habe. Die Vorinstanz wolle ihre in den Weisungen neu festgesetzte Praxis rückwirkend auf vergangene Tarifjahre anwenden. Die Voraussetzungen hierfür seien jedoch nicht erfüllt.

**5.1** Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offengelassen werden. Nach dem bisher Ausgeführten können die Kostenrechnungen und Deckungsdifferenzen 2015 nicht als abschliessend geprüft und genehmigt angesehen werden. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, muss sie zumindest überprüfen können, ob die Kostendeklarationen analog den im Jahr 2012 abgeschlossenen Prüfungsverfahren für die Jahre 2009 und 2010 erfolgt sind, wie dies die Beschwerdeführerinnen behaupten. Folglich ist die Durchführung eines Tarifprüfungsverfahrens selbst dann zulässig, wenn die Rüge der Beschwerdeführerinnen bezüglich der rückwirkenden Praxisänderung zutreffend sein sollte. Der Antrag auf Einstellung des Verfahrens in Bezug auf das Jahr 2015 ist deshalb bereits aus diesem Grund abzuweisen.

**5.2** Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, die Kostenrechnungen ab dem Tarifjahr 2013 unter Anwendung der Durchschnittspreismethode rückwirkend neu zu berechnen und dabei die Weisungen 2/2018 (Gestehungskosten) und 3/2018 (WACC Produktion) sowie die 95-Franken-Regel zu beachten. Ob aber die Vorinstanz die Kostenrechnung 2015 schlussendlich tatsächlich entsprechend korrigieren wird, steht aktuell noch nicht fest. Wie sich aus dem Schreiben der Vorinstanz vom 30. August 2018 ergibt, soll die Neuberechnung vorderhand dazu dienen, die daraus resultierenden Werte mit den von den Beschwerdeführerinnen bereits eingereichten Deklarationen zu vergleichen. Erst nach Prüfung der Unterschiede soll über allfällige Korrekturen der Kostenrechnungen entschieden werden. Dieses Vorgehen erscheint durchaus zielführend. Die für die Kostenrechnung und die Tarife massgebenden gesetzlichen Grundlagen blieben über die Jahre unverändert. Führen die beiden Berechnungsmethoden somit zu ähnlichen Ergebnissen, würden sich Korrekturen deshalb wohl erübrigen. Auch liesse sich dadurch leichter beurteilen, ob die Tarife noch als angemessen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG anzusehen sind. Sollte die Vorinstanz im Endentscheid tatsächlich – wie von den Beschwerdeführerinnen befürchtet – die Kostenrechnung im Sinne der Weisungen 2/2018 und 3/2018 korrigieren, hätte sie die Zulässigkeit einer solchen Rechtsanwendung unter Berücksichtigung der Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zu begründen und stände dagegen alsdann die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht offen. Zum jetzigen Zeitpunkt ist das Vorgehen der Vorinstanz auch mit Blick auf Art. 25 Abs. 1 StromVG jedoch nicht zu beanstanden.

## **6.**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die angefochtene Verfügung entsprechend aufzuheben ist. Das Tarifprüfungsverfahren ist in Bezug auf die Jahre 2013 und 2014 einzustellen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Die Vorinstanz ist damit berechtigt, das Tarifprüfungsverfahren betreffend das Jahr 2015 fortzuführen.

## **7.**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

**7.1** Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen; unterliegt sie nur teilweise, so werden sie ermässigt. Ausnahmsweise können sie erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen werden

unabhängig vom Verfahrensausgang keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Das von der Vorinstanz eröffnete Tarifüberprüfungsverfahren ist in Bezug auf die Jahre 2013 und 2014 antragsgemäss einzustellen. Hingegen ist der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerinnen bezüglich dem Jahr 2015 abzuweisen. In der Hauptsache obsiegen die Beschwerdeführerinnen somit zu zwei Dritteln. Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 6. Mai 2019 den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erlass vorsorglicher Massnahmen gutgeheissen. Insgesamt rechtfertigt es sich daher, die Beschwerdeführerinnen als zu drei Vierteln obsiegend zu betrachten. Entsprechend haben sie die auf Fr. 5'000.– festzusetzenden Verfahrenskosten (vgl. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) im Umfang von Fr. 1'250.– zu tragen. Dieser Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 3'750.– ist den Beschwerdeführerinnen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Die Vorinstanz hat keine Verfahrenskosten zu tragen.

**7.2** Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (vgl. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Bundesbehörden haben keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Sie wird vom Gericht aufgrund der Akten festgesetzt, wenn keine Kostennote eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen haben im Umfang ihres Obsiegens von drei Vierteln Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung. Es wurde keine Kostennote eingereicht, weshalb die Höhe der Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen ist. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles, des notwendigen Zeitaufwandes und eines durchschnittlichen Stundenansatzes erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'500.– als angemessen. Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und die angefochtene Zwischenverfügung vom 7. Februar 2019 entsprechend aufgehoben. Das Tarifprüfungsverfahren für die Jahre 2013 und 2014 wird eingestellt. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

### **2.**

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 5'000.– festgesetzt und im Umfang von Fr. 1'250.– den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 3'750.– wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu haben sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontoangaben mitzuteilen.

### **3.**

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'500.– zu bezahlen

### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christoph Bandli

Marcel Zaugg

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: