



Abteilung I  
A-5380/2022

## Urteil vom 25. Oktober 2024

Besetzung

Richter Stephan Metzger (Vorsitz),  
Richterin Christine Ackermann,  
Richter Jérôme Candrian,  
Gerichtsschreiberin Flurina Peerdeman.

Parteien

**Energie Wasser Bern (ewb),**  
Monbijoustrasse 11, Postfach, 3001 Bern,  
vertreten durch  
Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, Rechtsanwältin,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Prüfung der Vorliegerkosten Netz für das Jahr 2009  
sowie der Netznutzungstarife 2010 und Elektrizitätstarife  
2009 und 2010, Neuverfügung.

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

**A.a** Im Rahmen eines Tarifprüfungsverfahrens bei der Energie Wasser Bern (ewb) korrigierte die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) mit Verfügung vom 17. November 2016 diverse buchhalterische Positionen im Zusammenhang mit den Vorliegerkosten Netz für das Jahr 2009, dem Netznutzungstarif für das Jahr 2010 und den Elektrizitätstarifen für die Jahre 2009 und 2010. Zudem auferlegte die EiCom der Energie Wasser Bern (ewb) eine Gebühr von Fr. 293'940.--.

**A.b** Gegen die Verfügung der EiCom vom 17. November 2016 erhob die Energie Wasser Bern (ewb) am 16. Januar 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses wies die Beschwerde mit Urteil A-321/2017 vom 20. Februar 2019 ab, soweit es darauf eintrat.

**A.c** Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 25. März 2019 gelangte die Energie Wasser Bern (ewb) an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht hiess mit Urteil 2C\_297/2019 vom 28. Mai 2020 (nachfolgend auch: Rückweisungsentscheid) die Beschwerde der Energie Wasser Bern (ewb) teilweise gut. Es hob das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Februar 2019 insoweit auf, als es die Gewinnablieferung, die Berechnung der Pumpenergiekosten und die Gebühr betraf. Es wies die Sache in diesem Umfang zur Neu Beurteilung an die EiCom zurück. Zudem wurde die Sache zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen. Im Übrigen wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

**B.**

Mit Urteil A-3583/2020 vom 23. September 2020 nahm das Bundesverwaltungsgericht die geforderte Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das vorangegangene Beschwerdeverfahren A-321/2017 vor. Hierbei ging es von einem teilweisen Obsiegen der Beschwerdeführerin im Umfang von 1/4 aus.

**C.**

Die EiCom ihrerseits nahm das Tarifverfahren wieder auf und erliess am

18. Oktober 2022 die folgende Verfügung (nachfolgend auch: Neuverfügung):

- "1. Die anrechenbaren Energiekosten in der Grundversorgung von Energie Wasser Bern betragen für das Jahr 2009 (...) Franken. Die sich ergebende Überdeckung im Bereich Energie beträgt (...) Franken. Sie ist gemäss Artikel 19 Absatz 2 StromVV sowie gemäss Weisung 2/2019 der EICom vom 5. März 2019 «Deckungsdifferenzen Netz und Energie aus den Vorjahren» einschliesslich Anhang zu verzinsen und den Endverbrauchern in der Grundversorgung über die künftigen Energietarife zurückzuerstatten. Der jeweilige Saldo der Deckungsdifferenzen per Ende eines Tarifjahres (t) muss jeweils mit dem für das übernächste Tarifjahr für das Elektrizitätsnetz geltenden durchschnittlichen Kapitalkostensatz für das im Stromnetz investierte Kapital (WACC) verzinst werden (t+2).
2. Die anrechenbaren Energiekosten in der Grundversorgung von Energie Wasser Bern betragen für das Jahr 2010 (...) Franken. Die sich ergebende Überdeckung im Bereich Energie beträgt (...) Franken. Sie ist gemäss Artikel 19 Absatz 2 StromVV sowie gemäss Weisung 2/2019 der EICom vom 5. März 2019 «Deckungsdifferenzen Netz und Energie aus den Vorjahren» einschliesslich Anhang zu verzinsen und den Endverbrauchern in der Grundversorgung über die künftigen Energietarife zurückzuerstatten. Der jeweilige Saldo der Deckungsdifferenzen per Ende eines Tarifjahres (t) muss jeweils mit dem für das übernächste Tarifjahr für das Elektrizitätsnetz geltenden durchschnittlichen Kapitalkostensatz für das im Stromnetz investierte Kapital (WACC) verzinst werden (t+2).
3. Energie Wasser Bern hat im Rahmen einer Nachkalkulation basierend auf den Ist-Kosten und -Erlösen für die Tarifjahre 2009 und 2010 die Deckungsdifferenzen für die Energiekosten gemäss Artikel 19 Absatz 2 StromVV sowie gemäss Weisung 2/2019 der EICom vom 5. März 2019 «Deckungsdifferenzen Netz und Energie aus den Vorjahren» einschliesslich Anhang inklusive Verzinsung gemäss Dispositivziffern 1 und 2 zu berechnen und innert 30 Tagen ab Rechtskraft der vorliegenden Neuverfügung dem Fachsekretariat der EICom elektronisch (Tabellenkalkulation) zu unterbreiten.
4. Energie Wasser Bern hat das Fachsekretariat der EICom über die Entwicklung der Deckungsdifferenzen der Energiekosten zu informieren bis die aus dem vorliegenden Verfahren resultierenden Deckungsdifferenzen abgebaut sind.
5. Die Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren beträgt unverändert 293'940 Franken. Sie wird Energie Wasser Bern auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
6. Für die vorliegende Neuverfügung wird keine Gebühr erhoben."

**D.**

Gegen die Neuverfügung der EICom vom 18. Oktober 2022 lässt die Energie Wasser Bern (ewb; nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 23. November 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen. Sie stellt die folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Neuverfügung der Vorinstanz vom 18. Oktober 2022 sei insofern aufzuheben, als die Vorinstanz die Gewinnablieferung an die Stadt Bern in den Tarifjahren 2009 und 2010 nicht als Abgabe auf der Energie zulässt und anordnet, dass die sich daraus ergebende Überdeckung von für das Tarifjahr 2009 CHF (...) und für das Tarifjahr 2010 CHF (...) über den Mechanismus der Deckungsdifferenzen auszugleichen und zu verzinsen sei (Dispositiv-Ziff. 1-4 der Neuverfügung).
2. Es sei Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung wie folgt zu ändern: Für das Jahr 2009 sind die anrechenbaren Energiekosten auf CHF (...) und die sich daraus ergebende Überdeckung auf CHF (...) festzulegen.
3. Es sei Dispositiv Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung wie folgt zu ändern: Für das Jahr 2010 sind die anrechenbaren Energiekosten auf CHF (...) und die sich daraus ergebende Überdeckung auf CHF (...) festzulegen.
4. Eventualiter seien die Anträge 1-3 gutzuheissen und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die in die Energietarife eingerechnete Gewinnablieferung für die Tarifjahre 2009 und 2010 fälschlicherweise nicht als Abgabe auf dem Netznutzungsentgelt ausgewiesen habe und es sich dabei um einen Deklarationsfehler gemäss Art. 12 Abs. 2 StromVG handle, in welchem Zusammenhang die Vorinstanz (resp. dessen Fachsekretariat) Strafanzeige beim Bundesamt für Energie einreichen könne.
5. Die Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren sei angemessen auf CHF 220'455.-- zu reduzieren.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Vorinstanz."

**E.**

In der Vernehmlassung vom 6. Februar 2023 hält die EICom (nachfolgend: Vorinstanz) an der angefochtenen Neuverfügung fest.

**F.**

In den Schlussbemerkungen vom 13. März 2023 äussert sich die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung.

**G.**

Die Vorinstanz nimmt in ihren Schlussbemerkungen vom 3. April 2023 nochmals zu einzelnen strittigen Punkten Stellung.

**H.**

Am 14. April 2023 reichte die Beschwerdeführerin eine zusätzliche Stellungnahme ein.

**I.**

Auf die weiteren Ausführungen und die bei den Akten liegenden Schriftstücke ist, soweit für den vorliegenden Entscheid relevant, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

**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). Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. 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. 23 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7]). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren 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 Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Verfügungsadressatin von der angefochtenen Verfügung besonders betroffen bzw. durch diese materiell beschwert. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert.

**1.3** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist daher grundsätzlich einzutreten. Offenbleiben kann vorliegend, ob auch auf das Rechtsbegehren 4 der Beschwerde einzutreten wäre (nachstehend E. 10).

## **2.**

**2.1** Vor Bundesverwaltungsgericht kann nebst Rechtsverletzung und Sachverhaltsfeststellung auch die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 Bst. c VwVG). Fungiert allerdings als Vorinstanz eine gesetzlich vorgesehene unabhängige Fachinstanz mit besonderen Fachkenntnissen, so kann und soll das Gericht deren technisches Ermessen respektieren und nicht aus eigenem Gutdünken, sondern nur aus triftigen Gründen von der Beurteilung durch die zuständige Fachbehörde abweichen, jedenfalls soweit die Fachinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Eine solche Fachbehörde ist auch die Vorinstanz (Art. 21 StromVG). Die Vorinstanz hat nur bei Gesetzesverstößen einzugreifen und kann sich nicht in das Ermessen der Netzbetreiber einmischen (Urteile des BGer 2C\_969/2013 vom 19. Juli 2014 E. 7.4 und 2C\_367/2012 vom 20. November 2012 E. 2.2 und 3.4.1). Wenn der Aufsichtsbehörde nur eine Gesetzmässigkeits- und keine Ermessensprüfung zukommt, kann auch das Bundesverwaltungsgericht nicht in den Ermessensbereich des Beaufichtigten eingreifen (vgl. BGE 135 V 382 E. 4.2); zugleich hat es darüber zu wachen, dass die Aufsichtsbehörde diesen Bereich respektiert (vgl. zum Ganzen BGE 142 II 451 E. 4.5 mit Hinweisen).

**2.2** Hebt die Beschwerdeinstanz einen angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache (mit verbindlichen Weisungen) zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück, so ist diese grundsätzlich bei ihrer neuen Entscheid an den Rückweisungsentscheid gebunden. Die mit der Neuurteilung befasste Instanz hat entsprechend die rechtliche Beurteilung, mit welcher die Rückweisung begründet worden ist, ihrer neuen Entscheid zu Grunde zu legen; bereits entschiedene Fragen sind nicht mehr zu prüfen. Wie weit die Vorinstanz an die Entscheid gebunden ist, ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neue Tatsachenfeststellung als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Wird der neue Entscheid der unteren Instanz wiederum bei der Beschwerdeinstanz angefochten, so ist diese selbst an ihre früheren Erwägungen gebunden. Eine freie Überprüfung des angefochtenen Entscheids ist der Beschwerdeinstanz nur betreffend jene Punkte möglich, die im

Rückweisungsentscheid nicht entschieden wurden, oder bei Vorliegen neuer Sachumstände (vgl. zum Ganzen vgl. BGE 135 III 334 E. 2; Urteil des BGer 2C\_890/2018 vom 18. September 2019 E. 3.2 f.; BVGE 2016/13 E. 1.3.4; Urteil des BVer A-2601/2020 vom 2. März 2022 E. 1.4.3; ASTRID HIRZEL, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 61 Rz. 28).

### **3.**

Mit Urteil 2C\_297/2019 vom 28. Mai 2020 wies das Bundesgericht die Sache zur Neuurteilung der Gewinnablieferung, der Berechnung der Pumpenergiekosten und der Gebühr im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. In der hier angefochtenen Neuverfügung vom 18. Oktober 2022 erkannte die Vorinstanz nach einer eingehenden Prüfung erneut, dass eine den regulierten Gewinn übersteigende Gewinnablieferung an die Stadt Bern als Abgabe auf dem Energietarif nicht zulässig sei. Die Beschwerdeführerin akzeptierte sodann im wiederaufgenommenen Verfahren die ursprünglich verfügte Berechnung der Pumpenergiekosten, womit diese nicht mehr strittig ist. In Berücksichtigung dessen, dass sich die Neuverfügung im Ergebnis mit der ursprünglichen Verfügung vom 17. November 2016 deckte, liess die Vorinstanz die Gebühr von Fr. 293'940.-- unverändert. Für die Neuverfügung erhob sie keine weitere Gebühr.

Im Folgenden sind die verbleibenden Streitpunkte der Gewinnablieferung an die Stadt Bern (nachstehend E. 4 ff.) und die vorinstanzliche Gebühr (nachstehend E. 11) zu prüfen. Hierbei gilt es die Bindungswirkung des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts zu beachten.

### **4.**

**4.1** Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine Verletzung der geltenden Zuständigkeitsordnung nach Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG. Betreffend die Gewinnablieferung an die Stadt Bern dürfe die Vorinstanz gemäss dem Rückweisungsentscheid nur prüfen, ob eine kommunale gesetzliche Grundlage vorliege, die eine Abgabe auf dem Energietarif vorsehe. Die Vorinstanz habe in der angefochtenen Neuverfügung jedoch zusätzlich beurteilt, ob die Abgabe mit der Energieproduktion zusammenhänge. Diese materielle Beurteilung der Abgabe greife in den kantonalen resp. kommunalen Autonomiebereich ein, weshalb auch eine Verletzung der verfassungsmässig gewährleisteten Gemeindeautonomie zu rügen sei (Art. 50 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]).

**4.2** Die Vorinstanz entgegnet in der Vernehmlassung, dass sie – in Umsetzung des Rückweisungsentscheids – lediglich die Frage geprüft habe, ob die Gewinnablieferung an die Stadt Bern energiebezogen sei und damit dem Energietarif oder dem Netznutzungsentgelt zuzuordnen sei. Diese Prüfung falle in ihre Zuständigkeit. In der angefochtenen Neuverfügung habe sie keine materielle Beurteilung der Abgabe vorgenommen. Die Gemeindeautonomie bleibe gewährleistet, welche nur, aber immerhin, innerhalb der zwingenden bundesrechtlichen Rahmenbedingungen zu respektieren sei.

**4.3** Gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG ist die Vorinstanz insbesondere für die Überprüfung der Netznutzungstarife und -entgelte sowie der Elektrizitätstarife von Amtes wegen zuständig. Vorbehalten bleiben Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen. Sie kann Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen. Das Bundesgericht setzte sich im Rückweisungsentscheid bereits vertieft mit der Zuständigkeitsfrage auseinander. Es erkannte, dass sich die Zuständigkeit der Vorinstanz soweit erstreckt, als sie kontrollieren dürfe, ob die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen korrekt – insbesondere als Teil des richtigen Tarifbestandteils – ausgewiesen seien. Der Vorbehalt in Art. 22 Abs. 2 Bst. b Satz 2 StromVG beziehe sich lediglich auf die materielle Überprüfung der Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen (E. 6.4).

In der angefochtenen Neuverfügung überprüfte die Vorinstanz, ob für die Gewinnablieferung an die Stadt Bern eine Rechtsgrundlage besteht und das Erfordernis der Energiebezogenheit gegeben ist. Sie befasste sich folglich allein mit der korrekten Zuordnung der städtischen Gewinnablieferung, zu deren Prüfung sie gemäss dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts befugt ist. Demgegenüber nahm sie keine materielle Überprüfung der Abgabe vor, die dem ordentlichen Rechtsmittelweg vorbehalten bleibt und nicht in ihren Aufgabenbereich fällt. Selbst wenn die Vorinstanz bei ihrer Beurteilung der Zuordnung nicht auf den engen Bezug der Abgabe zur Energieproduktion abstellen durfte, wie dies in der Beschwerde gerügt wird, wäre darin lediglich eine fehlerhafte Ausübung der ihr obliegenden Tarifprüfung zu erblicken, aber noch keine Verletzung der Zuständigkeit von Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG oder der verfassungsrechtlich garantierten Gemeindeautonomie nach Art. 50 Abs. 1 BV.

**4.4** Aus dem Gesagten ergibt sich somit, dass sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Neuverfügung ihre Zuständigkeit überschritten, vorab als unbegründet erweist.

## 5.

**5.1** In der Hauptsache hält die Beschwerdeführerin an ihrem Standpunkt fest, es sei die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als Abgabe auf der Energie in den Tarifjahren 2009 und 2010 zuzulassen. Entsprechend seien für das Jahr 2009 die anrechenbaren Energiekosten auf Fr. (...) und die sich daraus ergebende Überdeckung auf Fr. (...) festzulegen. Für das Jahr 2010 seien die anrechenbaren Energiekosten auf Fr. (...) und die sich daraus ergebende Überdeckung auf Fr. (...) festzulegen.

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, dass es gemäss dem Rückweisungsentscheid der Autonomie der Kantone und Gemeinden anheimgestellt bleibe, eine Abgabe auf dem Energietarif gesetzlich vorzusehen (E. 6.5.1). Entgegen der angefochtenen Neuverfügung sei nicht anzunehmen, dass sich ein anderer Wille des Bundesgesetzgebers aus den unveröffentlichten Protokollen der parlamentarischen Kommissionen ergebe. Das Bundesgericht habe in seinem Entscheid auch bereits ausdrücklich berücksichtigt, dass eine Abgabe auf dem Energietarif die Endkunden im freien Markt ebenfalls belasten könne (E. 6.5.1). Der Auffassung der Vorinstanz sei zu widersprechen, dass nur Abgaben als energiebezogen gälten, die mit der Energieproduktion zusammenhängen, wie beispielsweise Wasserzinsen. Aus den Erwägungen des Bundesgerichts erschliesse sich vielmehr gesamthaft, dass von einem anderen, weiteren Verständnis des Begriffs der Energiebezogenheit auszugehen sei. Das Bundesgericht habe die Wasserzinsen in E. 6.5.1 nur beispielhaft erwähnt. Aus den anschliessenden E. 6.5.2 - 6.6 werde deutlich, dass die Energiebezogenheit der Abgabe sich abschliessend nach der massgebenden Rechtsgrundlage richte.

Im Weiteren führt die Beschwerdeführerin aus, in der Stadt Bern sei die Energiebezogenheit der Abgabe gesetzlich explizit vorgesehen und es liege – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – gerade kein Zweifelsfall vor. Die gesetzliche Grundlage für die Gewinnerzielung ergebe sich aus Art. 33 Abs. 3 des Reglements Energie Wasser Bern vom 15. März 2001 (ewb-Reglement, ewr, SSSB 741.1) sowie allgemein aus aArt. 5 ewr. Gemäss aArt. 25 Abs. 5 ewr bestimme der Gemeinderat über die Gewinnverwendung, wobei faktisch der Stadtrat und die Stimmberechtigten die Höhe des Gewinns bereits im Budget der Stadt Bern festlegen würden und diese Gewinnabgabe regelmässig den gesamten Gewinn beschlage (aArt. 36 Bst. g der Gemeindeordnung der Stadt Bern vom 3. Dezember 1998, GO, SSSB 101.1). Nach dem klaren Wortlaut von Art. 33 Abs. 3 ewr dürfe mit

der Gebühr für Energie ein Gewinn erzielt werden, wobei das Äquivalenzprinzip einzuhalten sei. Ein Abweichen von diesem klaren Gesetzeswortlaut wäre nur dann zulässig, wenn hierfür triftige Gründe bestünden, was vorliegend nicht der Fall sei. Aus dem systematischen Zusammenhang der Norm ergebe sich, dass mit der Gebühr für Energie die Liefergebühr für den Bezug von Energie gemäss Art. 32 Bst. c ewr gemeint sei. Der Sinn und Zweck von Art. 33 Abs. 3 ewr sei die Mitfinanzierung des städtischen Haushaltes, mithin sei die Regelung fiskalisch motiviert. Die Entstehungsgeschichte zeige auf, dass die Stadt Bern – vor dem Hintergrund der damals erwarteten Strommarktöffnung – beabsichtigt habe, mit dem Erlass des ewb-Reglements die nötige Flexibilität herzustellen und gleichzeitig an der bestehenden Tradition festzuhalten, demgemäss der Energietarif einen Gewinnanteil beinhalte. Die Energiebezogenheit der Abgabe sei damit zu bejahen. Entsprechend seien die anrechenbaren Energiekosten und die Deckungsdifferenzen antragsgemäss neu festzusetzen. Deren Herleitung sei in der Beschwerdebeilage 3 transparent ausgewiesen, dies aufbauend auf der ursprünglichen Verfügung und in Berücksichtigung des Rückweisungsentscheids sowie der zwischenzeitlich akzeptierten Punkte.

Zur Begründung ihres eventualiter gestellten Feststellungsbegehrens führt die Beschwerdeführerin ferner aus, es komme ihr ein erhebliches Feststellungsinteresse zu. Die verfügte Rechtsfolge – Ausgleich und Verzinsung nach dem Mechanismus der Deckungsdifferenzen – erweise sich als unzulässig, da es sich bei der Abgabe nicht um einen ungerechtfertigten Gewinn im Sinne von Art. 19 Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) handle. Die Vorinstanz sei nicht zuständig, die Abgabe materiell zu prüfen und damit zusammenhängend Absenkungen zu verfügen. Die angeordnete Rechtsfolge liege nicht im öffentlichen Interesse und sei unverhältnismässig (Art. 5 Abs. 2 BV). Auch verstosse diese gegen das Vertrauensprinzip (Art. 9 BV), das Gebot der Rechtssicherheit (Art. 5 BV) sowie das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) und bewirke eine Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten (Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV). Da unbestrittenermassen eine gesetzliche Grundlage für die Gewinnablieferung an die Stadt Bern vorhanden sei, läge höchstens ein Deklarationsfehler im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StromVG vor, der auf entsprechende Strafanzeige hin vom Bundesamt für Energie (BFE) mit Busse nach Art. 29 StromVG bestraft werden könne, wobei es aber vorliegend schon am Vorsatz mangeln würde.

**5.2** Die Vorinstanz hält in der Vernehmlassung an der angefochtenen Neuverfügung fest, demgemäss die Gewinnablieferung an die Stadt Bern nicht

als Abgabe auf dem Energietarif der Jahre 2009 und 2010 erhoben werden dürfe und die daraus entstehende Überdeckung den Endverbrauchern in der Grundversorgung über die künftigen Energietarife zurückzuerstatten sei.

Zur Begründung legt die Vorinstanz zusammengefasst dar, dass Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen in der Stromversorgungsgesetzgebung einzig als Bestandteil des Netznutzungsentgelts ausdrücklich vorgesehen seien (Art. 14 Abs. 1 StromVG; vgl. Protokoll der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats [UREK-N] vom 21.-22. März 2005, S. 7 ff.). Abgaben an Gemeinwesen, die in das Netznutzungsentgelt integriert werden könnten, seien weit auszulegen und es könnten beispielsweise auch reine Steuern erhoben werden (Urteil des BGer 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018 E. 9.2.2.1; Ziff. 1 der Mitteilung der Vorinstanz vom 17. Februar 2011 über Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen). Gemäss Art. 12 Abs. 2 StromVG müssten die Netzbetreiber für die Netznutzung transparent und vergleichbar Rechnung stellen, wobei die Abgaben gesondert auszuweisen seien. Bei der von der Beschwerdeführerin befürworteten Zuordnung zum Energietarif hingegen würden nur die Endverbraucher in der Grundversorgung belastet werden. Das Bundesgericht habe im Rückweisungsentscheid zwar festgehalten, dass die energiebezogenen Abgaben auch beim marktbestimmten Energiepreis einkalkuliert werden könnten (E. 6.5.1), was jedoch nicht den tatsächlichen Marktverhältnissen entsprechen dürfte. Zudem sei die Transparenz nicht gewährleistet, da das Stromversorgungsrecht beim Energietarif keine separate Ausweisung von Abgaben vorsehe. Das könne zu einer Wettbewerbsverfälschung führen und die Rechtsgleichheit verletzen. Marktversorgte Endverbraucher ausserhalb des Versorgungsgebiets eines Netzbetreibers müssten gegebenenfalls Abgaben an ein Gemeinwesen leisten, in welchem sie gar nicht ansässig seien (Urteil des BGer 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018 E. 9.2.2.2). Der Rückweisungsentscheid sei im Lichte der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu lesen und bedeute keine Praxisänderung. Das Bundesgericht habe sich im Rückweisungsentscheid nicht dazu geäussert, was unter der Energiebezogenheit zu verstehen sei. Es scheine jedoch im Grundsatz die energiebezogenen Abgaben auf solche, die mit der Energieproduktion zusammenhängen würden (z.B. Wasserzinsen), zu beschränken (E. 6.5.1). In diesem Sinne sei auch die Aussage des Bundesgerichts zu verstehen, demgemäss die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als Bestandteil des Netznutzungsentgelts auszuweisen sei, sofern die Prüfung ergebe, dass die Abgabe netzbezogen sei (E. 6.6). Aus dem Rückweisungsentscheid sei somit zumindest implizit zu

schliessen, dass eine Abgabe dann als energiebezogen gelte, sobald sie mit der Energieproduktion zusammenhänge, andernfalls gelte sie als netzbezogen. Für den vom Bundesgericht nicht ausdrücklich erwähnten Fall, dass eine Abgabe weder energie- noch netzbezogen sei, sei diese ebenfalls dem Netznutzungsentgelt zuzuweisen.

Des Weiteren führt die Vorinstanz aus, dass die von der Beschwerdeführerin angeführten stadtrechtlichen Rechtsgrundlagen, namentlich Art. 33 Abs. 3 ewr, vor Einführung der Stromversorgungsgesetzgebung in Kraft getreten seien. Da die materielle fiskalrechtliche Beurteilung nicht in ihre Zuständigkeit falle, sei einzig im Grundsatz das Vorhandensein dieser rechtlichen Grundlagen für die Gewinnablieferung an die Stadt Bern sowie deren demokratische Legitimierung festzustellen. Was die fragliche Energiebezogenheit betreffe, so lege die Beschwerdeführerin nicht dar, inwiefern die Gewinnabgabe tatsächlich mit den Kosten der Energieproduktion zusammenhänge. Den Ausführungen der Beschwerdeführerin zufolge bestehe die Energiebezogenheit im Wesentlichen darin, dass der stadtbernerische Gesetzgeber entschieden habe, die fiskalisch motivierte Gewinnabgabe über die Anrechnung in die Produktionskosten auf dem Energietarif zu erheben. Die Energiebezogenheit reduziere sich somit auf eine gewillkürte Zuordnung durch den städtischen Gesetzgeber. Seit Einführung der Stromversorgungsgesetzgebung sei es jedoch nicht mehr zulässig, von den Endverbrauchern Gesamtpreise zu erheben, die Stromlieferung, Netznutzung, Quersubventionierungen oder andere Mehrkosten (d.h. auch fiskalisch motivierte Gewinnabgaben) enthielten, zumal damit insbesondere die zwingenden bundesrechtlichen Vorgaben von Art. 14 Abs. 1 StromVG sowie von Art. 19 Abs. 2 StromVV umgangen würden. Vor diesem Hintergrund sei das Kriterium der Energiebezogenheit nicht als erfüllt zu betrachten und die Abgabenerhebung somit lediglich als Bestandteil des Netznutzungsentgelts möglich. Hinsichtlich der Rechtsbegehren 2 und 3 der Beschwerde wendet die Vorinstanz ergänzend ein, dass die Herleitung der geltend gemachten Deckungsdifferenzen auf einer unzutreffenden Zahlenbasis beruhe. Die Beschwerdeführerin habe darin verschiedene im Verfahren vorgenommene Korrekturen, die unangefochten in Rechtskraft erwachsen seien, nicht berücksichtigt.

Ausserdem erachtet die Vorinstanz die eventualiter erhobenen Rügen der Beschwerdeführerin als unbegründet. Insbesondere weist sie auch in diesem Zusammenhang den Vorhalt zurück, eine unzulässige materielle Prüfung der Abgabe vorgenommen zu haben. Der angeordnete Ausgleich über den Mechanismus der Deckungsdifferenzen nach Art 19 Abs. 2 StromVV

betreffe vielmehr den Energietarif selbst, der vorliegend durch die Einrechnung von energiefremden Abgaben übermässig ausgefallen sei.

## 6.

In der Hauptsache ist zwischen den Parteien strittig, ob die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als Zuschlag auf dem Energietarif der Jahre 2009 und 2010 zuzulassen ist (so der Standpunkt der Beschwerdeführerin) oder ob diese Abgabe als Bestandteil des Netznutzungsentgelts auszuweisen und die daraus entstehende Überdeckung im Energietarif der Jahre 2009 und 2010 den Endverbrauchern in der Grundversorgung über die künftigen Energietarife zurückzuerstatten ist (so der Standpunkt der Vorinstanz). Hinsichtlich der fraglichen Energiebezogenheit der Abgabe ziehen die Parteien unterschiedliche Schlussfolgerungen aus dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts. Nachfolgend ist daher zunächst zu klären, welche verbindlichen Vorgaben das Bundesgericht festgelegt hat, damit die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als energiebezogen gelten kann (nachstehend E. 7). Gestützt darauf ist zu prüfen, ob die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als energie- oder netzbezogen zu qualifizieren ist (nachstehend E. 8). Schliesslich sind die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen zu behandeln (nachstehend E. 9).

Die Parteien sind sich darin einig, dass grundsätzlich eine städtische Rechtsgrundlage für die Gewinnablieferung an die Stadt Bern vorhanden ist (vgl. Neuverfügung E. 56; Beschwerde Rz. 37). Die Energiebezogenheit der Gewinnablieferung ist zudem nur insoweit strittig, als es den bundesrechtlich regulierten Gewinn übersteigt (vgl. Neuverfügung E. 43 f.; Beschwerde Rz. 11). Schliesslich ist der Klarheit halber darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin die Sondernutzungskonzession für die Verlegung und den Betrieb von elektrischen Leitungen im öffentlichen Raum bereits als separate Abgabe auf dem Netznutzungsentgelt in den Tarifjahren 2009 und 2010 erhoben hatte (vgl. Neuverfügung E. 22).

## 7.

**7.1** Das Bundesgericht äusserte sich im Rückweisungsentscheid nicht explizit dazu, was unter der strittigen Energiebezogenheit der Abgabe zu verstehen ist. Erst aus dem Gesamtkontext der Erwägungen ergibt sich Folgendes:

**7.2** Im Rückweisungsentscheid erwog das Bundesgericht zunächst, dass grundsätzlich der kantonale oder kommunale Gesetzgeber festlegen dürfe,

worauf das Gemeinwesen eine Abgabe oder Leistung erhebe. Das Bundesrecht bestimme lediglich, dass die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen einerseits transparent ausgewiesen werden müssten (vgl. BGE 138 I 468 E. 2.5, 138 I 454 E. 3.6.3; Art. 12 Abs. 2 StromVG; Art. 7 Abs. 3 Bst. k StromVV). Andererseits dränge die bundesrechtliche Regelung in Art. 14 Abs. 1 StromVG die Ansicht auf, dass die netzbezogenen Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen in das Netznutzungsentgelt einfließen müssten. Die beiden bundesrechtlichen Vorgaben schlossen indes nicht aus, dass es auch Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen gebe, die energiebezogen und demzufolge in den Tarifbestandteil der Energielieferung (Energietarif) einfließen würden (E. 6.5.1).

Ergänzend wies das Bundesgericht in seiner Rückweisungsentscheid darauf hin, dem stehe auch die bundesverwaltungsgerichtliche Auffassung nicht entgegen, wonach die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen als Bestandteil des Netznutzungsentgelts ausgewiesen werden müssten, um zu verhindern, dass die Endverbraucher sie über den regulierten Energietarif allein tragen müssten. Das Bundesverwaltungsgericht lasse bei dieser Erwägung ausser Acht, dass die energiebezogenen Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen auch beim marktbestimmten Energiepreis einkalkuliert und damit auch die freien Kunden ausserhalb der Grundversorgung – zumindest teilweise – belasten würden (E. 6.5.1).

Soweit die Vorinstanz in der angefochtenen Neuverfügung – unter Hinweisen auf das Stromversorgungsrecht, die Gesetzesmaterialien, die bisherige Rechtsprechung sowie Praxis – grundsätzliche Einwände gegen eine mögliche Energiebezogenheit von Abgaben an Gemeinwesen erheben möchte, wurde diese Rechtsfrage vom Bundesgericht in der Rückweisungsentscheid bereits verbindlich entschieden. Neue Sachumstände sind nicht erkennbar und werden von der Vorinstanz auch nicht vorgebracht. In diesem Punkt ist daher vollumfänglich auf E. 6.5.1 des Rückweisungsentscheids zu verweisen, wonach die Stromversorgungsgesetzgebung energiebezogene Abgaben des Gemeinwesens nicht ausschliesst.

**7.3** Zur fraglichen Energiebezogenheit legte das Bundesgericht des Weiteren dar, dass entsprechend die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen aufzuteilen seien in solche, die mit der Energieproduktion zusammenhängen (z.B. Wasserzinsen) und in jene, die sich aus dem Netzbetrieb ergäben (vgl. Urteil 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018 E. 9.2.2.1; E. 6.5.1). Insbesondere diese bundesgerichtlichen Ausführungen sprechen für die Rechtsauffassung der Vorinstanz, dass ein enger Bezug zur Energieproduktion

einzufordern ist, damit die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als energiebezogen gelten kann.

In den anschliessenden Erwägungen setzte das Bundesgericht jedoch den Fokus verstärkt auf die kommunale gesetzliche Grundlage. Diese Erwägungen stützen wiederum den Standpunkt der Beschwerdeführerin, dass die Energiebezogenheit der Abgabe allein aus den Rechtsgrundlagen der Stadt Bern herzuleiten ist. So führte das Bundesgericht in seinen weiteren Erwägungen aus, die Abgabe sei auf den Energietarif zuzulassen, sollten sich die Vorbringen der Beschwerdeführerin als zutreffend erweisen, dass es in der Stadt Bern eine gesetzliche Grundlage gebe, die eine Belastung des Energietarifs ermögliche (E. 6.5.3 und E. 6.6). Da sich aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts keine weiteren Hinweise zur gesetzlichen Grundlage ergäben und auch die Beschwerdeführerin dazu keine weiteren Ausführungen gemacht habe, so das Bundesgericht, sei die Angelegenheit zur Prüfung der gesetzlichen Grundlage an die Vorinstanz zurückzuweisen (E. 6.5.4). Diese Erwägungen des Rückweisungsentscheids beinhalten die fallspezifischen, verbindlichen Anweisungen an die Vorinstanz, weshalb sie vorliegend als massgebend einzustufen sind. Wenn das Bundesgericht es wirklich als erforderlich erachtet hätte, zusätzlich den engen Bezug der Abgabe zur Energieproduktion abzuklären, hätte es bei seiner Rückweisung wohl eine entsprechende Vorgabe formuliert.

**7.4** Auch wenn die Lesart des Rückweisungsentscheids seitens der Parteien unterschiedlich ausgefallen ist, so führen die verbindlichen bundesgerichtlichen Erwägungen gesamthaft gesehen doch zum Ergebnis, dass die Energiebezogenheit der vorliegenden Abgabe nach den Rechtsgrundlagen der Stadt Bern zu beurteilen ist.

## **8.**

**8.1** Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden anhand der städtischen Rechtsgrundlagen zu prüfen, ob für die Tarifjahre 2009 und 2010 die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als energie- oder netzbezogen zu qualifizieren ist.

**8.2** Zum besseren Verständnis ist zunächst ein Gesamtüberblick über die relevanten Rechtsgrundlagen der Stadt Bern zu geben (in den jeweils für die Tarifjahre 2009 und 2010 gültigen Fassungen).

Das vom Stadtrat von Bern erlassene Reglement Energie Wasser Bern vom 15. März 2001 (ewb-Reglement, ewr, SSSB 741.1) sieht in Art. 4

Abs. 1 vor, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der übergeordneten Gesetzesbestimmungen jederzeit für das Gebiet der Stadt Bern die Wasserversorgung und die thermische Kehrrechtverwertung sowie die Versorgung der Kundinnen und Kunden aller Abnahmekategorien mit Energie (Elektrizität, Gas und Fernwärme) gewährleistet. Die Bestimmung von aArt. 5 ewr besagt, dass die Beschwerdeführerin, soweit dies aufgrund des übergeordneten Rechts zulässig ist, einen Unternehmensgewinn anstrebt, der nach den Vorgaben des Reglements zu verwenden ist. Gemäss aArt. 25 Abs. 5 ewr beschliesst der Gemeinderat auf Antrag des Verwaltungsrats über die Gewinnverwendung. Er legt die Ausschüttungen an die Stadt, die Zuweisungen an die Reserven, den Gewinnvortrag auf die neue Rechnung sowie die Einlagen in eine Gewinnausgleichsrücklage fest. Art. 32 ewr enthält eine Aufzählung, für welche Leistungen die Beschwerdeführerin Gebühren erhebt. Die Anschluss-, Benutzungs- sowie Liefergebühren unterliegen – unter Vorbehalt u.a. von Abs. 3 – dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip (Art. 33 Abs. 1 ewr). Diese Gebühren sind so zu bemessen, dass zwischen den einzelnen Kundenkategorien keine Querfinanzierung erfolgt (Art. 33 Abs. 2 ewr). Nach Art. 33 Abs. 3 ewr darf mit den Gebühren für Energie ein Gewinn erzielt werden, wobei die Gebühren so zu bemessen sind, dass das Äquivalenzprinzip eingehalten wird. Gemäss aArt. 36 Bst. g der Gemeindeordnung der Stadt Bern vom 3. Dezember 1998 (GO, SSSB 101.1) stimmen die Stimmberechtigten obligatorisch über das Produktgruppen-Budget ab. In diesem Budget enthalten ist jeweils auch die Höhe der Gewinnablieferung der Gemeindeunternehmungen an die Stadt Bern.

### **8.3**

**8.3.1** Um ihren Standpunkt zu untermauern, beruft sich die Beschwerdeführerin vorrangig auf Art. 33 Abs. 3 ewr. Ob sich mit dieser Norm die geltend gemachte Energiebezogenheit der Gewinnablieferung an die Stadt Bern begründen lässt, ist im Rahmen einer Auslegung zu beurteilen.

**8.3.2** Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des wahren Sinngehalts einer Norm. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Norm. Ist der Wortlaut nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar eindeutiger Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist namentlich auf die der Norm zugrunde liegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element), ihren Sinn und Zweck (teleologisches Element) und die Entstehungsgeschichte (historisches

Element). Dabei befolgt die Rechtsprechung einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (vgl. zum Ganzen BGE 150 II 26 E. 3.5; BVGE 2023 I/2 E. 1.2.4; Urteil des BVGer A-615/2023 vom 10. Juli 2024 E. 6.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 175 ff.; je mit Hinweisen).

**8.3.3** Die Bestimmung von Art. 33 Abs. 3 ewr weist folgenden Wortlaut auf:

"Mit den Gebühren für Energie darf ein Gewinn erzielt werden. Sie sind jedoch so zu bemessen, dass das Äquivalenzprinzip eingehalten wird."

Das grammatikalische Element erweist sich insofern als klar, als der städtische Gesetzgeber eine Gewinnerzielung bei der Gebührenerhebung ausdrücklich zulässt. Des Weiteren gilt es jedoch zu beachten, dass der Begriff "Energie" im gesamten ewb-Reglement als eigener Oberbegriff für die Geschäftsfelder Elektrizität, Gas und Fernwärme dient (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 8 ewr). Die Begrifflichkeit, die in Art. 33 Abs. 3 ewr enthalten ist, ist demnach deutlich breiter gefasst als der Tarifbestandteil "Energie" im Sinne der Stromversorgungsgesetzgebung (vgl. allgemein zur Terminologie des StromVG TANJA SARAH PETRIK-HALTNER, Spannungsfelder rund um die Stromkosten und -tarife, 2017, S. 130 ff. mit Hinweisen). Wie es sich mit der Energiebezogenheit der Abgabe im Einzelnen verhält, lässt sich dem städtischen Gesetzestext mithin nicht mit der nötigen Deutlichkeit entnehmen. Es sind daher die weiteren Auslegungselemente heranzuziehen.

**8.3.4** Was die Gesetzssystematik betrifft, so ist die hier relevante Bestimmung von Art. 33 Abs. 3 ewr im 5. Kapitel Finanzierungsgrundsätze, 2. Abschnitt Gebühren zu finden. Dieser Abschnitt enthält in Art. 32 ewr zunächst eine allgemeine Auflistung der Gebühren, die die Beschwerdeführerin erhebt:

- a) Gebühren für den Anschluss an ihre Versorgungsanlagen (Anschlussgebühren);
- b) Gebühren für die Benutzung ihrer Versorgungsanlagen (Benutzungsgebühren);
- c) Gebühren für den Bezug von Energie und Wasser (Liefergebühren);
- d) Gebühren für ihre Verwaltungs- und Kontrolltätigkeit.

Angesichts des einheitlich verwendeten Begriffs "Energie" ist davon auszugehen, dass sich Art. 33 Abs. 3 ewr auf die Liefergebühren für den

"Bezug von Energie" gemäss Art. 32 Bst. c ewr bezieht. Aus dem Zusammenwirken der beiden Normen lässt sich dementsprechend ableiten, dass Art. 33 Abs. 3 ewr eine Gewinnerzielung auf den Gebühren für den Bezug von Energie statuiert. Das Ergebnis der systematischen Auslegung spricht damit für die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass es sich hier gesetzlich um eine spezifisch energiebezogene Abgabe handelt.

**8.3.5** Hinsichtlich der teleologischen Auslegung besteht zwischen den Parteien im Grunde Einigkeit, dass die Bestimmung von Art. 33 Abs. 3 ewr fiskalisch motiviert ist. Sie dient in erster Linie dazu, den Haushalt der Stadt Bern mitzufinanzieren: aArt. 25 Abs. 5 ewr statuiert die Gewinnablieferung der Beschwerdeführerin an die Stadt Bern. Art. 33 Abs. 3 ewr regelt die mit dieser Gewinnablieferung einhergehende gewinnorientierte Bemessung der Gebühren für Energie, d.h. die Überwälzung der Abgabe auf die Kundinnen und Kunden. Allein aus dieser fiskalischen Zielsetzung der Norm lassen sich allerdings noch keine verlässlichen Schlussfolgerungen ziehen, welchem Tarifbestandteil die Abgabe zuzuordnen ist. Die teleologische Auslegung trägt somit kaum dazu bei, den hier interessierenden Normgehalt zu ermitteln.

**8.3.6** Was die historische Auslegung betrifft, so wurde Art. 33 Abs. 3 ewr am 15. März 2001 erlassen. Bereits das frühere Reglement für die Versorgung mit elektrischer Energie durch das Elektrizitätswerk der Stadt Bern (EWB) vom 11. März 1993 sah seinerzeit in Art. 9 vor, dass die EWB ein Ertragsüberschuss von 10 % bis maximal 20 % anzustreben hatte, welcher der laufenden Rechnung der Stadt Bern gutzuschreiben war. Das Bundesgericht wies im aktenkundigen Urteil 1P.44/1994 und 1P.756/1994 vom 19. Juli 1995 betreffend die Gebühren für die Lieferung von Strom die gegen diese Regelung erhobenen Beschwerden ab, soweit es darauf eintrat.

Mit Erlass des geltenden ewb-Reglements vom 15. März 2001 gliederte die Stadt Bern das städtische Elektrizitätswerk in eine öffentliche-rechtliche Anstalt aus. Die Ausgliederung wurde vor allem im Hinblick auf das damals erwartete Elektrizitätsmarktgesetz als notwendig erachtet (vgl. Vortrag Nr. 165 [2000] vom 31. Mai 2000 des Gemeinderats an den Stadtrat betreffend Ausgliederung des Elektrizitätswerks, S. 1 und S. 3 f.). Auf Bundesebene war zu jenem Zeitpunkt geplant, den Elektrizitätsmarkt innert sechs Jahren vollständig zu öffnen und die Preisregulierung allein auf die Netznutzung einzuschränken (vgl. Art. 27 und Art. 6 des Entwurfs zum Elektrizitätsmarktgesetz, EMG, BBl 2000 6189). Nachdem das Elektrizitätsmarktgesetz in der eidgenössischen Volksabstimmung vom

22. September 2002 abgelehnt worden war, hielt der städtische Gesetzgeber am ewb-Reglement unverändert fest (vgl. Protokoll Nr. 14 der Stadtratssitzung vom 22. Mai 2003, S. 718 ff.).

Zu den Gesetzesmaterialien zum aktuellen ewb-Reglement ist anzumerken, dass sich der städtische Gesetzgeber – soweit ersichtlich – mit der hier zu beurteilenden Auslegungsfrage der Energiebezogenheit der Abgabe nicht spezifisch befasst hat (vgl. Protokoll Nr. 12 der Stadtratssitzung vom 15. März 2001, S. 267). Das ist nicht verwunderlich, war zu jenem Zeitpunkt das Stromversorgungsgesetz vom 23. März 2007 noch gar nicht erlassen. Auch die Mitteilung der Vorinstanz vom 17. Februar 2011, demgemäss Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht mehr als Teil des Energietarifs ausgewiesen werden dürften, erging erst zu einem späteren Zeitpunkt. Die historische Auslegung erweist sich bei dieser Ausgangslage somit ebenfalls als wenig aussagekräftig.

**8.3.7** Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der einzelnen Auslegungselemente ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Wortlaut von Art. 33 Abs. 3 ewr mit Blick auf die strittige tarifrechtliche Zuordnung ergebnisoffen erscheint, jedoch die systematische Auslegung hauptsächlich für die Energiebezogenheit der Abgabe spricht. So wird aus dem Zusammenwirken von Art. 32 Bst. c und Art. 33 Abs. 3 ewr deutlich, dass eine Gewinnerzielung auf den Gebühren für den "Bezug von Energie" statuiert ist. Die teleologische wie auch die historische Auslegung erweisen sich demgegenüber als wenig ergiebig, stehen aber dem aufgezeigten systematischen Auslegungsergebnis zumindest nicht entgegen. Die verschiedenen Auslegungsmethoden führen demnach zum Resultat, dass Art. 33 Abs. 3 ewr eine Abgabe spezifisch auf dem Tarifbestandteil der Energie vorsieht. Damit ist der von der Beschwerdeführerin bevorzugten Auslegungsvariante zu folgen.

Die aufgezeigte Rechtslage zu Art. 33 Abs. 3 ewr bedeutet für den konkreten Fall, dass die Beschwerdeführerin in den Tarifjahren 2009 und 2010 grundsätzlich befugt war, die Gewinnablieferung an die Stadt Bern dem Energietarif zuzuschlagen. Die Beschwerde erweist sich somit in der Hauptsache als begründet und ist in diesem Punkt gutzuheissen.

## **9.**

**9.1** Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen

Weisungen an die Vorinstanz zurück. Bei der Wahl zwischen diesen beiden Entscheidarten steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Eine Rückweisung ist als Ausnahme insbesondere dann angezeigt, wenn die Vorinstanz infolge ihrer Kenntnisse als Fachbehörde zur Beurteilung besser geeignet erscheint (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-215/2021 vom 21. März 2023 E. 4.7; MADELEINE CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 61 Rz. 10 ff.; je mit Hinweisen).

**9.2** Wie gesehen, erweist sich das Hauptbegehren der Beschwerdeführerin betreffend die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als begründet. Für diesen Fall beantragt die Beschwerdeführerin mit Rechtsbegehren 2 und 3, dass das Bundesverwaltungsgericht die anrechenbaren Energiekosten und die sich daraus ergebenden Überdeckungen für die Tarifjahre 2009 und 2010 antragsgemäss neu festzulegen habe. Sie fordert mit anderen Worten ein reformatorisches Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Die Vorinstanz bestreitet jedoch in der Vernehmlassung, dass bei den geltend gemachten Beträgen auch sämtliche im Tarifverfahren ergangenen Korrekturen korrekt berücksichtigt seien. Im Rahmen des Schriftenwechsels ist es der Beschwerdeführerin nicht gelungen, diese Einwände mit der nötigen Klarheit zu entkräften. Die Überprüfung der Herleitung der einzelnen Beträge verlangt nach den speziellen Fachkenntnissen der Vorinstanz und allenfalls auch ergänzenden Sachverhaltsabklärungen. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie über die anrechenbaren Energiekosten und die sich ergebenden Überdeckungen für die Tarifjahre 2009 und 2010 im Sinne der Erwägungen neu entscheiden kann.

## **10.**

Angesichts des Auslegungsergebnisses von Art. 33 Abs. 3 ewr braucht die von der Vorinstanz aufgeworfene Frage nicht mehr beantwortet zu werden, wie eine Abgabe zu behandeln wäre, wenn sie weder als energie- noch als netzbezogen qualifiziert werden könnte.

Aufgrund der Gutheissung in der Hauptsache ist es zudem nicht erforderlich, das eventualiter gestellte Rechtsbegehren 4 der Beschwerde zu behandeln. Die diesbezüglich erhobenen Rügen der Beschwerdeführerin, die sich u.a. gegen den verfügten Ausgleich über den Mechanismus der Deckungsdifferenzen richten, sind nicht mehr materiell zu behandeln. Ebenfalls kann offenbleiben, ob auf dieses Eventualbegehren in formeller Hinsicht überhaupt einzutreten wäre, mit der gerichtliche Feststellungen

namentlich im Hinblick auf die Einreichung einer allfälligen Strafanzeige beim BFE beantragt werden.

## **11.**

**11.1** Ferner fordert die Beschwerdeführerin im Rechtsbegehren 5, es sei die vorinstanzliche Gebühr von Fr. 293'940.-- um 1/4 auf Fr. 220'455.-- herabzusetzen. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, bei Gutheissung ihrer Beschwerde betreffend die Gewinnablieferung an die Stadt Bern sei der Verfahrensausgang nicht mehr deckungsgleich mit der ursprünglichen Verfügung vom 17. November 2016. Die vorinstanzliche Gebühr sei deshalb – in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Rückweisungsentscheids – antragsgemäss zu reduzieren.

**11.2** Die Vorinstanz begründete in der angefochtenen Neuverfügung die Kostenfolgen damit, dass sich der Verfahrensausgang auch hinsichtlich der Gewinnablieferung an die Stadt Bern mit der ursprünglichen Beurteilung in der Verfügung vom 17. November 2016 decke. Entsprechend den Vorgaben des Rückweisungsentscheids sei die vorinstanzliche Gebühr von Fr. 293'940.-- diesbezüglich nicht zu kürzen. Für die Neuverfügung werde keine Gebühr erhoben, da damit der Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts umgesetzt werde.

## **11.3**

**11.3.1** Im Rückweisungsentscheid hielt das Bundesgericht fest, dass die angefochtene vorinstanzliche Gebühr von Fr. 293'940.-- anteilmässig zu kürzen sei, dies infolge der teilweisen Gutheissung der Beschwerde hinsichtlich der Nebenpunkte der Gewinnablieferung an die Stadt Bern und der Berechnung der Pumpenergiekosten. Ergebe sich im Rahmen der Überprüfung der gesetzlichen Grundlage der Gewinnablieferung an die Stadt Bern, dass die Abgabe – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – als Bestandteil des Netznutzungsentgelts zu erheben sei, dränge sich diesbezüglich keine Reduktion der Gebühr auf. Die Vorinstanz habe die Gebühr im Sinne dieser Erwägungen entsprechend neu festzulegen (E. 10.3).

**11.3.2** Die vorliegende Beschwerde erweist sich betreffend die Gewinnablieferung an die Stadt Bern als begründet. In Übereinstimmung mit dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts ist es deshalb nun geboten, die Gebühr für die ursprüngliche Verfügung der Vorinstanz vom 17. November 2016 in der Höhe von Fr. 293'940.-- anteilmässig zu kürzen. Das

Bundesgericht bezifferte allerdings nicht, in welchem Umfang die Beschwerdeführerin als obsiegend zu betrachten wäre, sollte sich ihr Begehren zur Gewinnablieferung an die Stadt Bern als begründet erweisen. Es ist daher offen, ob die Gebühr tatsächlich um 1/4 auf Fr. 220'455.-- zu kürzen ist, wie dies in der Beschwerde beantragt wird.

Das Bundesverwaltungsgericht entschied bei der seinerzeitigen Neuverlegung der Kosten des Beschwerdeverfahrens A-321/2017 zwar, dass von einem teilweisen Obsiegen der Beschwerdeführerin im Umfang von 1/4 auszugehen sei (Urteil des BVGer A-3583/2020 vom 23. September 2020 E. 3.2; vgl. vorstehend Sachverhalt Bst. b). Dieses Verhältnis kann aber nicht unbesehen auf die vorinstanzliche Gebühr übertragen werden. Denn zu beachten ist, dass die Beschwerdeführerin die ursprüngliche Verfügung vom 17. November 2016 nur teilweise angefochten hat. Der Streitgegenstand hat sich somit im Beschwerdeverfahren verengt. Überdies ist zu berücksichtigen, dass inzwischen auch die Berechnung der Pumpenergiekosten nicht mehr strittig ist. Vorliegend ist die Vorinstanz besser geeignet zu ermitteln, welches Gewicht dem Streitpunkt der Gewinnablieferung – im Verhältnis zur gesamten Verfügung vom 17. November 2016 – tatsächlich zukam und dementsprechend in welchem Umfang die Beschwerdeführerin nun als obsiegend zu betrachten ist. Vor diesem Hintergrund drängt sich auch in diesem Punkt eine Rückweisung an die Vorinstanz auf, damit sie die Gebühr für die ursprüngliche Verfügung vom 17. November 2016 im Sinne der Erwägungen neu festlegen kann.

## **12.**

Zusammenfassend ist die Beschwerde somit gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die angefochtene Neuverfügung ist insoweit aufzuheben, als sie die Gewinnablieferung und die Gebühr betrifft. Die Sache ist diesbezüglich zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **13.**

**13.1** Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu befinden.

**13.2** Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG sind die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Vorinstanzen haben keine Kosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid mit noch

offenem Ausgang gilt praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (vgl. BGE 141 V 281 E. 11.1, 137 V 210 E. 7.1). Entsprechend hat die obsiegende Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten zu tragen.

**13.3** Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn – wie vorliegend – keine Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.-- zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen.

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

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Die angefochtene Verfügung wird insoweit aufgehoben, als sie die Gewinnablieferung und die Gebühr betrifft.

**2.**

Die Sache wird zur Neubeurteilung mit Blick auf die Gewinnablieferung und die Gebühr im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 40'000.-- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**4.**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.-- zu bezahlen.

**5.**

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Metzger

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: