

Ein Kunstflug durch das Recht und die Governance

Herausgegeben von

Thomas Geiser
Martin Hilb
Kurt Pärli
Manuel Stengel
Andreas Wittmer

Festschrift
zum 65. Geburtstag
von Roland Müller



Ein Kunstflug durch das Recht und die Governance

Festschrift
zum 65. Geburtstag
von Roland Müller

Herausgegeben von

Thomas Geiser

Prof. Dr. iur. Dr. h.c.

Martin Hilb

Prof. Dr. oec.

Kurt Pärli

Prof. Dr. iur.

Manuel Stengel

Dr. iur. HSG, Rechtsanwalt und Notar

Andreas Wittmer

Dr. oec. HSG

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2021 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-278-1

www.dike.ch



Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
 <i>Thomas Geiser</i>	
Absagen von Kulturveranstaltung wegen Unvorhergesehenem Stellung der mitwirkenden Künstler	1
 <i>Kurt Pärli</i>	
Anwendung der Regelungen zum Personalverleih bei «Über Eats»	17
 <i>Christoph Reusser / Roger Rudolph</i>	
So nicht! Das Bundesgericht setzt der Zürcher Verwaltungsgerichtspraxis zur Evidenztheorie in personalrechtlichen Kündigungsstreitigkeiten Grenzen	35
 <i>Luca Cirigliano / Jens Niemeyer</i>	
Datenschutz und Überwachung im Homeoffice Zu den rechtlichen Grenzen der technischen Möglichkeiten	51
 <i>Adrian von Kaenel</i>	
Die fristlose Kündigung von Gesamtarbeitsverträgen	79
 <i>Roland A. Müller / Oliver Schmid</i>	
Durchsetzung betrieblicher Mitwirkungsrechte	95
 <i>Günther Löschnigg</i>	
Partizipation im österreichischen Arbeits- und Sozialrecht	107
 <i>Daniela Schüpbach</i>	
Erleichterungen in der Instandhaltung für die General Aviation Neuerungen im Bereich Instandhaltung und Aufrechterhaltung der Lufttüchtigkeit (Teil-ML und Teil-CAO der VO (EU) Nr. 1321/2014)	119
 <i>Regula Dettling-Ott</i>	
Der Marktzugang zwischen der Schweiz und der EU und dem Vereinigten Königreich und der EU nach dem Brexit – Ein Vergleich Das bilaterale Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU (2002) und das Trade und Cooperation Agreement zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU (2020)	133

Andreas Wittmer

Systemrelevanz der Schweizer Luftfahrt	145
--	-----

Marcel Lötscher

Schutz vor Trojanischen Pferden im Fondsgeschäft	
Governance-Analyse zur Vermeidung von Regelverstössen beim Beizug eines Dritten (Anlageberater oder Beirat) im liechtensteinischen Wertpapierrecht	153

Thomas Bauer

Governance-Aufsicht durch die Finma	
Einordnung und Grundzüge	171

Adrian Plüss

Mantelgesellschaften und die Gesetzesvorlage zur Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses	183
---	-----

Karl Frauendorfer

Teilliberalisierung Marktgebiet Schweiz – gefangen in der Unvollständigkeit	199
---	-----

Michael Hilb

Agile Governance – Wunsch, Wirklichkeit und Wirkungsansätze	
Gedanken zur Stärkung der Vereinbarkeit von agilen Führungsgrundsätzen mit den Prinzipien effektiver Corporate Governance	217

Martin Hilb

Cooperative Governance als Wettbewerbsvorteil	
Von der Verwaltung zum Gestaltungs- und Controlling-Team in Genossenschaften	229

Teilliberalisierung Marktgebiet Schweiz – gefangen in der Unvollständigkeit

Karl Frauendorfer*

Inhaltsübersicht

I.	Ausgangslage und Zielsetzung	199
II.	Sensibilisierung: Rahmenbedingungen der ElCom	201
III.	Die Unvollständigkeit des Strommarkts	202
IV.	Entwicklung der Rechtslage für die Tarife der Energiepreise	204
1.	Beschwerdeverfahren i.S. CKW	206
a)	Variante A: Sicht CKW (Verfügung 211-00033, 20. August 2020, Rz. 145–155)	207
b)	Variante B: Sicht ElCom (Verfügung 211-00033, 20. August 2020, Rz. 156–160)	208
c)	Interpretation (Verfügung 211-00033, 20. August 2020, Rz. 151–169)	209
2.	Beschwerdeverfahren i.S. Repower	209
V.	Interne Kontrolle der Handelsgeschäfte	211
VI.	Zusammenfassende Schlussfolgerungen	215

I. Ausgangslage und Zielsetzung

Im Jahr 2000 begann die Liberalisierung im europäischen Strommarkt. Der Schweizer Gesetzgeber entschied sich aufgrund politischer Abwägungen für eine Teilliberalisierung im Schweizer Strommarkt. Diese stützt sich auf das Bundesgesetz über die Stromversorgung (Strom VG) und auf die Stromversorgungsverordnung (StromVV). Die Intention des Gesetzgebers war, *Endkunden in der Grundversorgung* mit weniger als 100'000 kWh vor steigenden Marktpreisen zu schützen. Jenen Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100'000 kWh wird eine Art Wahlrecht gewährt, den *freien Netzzugang* zu wählen und somit in den *freien Markt* zu wechseln.

In der Grundversorgung sind die Verteilnetzbetreiber für die Stromlieferung zuständig. Im freien Markt stehen die Verteilnetzbetreiber im Wettbewerb mit Produzenten und

* Prof. Dr. Karl Frauendorfer, Ordinarius für Operations Research, Geschäftsführender Direktor des ior/cf-HSG.

Stromhändlern. Die Strompreise für Endkunden im freien Markt richten sich nach Marktpreisen, im Gegensatz zu *regulierten Strompreisen* für die Endkunden in der Grundversorgung.

Als direkte Folge werden im Schweizer Strommarkt mit Beginn der Teilliberalisierung im Jahr 2009 drei Arten von Endkunden unterschieden: *gebundene Endkunden*, *Endkunden mit Verzicht auf freien Netzzugang* und *Endkunden im freien Markt*. Dies lässt bereits erahnen, dass für die verschiedenen Marktakteure grosse Herausforderungen mit der Teilliberalisierung einhergehen, zumal nebst einer gesetzeskonformen Bestimmung der Tarife für Stromlieferungen sowohl eine Gleichbehandlung unter den Verteilnetzbetreibern sowie den verschiedenen Endkunden gewährleistet werden sollte. Ebenso sind Quersubventionierungen untersagt.

Die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) ist als unabhängige staatliche Regulierungsbehörde zuständig für die Überwachung der regulierten Bereiche (Stromnetze, Elektrizitätstarife in der Grundversorgung) sowie für die Überwachung des Wettbewerbs im schweizerischen Strommarkt¹. Die ElCom trifft Entscheide, erlässt Verfügungen und Weisungen, die für den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind.

Diese Arbeit zieht ausgewählte Verfügungen der ElCom heran, die Eingriffe in die Festsetzung der Tarifkomponenten für Energielieferungen in die Grundversorgung dokumentieren, zu Beschwerdeverfahren führten und in Folge mit Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts abgeschlossen wurden. Die wesentlichen Argumente im Schriftenwechsel der Parteien entnehmen wir aus den Verfügungen der ElCom² per Ende 2020 sowie den Erwägungen in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und Bundesgerichts³. Die angefochtenen Verfügungen betreffen Prüfung und Festsetzung der regulierten Tarife für Energielieferungen zweier grosser Verteilnetzbetreiber in den Geschäftsjahren 2009–2012 und sind auf der öffentlich zugängigen Homepage der ElCom per Ende 2020 als «noch nicht rechtskräftig» oder als «teilweise gutgeheissen durch Urteil des Bundesgerichts» geführt. Erwägungen und Entscheide lassen in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts erkennen, dass bei grossen Verteilnetzbetreibern mit Eigenproduktion und aktivem Stromhandel Ineffizienzen im Stromhandel bestehen.

Die vorliegende Arbeit setzt sich zum Ziel, anhand der Komplexität einer gesetzeskonformen Festsetzung der Tarife für Energielieferungen in der Grundversorgung den nötigen Handlungsbedarf aufzuzeigen. In diesem Sinne richtet sich diese Arbeit an interne und externe Revisoren, Kontrollorgane, Geschäftsleitung, Verwaltungsräte und den Regulator in der Schweizer Stromwirtschaft. In Abschnitt 2 dokumentieren wir die Rahmenbedingun-

¹ <<https://www.elcom.admin.ch>>, dort unter: Tätigkeitsbericht, 2008, [5f] (22.12.2020).

² <<https://www.elcom.admin.ch/>>, dort unter: Verfügungen (22.12.2020).

³ <<https://www.bvger.ch>>, dort unter: Rechtsprechung (22.12. 2020).

gen, den *status quo*, in dem sich die ElCom mit Blick auf die Umsetzung der Schweizer Stromversorgungsgesetzgebung sieht. Um die Ermessensspielräume und die impliziten Anreizstrukturen in der Gesetzgebung besser zu verstehen, werden in Abschnitt 3 die Unvollständigkeit des Strommarktes und ihre Auswirkungen auf die Stromversorgung reflektiert. Abschnitt 4 dokumentiert kurz anhand zweier repräsentativer Beschwerdeverfahren die Entwicklung der Rechtslage über die Jahre 2009–2020. Anhand der Erwägungen in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts bzw. des Bundesgerichts und dem Branchendokument des Verbands Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) wird der Einfluss des Stromhandel für die Bestimmung der regulierten Energietarife verankert. In Abschnitt 6 werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst.

II. Sensibilisierung: Rahmenbedingungen der ElCom

Die Finanzkrise und der Beginn der Teilliberalisierung im Schweizer Strommarkt liegen zeitlich sehr nahe. In ihrem Tätigkeitsbericht 2009 stellt die ElCom⁴ in Frage, ob «die Aufsicht über die Strombörse den heutigen Anforderungen noch genügt». Weiter hält sie fest, dass Handelsgeschäfte mit Derivaten «mit finanziellen Risiken verbunden sind, welche derzeit weder von der ElCom noch von einem anderen Aufsichtsorgan beaufsichtigt werden». Eine Arbeitstagung zusammen mit der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA), dem Bundesamt für Energie (BFE) und des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) leitete im Jahr 2010 eine Marktbeobachtung ein, um zu prüfen, ob Lücken in der Aufsicht bestehen und um eine Einschätzung der Risiken aus den Energiehandelsaktivitäten zu erhalten.

Diese Prüfung basierte auf Fragen zu möglichen Risiken im Energiehandel, die den Energieversorgungsunternehmen gestellt wurden. Im Bericht⁵ der ElCom wird darauf hingewiesen, dass der grösste Teil des Handelsvolumens bilateral und ausserbörslich – *over the counter* – gehandelt wird und grundsätzlich keiner Aufsicht unterliegt. Weiter hält die ElCom fest: «Trotz Vorbehalten einzelner EVU bezüglich der Zuständigkeit zu einer solchen Marktbeobachtung waren die Unternehmen mehrheitlich kooperativ. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass mehrere Unternehmen das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage für eine solche Marktbeobachtung und die behördlichen Zuständigkeiten in ihren Antworten explizit anzweifeln. Die Unternehmen beantworteten die Auskunftsbegehren trotzdem, behielten sich allerdings eine spätere, formelle Bestreitung der Zuständigkeit der involvierten Behörden vor». Auf Basis der eingegangenen Antworten von neun grösseren Energieversorgungsunternehmen dokumentiert ElCom anhand ausgewähl-

⁴ ElCom: Tätigkeitsbericht 2009, 18 f.

⁵ ElCom: Marktbeobachtung zu Risiken im Energiehandel, 3f (21.2.2012).

ter Risikokenngrößen, mit welchen Methoden die Risiken bewirtschaftet werden, und stellt den erzielten Jahresgewinn in 2009 deutlich tieferen Kreditrisiken gegenüber⁶.

In ihrem Tätigkeitsbericht 2013 führt ElCom⁷ weiter aus, dass Schweizer Marktteilnehmer, die in der EU tätig sind, ihren Meldepflichten an ACER⁸ nachkommen und Insiderinformationen veröffentlichen. «Mit einer entsprechenden Ergänzung der Stromversorgungsverordnung am 30. Januar 2013 konnte rechtzeitig verhindert werden, dass die ElCom gegenüber ACER und den Regulatoren der Mitgliedstaaten in einen Informationsrückstand gerät.» Im ElCom⁹ Tätigkeitsbericht 2014 ist ergänzend zu lesen: «In der Schweiz fehlt demgegenüber weiterhin eine gesetzliche Grundlage für eine umfassende und wirksame Überwachung des Stromgrosshandels. Marktmanipulationen und Insiderhandel sind in der Schweiz im Stromgrosshandel nicht verboten: dies im Gegensatz zum Börsenhandel in der Schweiz oder zum Energiehandel in der EU. Ein vom BFE ausgearbeiteter Entwurf über ein Bundesgesetz über die Integrität und Transparenz des Strom- und Gasgrosshandelsmarkts liegt vor, wurde aber bislang nicht weiter vorangetrieben.»

Basierend auf den Grundlagen des StromVG schaffte ElCom eine eigene Sektion Marktüberwachung, die im Jahr 2017 ihren operativen Betrieb aufgenommen hat.¹⁰ In einem eigenen Bericht¹¹ zur Markttransparenz 2018 hält Elcom fest: «Aufgrund der aktuellen Gesetzeslage erhält die Elcom aber nur Daten, welche Schweizer Marktteilnehmer an ausländischen Behörden rapportieren. Der rein innerschweizerische Handel mit Elektrizität bleibt uns verschlossen. Deshalb kann die ElCom den Schweizerischen Grosshandelsmarkt nicht vollständig überwachen. Zusätzlich fehlen etwaige Sanktionsmöglichkeiten im Falle von Marktmissbrauch und Insiderhandel».

III. Die Unvollständigkeit des Strommarkts

Der Begriff *Unvollständigkeit eines Marktes* stammt aus dem Teilgebiet des Asset Pricing der Finanzmarkttheorie^{12,13}. *Asset* steht hier – im Zusammenhang mit dem Strommarkt – für ein Energiederivat, das nach Fair Value bewertet wird. Im einfachsten Fall repräsentiert ein Energiederivat ein handelbares Standardprodukt an einer Strombörse. In diesem Fall ist

⁶ ElCom: Marktbeobachtung zu Risiken im Energiehandel, 9–20 (21.2.2012).

⁷ ElCom: Tätigkeitsbericht 2013, 36.

⁸ ACER: Agency for the Cooperation of Energy Regulators.

⁹ ElCom: Tätigkeitsbericht 2014, 36.

¹⁰ ElCom: Tätigkeitsbericht 2018, 44–50, 2019, 49–55.

¹¹ ElCom: Markttransparenz 2018 – Bericht der Elcom (Mai 2019), 4.

¹² BJÖRK TOMAS (2009): *Arbitrage Theory in Continuous Time*, 3rd Edition, Oxford.

¹³ COCHRANE JOHN (2005): *Asset Pricing*, Princeton University Press (rev. Edition).

der Fair Value dieses standardisierten Handelsprodukts zu jedem Zeitpunkt durch seinen aktuell beobachtbaren Börsenpreis eindeutig bestimmt, da die Börsenpreise dem sogenannten *law of one price* unterliegen. Repräsentiert ein Energiederivat einen Liefervertrag, der sich als Portfolio handelbarer Standardprodukte darstellen lässt, so ist zu jedem Zeitpunkt der Fair Value dieses Liefervertrags gleich jenem Portfoliowert, der sich aus den aktuell gültigen Börsenpreisen der einzelnen Portfoliokomponenten und ihren zugrunde liegenden Portfoliogewichten ableiten lässt. Damit ist zu jedem Zeitpunkt der Fair Value des Liefervertrags ebenfalls eindeutig bestimmt. Das zugrundeliegende Portfolio definiert in Folge ein sogenanntes Replikations-Portfolio, mit dem sich der entsprechende Liefervertrag nachbilden lässt. Man sagt auch, dass der Liefervertrag mittels eines Portfolios aus handelbaren Standardprodukten replizierbar ist.

Ein Strommarkt, in dem ausschliesslich Energiederivate gehandelt werden, die sich als Portfolio von handelbaren Standardprodukten darstellen lassen, wird als «vollständig» bezeichnet. Energiederivate, die z.B. Lieferverträge mit Lastprofilen abbilden, die sich auf zukünftige Lieferperioden beziehen und stündlich oder sogar viertelstündlich variieren, die evtl. auch stündlich oder viertelstündlich ausgeübt werden können (wie z.B. Fahrpläne von flexiblen Turbinen), lassen sich jedoch nicht mittels eines Portfolios aus handelbaren Standardprodukten replizieren. Dies liegt daran, dass für zukünftige Lieferperioden stündliche oder viertelstündliche Stromlieferungen an Börsen nicht gehandelt werden. Damit gibt es auch keine beobachtbaren Börsenpreise, die einen eindeutigen Fair Value definieren. Die Bewertung von nicht replizierbaren Energiederivaten erfolgt modellbezogen mittels Preiskurven (mit stündlicher oder viertelstündlicher Granularität). In direkter Folge ist die Bewertung dieser (nicht replizierbaren) Energiederivate abhängig von weiteren Inputdaten (wie zum Beispiel meteorologischen Daten), die zum Zeitpunkt der Bewertung nicht bekannt sind, insbesondere nicht an Börsen beobachtbar sind, aber für die Stromversorgung aufgrund von preisbestimmenden Einflüssen auf Angebot und Nachfrage den Fair Value definieren.

Der Grossteil an Energiederivaten wird anhand unternehmensinterner Modelle unter marktnaher Inputparametern bewertet. Die Ambiguitäten, die bei der Bewertung aufgrund der Unvollständigkeit des Strommarkts vorliegen, werfen Fragen zur Werthaltigkeit dieser Instrumente insbesondere im spekulativen Eigenhandel auf.

Der Fair Value nicht replizierbarer Energiederivate hängt von subjektiven Einschätzungen des Stromhändlers ab, womit keine eindeutige Bewertung gewährleistet werden kann. Diesem Umstand hat auch das Bundesgericht in seinem Urteil 2C_297/2019 vom 28. Mai 2020 unter Erwägungen 9.3 Rechnung getragen. Sinngemäss wird ausgeführt, dass mit einem unternehmensinternen Preismodell keine Ist-Kosten berechnet werden, da es sich um modellierte und damit beeinflussbare Preise handelt. In Folge führt dies dazu, dass Gestehungskosten nicht mit Preiskurven modelliert werden können, weil dies die Vorgabe einer *effizienten Produktion* verletzt.

Die Ambiguitäten in der Bestimmung unternehmensinterner Preiskurven führen für den Fair Value nicht replizierbarer Energiederivate zu Unschärfen von bis 5 % in den entsprechenden Bilanzpositionen, die sich in Folge unmittelbar auf das ausgewiesene Eigenkapital der Energieversorgungsunternehmen überträgt¹⁴.

Lieferverträge mit variablem Lastprofil und/oder mit granularen Ausübungsrechten sind für die Stromversorgung sowohl des Grundversorgungsgebietes als auch des freien Marktes unabdingbar. Aufgrund ihrer fehlenden Replizierbarkeit mit Standardprodukten führt dies zur *Unvollständigkeit von Strommärkten*. Der Fair Value nicht replizierbarer Lieferverträge hängt neben beobachtbaren Marktpreisen zusätzlich von preisbestimmenden Inputdaten ab, die Angebot und Nachfrage modellbezogen charakterisieren. IFRS trägt im Rahmen ihrer Fair Value Hierarchie¹⁵ der Unvollständigkeit von Handelsmärkten Rechnung, in dem für nicht replizierbare Energiederivate eine Bilanzierung auf Level 3 einschliesslich der damit verbundenen, restriktiven Offenlegungspflichten eingefordert wird. Jene Energiederivate, die mittels Standardprodukten replizierbar sind, hängen ausschliesslich von direkt bzw. indirekt beobachtbaren Marktdaten ab und dürfen deshalb unter Level 1 bzw. Level 2 bilanziert werden.

IV. Entwicklung der Rechtslage für die Tarife der Energiepreise

Art. 4 StromVV bestimmt, dass sich die anrechenbaren Gestehungskosten für den Tarifanteil der Energielieferung in der Grundversorgung nach den «Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen der Verteilnetzbetreiber» zu orientieren haben. Damit sind die Gestehungskosten *per definitionem* vom Kraftwerksportfolio und den langfristigen Bezugsverträgen eines Verteilnetzbetreibers abhängig, womit die anrechenbaren Gestehungskosten für jedes Grundversorgungsgebiet unterschiedlich ausfallen.

ElCom überwacht die Einhaltung des StromVG und überprüft Netznutzungs- und Elektrizitätstarife im Versorgungsgebiet. ElCom ist zuständig im Streitfall zu entscheiden, kann aber auch von Amtes wegen eine Überprüfung der Netznutzungstarife und -kosten sowie der Energiekosten und -tarife vornehmen. Sie kann Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. b StromVG). Das Bundesverwaltungsgericht überprüft angefochtene Verfügungen auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Über-

¹⁴ <<https://www.alexandria.unisg.ch/261484/>> siehe Kapitel 4 und 5 in: Frauendorfer K., Gutsche R., Haarbrücker G., Liebenberger C., Schürle M. (2020): *Spannungsfeld: Stromversorgung .vs. Stromhandel: Herausforderungen für das Management*, White Paper, ior/cf-HSG, Universität St.Gallen.

¹⁵ International Accounting Standard Board: IFRS 13 Fair Value Measurement, Rz. 72–93.

schreitung oder Missbrauch des Ermessens¹⁶. ElCom beschloss aufgrund diverser Eingaben von Endverbrauchern, von Amtes wegen die Netznutzungs- und Elektrizitätstarife für die Geschäftsjahre 2009 und 2010 im Versorgungsgebiet der CKW und der Repower zu prüfen und hat in 2009 entsprechende Verwaltungsverfahren eröffnet¹⁷.

Wir wollen hier die Beschwerdeverfahren nicht umfassend wiedergeben, sondern beschränken unsere Ausführungen auf jene Komponente in den Elektrizitätstarifen, die auch vom Energiehandel wesentlich beeinflusst wird. Damit fokussieren wir uns auf die *Gestehungskosten*, die den Tarif der Energiepreise bestimmen.

Für die Überprüfung und Berechnung der anrechenbaren Energiekosten wendet Elcom die sogenannte Durchschnittspreis-Methode an. Grössere Verteilnetzbetreiber mit Grundversorgungsauftrag erachten diese Methode als nicht gesetzkonform anwendbar auf ihre Unternehmensstruktur und Beschaffungsportfolio.

Die ElCom legt in ihren Weisungen¹⁸ dar, welche Kosten sie im Zusammenhang mit der Stromproduktion als anrechenbar anerkennt. Darin hält ElCom fest, dass ein angemessener Gewinn auf die Produktion in die regulierte Energietarifierung einfließen darf. Der WACC¹⁹ auf die Produktion definiert die anrechenbare Verzinsung des Eigenkapitals als angemessener Gewinn, wird jährlich vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) festgelegt und von der ElCom veröffentlicht²⁰.

Seit Beginn der Teilliberalisierung im Jahre 2009 ist es zudem zu einigen Anpassungen gekommen, von denen zwei hervorzuheben sind: i) Die Marktpreise gelten seit 2013 nicht mehr als Cap für die Gestehungskosten; ii) für die Eigentümer eines Partnerwerk galt gemäss Weisungen bis April 2018: «Die Eigentümer sind verpflichtet, die Vorteile aufgrund der Eigenproduktion an ihre Endverbraucher mit Grundversorgung weiterzugeben. Zu diesen Vorteilen zählen namentlich der günstigere Strombezug oder ein Gewinn, der über einen angemessenen Gewinn bei den Gestehungskosten hinausgeht.» Mit der Weisung 2/2018 der ElCom vom 10. April 2018 wurde dieser Zusatz gestrichen. Wir sehen hier insbesondere auch jene Gewinne als gestrichen an, die im Rahmen von kurzfristigen Beschaffungsverträgen oder im Rahmen der Kraftwerksoptimierung der flexiblen Speicher- und Pumpspeicher-Kraftwerke im Intraday-Handel erwirtschaftet wurden.

Die in Art. 6 Abs. 4 StromVG vorgesehene Pflicht der Netzbetreiber zur Führung einer separaten Kostenrechnung betreffend Energielieferung schaffe Transparenz, verhindere

¹⁶ Bundesverwaltungsgericht Urteil A-1107/2013 (3.6.2015), E. 3.

¹⁷ Elcom Verfügungen: 957-08-141 (i.S. CKW, 16.4.2013), Verfügung 211-00008 (i.S. Repower, 22.1.2015).

¹⁸ <<https://www.elcom.admin.ch>>, dort unter: Home/Dokumentation/Weisungen «*Gestehungskosten und langfristige Bezugsverträge gemäss Artikel 4 Absatz 1 Stromversorgungsverordnung*».

¹⁹ WACC: weighted average of cost of capital.

²⁰ Weisung 2/2020 der ElCom vom 10.3.2020.

insbesondere eine Finanzierung aus dem Bereich Netz, was *de facto* eine unzulässige Quersubvention nach Art. 10 StromVG bedeuten würde. Es ermögliche den Endverteilern und Endkunden in der Grundversorgung nachzuweisen, dass die Energietarife auf den tatsächlichen Kosten basieren und allfällige Preisvorteile an die Endverbraucher mit Grundversorgung weitergegeben würden.

Die in vielerlei Hinsicht offenen Formulierungen in der Gesetzgebung sind in Weisungen und Verfügungen der ElCom und in den einschlägigen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts weitgehend geklärt. Die Teilliberalisierung, wie sie der Gesetzgeber im Sinne hatte, beinhaltet dennoch versteckte Anreizstrukturen insbesondere für grosse Verteilnetzbetreiber mit Eigenproduktion, langfristigen Beschaffungsverträgen und aktivem Energiehandel: durch eine selektive Auswahl von Kraftwerken können die Gesteungskosten für den Endkunden gezielt höher oder tiefer ausfallen. Für die Beschaffungsverträge liesse sich ebenso eine Aufteilung definieren: «Beschaffungsverträge für die Grundversorgung» mit schlechteren Konditionen werden den «Beschaffungsverträgen für den Handel» mit besseren Konditionen gegenübergestellt. *Summa summarum* stiegen nicht nur die Einnahmen in der Grundversorgung, sondern auch die Wettbewerbsfähigkeit der grossen Verteilnetzbetreiber im freien Markt.

Die Verteilnetzbetreiber CKW und Repower wenden im Rahmen ihrer Stellungnahmen im Prüfungsverfahren sinngemäss ein, dass die Umsetzung des StromVG im Sinne der ElCom nicht gesetzeskonform sei. Da keine übereinstimmende Berechnungsweise der Gesteungskosten in der Grundversorgung erreicht werden konnte, erhoben CKW und Repower Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die erteilten Verfügungen (datiert 15. April 2013 und 22. Januar 2015). Elcom sistierte in den Jahren 2016 und 2017 alle bereits eröffneten Verfahren mit jenen Netzbetreibern, welche aus Sicht ElCom die Regeln in wesentlichem Umfang nicht eingehalten haben²¹.

1. Beschwerdeverfahren i.S. CKW

CKW erhob am 3. Juni 2013 Beschwerde gegen die Teilverfügung von ElCom vom 15. April 2013 und verlangte die Aufhebung der verfügten, anrechenbaren Energiekosten.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil A-1107/2013 (3. Juni 2015) i.S. CKW die Praxis der ElCom zur Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten der CKW für das GJ 2008/09 nicht geschützt. Gegen diesen Antrag hat das UVEK im Auftrag der ElCom Beschwerde erhoben. Mit Urteil 2C_681/2015, 2C_682/2015 vom 20. Juli 2016 legte das Bundesgericht die Höhe der abrechenbaren Energiekosten der CKW für das Geschäftsjahr 2008/09 in Gutheissung der Praxis der ElCom fest. Für die Festsetzung der anrechenbaren

²¹ ElCom: Zwischenverfügung 211-00300 i.S. BKW, 7.2.2019, Rz. 23.

Kosten in den nachfolgenden Geschäftsjahren wird die Sache an die ElCom zurückgewiesen.

Am 18. Mai 2018 hat i.S. CKW die ElCom unter 211-00299 ein separates Verfahren für die Prüfung der anrechenbaren Energiekosten in den Geschäftsjahren 20013/14-2016/17 eröffnet. Dieses Verfahren wurde bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Verfahrens betreffend Energiekostenprüfung der Geschäftsjahre 2009/10-2012/13 sistiert²².

Inzwischen lag ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1344/2015 (28. Juni 2018) i.S. Repower vor, das die Methode der ElCom weitgehend stützte, lediglich die Frage der auslandbezogenen Bezugsverträge wären zu klären und zu begründen. Repower erhob Beschwerde beim Bundesgericht, auf die nicht eingetreten wurde²³. Das Fachsekretariat betont in Gesprächen mit CKW, dass sich die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (E.10.5) mit derjenigen des Fachsekretariats vollumfänglich deckt²⁴. Grundsätzlich ist das gesamte Energieportfolio, welches ebenfalls die Beschaffung für Weiterverteiler sowie für die übrigen Handelsgeschäfte beinhalte, gemäss E. 10.5 vom Anwendungsbereich zu erfassen. Weiter ist gemäss E.15.1–15.4. das Territorialprinzip zu wahren.

Am 20. August 2020 stellte ElCom die Verfügung 211-00033 (datiert 20. August 2020) betr. Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten für die Geschäftsjahre 2009/10 bis 2012/13 der CKW zu. Schriftenwechsel und Gesprächsrunden führten unter Einbindung der obigen Urteile des Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zu dieser Verfügung, Darin werden zwei Varianten aufgezeigt, nach denen die Durchschnittspreis-Methode für CKW angewendet werden könnte. Variante A entspricht dem Vorschlag der CKW, Variante B zeigt das Verständnis für eine gesetzeskonforme Umsetzung der ElCom.

a) Variante A: Sicht CKW (Verfügung 211-00033, 20. August 2020, Rz. 145–155)

Es werden lediglich Mengen und Kosten von Energiekäufen am Markt berücksichtigt, welche mit Belieferung von Endverbrauchern in der Schweiz zusammenhängen. Unter «Eigene Produktion» werden sämtliche Betriebs- und Kapitalkosten der eigenen Kraftwerke Schweiz und Kraftwerksbeteiligungen Schweiz eingerechnet, inklusive direkte Kosten für die Kraftwerksbewirtschaftung und anteilige Kosten der Leitung des Geschäftsbereichs Energie. Als massgebliche Bezugsmenge für die «Eigene Produktion» rechnet CKW die total von ihr übernommene Energie aus den eigenen Anlagen (Nettoproduktion) ein.

Die in der Position «Kauf am Markt» ausgewiesene Bezugsmenge errechnet CKW als Summe aus natürlicher Short-Position auf stündlicher Basis (Bezug Endverbraucher minus

²² ElCom: Verfügung 211-00033, 20.8.2020, Rz. 17.

²³ Bundesgericht Urteil 2C_739/2018 vom 8.10.2018.

²⁴ Elcom Verfügung 211-00033, 20.8.2020 Rz. 19.

eigene Produktion, falls positiv), bezogener Ausgleichsenergie (Short) sowie bezogener Energie von unabhängigen Produzenten im Netzgebiet. Netzverluste bewertet CKW mit dem durchschnittlichen Kostensatz von «eigener Produktion» und «Kauf am Markt». Das mengengewichtete Mittel ergibt den Durchschnittspreis. Aus der Division von Kosten und Mengen der eigenen Produktion und des Kaufs am Markts ergeben sich gemäss CKW die massgeblichen Durchschnittskosten als Gestehungskosten.

Zur Bestimmung der anrechenbaren Beschaffungskosten Energie für die Grundversorgung multipliziert CKW die massgeblichen Durchschnittskosten mit den jeweiligen Liefermengen an Endverbraucher in der Grundversorgung. Die angefallenen Beschaffungskosten und die Energiemengen für Weiterverteiler (Nachlieger) und andere Netzbetreiber, für Eigenhandel, für übrige Handelstätigkeiten sowie für das Proxy-Hedging werden von der Durchschnittspreis-Methode nicht berücksichtigt.

b) Variante B: Sicht ElCom (Verfügung 211-00033, 20. August 2020, Rz. 156–160)

In Schritt 1 wird für jede Preiszone, in der CKW Handel betreibt, der durchschnittliche Einkaufspreis bestimmt. Dieser ergibt sich als Quotient aus Kosten (umgerechnet in CHF) und Menge sämtlicher Energieeinkäufe mit Lieferung im jeweiligen Geschäftsjahr in der jeweiligen Preiszone.

In Schritt 2 werden für jedes Jahr und für jede ausländische Preiszone die Kosten (in CHF) und die Menge (in MWh) der erworbenen grenzüberschreitenden Übertragungsrechte in Richtung Schweiz ermittelt.

Die für die Position «Kauf am Markt» massgebliche Menge ergibt sich als i) Menge sämtlicher Energiekäufe mit Lieferung im jeweiligen Geschäftsjahr in der Preiszone Schweiz, zuzüglich ii) der Summe der Menge der erworbenen grenzüberschreitenden Übertragungsrechte gemäss obiger Energielieferungen vom Ausland in die Schweiz.

Die für die Position «Kauf am Markt» massgeblichen Kosten ergeben sich als i) Kosten sämtlicher Energiekäufe mit Lieferung im jeweiligen Geschäftsjahr in der Preiszone Schweiz zuzüglich ii) der Summe der Kosten der erworbenen grenzüberschreitenden Übertragungsrechte gemäss obiger Energielieferungen vom Ausland in die Schweiz, zuzüglich iii) der Summe des Produkts aus der Menge der erworbenen grenzüberschreitenden Übertragungsrechte und dem durchschnittlichen Einkaufspreis pro Land.

Die ElCom stützt ihr Vorgehen bei der Berechnung des Kostenanteils für die Energie auf eine gewichtete Durchschnittsbetrachtung, in der das gesamte Energieportfolio berücksichtigt wird. Ausschlaggebend sind die Ist-Kosten. Aus der effektiv am Markt beschafften Energiemenge wird der entsprechende Anteil der Grundversorgung den freien Endkunden, den allfälligen Nachliegern und dem Netz (Wirkverluste) im Verhältnis der Energiemenge zugeordnet. Die Kosten für die Energie an die Endverbraucher in der Grundversorgung er-

geben sich aus der Multiplikation von Durchschnittspreis und Energiemenge der Endverbraucher in der Grundversorgung²⁵.

c) Interpretation (Verfügung 211-00033, 20. August 2020, Rz. 151–169)

CKW vertritt die Auffassung, Kosten und Mengen, welche nicht im Zusammenhang mit der Belieferung von Endverbrauchern in der Schweiz stehen, seien bei der Durchschnittspreis-Methode nicht auszuweisen. Dabei handle es sich zum Beispiel um Kosten und Mengen für den Eigenhandel, sowie für die Belieferung von Weiterverteilern (Nachliegern) und anderen Netzbetreibern und die übrigen Handelsgeschäfte. Ebenfalls sind Kosten für das sog. Proxy-Hedging nicht einzubeziehen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil A-1344/2015 i.S. Repower vom 28. Juni 2018 festgehalten, dass grundsätzlich das gesamte Energieportfolio, welches ebenfalls die Beschaffung für Weiterverteiler sowie für die übrigen Handelsgeschäfte beinhalte, vom Anwendungsbereich erfasst werde (E. 10.5). Weiter ist gemäss E 15.1–15.4. das Territorialprinzip zu wahren. Auf eine Beschwerde gegen dieses Urteil seitens der Repower ist das Bundesgericht mit Urteil 2C_739/2018 nicht eingetreten.

Demnach ist bei der Durchschnittspreis-Methode das ganze Energieportfolio zu berücksichtigen. ElCom stützt sich bei der Prüfung der Anrechenbarkeit der Eigenproduktion sowie der Beteiligungen an Produktionseinheiten darauf ab, an welchem Ort die Energie produziert bzw. geliefert wird. Energiemengen, welche bei der Produktion oder bei der Lieferung keinen Bezug zur Schweiz haben, werden nicht berücksichtigt²⁶. Die Beschaffungen aus den ausländischen Preiszonen sind nur soweit in der Durchschnittspreis-Methode zu berücksichtigen, als dafür auch grenzüberschreitende Übertragungsrechte vorliegen.

Beide Urteile i.S. CKW stärkten aus unserer Sicht die Position der ElCom und führten zur Umsetzung der Variante B der Durchschnittspreis-Methode.

2. Beschwerdeverfahren i.S. Repower

Die Repower Gruppe ist ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen mit Aktivitäten entlang der gesamten Wertschöpfungskette. Die ElCom eröffnete mit dem Schreiben vom 20. August 2009 ein Verwaltungsverfahren. Schriftenwechsel und Gesprächsrunden führten zu einer Teilverfügung (datiert 22. Januar 2015), in der die anrechenbaren Energiekosten der Geschäftsjahre 2009 und 2010 der Repower Gruppe überprüft werden. Die strittige Frage lautet: Ist es für die Berechnung der anrechenbaren Energiekosten zuläs-

²⁵ Urteil 2C_681, 2C_682/2016 des Bundesgerichts vom 20.7.2016, E. 5.

²⁶ Siehe auch Verfügung der Elcom 211-00008 i.S. Repower vom 6.4.2020, Rz. 23.

sig, sich lediglich auf Kraftwerke und langfristige Bezugsverträge abzustützen, die Endkunden in der Grundversorgung beliefern? Die übrigen Kraftwerke dienen Stromlieferungen in den freien Markt. In diesem Sinne unterteilt die Repower Gruppe ihre Beschaffungsquellen in zwei Typen: Kraftwerke und Bezugsverträge, die für die Grundversorgung bestimmt sind, werden für die anrechenbaren Energiekosten für Stromlieferungen in die Grundversorgung berücksichtigt. Kraftwerke und Bezugsverträge, die für Stromlieferungen in den freien Markt bzw. für Handelsgeschäfte dienen, bleiben unberücksichtigt. Die Repower Gruppe begründet diese Kategorisierung der Beschaffungsquellen im Wesentlichen mit den historischen Entwicklungen der gesellschaftlichen Strukturen innerhalb der Repower Gruppe.

Am 2. März 2015 erhoben Repower AG und Repower Schweiz AG gemeinsam Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Am 3. Juni 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil zu einem Beschwerdeverfahren i.S. CKW erlassen, das Grundsatzentscheide enthalte, die auch für das Beschwerdeverfahren i.S. Repower relevant sind. Das Bundesgericht hat mit seinem Urteil 2C_681/2015, 2C_6822/2016 i.S. CKW vom 20. Juli 2016 die Durchschnittspreis-Methode als gesetzeskonform bestätigt und das Verfahren abgeschlossen. Zu beurteilen verbleibt deshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren A-1344/2015 i.S. Repower AG, wie die Durchschnittspreis-Methode im konkreten Fall der Repower Gruppe unter Berücksichtigung i) der Gesellschaftsstruktur, ii) des Energieportfolios und iii) der ausländischen Bezugsverträge anzuwenden sei²⁷.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit seinem Urteil A-1344/2015 i.S. Repower vom 28. Juni 2018 festgehalten, dass gemäss E.15.1–15.4. das Territorialprinzip zu wahren ist. In diesem Sinne wird die Beschwerde teilweise gutgeheissen, und zur Neubeurteilung der ausländischen Beschaffungsquellen an die Vorinstanz (ElCom) zurückgewiesen. In Folge erhebt Repower Beschwerde beim Bundesgericht und verlangt, dass das angefochtene Urteil aufgehoben wird. Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein²⁸.

Zur Umsetzung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts hat ElCom das Verfahren am 8. Januar 2019 wieder aufgenommen. Am 6. April 2020 stellte ElCom die vorliegende Teilverfügung 211-00008 betr. Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten für die Geschäftsjahre 2009 und 2010 der Repower zu. Unter Einbindung der obigen Urteile des Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts setzte ElCom in der Teilverfügung 211-00008 die anrechenbaren Energiekosten der Repower in den Geschäftsjahren 2009 und 2010 fest.

Gemäss der auf der Homepage von ElCom publizierten Verfügungen (letztmals besucht 20. Dezember 2020) ist der Entscheid noch nicht rechtskräftig.

²⁷ Bundesverwaltungsgericht Urteil A-1344/2015 vom 28.6.2018 i.S. Repower, E. 3.

²⁸ Bundesgericht Urteil 2C_739/2018 vom 8.10.2018 i.S. Repower.

V. Interne Kontrolle der Handelsgeschäfte

Anhand der Beschwerdeverfahren erkennt man die Komplexität in der Bestimmung der regulierten Energiekosten, die mit einer gesetzeskonformen Umsetzung der Teilliberalisierung im Sinne des StromVG verbunden ist. Im Folgenden zeigen wir auf, wie herausfordernd eine korrekte und vollständige Berechnung der Gestehungskosten würde, sollten Kosten für Handelsaktivitäten ohne physische Lieferung sowie Kosten für Absicherungsgeschäfte in die Tarifierung für die regulierten Energiepreise zugelassen werden.

Der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) bietet mit seinem Branchendokument²⁹ eine Anleitung zur strukturierten Erstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Kostenträgerrechnung für den Energietarifanteil und zur Bestimmung der Gestehungskosten für die Energielieferung an Endkunden in der Grundversorgung. Der VSE vervollständigt weiter das Gestehungskostenschema der ElCom dahingehend, dass es zusätzlich zur Wertschöpfungsstufe «Produktion (inkl. Partnerwerke)» die anteiligen Kosten für «Einkauf» und «Vertrieb» miteinbezogen werden. Ergänzend werden die vielschichtigen Aktivitäten des «Handel» aufgezeigt.

Repower rechnet die Handelskosten anteilmässig ein: Ausgehend vom Gesamtaufwand für den Handel, der auch den spekulativen Eigenhandel umfasst, wird anteilmässig nach Energieabsatz in der Grundversorgung der entsprechende Kostenanteil verrechnet. Dieser fliesst somit in die Tarife für die Energielieferung an die Schweizer Endkunden in der Grundversorgung ein.

Diesbezüglich ist zu ergänzen, dass innerhalb des Stromhandels der Grossteil der Handelsgeschäfte keine physische Lieferung nach sich ziehen, insbesondere betrifft diese den spekulativen Eigenhandel. Bezieht man sich also lediglich auf die Absatzmenge, so fällt der mengenmässige Anteil der Grundversorgung grösser aus, was unmittelbar zu grösseren, für die Grundversorgung anrechenbaren Handelskosten führt.

CKW rechnet die Kosten für jene Handelsaktivitäten, die einen Zusammenhang mit der Energielieferung an Schweizer Endkunden in der Grundversorgung aufweisen, in die Gestehungskosten für die regulierten Energietarife ein. CKW ordnet die nachfolgenden Arbeiten der Bewirtschaftung der eigenen Produktion (Optimierung des Kraftwerkparks) zu: «Prognoseplanung für die Energieabgabe, Prognoseplanung aufgrund der Verfügbarkeit und Hydraulizität der Kraftwerke, Absicherung von Ausfall- sowie Preis- und Mengenrisiko, die Kraftwerkseinsatzplanung und -führung, das Fahrplanmanagement, die Intraday-Optimierung, das Bilanzgruppenmanagement, die Reduktion der benötigten Ausgleichsenergie durch Post-Scheduling, die Seeabrechnung und das Reporting»³⁰.

²⁹ VSE: Kostenrechnungsschema Gestehungskosten, 23.10.2019, 7.

³⁰ Verfügung 211-00033 (i.S. CKW, 20. August 2020) Rz. 206.

CKW bezieht die Arbeiten in der Aufzählung auf die *Optimierung des Kraftwerksparks*. Diese Arbeiten sind auch für die lang- und kurzfristige Beschaffung relevant. Wir verwenden den Begriff *Asset-Optimierung* für die Bewirtschaftung von Kraftwerksparks, lang- und kurzfristige Bezugsverträge, ohne *Absicherung (Hedging)* und *spekulativen Eigenhandel (Proprietary Trading)* in diesem Begriff zu subsumieren. Dies dient uns für die Abgrenzung von Handelsgeschäften.

Wir stellen fest, dass CKW keine Abgrenzung zum freien Markt oder zum spekulativen Eigenhandel vornimmt. Im Rahmen ihrer Beurteilung nimmt ElCom indirekt Bezug auf die fehlende Abgrenzung³¹: «Für die Prüfung der Kosten von Energiewirtschaft und Optimierung ist unabdingbar, dass die ausgewiesenen Kosten im Zusammenhang mit der Energielieferung an Endverbraucher in der Grundversorgung stehen. Es stellt sich erstens die Frage, ob die Kosten der Energiewirtschaft und Optimierung im Zusammenhang mit der Energielieferung an Endverbraucher in der Grundversorgung stehen. Zweitens ist zu prüfen, in welcher Höhe diese Kosten anrechenbar sind».

Stimmen die Energiemengen an grenzüberschreitenden Übertragungsrechten nicht mit jenen Energiemengen überein, so kann dies verschiedenen Gründe haben, insbesondere könnten die überschüssigen grenzüberschreitenden Übertragungsrechte aus spekulativen Handelsgeschäften stammen. Erinnern wir uns an die Aussagen der ElCom in ihrem Bericht zur Markttransparenz³², wonach ElCom Handelsgeschäfte innerhalb des Schweizer Marktgebiets, die keinen Zusammenhang mit der Grundversorgung aufweisen, verschlossen bleiben, so wird eine vollständige Identifikation und Verifikation von Handelsgeschäften für die Grundversorgung nicht mehr möglich.

Zu Absicherungsgeschäften³³ ist folgendes ausgeführt: «Die Verfügungsadressatin führt aus, sie sichere die Produktionsmengen aus Kraftwerken in der Schweiz üblicherweise bis zu drei Jahre vor Lieferung durch den Verkauf von Forward-Verträgen mit Lieferung in eine ausländische Preiszone ab (sog. Proxy-Hedging). Diese Mengen würden zu einem späteren Zeitpunkt in der ausländischen Preiszone zurückgekauft und in der Preiszone Schweiz verkauft. Eine physische Erfüllung jener Forward-Verträge finde nicht statt und sei auch nicht bezweckt. Diese Käufe seien einzig dem Umstand geschuldet, dass der Schweizer Terminmarkt für eine langfristige Absicherung gegen Marktrisiken nicht liquide genug sei. Es handle sich mithin bei solchen Käufen keinesfalls um einen «Preisvorteil aufgrund ihres freien Netzzugangs», wie er gemäss Artikel 6 Absatz 5 StromVG erforderlich wäre, um in die Durchschnittspreis-Methode einzufließen. Beim sogenannten Proxy-Hedging handelt es sich um ein Absicherungsgeschäft, das berücksichtigt, dass der Schweizer Markt für eine adäquate Absicherung u.U. zu wenig liquide ist. Daher wird auf eine ausländische Preiszone ausgewichen. Bei den ausländischen Kraftwerken, den ausländischen Kraftwerksbeteili-

³¹ Verfügung 211-00033 (i.S. CKW, 20. August 2020) wird unter Rz. 216.

³² ElCom: Markttransparenz 2018, Mai 2018, 4.

³³ Verfügung 211-00033 (i.S. CKW, 20. August 2020) unter Rz. 184–185.

gungen sowie bei den Langfristverträgen stellt die Elcom für die Einreichung in die Durchschnittspreis-Methode darauf ab, ob bei der Produktion oder der Lieferung ein Bezug zum Territorium Schweiz besteht. Dieses Kriterium ist auch bei der Beurteilung des von der Verfügungsadressatin beschriebenen Proxy-Hedging massgebend.»

Wir möchten zu den Absicherungsgeschäften folgende drei Aspekte ergänzen:

Erstens unterliegen die Preise für Forward-Verträge oder Futures (identischer Qualität und Lieferperiode) benachbarter Preiszonen einer hinreichend grossen Abhängigkeit, um die inländische Produktion an freie Marktteilnehmer mittels dem aufgeführten Proxy-Hedging abzusichern. Damit sind diese Absicherungsgeschäfte auch für die Anwendung des Hedge-Accounting zulässig, so wie es z.B. Axpo in ihren Finanzberichten dokumentiert.

Zweitens wird inländische Eigenproduktion eines Verteilnetzbetreibers mit Grundversorgungsauftrag unabhängig vom gegenwärtigen Marktpreis an die Schweizer Endkunden in der Grundversorgung geliefert. Es sind die Gestehungskosten massgebend, die sich nach jenen Komponenten ausrichten, die in der entsprechenden Weisung 2/2018³⁴ ausgeführt sind, und diese Komponenten sind unabhängig vom Marktpreis. Das hat zur Folge, dass sich das relevante Absicherungsvolumen durch das Absatzvolumen in den freien Markt bestimmt wird. Wird also vom Verteilnetzbetreiber ein grösseres Energievolumen abgesichert, als in den freien Markt geliefert wird, werden mit dem Verkauf von Forward-Verträgen im Volumen dieser resultierenden Überschussmengen spekulative Handelsgeschäfte geöffnet. Die Kosten für diese spekulativen Handelsgeschäfte fallen nicht unter anrechenbare Energiekosten.

Drittens, richten sich die Absicherungsgeschäfte nach Absicherungsstrategien, die in der Regel auf Antrag der Geschäftsleitung vom Verwaltungsrat genehmigt werden. Liegt diesen Absicherungsstrategien die Annahme der Markteffizienz zugrunde, so führt dies zu einer *statischen* Umsetzung. Die Annahme der Markteffizienz bedeutet, dass nicht vorhergesagt werden kann, ob der Marktpreis in der nächsten Stunde, über die nächsten Tage oder Wochen steigt oder fällt. In diesem Sinne wird gleichmässig über das Geschäftsjahr das Produktionsvolumen der folgenden Geschäftsjahre abgesichert. Die Gleichmässigkeit bezieht sich sowohl auf die Periodizität als auch auf die anteiligen Absicherungsvolumina. Wird hingegen dem Stromhandel gestattet, das Timing der Absicherungsgeschäfte oder die Höhe der jeweiligen Absicherungsvolumina innerhalb gewisser Korridore frei wählen zu können, so werden *de facto* spekulative Entscheide ermöglicht. Man erlaubt eine *dynamische* Umsetzung. Werden die Absicherungsgeschäfte im Hedge-Accounting ausgewiesen, so wird es möglich, den Handelserfolg aus der spekulativen Absicherungskomponente zu quantifizieren.

³⁴ Weisung 2/2018 der ElCom: Gestehungskosten und langfristige Bezugsverträge gemäss Artikel 4 Absatz 1 Stromversorgungsverordnung (10.4.2018).

Es ist aus unserer Sicht richtig, dass die Kosten von Absicherungsgeschäften nicht in die Durchschnittspreis-Methode einfließen. Wir begründen dies aber nicht mit der fehlenden physischen Lieferung, sondern damit, dass i) Energielieferungen in der Grundversorgung nicht vom Marktpreis abhängig sind und keine Absicherung rechtfertigen, sowie damit, dass ii) in der Praxis dynamische Absicherungsstrategien unter Ausnutzung von Korridoren angewandt werden, die spekulative Handelsentscheide nach sich ziehen.

In den Beschwerdeverfahren der CKW und Repower ist im Kern die Durchschnittspreis-Methode der ElCom als nicht gesetzeskonform angesehen worden. Die Argumente der Beschwerdeführer umfassten historische gesellschaftliche Strukturen, Aufteilung der Kraftwerke in Grundversorgungskraftwerke und Handelskraftwerke, Verletzung der Wirtschaftsfreiheit und fehlende Priorisierung der Eigenproduktion. Allen Argumenten der Beschwerdeführer gemeinsam ist, dass die verfügte Umsetzung der Durchschnittspreis-Methode durch die ElCom zu ungenau die Realität abbildet.

Das Bundesverwaltungsgericht kam in seinem Urteil i.S. CKW vom 3. Juni 2015 zum Schluss, dass die Durchschnittspreis-Methode nicht genügend die Realität abbildet. Die Erwägungen führten allerdings in eine Richtung, die sich diametral von den Eingaben der CKW unterschied. CKW zielte in ihrer Beschwerde vor dem Bundesgericht darauf ab, dass die teuren Short Positionen entsprechend ihren tatsächlichen Preisen in die Gestehungskosten einfließen. Gestützt auf der vom Bundesverwaltungsgericht postulierten Verursacherprinzip wären die Einzelkosten den sie verursachenden Endverbrauchern in Rechnung zu stellen.

Das Bundesverwaltungsgericht führt in seiner Erwägung 9.2. aus: «Es liegt an der Vorinstanz zu überprüfen, ob die geltend gemachten Engpässe tatsächlich vorliegen bzw. ob der Abschluss eines kurzfristigen Bezugsvertrags bzw. die Zukäufe am Markt jeweils in der Tat notwendig waren. Falls dies zu bejahen ist, ist in einem weiteren Schritt festzustellen, ob die Zuordnung der entsprechenden Kosten verursachergerecht erfolgt ist.»

Unter Erwägung 11.2 ist weiter festgehalten: «Im vorliegenden Fall ist der Sachverhalt in verschiedener Hinsicht weiter abzuklären: Zum einen bleibt zu überprüfen, ob die [...] geltend gemachten Engpässe tatsächlich vorliegen bzw. ob der Abschluss der entsprechenden kurzfristigen Bezugsverträge in der Tat notwendig war. Falls dies zu bejahen ist, ist in einem weiteren Schritt zu ermitteln, ob die Zuordnung der entsprechenden Kosten verursachergerecht erfolgt ist. Die von der Vorinstanz vorgenommene, einfache Durchschnittsbeurteilung erfüllt dies nicht.»

Das Bundesgericht hat erkannt, dass eine direkte Einzelkostenzurechnung für gebundene Endkunden mit gleichartiger Verbrauchscharakteristik zu unterschiedlichen Tarifen führt und damit im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 3 StromVG steht. Das Bundesgericht hat mit seinem Urteil 2C_681/2015, 2C_682/2015 (i.S. CKW) am 20. Juli 2016 entschieden, die Methode der ElCom in der verfükten Form als gesetzeskonform anzusehen.

In Anlehnung an die oben zitierten Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts hält das Bundesgericht in seinem Urteil unter Erwägung 5.2.8 fest: «Es wird Sache der Elcom sein, gegebenenfalls auch die geltend gemachten Preise für zugekaufte Energie kritisch zu hinterfragen, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass diese missbräuchlich hoch eingesetzt werden.»

Mit den obigen Erwägungen wurde sowohl vom Bundesverwaltungsgericht wie auch vom Bundesgericht die Notwendigkeit erkannt, die Handelsgeschäfte entsprechend detailliert zu dokumentieren. Es sind die Engpässe in der Stromversorgung für die Endkunden in der Grundversorgung zu prüfen und die Kosten der Handelsgeschäfte kritisch zu hinterfragen. Dies erfordert klar geregelte Kriterien für eine sachgerechte Gliederung der Handelsgeschäfte in *Asset-Optimierung*, *Hedging* und *spekulativen Eigenhandel*.

VI. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

Die Erwägungen in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts i.S. CKW und Repower sind dokumentiert und von hoher Relevanz. Auch wenn auf den ersten Blick die Durchschnittspreis-Methode vom Bundesverwaltungsgericht als unzureichend taxiert wird, so öffnen die Erwägungen in seinem Urteil dem Regulator ElCom prinzipiell eine restriktivere, *quasi* für die Verteilnetzbetreiber unliebsamere Anpassung der Durchschnittspreis-Methode, die primär den Endkunden in Grundversorgung zugutekäme: Dadurch, dass mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgericht die Engpässe auf ihr Auftreten und die kurzfristigen Beschaffungsverträge individuell auf ihre Notwendigkeit zu prüfen wären, zieht dies für den Verteilnetzbetreiber unmittelbar eine striktere, differenziertere und transparentere Kostenträgerrechnung nach sich.

Der VSE schliesst in seinem Branchendokument³⁵ mit Empfehlungen zur Kostenträgerstruktur. Darin werden nebst dem primären Kostenträger «Endverbraucher Schweiz» ein weiterer primärer Kostenträger «Übrige Energietätigkeiten» aufgeführt, unter welchem der VSE i) Back-to-Back Verträge, ii) Belieferung anderer Energieversorgungsunternehmen, iii) Auslandsgeschäfte ohne Bezug zu Belieferung von Schweizer Endverbrauchern sowie iv) Handelsgeschäfte ohne Bezug zur Belieferung von Schweizer Endverbraucher sieht. Unter iii) und iv) sehen wir auch insbesondere Handelsgeschäfte eingebunden, die dem spekulativen Eigenhandel zuzuordnen wären.

Wir verlagern abschliessend den Kontext etwas, ohne die Stromversorgungsgesetzgebung zu verlassen. Es steht nicht unmittelbar die Berechnungsmethode für die regulierten Energietarife in der Grundversorgung im Vordergrund, sondern das Verbot der Quersubventionierung. Werden Engpässe in der Versorgung durch Handelsgeschäfte aus dem spekulati-

³⁵ VSE: Kostenrechnungsschema Gestehungskosten, 23.10.2019, 34 f.

ven Eigenhandel generiert, so dürften die daraus resultierenden Kosten von vermeidbar gewordenen kurzfristigen Beschaffungsverträgen nicht in die Gestehungskosten für die Berechnung der regulierten Energietarife einfließen, da diese dem freiem Markt zuzuordnen wären. Wir halten fest, dass damit die Berechnungsmethode unverändert bleibt; es kann mit einer hinreichend differenzierten und transparenten Kostenträgerstruktur dem im StromVG verankerten Verbot der Quersubventionierung Rechnung getragen werden.

Ein Verteilnetzbetreiber mit aktivem Stromhandel besitzt die Opportunität, verlustbringenden Handelsgeschäfte aus dem Stromhandel in der Grundversorgung zu verrechnen, während die gewinnbringenden Handelsgeschäfte den Finanzerfolg des Stromhandels prägen. Ohne ein differenziertes, internes Kontrollsystem, das eine transparente, unabänderbare und verifizierbare Zuordnung der Handelsgeschäfte zur Asset-Optimierung, Absicherungen und spekulativem Eigenhandel dokumentiert, ist die Geschäftsleitung, der Verwaltungsrat und nicht zuletzt der Aktionär eines grossen Stromversorgungsunternehmens einer *adverse selection* ausgesetzt. Dies führt zur Marktineffizienz, was in direkter Folge der geforderten Tarifierung auf Basis einer effizienten Produktion und somit dem StromVG widerspricht.

Für eine sachgerechte Gliederung der Handelsgeschäfte in *Asset-Optimierung*, *Hedging* und *spekulativen Eigenhandel* sehen wir nicht den Regulator in der Pflicht, sondern die Geschäftsleitung und den Verwaltungsrat von Stromversorgungsunternehmen, dies im Rahmen der Gewährleistung eines effektiven internen Kontrollsystems. Die externen Revisionsgesellschaften stellen im Allgemeinen die Existenz von internen Kontrollsystemen fest, grenzen sich hingegen von Aussagen ab, die die Effektivität des internen Kontrollsystems betreffen. Die Geschäftsleitung trägt die Verantwortung für eine hinreichend differenzierte Ausgestaltung des internen Kontrollsystems. Die Verantwortung für die Überwachung der Effektivität des internen Kontrollsystems liegt beim Verwaltungsrat.

ISBN 978-3-03891-278-1



9 783038 912781