



## **Urteil vom 18. Juni 2024**

---

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),  
Richter Jérôme Candrian,  
Richter Jürg Marcel Tiefenthal,  
Gerichtsschreiberin Flurina Peerdeman.

---

Parteien

**X.\_\_\_\_\_ AG,**  
(vormals W.\_\_\_\_\_ AG),  
vertreten durch  
Dr. iur. Martin Föhse, Rechtsanwalt, und  
Corinne Wüthrich-Harte, Rechtsanwältin,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Y.\_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch  
Dr. Franz J. Kessler, Rechtsanwalt,  
Beschwerdegegnerin,

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

---

Gegenstand

Gesuch um Anpassung der Rückliefervergütung für das  
Kraftwerk (...).

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

Die Y. \_\_\_\_\_ AG betreibt das Kleinwasserkraftwerk (...). Als Netzbetreiberin ist die X. \_\_\_\_\_ AG verpflichtet, die von dieser Anlage eingespeiste erneuerbare Energie abzunehmen und der Y. \_\_\_\_\_ AG zu vergüten (sog. Rückliefervergütung gemäss Art. 15 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 [EnG, SR 730.0]).

Die U. \_\_\_\_\_ AG bzw. V. \_\_\_\_\_ AG, damalige Rechtsvorgängerinnen der X. \_\_\_\_\_ AG, stellten am 27. Februar 2020 der Y. \_\_\_\_\_ AG die Schlussabrechnung für die Rückliefervergütung 2019 zu. Sie teilten mit, ab dem 1. Januar 2020 werde die eingespeiste Energie quartalsweise nach dem aktuellen Marktwert vergütet.

**B.**

**B.a** Mit Gesuch vom 4. Juni 2020 gelangte die Y. \_\_\_\_\_ AG an die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom). Sie beantragte, die U. \_\_\_\_\_ AG/V. \_\_\_\_\_ AG sei zu verpflichten, die Bemessung der Vergütung für die vom Kleinwasserkraftwerk (...) produzierte und ins Verteilnetz eingespeiste Elektrizität transparent offenzulegen (Antrag 1). Zudem sei die U. \_\_\_\_\_ AG/V. \_\_\_\_\_ AG zu verpflichten, ihr für die vom Kleinwasserkraftwerk (...) produzierte und ins Verteilnetz eingespeiste Elektrizität ab dem 1. Januar 2020 eine Vergütung basierend auf den geltenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zu bezahlen, bei deren Bemessung insbesondere die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen berücksichtigt würden (Antrag 2). Die Kosten des Verfahrens seien der U. \_\_\_\_\_ AG/V. \_\_\_\_\_ AG aufzuerlegen (Antrag 3).

**B.b** Mit Schreiben vom 12. Juni 2020 teilte die EiCom der U. \_\_\_\_\_ AG die Verfahrenseröffnung mit.

**B.c** Am 7. Juli 2020 informierte die W. \_\_\_\_\_ AG die Vorinstanz über die per 1. Januar 2020 erfolgte Fusion der U. \_\_\_\_\_ AG (...).

**B.d** Die W. \_\_\_\_\_ AG forderte in ihrer Stellungnahme vom 13. August 2020, es sei der Antrag 1 der Y. \_\_\_\_\_ AG abzuweisen, soweit er die Offenlegung der Gestehungskosten betreffe. Der Antrag 2 sei ebenfalls abzuweisen, soweit die Y. \_\_\_\_\_ AG beantrage, dass für die Berechnung der Rückliefervergütung die Gestehungskosten von eigenen Produktionsanlagen zu berücksichtigen seien.

**B.e** Mit Eingabe vom 17. November 2020 beantragte die Y.\_\_\_\_\_ AG ergänzend, es sei eine Stellungnahme des Bundesamtes für Energie (BFE) einzuholen. Des Weiteren seien zu Art. 17 Abs. 3 E-EnG die unveröffentlichten Protokolle der Kommissionen für Umwelt, Raumplanung, Energie und Kommunikation von Stände- und Nationalrat (UREK-S und UREK-N) beizuziehen.

**B.f** Die W.\_\_\_\_\_ AG äusserte sich mit Eingabe vom 28. Januar 2021 ablehnend zu diesen Anträgen der Y.\_\_\_\_\_ AG.

**C.**

Nach Abschluss des Schriftenwechsels erliess die ElCom am 11. Mai 2021 die nachstehende Verfügung:

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

In der Begründung erwog die ElCom zusammengefasst, dass sich die Rückliefervergütung für Elektrizität aus erneuerbaren Energien im Streitfall nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität richte (Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG). Die Vergütung richte sich nach den Kosten des Netzbetreibers für den Bezug gleichwertiger Elektrizität bei Dritten sowie den Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen (Art. 12 Abs. 1 der Energieverordnung vom 1. November 2017 [EnV, SR 730.01]). Zwischen den Parteien sei strittig, ob Art. 12 Abs. 1 EnV in Bezug auf die Berücksichtigung der Gestehungskosten gesetzeskonform sei.

Im Rahmen der Auslegung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG erkannte die ElCom, dass der deutsche *Wortlaut* "Beschaffung" die Berücksichtigung der Gestehungskosten nicht ausschliesse. Im Gegensatz dazu sprächen die

französische Sprachfassung und die italienische Sprachfassung mit den Formulierungen "acquérir" resp. "l'acquisto" vom Kauf. Sie schlossen somit die Gestehungskosten aus. Welcher Sprachfassung den Vorrang zu geben sei, sei mit Hilfe der anderen Auslegungsmethoden zu ermittelt. Ferner sei es hinsichtlich der Zusätze "vermiedene Kosten" und "gleichwertiger Elektrizität" möglich, die Gestehungskosten zu berücksichtigen. Die *Systematik* des Gesetzes, die mit der Revision per 1. Januar 2018 geändert worden sei, verdeutliche nur die Abgrenzung zum Einspeisevergütungssystem. Bei Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG sei der Gesetzgeber der Vorlage des Bundesrates nicht gefolgt und es lägen auch markttechnische Unterschiede vor, weshalb die abweichende Formulierung zu Bst. b (Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen) und Bst. c (Biogas) bei der Auslegung nicht weiterhelfe. Die *historische* Auslegung zeige auf, dass das Parlament die Vorschläge des Bundesrates und des Nationalrates abgelehnt und sich für den ständerätlichen Kompromissvorschlag entschieden habe. In der UREK-S und UREK-N wie auch im Parlament seien die vermiedenen Beschaffungskosten rege diskutiert worden. In den Voten komme zum Ausdruck, dass sich die Rückliefervergütung bei fehlender Einigung zwischen dem Produzenten und dem Netzbetreiber an dessen Bezugskosten bei Dritten sowie nach den Gestehungskosten zu richten habe. Dass die Gestehungskosten nicht berücksichtigt werden sollten, sei hingegen nicht vorgebracht worden. Aus den Beratungen sei ersichtlich, dass eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Netzbetreiber, je nachdem, ob sie eine eigene Elektrizitätsproduktion hätten oder nicht, in Kauf genommen worden sei. Hätte der Gesetzgeber das bisherige Recht mit der entsprechenden Praxis der ECom beibehalten wollen, hätte er das Gesetz nicht ändern müssen. Demnach spreche die historische Auslegung insgesamt dafür, dass die Gestehungskosten zu berücksichtigen seien. *Ziel und Zweck* des Energiegesetzes sei das Sicherstellen einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglicheren Energieversorgung. Die Abnahme- und Vergütungspflicht von Art. 15 EnG greife subsidiär in die Vertragsfreiheit ein, um den kleineren dezentralen Produzenten mit einer schwächeren Marktposition einen angemessenen Preis für ihre eingespeiste Elektrizität zu garantieren. Der Gesetzgeber habe kein Subventionierungsinstrument beabsichtigt. Aufgrund der momentanen Marktsituation führe eine Berücksichtigung der Gestehungskosten zwar zu höheren Rückliefervergütungen, was einen positiven Effekt auf den Zubau von erneuerbaren Energien im Sinne der Energiestrategie 2050 habe. Ändere sich die Marktlage, könnte sich dies jedoch künftig auch zu Ungunsten der Produzenten auswirken. Die teleologische Auslegung führe daher zu keinem eindeutigen Ergebnis, schliesse die Berücksichtigung der Gestehungskosten aber nicht aus. Was

die *zeitgemässe* Auslegung betreffe, so dürfe der Netzbetreiber heute die Gestehungskosten für inländisch produzierte Elektrizität aus erneuerbaren Energien, einschliesslich des Herkunftsnachweises, in den Tarif der grundversorgten Endverbraucher unter bestimmten Voraussetzungen einrechnen (Art. 6 Abs. 5<sup>bis</sup> des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7]; Art. 4 Abs. 2 und 3 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV, SR 734.71]). Zudem bestehe die Möglichkeit, einen Teil der Kosten in die Tarife einzukalkulieren (Art. 6 Abs. 1, 4 und 5 StromVG; Art. 4 Abs. 1 StromVV). Für den Netzbetreiber würden sich damit allfällige zusätzliche Risiken der Rückliefervergütung reduzieren. Die verbleibenden Risiken ergäben sich daraus, dass der Gesetzgeber die Produzenten habe besserstellen wollen. Im Übrigen gebe das Stromversorgungsrecht keinen direkten Aufschluss über den Inhalt von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG. Die zeitgemässe Auslegung schliesse eine Berücksichtigung der Gestehungskosten demnach ebenfalls nicht aus. Die Auslegung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG führe somit zusammengefasst zum Ergebnis, dass bei der Rückliefervergütung die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen zu berücksichtigen seien, wie dies die Vollzugsverordnung in Art. 12 Abs. 1 EnV ausdrücklich vorsehe. Entsprechend sei der Antrag 2 des Gesuchs der Y. \_\_\_\_\_ AG gutzuheissen.

Die EICom befasste sich in den weiteren Erwägungen mit den Rügen der Y. \_\_\_\_\_ AG zur Berücksichtigung der vermiedenen Netzkosten und zur Produktion innerhalb des Konzerns. Abschliessend hielt die EICom fest, dass die W. \_\_\_\_\_ AG die Rückliefervergütung ab dem 1. Januar 2020 insbesondere in Berücksichtigung der Gestehungskosten neu zu berechnen habe. Die W. \_\_\_\_\_ AG habe der Y. \_\_\_\_\_ AG die neue Berechnung anhand entsprechender Unterlagen aufzuzeigen, dies unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. Der Antrag 1 des Gesuchs der Y. \_\_\_\_\_ AG sei daher teilweise gutzuheissen.

#### **D.**

Gegen diese Verfügung der EICom erhebt die W. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 14. Juni 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgendem Rechtsbegehren:

"Die Verfügung der Vorinstanz vom 11. Mai 2021 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Bemessung der Rücklieferatarife der Beschwerdeführerin für die Einspeisung von Energie durch die Beschwerdegegnerin in das Verteilnetz der Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2020 rechtmässig ist. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

In der Begründung rügt die Beschwerdeführerin vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie habe erst durch die angefochtene Verfügung erfahren, dass die Vorinstanz die unveröffentlichten Protokolle der UREK-S und UREK-N beigezogen habe. Es sei ihr nicht möglich gewesen, sich zu den Kommissionsprotokollen vorgängig zu äussern, auf die sich der angefochtene Entscheid massgebend stütze.

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, dass bei der Rückliefervergütung nach Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen nicht zu berücksichtigen seien. Die Ausführungsbestimmung von Art. 12 Abs. 1 EnV führe hier ein neues Kriterium ein, das auch im Schrifttum einhellig als gesetzeswidrig bezeichnet werde. Entgegen der Gesetzesauslegung der Vorinstanz beziehe sich der *Wortlaut* von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG in allen drei Amtssprachen klarerweise auf den Erwerb von Energie bei Dritten. Ferner seien die Gestehungskosten vorwiegend fixe Kosten, die im Falle einer Einspeisung durch kleine Produzenten nicht "vermieden" werden könnten, wie dies der Wortlaut vorsehe. Aus der *Historie* sei ersichtlich, dass der Gesetzgeber eine Kompromisslösung gewählt habe. Er habe sich gegen eine Subventionierung und für ein marktnahes Modell entschieden, dies in Fortführung der bisherigen Praxis. Die Vorinstanz habe bei ihrer Auslegung die parlamentarischen Voten irreführend verwendet. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich die Gestehungskosten berücksichtigen wollen, hätte er zusätzlich eine Regelung zu den Herkunftsnachweisen treffen müssen. Was die *teleologische* Auslegung betreffe, so handle es sich bei der Rückliefervergütung um ein Auffanginstrument, das greife, wenn ein Kleinproduzent keinen angemessenen Preis auf dem Markt erzielen könne. Sollten die Gestehungskosten des Netzbetreibers über den Marktpreisen liegen, käme Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG gar nicht mehr zum Zuge, da der Produzent seinen Strom dann am Markt veräussern würde. Nach Ansicht der Vorinstanz habe der Netzbetreiber einseitig das Risiko tiefer Marktpreise zu tragen. Der *zeitgemässen* Auslegung der Vorinstanz sei insbesondere zu entgegen, dass die befristete Regelung von Art. 6 Abs. 5<sup>bis</sup> StromVG bei den Long-Netzbetreibern ins Leere laufe. Bei der Durchschnittspreismethode nach Art. 6 Abs. 5 StromVG könnten die über dem Marktpreis liegenden Gestehungskosten nur teilweise auf die grundversorgten Endverbraucher überwältzt werden. Die vorinstanzliche Lesart sei zudem mit einer *verfassungskonformen* Auslegung nicht zu vereinbaren. Die Pflicht zur Berücksichtigung der Gestehungskosten verletze in schwerwiegender Weise die Wirtschaftsfreiheit, die Eigentumsgarantie sowie das abgaberechtliche Legalitätsprinzip und erfordere daher eine Grundlage in Gesetz und

Verfassung (Art. 5 Abs. 1, Art. 26 f., Art. 36 Abs. 1, Art. 126 ff. und Art. 164 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Eine solche Pflicht führe dazu, dass sie und auch andere Long-Netzbetreiber, ebenso wie grundversorgte Endverbraucher, de facto Subventionen zu finanzieren hätten. Das sei willkürlich und schwerlich umsetzbar. Sie erleide einen Verlust, wenn sie dazu verpflichtet werde, eine überhöhte Rückliefervergütung zu bezahlen und damit eine Schenkung zu machen. Es handle sich hier sogar um einen grundsatzwidrigen Eingriff in die Wirtschaftsordnung. Für die Endverbraucher komme es einer indirekten Zwecksteuer gleich. Es widerspreche der Energiestrategie 2050, die Long- und Short-Netzbetreiber unterschiedlich zu behandeln sowie die Endverbraucher in Gebieten mit starkem Zubau an erneuerbaren Energien regional stärker zu belasten. Die Auslegung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG ergebe folglich, dass bei der Rückliefervergütung nicht an den Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen anzuknüpfen sei. Der gesetzes- und verfassungswidrige Art. 12 Abs. 1 EnV sei im Einzelfall nicht anzuwenden. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien entsprechend neu zu verlegen.

#### **E.**

Mit Schreiben vom 7. Juli 2021 verzichtet die ElCom (nachfolgend: Vorinstanz) auf eine Vernehmlassung. Hinsichtlich der eingereichten Verfahrensakten teilt sie mit, sie sei nicht befugt, dem Bundesverwaltungsgericht die unveröffentlichten Protokolle der UREK-S und UREK-N auszuhändigen. Hierfür verweise sie an das zuständige Generalsekretariat der Bundesversammlung.

#### **F.**

In der Beschwerdeantwort vom 23. August 2021 schliesst die Y. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

In der Begründung äussert sich die Beschwerdegegnerin zunächst zum Feststellungsbegehren der Beschwerde, zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts sowie zu der seitens der Beschwerdeführerin gerügten Gehörsverletzung.

In der weiteren Begründung vertritt die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen den Standpunkt, dass bei der Rückliefervergütung die Gestehungskosten sehr wohl gemäss Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG zu berücksichtigen

seien und Art. 12 Abs. 1 EnV sich als gesetzeskonform erweise. Die von der Beschwerdeführerin zitierten Lehrmeinungen nähmen tendenziell die Sichtweise von Netzbetreibern ein und liessen ausser Acht, dass der Gesetzgeber die Stellung der Kleinproduzenten habe verbessern wollen. Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG sei vor dem Hintergrund der wechselhaften gesetzlichen Entwicklung seit 1999 auszulegen. Die Auffassung der Beschwerdeführerin werde bestritten, dass der *Wortlaut* die Berücksichtigung der Gestehungskosten ausschliesse. Der Begriff "Marktorientierung" werde nicht mehr verwendet. Im Falle der Einspeisung durch Kleinproduzenten "vermeide" der Netzbetreiber die entsprechenden Gestehungskosten. Denn vor allem grosse Netzbetreiber könnten ihre Energiebeschaffung steuern, da Wasserkraftwerke mit Stauanlagen hinsichtlich des Produktionszeitpunktes flexibel seien und die Einspeisung nach Art. 15 EnG nach wie vor nur einen relativ kleinen Teil der gesamtschweizerischen Energieproduktion ausmache. Bei der *Systematik* sei zu beachten, dass die Bestimmung sich an den Netzbetreiber richte, der gestützt auf Art. 6 StromVG dazu verpflichtet sei, die gebundenen Endkunden mit Elektrizität zu versorgen, sei dies durch den Bezug bei einem Dritten oder durch Eigenproduktion. Es falle auf, dass der Gesetzgeber in Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG eine vergleichsweise offene Formulierung gewählt habe. Es werde weder der "Marktpreis" (Bst. b) noch der Preis für den "Kauf bei einem Dritten" (Bst. c) erwähnt. Zur *Historie* sei festzuhalten, dass das Parlament materielle Änderungen beschlossen habe. Es habe sich für den ständerätlichen Kompromissvorschlag entschieden und sowohl die staatliche Preisfestlegung als auch das reine Marktmodell abgelehnt, das die Beschwerdeführerin nun vertrete. Die Vorinstanz habe die parlamentarischen Voten zutreffend gewürdigt, demgemäss der Kompromissvorschlag die Gestehungskosten miterfasse. Auch aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin zu den Herkunftsnachweisen könnten keine anderen Rückschlüsse gezogen werden. Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG habe den *Zweck*, kleinen Produktionsanlagen einen gewissen ökonomischen Schutz zu bieten. Eine Subvention stehe nicht zur Diskussion, sondern mit dem bewussten Eingriff in die Vertragsfreiheit werde ein Ausgleich angestrebt zwischen der regelmässig schwächeren Position von Kleinproduzenten gegenüber den Netzbetreibern. Auch bei geänderter Marktlage komme die Bestimmung faktisch zum Zuge, da viele Produzenten angesichts der administrativen Hürden auf den Verkauf am Markt verzichten würden. Bei der *zeitgemässen* Auslegung habe die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit Erlass von Art. 6 Abs. 5<sup>bis</sup> StromVG einen gewissen Ausgleich für die Netzbetreiber geschaffen habe, um allfällige erhöhte Marktrisiken zu begrenzen. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die *verfassungskonforme*

Auslegung berufe, bestehe in Art. 89 BV eine Grundlage für die Energiepolitik. Die Bestimmung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG regle das Verhältnis zwischen den Marktteilnehmenden, ohne dass der Staat dabei eine Steuer abführe. Mit der Berücksichtigung der Gestehungskosten bei der Rückliefervergütung sei kein oder zumindest kein schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie oder die Wirtschaftsfreiheit verbunden. Aber selbst wenn dies zu bejahen wäre, bestehe mit Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG eine formelle gesetzliche Grundlage. Die Beschwerde sei daher als unbegründet abzuweisen.

## **G.**

**G.a** Mit Eingabe vom 3. September 2021 stellt die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht den Antrag, es seien die unveröffentlichten Protokolle der UREK-S und UREK-N beim Generalsekretariat der Bundesversammlung einzuholen. Eventualiter seien die darauf basierenden Erwägungen der Vorinstanz aus den Akten zu weisen.

**G.b** Die Beschwerdegegnerin nimmt am 15. September 2021 zu diesen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung.

**G.c** Am 21. September 2021 gibt der Rechtsdienst der Parlamentsdienste dem Gesuch des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 2021 um Einsicht in die Protokolle der UREK-S und UREK-N statt. Für die Weitergabe an die Verfahrensbeteiligten gälten die genannten Vorgaben zur Wahrung der Vertraulichkeit.

**G.d** Am 7. resp. 15. Oktober 2021 gewährte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin Akteneinsicht in die Protokolle der UREK-S und UREK-N. Die Einsicht wurde mit der Verpflichtung verbunden, die genannten Vorgaben zur Wahrung der Vertraulichkeit einzuhalten.

## **H.**

**H.a** In der Replik vom 5. November 2021 hält die Beschwerdeführerin an ihrem Rechtsbegehren fest. In der Begründung bestreitet sie im Einzelnen die Ausführungen in der Beschwerdeantwort. Ergänzend weist sie darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin wirtschaftlich betrachtet nicht dem gesetzgeberischen Bild einer kleinen Produzentin entspreche. Zudem trete die Beschwerdegegnerin ihr gegenüber auch als Konkurrentin auf. Zu den Kommissionsprotokollen äussert sich die Beschwerdeführerin im Ergebnis

dahingehend, dass diese keine verwertbaren Ergebnisse liefern würden und die erforderliche klare Grundlage in Gesetz und Verfassung nicht zu ersetzen vermögen, die es für eine Berücksichtigung von Gestehungskosten bei der Rückliefervergütung bedürfe.

**H.b** Die Vorinstanz verzichtet mit Schreiben vom 7. Dezember 2021 auf die Einreichung einer Duplik.

**H.c** Die Beschwerdegegnerin hält in der Duplik vom 12. Januar 2022 an ihrem Standpunkt ebenfalls fest, wobei sie ihrerseits die Ausführungen in der Replik im Einzelnen bestreitet. Ergänzend rügt sie insbesondere, dass die behaupteten wirtschaftlichen Nachteile nicht belegt seien, zumal die Beschwerdeführerin in den vergangenen Jahren einen Gewinnzuwachs verzeichnet habe und die Rückliefervergütung ohnehin auf die Kleinproduzenten beschränkt sei. In diesem Zusammenhang liege auch kein Konkurrenzverhältnis zur Beschwerdeführerin vor. Hinsichtlich der Kommissionsprotokolle sieht sich die Beschwerdegegnerin darin bestätigt, dass der Gesetzgeber die Stellung der Kleinproduzenten habe verbessern wollen. Eine gewisse Ungleichbehandlung von Netzbetreibern mit eigener Produktion und solchen ohne eigene Produktion habe er dabei bewusst in Kauf genommen.

**I.**

**I.a** In den Schlussbemerkungen vom 18. Februar 2022 weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin per 1. Januar 2021 für das Wasserkraftwerk (...) die Bilanzgruppe gewechselt habe und damit keine Rückliefervergütung mehr von ihr beziehe. Sie präzisiere infolgedessen ihr Rechtsbegehren der Beschwerde dahingehend, es sei allein für das Jahr 2020 die Rechtmässigkeit der Rückliefervergütung festzustellen. Zudem teilt die Beschwerdeführerin mit, dass die W. \_\_\_\_\_ AG im Rahmen einer Absorptionsfusion von der X. \_\_\_\_\_ AG übernommen werde, formal rückwirkend per 1. Januar 2022. In der weiteren Begründung macht die Beschwerdeführerin u.a. ergänzende Ausführungen zu ihrem Feststellungsbegehren.

**I.b** Die Vorinstanz äussert sich in ihren Schlussbemerkungen vom 22. März 2022 eigens zum Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin.

**I.c** In den Schlussbemerkungen vom 24. März 2022 nimmt die Beschwerdegegnerin nochmals zur Streitsache Stellung. Sie hält u.a. daran fest,

dass auf das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin nicht einzutreten sei.

**I.d** Das Bundesverwaltungsgericht passte mit Verfügung vom 5. April 2022 das Rubrum in Bezug auf die beschwerdeführende Partei an. Die W.\_\_\_\_\_ AG wurde durch die X.\_\_\_\_\_ AG ersetzt.

**J.**

Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin reichten am 6. resp. 23. Mai 2022 je eine zusätzliche Stellungnahme ein. Mit Eingabe vom 6. Mai 2022 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer ergänzenden Vernehmlassung.

**K.**

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 vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die ECom gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 66 Abs. 2 EnG). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2**

**1.2.1** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

**1.2.2** Während des laufenden Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht übernahm die X. \_\_\_\_\_ AG durch eine Absorptionsfusion die Aktiven und Passiven der ursprünglich beschwerdeführenden Partei W. \_\_\_\_\_ AG. Letztere wurde im Handelsregister gelöscht. Die Fusion bewirkt eine Universalsukzession (Gesamtnachfolge). Da die Rechtsnachfolge aufgrund von Gesamtnachfolge nicht als Parteiwechsel gilt, kann die X. \_\_\_\_\_ AG das Verfahren für die W. \_\_\_\_\_ AG weiterführen (vgl. Art. 17 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 4 VwVG; Urteil des BVGer A-3000/2012 vom 28. Dezember 2018 E. 1.2.2; MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.6 Fn. 52; je mit Hinweisen). Die X. \_\_\_\_\_ AG, welche die W. \_\_\_\_\_ AG inzwischen mittels Fusion übernommen hat, ist als zuständige Netzbetreiberin durch die angefochtene Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert.

### **1.3**

**1.3.1** Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass auf die Beschwerde einzutreten sei, soweit die Beschwerdeführerin die Rechtmässigkeit des Rückliefertarifs festgestellt haben möchte. Im vorinstanzlichen Verfahren sei kein solches Feststellungsbegehren gestellt worden. Auch habe die Beschwerdeführerin weder dargetan noch mit entsprechenden Unterlagen belegt, wie sie ihre Rückliefervergütung berechne. Die Vorinstanz habe dementsprechend den geschuldeten Betrag nicht umfassend geprüft. In der angefochtenen Verfügung sei nicht über den konkreten Betrag, sondern nur darüber entschieden worden, welche Elemente bei der Berechnung der Rückliefervergütung zu berücksichtigen seien. Selbst wenn die Beschwerde hinsichtlich der Gestehungskosten gutzuheissen wäre, werde bestritten, dass für die Bemessung der Rückliefervergütung der vom BFE publizierte Referenz-Marktpreis Anwendung finde.

**1.3.2** Die Beschwerdeführerin hält – trotz der Einwände der Beschwerdegegnerin – an ihrem Feststellungsbegehren fest. Es sei nicht relevant, dass sie dieses Begehren vor der Vorinstanz noch nicht gestellt habe. Aufgrund des offen formulierten Gesuchs der Beschwerdegegnerin habe die Vorinstanz die Rückliefervergütung umfassend auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft. Dabei habe sich herausgestellt, dass der einzige Kritikpunkt der Einbezug der Gestehungskosten sei. Sollte das Bundesverwaltungsgericht die angefochtene Verfügung aufheben, habe sie ein Interesse daran, dass die Rechtmässigkeit der Rückliefervergütung festgestellt werde,

zumal der Fall eine gewisse mediale Aufmerksamkeit erfahren habe. Aufgrund der grossen Tragweite des Entscheides dränge sich die gerichtliche Feststellung sogar von Amtes wegen auf. Die Rechtmässigkeit der Rückliefervergütung könne vom Bundesverwaltungsgericht anhand des vom BFE publizierten Referenz-Marktpreises ohne Weiteres überprüft werden, sollten bei Gutheissung der Beschwerde keine Gestehungskosten zu berücksichtigen sein.

**1.3.3** Die Vorinstanz wendet in der Vernehmlassung ein, dass für die Rückliefervergütung der vom BFE publizierte Referenz-Marktpreis nicht massgebend sei. Sollten die Gestehungskosten im Falle einer Gutheissung der Beschwerde unberücksichtigt bleiben, sei auf das konkrete Beschaffungsportfolio der Beschwerdeführerin in Form der Kosten für den Bezug von Elektrizität bei Dritten abzustellen.

**1.3.4** Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Der Streitgegenstand darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert, sondern höchstens verengt und um nicht mehr streitige Punkte reduziert werden (statt vieler Urteil des BVGer A-478/2021 vom 17. Juli 2023 E. 1.4.1; vgl. MOSER et al., a.a.O., Rz. 2.8, 2.213 f. und 2.215 mit Hinweisen).

Feststellungsbegehren sind subsidiär zu Leistungsbegehren und nur zulässig, sofern an der Feststellung ein schutzwürdiges Interesse besteht und dieses nicht ebenso gut mit einem Leistungsbegehren gewahrt werden kann (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG; BGE 148 I 160 E. 1.6; Urteil des BGer 2C\_109/2021 vom 28. Juni 2021 E. 1.2; Urteil des BVGer A-469/2021 vom 21. Juni 2023 E. 1.2; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 25 Rz. 13 ff.; je mit Hinweisen). Unklare Rechtsbegehren sind unter Berücksichtigung der Beschwerdebegründung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es genügt, wenn aus der Beschwerdebegründung klar hervorgeht, in welchem Sinne der angefochtene Entscheid abgeändert werden soll (vgl. Urteile des BVGer A-2783/2022 vom 1. März 2024 E. 1.3.1 und A-5000/2018 vom 5. Mai 2020 E. 1.4; MOSER et al., a.a.O., Rz. 2.211a; je mit Hinweisen).

**1.3.5** Gemäss Art. 62 Abs. 3 EnG entscheidet die Vorinstanz bei Streitigkeiten aufgrund des Art. 15 EnG. Die Beschwerdegegnerin beantragte vor der Vorinstanz in ihrem Gesuch vom 4. Juni 2020 zusammengefasst, dass die Beschwerdeführerin zu verpflichten sei, die Bemessung der

Rückliefervergütung für das Kraftwerk (...) offenzulegen (Antrag 1). Des Weiteren forderte sie, dass die Beschwerdeführerin zu verpflichten sei, ihr eine Rückliefervergütung für das Kraftwerk (...) ab dem 1. Januar 2020, insbesondere unter Berücksichtigung der Gestehungskosten, zu bezahlen (Antrag 2). Dem im Antrag 2 enthaltenen Zusatz "entsprechend den geltenden Gesetzes- und Ordnungsbestimmungen" kommt dabei keine eigenständige Bedeutung zu. Es stellt lediglich ein allgemeiner Verweis auf das ohnehin anwendbare Recht dar. Das materielle Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin beinhaltet mithin allein die Forderung nach dem Einbezug der Gestehungskosten. Auch stellte sie keine Eventualbegehren für den Fall, dass ihre Hauptforderung abgewiesen würde. Aus der Begründung des Gesuchs vom 4. Juni 2020 wird ebenfalls deutlich, dass die Beschwerdegegnerin – übereinstimmend mit ihrem materiellen Rechtsbegehren – nur den fehlenden Einbezug der Gestehungskosten beanstandete. Andere Rügen wurden von ihr nicht substantiiert vorgebracht, auch nicht im Sinne einer Eventualbegründung. Die Streitigkeit, welche die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz zum Entscheid nach Art. 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 15 EnG vorlegte, beschränkte sich somit auf die Forderung, dass die Gestehungskosten einzubeziehen seien bei der Bemessung der Rückliefervergütung für das Kraftwerk (...) ab dem 1. Januar 2020. In der angefochtenen Verfügung entschied die Vorinstanz allein über dieses Gesuch und demzufolge nicht umfassend über die Rechtmässigkeit der konkreten Rückliefervergütung.

Vor Bundesverwaltungsgericht stellt die Beschwerdeführerin sodann zusammengefasst das Rechtsbegehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Bemessung des Rückliefertarifs ab dem 1. Januar 2020 rechtmässig sei. Der zweite Teilsatz ihres Rechtsbegehrens ist indes nur dem Wortlaut nach als Feststellungsbegehren formuliert. Denn unter Bezug der Beschwerdebegründung erschliesst sich, dass sie – wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren – die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdegegnerin vom 4. Juni 2020 fordert. Nach dem Vertrauensprinzip liegt ein eigentliches Leistungsbegehren der Beschwerdeführerin vor. Wie gesehen beschlägt die angefochtene Verfügung einzig die Frage der Berücksichtigung der Gestehungskosten. Bei einer vollständigen Gutheissung des Leistungsbegehrens der Beschwerde müsste die Beschwerdeführerin den verfügten Anordnungen nicht Folge leisten. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 4. Juni 2020 wäre damit abgewiesen. Die Beschwerdeführerin würde die gewünschte Rechtssicherheit hinsichtlich dieses Gesuchs erhalten. Gleichzeitig wäre auch dem von ihr geltend gemachten medialen resp. öffentlichen Interesse Genüge getan, da

sich die erkannte Rechtslage den Urteilsabwägungen entnehmen lässt. In Beachtung des aufgezeigten Streitgegenstandes ist daher ein allfälliges Feststellungsinteresse bereits vom Leistungsbegehren der Beschwerdeführerin erfasst.

Soweit sich die Verfahrensbeteiligten vor allem anlässlich der Schlussbemerkungen vor Bundesverwaltungsgericht ergänzend zu anderweitigen Bemessungsfragen als den Gestehungskosten äussern und unterschiedliche Auffassungen zur Anwendbarkeit des vom BFE publizierten Referenzmarktpreises vertreten, führt dies über den Streitgegenstand hinaus. Darauf ist nicht einzugehen. Derartige Fragen wären durch die Vorinstanz (als erste Instanz) in einem neuen Verfahren zu klären, sollten die Parteien ihr einen solchen Streitfall zum Entscheid vorlegen.

**1.3.6** Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin ist somit in Berücksichtigung der Beschwerdebegründung als Leistungsbegehren zu verstehen, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 4. Juni 2020 abzuweisen. Im Rahmen des massgebenden Streitgegenstandes, der sich auf die Frage der Berücksichtigung der Gestehungskosten beschränkt, besteht kein weitergehendes Feststellungsinteresse.

**1.4** Mit den Schlussbemerkungen vom 18. Februar 2022 schränkte die Beschwerdeführerin schliesslich ihr Rechtsbegehren in zeitlicher Hinsicht auf die Rückliefervergütung des Jahres 2020 ein, was als Teilrückzug anzusehen ist. Der Teilrückzug erfolgte, da die Beschwerdegegnerin ab dem 1. Januar 2021 keine Rückliefervergütung mehr von der Beschwerdeführerin bezieht. Im Umfang des Teilrückzugs ist das Verfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

**1.5** Die Beschwerde wurde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), weshalb darauf einzutreten ist.

## **2.**

**2.1** Die Beschwerdegegnerin stellt sich vorab auf den Standpunkt, dass das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung der hier strittigen Auslegung sich eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen habe gemäss der sog. "Ohne-Not-Praxis", die auch auf Rechtsfragen anwendbar sei. Die fachkundige Vorinstanz habe von ihrem Beurteilungsspielraum pflichtgemäss Gebrauch gemacht.

**2.2** Die Beschwerdeführerin entgegnet, dass es sich bei der Auslegung um eine Rechtsfrage handle, die das Bundesverwaltungsgericht in voller Kognition prüfen müsse. Die sog. "Ohne-Not-Praxis" beziehe sich auf das Ermessen und komme vorliegend nicht zur Anwendung.

**2.3** Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

In Rechtsprechung und Doktrin ist anerkannt, dass eine Rechtsmittelinstanz, die nach der gesetzlichen Ordnung mit freier Prüfung zu entscheiden hat, ihre Kognition einschränken darf, wenn die Natur der Streitsache dies sachlich rechtfertigt bzw. gebietet. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme oder Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz. Im Rahmen des sog. "technischen Ermessens" darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Die Rechtsmittelinstanz weicht in derartigen Fällen nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz ab und stellt im Zweifel nicht ihre eigene Einschätzung an die Stelle der für die kohärente Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes primär verantwortlichen Vorinstanz (vgl. zum Ganzen BGE 131 II 680 E. 2.3.2; BVGE 2011/47 E. 5.1; Urteil des BVerger A-1855/2017 vom 19. April 2018 E. 2.2.2; MOSER et al., a.a.O., Rz. 2.154 ff.; je mit Hinweisen).

**2.4** Soweit sich die beiden Parteien darüber uneins sind, ob das Bundesverwaltungsgericht seine Prüfungsdichte bei der Gesetzesauslegung zurücknehmen darf, ist auf die dargelegte bestehende Praxis zu verweisen. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, werden vorliegend keine ausgesprochenen Fachfragen tangiert, bei denen der Vorinstanz ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu belassen wäre. Es besteht daher keine Veranlassung für das Bundesverwaltungsgericht, seine Prüfungsdichte zu beschränken.

### 3.

**3.1** In der Hauptsache rügt die Beschwerdeführerin, dass gemäss der Auslegung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen des Netzbetreibers bei der Bemessung der Rückliefervergütung nicht zu berücksichtigen seien. Hinsichtlich der Gestehungskosten führe Art. 12 Abs. 1 EnV ein neues Kriterium ein, das gesetzes- und verfassungswidrig und daher nicht anwendbar sei.

**3.2** Die Beschwerdegegnerin vertritt dagegen den Standpunkt, dass bei der Rückliefervergütung die Gestehungskosten sehr wohl gestützt auf die Auslegung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG einzubeziehen seien und Art. 12 Abs. 1 EnV sich als gesetzes- und verfassungskonform erweise.

**3.3** Die Vorinstanz kommt bei ihrer Auslegung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG – übereinstimmend mit der Beschwerdegegnerin – zum Ergebnis, dass im Streitfall bei der Rückliefervergütung auch die Gestehungskosten zu berücksichtigen seien, wie dies die Vollzugsverordnung in Art. 12 Abs. 1 EnV ausdrücklich vorsehe.

**3.4** Die Beschwerdegegnerin betreibt das Kleinwasserkraftwerk (...), das unbestrittenermassen in den Anwendungsbereich der Abnahme- und Vergütungspflicht von Art. 15 EnG fällt. Die Beschwerdeführerin ist als zuständige Netzbetreiberin verpflichtet, die von dieser Anlage in das Netz eingespeiste erneuerbare Energie abzunehmen und zu vergüten. In der Hauptsache ist hingegen strittig, ob bei der Bemessung der Rückliefervergütung 2020 die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen der Netzbetreiberin zu berücksichtigen sind (so die Auffassung der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz) oder nicht (so die Auffassung der Beschwerdeführerin).

Die Streitfrage ist laut der Beschwerdeführerin insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass zwischen zwei unterschiedlichen Kategorien von Netzbetreibern zu differenzieren sei. Ein Short-Netzbetreiber verfüge über keine oder nur eine geringe eigene Stromproduktion. Zur Deckung seines Absatzes an Endverbraucher sowie der Netzverluste sei er auf Zukäufe am Markt angewiesen. Ein Long-Netzbetreiber verfüge demgegenüber über eine signifikante eigene Produktion, mit der er sowohl seinen eigenen Absatz an Endverbraucher decken als auch eine Überschussproduktion im Grosshandel absetzen könne. Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass sie

als Long-Netzbetreiberin unweigerlich einen Verlust erleide, sollten bei der Rückliefervergütung die Gestehungskosten berücksichtigt werden.

**3.5** Die Rückliefervergütung ist auf Gesetzesstufe in Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG geregelt (Hervorhebung beigefügt):

"Können sich Netzbetreiber und Produzent über die Vergütung nicht einigen, so gilt für diese Folgendes:

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

Die Verordnungsbestimmung von Art. 12 Abs. 1 EnV lautet wie folgt (Hervorhebung beigefügt):

"Können sich Produzentin oder Produzent und Netzbetreiber nicht einigen, so richtet sich die Vergütung nach den Kosten des Netzbetreibers für den Bezug gleichwertiger Elektrizität bei Dritten sowie *den Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen*; die Kosten für allfällige Herkunftsnachweise werden nicht berücksichtigt. Die Gleichwertigkeit bezieht sich auf die technischen Eigenschaften der Elektrizität, insbesondere auf die Energiemenge und das Leistungsprofil sowie auf die Steuer und Prognostizierbarkeit."

Um zu klären, ob im konkreten Streitfall die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen des Netzbetreibers zu berücksichtigen sind, ist zunächst Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG auszulegen. Anhand der Gesetzesauslegung ist im Anschluss über die Rechtmässigkeit der Verordnungsbestimmung von Art. 12 Abs. 1 EnV im Sinne der konkreten Normenkontrolle zu entscheiden.

#### **4.**

**4.1** Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage. Das Legalitätsprinzip besagt, dass sich ein staatlicher Akt auf eine materiellgesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist. Das Legalitätsprinzip dient damit dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung und dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns (vgl. BGE 141 II 169 E. 3.1; BVGE 2014/8 E. 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 325 ff.; je mit Hinweisen).

**4.2** Bei rechtsetzenden Bestimmungen in Form von Verordnungen ist zwischen gesetzesvertretenden Verordnungen und Vollziehungsverordnungen zu unterscheiden. Die Kompetenz zum Erlass gesetzesvertretender Verordnungen setzt eine entsprechende Delegationsnorm im Gesetz voraus (Art. 164 Abs. 2 BV). Auch wenn der Gesetzgeber davon abgesehen hat, der Exekutive derartige (beschränkte) Legislativfunktionen zu übertragen, liegt es in der Kompetenz des Bundesrates, die Gesetzgebung zu vollziehen (Art. 182 Abs. 2 BV). Der Anwendungsbereich solcher Ausführungs- und Vollziehungsverordnungen ist indes darauf beschränkt, die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen. Ausgangspunkt sind Sinn und Zweck des Gesetzes; sie kommen in grundsätzlicher Weise durch die Bestimmung im formellen Gesetz zum Ausdruck (vgl. BGE 141 II 169 E. 3.3, 139 II 460 E. 2.1). Vollziehungsverordnungen dürfen das auszuführende Gesetz weder aufheben noch abändern; sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen. Durch eine Vollziehungsverordnung dürfen insbesondere die Rechte der Betroffenen nicht eingeschränkt oder ihnen neue Pflichten auferlegt werden, selbst wenn diese durch den Gesetzeszweck gedeckt wären (vgl. BGE 142 V 26 E. 5.1, 136 I 29 E. 3.3; Urteil des BGer 2C\_854/2021 vom 29. November 2022 E. 5.2.1; BVGE 2015/51 E. 8; Urteil des BVGer A-2173/2022 vom 20. November 2023 E. 6.2; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, Rz. 1860).

**4.3** Auf Beschwerde hin kann das Bundesverwaltungsgericht vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete, akzessorische, inzidente Normenkontrolle). Gesetzesvertretende Rechtsverordnungen und Vollziehungsverordnungen sind zunächst auf ihre Gesetzmässigkeit zu prüfen. Dabei ist zu untersuchen, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, ist auch die Verfassungsmässigkeit zu prüfen (vgl. BGE 141 II 169 E. 3.4; Urteil des BVGer A-2173/2022 vom 20. November 2023 E. 6.2; MOSER et al., a.a.O., Rz. 2.177 ff.; je mit weiteren Hinweisen). Zeigt sich, dass die Ordnungsbestimmung insgesamt oder teilweise gesetzes- oder verfassungswidrig ist, bleibt die angefochtene generell-abstrakte Norm zwar weiterhin in Kraft, doch ist der darauf beruhende individuell-konkrete Anwendungsakt aufzuheben (vgl. BGE 138 I 61 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_423/2014 vom 30. Juli

2015 E. 2.3.2; Urteil des BVGer A-715/2020 vom 25. November 2020 E. 5.2; MOSER et al., a.a.O., Rz. 2.179a).

## 5.

In Übereinstimmung mit den Parteien ist festzuhalten, dass es sich bei der streitbetroffenen Bestimmung von Art. 12 Abs. 1 EnV zumindest formell um eine Vollziehungsverordnungsbestimmung handelt. In Art. 60 Abs. 1 und Abs. 3 EnG werden keine Rechtssetzungsbefugnisse an den Bundesrat delegiert, sondern lediglich dessen verfassungsmässige Kompetenz von Art. 182 Abs. 2 BV wiederholt, das Gesetz zu vollziehen und Ausführungsbestimmungen zu erlassen (vgl. Urteil des BVGer A-2173/2022 vom 20. November 2023 E. 6.3; Botschaft zum ersten Massnahmepaket der Energiestrategie 2050 und zur Volksinitiative "Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative]" vom 4. September 2013, BBl 2013 7561, S. 7692 [nachfolgend: Botschaft Energiestrategie]; BRIGITTA KRATZ, in: Kratz et al. [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band III, 2020, Art. 60 EnG Rz. 3 und 16 ff. [nachfolgend: Kommentar Energierecht]). Ob sich Art. 12 Abs. 1 EnV in den Schranken einer Vollziehungsverordnung bewegt, ist im Hinblick auf die Gestehungskosten strittig geblieben und hängt davon ab, wie im Folgenden Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG auszulegen ist.

## 6.

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss das Gericht unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Abzustellen ist namentlich auf die der Norm zugrunde liegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element), die Entstehungsgeschichte (historisches Element), den Zweck (teleologisches Element) sowie die gegenwärtigen tatsächlichen Gegebenheiten und herrschenden Wertvorstellungen (zeitgemässes Element). Bleiben bei nicht klarem Wortlaut letztlich mehrere Auslegungen möglich, so ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetzesnormen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. zum Ganzen BGE 150 II 26 E. 3.5, 149 II 43 E. 3.2; BVGE 2023 I/2 E. 1.2.4; Urteil des BVGer A-550/2019 vom 19. Mai 2020 E. 4.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 175 ff.; je mit Hinweisen).

## 7.

**7.1** Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab, wobei die Formulierungen in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig sind (vgl. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des Publikationsgesetzes vom 18. Juni 2004 [PublG, SR 170.512]; BVGE 2016/9 E. 7; Urteil des BVGer A-1029/2021 vom 24. Februar 2022 E. 4.6.1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 91 ff.).

**7.2** Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG weist in den drei Amtssprachen nachstehende Wortlaute auf:

"Können sich Netzbetreiber und Produzent über die Vergütung nicht einigen, so gilt für diese Folgendes:

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

"Si le gestionnaire de réseau et le producteur ne peuvent pas convenir d'une rétribution, les dispositions suivantes s'appliquent:

- a. pour l'électricité issue d'énergies renouvelables, la rétribution se fonde sur les coûts que le gestionnaire de réseau aurait eus pour acquérir une énergie équivalente;

"Se il gestore di rete e il produttore non trovano un accordo sulla remunerazione, si applicano le seguenti disposizioni:

- a. per l'elettricità generata a partire da energie rinnovabili la remunerazione si fonda sui costi che il gestore di rete evita di sostenere per l'acquisto di elettricità equivalente;"

**7.3** Zunächst ist auf die Formulierungen "Beschaffung", "acquérir", "l'acquisto" von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG einzugehen, um zu eruieren, ob im Streitfall bei der Rückliefervergütung die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen des Netzbetreibers zu berücksichtigen sind.

In der deutschen Sprachfassung wählte der Gesetzgeber den Begriff "Beschaffung". Gemäss Duden ist unter "beschaffen" Folgendes zu verstehen: "(unter Überwindung von Schwierigkeiten) dafür sorgen, dass jemand etwas, was er nötig braucht, bekommt; besorgen, herbeischaffen" (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 10. Aufl. 2023, S. 300). In anderen Quellen ist zusätzlich auch die Umschreibung "kaufen" zu finden (vgl. RENATE WAHRIG-BURFEIND, Brockhaus, Wahrig Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl. 2011, S. 255). Im allgemeinen Sprachgebrauch wird demgemäss

das Wort "Beschaffung" in erster Linie dann verwendet, wenn "bei einem Dritten etwas erhältlich gemacht wird". Das ist namentlich dann der Fall, wenn der Netzbetreiber die benötigte Elektrizität von einem Drittlieferanten bezieht (vgl. auch RECHSTEINER/WALDNER, Kommentar Energierecht, Art. 15 EnG Rz. 20; MISCHA MORGENBESSER, Die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 EnG, Jusletter vom 9. April 2018, S. 10; je mit Hinweisen). Es erscheint sprachlich weniger gebräuchlich, wenn auch nicht ausgeschlossen, die Bezeichnung in einem internen Kontext wie der eigenen Elektrizitätsproduktion einzusetzen.

Die französische Sprachfassung "acquérir" und die italienische Sprachfassung "l'acquisto" stimmen überein. Deren Wortlaut weist u.a. die Bedeutung "devenir propriétaire" bzw. "compera" auf (vgl. Le Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 2017, S. 26; NICOLA ZINGARELLI, Lo Zingarelli, vocabolario della lingua italiana, 12. Aufl. 2008, S. 44). Der "Erwerb" steht mithin im Vordergrund. Sie bringen damit deutlicher als die deutsche Sprachfassung zum Ausdruck, dass der Gesetzestext auf den Bezug von Elektrizität bei Dritten und nicht auf die Eigenproduktion des Netzbetreibers ausgerichtet ist.

**7.4** Der Gesetzeswortlaut sieht des Weiteren vor, dass sich die Rückliefervergütung nach den "vermiedenen" Kosten des Netzbetreibers richtet. Zu klären bleibt, wie es sich mit dieser gesetzlichen Formulierung im Hinblick auf die fraglichen Gestehungskosten verhält.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich durch die Einspeisung vorwiegend die variablen Kosten des Netzbetreibers vermindern, nicht aber dessen Fixkosten. Als variabel gelten betriebswirtschaftlich die Kosten für den Bezug von Elektrizität bei Dritten, d.h. der Netzbetreiber kann sie bei einer Einspeisung "vermeiden". Demgegenüber weisen die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen generell einen hohen Anteil an Fixkosten auf, die unabhängig von der Produktionsmenge anfallen (vgl. RECHSTEINER/WALDNER, Kommentar Energierecht, Art. 15 EnG Rz. 20; MORGENBESSER, a.a.O., S. 10; RECHSTEINER/BENZ, Gesetzeskonformität der Rückspeisevergütung gemäss Verordnungsentwurf zur Energiestrategie 2050 [Art. 13 Abs. 1 E-EnV], Gutachten im Auftrag vom Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, 2017, Rz. 47 mit Hinweisen). Ein Wasserkraftwerk, das über eine Speichermöglichkeit verfügt, erlaubt zwar im Falle einer Einspeisung eine bessere Steuerung der Produktionsmenge als beispielsweise eine Photovoltaik- oder Windkraftanlage. Entgegen des Einwands der Beschwerdegegnerin verbleiben aber

auch bei einer solchen Anlage erhebliche Fixkosten, wie beispielsweise Kapitalkosten, die nicht unmittelbar von der Produktionsmenge abhängen und sich bei einer Einspeisung nicht "vermeiden" lassen, so wie dies die gesetzliche Bestimmung vorsieht. Es erscheint daher in der Tat zweifelhaft, ob der Gesetzeswortlaut die Gestehungskosten zu erfassen vermag.

**7.5** Die grammatikalische Auslegung legt demzufolge nahe, dass die Gestehungskosten nicht unter die Bestimmung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG fallen. Da der Gesetzestext jedoch nicht hinreichend klar ist, sind zur Beantwortung der hier interessierenden Frage die weiteren Auslegungsmittel heranzuziehen.

## **8.**

**8.1** Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und ihre Stellung im Gefüge der Rechtsordnung. Massgebliches Element ist damit der systematische Aufbau eines Erlasses. Weiter kann das Verhältnis einer Norm zu Vorschriften in einem anderen Erlass berücksichtigt werden (vgl. BVEG 2023 IV/1 E. 5.4.3; Urteil des BVGer A-4873/2021 vom 11. April 2024 E. 6.4.3; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 97 ff.).

**8.2** Zu prüfen ist, ob sich aus der Systematik von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG Hinweise darauf ergeben, welche Bemessungsgrundlagen zu beachten sind.

In Abs. 3 von Art. 15 EnG ist – neben der Rückliefervergütung bei Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Bst. a) – auch die Rückliefervergütung für Elektrizität aus Wärme-Kraft-Kopplungsanlagen (Bst. b) sowie bei Biogas (Bst. c) geregelt. Es fällt auf, dass das Gesetz mit "Beschaffung" (Bst. a), "Marktpreis" (Bst. b) und "Kauf" (Bst. c) jeweils verschiedene Formulierungen verwendet. Dies ist einerseits dadurch zu erklären, dass das Parlament im Gesetzgebungsprozess bei den Bst. b und c dem Entwurf des Bundesrats unverändert gefolgt ist, während die Formulierung von Bst. a auf einer vom Ständerat eingebrachten Vorlage beruht. Andererseits ist aus den Materialien zu schliessen, dass sich die Regelungen in den Bst. b und c aus den Besonderheiten jener Anlagen resp. Märkte ergeben (Botschaft Energiestrategie, BBl 2013 7670). Die Bestimmungen der Bst. b und c verfügen somit über einen anderen Hintergrund als Bst. a. Damit erlauben sie keine sachdienlichen Rückschlüsse zur systematischen Auslegung.

Die Abnahme- und Vergütungspflicht von Art. 15 EnG ist im 3. Kapitel "Einspeisung netzgebundener Energie und Eigenverbrauch" des Gesetzes zu finden. Im anschliessenden 4. Kapitel sind die Bestimmungen zum Einspeisevergütungssystem enthalten, das als eigentliches Förderinstrument ausgestaltet ist. Anders als noch im früheren Recht bringen die beiden separaten Kapitel des Gesetzes nun deutlicher zum Ausdruck, dass es sich hier um zwei verschiedene Vergütungssysteme handelt (vgl. SCHOLL/FLATT, *Energiewirtschaft Schweiz*, 2022, S. 248; MORGENBESSER, S. 10 f.; je mit Hinweisen). Aus dieser geänderten Gesetzessystematik geht jedoch noch nicht eindeutig hervor, wie die Rückliefervergütung in Bezug auf die Gestehungskosten zu bemessen ist.

Mit Blick auf die übrige Rechtsordnung beruft sich die Beschwerdegegnerin auf Art. 6 StromVG, der den Verteilnetzbetreiber dazu verpflichtet, die grundversorgten Endverbraucher mit Elektrizität zu versorgen, sei dies mit Elektrizität aus den eigenen Anlagen oder mit Elektrizität, die er von Drittlieferanten bezieht. Es ist richtig, dass sowohl Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG als auch Art. 6 StromVG Verpflichtungen von Netzbetreibern statuieren. Dennoch kann der systematischen Auslegung der Beschwerdegegnerin in dieser Form nicht gefolgt werden. Denn die beiden Bestimmungen verfolgen u.a. nicht denselben Gesetzeszweck. Während Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG einen Mindestschutz für die dezentralen Produzenten gewährleisten soll (vgl. zur teleologischen Auslegung nachfolgend E. 10), regelt Art. 6 StromVG die Stromlieferung in der Grundversorgung (vgl. HENZ LEITNER/ALEX ROTHENFLUH, in: Kratz et al. [Hrsg.], *Kommentar zum Energierecht*, Band I, 2016, Art. 6 StromVG Rz. 12). Angesichts des unterschiedlichen Regelungsgehalts lassen sich aus Art. 6 StromVG keine direkten Rückschlüsse zur Rückliefervergütung ableiten (vgl. zu Art. 6 Abs. 5<sup>bis</sup> StromVG auch nachfolgend E. 11).

**8.3** Die systematische Auslegung trägt somit kaum zu einem besseren Normverständnis von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG bei.

## **9.**

**9.1** Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab (vgl. BVGE 2015/32 E. 3.4; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 101). Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn einer Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil

veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen (vgl. BGE 144 V 333 E. 10.1, 141 II 262 E. 4.2; ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 135 ff.; je mit Hinweisen).

Nach Art. 47 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002 (ParlG, SR 171.10) sind die Beratungen der UREK-S und UREK-N vertraulich. Die Kommissionsprotokolle bleiben grundsätzlich unveröffentlicht und es handelt sich hierbei auch nicht um Wortprotokolle. Sie dienen insbesondere der späteren Auslegung von Erlassen und stehen für die Rechtsanwendung zur Verfügung. Zur Wahrung der Vertraulichkeit darf aus den Protokollen indessen nicht wörtlich zitiert und nicht bekannt gegeben werden, wie einzelne Sitzungsteilnehmende Stellung genommen haben (vgl. Art. 4 ff. und Art. 7 der Parlamentsverwaltungsverordnung vom 3. Oktober 2003 [ParlVV, SR 171.115]; Urteil des BVGer A-3434/2015 vom 15. Dezember 2015 E. 4.3.3.2).

**9.2** Zum besseren Verständnis ist vorab ein Überblick über die frühere Rechtslage sowie die Entstehungsgeschichte von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG zu geben.

Eine erste Regelung zur Rückliefervergütung wurde mit Art. 7 des Bundesbeschlusses für eine sparsame und rationelle Energienutzung vom 14. Dezember 1990 eingeführt (Energienutzungsbeschlusses, ENB, AS 1991 1018, in Kraft vom 1. Mai 1991 bis zum 1. Januar 1999). Diese Bestimmung wurde durch Art. 7 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 abgelöst (AS 1999 197, in Kraft vom 1. Januar 1999 bis zum 1. Januar 2018, nachfolgend: aEnG). Gemäss der zuletzt gültigen Fassung von Art. 7 Abs. 2 aEnG richtete sich die Rückliefervergütung nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie (AS 2007 3425). Auf Verordnungsstufe galt seinerzeit die Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (AS 1999 207, in Kraft vom 1. Januar 1999 bis zum 1. Januar 2018, nachfolgend: aEnV). Ab dem 1. Januar 2009 statuierte jene Energieverordnung in Art. 2b, dass sich die Vergütung nach marktorientierten Bezugspreisen nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie richtete (AS 2008 1223). Laut der Verfügung der Vorinstanz 220-00007 vom 19. April 2016 ergab die damalige Auslegung von Art. 7 Abs. 2 aEnG, dass bei der Rückliefervergütung die Gestehungskosten einer allfälligen Eigenproduktion des Netzbetreibers nicht zu berücksichtigen waren. Massgebend seien einzig diejenigen Preise, die der Netzbetreiber für den Bezug von Energie bei Dritten bezahle (Entscheid einsehbar unter

< <https://www.elcom.admin.ch> > Dokumentation > Verfügungen > 2016 > Festlegung der Vergütung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Energiegesetz; zuletzt abgerufen am 3. Juni 2024).

Dem Erlass des aktuell gültigen Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG (in den Materialien noch Art. 17 Abs. 3 Bst. a) gingen intensive parlamentarische Beratungen voraus. Für die Bemessung der Rückliefervergütung standen insgesamt drei Vorschläge zur Diskussion. Der ursprüngliche Entwurf des Bundesrates beinhaltete ein marktnahes Konzept, wobei sich die Preise für den Streitfall am Terminmarkt orientieren sollten (vgl. BBI 2013 7757; Botschaft Energiestrategie, BBI 2013 7669 f.). Der Gegenvorschlag des Nationalrates sah demgegenüber ein staatlich im Voraus festgelegter Abnahmepreis vor, der sich nach dem Endkundenpreis richten sollte (vgl. AB 2014 N 2073). Das Parlament nahm schliesslich den ständerätlichen Kompromissvorschlag an, der eine Rückliefervergütung in der Höhe der vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität festlegt (vgl. zum Verlauf der Beratungen < <https://www.parlament.ch> > Ratsbetrieb > Curia Vista > Suche > Geschäftsnummer > 13.074 >; zuletzt abgerufen am 3. Juni 2024).

**9.3** Die Parteien stützen sich auf das frühere Recht, auf die Ratsprotokolle sowie teils auch auf die unveröffentlichten Protokolle der S-UREK und N-UREK, um ihr jeweiliges Auslegungsergebnis zu Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG zu untermauern. Im Folgenden sind die Gesetzesmaterialien hinsichtlich der Frage der Gestehungskosten zu würdigen.

Gemäss den Materialien zum ständerätlichen Kompromissvorschlag soll die Rückliefervergütung gewährleisten, dass die dezentralen Produzenten ihren produzierten Strom zu fairen Preisen veräussern können (vgl. Votum BR Leuthard AB 2016 N 70; in diesem Sinne auch Votum Bischofberger AB 2015 S 946). Den dezentralen Produzenten soll ein sicherer Hafen geboten werden, da sie über keine Marktmacht verfügen (vgl. Votum Müller-Altermatt AB 2016 N 71). Übereinstimmend mit dem Vorschlag des Bundesrates soll die minimale Abnahmegarantie zu marktorientierten Konditionen nur subsidiär Anwendung finden, wenn sich die Parteien untereinander nicht einigen können (vgl. Votum Bischofberger AB 2015 S 946, in diesem Sinne auch Votum BR Leuthard AB 2015 S 947). Aus den Protokollen ist daher zu schliessen, dass der ständerätliche Kompromissvorschlag gesamthaft gesehen näher am ursprünglichen marktbezogenen Vorschlag des Bundesrates zu verorten ist als am Gegenvorschlag des Nationalrates. Der bundesrätliche Vorschlag wurde lediglich insofern verworfen, als

dieser eine Orientierung am Terminmarktpreis vorsah. Den Protokollen lässt sich zudem entnehmen, dass der Gesetzgeber mit dem Kompromissvorschlag keine grundlegende Abkehr von der bisherigen Regelung zur Rückliefervergütung anstrebte, sondern dieser sich erklärermassen am Status quo orientierte (vgl. Votum BR Leuthard AB 2016 N 70, in diesem Sinne auch die Voten im Protokoll der UREK-S vom 30. März - 1. April 2015 S. 80 f. und S. 92 sowie im Protokoll der UREK-N vom 5. - 6. Oktober 2015 S. 16 f.; RECHSTEINER/WALDNER, Kommentar Energierecht, Art. 15 EnG Rz. 21; MORGENBESSER, a.a.O., S. 12; RECHSTEINER/BENZ, a.a.O., Rz. 45).

Mit Blick auf die Anknüpfung an das frühere Recht gilt es zweierlei zu präzisieren. Im Kompromissvorschlag wurden nur die Formulierungen der "Beschaffung" und der "vermiedenen Kosten" unmittelbar aus Art. 2b aEnV übernommen, nicht aber diejenige der "marktorientierten Bezugspreise". Aus den Materialien lässt sich jedoch nicht eindeutig herleiten, dass die teilweise Abkehr von der bisherigen Begrifflichkeit einen Zusammenhang zur Frage der Gestehungskosten aufweist. Jene Protokollstelle (vgl. Votum im Protokoll der UREK-N vom 5. - 6. Oktober 2015 S. 16) könnte auch so verstanden werden, dass auf den Marktbezug deshalb verzichtet wurde, um die Abgrenzung zum Entwurf des Bundesrates zu verdeutlichen, der eine Orientierung am Terminmarkt beinhaltete. In den Kommissionsberatungen wurde sodann nur das damals vor der Vorinstanz hängige Verfahren 220-00007 erwähnt (vgl. Votum im Protokoll UREK-N vom 5. - 6. Oktober 2015 S. 17), nicht aber die Verfügung, die erst am 19. April 2016 erging und in Auslegung von Art. 7 Abs. 2 aEnG den Einbezug von Gestehungskosten ausschloss. Anhand der Materialien bleibt daher letztlich unklar, ob der Gesetzgeber bewusst das vorinstanzliche Auslegungsergebnis zum Ausschluss der Gestehungskosten unter neuem Recht weiterführen wollte oder nicht.

In den Kommissionsberatungen wurde explizit auch der Begriff der Gestehungskosten im Zusammenhang mit der Rückliefervergütung verwendet, dies auf die Frage hin, ob der Kompromissvorschlag zu einer Benachteiligung von Netzbetreibern mit eigenen Produktionsanlagen führen könnte (vgl. Votum im Protokoll der UREK-N vom 5. - 6. Oktober 2015, S. 14). Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass jene Ausführungen einen eindeutigen Niederschlag in den weiteren Gesetzesberatungen gefunden hätten. Vielmehr sind die anschliessend abgegebenen Voten im Parlament äusserst unterschiedlich ausgefallen. So führt beispielsweise Nationalrat Müller-Altermatt für die Kommission aus, dass der Ständerat einen fairen Kompromiss

vorgeschlagen habe, demgemäss die Netzbetreiber denjenigen Preis zu bezahlen hätten, den sie aktuell durchschnittlich hätten, wenn sie sonst wo gleichwertige Elektrizität beziehen würden (AB 2016 N 71). Demgegenüber nannte Nationalrat Nordmann in seinem Votum neben dem Kauf auch die Produktion ("acheté ou produit", AB 2016 N 72). Es ist nicht erkennbar, dass diese unterschiedlichen Interpretationen des Kompromissvorschlages im Laufe der weiteren Beratungen der Räte schlüssig aufgelöst resp. eindeutig geklärt worden wären. Folglich kann auch nicht davon gesprochen werden, dass der Gesetzgeber mit der Regelung bewusst eine Ungleichbehandlung von Netzbetreibern mit Long-Position in Kauf genommen hätte (vgl. hierzu auch Votum Luginbühl AB 2015 S 947).

**9.4** Zur historischen Auslegung ist somit zusammenfassend festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit Erlass von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG anstrebte, einen Mindestschutz für die dezentralen Produzenten zu gewährleisten, dies auf der Grundlage eines eher marktnahen Modells und in einer gewissen Kontinuität zum früheren Recht. Aus den Protokollen ergeben sich im Weiteren aber keine eindeutigen Hinweise darauf, dass der gesetzliche Regelungsgehalt auch die Berücksichtigung der Gestehungskosten mitumfassen würde. In diesem Punkt lassen sich keine verlässlichen Schlussfolgerungen aus den Materialien ziehen. Die Erwägungen der Vorinstanz zur historischen Auslegung können insofern nicht bestätigt werden.

## **10.**

**10.1** Die teleologische Auslegung stellt auf die Zweckvorstellung ab, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist (sog. ratio legis). Die teleologische Auslegung kann sich je nach Fall sowohl mit der historischen wie auch mit der zeitgemässen Auslegung verbinden. Immer muss aber der Zweck in der Norm selbst enthalten sein; unzulässig ist es, normfremde Zwecke in die Norm hineinzulegen (vgl. BVGE 2023 IV/1 E. 5.4.4, 2009/14 E. 4.2.5; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 120 ff. mit Hinweisen).

**10.2** Nachfolgend ist zu prüfen, ob nach dem Gesetzeszweck die Gestehungskosten zu berücksichtigen sind.

Das Energiegesetz soll gemäss Art. 1 zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung beitragen. Es bezweckt insbesondere die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bereitstellung und Verteilung von Energie sowie die verstärkte Nutzung von einheimischen und

erneuerbaren Energiequellen. In Art. 2 EnG sind Richtwerte für den Ausbau der Elektrizität aus erneuerbaren Energien statuiert. Zur Rückliefervergütung wird in der Botschaft des Bundesrates dargelegt, dass Art. 15 EnG für bestimmte Arten netzgebundener Energie eine Abnahme- und Vergütungspflicht durch den Netzbetreiber vorsehe. Wie schon der frühere Art. 7 aEnG bezwecke Art. 15 EnG in erster Linie, einen minimalen Ausgleich zwischen der regelmässig schwächeren Position von Produzenten mit verhältnismässig geringer Produktion gegenüber den Energieversorgungsunternehmen herbeizuführen. Damit sollten vor allem die Rahmenbedingungen für die Produktion aus erneuerbaren Energien verbessert werden. So sollten die fraglichen Produzenten für die Energie, die sie veräussern möchten, in jedem Fall einen Abnehmer haben, der ihnen einen angemessenen Preis bezahle. Art. 15 EnG stelle insoweit einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, als dass er die Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum einen verpflichte, die angebotene Energie einzukaufen, und zum andern, die Grundsätze für den Kaufpreis beziehungsweise für die Vergütung vorgebe. Wo sich die Parteien auf eine Vergütung einigen könnten, seien sie zu deren Bestimmung nicht an die Regeln des Art. 15 EnG gebunden (vgl. Botschaft Energiestrategie, BBl 2013 7667). Diese Ausführungen aus der Botschaft des Bundesrates zum Gesetzeszweck treffen im Wesentlichen auch für den ständerätlichen Kompromissvorschlag zu, der vom Parlament schliesslich verabschiedet wurde. Wie an anderer Stelle bereits ausgeführt, soll auch er gewährleisten, dass den Kleinproduzenten subsidiär "ein sicherer Hafen" geboten wird (vgl. zur historischen Auslegung vorstehend E. 9). Die Rückliefervergütung erfüllt demgemäss lediglich eine Schutzfunktion und ist – im Unterschied zum Einspeisevergütungssystem – nicht als eigentliches Förderinstrument konzipiert (vgl. JOSS/SCHREIBER/ZUMBERHAUS, Förderung erneuerbarer Energien, in: Heselhaus et al. [Hrsg.] Handbuch zum schweizerischen Energierecht, 2022, S. 77; HÜSEYİN ÇELİK, Die Einspeisung netzgebundener Energie gemäss Art. 15 EnG, AJP 7/2020 S. 923; MORGENBESSER, a.a.O., S. 12 f.; RECHSTEINER/BENZ, a.a.O., Rz. 44).

An dieser Stelle drängt es sich auf, die wirtschaftlichen Auswirkungen der strittigen Auslegungsfrage näher zu beleuchten, wobei sowohl nach den einzelnen Akteuren als auch nach der Marktlage zu differenzieren ist. Falls bei Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen des Netzbetreibers berücksichtigt werden und jene Gestehungskosten *über* dem Marktpreis liegen, könnten die dezentralen Produzenten im betreffenden Netzgebiet von einer höheren Rückliefervergütung profitieren. Im Gegenzug müsste jedoch der Netzbetreiber für die

Preisdifferenz zum Markt aufkommen, zumindest soweit er nicht seine Kosten den grundversorgten Endverbrauchern seines Netzgebietes überwälzen kann. Liegen die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen des Netzbetreibers hingegen *unter* dem Marktpreis und würden diese berücksichtigt, erhielten die dezentralen Produzenten im betreffenden Netzgebiet dementsprechend nur eine tiefere Rückliefervergütung. Da die Einspeisung nach Art. 15 EnG für die Kleinproduzenten aber nicht verpflichtend ist, könnten sie in einem solchen Fall stets auf den freien Markt ausweichen. Sie haben von Gesetzes wegen die Möglichkeit, die von ihnen produzierte Elektrizität anderweitig zu veräußern, auch wenn dies mit einem erhöhten administrativen Aufwand verbunden ist, wie dies von der Beschwerdegegnerin vorgebracht wird. Es ist somit festzuhalten, dass der Netzbetreiber mit Long-Position wirtschaftlich stärker belastet würde, sollten die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen in die Rückliefervergütung einfließen und dabei tiefere Marktpreise herrschen. Bei geänderter Marktlage könnte er diese Mehrkosten zudem nicht ohne Weiteres wieder ausgleichen. Soweit er die Kosten überwälzen könnte, träfe der wirtschaftliche Nachteil letztlich die grundversorgten Endverbraucher des Netzgebietes (vgl. hierzu auch nachstehend E. 11).

Wie gesehen soll die Rückliefervergütung nach Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG einen Mindestschutz zu Gunsten der dezentralen Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien gewährleisten. Die Kleinproduzenten sollen mithin nur, aber immerhin eine angemessene Vergütung erhalten, da es sich nicht um ein eigentliches Förderinstrument handelt. Vorliegend bestehen keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass eine Bemessung der Rückliefervergütung anhand der vermiedenen Drittbezugskosten unzureichend wäre, um dieses Gesetzesziel zu erreichen. Mit Blick auf den gesetzlich angestrebten Mindestschutz erscheint es deshalb nicht zwingend notwendig, die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen einzubeziehen und damit den aufgezeigten wirtschaftlichen Nachteil speziell für die Netzbetreiber mit Long-Position resp. deren grundversorgte Endverbraucher in Kauf zu nehmen. An dieser Beurteilung vermag auch der übergeordnete Gesetzeszweck von Art. 1 f. EnG nichts zu ändern, da die konkrete Streitfrage diesbezüglich ambivalent ist. Bei Berücksichtigung der besagten Gestehungskosten könnten die höheren Rückliefervergütungen zwar einerseits dazu beitragen, die dezentrale Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien zu stärken. Andererseits könnten die damit einhergehenden wirtschaftlichen Nachteile eigens für die Netzbetreiber mit Long-Position aber auch bewirken, dass diese künftig den Betrieb eigener Produktionsanlagen eher vermeiden wollen, was wiederum den

gesetzgeberischen Zielen zum Ausbau der Elektrizität aus erneuerbaren Energien abträglich wäre (vgl. in diesem Sinne auch Votum Luginbühl AB 2015 S 947).

**10.3** Die teleologische Auslegung ergibt somit, dass der Gesetzeszweck von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG es nicht zwingend fordert, die Gestehungskosten zu berücksichtigen. Der Gesetzeszweck kann schon mit der Bemessung der Rückliefervergütung anhand der vermiedenen Drittbezugskosten erreicht werden. Auf diese Weise bleibt gewährleistet, dass sich die Eigenproduktion nicht zum besonderen Nachteil der Netzbetreiber mit Long-Position resp. deren grundversorgten Endverbraucher auswirkt. Abweichend zu den Erwägungen der angefochtenen Verfügung erweist sich die teleologische Auslegung daher als aussagekräftig.

## 11.

**11.1** Die zeitgemässe Auslegung stellt auf das Normverständnis und die Verhältnisse im Zeitpunkt der Rechtsanwendung ab. Sie soll eine zeitgemässe Fortbildung, eine kontinuierliche Anpassung des Rechts an die soziale Wirklichkeit erlauben und dadurch eine Erstarrung der Rechtsordnung verhindern (vgl. Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008 E. 8.2; HÄFELIN/HALLER/KELLER/ THURNHERR, a.a.O., Rz. 114 ff. mit Hinweisen; vgl. auch BGE 141 II 262 E. 4.2; BVGE 2009/14 E. 4.2.4; Urteile des BVGer A-550/2019 vom 19. Mai 2020 E. 4.3 und A-6650/2009 vom 21. Mai 2010 E. 5.3).

**11.2** Vorliegend stellt sich die Frage, wie sich der zwischenzeitliche Erlass von Art. 6 Abs. 5<sup>bis</sup> StromVG auf die Auslegung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG auswirkt.

Die Bestimmung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG wurde am 30. September 2016 erlassen. Am 15. Dezember 2017, d.h. zeitlich später, wurde Art. 6 StromVG teilweise revidiert (AS 2019 1349). Wie schon im bisherigem Recht wird in Art. 6 Abs. 5 StromVG normiert, dass die Verteilnetzbetreiber verpflichtet sind, Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs anteilmässig an die festen Endverbraucher weiterzugeben (vgl. allgemein zur sog. Durchschnittspreismethode BGE 142 II 451 E. 5), wobei vom Gesetzgeber zusätzlich eine zeitliche Begrenzung der Tarifierungspflicht eingefügt wurde. Der neue Abs. 5<sup>bis</sup> von Art. 6 StromVG sieht sodann vor, dass die Verteilnetzbetreiber unter bestimmten Voraussetzungen die Gestehungskosten von Strom aus inländischen erneuerbaren Energien befristet

in die Grundversorgungstarife einrechnen dürfen, ohne die Preisvorteile nach Abs. 5 miteinzurechnen (vgl. Urteil des BGer 2C\_828/2019 vom 16. Juli 2020 E. 8.7; Urteil des BVerfG A-2601/2020 vom 2. März 2022 E. 4; ANDRE SPIELMANN, Kommentar Energierecht, Art. 6 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> StromVG Rz. 29 ff.). Art. 6 Abs. 5<sup>bis</sup> StromVG eröffnet dem Netzbetreiber neu weitergehende Möglichkeiten, Gestehungskosten an die grundversorgten Endverbraucher zu überwälzen.

Für die vorliegende Auslegung ist es nicht erforderlich, auf Art. 6 Abs. 5<sup>bis</sup> StromVG in allen Einzelheiten einzugehen. Insbesondere braucht nicht abschliessend geklärt zu werden, ob Art. 6 Abs. 5<sup>bis</sup> StromVG speziell den Long-Netzbetreibern keinen Vorteil zu verschaffen vermag, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht. Denn selbst wenn der Netzbetreiber mit Long-Position Gestehungskosten in grösserem Umfang als bisher auf die grundversorgten Endverbraucher seines Netzgebietes überwälzen könnte, würde sich die vorliegende Fragestellung nur verlagern. Diesfalls wäre zwar der Long-Netzbetreiber einem geringeren wirtschaftlichen Risiko durch die Rückliefervergütung ausgesetzt, jedoch stünden seine grundversorgten Endverbraucher entsprechend in der Pflicht, die Mehrkosten zu tragen, ohne dass der erkennbare Gesetzeszweck von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG eine derartige zusätzliche Kostenpflicht einfordern würde.

**11.3** Der zeitgemässen Auslegung selbst können somit keine weitergehenden Anhaltspunkte für den Normsinn abgewonnen werden.

## **12.**

Zur Auslegung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG ergibt sich zusammenfassend Folgendes. Der deutsche Gesetzestext der "vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität" zeigt an, dass bei der Rückliefervergütung die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen des Netzbetreibers nicht zu berücksichtigen sind. Noch deutlicher bringen dies die französische Sprachfassung sowie die italienische Sprachfassung zum Ausdruck. Die grammatikalische Auslegung lässt damit auf einen Ausschluss der Gestehungskosten schliessen. Die systematische Auslegung erweist sich demgegenüber als wenig zielführend. Auch im Rahmen der historischen Auslegung ist kein klarer Wille des Gesetzgebers feststellbar, wie die fraglichen Gestehungskosten zu behandeln sind. Die grammatikalische Auslegung findet sich sodann in der teleologischen Auslegung bestätigt. Die Rückliefervergütung soll den dezentralen Produzenten einen Mindestschutz zu angemessenen Preisen

gewährleisten und ist nicht als eigentliches Förderinstrument konzipiert. Eine Berücksichtigung der Gestehungskosten würde bewirken, dass speziell Netzbetreiber mit Long-Position resp. deren grundversorgten Endverbraucher einen wirtschaftlichen Nachteil erfahren, ohne dass dieser erkennbar vom genannten Gesetzeszweck her eingefordert würde. Die teleologische Auslegung spricht daher dafür, dass die Gestehungskosten nicht einzubeziehen sind. Aus der zeitgemässen Auslegung ergeben sich schliesslich keine wesentlich neuen Erkenntnisse.

Die verschiedenen Auslegungselemente führen demnach zum Resultat, dass nach Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG bei der Bemessung der Rückliefervergütung im Streitfall die Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen des Netzbetreibers *nicht* zu berücksichtigen sind.

### **13.**

**13.1** Gestützt auf die Auslegung zu Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG bleibt im Rahmen der konkreten Normenkontrolle zu prüfen, ob sich Art. 12 Abs. 1 EnV als gesetzeskonform erweist.

**13.2** Gemäss der Verordnungsbestimmung von Art. 12 Abs. 1 EnV richtet sich die Bemessung der Rückliefervergütung im Streitfall explizit nach den Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen des Netzbetreibers. Für die konkrete Normenkontrolle ist aus dem vorgenannten Auslegungsergebnis zu schliessen, dass auf Gesetzesstufe die Berücksichtigung der Gestehungskosten nicht in grundsätzlicher Weise vorgesehen ist. Die Verordnung führt in Art. 12 Abs. 1 EnV somit ein zusätzliches Kriterium zur Bemessung der Rückliefervergütung ein, das über die gesetzliche Regelung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG hinausführt. Da dem Bundesrat in diesem Bereich jedoch lediglich die Kompetenz zum Erlass einer Vollziehungsverordnung zusteht, mangelt es dafür an einer genügenden gesetzlichen Grundlage (vgl. RECHSTEINER/WALDNER, Kommentar Energierecht, Art. 15 EnG Rz. 20 f.; MORGENBESSER, a.a.O., S. 13; RECHSTEINER/BENZ, a.a.O., Rz. 61). Soweit Art. 12 Abs. 1 EnV die Grenzen einer Vollziehungsverordnung überschreitet, erweist er sich als gesetzeswidrig. Die Bestimmung von Art. 12 Abs. 1 EnV bleibt damit zwar in Kraft, sie ist jedoch hinsichtlich der gesetzeswidrigen Berücksichtigung von Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen nicht anzuwenden.

**13.3** Bezogen auf das vorliegende Verfahren bedeutet die aufgezeigte Rechtslage, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung das

Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 4. Juni 2020 hätte abweisen müssen. Die Beschwerdegegnerin kann im Streitfall nicht einfordern, dass sich die Rückliefervergütung für das Kraftwerk (...) im Jahr 2020 nach den Gestehungskosten der eigenen Produktionsanlagen der Beschwerdeführerin richtet. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin erweist sich daher als begründet.

#### **14.**

Die Beschwerde ist somit im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, soweit sie nicht infolge Teilrückzugs als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben. Aufgrund des Antrags der Beschwerdeführerin ist die Angelegenheit zudem zur Neuregelung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Ergebnis sind die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Auslegung von Art. 15 Abs. 3 Bst. a EnG nicht zu behandeln. Insbesondere kann offenbleiben, ob das anderslautende Auslegungsergebnis der Vorinstanz der Verfassung widerspricht, wie dies in der Beschwerde gerügt wird. Auch erübrigt es sich, auf den Einwand der Beschwerdeführerin näher einzugehen, dass jenes Auslegungsergebnis im Hinblick auf die Herkunftsnachweise abzulehnen sei. In Anbetracht der Gutheissung der Beschwerde und der Aufhebung der angefochtenen Verfügung können schliesslich auch die formellen Rügen der Beschwerdeführerin dahingestellt bleiben, die sich auf den Beizug der Kommissionsprotokolle im vorinstanzlichen Verfahren beziehen.

#### **15.**

**15.1** Es bleibt, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden.

**15.2** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 Satz 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Vorliegend gilt die Beschwerdegegnerin als unterliegend. Der teilweise Rückzug der Beschwerde ist bei der Kostenverlegung nicht gesondert zu

berücksichtigen, da diesem Aufwand im Verhältnis zum gesamten Beschwerdeverfahren nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Entsprechend dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'500.-- der Beschwerdegegenerin aufzuerlegen.

**15.3** Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Nach Art. 10 Abs. 2 VGKE beträgt der Stundenansatz für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.-- und höchstens Fr. 400.--. Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund einer detailliert einzureichenden Kostennote oder, wenn keine Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE). Eine Kostennote gilt als detailliert, wenn aus dieser insbesondere ersichtlich ist, welche einzelnen Tätigkeiten von welchen Personen zu welchem Tarif erbracht wurden und wie viel Zeit für welche Tätigkeiten im Einzelnen aufgewendet wurden (vgl. Urteil des BVGer A-1575/2017 vom 16. August 2018 E. 9.2.2 mit Hinweisen). Bei der Beurteilung, ob die geltend gemachten Kosten notwendig sind, steht dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Zu einer Reduktion der Parteientschädigung führen namentlich Wiederholungen in Rechtsschriften und Eingaben, wenn materiell nichts Neues vorgebracht wird. Gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die Kostennote zu reduzieren ist, kürzt es sie in pauschaler Weise ohne einlässliche Berechnung (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-644/2020 vom 24. Juni 2020 E. 3.2.5 mit Hinweisen).

Die obsiegende Beschwerdeführerin legte für das Beschwerdeverfahren eine Kostennote über Fr. 82'361.35 ins Recht, die sich aus einem Honorar von Fr. 74'973.50 (222.55 Stunden), Auslagen von Fr. 1'499.45 und der Mehrwertsteuer von Fr. 5'888.40 zusammensetzt. Der Kostennote kann indes nicht vollständig gefolgt werden. Einerseits ist der Stundenansatz nicht ausgewiesen, weshalb unklar bleibt, wer zu welchem Tarif gearbeitet hat. Andererseits wurde die Notwendigkeit einer Doppelvertretung weder speziell begründet noch ist eine solche ersichtlich. Die Eingaben der Beschwerdeführerin im Schriftenwechsel sind zudem teilweise redundant gehalten und damit zu umfangreich ausgefallen. Insbesondere kann der geltend gemachte Aufwand für die Schlussbemerkungen nicht in dieser Höhe als notwendig angesehen werden, zumal die Rechtsvertretung in diesem späten Verfahrensstadium mit der Sach- und Rechtslage bereits vertraut war. Des

Weiteren bestehen keine besonderen Verhältnisse, die eine Spesenpauschale von gerechnet 2 % rechtfertigen würden (vgl. Art. 11 Abs. 3 VGKE). Da die Beschwerdeführerin vorsteuerabzugsberechtigt ist, kommt auch kein Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE hinzu. Die Parteienschädigung ist deshalb insgesamt ermessensweise aufgrund der Akten festzusetzen. In Anbetracht des mutmasslich notwendigen Aufwands für den mehrfachen Schriftenwechsel sowie der Schwierigkeit der Streitsache erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteienschädigung von gesamthaft Fr. 40'000.-- als angemessen. Diese ist der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG).

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, soweit sie nicht infolge Teilrückzugs als gegenstandslos geworden abgeschrieben wird. Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben.

**2.**

Die Sache wird zur Neuregelung der Kostenfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 4'500.-- werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Der Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung der Rechnung erfolgt mit separater Post.

Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'500.-- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**4.**

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteienschädigung von Fr. 40'000.-- auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und das Generalsekretariat UVEK.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Christine Ackermann

Flurina Peerdeman

**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 ist in einer Amtssprache abzufassen und 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: