

Urteilskopf

149 II 187

19. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C\_488/2020 / 2C\_273/2022 vom 29. März 2023

Regeste (de):

Art. 6 Abs. 5 und Art. 10 Abs. 3 StromVG; zeitlicher Anwendungsbereich der revidierten Fassung von Art. 6 Abs. 5 StromVG; Energietarife; Präzisierung der Rechtsprechung zur Durchschnittspreis-Methode.

Rechtliches (E. 3).

Der am 1. Juni 2019 in Kraft getretene Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG findet in der vorliegenden Angelegenheit keine Anwendung (E. 4).

Präzisierung der Rechtsprechung zur Durchschnittspreis-Methode, die von der ElCom in Anwendung von Art. 6 Abs. 5 (Satz 1) StromVG entwickelt und durch das Bundesgericht in BGE 142 II 451 bestätigt wurde (E. 5), mit Blick auf die gesellschaftsrechtliche Struktur der Unternehmensgruppe (E. 6) und mit Bezug auf das zur Berechnung des Durchschnittspreises massgebende Energieportfolio (E. 7).

Regeste (fr):

Art. 6 al. 5 et art. 10 al. 3 LApEl; champ d'application temporel de la teneur révisée de l'art. 6 al. 5 LApEl; tarifs de l'énergie; précision de la jurisprudence relative à la méthode du prix moyen.

Cadre légal (consid. 3).

L'art. 6 al. 5, 2e phrase LApEl, entré en vigueur le 1er juin 2019, ne s'applique pas en l'espèce (consid. 4).

Précision de la jurisprudence relative à la méthode du prix moyen, qui a été développée par l'ElCom en application de l'art. 6 al. 5 (1ère phrase) LApEl et confirmée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 142 II 451 (consid. 5), au regard de la structure juridique des groupes d'entreprises (consid. 6) et en rapport avec le porte-feuille énergétique déterminant pour le calcul du prix moyen (consid. 7).

Regesto (it):

Art. 6 cpv. 5 e art. 10 cpv. 3 LAEI; campo di applicazione temporale della versione riveduta dell'art. 6 cpv. 5 LAEI; tariffe per l'energia; precisazione della giurisprudenza concernente il metodo del prezzo medio.

Quadro legale (consid. 3).

L'art. 6 cpv. 5 seconda frase LAEI, in vigore dal 1° giugno 2019, non si applica in concreto (consid. 4).

Precisazione della giurisprudenza concernente il metodo del prezzo medio, sviluppata dall'ELCom in applicazione dell'art. 6 cpv. 5 (prima frase) LAEI e confermata dal Tribunale federale nella DTF 142 II 451 (consid. 5), considerata la struttura giuridica dei gruppi di imprese (consid. 6) e in relazione con il portafoglio energetico determinante per il calcolo del prezzo medio (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 188

BGE 149 II 187 S. 188

A. Am 22. Januar 2015 erliess die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) gegenüber der A. AG sowie der A. Schweiz AG eine Teilverfügung betreffend die Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten für die Geschäftsjahre 2009 und 2010. (...)

A.a Gegen die Teilverfügung der ElCom vom 22. Januar 2015 erhoben die A. AG und die A. Schweiz AG am 2. März 2015 gemeinsam Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren A-1344/2015). Mit Zwischenverfügung vom 26. November 2015 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren A-1344/2015 bis zum Abschluss der bundesgerichtlichen Verfahren 2C\_681/2015 und 2C\_682/2015 und nahm von der angezeigten Fusion der A. AG und der A. Schweiz AG vom 26. Mai 2015 Vormerk. Die A. Schweiz AG wurde aus dem Rubrum gelöscht und die A. AG als alleinige beschwerdeführende Partei im Rubrum belassen.

A.b Nachdem das Bundesgericht am 20. Juli 2016 in den Verfahren 2C\_681/2015 und 2C\_682/2015 das Urteil gefällt hatte (teilweise publ. in: BGE 142 II 451), nahm das Bundesverwaltungsgericht das sistierte Verfahren A-1344/2015 wieder auf. Mit Urteil A-1344/2015 vom 28. Juni 2018 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der A. AG vom 2. März 2015 wegen Verletzung des Territorialitätsprinzips durch den Einbezug rein ausländischer Bezugsverträge in die Durchschnittspreis-Methode teilweise gut. Es hob die Teilverfügung vom 22. Januar 2015 auf und wies die Angelegenheit in diesem Umfang zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die ElCom zurück. Im Übrigen - d.h. mit Blick auf die umstrittenen Fragen zur Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Struktur und des Energieportfolios im Rahmen der Durchschnittspreis-Methode sowie zur Periodizität für die Bestimmung des

BGE 149 II 187 S. 189

Nettoumlauf vermögens - wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vom 2. März 2015 ab. (...)

B. Mit Schreiben vom 8. Januar 2019 teilte die ElCom die Wiederaufnahme des Tarifprüfungsverfahrens mit und räumte der A. AG die Gelegenheit ein, zur zurückgewiesenen Angelegenheit Stellung zu nehmen. Mit Teilverfügung vom 6. April 2020 stellte die ElCom unter anderem fest, dass die Preisvorteile aufgrund des freien Netzzugangs aus den Geschäftsjahren 2009 und 2010 weiterzugeben seien. (...)

B.a Gegen die Teilverfügung vom 6. April 2020 erhob die A. AG am 19. Mai 2020 einerseits Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren A-2601/2020). Andererseits gelangte die A. AG mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 19. Mai 2020 an das Bundesgericht (Verfahren 2C\_488/2020 [...]). Sie begründete ihre direkte bundesgerichtliche Beschwerde mit Hinweis auf die anwaltliche Sorgfalt. Im Urteil A-1344/2015 vom 28. Juni 2018 habe das Bundesverwaltungsgericht bereits gewisse Fragen verbindlich geklärt (vgl. Bst. A.b i.f. hiavor) und in diesem Umfang nicht der ElCom zur Neuurteilung zurückgewiesen. Soweit diese Erwägungen des der Teilverfügung vom 6. April 2020 vorangegangenen bundesverwaltungsgerichtlichen Rückweisungsentscheids A-1344/2015 vom 28. Juni 2018 angefochten würden, sei eine direkte Beschwerde an das Bundesgericht denkbar.

B.b Das Bundesgericht sistierte das Verfahren 2C\_488/2020 mit präsidialer Verfügung vom 16. Juni 2020

bis zum Abschluss des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens A-2601/2020. (...) Mit Urteil A-2601/2020 vom 2. März 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der A. AG vom 19. Mai 2020 ab. Es bestätigte die Feststellung der ElCom, dass die Preisvorteile aufgrund des freien Netzzugangs aus den Geschäftsjahren 2009 und 2010 weiterzugeben seien, und überprüfte die Teilverfügung vom 6. April 2020 im Umfang seiner mit Urteil A-1344/2015 vom 28. Juni 2018 angeordneten Rückweisung des Tarifprüfungsverfahrens (Verletzung des Territorialitätsprinzips durch den Einbezug rein ausländischer Bezugsverträge in die Durchschnittspreis-Methode). Im Übrigen

BGE 149 II 187 S. 190

verwies es auf seine Erwägungen im Urteil A-1344/2015 vom 28. Juni 2018 (vgl. auch Bst. A.b hiervor).

C. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 4. April 2022 gelangt die A. AG an das Bundesgericht (Verfahren 2C\_273/2022).

C.a Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Urteils A-2601/2020 vom 2. März 2022, der Teilverfügung der ElCom vom 6. April 2020 sowie des Urteils A-1344/2015 vom 28. Juni 2018. Es sei stattdessen festzustellen, dass die Beschwerdeführerin aus den Geschäftsjahren 2009 und 2010 keine Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs an die festen Endverbraucher weiterzugeben habe. Eventualiter seien (a) Energiekosten für Endverbraucher in der Grundversorgung der Beschwerdeführerin (...) in der Höhe von Fr. 8'744'264.- für das Tarifjahr 2009 und (...) in der Höhe von Fr. 5'936'006.- für das Tarifjahr 2010, (b) Kosten für den Energievertrieb (inkl. Gewinn) der Beschwerdeführerin (...) in der Höhe von Fr. 79'573.- für das Tarifjahr 2009 und (...) in der Höhe von Fr. 54'018.- für das Tarifjahr 2010 sowie (c) Deckungsdifferenzen Energie (inkl. kalkulatorische Zinskosten des jeweiligen Jahres) zugunsten der Beschwerdeführerin von (...) Fr. 10'175'935.- für das Tarifjahr 2009 und von (...) Fr. 7'266'144.- für das Tarifjahr 2010 als anrechenbar anzuerkennen. Subeventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz oder an die ElCom zurückzuweisen.

C.b Mit Schreiben vom 7. April 2022 teilt die Abteilungspräsidentin der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung den Verfahrensbeteiligten im Verfahren 2C\_488/2020 mit, dass das Verfahren wieder aufgenommen werde. Die Verfahrensbeteiligten könnten sich im Rahmen der Vernehmlassung im Verfahren 2C\_273/2022 auch zum weiteren Vorgehen im Verfahren 2C\_488/2020 äussern. In der Beschwerde vom 19. Mai 2020 hat die Beschwerdeführerin - mit Ausnahme des Antrags um Aufhebung des Urteils A-2601/2020 vom 2. März 2022 - bereits die gleichen Rechtsbegehren wie im Verfahren 2C\_273/2022 gestellt (vgl. Bst. C.a hiervor). (...) Das Bundesgericht vereinigt die beiden Verfahren, schreibt das Verfahren 2C\_488/2020 als gegenstandslos ab und weist das Verfahren 2C\_273/2022 ab, soweit es darauf eintritt. (Auszug)

Erwägungen

BGE 149 II 187 S. 191

Aus den Erwägungen:

3. Mit dem Zweck, die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen, hat der Bundesgesetzgeber das Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) erlassen (vgl. Art. 1 Abs. 1 StromVG).

3.1 Die Stromversorgungsgesetzgebung unterscheidet drei Gruppen von Endverbrauchern: Erstens feste Endverbraucher, nämlich Haushalte und andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh (vgl. Art. 6 Abs. 2 StromVG). Diese haben keinen Anspruch auf Netzzugang (vgl. Art. 6 Abs. 6 StromVG i.V.m. Art. 13 Abs. 1 StromVG), aber dafür Anspruch auf Grundversorgung (vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG). Zweitens Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh, die auf den Netzzugang verzichtet haben. Diese haben ebenfalls Anspruch auf Grundversorgung (vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG). Drittens andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh. Diese haben Anspruch auf Netzzugang (vgl. Art. 13 StromVG; sogenannte freie Kunden). Während die Netznutzungstarife infolge des natürlichen Netzmonopols für alle Endverbraucher durch das Stromversorgungsgesetz und die ElCom reguliert werden (vgl. Art. 14 ff. StromVG), sind die Energietarife nur für die Endverbraucher mit Grundversorgung gesetzlich reguliert (vgl. Art. 6 StromVG; Art. 4 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]). Dagegen können nach Art. 4 Abs. 1 lit. d StromVG Endverbraucher mit Netzzugang die Elektrizität von einem Lieferanten freier Wahl beziehen (vgl. BGE 142 II 451 E. 4.2.1; Urteile 2C\_297/2019 vom 28. Mai 2020 E. 7.2; 2C\_518/2012 vom 23. November 2012 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 138 I 468).

3.2 Die Elektrizitätstarife in der Grundversorgung werden in Art. 6 StromVG geregelt: Gemäss Art. 6 Abs. 3 StromVG sind die Elektrizitätstarife aufgeschlüsselt nach Netznutzung, Energielieferung, Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen zu veröffentlichen (vgl. BGE 144 III 111 E. 5.1; BGE 138 I 454 E. 3.6.3; Urteil 2C\_297/2019 vom 28. Mai 2020 E. 3; zum Netznutzungstarif und Energietarif vgl. auch E. 6.5.4 hiernach). Die Tarife müssen "angemessen" ("équitable", "adequate") sein (vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG). Für feste Endverbraucher mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik, die von der

BGE 149 II 187 S. 192

gleichen Spannungsebene Elektrizität beziehen, müssen die Verteilnetzbetreiber einen einheitlichen Elektrizitätstarif festlegen, der für mindestens ein Jahr fest sein muss (vgl. Art. 6 Abs. 3 StromVG). Für den Tarifbestandteil der Energielieferung (Energietarif) hat der Netzbetreiber eine Kostenträgerrechnung ("comptabilité par unité d'imputation", "contabilità per unità finali di imputazione") zu führen (vgl. Art. 6 Abs. 4 StromVG). Die Verteilnetzbetreiber sind verpflichtet, Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs "anteilmässig" ("proportionnellement", "proporzionalmente") an die festen Endverbraucher weiterzugeben (vgl. Art. 6 Abs. 5 StromVG [in der bis zum 31. Mai 2019 in Kraft stehenden Fassung]; Art. 6 Abs. 5 Satz 1 1. Teilsatz StromVG [in der ab dem 1. Juni 2019 in Kraft stehenden Fassung]; BGE 142 II 451 E. 4.2.2).

3.3 Die Festlegung der Tarife ist nicht Sache der ElCom, sondern der Betreiberinnen und Betreiber der Verteilnetze (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 StromVG; Urteil 2C\_828/2019 vom 16. Juli 2020 E. 3.1). Die ElCom überwacht die Einhaltung des Stromversorgungsgesetzes, trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug dieses Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind (vgl. Art. 22 Abs. 1 StromVG). Sie ist insbesondere für die Überprüfung der Elektrizitätstarife zuständig und kann Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen (vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. b StromVG). Die ElCom hat nur bei Gesetzesverstössen einzugreifen und kann sich nicht in das Ermessen der Betreiber und Betreiberinnen einmischen (vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5.2; Urteile 2C\_297/2019 vom 28. Mai 2020 E. 3.1; 2C\_969/2013 vom 19. Juli 2014 E. 7.4; vgl. auch Urteil 2C\_828/2019 vom 16. Juli 2020 E. 8.2 f.). Wenn der Aufsichtsbehörde nur die Kompetenz zur Gesetzmässigkeitsprüfung zukommt, kann auch das Bundesverwaltungsgericht nicht in den Ermessens-

bereich der beaufsichtigten Person eingreifen. Zugleich hat es darüber zu wachen, dass die Aufsichtsbehörde diesen Bereich respektiert (vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5.2 f.; BGE 135 V 382 E. 4.2).

4. Die Beschwerdeführerin verlangt in ihrem Hauptantrag die Feststellung, dass sie aus den Geschäftsjahren 2009 und 2010 keine Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs an die festen Endverbraucher weiterzugeben habe. Sie leitet ihre Auffassung aus der seit dem 1. Juni 2019 in Kraft stehenden Fassung von Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG ab. Demnach müssen für Preisvorteile, die ein Jahr

BGE 149 II 187 S. 193

betreffen, das mehr als fünf Jahre zurückliegt, keine solchen Tarifierhöhungen mehr vorgenommen werden.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, das öffentliche Interesse sowie das Interesse der Normadressaten verlange nach einer unverzüglichen Anwendung des am 1. Juni 2019 in Kraft getretenen Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG. Dies decke sich mit dem klaren Wortlaut der Norm und dem gesetzgeberischen Willen. Der Gesetzgeber habe bewusst in die vom Bundesgericht bestätigte Praxis der EICom eingreifen wollen. In der parlamentarischen Debatte sei darauf hingewiesen worden, dass diese Änderung sofort wirksam werde. Die umstrittene Teilverfügung der EICom datiere vom 6. April 2020 und das angefochtene Urteil A-2601/2020 vom 2. März 2022. Diese Entscheide seien nach dem Inkrafttreten von Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG ergangen. Da die vorliegende Angelegenheit die Tarifjahre 2009 und 2010 betreffe, die mehr als fünf Jahre zurücklägen, seien keine Preisvorteile mehr weiterzugeben.

4.2 Die Vorinstanz erwägt, das vorliegende Tarifprüfungsverfahren sei bereits im Jahr 2009 eröffnet worden. Auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft einer Verfügung oder eines Urteils könne nicht abgestellt werden. Andernfalls wäre es den Verteilnetzbetreiberinnen möglich, Preisvorteile bewusst nicht weiterzugeben und ein daraufhin eröffnetes Tarifprüfungsverfahren mit Anträgen und Rechtsmitteln derart in die Länge zu ziehen, dass die Fünfjahresfrist von Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG vor Eintritt der Rechtskraft einer Verfügung oder eines Urteils ablaufen würde. Im Übrigen sei das Bundesgericht im Urteil 2C\_828/2019 vom 16. Juli 2020 bei seiner Auslegung von Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG zum Schluss gelangt, dass die in dieser Norm vorgesehene zeitliche Begrenzung der Tarifierhöhungspflicht nur die Fälle betreffe, in denen die Betreiberin Strom aus erneuerbaren Energien zu einem höheren Preis als dem Marktpreis produziere. Sie gelte nicht generell für alle Verfahren, in denen die Angemessenheit eines Tarifs verneint und ein Ausgleich von Überzahlungen angeordnet werde (mit Hinweis auf das Urteil 2C\_828/2019 vom 16. Juli 2020 E. 8.7).

4.3 Die EICom stellt sich in ihrer bundesgerichtlichen Vernehmlassung auf den Standpunkt, dass die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsakts grundsätzlich nach der Rechtslage am Tag seines Erlasses beurteilt werde. Daraus folgernd sei stets das neue Recht anzuwenden, wenn die Rechtsänderung während des erstinstanzlichen Verfahrens

BGE 149 II 187 S. 194

eintrete. Demgegenüber seien erst im Laufe des Beschwerdeverfahrens eingetretene Rechtsänderungen an sich unbeachtlich, es sei denn, zwingende Gründe sprächen für die Berücksichtigung des neuen Rechts. Das vorliegende Verfahren sei vom Fachsekretariat der EICom mit Schreiben vom 20. August 2009 für die Geschäftsjahre 2009 und 2010 eröffnet worden. Die erstinstanzliche Verfügung der EICom datiere vom 22. Januar 2015. Zu

diesem Zeitpunkt sei Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG noch nicht in Kraft gewesen. Die Norm finde vorliegend keine Anwendung.

4.4 Vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben (vgl. BGE 144 V 210 E. 4.3.1; BGE 139 II 263 E. 6; Urteile 2C\_153/2022 vom 1. September 2022 E. 4.1; 2C\_634/2021 vom 16. März 2022 E. 3; 2C\_254/2021 vom 27. September 2021 E. 3). Anders verhält es sich mit den verfahrensrechtlichen Neuerungen. Diese sind mangels gegenteiliger Übergangsbestimmungen mit dem Tag des Inkrafttretens sofort und in vollem Umfang anwendbar (vgl. BGE 144 V 210 E. 4.3.1; BGE 144 II 273 E. 2.2.4; BGE 132 V 215 E. 3.1.2; Urteil 2C\_654/2022 vom 28. September 2022 E. 3.2).

4.4.1 Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG um eine materiell-rechtliche Bestimmung handelt. Sie regelt, welche Preisvorteile im Sinne von Art. 6 Abs. 5 Satz 1 StromVG in zeitlicher Hinsicht weiterzugeben sind (vgl. auch Urteil 2C\_109/2020 / 2C\_115/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.3.3). Alsdann fehlt es mit Blick auf die neue Regelung in Art. 6 Abs. 5 StromVG an einer einschlägigen Übergangsbestimmung (vgl. Art. 32 ff. StromVG). Aus der parlamentarischen Debatte ergibt sich zudem, dass eine Übergangsbestimmung nicht mehrheitsfähig war (vgl. Votum des Kommissionssprechers Werner Luginbühl, AB 2017 S 823 [Vierte Sitzung des Ständerats in der Wintersession 2017 am 30. November 2017]), da der ständerätliche Vorschlag einer rückwirkenden Anwendung im Nationalrat auf klaren Widerstand stiess (vgl. Votum Silva Semadeni und Votum Bastien Girod, AB 2017 N 740 und 743 [Erste Sitzung des Nationalrats in der Sommersession 2017 am 29. Mai 2017]; Votum des Kommissionssprechers Eric Nussbaumer, AB 2017 N 767 [Zweite Sitzung des Nationalrats in der Sommersession 2017 vom 30. Mai 2017]; vgl. auch SPIELMANN, in: Kommentar zum Energierecht, Bd. III, Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [Hrsg.], 2020, N. 10-18 zu Art. 6 Abs. 5 und Abs. 5bis StromVG).

#### BGE 149 II 187 S. 195

4.4.2 Folglich findet auf Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG, der am 1. Juni 2019 in Kraft getreten ist (vgl. AS 2019 1349 ff., 1356 und 1362), der eingangs erläuterte Grundsatz für materiell-rechtliche Regelungen Anwendung (vgl. E. 4.4 hiervor): Das vorliegende Tarifprüfungsverfahren für die Geschäftsjahre 2009 und 2010 leitete das Fachsekretariat der EICom mit Schreiben vom 20. August 2009 ein. Die erstinstanzliche Teilverfügung der EICom datiert vom 22. Januar 2015. Der revidierte Art. 6 Abs. 5 StromVG und dessen zweiter Satz standen zu beiden Zeitpunkten nicht in Kraft. Die revidierte Bestimmung findet in der vorliegenden Angelegenheit daher von vornherein keine Anwendung. Damit kann dahingestellt bleiben, ob die Verfahrenseröffnung am 20. August 2009 oder die erstinstanzliche Beurteilung mit Teilverfügung der EICom vom 22. Januar 2015 für die Bestimmung des anwendbaren (materiellen) Rechts massgebend wäre.

4.4.3 Unbehelflich ist für die vorliegende Angelegenheit ferner der Hinweis der Beschwerdeführerin, wonach in der parlamentarischen Debatte darauf hingewiesen worden sei, dass die Regelung sofort wirksam werde. Dies trifft zwar zu: Der Kommissionssprecher erläuterte, dass "diese Regelung [...] bei Inkrafttreten des Gesetzes sofort wirksam" werde (Votum Werner Luginbühl, AB 2017 S 823 [Vierte Sitzung des Ständerats in der Wintersession 2017 am 30. November 2017]). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wird damit aber nicht gesagt, dass Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG auf bereits (erstinstanzlich) beurteilte Sachverhalte Anwendung fände. Vielmehr führt das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) im erläuternden Bericht vom Juni 2018 in zeitlicher Hinsicht zutreffend aus, dass aufgrund der am 1. Juni 2019 in Kraft getretenen Norm im "Tarifjahr 2019 beispielsweise [...] Preisvorteile aus den vergangenen fünf Tarifjahren weiterzugeben (2018, 2017, 2016, 2015 und 2014) [sind]" (UVEK, Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über den Um- und Ausbau der Stromnetze [Strategie Stromnetze], Teilrevision der Stromversorgungsverordnung, Juni 2018, S. 2; vgl. auch SPIELMANN, a.a.O., N. 19 f. zu Art. 6 Abs. 5 und Abs. 5bis

StromVG). Im Übrigen besteht im Lichte der im Parlament höchst umstrittenen und nicht mehrheitsfähigen echten Rückwirkung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin jedenfalls kein öffentliches Interesse an einer rückwirkenden Anwendung von Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG (vgl. E. 4.4.1 hiervor).

#### BGE 149 II 187 S. 196

4.4.4 Der Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach die das vorliegende Verfahren betreffenden Geschäftsjahre 2009 und 2010 bereits mehr als fünf Jahre zurücklägen und deshalb keine Preisvorteile mehr weiterzugeben seien, ist auch aus weiteren Gründen nicht zu folgen. Würde auf den rechtskräftigen Abschluss eines Tarifprüfungsverfahrens abgestellt, könnten die Verteilnetzbetreiberinnen ein Tarifprüfungsverfahren mit Anträgen und Rechtsmitteln derart in die Länge ziehen, dass die Fünfjahresfrist von Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG vor dem Eintritt der Rechtskraft des Entscheids ablaufen würde. Die Vorinstanz weist daher zutreffend darauf hin, Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG verankere vielmehr die Praxis, wonach die ECom Tarifprüfungsverfahren nur für Zeiträume eröffne, die im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht mehr als fünf Jahre zurücklägen (vgl. Votum des Kommissionssprechers Werner Luginbühl, AB 2017 S 989 [Elfte Sitzung des Ständerats in der Wintersession 2017 am 13. Dezember 2017]: "Betrifft ein erzielter Preisvorteil ein Jahr, das mehr als fünf Jahre zurückliegt, müssen keine Anpassungen mehr vorgenommen werden. Dies entspricht weitgehend der heutigen Praxis."; Votum des Kommissionssprechers Eric Nussbaumer, AB 2017 N 2127 [Zwölfte Sitzung des Nationalrats in der Wintersession 2017 am 13. Dezember 2017]: "Liegt ein erzielter Preisvorteil aus einem Jahr vor, das mehr als fünf Jahre zurückliegt, müssen jetzt keine Tarifanpassungen mehr vorgenommen werden. Wir gehen davon aus, dass dies der heutigen Praxis entspricht [...]"; SPIELMANN, a.a.O., N. 24 f. zu Art. 6 Abs. 5 und Abs. 5bis StromVG; vgl. auch Urteil 2C\_109/2020 / 2C\_115/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.3.3).

4.5 Nach dem Dargelegten findet der am 1. Juni 2019 in Kraft getretene Art. 6 Abs. 5 Satz 2 StromVG auf das vorliegende, am 20. August 2009 eingeleitete und am 22. Januar 2015 erstinstanzlich beurteilte Tarifprüfungsverfahren betreffend die Geschäftsjahre 2009 und 2010 von vornherein keine Anwendung. Damit erübrigt es sich, auf die Kritik der Beschwerdeführerin an der im Urteil 2C\_828/2019 vom 16. Juli 2020 durch das Bundesgericht vorgenommenen Auslegung von Art. 6 Abs. 5 und Abs. 5bis StromVG einzugehen (vgl. Urteil 2C\_828/2019 vom 16. Juli 2020 E. 8.7). Die Vorinstanz hat zu Recht die Feststellung der ECom bestätigt, dass die Preisvorteile aufgrund des freien Netzzugangs aus den Geschäftsjahren 2009 und 2010 weiterzugeben seien.

5. Im Eventualstandpunkt rügt die Beschwerdeführerin eine rechtswidrige Anwendung von Art. 6 Abs. 5 (Satz 1) StromVG. Nach dieser Bestimmung sind die Betreiber der Verteilnetze verpflichtet,

#### BGE 149 II 187 S. 197

Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs anteilmässig an die festen Endverbraucher weiterzugeben (vgl. E. 3.2 i.f. hiervor). Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Bundesgericht habe im amtlich publizierten Urteil 2C\_681/2015 / 2C\_682/2015 vom 20. Juli 2016 (BGE 142 II 451) die Durchschnittspreis-Methode der ECom zur anteilmässigen Weitergabe von Preisvorteilen bestätigt. Die Methode an sich, wonach aus den anrechenbaren Ist-Kosten und Energiemengen eines Energieportfolios der Durchschnittspreis ermittelt wird, stellt die Beschwerdeführerin zwar nicht infrage (zur Durchschnittspreis-Methode vgl. BGE 142 II 451 E. 5; SPIELMANN, a.a.O., N. 6 zu Art. 6 Abs. 5 und Abs. 5bis StromVG). Jedoch, so die Beschwerdeführerin, seien zwei Detailfragen zur anteilmässigen Weitergabe noch nicht geklärt. Es stelle sich erstens die Frage, ob im Rahmen der Durchschnittspreis-Methode die gesellschaftsrechtliche Struktur einer Verteilnetzbetreiberin zu beachten sei (vgl. E. 6 hiernach). Die zweite Frage betreffe den Umfang des in die Durchschnittspreis-

Methode einzubeziehenden Energieportfolios. Diesbezüglich sei ungeklärt, ob das gesamte Energieportfolio der Beschwerdeführerin oder nur diejenige Energie, die für die Versorgung der freien und der gebundenen Endverbraucher erzeugt oder beschafft werde, zur Berechnung des Durchschnittspreises heranzuziehen sei (vgl. E. 7 hiernach).

6. Am 26. Mai 2015 fusionierte die Beschwerdeführerin (A. AG) mit der A. Schweiz AG. Deshalb adressiert die Teilverfügung vom 22. Januar 2015 beide vormaligen Gesellschaften, während nur noch die (fusionierte) Beschwerdeführerin Verfügungsadressatin der Teilverfügung vom 6. April 2020 ist. Die vorliegende Angelegenheit betrifft indes nach wie vor das Tarifprüfungsverfahren bezüglich die Geschäftsjahre 2009 und 2010 der A. AG und A. Schweiz AG. Umstritten und zu prüfen ist, ob die Energieportfolios beider damaligen Gesellschaften bei der Anwendung der Durchschnittspreis-Methode zu berücksichtigen sind.

6.1 Nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen sind die Vorgängergesellschaften der A. AG als reine Produktions- und Handelsunternehmen gegründet worden und deren sogenannte Handelskraftwerke haben nicht der Versorgung gedient. Die A. AG hat ihre unternehmerische Ausrichtung in der Folge beibehalten. Im Gegensatz dazu sind die Vorgängergesellschaften der A. Schweiz AG seit jeher vorwiegend in der Grundversorgung tätig. Deren Produktionsanlagen sind als sogenannte Versorgungskraftwerke zur Versorgung

BGE 149 II 187 S. 198

der Gemeinden in den jeweiligen Netzgebieten gebaut worden und werden auch heute noch für die Grundversorgung verwendet. Die Vorinstanz hält weiter unbestritten fest, dass die A.-Gruppe - trotz der historisch gewachsenen unterschiedlichen Tätigkeitsfelder der A. AG und der A. Schweiz AG respektive deren Vorgängergesellschaften - bereits vor ihrer Fusion am 26. Mai 2015 wirtschaftlich eng miteinander verbunden gewesen ist. Insbesondere hat die A.-Gruppe in den Geschäftsjahren 2009 und 2010 von sich aus bereits einen einheitlichen Tarif auf alle Netzgebiete der einzelnen Gesellschaften angewendet.

6.2 Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, dass ein Durchgriff durch die rechtlich selbständigen Gesellschaften bei der Berechnung des Durchschnittspreises nicht zulässig sei. Die Vorinstanz lasse im angefochtenen Urteil A-1344/2015 in rechtswidriger Weise die gesellschaftsrechtliche Struktur der Unternehmensgruppe ausser Acht. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin richtet sich Art. 6 Abs. 5 StromVG nur an die Verteilnetzbetreiberinnen, nicht aber an Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Stromproduzenten oder Stromhändler. Es entspreche daher nicht dem Gesetz, wenn das Produktions- und Handelsportfolio einer Gesellschaft berücksichtigt werde, welche keine Verteilnetzbetreiberin sei. Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen seien nach Art. 10 Abs. 3 StromVG verpflichtet, die Verteilnetzbereiche mindestens buchhalterisch von den übrigen Tätigkeitsbereichen zu entflechten. Vor der Fusion sei nur die A. Schweiz AG als Verteilnetzbetreiberin tätig gewesen, während die A. AG Strom produziert und gehandelt habe. Folglich liege nicht nur eine buchhalterische, sondern sogar eine gesellschaftsrechtliche Entflechtung vor. Das Produktions- und Handelsportfolio der A. AG sei für das Energieportfolio und den zu ermittelnden Durchschnittspreis daher nicht beachtlich.

6.3 Die Vorinstanz erwägt, nur durch Auslegung von Art. 6 Abs. 5 StromVG könne ermittelt werden, ob die gesellschaftsrechtliche Struktur bei der anteilmässigen Weitergabe von Preisvorteilen an die festen Endverbraucher zu beachten sei. Sie gelangt zum Resultat, dass der Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 StromVG kein eindeutiges Ergebnis zutage fördere. Die historische und teleologische Auslegung sprächen jedoch für die Berücksichtigung der gesamten Unternehmensgruppe. Würde die gesellschaftsrechtliche Struktur einer wirtschaftlich eng verflochtenen Unternehmensgruppe ausnahmslos

beachtet, sei nicht ohne Weiteres gewährleistet, dass die festen Endverbraucher anteilmässig von den Preisvorteilen profitieren könnten. Vorliegend sei in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass die beiden Gesellschaften die Grundversorgung in den Tarifjahren 2009 und 2010 gemeinsam wahrgenommen hätten. Die ElCom trage den tatsächlich gelebten wirtschaftlichen Verhältnissen der A. Gruppe Rechnung. Die Unternehmensverflechtung innerhalb der Gruppe sei bereits vor der Fusion äusserst eng gewesen. Dieser Umstand reiche aus, um die Durchschnittspreis-Methode unabhängig von der juristischen Selbständigkeit der A. AG und der A. Schweiz AG anzuwenden.

6.4 Die ElCom legt in ihrer Vernehmlassung dar, die Beschwerdeführerin veräussere aus gesamtunternehmerischen Gründen das gesamte Produktionsportfolio (Eigenproduktion, Beteiligungen und Langfristverträge) über den Handel am Markt. Die Energie für den Vertrieb in der Schweiz (Grundversorgung, Marktkunden, Weiterverteiler) werde daraufhin wieder am Markt beschafft (effektive Beschaffungsmethodik). Ein Teil der Energie werde hierbei langfristig über den Terminmarkt und ein Teil kurzfristig über den schweizerischen Spotmarkt besorgt (optimierte Beschaffung). Da, so die ElCom weiter, diese Beschaffungsstrategie nach den Angaben der Beschwerdeführerin für das Gesamtportfolio Anwendung finde, liessen sich die effektiven Beschaffungskosten für die Grundversorgung nicht ausweisen. Die Beschwerdeführerin räume denn auch ein, dass die A. AG und die A. Schweiz AG bereits vor der Fusion bis zu einem gewissen Grad wirtschaftlich verbunden gewesen seien und von sich aus eine einheitliche Tarifierung für alle Netzgebiete und unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Struktur vorgenommen hätten.

6.5 Die Frage, inwieweit die gesellschaftsrechtliche Struktur einer Unternehmensgruppe bei der Anwendung der Durchschnittspreis-Methode zu beachten ist, hatte das Bundesgericht bisher nicht zu beantworten. Die Angelegenheit, die in BGE 142 II 451 zu beurteilen war, betraf keine Unternehmensgruppe, sondern primär die Frage, wie die Beschaffungskosten einer einzelnen Gesellschaft "anteilmässig" im Sinne von Art. 6 Abs. 5 StromVG auf die festen Endverbraucher und freien Kunden zu verlegen sind (vgl. BGE 142 II 451 E. 5.2). Im Folgenden ist zu beurteilen, wie sich die (vormalige) gesellschaftsrechtliche Struktur der Beschwerdeführerin in den Geschäftsjahren 2009 und 2010 auf die Anwendung der Durchschnittspreis-Methode auswirkt.

6.5.1 Zunächst ist der vorinstanzlichen Auffassung folgend festzuhalten, dass sich aus der Auslegung von Art. 6 Abs. 5 StromVG keine Hinweise zur Frage ergeben, ob die gesellschaftsrechtliche Struktur innerhalb einer Unternehmensgruppe bei der Tarifgestaltung im Sinne von Art. 6 StromVG zwingend zu berücksichtigen ist (zu den Auslegungsregeln vgl. BGE 145 II 270 E. 4.1; BGE 142 V 442 E. 5.1). Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 StromVG verlangt zwar, dass die Betreiber der Verteilnetze verpflichtet sind, Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs anteilmässig an die festen Endverbraucher weiterzugeben. Normadressatinnen sind somit die Verteilnetzbetreiberinnen. Ob damit jedoch lediglich die (juristische) Person, die ein Verteilnetz betreibt, erfasst werden soll, oder die Unternehmensgruppe, zu der diese gehört, als Ganzes, ist dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 StromVG nicht zu entnehmen. Somit ist in grammatikalischer Hinsicht jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Verteilnetzbetreiberin - verstanden als eine Unternehmensgruppe - einen Preisvorteil, der bei ihr aufgrund des freien Netzzugangs einer Gruppengesellschaft entstanden ist, an die festen Endkunden weiterzugeben hat.

6.5.2 Dies entspricht im Weiteren dem Sinn und Zweck der Bestimmung: Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten nicht nur die festen Endverbraucher oder die freien Kunden von den Preisvorteilen aufgrund des Netzzugangs profitieren, sondern beide Gruppen anteilmässig (vgl. BGE 142 II 451 E. 5.2.4; zu den Gruppen von Endverbrauchern vgl. auch E. 3.1 hiervor). Es entspricht nicht der angestrebten Konzeption von Art. 6 Abs. 5 StromVG, dass eine Unternehmensgruppe durch die gesellschaftsrechtliche Struktur beeinflussen kann, in welcher Gruppengesellschaft ein Preisvorteil entsteht, damit die Verteilnetzbetreiberin als eine dieser Gruppengesellschaften diesen Vorteil nicht weiterzugeben hätte.

6.5.3 Alsdann führen die Tarifgestaltung nach Art. 6 StromVG und ihre Überprüfung durch die ElCom gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. b StromVG vorliegend weder formell noch faktisch zu einem "Durchgriff durch rechtlich selbständige Gesellschaften", wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht (zum Rechtsinstitut des Durchgriffs vgl. BGE 144 III 541 E. 8.3; BGE 132 III 489 E. 3.2). Es ist unbestritten, dass die A.-Gruppe das gesamte Produktionsportfolio (Eigenproduktion, Beteiligungen und Langfristverträge) zuerst über den Handel am Markt veräussert. Die Energie für die Grundversorgung wird daraufhin wieder am Termin- und Spotmarkt beschafft. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich selbst geltend, die effektiven

BGE 149 II 187 S. 201

Beschaffungskosten für die Grundversorgung in den Tarifjahren 2009 und 2010 liesse sich lediglich anteilig ausweisen. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, worin ein Durchgriff zu erkennen sein sollte.

6.5.4 Die Beschwerdeführerin beanstandet ferner, dass die Vorinstanz die A.-Gruppe als integriertes Elektrizitätsversorgungsunternehmen handle, und glaubt in der Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Struktur einen systematischen Widerspruch zwischen Art. 6 Abs. 5 StromVG und Art. 10 Abs. 3 StromVG zu erkennen (vgl. auch E. 6.2 hiervor).

6.5.4.1 Die Beschwerdeführerin lässt ausser Acht, dass Art. 10 Abs. 3 StromVG lediglich vorgibt, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Verteilnetzbereiche mindestens buchhalterisch von den übrigen Tätigkeitsbereichen entflechten müssen. Diese Vorgabe steht vor dem Hintergrund, dass Quersubventionierungen zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Tätigkeitsbereichen gemäss Art. 10 Abs. 1 StromVG untersagt sind. Die Entflechtung im Sinne von Art. 10 StromVG zielt darauf ab, dass die Berechnungsgrundlagen des Tarifbestandteils der Netznutzung (Netznutzungstarif) und der Energielieferung (Energietarif) nicht vermengt werden (vgl. Art. 6 Abs. 3 StromVG, wonach die Elektrizitätstarife aufgeschlüsselt nach Netznutzung, Energielieferung, Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen zu veröffentlichen sind; vgl. auch ORELLI/THOMANN, in: Kommentar zum Energierecht, Bd. I, Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse [Hrsg.], 2016, N. 5 zu Art. 10 StromVG). Es soll verhindert werden, dass die sich aus dem Netzbetrieb ergebende Marktmacht in den vor- und nachgelagerten Märkten der Erzeugung, des Handels oder der Versorgung missbraucht wird (vgl. Botschaft vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2005 1611 ff. [nachfolgend: Botschaft StromVG], 1648).

6.5.4.2 Hingegen regelt Art. 10 StromVG nicht, wie die Tarife auszugestalten sind. Die Festlegung des Tarifbestandteils der Netznutzung ist in Art. 14 f. StromVG geregelt (vgl. Art. 6 Abs. 4 Satz 1 StromVG), während Art. 6 Abs. 4 Satz 2 StromVG für den Tarifbestandteil der Energielieferung verlangt, dass der Netzbetreiber eine Kostenträgerrechnung führt. "Die Verpflichtung, für den Anteil Energie eine separate Kostenträgerrechnung zu führen, schafft Transparenz [...]. Damit können die Endverteiler im Bedarfsfall nachweisen, dass die Energietarife auf den tatsächlichen Kosten basieren und

die Preisvorteile an die Haushalte weitergegeben wurden" (Botschaft StromVG, a.a.O., 1645 f.; vgl. auch BGE 142 II 451 E. 5.2.3). Wie die Preisvorteile im Energietarif weiterzugeben sind - nämlich anteilmässig -, regelt Art. 6 Abs. 5 StromVG.

6.5.4.3 Daraus ergibt sich, dass Art. 6 Abs. 5 StromVG und Art. 10 Abs. 3 StromVG einen inhaltlich und in systematischer Hinsicht unterschiedlichen Regelungsgehalt haben: Während Art. 6 Abs. 5 StromVG die Gestaltung des Tarifbestandteils der Energielieferung (Energietarif) beeinflusst, ist Art. 10 Abs. 3 StromVG für die Frage der buchhalterischen Entflechtung massgebend. Es liegt kein Widerspruch zwischen den beiden Bestimmungen vor. Vor diesem Hintergrund kann dahingestellt bleiben, ob die gesellschaftsrechtliche Entflechtung, wie sie die Beschwerdeführerin dartut, den Vorgaben zur buchhalterischen Entflechtung gemäss Art. 10 Abs. 3 StromVG entspricht.

6.6 Im Lichte des Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die gesellschaftsrechtliche Struktur bei der Anwendung der Durchschnittspreis-Methode nicht im Sinne der Beschwerdeführerin beachtet und zum Schluss kommt, die EICom trage den tatsächlich gelebten wirtschaftlichen Verhältnissen der A.-Gruppe Rechnung. Die EICom darf zur Bestimmung der anrechenbaren Energiekosten die Energieportfolios beider Gesellschaften berücksichtigen. Art. 6 Abs. 5 StromVG ist diesbezüglich nicht verletzt und die Methode der EICom führt nicht dazu, dass die Tarife unangemessen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG wären.

7. Im Weiteren beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz die Ansicht der EICom bestätige, wonach das gesamte Energieportfolio der Beschwerdeführerin und nicht nur diejenige Energiemengen, die für die Versorgung der freien sowie der gebundenen Endverbraucher erzeugt oder beschafft würden, zur Berechnung des Durchschnittspreises herangezogen werde. Die Berücksichtigung des Energieportfolios im gesamten Umfang verletze ebenfalls Art. 6 Abs. 5 (Satz 1) StromVG.

7.1 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass nur die für die Versorgung nötigen Energiemengen in die Durchschnittspreis-Methode einzubeziehen seien. Das angefochtene Urteil A-1344/2015 beziehe stattdessen in Verletzung von Bundesrecht alle in der A.-Gruppe unter irgendeinem Titel bewirtschafteten Energiemengen in die Berechnungsmethode mit ein. Die Pflicht zur Weitergabe von

Preisvorteilen richte sich lediglich an die Betreiberin eines Verteilnetzes, die freie und gebundene Endverbraucher versorge. Das massgebende Energieportfolio müsse deshalb einen Bezug zur Beschaffung von Energie am freien Markt zwecks Versorgung von freien und gebundenen Endverbrauchern haben. Gerade die am Markt gehandelten Energiemengen könnten die produzierten und verbrauchten Energiemengen um ein Vielfaches übersteigen. Es sei deshalb zwischen Versorgungskraftwerken nach Art. 6 Abs. 1 StromVG und Handelskraftwerken nach Art. 10 Abs. 3 StromVG zu unterscheiden. Mit Blick auf die Grundversorgung müsse die Beschaffungsmenge denn auch der Absatzmenge entsprechen. Mit dem Einbezug des gesamten Energieportfolios aus der A.-Gruppe in die Durchschnittspreis-Methode, so die Beschwerdeführerin weiter, übersteige die für die Kostenermittlung relevante Energiemenge diejenige des Gesamtabsatzes. Im Geschäftsjahr 2009 habe das gesamte Beschaffungsportfolio 2'381 GWh, der Absatz in der Grundversorgung jedoch nur 441 GWh betragen. Auch im Geschäftsjahr 2010 habe das gesamte Beschaffungsportfolio den Absatz in der Grundversorgung um mehr als das Fünffache überstiegen.

7.2 Die Vorinstanz erwägt, aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 6 Abs. 5 StromVG oder den Materialien lasse sich nicht entnehmen, in welchem Umfang das Energieportfolio einer Verteilnetzbetreiberin zu berücksichtigen sei. Der Sinn und Zweck von Art. 6 Abs. 5 StromVG spreche für einen weiten Anwendungsbereich der Norm. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung beschränke sich die Anwendung nicht auf endversorgungsspezifische Beschaffungsquellen nach dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes am 1. Januar 2008. Richtigerweise sei grundsätzlich das gesamte Energieportfolio, welches ebenfalls die Beschaffung für Weiterverteiler oder die übrigen Handelsaktivitäten beinhalte, vom Anwendungsbereich der Bestimmung erfasst. Im Übrigen, so die Vorinstanz weiter, hätten auch in der Angelegenheit, die in BGE 142 II 451 zu beurteilen gewesen sei, die Energiebezüge die Käufe für Weiterverteiler oder sonstige Handelsaktivitäten umfasst. Wie sich anhand der dort für die Berechnung des Durchschnittspreises berücksichtigten Energiemengen zeige, hätten die Energiemengen ebenfalls den Absatz in der Grundversorgung um ein Vielfaches überschritten.

7.3 Die ElCom vertritt die Auffassung, dass sich aus Art. 6 Abs. 5 StromVG nicht entnehmen lasse, dass im Energieportfolio nur direkte

#### BGE 149 II 187 S. 204

Lieferungen an die Endverbraucher in der Schweiz zu berücksichtigen wären. Vielmehr seien die aufgrund des unbeschränkten Marktzugangs am freien Markt erzielten Preisvorteile ("Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs") durch die Verteilnetzbetreiberinnen anteilmässig weiterzugeben. Die einzige Einschränkung der Norm bestehe darin, dass sich die Preisvorteile aus dem freien Netzzugang ergeben müssten. Dementsprechend berücksichtige die ElCom für die Ermittlung des Durchschnittspreises sämtliche inländischen Kraftwerke und Beteiligungen an Produktionseinheiten sowie jene ausländischen Kraftwerke und Beteiligungen an Produktionseinheiten, die der Versorgung der Endverbraucher in der Schweiz dienen. Hinzu kämen die langfristigen Energiebezugsverträge mit Lieferort Schweiz sowie die Käufe am Markt mit Bezug zum Territorium der Schweiz. Absicherungsgeschäfte (sogenannte Hedging-Verträge) würden in die Durchschnittspreis-Methode eingerechnet, soweit sie ebenso einen Bezug zum Territorium der Schweiz hätten.

#### 7.4 In BGE

142 II 451 hielt das Bundesgericht fest, dass nicht nur die festen Endverbraucher, aber auch nicht nur die freien Kunden von den Preisvorteilen aufgrund des Netzzugangs profitieren sollten, sondern beide Gruppen anteilmässig (vgl. BGE 142 II 451 E. 5.2.4). Wie bereits dargelegt, wird die gesetzlich geforderte, anteilmässige Weitergabe von Preisvorteilen durch die Durchschnittspreis-Methode der ElCom gewährleistet (vgl. E. 5 und 6.6 hiervor; vgl. auch SPIELMANN, a.a.O., N. 6 zu Art. 6 Abs. 5 und Abs. 5bis StromVG). Unter den Verfahrensbeteiligten umstritten und nachfolgend zu bestimmen ist, welche Preisvorteile in die Ermittlung des Durchschnittspreises einfließen müssen. Es stellt sich folglich die Frage nach dem für die Berechnung des Durchschnittspreises massgebenden Energieportfolio, aus dem sich die anrechenbaren Kosten (und Preisvorteile) ergeben.

7.4.1 Aus der grammatikalischen Auslegung von Art. 6 Abs. 5 StromVG lässt sich lediglich erkennen, dass die Preisvorteile im Zusammenhang mit dem freien Netzzugang stehen müssen ("libre accès au réseau"; libero accesso alla rete"; zu den Auslegungsregeln vgl. BGE 145 II 270 E. 4.1; BGE 142 V 442 E. 5.1). Darüber hinaus sind aus dem Wortlaut keine weiteren Einschränkungen ersichtlich. In der Botschaft wird jedoch ausgeführt, dass die "Betreiber der Verteilnetze [...] bereits bei Inkrafttreten des Gesetzes unbeschränkten Marktzugang [haben]. Dies ermöglicht ihnen, sich [...] am Markt mit der preisgünstigsten Energie einzudecken. Absatz 4 [der dem heutigen

Absatz 5 entspricht] verpflichtet diese Netzbetreiber, ihre am freien Markt erzielten Preisvorteile an die Haushalte weiterzugeben" (Botschaft StromVG, a.a.O., 1645 f.; vgl. auch BGE 142 II 451 E. 5.2.4 mit weiteren Ausführungen). Dass der Gesetzgeber den Umfang der am freien Markt erzielten Preisvorteile, die anteilmässig weitergegeben werden müssen, hätte beschränken wollen, ergibt sich aus der historischen Auslegung von Art. 6 Abs. 5 StromVG nicht. Insbesondere ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht zu erkennen, dass die Preisvorteile bloss anteilmässig weiterzugeben seien, wenn sie aus dem Energieportfolio resultierten, das der Versorgung der festen und freien Endverbraucher diene. Die direkte Zuordnung von Einzelkosten in das Energieportfolio, das der Versorgung der festen und freien Endverbraucher dient, steht vielmehr im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 5 StromVG. Werden Einzelkosten direkt zugeordnet, verhindert dies die von Art. 6 Abs. 5 StromVG geforderte, anteilmässige Weitergabe der in diesen Einzelkosten (potenziell) enthaltenen Preisvorteile. Der Sinn und Zweck der Bestimmung schliesst daher eine direkte Zuordnung von Einzelkosten geradezu aus (vgl. BGE 142 II 451 E. 5.2.2 und E. 5.2.6). Deshalb sind nach dem Willen des Gesetzgebers sämtliche am freien Markt erzielten Preisvorteile anteilmässig weiterzugeben. Auch wenn in der Grundversorgung nicht der Marktpreis gilt, soll "nach dem klaren Willen des Gesetzes ein Marktanteil in die Tarife der festen Endverbraucher einfließen" (BGE 142 II 451 E. 5.2.4 i.f.).

7.4.2 Das Auslegungsergebnis steht damit dem Vorgehen der Beschwerdeführerin entgegen, die ihr Energieportfolio zunächst in Versorgungs- und Handelskraftwerke unterteilt. Nur die Energiemengen aus den Versorgungskraftwerken zieht die Beschwerdeführerin sodann zur Ermittlung des Durchschnittspreises in der Grundversorgung mit ein, während sie die Energiemengen aus den Handelskraftwerken nicht berücksichtigt. Für ein solches Vorgehen lässt Art. 6 Abs. 5 StromVG keinen Raum: Zwar sind die Verteilnetzbetreiberinnen in der Art und Weise der Beschaffung der Energie für die Grundversorgung frei (vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG). Beschafft eine Verteilnetzbetreiberin Energie am freien Markt und ergeben sich daraus (gegenüber der Eigenproduktion) Preisvorteile, sind diese aber zwingend anteilmässig weiterzugeben. Art. 6 Abs. 5 StromVG räumt den Verteilnetzbetreiberinnen kein Ermessen bei der Frage ein, welche Preisvorteile sie weitergeben. Deshalb steht die von der Beschwerdeführerin eigens vorgenommene Zuordnung ihrer

Beschaffungsquellen zur Grundversorgung oder zum Handel der gesetzlichen Vorgabe entgegen. Soweit die Beschwerdeführerin überdies vorbringt, die Regelung in Art. 10 Abs. 3 StromVG zur buchhalterischen Entflechtung verlange nach einer separaten Behandlung von Handelskraftwerken, ist ihr nicht zu folgen. Dass Art. 10 Abs. 3 StromVG für die Frage der Tarifgestaltung nicht einschlägig ist, wurde bereits erläutert (vgl. E. 6.5.4 hiervor).

7.4.3 An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Aufteilung des Energieportfolios der A.-Gruppe in sogenannte Versorgungs- und Handelskraftwerke historisch gewachsen sowie über lange Zeit unverändert geblieben ist (vgl. E. 6.1 hiervor) und insofern kein missbräuchliches Vorgehen bei der Zuordnung der Energiemengen zur Grundversorgung oder zum Handel vorliegt. Mit Inkrafttreten von Art. 6 Abs. 5 StromVG am 1. Januar 2008 (vgl. AS 2007 6827) ist eine solche Aufteilung, jedenfalls für die Frage, ob Preisvorteile aufgrund des freien Netzzugangs vorliegen und anteilmässig weiterzugeben sind, nicht mehr massgebend. Gleiches gilt für den Hinweis der Beschwerdeführerin, wonach mit dem Einbezug des gesamten Energieportfolios aus der A.-Gruppe in die Durchschnittspreis-Methode die für die Kostenermittlung relevante

Energiemenge diejenige des Gesamtabsatzes übersteige. Würde aus dem gesamten Beschaffungsportfolio nur jener Anteil berücksichtigt, der dem Absatz an die (gebundenen und freien) Endverbraucher zukommt, könnte die Verteilnetzbetreiberin nach erfolgter Beschaffung im Nachhinein bestimmen, welche Energiemengen sie als anrechenbare Ist-Kosten dem Endverbrauch zuweist. Eine direkte Zuordnung von Einzelkosten ist aufgrund der gesetzlichen Vorgabe, dass Preisvorteile anteilmässig weiterzugeben sind, aber ausgeschlossen (vgl. BGE 142 II 451 E. 5.2.6; vgl. dazu insb. E. 7.4.1 hiervor).

7.4.4 Die Beschwerdeführerin bringt ausserdem vor, die Beschaffungsquellen einer Verteilnetzbetreiberin, die bereits vor dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes bestanden hätten, hätten nichts mit dem ab 1. Januar 2008 geschaffenen freien Netzzugang zu tun. Deshalb seien nur Preisvorteile weiterzugeben, die ab dem 1. Januar 2008 entstanden seien. Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen. Wie bereits dargelegt, ist der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 5 StromVG nur dahingehend beschränkt, dass sich die Preisvorteile aus dem freien Netzzugang ergeben müssen - d.h. durch die Beschaffung am freien Markt realisiert werden. Die anteilmässig weiterzugebenden Preisvorteile sind indes weder in sachlicher Hinsicht (Art

BGE 149 II 187 S. 207

der Beschaffungsquelle; vgl. E. 7.4.1-7.4.3 hiervor) noch in zeitlicher Hinsicht beschränkt. Das Inkrafttreten der Bestimmung am 1. Januar 2008 (vgl. AS 2007 6827) hat in zeitlicher Hinsicht lediglich einen Einfluss auf das Tarifjahr, ab welchem die Preisvorteile nach der Vorgabe von Art. 6 Abs. 5 StromVG anteilmässig weiterzugeben sind (vgl. auch E. 4.4.2 f. hiervor). Es bestehen folglich keine Gründe, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits existierenden Beschaffungsquellen beim massgebenden Energieportfolio, aus welchem der Durchschnittspreis ermittelt wird, ausser Acht zu lassen.

7.4.5 Im Übrigen geht auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin fehl, wonach eine extensive Anwendung von Art. 6 Abs. 5 StromVG zu einer Strommangellage führe, da sich die Investitionen aufgrund einer solchen Regulierung nicht mehr rechnen würden. Die Beschwerdeführerin lässt ausser Acht, dass die als zulässig beurteilte Durchschnittspreis-Methode auch die anteilmässige Weitergabe von am freien Markt realisierten Preisnachteilen zulässt, wobei die ElCom die geltend gemachten Preise für zugekaufte Energie kritisch zu hinterfragen hat, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass diese missbräuchlich hoch eingesetzt werden (vgl. BGE 142 II 451 E. 5.2.8).

7.5 Nach dem Dargelegten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zur Ermittlung des Durchschnittspreises das Energieportfolio der Beschwerdeführerin nicht auf die endversorgungsspezifischen Beschaffungsquellen nach dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes am 1. Januar 2008 beschränkt hat. Das Vorgehen der ElCom, wonach sie sämtliche inländischen Kraftwerke und Beteiligungen an Produktionseinheiten sowie jene ausländischen Kraftwerke und Beteiligungen an Produktionseinheiten, die der Versorgung der Endverbraucher in der Schweiz dienen, die langfristigen Energiebezugsverträge mit Lieferort Schweiz sowie die Käufe am Markt und Absicherungsgeschäfte mit Bezug zum Territorium der Schweiz im Rahmen der Durchschnittspreis-Methode berücksichtigt, ist jedenfalls mit Blick auf die vorliegende Angelegenheit zu bestätigen. Art. 6 Abs. 5 StromVG ist diesbezüglich nicht verletzt und die Methode der ElCom führt nicht dazu, dass die Tarife unangemessen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG wären. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin zur konkreten Tarifberechnung für die Geschäftsjahre 2009 und 2010 einzugehen.

8. Im Lichte des Gesagten stösst die Beschwerdeführerin ferner mit ihrer Rüge der Verletzung der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV

sowie der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV ins Leere. Soweit die Tarifregulierung in der Grundversorgung in den Schutzbereich der beiden Grundrechte eingreift, wäre ein solcher Eingriff gerechtfertigt. Art. 6 Abs. 5 StromVG bildet die formell-gesetzliche Grundlage für die Pflicht, Preisvorteile aufgrund des freien Netzzugangs anteilmässig weiterzugeben (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV). Die gesetzlich verankerte Regulierung liegt im öffentlichen Interesse, wonach den Endverbrauchern in der Grundversorgung ein Anteil an den Preisvorteilen des freien Netzzugangs zu gewähren ist (vgl. Art. 36 Abs. 2 BV; vgl. auch BGE 142 II 451 E. 5.2.6). Die Art der Regulierung ist überdies verhältnismässig, zumal die Verteilnetzbetreiberinnen in der Art und Weise der Beschaffung der Energie für die Grundversorgung weiterhin frei sind (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV; vgl. auch E. 7.4.2 hiervor). Mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit läge im Übrigen ein grundsatzkonformer Eingriff vor (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV), zumal das Stromversorgungsgesetz die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt schafft (vgl. Art. 1 Abs. 1 StromVG). Insoweit die Beschwerdeführerin im Weiteren eine Ungleichbehandlung direkter Konkurrentinnen und Konkurrenten sieht, zeigt sie nicht in der hierfür erforderlichen Weise auf, dass bei ihren Konkurrentinnen und Konkurrenten vergleichbare tatsächliche Verhältnisse vorliegen würden (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 144 I 113 E. 5.1.1; vgl. auch Urteil 2C\_506/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1).