

Rechtsfragen um die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) für Elektrizität aus erneuerbaren Energien

Von Prof. Dr. *Peter Hettich*, LL.M. / *Simone Walther*, M.A. HSG
in Rechtswissenschaften*

Inhaltsverzeichnis

I.	<i>Ausgangslage und Problemstellung</i>	143
II.	<i>Rechtliche Ausgestaltung der KEV</i>	146
	1. Energiepolitische Zielsetzungen und Zielkonflikte	146
	2. Verwaltung der KEV	148
	3. Finanzierung der KEV	150
III.	<i>Rechtsnatur des Zuschlags</i>	150
	1. Zuschlag als öffentliche Abgabe	150
	2. Zuschlag als Zwecksteuer	153
	3. Zuschlag unvereinbar mit der Finanzverfassung	156
IV.	<i>Verteilung der Fördergelder im Lichte der Verfassungsziele</i>	161
	1. KEV als Subvention des Bundes	162
	2. «Windhundverfahren» als subventionsrechtliche Prioritätenordnung	165
	3. Prioritätenordnung im Lichte der involvierten öffentlichen Interessen	167
V.	<i>Zusammenfassung</i>	171

I. Ausgangslage und Problemstellung

Seit 1. Mai 2008 fördert der Bund mit einer kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien. Das Fördermodell verpflichtet die Netzbetreiber zur Abnahme des in Neuanlagen erzeugten Stroms aus erneuerbaren Energien.¹ Die Abnahme erfolgt nicht nach den jeweils herrschenden Marktpreisen, sondern orientiert sich an den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen. Mit diesen – gegenüber dem Marktpreis höheren – Vergütungsansätzen wird der heute noch fehlenden Konkurrenzfähigkeit der erneuerbaren Energien gegenüber konventionellen Anlagen Rechnung getragen. Die Produzenten erhalten die KEV über einen Zeitraum von 20 bis 25 Jahren, was Planungssicherheit für einen langfristig wirtschaftlichen Betrieb der Anlagen schaffen soll. Investitionen in An-

* Die Autoren danken Prof. em. Dr. oec. et lic. iur. Klaus A. Vallender, Prof. Dr. iur. Urs Bertschinger, Dr. iur. Stefan Rechsteiner und MSc ETH Niklas Rotering für ihre wertvollen rechtswissenschaftlichen, ökonomischen bzw. naturwissenschaftlichen Anregungen zu diesem Beitrag.

¹ Art. 7a Abs. 1 Energiegesetz (EnG) vom 26. Juni 1998 (SR 730.0).

lagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien können damit unabhängig von der Marktentwicklung amortisiert werden.² Die rechtliche Ausgestaltung der KEV bildet Gegenstand von Abschnitt II.

Die nicht durch Verkäufe «am Markt» einbringlichen Kosten der KEV werden durch einen jährlichen Zuschlag auf den Übertragungskosten der Hochspannungsnetze finanziert.³ Zur Finanzierung der Fördermassnahmen stehen jährlich momentan rund CHF 260 Mio. zur Verfügung.⁴ Eine gesetzlich festgelegte Maximalhöhe für den Zuschlag begrenzt die Fördermittel.⁵ Die Rechtsnatur des Zuschlags wurde bisher kaum diskutiert und bildet Gegenstand von Abschnitt III. Die Autoren gehen davon aus, dass der Zuschlag eine öffentliche Abgabe darstellt, die nicht mit der Finanzverfassung des Bundes vereinbar ist.

Innerhalb der ersten sechs Monate nach Start des Förderprogramms sind 5426 Anlagen für die KEV angemeldet worden.⁶ Bis zum 1. Juni 2010 ist die Zahl der Anmeldungen auf 9838 angewachsen.⁷ Der grosse Andrang liess das Fördermodell schneller als erwartet an seine Grenzen stossen. Das Jahres-Zubaukontingent 2008 für neue Photovoltaik-Anlagen war bereits am ersten Anmeldetag ausgeschöpft.⁸ Als Sofortmassnahme führte das Bundesamt für Energie (BFE) im November 2008 die Möglichkeit der Überbuchung der verfügbaren Mittel der KEV ein, um einer Blockierung durch «Platzhalterprojekte» vorzubeugen.⁹ Der Gesamtkostendeckel wurde schliesslich für alle Technologien im Februar 2009 erreicht, sodass bis heute eine Vielzahl von Anmeldegesuchen (rund 7000) auf eine Warteliste gesetzt werden musste.¹⁰ 966 dieser Gesuche für neue resp. geplante Photovoltaik-Anlagen wurden durch ein Energieförderprogramm im Rahmen des zweiten Stabilisierungsprogramms des Bundes ermöglicht, was nur wenig zur Entspannung beitrug.¹¹ Vor der Wahl einer An- oder Aufhebung des Gesamtkostendeckels oder einer beschleunigten Einführung

² Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 (StromVG), BBl 2005 1623.

³ Art. 15b Abs. 1 EnG; BFE, Faktenblatt 2 – Kostendeckende Einspeisevergütung, Bern 2008, S. 1.

⁴ Im Jahr 2009 betrug der Endverbrauch von Elektrizität 57.5 Mia. Kilowattstunden. Dazu BFE, Schweizerische Gesamtenergiestatistik 2009, Bern 2010, S. 3.

⁵ Art. 15b Abs. 4 EnG. Der gesetzlich festgelegte Maximalzuschlag wird dann erhoben, wenn die angemeldeten Anlagen mit positivem Bescheid gebaut sind, Strom ins Netz einspeisen und ab diesem Zeitpunkt die KEV erhalten; BFE, Medienmitteilung vom 24. August 2009.

⁶ BFE, Medienmitteilung vom 07. Juli 2008.

⁷ BFE, Medienmitteilung vom 07. Juli 2010.

⁸ BFE, Medienmitteilung vom 02. Februar 2009.

⁹ Als Platzhalterprojekte gelten mehrfach angemeldete Anlagen oder Grossanlagen, die aus Gründen des Umweltschutzes und der Raumplanung voraussichtlich nicht im vorgegebenen Zeitrahmen realisiert werden können, z.B. grossflächige Windparks.

¹⁰ Stiftung Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV), Geschäftsbericht 2009, Frick 2010, S. 5; BFE, Medienmitteilung vom 03. November 2010.

¹¹ BFE, Medienmitteilung vom 02. Juli 2009.

von verpflichtenden Produktionsquoten aus erneuerbaren Energien stehend, haben die eidgenössischen Räte eine Anhebung des Zuschlags auf maximal 1.0 Rappen/KWh ab 2013 und damit eine Erhöhung der Fördermittel beschlossen.¹² Nach der hier vertretenen Auffassung führt die blossе Bereitstellung zusätzlicher Mittel zur Verschärfung der dem Fördermodell inhärenten, schon auf Verfassungsstufe angelegten Zielkonflikte. Wie die Erfahrungen mit der Einspeisevergütung in Deutschland zeigen, führt die Förderung von erneuerbaren Energien ohne Kostendeckel zu einem anhaltenden Investitionsboom und entsprechend höheren Kosten für die Stromverbraucher.¹³ Die mit der KEV verbundenen Zielkonflikte und Nebenfolgen – sollten sie auch in der Schweiz auftreten – werden durch den heute praktizierten Verteilmechanismus nur ungenügend entschärft bzw. aufgefangen (Abschnitt IV).¹⁴ Nur punktuell eingegangen wird hier auf die in der Lehre intensiv geführte Diskussion, ob die gängigen Fördermechanismen im Bereich erneuerbare Energien auch mit dem WTO-Recht vereinbar sind.¹⁵

¹² Amtl. Bull. SR Sommersession 2010 vom 18. Juni 2010, S. 749; Amtl. Bull. NR Sommersession 2010 vom 18. Juni 2010, S. 1159; zur parlamentarischen Debatte Amtl. Bull. NR Wintersession 2009 vom 25. November 2009, S. 1905 ff. sowie Amtl. Bull. SR Frühjahrssession 2010, vom 4. März 2010, S. 90 ff. Art. 15b und 28b EnG.

¹³ Zu höheren Kosten führen neben der teureren Erzeugung der Energie auch die aufgrund der Prognoseungenauigkeit dargebotsabhängiger (bzw. stochastisch anfallender) Einspeisungen (v.a. bei Windenergie) notwendige Bereitstellung genügender Regelleistung und -energie sowie der durch die Förderung notwendige Netzausbau.

¹⁴ Der Vermittlungsausschuss von Bund und Ländern zur Solarförderung hat sich angesichts der ausufernden Kosten per 1. Juli 2010 auf eine Kürzung der Fördergelder um 8–13% geeinigt. Spiegel-Online vom 5. Juli 2010, Solar-Kürzungen: Bund und Länder einigen sich auf Zwei-Stufen-Modell, abrufbar unter: <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,704826,00.html>>.

¹⁵ Hier wäre zu diskutieren, ob es sich bei inländisch produzierter Elektrizität aus erneuerbaren Energien und importierter Elektrizität (konventionell erzeugt oder aus erneuerbarer Energie) um gleichartige Produkte im Sinne von Art. III Abs. 4 GATT handelt und ob eine allfällige Ungleichbehandlung nach Art. XX gerechtfertigt werden könnte. Ferner zu klären wäre, ob die Förderung mit dem GATT-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen vereinbar ist; dazu etwa *Sadeq Z. Bigdeli*, Incentive schemes to promote renewables and the WTO law of subsidies, in: Thomas Cottier/Olga Nartova/Sadeq Z. Bigdeli (Hrsg.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge 2009, S. 169 ff.; *Paolo Vergano/Eugenia Laurenza*, Subsidies to Renewable Energy Sources and International Trade: Issues and Tools to Reconcile Trade Rules and Environmental Policies, in: *Global Trade and Customs Journal*, 5 (2010) Nr. 6, S. 223 ff.; *Robert Howse*, Climate Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis, *International Institute for Sustainable Development* (Hrsg.), Winnipeg 2010, S. 8 ff. Zur Vereinbarkeit des wohl entscheidend anders strukturierten (fehlende Begrenzung der Begünstigten, Verzicht auf eine Abgabe und damit staatliche Mittel) deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetzes *Martin Altmann/Volker Oschmann/Christian Theobald* (Hrsg.), EEG: Kommentar, 2. Aufl., München 2008, Einf. N 86 ff. (Stand vor der Novellierung 2009).

II. Rechtliche Ausgestaltung der KEV

1. Energiepolitische Zielsetzungen und Zielkonflikte

Den energiepolitischen Rahmen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien setzt Art. 89 BV. Gemäss Art. 89 Abs. 1 BV haben sich Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch einzusetzen. Diese unterschiedlichen energiepolitischen Ziele stehen gleichwertig nebeneinander.¹⁶ Treten bei energiepolitischen Massnahmen Zielkonflikte auf, sind diese auf die verschiedenen Ziele hin zu optimieren.¹⁷

Der Gesetzgeber will die energiepolitischen Ziele unter anderem durch eine verstärkte Nutzung erneuerbarer Energien verwirklichen.¹⁸ Der Anteil der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien soll bis 2030 auf 77% erhöht werden; dies entspricht einer zusätzlichen jährlichen Erzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien von durchschnittlich 5400 GWh gegenüber dem Jahr 2000.¹⁹ Dadurch soll einerseits die Versorgungssicherheit erhöht werden, indem die Abhängigkeit von fossilen Energieträgern sowie von Energielieferungen aus dem Ausland reduziert wird.²⁰ Andererseits soll durch den nachhaltigen Umgang mit Ressourcen (Art. 73 BV) und durch die Verringerung umweltbelastender (CO₂-)Emissionen das Ziel der umweltverträglichen Energieversorgung gefördert werden.²¹ Im Übrigen will der Gesetzgeber den Endenergieverbrauch der privaten Haushalte bis zum Jahr 2030 auf dem Niveau des Jahres 2009 stabilisieren.²²

Die Kosten der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien befinden sich (noch) nicht im Bereich der Netzparität, liegen also über dem Niveau der Produktionskosten von konventionell erzeugtem Strom (aus fossiler Energie,

¹⁶ René Schaffhauser, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008 (nachfolgend St. Galler Kommentar zur BV), N 9 zu Art. 89 BV; Botschaft des Bundesrates zum Energiegesetz vom 21. August 1996 (EnG), BBl 1996 IV 1062.

¹⁷ Botschaft EnG (Anm. 16), S. 1062; dazu auch Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, N 4 zu Art. 89 BV.

¹⁸ Art. 1 Abs. 2 lit. c EnG, Art. 3 Abs. 1 lit. b EnG sowie Art. 5 Abs. 3 EnG.

¹⁹ Art. 1 Abs. 3 EnG; Botschaft StromVG (Anm. 2), S. 1667: Die durchschnittliche Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien der Jahre 1994 bis 2003 im Verhältnis zum Endverbrauch betrug 67%. Der Hauptanteil stammte aus Wasserkraft (über 10 MW). Die «zusätzliche» durchschnittliche Jahreserzeugung von Elektrizität gemäss Art. 1 Abs. 3 EnG soll primär durch erneuerbare Energien im Sinne von Art. 1 lit. f Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV, SR 730.01) verwirklicht werden.

²⁰ Schaffhauser (Anm. 16), N 6 zu Art. 89 BV; Botschaft EnG (Anm. 16), S. 1027 sowie 1082.

²¹ Botschaft StromVG (Anm. 2), S. 1622.

²² Art. 1 Abs. 5 EnG.

Kernenergie, aber auch grossen Wasserkraftwerken).²³ Ohne staatliche Anreize geht der Gesetzgeber daher von einer eher geringen Investitionsbereitschaft privater Anlagenbetreiber aus. Der angestrebte Zielwert soll deshalb durch ein möglichst effizientes und kostengünstiges Fördermodell erreicht werden.²⁴ Zur Diskussion standen Ausschreibungsverfahren, Quoten- und Zertifikatregelungen sowie das vom Gesetzgeber prioritär gewählte Modell einer KEV (Art. 7a EnG).²⁵ Ergänzend und frühestens im Jahr 2016 kann der Bundesrat den Energieversorgern auch verpflichtende Vorgaben für die Bereitstellung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien machen (mit Ersatzabgabe abgesichertes Quotensystem, Art. 7b Abs. 4 EnG).

Das energiepolitische Ziel der vermehrten Nutzung von erneuerbaren Energien steht potentiell in Konflikt mit anderen Verfassungsnormen. So besteht aus raumplanerischer Sicht kein Interesse an der Errichtung grossflächiger Photovoltaik-Anlagen auf noch unversiegelten Flächen, welche danach landwirtschaftlich nur noch als Schafweiden genutzt werden können (Art. 75 BV). Die Planung von Windparks in Gegenden von besonderer landschaftlicher Schönheit ist problematisch hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den Zielen des Natur- und Landschaftsschutzes (Art. 78 BV).²⁶ Auch gehen von Windparks erhebliche Lärmimmissionen aus (Immissionsschutz, Art. 74 BV).²⁷ Dezentrale Kleinwasserkraftwerke können in Konflikt mit Gewässerschutzinteressen geraten, da sie den Druck auf die letzten noch ungenutzten Gewässer erhöhen (quantitativer Gewässerschutz, Art. 76 BV).²⁸ Anlagen zur Produktion von Energie aus Biomasse tragen schliesslich zur Versiegelung des Bodens (Art. 75 BV) bei und tangieren den umweltrechtlichen Immissionsschutz, weil sie die Luftqualität beeinträchtigen (Art. 74 BV).²⁹ Eher mittelbare Konflikte bestehen etwa mit dem Ziel einer wirtschaftlichen Energieversorgung (Art. 89 BV, Art. 5 Abs. 2 EnG) und dem Gebot der Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die private

²³ *Axpo Holding AG*, Übersicht der Gesteungskosten für Elektrizität aus erneuerbaren Energien, abrufbar unter: <<http://www.axpo.ch/axpo/de/home/wissen/stromluecke/produktionskosten.html>>; siehe weiter auch die Übersicht zu Stromerzeugungskosten von *Katrin Jordan*, Barrieren für den Ausbau erneuerbarer Energien, fundiert 01/2007, S. 36.

²⁴ Botschaft StromVG (Anm. 2), S. 1674 f.

²⁵ Botschaft StromVG (Anm. 2), S. 1623 f. sowie 1667 ff.; Art. 7a EnG.

²⁶ Dazu *Reto Rigassi*, Windenergie: Umweltgerecht, aber nicht unbestritten, URP 2010, S. 49 ff.; *BFE/Bundesamt für Umwelt (BAFU)/Bundesamt für Raumentwicklung (ARE)*, Empfehlung zur Planung von Windenergieanlagen, Bern 2010, S. 7 ff. Zur entsprechenden Kontroverse («Grüne gegen Grüne») auch *Paul Schneeberger*, Konzentration als Kompromiss: Bei den über 100 Windkraftanlagen fehlt es an Koordination, NZZ Nr. 189 vom 17. August 2010, S. 11 und *Economist* vom 19. August 2010, Not on my beach, please: Wind energy and politics, S. 43 f.

²⁷ *Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt (EMPA)*, Untersuchungsbericht vom 22. Januar 2010 bzgl. Lärmermittlung und Massnahmen zur Emissionsbegrenzung bei Windkraftanlagen, Dübendorf 2010, S. 34.

²⁸ Dazu *Michelangelo Giovannini*, Wasserkraftwerke – gross oder klein?, URP 2010, S. 39.

²⁹ *Alexandra Märki*, Energieproduktion aus Biomasse: Stolpersteine in der Planung und Realisierung, URP 2010, S. 61 f.

Wirtschaft (Art. 94 BV). Die Lösung von Konflikten zwischen diesen gleichrangigen Verfassungszielen bedarf einer sorgfältigen Abwägung der betroffenen Nutzungs- und Schutzinteressen.³⁰ Im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz sind bei der Umsetzung der KEV grundsätzlich alle Verfassungsnormen soweit als möglich zur Geltung zu bringen.³¹

2. Verwaltung der KEV

Die KEV entschädigt Anlagebetreiber für die Einspeisung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien ins Stromnetz. Zur Beantragung einer KEV berechtigt sind die Betreiber von Neuanlagen zur Erzeugung von Energie aus Photovoltaik, Windenergie, Geothermie, Wasserkraft (bis 10 MW), Biomasse und Abfällen aus Biomasse.³² Für die verschiedenen Technologien hat der Gesetzgeber jeweils Kostendeckel festgelegt, um eine Überbeanspruchung der Zuschläge für eine einzelne Technologie zu verhindern.³³ Über die Anträge entscheidet die nationale Netzgesellschaft (swissgrid).³⁴ Zeichnet sich ab, dass die Finanzmittel für die Berücksichtigung weiterer Neuanlagen nicht ausreichen, unterbindet das BFE die weitere Behandlung von Gesuchen.³⁵

Das BFE hat der Energie Pool Schweiz AG (EPS AG) die Verantwortung für die Bilanzgruppe für erneuerbare Energien und die damit verbundenen Vollzugsaufgaben übertragen.³⁶ Die EPS AG nimmt den Anlagebetreibern den Strom ab und richtet ihnen die KEV aus.³⁷ Die Höhe der Vergütung richtet sich, unabhängig vom Anmeldedatum, nach den im Erstellungsjahr der Anlage geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen. Diese Referenzanlagen müssen der jeweils effizientesten Technologie entsprechen. Abhängig von der gewählten Technologie, der Leistungsklasse sowie der Anlagekategorie (im Bereich der Photovoltaik etwa freistehend, angebaut oder integriert) variieren

³⁰ Botschaft EnG (Anm. 16), S. 1085; hinsichtlich Interessenkonflikten bei Windanlagen *BFE/BAFU/ARE* (Anm. 26), S. 8 ff.

³¹ *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, N 317 f.; *Ernst Höhn*, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993, S. 241.

³² Art. 7a Abs. 1 EnG. Als Neuanlagen gelten demzufolge Anlagen, welche nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden.

³³ Amtl. Bull. NR, Wintersession 2006 vom 11. Dezember 2006, S. 1779 ff. sowie Amtl. Bull. SR, Frühjahrsession 2007 vom 07. März 2007, S. 49 ff.; weiter *BFE*, FAQ Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV), Bern 2009, S. 3.

³⁴ Art. 3g Abs. 1 EnV.

³⁵ Art. 3g Abs. 4 EnV.

³⁶ *BFE*, Medienmitteilung vom 21. Juli 2008 (Ausschreibungsverfahren gemäss WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, SR 0.632.231.422).

³⁷ Art. 24 Abs. 5 Stromversorgungsverordnung (StromVV) vom 14. März 2008 (SR 734.71); *BFE* (Anm. 33), S. 8.

die Vergütungssätze.³⁸ Die Vergütung wird über einen Zeitraum von 20 bis 25 Jahren fest zugesagt. Aufgrund der zu erwartenden technologischen Fortschritte sowie der zunehmenden Marktreife der Technologien ist für neue Anlagen ein Absenkpfad der Vergütungssätze vorgesehen.³⁹

Die EPS AG ist als (nicht-gewinnorientierte) Aktiengesellschaft des Privatrechts konstituiert und befindet sich vollständig in privatem Eigentum.⁴⁰ Sie kann betreffend die ihr übertragenen Verwaltungsaufgaben als beliehene Privatperson qualifiziert werden.⁴¹ In diesem Rahmen verfügt sie gegenüber Dritten über dieselben Befugnisse wie ordentliche Verwaltungsstellen und ist an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).⁴²

Die Aufgaben der EPS AG sind in Art. 24 StromVV sowie einer Leistungsvereinbarung konkretisiert.⁴³ Neben der Abnahme und Vergütung der Elektrizität ist die EPS AG auch zuständig für die Weiterleitung sowie den Weiterverkauf des Stroms an die lokalen Netzbetreiber.⁴⁴ Diese bezahlen für den ihnen zugeteilten Anteil an Elektrizität einen «Marktpreis», definiert als mengengewichteter Durchschnitt der täglich börsengehandelten und wechselkurskorrigierten Spotpreise für Elektrizität für das Marktgebiet Schweiz (EEX-Swissix).⁴⁵ Dieser «Marktpreis» wird vom BFE vierteljährlich aufgrund der Daten des Vorquartals berechnet und für das laufende Quartal festgelegt.⁴⁶ Die Zuteilung fixer Quoten an erneuerbarer Energie verursacht Friktionen am Markt und Verwaltungsaufwand, weshalb der deutsche Verordnungsgeber die Elektrizität aus geförderten erneuerbaren Energien seit 1. Januar 2010 direkt am Markt verkaufen lässt.⁴⁷

³⁸ Art. 7a Abs. 2 lit. a EnG i.V.m. den Anhängen 1.1-1.5 EnV.

³⁹ Art. 7a Abs. 2 EnG i.V.m. den Anhängen 1.1-1.5 EnV.

⁴⁰ *Energie Pool Schweiz AG*, Eigentümerstruktur, abrufbar unter <<http://www.energie-pool.ch/de/ueber-uns/eigentuerstruktur.html>>.

⁴¹ *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, N 1512; *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 10 N 12.

⁴² *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Anm. 41), N 1530 f.; *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Anm. 41), § 10 N 19 und 22.

⁴³ BFE (Anm. 36).

⁴⁴ Art. 24 Stromversorgungsverordnung (StromVV) vom 14. März 2008 (SR 734.71).

⁴⁵ Zugeteilte Quote gemäss Art. 24 Abs. 5 StromVV.

⁴⁶ Art. 3j Abs. 2 EnV.

⁴⁷ § 2 der deutschen Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus vom 17. Juli 2009 (BGBl I 2101) (AusglMechV). Betreffend das Entgelt würde ein Systemwechsel für die Produzenten in der Schweiz auch keinen Unterschied machen, da diese die volle KEV erhalten. Der schweizerische Gesetzgeber hat eine Quotenlösung wohl vor allem deshalb gewählt, weil die Elektrizität der EPS AG für Abnehmer eher unattraktiv ist (z.B. aufgrund stochastisch anfallender Strommengen etc.); dies spricht allerdings nicht gegen einen Verkauf der Energie direkt am Markt.

3. Finanzierung der KEV

Zur Finanzierung der Differenz zwischen KEV und dem festgelegten Marktpreis erhebt die swissgrid einen Zuschlag auf den Übertragungskosten der Hochspannungsnetze.⁴⁸ Diesen kann die swissgrid auf die lokalen Netzbetreiber überwälzen, welche diesen wiederum mit den Netznutzungsentgelten auf die Endverbraucher überwälzen können.⁴⁹ Für energieintensiv produzierende Betriebe sind Erleichterungen vorgesehen.⁵⁰

Gemäss Art. 15b Abs. 4 EnG darf der durch das BFE bedarfsgerecht festzulegende Zuschlag heute 0.7 Rappen/KWh auf dem jährlichen Endverbrauch nicht überschreiten (ab 2013: 1.0 Rappen/KWh).⁵¹ Das BFE hat den Zuschlag für die Jahre 2009 und 2010 auf 0.45 Rappen/KWh festgelegt.⁵² Damit stehen zur Finanzierung der Massnahmen nach Art. 15b Abs. 1 EnG jährlich momentan rund CHF 260 Mio. zur Verfügung.⁵³ Diese Summe fliesst in einen speziell für die Fördermassnahmen errichteten Fonds der swissgrid.⁵⁴ Die Verwaltung dieses Fonds hat swissgrid der zu diesem Zweck gegründeten Stiftung KEV übertragen.⁵⁵ Der für die KEV bestimmte Fondsanteil (rund CHF 130 Mio. pro Jahr) wird an die EPS AG überwiesen und zur Entschädigung der Anlagenbetreiber verwendet.⁵⁶

III. Rechtsnatur des Zuschlags

1. Zuschlag als öffentliche Abgabe

Öffentliche Abgaben sind üblicherweise finanzielle Leistungen, welche natürliche oder juristische Personen an ein Gemeinwesen erbringen, dessen Hoheitsgewalt sie unterworfen sind.⁵⁷ Der Zuschlag auf den Übertragungskosten der

⁴⁸ Art. 15b Abs. 1 EnG; *BFE*, Kostendeckende Einspeisevergütung – Faktenblatt 2, Bern 2008, S. 1.

⁴⁹ Art. 15b Abs. 2 EnG.

⁵⁰ Art. 15b Abs. 3 EnG i.V.m. Art. 3l EnV.

⁵¹ Art. 28b Abs. 1 i.V.m. Art. 15b Abs. 4 EnG; konkretisierend Art. 3j Abs. 1 lit. a EnV.

⁵² *BFE*, Medienmitteilung vom 24. August 2009.

⁵³ Im Jahr 2009 betrug der Endverbrauch von Elektrizität 57.5 Mia. KWh. Dazu *BFE* (Anm. 4), S. 3.

⁵⁴ Art. 15b Abs. 5 EnG i.V.m. Art. 3k EnV.

⁵⁵ *Stiftung KEV* (Anm. 10), S. 2 ff. Die swissgrid bezweckt durch diese Auslagerung an eine privatrechtlich organisierte Stiftung eine «transparente, nachvollziehbare» Abwicklung von Entgegennahme und Verwaltung der Zuschläge im «Förderfonds».

⁵⁶ Art. 3k EnV. Sodann Art. 24 Abs. 6 StromVV und Art. 3j Abs. 4 EnV.

⁵⁷ *Ernst Höhn/Robert Waldburger*, Steuerrecht, 9. Aufl., Bern 2001, § 1 N 1; *Ernst Blumenstein/Peter Locher*, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 1; *Xavier Oberson*, *Droit fiscal suisse*, 3. Aufl., Basel 2007, S. 3; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Anm. 41), N 2623.

Hochspannungsnetze wird nicht an ein Gemeinwesen entrichtet, sondern – über die lokalen Netzbetreiber – an die swissgrid bzw. die von ihr errichtete Stiftung KEV.⁵⁸ Das eigentliche Abgabesubjekt bleibt aufgrund des Gesetzeswortlauts unklar. Die swissgrid wäre aufgrund des Wortlauts von Art. 15b Abs. 2 EnG an sich nicht zur Überwälzung des Zuschlags auf die Betreiber der unterliegenden Netze verpflichtet («kann überwälzen»). Diesfalls wäre die swissgrid selbst als abgabepflichtig für den Zuschlag zu qualifizieren. Im Gegensatz zu anderen Abgaben wie der Mehrwertsteuer ist jedoch die Überwälzbarkeit des Zuschlags hier keine Frage von Marktkräften.⁵⁹ Die swissgrid ist als Monopolanbieterin wirtschaftlich ohne weiteres zur vollen Überwälzung des Zuschlags in der Lage; aus aktienrechtlicher Sicht könnte der Verwaltungsrat der swissgrid kaum auf die Überwälzung verzichten.⁶⁰ Zudem scheint die Regelung der StromVV betreffend Netznutzungsentgelte von einer vollen Überwälzung auszugehen.⁶¹ Es liegt daher näher, in Art. 15b Abs. 2 EnG eine gesetzliche Ermächtigung der swissgrid zur Erhebung der Abgabe bei den Betreibern der unterliegenden Netze zu sehen, was Letztere als abgabepflichtig erscheinen lässt; die swissgrid tritt quasi an die Stelle einer Steuerverwaltung. Die Klärung des eigentlichen Abgabesubjekts kann aber letztlich offen bleiben, denn die durch den Zuschlag generierten Finanzmittel fliessen auf jeden Fall an privatrechtlich organisierte Körperschaften, ohne direkte Beteiligung des Gemeinwesens. Der Zuschlag ist daher abgaberechtlich weiter zu qualifizieren, da gesetzlich vorgeschriebene Leistungen an privatrechtliche Organisationen nicht zwingend auch öffentliche Abgaben darstellen.⁶²

Die swissgrid ist keine typische öffentliche Abgabegläubigerin. Sie ist als Aktiengesellschaft des Privatrechts mit Sitz in der Schweiz organisiert und

⁵⁸ Nach dem Willen des Gesetzgebers kann swissgrid für die Verwaltung der Zuschläge einen Fonds errichten bzw. hat dafür ein separates Konto zu führen (Art. 15b Abs. 1 EnG, Art. 3k Abs. 1 EnV). Für die Auslagerung an die Stiftung KEV besteht dagegen keine gesetzliche Grundlage. Ob die Vorteile einer Stiftungslösung den damit einhergehenden Aufwand (v.a. für die Revision der Stiftungsrechnung) rechtfertigen, erscheint den Autoren mehr als fraglich.

⁵⁹ Art. 6 Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20); BGer in 2A.326/2002, E. 5.2.

⁶⁰ Vorbehältlich des Vorliegens von «reasonable business judgement» wäre zu prüfen, ob sich der swissgrid Verwaltungsrat bei Verzicht auf die Einbringung der Forderungen allenfalls verantwortlich (Art. 754 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [OR] vom 30. März 1911, SR 220) oder sogar strafbar (ungetreue Geschäftsbesorgung, Art. 158 Schweizerisches Strafgesetzbuch [StGB] vom 21. Dezember 1937, SR 311.0) macht durch eine ungerechtfertigte finanzielle Schädigung des Aktionariats bzw. der Gesellschaft.

⁶¹ Art. 15 Abs. 2 lit. c StromVV.

⁶² Keine öffentliche Abgabepflicht begründet die Verpflichtung, der Kundschaft eines Einkaufszentrums Parkplätze nur gegen Gebühr zur Verfügung zu stellen (BGE 125 II 129, E. 8d). Die Gebührenpflicht beschlägt hier ausschliesslich das Verhältnis zwischen dem Anlagebetreiber und den Nutzern und wirkt sich damit wie andere betriebliche Massnahmen nach Art. 12 USG aus (im Gegensatz zu vom Staat erhobenen Parkgebühren).

betreibt das gesamtschweizerische Übertragungsnetz (Netzebene 1, 380/220 kV).⁶³ Zu diesem Zweck ist sie mit hoheitlichen Kompetenzen ausgestattet.⁶⁴ Das Aktionariat der swissgrid bilden die sieben schweizerischen Verbundunternehmen.⁶⁵ Diese stehen ihrerseits in direktem oder indirektem Mehrheitsbesitz verschiedener Kantone und Gemeinden.⁶⁶ Die Kantone haben zudem das Recht, zwei Vertreter in den Verwaltungsrat der swissgrid abzuordnen.⁶⁷ Die swissgrid ist entsprechend mindestens als gemischtwirtschaftliche, wenn nicht aufgrund der mittelbar staatlichen Eigentümerschaft als öffentliche Unternehmung zu qualifizieren.⁶⁸ Als Trägerin öffentlicher Aufgaben ist sie ohnehin an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).⁶⁹

Selbst wenn für die Qualifikation des vorliegenden Abgabeverhältnisses einer rein formalen Betrachtungsweise gefolgt wird, kann die swissgrid nach dem Gesagten als «öffentliche Abgabegläubigerin» qualifiziert werden.⁷⁰ Folgt man einer materiellen Betrachtungsweise, so hat die vorliegende Leistungspflicht ohnehin die gleiche Wirkung wie eine hoheitlich auferlegte Abgabe.⁷¹ Für die abgabepflichtigen Betreiber der unterliegenden Netze scheint einerlei, ob sie von Gesetzes wegen zu Leistungen an einen privatrechtlich organisierten Träger öffentlicher Aufgaben (swissgrid bzw. Stiftung KEV) oder direkt an das Gemeinwesen verpflichtet werden. Die Erhebung des Zuschlags ist durch das Bundesrecht im Detail umschrieben und dient ausschliesslich der bundesrechtlich gewollten Finanzierung der KEV sowie weiterer Kosten im Zusammenhang mit der Förderung erneuerbarer Energien. Neben der gesetzlich über die Fördermittel ausgeübten staatlichen Kontrolle wird auch der Mittelfluss über öffentlich bzw. staatlich kontrollierte Stellen (swissgrid bzw. Stiftung KEV

⁶³ Art. 18 Abs. 1 StromVG.

⁶⁴ Z.B. Art. 20 Abs. 2 lit. c StromVG für die Anordnung von Massnahmen bei Gefährdung des stabilen Netzbetriebs.

⁶⁵ Alpiq Holding AG (33%), Axpo AG (24%), Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) (13%), Elektrizitätsgesellschaft Laufenburg AG (EGL) (12%), BKW FMB Energie AG (BKW) (11%), Centralschweizerische Kraftwerke AG (CKW) (5%), Repower AG (RE) (2%). *swissgrid*, Graphik zu den Besitzverhältnissen, abrufbar unter: <http://www.swissgrid.ch/company/organization/ownership_structure/>.

⁶⁶ Art. 18 Abs. 3 StromVG.

⁶⁷ Art. 18 Abs. 8 StromVG.

⁶⁸ Zum Begriff des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Anm. 41), § 10 N 3 ff. sowie *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Anm. 41), N 1496 ff. Zu den Aufgaben der nationalen Netzgesellschaft Art. 20 Abs. 1 und 2 StromVG. Zur Grundrechtsbindung etwa *Yvo Hangartner*, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, AJP 2000, S. 515 ff.

⁶⁹ Für die Frage der Grundrechtsbindung bleibt unbeachtlich, ob die swissgrid die ihr zugewiesenen öffentlichen Aufgaben – befugt oder unbefugt – an Dritte weiter delegiert. Dazu *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Anm. 41), N 1530 f.

⁷⁰ Das Schrifttum hat sich noch wenig mit der Qualifikation von Abgaben an Private befasst; z.B. *Peter Hettich/Yannick Wettstein*, Rechtsfragen um Kostenanlastungssteuern, ASA 78 (2010), S. 584 f. Zur formalen Abgabedefinition im deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) *Altrock/Oschmann/Theobald* (Anm. 15), Einf. N 27.

⁷¹ *Altrock/Oschmann/Theobald* (Anm. 15), Einf. N 29.

sowie die Bilanzgruppenverantwortliche EPS AG) gelenkt.⁷² Dass der Zuschlag von allen Verbrauchern und unabhängig von deren tatsächlicher Abnahme von Elektrizität aus erneuerbaren Energien bezahlt werden muss, unterstreicht dessen hoheitlichen, nur aufgrund staatlicher Befugnisse durchsetzbaren Charakter.⁷³ Die durch den Zuschlag entstehenden Einnahmen sind daher dem Staat zuzurechnen und als öffentliche Abgaben zu qualifizieren; der Zuschlag muss demgemäss den abgaberechtlichen Voraussetzungen genügen.⁷⁴

2. Zuschlag als Zwecksteuer

Traditionell werden öffentliche Abgaben in Steuern und Kausalabgaben unterteilt.⁷⁵ Steuern werden allein aufgrund der rechtlichen Zugehörigkeit des Abgabepflichtigen zum Gemeinwesen, also «voraussetzungslos»⁷⁶, oder – genauer – «gegenleistungslos» erhoben.⁷⁷ Kausalabgaben entrichten die Abgabepflichtigen demgegenüber als Gegenleistung für die Erbringung konkreter staatlicher Leistungen oder die Zuwendung besonderer Vorteile.⁷⁸ Aufgrund der geringeren fiskalischen Wirkung wird zuweilen eine weitere Kategorie der (reinen) Lenkungsabgaben unterschieden.⁷⁹

Vorliegend stellt das gesetzlich eingehend geregelte Netznutzungsentgelt die (vollständige) Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Übertragungsnetzes dar.⁸⁰ Der Zuschlag auf diesem Entgelt ist gegenleistungslos geschuldet und unabhängig von der Produktionsmenge oder dem Bezug von Elektrizität aus erneuerbarer Energie. Es handelt sich beim Zuschlag daher um eine Steuer. Weil diese Steuer über die lokalen Netzbetreiber auf die Steuerträger (Endverbraucher) abgewälzt wird, ist der Zuschlag eine indirekte Steuer.⁸¹ Ausgehend

⁷² EC mit Entscheid vom 04. Juli 2006, C (2006)2955, N 54.

⁷³ EC mit Entscheid vom 04. Juli 2006, C (2006)2955, N 55. Siehe auch unten Abschnitt IV.1.

⁷⁴ Auch *Helen Keller/Matthias Hauser*, Rechtsgutachten vom 6. Juni 2008 über den verfassungsrechtlichen Rahmen einer Klimalenkungsabgabe des Bundes, Zürich 2008, N 128, qualifizieren den Zuschlag als «Abgabe des Bundes».

⁷⁵ *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Anm. 41), § 57 N 4 f.; *Klaus A. Vallender/Reto Jacobs*, Ökologische Steuerreform, Bern 2000, S. 64 ff.; *Höhn/Waldburger* (Anm. 57), § 1 N 3.

⁷⁶ Z.B. *Blumenstein/Locher* (Anm. 57), S. 5; *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Anm. 41), § 57 N 7.

⁷⁷ *Höhn/Waldburger* (Anm. 57), § 1 N 4.

⁷⁸ *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Anm. 41), N 2625.

⁷⁹ *Blumenstein/Locher* (Anm. 57), S. 5; *Valérie Donzel*, Les redevances en matière écologique, Diss. Zürich 2002, S. 20 ff.; *dies.*, La fiscalité écologique à la lumière des principes généraux du droit, URP 2007, S. 42 ff.; *Michael Beusch*, Lenkungsabgaben im Strassenverkehr, Diss. Zürich 1999, S. 99 ff.; *Oberson* (Anm. 57), § 1 N 3; *Riccardo Jagmetti*, Energierecht, SBVR, Bd. VII, Basel 2005, N 9301 und 9412; *Helen Keller/Matthias Hauser*, Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe, Funktion und Tragweite des Verfassungsvorbehalts im Abgaberecht, AJP 2009, S. 805. Weiter etwa BGE 135 I 130, E. 2.

⁸⁰ Art. 12 Abs. 2, Art. 14 Abs. 3 lit. a sowie Art. 15 f. StromVG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 StromVV.

⁸¹ *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Anm. 41), § 57 N 17; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Anm. 41), N 2665; *Höhn/Waldburger* (Anm. 57), § 3 N 73.

vom Zweck scheiden sich die Steuern in die allgemeinen Fiskalsteuern, die Zwecksteuern und die Lenkungssteuern. Während allgemeine Fiskalsteuern der Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs dienen, zielen Zwecksteuern auf die Finanzierung bestimmter staatlicher Aufgaben ab (Zweckbindung).⁸² Lenkungssteuern dienen in erster Linie der Verhaltenslenkung, wobei der Abgabeertrag bei reinen Lenkungssteuern vollumfänglich an die Bevölkerung zurückerstattet wird, während der Abgabeertrag bei Lenkungssteuern mit Finanzierungszweck dem Staat zufällt.⁸³

Der Zuschlag dient nicht der Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs, sondern der Finanzierung der KEV, weshalb entweder von einer Zweck- oder von einer Lenkungssteuer mit Finanzierungszweck auszugehen ist. Von einer Lenkungssteuer könnte gesprochen werden, wenn der Zuschlag das Verhalten der Abgabepflichtigen in nennenswertem Mass beeinflusst. Der Zuschlag müsste diesfalls den Stromverbrauch – als quasi unerwünschte Tätigkeit – finanziell unattraktiv machen und den Abgabepflichtigen (bzw. den Endverbraucher, dem die Abgabe überwältzt wird) zu einem sparsameren Verhalten veranlassen.⁸⁴ Weder dem Wortlaut des Energiegesetzes noch den Materialien lassen sich jedoch Hinweise entnehmen, dass der Zuschlag auch eine Senkung des Gesamtenergieverbrauchs bewirken soll.⁸⁵ Eine Senkung des Gesamtenergieverbrauchs würde zudem eine Reduktion der Fördermittel bewirken. Berechnungen im Vorfeld der Volksabstimmung vom 24. September 2000⁸⁶ zu einer ökologischen Steuerreform deuten schliesslich darauf hin, dass die Nachfrage

⁸² Vallender/Jacobs (Anm. 75), S. 69; Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 41), N 2668; Keller/Hauser (Anm. 79), S. 805; Giovanni Biaggini, Umweltabgaben, marktwirtschaftliche Instrumente – de quoi s'agit-il?, URP 2000, S. 447; Jagmetti (Anm. 79), N 2510.

⁸³ Jagmetti (Anm. 79), N 9412; Blumenstein/Locher (Anm. 57), S. 6; Beusch (Anm. 79), S. 101 f.; Donzel, redevances (Anm. 79), S. 20 f. Kritisch Vallender/Jacobs (Anm. 75), S. 66 und Klaus A. Vallender, Grundzüge des Kausalabgabenrechts: Gebühren – Vorzugslasten – Ersatzabgaben, Bern 1976, S. 171 f., wonach alle öffentlichen Abgaben faktisch das Verhalten der Abgabeträger beeinflussen. Vorgänge, die mit Abgaben belastet sind, werden von potentiellen Abgabeträgern möglichst vermieden, was die Beurteilung, ob eine Verhaltenslenkung tatsächlich beabsichtigt ist und im Vordergrund steht, erschwert.

⁸⁴ Tschannen/Zimmerli/Müller (Anm. 41), § 57 N 12; Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 41), N 2672; Klaus A. Vallender/Peter Hettich/Jens Lehne, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Bern 2004, § 11 N 64.

⁸⁵ Der Bundesrat stellt in seiner Botschaft den Ausbau der erneuerbaren Energien und die Steigerung der Gesamtenergie-Effizienz in den Vordergrund. Erläuterungen zu den Hintergründen der Finanzierung der KEV mittels Zuschlägen auf den Kosten des Hochspannungsnetzes fehlen. Der Bundesrat weist lediglich darauf hin, dass «letztlich die inländischen Endverbraucher solidarisch die durch die Förderprogramme verursachten Mehrkosten» tragen; Botschaft StromVG (Anm. 2), S. 1668. Auch den amtlichen Wortprotokollen der Bundesversammlung und der Kommissionen zum StromVG lässt sich wenig entnehmen.

⁸⁶ Volksabstimmung vom 24. September 2000 über eine Volksinitiative «für einen Solarrappen (Solar-Initiative)», den dazugehörigen Gegenentwurf (Verfassungsartikel über eine Förderabgabe für erneuerbare Energien) sowie den Verfassungsartikel über eine Energielenkungsabgabe für die Umwelt (Gegenentwurf zur zurückgezogenen «Energie-Umwelt-Initiative»).

nach Elektrizität preisunelastisch ist. Preiserhöhungen wie die vorliegende führen dementsprechend nur zu einem unterproportionalen Nachfragerückgang.⁸⁷ Lediglich energieintensiv produzierende Betriebe werden durch eine Abgabe in geringer Höhe merklich belastet; diese geniessen aber gerade deswegen Erleichterungen.⁸⁸ Die vorliegende Abgabe löst also keinen spürbaren Lenkungseffekt aus; ihr kommt keine ökologische Wirkung zu.⁸⁹ Damit muss der Zuschlag als Zwecksteuer qualifiziert werden; eine Einordnung als Lenkungssteuer fällt ausser Betracht.⁹⁰

Die Zwecksteuern scheiden sich in die «gewöhnlichen», typischen Zwecksteuern und die Kostenanlastungssteuern. Kostenanlastungssteuern stellen eine besondere Form von Zwecksteuern dar und folgen im weitesten Sinne einer Grundidee des Verursacherprinzips.⁹¹ Sie werden einer bestimmten Gruppe von Abgabepflichtigen auferlegt, weil die Mitglieder dieser Gruppe zu bestimmten Aufwendungen des Gemeinwesens eine nähere Beziehung aufweisen als die Gesamtheit der Steuerpflichtigen.⁹² Gemäss der hier vertretenen Auffassung abgabepflichtig sind vorliegend die lokalen Netzbetreiber, welche den Zuschlag auf die Endverbraucher überwälzen können.⁹³ Steuerträger sind also letztlich die Endverbraucher und damit die Allgemeinheit. Ungeachtet dessen sind die Aufwendungen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien weder Netzbetreibern noch Konsumenten als Verursachern anzulasten. Die Stromverbraucher können von der Förderung generell nicht stärker profitieren als die «übrige» Bevölkerung; sie können auch nicht

⁸⁷ Bundesamt für Justiz (BJ), Rechtsgutachten vom 4. August 1997 über Rechtsfragen zum Entwurf des Energiegesetzes in der vom Nationalrat am 4. Juni 1997 verabschiedeten Fassung (EnG-NR), Bern 1997, S. 10 f. Die Preisunelastizität der Stromnachfrage wird auch bei Betrachtung von energiepolitischen Szenarien des BFE deutlich: So wäre nach Auffassung des BFE eine Verdoppelung der aktuellen Endverbraucherpreise für Energie notwendig, um bis 2035 (gegenüber dem Stand im Jahr 2000) eine Senkung des Endenergieverbrauchs pro Kopf um 31% zu erreichen; BFE, Die Energieperspektiven 2035 – Synthese, Bd. 1, Bern 2007, S. 20 f. Dazu auch Bernhard Oettli/Stephan Hammer/Fabia Moret/Rolf Iten/Thomas Nordmann, Stromeffizienz und erneuerbare Energien – wirtschaftliche Alternative zu Grosskraftwerken (Schlussbericht), INFRAS/TNC Consulting AG (Hrsg.), Zürich 2010, S. 134.

⁸⁸ Art. 15b Abs. 3 EnG.

⁸⁹ Tobias Jaag/Helen Keller, Zur Verfassungsmässigkeit einer Energieabgabe, URP 1998, S. 352; Gebhard Kirchgässner, Eine moderne Steuer- und Abgabenordnung für die Schweiz: Vorüberlegungen und Grundzüge, Chur 1999, S. 104; Vallender/Jacobs (Anm. 75), S. 145.

⁹⁰ Gl.M. Jagmetti betreffend abgabenrechtliche Qualifikation der kantonalen Förderabgabe von Basel-Stadt (§ 16 EnG BS). Diese kantonale Abgabe entspricht dem System der KEV des Bundes. Der Ertrag der Abgabe auf dem Elektrizitätskonsum fliesst ebenso wie der Ertrag des bundesrechtlichen Zuschlags auf den Übertragungskosten in einen Fonds, welcher der Finanzierung von Fördermassnahmen (u.a. Beiträge an Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien) dient (§ 13 f. EnG BS). Vgl. Jagmetti (Anm. 79), N 9312.

⁹¹ Keller/Hauser (Anm. 74), N 19; Jagmetti (Anm. 79), N 9307. Kritisch dazu Hettich/Wettstein (Anm. 70), S. 557 ff. sowie Vallender/Hettich/Lehne (Anm. 84), § 5 N 123.

⁹² Keller/Hauser (Anm. 79), S. 805 f.

⁹³ Art. 15b Abs. 2 EnG.

als hauptsächliche Verursacher dieser Aufwendungen angesehen werden. Darüber hinaus ist die Gruppe der Endverbraucher in der Schweiz derart gross und heterogen, dass die Abgabe faktisch dieselbe Wirkung wie eine allgemein erhobene Zwecksteuer entfaltet.⁹⁴ Die Förderaufwendungen kommen als umwelt- und energiepolitische Anliegen der Allgemeinheit nur abstrakt zugute. Nachfolgend wird deshalb vom Vorliegen einer allgemeinen Zwecksteuer und nicht von einer Kostenanlastungssteuer ausgegangen⁹⁵, was aber hinsichtlich der Erhebungsvoraussetzungen rechtlich – jedenfalls nach der auch hier vertretenen traditionellen Auffassung – keine Rolle spielt.

3. Zuschlag unvereinbar mit der Finanzverfassung

Die schweizerische Bundesverfassung geht grundsätzlich von der kantonalen Abgabehoheit aus.⁹⁶ Entsprechend der in der Verfassung enthaltenen Kompetenzausscheidung darf der Bund nur diejenigen Abgaben erheben, die ihm die Bundesverfassung zuweist, während die Kantone all jene Abgaben erheben dürfen, die nicht ausschliesslich dem Bund vorbehalten sind.⁹⁷ Soweit ersichtlich ist unbestritten, dass eine Sachkompetenz in einem Bereich die Befugnis zur Erhebung von kostenabhängigen Kausalabgaben (z.B. Verwaltungsgebühren) stillschweigend mit beinhaltet.⁹⁸ Die Auslegung einer Sachkompetenz kann freilich ergeben, dass diese auch die Erhebung kostenunabhängiger Kau-

⁹⁴ Zum Kriterium der Homogenität auch BVerfGE 82, 159 (179 ff.); 75, 108 (147 f.); 55, 274 (305); 67, 256 (275 ff.); BVerfG, 2 BvL 54/06 vom 3. Februar 2009, N 100. Weiter *Hettich/Wettstein* (Anm. 70), S. 563.

⁹⁵ Gl.M. Keller/Hauser (Anm. 74), N 128.

⁹⁶ *Vallender* (Anm. 83), S. 147; *Peter Böckli*, Innovation und Mimikry im Abgaberecht – Eine Untersuchung zur abgaberechtlichen Einordnung des «Landschaftsrappens», ASA 58 (1989), S. 185; *Ernst Höhn*, Aspekte verfassungsmässiger Besteuerung, ASA 45 (1976), S. 220.

⁹⁷ Art. 3 und 134 BV. Dazu *Klaus A. Vallender*, Leitlinien der Bundesfinanzordnung, AJP 1999, S. 690; *ders.*, Verfassungsmässig begrenzte Besteuerungsbefugnisse des Gesetzgebers, in: *Ernst Höhn/Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Steuerrecht im Rechtsstaat – FS Cagianut*, Bern 1990, S. 23; *Walter Ryser/Bernard Rolli*, *Précis de droit fiscal suisse (impôts directs)*, 4. Aufl., Bern 2002, S. 7 und 25; *Oberson* (Anm. 57), S. 16 f.; *Jean-Marc Rivier*, *Droit Fiscal Suisse*, 2. Aufl., Lausanne 1998, S. 61 f.; *Höhn/Waldburger* (Anm. 57), S. 68; *Daniela Wyss*, Kausalabgaben, Diss. Basel 2009, S. 111; *Blumenstein/Locher* (Anm. 57), S. 48; *Giovanni Biaggini/Andreas Lienhard/Paul Richli/Felix Uhlmann*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes*, 5. Aufl., Basel 2009, S. 23; *Hettich/Wettstein* (Anm. 70), S. 551 ff.

⁹⁸ *Pierre Tschannen*, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Bern 2007, § 20 N 56; *BJ*, Gutachten vom 15. Juli 1999 über Anforderungen an die Verfassungsgrundlage für die Erhebung der jährlichen, pauschal bemessenen Abgaben im Bereich der Banken- und Privatversicherungsaufsicht sowie der Unfallverhütung im Strassenverkehr, VPB 64 (2000) Nr. 25, A.III.1.a.; *Peter Saladin*, in: *Jean-François Aubert et al.* (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Basel 1986, N 131 zu Art. 3 aBV sowie *Ernst Höhn*, N 8 ff. zu Art. 42 aBV; *Oberson* (Anm. 57), S. 17; *Keller/Hauser* (Anm. 74), N 36 m.w.H.; zur Einschränkung auf kostenabhängige Kausalabgaben *Vallender* (Anm. 83), S. 147; *Beusch* (Anm. 79), S. 107.

salabgaben erlaubt, wie dies z.B. bei den gestützt auf Art. 92 und 93 BV erhobenen Konzessionsgebühren der Fall ist. Für die Erhebung von Steuern, einschliesslich der hier relevanten Zwecksteuer, bedarf der Bund gemäss herrschender Auffassung jedoch einer ausdrücklichen Ermächtigung in der Bundesverfassung.⁹⁹ Im Jahr 1989 konnte Bockli diesen Verfassungsvorbehalt für neue Abgaben des Bundes noch ohne zu zögern als eine «der eifrigst gehüteten praktisch wirksamen Verfassungsregeln der Schweiz» bezeichnen.¹⁰⁰ Vorbehältlich einer ausdrücklichen Steuererhebungskompetenz und der Möglichkeit, einen Teil der Kosten durch Kausalabgaben zu decken, muss der Bund somit die ihm durch Verfassung und Bundesgesetzgebung zugewiesenen Aufgaben aus den allgemeinen Steuereinnahmen bestreiten.¹⁰¹ Als Ausnahme vom Verfassungsvorbehalt können gestützt auf eine Sachkompetenz auch reine Lenkungssteuern erhoben werden.¹⁰² Nach umstrittener Auffassung können Lenkungssteuern sodann erhoben werden, wenn ihr Ertrag «lenkungszielkonform» eingesetzt wird.¹⁰³ Vereinzelt wird auch die Meinung vertreten, der Verfassungsvorbehalt gelte nur für «wichtige Steuern»¹⁰⁴, nur für Fiskal-

⁹⁹ Höhn (Anm. 96), S. 216 ff.; Vallender, Besteuerungsgefugnisse (Anm. 97), S. 24; Blumenstein/Locher (Anm. 57), S. 47 f.; René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, § 13 N 14 sowie 18; René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N 3283; Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann (Anm. 97), S. 23; Rolf Benz, Verankerung reiner Lenkungssteuern in der Bundesverfassung, ZBl 105/2004, S. 246; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel Suisse, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2006, N 1071 f.; Markus Reich, Steuerrecht, Zürich 2009, S. 50 f.; Oberson (Anm. 57), S. 17; Bockli (Anm. 96), S. 200 f.; Xavier Oberson/Michel Hottelier, La taxe de surveillance perçue auprès des organismes d'autorégulation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent: nature juridique et constitutionnalité, AJP 2007, S. 56; Vallender/Hettich/Lehne (Anm. 84), § 5 N 121 ff. (spezifisch zu Aufsichtsabgaben); BJ (Anm. 98), A.III.1.a. m.w.H.; Andreas Lienhard/Agata Zielniewicz, in: Andreas Lienhard (Hrsg.), Finanzrecht, SBVR, Bd. X, Basel 2011, N 67.

¹⁰⁰ Bockli (Anm. 96), S. 186.

¹⁰¹ Eidgenössische Justizabteilung, Gutachten vom 25. August 1967 über öffentliche Abgaben: Art. 31^{bis} Abs. 3 BV als Rechtsgrundlage für die Erhebung von Abgaben?, VPB 1966-67, Nr. 95, S. 152.

¹⁰² Vallender/Jacobs (Anm. 75), S. 70 ff.; Wyss (Anm. 97), S. 112 f.; Xavier Oberson, Les taxes d'orientation: nature juridique et constitutionnalité, Basel/Genf 1991, S. 169 f.; Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann (Anm. 97), S. 23. A.M. Benz (Anm. 99), S. 247 ff., welcher Art. 3 BV auch individualrechtliche Funktion zuschreibt und aufgrund dessen auch reine Lenkungssteuern in der Verfassung verankern möchte.

¹⁰³ Keller/Hauser (Anm. 74), N 190.

¹⁰⁴ Saladin (Anm. 98), N 129 zu Art. 3 aBV; Peter Saladin, Bund und Kantone, ZSR 103 II NF (1984), S. 486; Thomas Kappeler, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen umweltpolitisch motivierter Lenkungsabgaben, Diss. Zürich 2000, S. 99 ff., 101; Oberson (Anm. 102), S. 156 (präzisiert nun aber Oberson/Hottelier (Anm. 99), S. 54: «En matière de contributions publiques, la Confédération ne peut en effet percevoir que les impôts dont la source se trouve expressément énoncée dans la Constitution fédérale. ... S'agissant par contre de taxes causales ou des taxes d'orientation, le pouvoir de les prélever peut être accordé à la Confédération à des conditions moins rigides.»).

steuern¹⁰⁵, oder zumindest nicht für «Finanzierungsabgaben mit besonderem Zurechnungszusammenhang»¹⁰⁶. In einem jüngeren Gutachten wollen *Keller/Hauser* den Verfassungsvorbehalt – quasi als Zusammenzug dieser Einschränkungen – nur noch für die wichtigsten Steuern gelten lassen, also diejenigen, welche einen fiskalischen Zweck verfolgen, einen hohen Ertrag abwerfen und somit stark in das kantonale Steuersubstrat eingreifen.¹⁰⁷

Der Bund verfügt nicht über eine ausdrückliche Kompetenz zur Erhebung einer Steuer auf den Kosten des Übertragungsnetzes. Art. 89 BV (Energiepolitik) beinhaltet neben Zielnormen (Abs. 1) lediglich eine Ermächtigung zur Grundsatzgesetzgebung (Abs. 2), welche die Erhebung von Abgaben mit Finanzierungszweck nicht umfasst.¹⁰⁸ Da der historische Verfassungsgeber bewusst auf eine solche Bundeskompetenz verzichtete, liegt ein qualifiziertes Schweigen vor.¹⁰⁹ Auch Art. 91 Abs. 1 BV, welcher den Bund beauftragt, Vorschriften bezüglich des Transports und der Lieferung von elektrischer Energie zu erlassen, beinhaltet keine Kompetenz zur Steuererhebung. Der Bund nimmt aufgrund dieser Bestimmung zwar für sich in Anspruch, ein Übertragungsmonopol zu errichten¹¹⁰, Tarifvorschriften zu erlassen oder Massnahmen in Bezug auf die Versorgungssicherheit vorzusehen. Die Kompetenz zur Erhebung von Abgaben (z.B. eines zweckgebundenen Strompreiszuschlags für erneuerbare Energien) verbleibt aber auch nach Auffassung des Bundesrates bei den Kantonen.¹¹¹

¹⁰⁵ *Andreas Auer*, Sonderabgaben – Ein Beitrag zu besonderen Erscheinungsformen öffentlich-rechtlicher Geldleistungspflichten, Bern 1980, S. 72 f., 178; *Eidgenössische Justizabteilung* (Anm. 101), S. 152.

¹⁰⁶ *Auer* (Anm. 105), S. 69, 84 f., 177 f. Danach sind Sonderabgaben gestützt auf die Sachkompetenzen dann zulässig, wenn und soweit diese Abgaben durch das angestrebte Ziel abschliessend determiniert sind, insbesondere hinsichtlich der Abgabenhöhe. Die Determinationstheorie lehnt *Böckli* (Anm. 96), S. 194 f. u.E. überzeugend ab.

¹⁰⁷ *Keller/Hauser* (Anm. 74), N 132 f.

¹⁰⁸ *Schaffhauser* (Anm. 16), N 23 zu Art. 89 BV; *Jagmetti* (Anm. 79), N 9415; *Biaggini* (Anm. 17), N 2 ff. zu Art. 89 BV.

¹⁰⁹ Botschaft des Bundesrates über einen Energieartikel in der Bundesverfassung vom 7. Dezember 1987, BBl 1988 I, S. 373; Amtl. Bull. NR Herbstsession 1988 vom 22. September 1988, S. 1103, 1117. Weiter *Jaag/Keller* (Anm. 89), S. 333; *Keller/Hauser* (Anm. 74), N 161.

¹¹⁰ So Botschaft StromVG (Anm. 2), S. 1674 und *Schaffhauser* (Anm. 16), N 3 zu Art. 91 BV; zu Recht kritisch zu dieser Befugnis *Biaggini* (Anm. 17), N 3 zu Art. 91 BV; *Stefan Rechsteiner*, Gutachten vom 27. November 2003 zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Errichtung einer schweizerischen Netzgesellschaft für die Übertragung von Elektrizität, erstattet im Auftrag des BFE, Zürich 2003, N 31 ff.; *Jean-François Aubert/Pascal Mahon*, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich 2003, N 9 zu Art. 91 BV.

¹¹¹ Botschaft StromVG (Anm. 2), S. 1678. Einige Kantone haben von ihrer Kompetenz zur Erhebung von Energieabgaben Gebrauch gemacht, so z.B. der Kanton Basel-Stadt, welcher eine Förderabgabe von höchstens 12% auf den Netzkosten erhebt, um damit energiepolitische Massnahmen sowie Förderbeiträge zu finanzieren; dazu § 16 EnG BS, § 41 ff. EnV BS sowie die Verordnung über Solarstrom vom 4. August 2009.

Wer entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, der Zuschlag sei eine Lenkungssteuer (mit Finanzierungszweck), hätte Art. 74 BV als mögliche Grundlage für die Steuer zu prüfen. Gestützt auf Art. 74 BV ist der Bund kompetent, zum Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt alle erforderlichen Massnahmen zu treffen und unter möglichen Instrumenten grundsätzlich frei zu wählen.¹¹² Der Einsatz von reinen Lenkungssteuern – beispielsweise zur Verminderung klimarelevanter Emissionen oder zur Bekämpfung der mit dem Energieverbrauch zusammenhängenden Umweltverschmutzung – steht ihm prinzipiell offen. Allerdings darf die bestehende, ausdrückliche Kompetenzordnung nicht durch die Annahme stillschweigender Kompetenzen ausser Kraft gesetzt werden. Insbesondere ist die bestehende Finanzkompetenzordnung zu beachten.¹¹³ Da der Ertrag aus dem Zuschlag nicht an die Bevölkerung zurückerstattet wird, beeinträchtigt er das kantonale Steuersubstrat. Auch als Lenkungssteuer mit Finanzierungsfunktion bedürfte der Zuschlag einer ausdrücklichen Grundlage in der Verfassung. Selbst unter Zugrundelegung der permissiven Auffassung von *Keller/Hauser* könnte auf eine Verfassungsgrundlage nicht verzichtet werden, da der Ertrag aus dem Zuschlag nicht «lenkungszielkonform» eingesetzt wird. Die Förderung der erneuerbaren Energie steht in keinem Zusammenhang mit dem (hier unterstellten) Lenkungsziel der Reduktion des Energieverbrauchs, vor allem da der Zuschlag keine Unterscheidung betreffend die Produktionsweise der Elektrizität – konventionell oder erneuerbar – vorsieht (und als Zuschlag auf den Netzkosten auch nicht vorsehen kann).

Wer der hier vertretenen abgaberechtlichen Qualifikation folgt und von einer gewöhnlichen Zwecksteuer ausgeht, müsste nach herrschender Lehre die Schaffung einer Verfassungsgrundlage fordern. Der Verfassungsvorbehalt für neue Steuern des Bundes dient in erster Linie dem Schutz des Steuersubstrats der Kantone.¹¹⁴ Sollte der Verfassungsvorbehalt lediglich, wie von *Keller/Hauser* in ihrem Gutachten vertreten, die «Substanz» des Steuersubstrats schützen, erscheint diese Substanz jedoch durch den Zuschlag kaum gefährdet.¹¹⁵ Im Verhältnis zu den Steuereinnahmen der Kantone (CHF 37.9 Mia. im Jahr

¹¹² *Vallender/Jacobs* (Anm. 75), S. 71 f.; *Jagmetti* (Anm. 79), N 9416.

¹¹³ *Biaggini* (Anm. 17), N 6 zu Art. 74 BV; *Reto Morell*, St. Galler Kommentar zur BV (Anm. 16), N 16 zu Art. 74 BV; *Keller/Hauser* (Anm. 79), S. 825.

¹¹⁴ *Vallender/Jacobs* (Anm. 75), S. 74; *Keller/Hauser* (Anm. 74), N 82; *Thomas Fleiner*, Rechtsgutachten über die Verfassungsmässigkeit des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18. Dezember 1973, Zürich 1975, S. 311; *Votum Pfisterer*, Amtl. Bull. SR, Wintersession 2004 vom 09. Dezember 2004, S. 843. *Vallender*, Leitlinien (Anm. 97), S. 690 bezeichnet die Finanzhoheit der Kantone denn auch als «Lebensnerv ihrer Eigenstaatlichkeit».

¹¹⁵ *Keller/Hauser* (Anm. 74), N 130 f.

2007¹¹⁶) erscheint der Ertrag aus dem Zuschlag (rund CHF 260 Mio. für alle Massnahmen des EnG im Jahr 2009¹¹⁷; davon Fondsanteil KEV: CHF 130 Mio.) tatsächlich als gering. Die Beschränkung des Verfassungsvorbehaltes auf die «Substanz» schafft jedoch ein Einfallstor zur Verlagerung der Aufgabenfinanzierung auf eine Vielzahl von «Sonderabgaben», welche für sich allein genommen – als «unbedeutende» Eingriffe – den Verfassungsvorbehalt leer laufen liessen; dabei erweist sich ein Zuschlag auf dem Übertragungsnetz als besonders verlockend, da bereits eine geringe Abgabe erhebliche Mittel generiert.¹¹⁸ Das Gesamtvolumen dieser Vielzahl einzelner Abgaben wird vom Parlament kaum auf Verfassungskonformität hin geprüft, da sich diese Prüfung grundsätzlich auf die in Frage stehende Abgabe beschränkt.¹¹⁹ Der geschilderte Anreiz zur Schaffung von Sonderabgaben wirkt vor dem Hintergrund der verschiedenen Begrenzungen der Steuererhebungskompetenzen bei den wichtigen Fiskalsteuern des Bundes umso stärker.¹²⁰ Es ist nach der hier vertretenen Auffassung kaum einleuchtend, dass der Verfassungsgeber die «gewöhnlichen» Steuerkompetenzen des Bundes zeitlich, sachlich und in der Höhe begrenzt, gleichzeitig aber dem Bundesgesetzgeber ein Ausweichen auf eine Finanzierung mittels in dieser Hinsicht unbegrenzter Sachkompetenzen erlaubt.¹²¹

Nach dem Gesagten erscheint die Erhebung eines Zuschlags auf den Kosten des Übertragungsnetzes als verfassungswidrig, da eine ausdrückliche Grundlage zur Erhebung dieser Steuer in der Verfassung fehlt.¹²² Die KEV müsste

¹¹⁶ Bundesamt für Statistik (BFS), Öffentliche Finanzen, Übersicht über Steuereinnahmen der Kantone im Jahr 2007, abrufbar auf <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/18/02/blank/key/einnahmen_von_bund0/kantone.html>.

¹¹⁷ Dazu Anm. 53.

¹¹⁸ So werden den Wasserkraftwerkbetreibern auferlegte Sanierungsmassnahmen durch eine weitere Erhöhung des Zuschlags um maximal 0.1 Rappen/KWh finanziert; Art. 15b Abs. 1 lit. d EnG.

¹¹⁹ Prüfung des Erlassentwurfs auf Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht nach Art. 141 ParlG.

¹²⁰ Die Kompetenz zur Erhebung der direkten Bundessteuer und der Mehrwertsteuer ist bis Ende 2020 begrenzt; Art. 196 Ziff. 13 f. BV.

¹²¹ In diesem Sinne auch *Höhn* (Anm. 96), S. 221. Zur Schutzfunktion der Finanzverfassung und zur Umgehung der Finanzverfassung durch Rückgriff auf Sachkompetenzen überzeugend BVerfG, 2 BvL 54/06 vom 3. Februar 2009, N 97.

¹²² Im Rahmen der Beratungen der nationalrätlichen Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie (UREK-N) zum StromVG äusserte sich auch die Verwaltung in diesem Sinne. So wurde zu bedenken gegeben, dass Gelder, welche vom Bund aus dem Übertragungsnetz generiert werden, «gewissermassen einer Steuer» entsprechen. Dies war auch nach Auffassung der Verwaltung nicht verfassungsmässig, weil der Bund zur Finanzierung hoheitlicher Aufgaben einer expliziten Verfassungsgrundlage bedarf, über welche er aber im konkreten Fall nicht verfügt. Die Verwaltung schlug deshalb vor, dass private Netzbetreiber freiwillig einen Zuschlag auf die Übertragungskosten des Höchstspannungsnetzes erheben, um «die Tragweite der verfassungsrechtlichen Frage [zu mildern]». Vgl. dazu Protokoll UREK-N vom 25. April 2005 betreffend Stromversorgungsgesetz (StromVG) und Elektrizitätsgesetz (EleG), S. 37 f.

nach geltendem Verfassungsrecht dem allgemeinen Finanzhaushalt entnommen werden.

IV. Verteilung der Fördergelder im Lichte der Verfassungsziele

Begrenzte öffentliche Ressourcen wie die vorliegenden Fördergelder bedürfen eines Verteilungsmechanismus, welcher die mit der Förderung verfolgten öffentlichen Interessen bestmöglich und effizient verwirklicht sowie rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.¹²³ In diesem Sinne muss der Verteilungsmechanismus die Grundrechte beachten, im Bereich von Subventionen also vor allem das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) und die Gleichbehandlung der Konkurrenten (Art. 27 BV) wahren. Mit anderen Worten soll eine Subvention keine Wettbewerbsverzerrungen erzeugen.¹²⁴

Grundsätzlich erhalten alle korrekt bei der swissgrid angemeldeten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 ans Netz gegangen sind oder zu diesem Zeitpunkt bereits über eine Baubewilligung und eine Stellungnahme des zuständigen Netzbetreibers verfügten, einen positiven Förderbescheid und werden für die KEV berücksichtigt.¹²⁵ Für den voraussehbaren und nun eingetretenen Fall der Überbuchung der zur Verfügung stehenden Fördermittel hat der Bundesrat in Art. 3g Abs. 5 ff. EnV eine Prioritätenordnung aufgestellt, wie sie auch das allgemeine Subventionsrecht verlangt. Die vorliegende Ordnung priorisiert Anlagen in erster Linie nach dem Datum ihrer Anmeldung («Windhundverfahren», «first come first served») und in zweiter Linie nach ihrem Leistungsumfang (grössere Anlagen haben also Vorrang vor kleineren Anlagen¹²⁶). Das Kriterium des Leistungsumfangs kam nur bei den Photovoltaik-Anlagen zur Anwendung; für diese gingen an den ersten zwei Tagen über

¹²³ Siehe VPB 64.76, E. 4, wonach beschränkte Mittel «zielbewusst und wirkungsvoll» eingesetzt werden müssen. Analog die aus Art. 1 Abs. 1 lit. b und c SuG fliessenden Ziele des Subventionsgesetzes und die zugehörigen Erläuterungen in der Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG) vom 15. Dezember 1986, BBl 1987 I 378.

¹²⁴ Botschaft SuG (Anm. 123), S. 406. Dazu auch *Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann* (Anm. 97), S. 22; *Barbara Schaeferer*, Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht, Diss. Zürich 1992, S. 232; *Fabian Möller*, Rechtsschutz bei Subventionen: die Rechtsschutzmöglichkeiten Privater im Subventionsverfahren des Bundes unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen des nationalen und internationalen Subventions- und Beihilferechts, Diss. Basel 2006, S. 310; *Gérard Hertig*, Les aides des cantons aux particuliers, *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 1985, Nr. 1 (Januar/Februar), S. 22 ff. (hinsichtlich kantonomaler Finanzhilfen).

¹²⁵ Art. 7a Abs. 1 EnG i.V.m. Art. 3g Abs. 3 EnV. Dazu auch *BFE*, Medienmitteilung vom 18. August 2008.

¹²⁶ Art. 3g Abs. 5 EnV.

1000 Anmeldungen ein.¹²⁷ Die infolge dieser Selektion nicht berücksichtigten Projekte wurden in eine Warteliste aufgenommen.¹²⁸ Aufgrund dieses Nachfrageüberhangs ist der Selektionsmechanismus von Bedeutung.

1. KEV als Subvention des Bundes

Subventionen dienen der Beeinflussung des Verhaltens privater Wirtschaftssubjekte. Sie entgelten resp. vergünstigen die Erbringung bestimmter erwünschter Leistungen durch Private und fördern dadurch ein konkretes öffentliches Interesse.¹²⁹ Aufgrund der Vielfalt möglicher Subventionsverhältnisse präsentiert sich der Begriff der Subvention seit jeher uneinheitlich.¹³⁰ Als Subventionen gelten Beiträge, Entschädigungen, Kostenbeiträge, Investitionshilfen, Kredite, Zulagen, Finanzhilfen, Abgeltungen, Beihilfen, Zuwendungen, Subsidien, Erleichterungen, zinsfreie oder zinsvergünstigte Darlehen, Prämien, Stipendien, Bürgschaften, Unterstützungen, Steuererleichterungen und ähnliche Instrumente.¹³¹

Die Subvention ist charakterisiert durch eine geldwerte Leistung des Gemeinwesens, welche Dritten in Verbindung mit einem bestimmten Zweck oder als Abgeltung für die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben zukommt.¹³² Das Subventionsgesetz des Bundes¹³³ unterscheidet zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen.¹³⁴ Finanzhilfen sind geldwerte Vorteile zur Förderung oder Erhaltung einer vom Subventionsempfänger selbstgewählten privaten Aufgabe. Abgeltungen sind demgegenüber Leistungen zur Milderung oder zum Ausgleich finanzieller Lasten, welche dem Subventionsempfänger aus der Erfül-

¹²⁷ BFE (Anm. 125).

¹²⁸ Art. 3g Abs. 6 EnV.

¹²⁹ Tobias Jaag/Andreas Lienhard/Pierre Tschannen, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, Bern 2009, S. 58; Rhinow/Schmid/Biaggini (Anm. 99), § 16 N 43; Vallender/Hettich/Lehne (Anm. 84), § 11 N 73.

¹³⁰ Möller (Anm. 124), 20 ff.; Schaerer (Anm. 124), S. 33 ff.; René A. Rhinow, *Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung*, Diss. Basel 1971, N 7. Siehe ausserdem rechtsvergleichend zum Subventionsbegriff Michael Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung: die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichem Recht*, Tübingen 2000, S. 29 ff. sowie zum Subventionsbegriff des GATT-Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen vom 15. April 1994 (ASCM) Thomas Cottier/Matthias Oesch, *International Trade Regulation*, Bern 2005, S. 993 ff.

¹³¹ Schaerer (Anm. 124), S. 38 und 50 f. Weiter Vallender/Hettich/Lehne (Anm. 84), § 11 N 74 und 82; Rhinow (Anm. 130), N 61 und 64 f. Dazu auch BGer in 2A.273/2004, E. 2.3; BGE 126 II 443, E. 6 m.w.H.

¹³² Vallender/Hettich/Lehne (Anm. 84), § 11 N 77; rechtsvergleichend zur Subvention Rodi (Anm. 130), S. 29 ff.

¹³³ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1).

¹³⁴ Art. 3 Abs. 1 bzw. Abs. 2 SuG.

lung vorgeschriebener oder übertragener Aufgaben erwachsen. Nachfolgend wird die KEV als Subvention, konkreter als Finanzhilfe, qualifiziert.

Die von der EPS AG ausgerichtete KEV richtet sich nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von effizienten Referenzanlagen und liegt entsprechend über dem Marktpreis.¹³⁵ Die Betreiber von Anlagen zur Produktion erneuerbarer Energie empfangen somit einen geldwerten Vorteil, ohne eine marktübliche bzw. wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung zu erbringen.

Die Ausrichtung der Vergütung dient dem im öffentlichen Interesse liegenden Ziel, die Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien zu erhöhen.¹³⁶ Die Vergütung unterliegt einer Zweckbindung und wird nur ausbezahlt, wenn der Empfänger die Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien erfüllt. Namentlich wird verlangt, dass eine Investition in Neuanlagen erfolgt, welche Elektrizität aus erneuerbaren Energien gewinnen.¹³⁷

Potentielle Empfänger der Vergütung entscheiden frei darüber, ob sie in solche Neuanlagen investieren wollen. Die vergütete Tätigkeit ist nicht vom Bund delegiert, sondern wird freiwillig und auf Initiative des Empfängers ausgeübt.

Subventionen sind sodann aus staatlichen Mitteln zu leisten. Vorliegend richtet die EPS AG die KEV aus; die dafür benötigten finanziellen Mittel entstammen nicht dem allgemeinen Staatshaushalt, sondern dem speziell dafür errichteten und letztlich aus privaten Mitteln gespeisten Fonds der swissgrid. Gemäss der Beihilfepraxis zum europäischen Gemeinschaftsrecht – eine Schweizer Praxis hat sich bisher nicht gebildet – können auch von Rechtssubjekten des Zivilrechts erbrachte Leistungen staatliche Mittel darstellen, sofern der Staat auf die Vergabe dieser Mittel Einfluss nehmen kann.¹³⁸ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH können «staatliche» oder «aus staatlichen Mitteln gewährte» Beihilfen also nicht nur unmittelbar durch den Staat, sondern auch durch eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden.¹³⁹ Eine Beihilfe muss sodann unter Berücksichtigung

¹³⁵ Art. 7a Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 3j Abs. 2 EnV.

¹³⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 3 EnG; Botschaft StromVG (Anm. 2), S. 1622 und 1669.

¹³⁷ Art. 7a Abs. 1 EnG i.V.m. Art. 3 ff. EnV.

¹³⁸ *Walter Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 3: Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin 2007, N 599; siehe auch *Wolfgang Mederer/Dimitris Triantafyllou*, in: Angela Bardenhewer-Rating/Gerhard Grill/Thinam Jakob/Ulrich Wölker (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, N 24 zu Art. 87 Abs. 1 EGV.

¹³⁹ Dazu EuGH in Rs. C-82/77, N 24 f. (Van Tiggele), C-189/91, N 19 (Sloman Neptun); C-52/97 bis C-54/97, N 13 (Kirsammer-Hack); C-200/97, N 13 (Viscido u. a.); C-295/97, N 35 (Eco-trade); C-379/98, N 58 (PreussenElektra). Einer ähnlichen Dogmatik folgt Art. 1.1(a)(1)(iv) ASCM, welcher finanzielle Beiträge, deren Ausrichtung normalerweise dem Staat übertragen wäre, ausdrücklich als Subventionen definiert, auch wenn private Rechtssubjekte vom Staat zu deren Leistung angewiesen oder damit betraut werden.

ihrer Finanzierungsweise qualifiziert und beurteilt werden.¹⁴⁰ So müssen etwa Abgaben zur Finanzierung einer Beihilfe dem Staat zurechenbar sein.¹⁴¹ Das heisst, der Staat – und nicht das mit der Verteilung beauftragte private Rechtssubjekt – muss mittels Vorschriften über die Einnahmen verfügen. Eine staatliche Beihilfe liegt demnach vor, wenn die verteilten Finanzmittel nicht freiwillig aufgebracht wurden, sondern auf Zwangsbeiträgen oder zweckgebundenen Abgaben beruhen und der Verteilungsprozess auf staatlicher Reglementierung basiert.¹⁴²

Der EuGH befasste sich in «PreussenElektra» mit der gesetzlichen Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme von Elektrizität aus erneuerbaren Energien zu festgelegten Mindestpreisen. Weil die Unternehmen nicht vom Staat mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragt worden waren, sondern zur Abnahme der Elektrizität unter Einsatz ihrer eigenen finanziellen Mittel verpflichtet wurden, verneinte der EuGH das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe. Das Gericht argumentierte, eine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel auf Unternehmen habe nicht stattgefunden.¹⁴³ Nach WTO-Recht wäre dagegen dieser Fördermechanismus allenfalls dennoch als Subvention zu qualifizieren gewesen.¹⁴⁴ Im Unterschied zur Situation in «Preussen Elektra» leistet die vom Bund beauftragte EPS AG die Vergütungen aber ohnehin nicht aus eigenen Mitteln, sondern erhält dazu Mittel aus dem Fonds der swissgrid.¹⁴⁵ Wie gezeigt wurde, stammen diese Mittel aus einer zweckgebundenen öffentlichen Abgabe und sind damit – ungeachtet ihrer Verwaltung durch die swissgrid bzw. der zu diesem Zweck errichteten Stiftung KEV – dem Staat zurechenbar. Die swissgrid hat keine Möglichkeit, auf die Überwälzung des Zuschlags tatsächlich zu verzichten oder die Erträge aus dem Zuschlag für andere als die vom Gesetzgeber in Art. 15b Abs. 1 EnG

¹⁴⁰ Dazu EuGH in Rs. C-47/69 N 4 (Frankreich/Kommission); C-261/01 und C-262/01 N 49 (van Calster); C-345/02 N 29 (Pearle); C-333/07 N 89 (Société Régie Networks).

¹⁴¹ Dazu EuGH in Rs. C-345/02, N 35 (Pearle).

¹⁴² *Mederer/Triantafyllou* (Anm. 138), N 25 zu Art. 87 Abs. 1 EGV.

¹⁴³ Dazu EuGH in Rs. C-379/98, N 59 (PreussenElektra).

¹⁴⁴ Art. 1.1(a)(2) ASCM qualifiziert die Stützung von Preisen – vorliegend die gesetzliche Festlegung von Mindestpreisen – per se als Subvention. Gesetzlich festgelegte Einspeisevergütungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien könnten demnach ebenfalls als Subventionen angesehen werden; *Vergano/Laurenza* (Anm. 15), S. 231; *Bigdeli* (Anm. 15), S. 171 f. A.M. *Howse* (Anm. 15), S. 12 f., welcher staatliche Preisregulierung in Netzwerk-Industrien nicht als Stützung von Preisen i.S.v. Art. 1.1(a)(2) ASCM versteht. Seiner Ansicht nach reflektieren Preisregulierungen bei staatlichen Versorgungsbetrieben mannigfaltige öffentliche Interessen, weshalb die Ermittlung eines hypothetischen «Marktpreises» und dessen allfällige Differenz zu den gewährten Einspeisevergütungen einen Eingriff in die regulatorischen Abläufe eines demokratischen Staates bedeuten würde. A.M. ausserdem *Altrock/Oschmann/Teobald* (Anm. 15), Einf. N 108 ff., welche in den gesetzlich festgelegten Einspeisevergütungen keine Preisstützung, sondern lediglich ein «angemessenes Entgelt» sehen, um Anlagebetreiber überhaupt erst dazu zu bringen, Strom aus erneuerbaren Energien zu produzieren.

¹⁴⁵ Art. 3j Abs. 4 EnV i.V.m. Art. 24 Abs. 6 StromVV.

vorgesehenen Zwecke zu verwenden.¹⁴⁶ Es überrascht nicht, dass ähnlich ausgestaltete Fördermodelle in Europa dem Beihilferecht unterstellt sind.¹⁴⁷ Es erscheint daher angemessen, auch die schweizerische KEV als Finanzhilfe zu qualifizieren und vorbehältlich abweichender, spezialgesetzlicher Normierungen (im Energie- und Stromversorgungsgesetz) den Bestimmungen des Subventionsgesetzes zu unterstellen.¹⁴⁸ Entsprechend den im Subventionsgesetz für alle Subventionen niedergelegten, einheitlichen Grundsätzen würde damit sichergestellt, dass Subventionen hinreichend begründet sind, ihren Zweck auf wirtschaftliche und wirkungsvolle Art erreichen, einheitlich und gerecht geleistet werden sowie nach finanzpolitischen Erfordernissen ausgestaltet sind.¹⁴⁹

2. «Windhundverfahren» als subventionsrechtliche Prioritätenordnung

Das Subventionsgesetz verlangt die Erstellung einer Prioritätenordnung für die Subventionsvergabe für den Fall, dass die eingereichten oder zu erwartenden Gesuche die verfügbaren Mittel übersteigen.¹⁵⁰ Dafür genügt eine durch das zuständige Departement erlassene Verwaltungs- oder Rechtsverordnung.¹⁵¹ Prioritätenordnungen sollen eine rechtsgleiche und willkürfreie Rechtsanwendung gewährleisten und eine einheitliche Verwaltungspraxis sicherstellen.¹⁵² Liegt ein Bezug zur Wirtschaftsfreiheit vor, dienen Prioritätenordnungen ausserdem der Wahrung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität.¹⁵³ Mögliche Kriterien, welche bei der Festlegung von Prioritätenordnungen Anwendung finden können, sind der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung («Windhundverfahren», «first come, first served»), das öffentliche Interesse an einem Projekt, die Möglichkeit anderweitiger Finanzierbarkeit oder die Dringlichkeit eines

¹⁴⁶ Dazu vorne, III.1.

¹⁴⁷ Die Einspeisetarife im Rahmen des österreichischen Ökostromgesetzes gelten als staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV. Das österreichische Modell zur Förderung der Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energieträgern ist dem schweizerischen sehr ähnlich. Dazu EC mit Entscheid vom 04. Juli 2006, C (2006)2955, N 54 ff. und N 60. Zum Ganzen ausserdem EuGH in Rs. C-482/99, N 37 (Stardust) sowie Rs. C-206/06, N 70 und 96 (Essent Network Noord BV). Weiter auch *Mederer/Triantafyllou* (Anm. 138), N 24 ff. zu Art. 87 Abs. 1 EGV; *Frenz* (Anm. 138), N 598 ff. A.M. *Walter Steiger/Patrick Loosli*, Praxisforum MWST, STR 2009, S. 413, welche im Rahmen einer mehrwertsteuerlichen Würdigung ohne weitergehende Begründung bemerken, dass die KEV «nicht als Subvention bzw. anderen Beitrag der öffentlichen Hand im Sinne von Art. 33 Abs. 6 Bst. b MWSTG» gelte.

¹⁴⁸ Art. 2 Abs. 2 SuG.

¹⁴⁹ Art. 1 Abs. 1 SuG.

¹⁵⁰ Art. 13 Abs. 2 SuG.

¹⁵¹ Zur Diskussion der Rechtsnatur subventionsrechtlicher Prioritätenordnungen *Schaerer* (Anm. 124), S. 213 ff.; *Möller* (Anm. 124), S. 311 ff.

¹⁵² Botschaft SuG (Anm. 123), S. 406; *Schaerer* (Anm. 124), S. 217; *Möller* (Anm. 124), S. 310.

¹⁵³ Implizit *Möller* (Anm. 124), S. 310.

Projekts.¹⁵⁴ Falls mehrere ähnlich gelagerte Fälle vorliegen, kommt zudem ein Rotationsmodus unter den verschiedenen Subventionsempfängern in Betracht.¹⁵⁵

Die Prioritätenordnung für die KEV wurde vom Bundesrat in der Energieverordnung geregelt; der formelle Gesetzgeber hat sich zu dieser Frage nicht geäußert.¹⁵⁶ Die Vergabe der KEV erfolgt danach prioritär nach dem Datum der Gesuchseinreichung. Gehen Gesuche am selben Datum ein, so sind (in zweiter Linie) projektierte Anlagen mit grösserem Leistungsumfang zu bevorzugen.¹⁵⁷

Bei einer Priorisierung nach dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung werden Gesuche in chronologischer Reihenfolge berücksichtigt, bis keine Fördermittel mehr vorhanden sind.¹⁵⁸ Da der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung vollständig im Verfügungsbereich der Anlagenbetreiber liegt, gilt für alle Projekte dieselbe Ausgangslage für eine Förderung. Dadurch besteht – zumindest formal – Chancengleichheit zwischen allen Projekten. Eine Priorisierung nach dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung wahrt damit den Grundsatz der Rechtsgleichheit, sofern die Gesuchsteller tatsächlich die Möglichkeit haben, bis zum Stichtag ein Gesuch auszuarbeiten und einzureichen.¹⁵⁹ Gleichzeitig führt das Windhundverfahren aber zu einem «run» auf die beschränkt vorhandenen Fördermittel. Das Verfahren lässt zudem weitere Kriterien, wie zum Beispiel die «Erwünschtheit» einer spezifischen Anlage, ausser Betracht; unter Umständen werden auch Projekte unterstützt, welche auf die finanziellen Fördermittel nicht angewiesen sind.¹⁶⁰ Darüber hinaus werden erst später entwickelte, technologisch innovativere Projekte benachteiligt, da zum Zeitpunkt ihrer Marktreife keine Fördermittel mehr vorhanden sind.¹⁶¹ Mit anderen Worten berücksichtigt das Windhundverfahren andere öffentliche Interessen als die blossе Förderung der erneuerbaren Energien nicht.

¹⁵⁴ *Schaerer* (Anm. 124), S. 229 ff.

¹⁵⁵ *Schaerer* (Anm. 124), S. 231; *Hertig* (Anm. 124), S. 17. Ähnlich die Vergabe von Bewilligungen zur Nutzung öffentlichen Grundes; dazu BGE 119 Ia 445, 121 I 279, 132 I 97 und BGer 2C.144/2007.

¹⁵⁶ Entsprechend Art. 17 EnG hat der Bundesrat in der Energieverordnung die zum Vollzug des Energiegesetzes erforderlichen Ausführungsbestimmungen erlassen; Botschaft EnG (Anm. 16), S. 1123. Die UREK-S diskutierte im Rahmen von Vorberatungen die Kompetenzverteilung bei Vollzug bzw. Umsetzung des Energiegesetzes durch Bund und Kantone, bezog aber keine Stellung zu einer allfälligen Prioritätenordnung; Protokoll UREK-S vom 24. August 2006 betreffend Stromversorgungsgesetz und Elektrizitätsgesetz, S. 52 ff.

¹⁵⁷ Art. 3g Abs. 5 EnV.

¹⁵⁸ *Schaerer* (Anm. 124), S. 229.

¹⁵⁹ So betreffend Zollkontingente die Botschaft des Bundesrates zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe (Agrarpolitik 2002) vom 26. Juni 1996, BBl 1996 IV 119.

¹⁶⁰ *Schaerer* (Anm. 124), S. 230.

¹⁶¹ Z.B. Fotozellen mit nanostrukturierten Oberflächen; EMPA, Medienmitteilung vom 28. Juli 2010.

Sind mehrere Gesuche am selben Tag eingegangen und können diese nicht alle berücksichtigt werden, erfolgt eine Priorisierung nach dem Leistungsumfang der projektierten Anlage. Anlagen mit grösserer Leistung werden dabei solchen mit geringerer Leistung vorgezogen.¹⁶² Laut Bundesrat liegt der Grund für die gewählte Priorisierung darin, dass damit «der grösste Restbeitrag an das Ziel mit dem besten Kosten-Nutzen-Verhältnis erreicht werden kann.»¹⁶³ Damit wird impliziert, dass der Leistungsumfang – also die maximal erzeugbare Energieleistung – der Anlage entscheidend für deren wirtschaftliche und technische Effizienz sei. Gerade bei Photovoltaik-Anlagen hängt die technische Effizienz der Energiegewinnung aufgrund der Modularität der Anlagen nicht von der Grösse ab. Eine Optimierung ist sowohl bei Klein- als auch bei Grossanlagen möglich.¹⁶⁴ Für einen technisch und auch wirtschaftlich effizienten Betrieb sind die gewählte Technologie (etwa kristalline oder Dünnschichtzellen) die eingesetzten Wechselrichter und der Standort der Anlage (Ausrichtung gegen Süden, Neigung 30°, hohe Sonnenscheindauer) entscheidend.¹⁶⁵ So ist unter der gewählten Prioritätenordnung denkbar, dass ein Privathaushalt technisch hocheffiziente Solarzellen auf dem Hausdach installiert, aber als Kleinproduzent im Gegensatz zu flächenmässig grösseren, möglicherweise weniger effizienten Anlagen von Industrie- oder Energieunternehmen nicht vom Fördergeld profitieren kann. Da die Betreiber von Kleinanlagen wie diejenigen von grösseren Anlagen Kosten- und Technologierisiken eingegangen sind, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Differenzierung bzw. der Nichtberücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Effizienz einer Anlage.

3. Prioritätenordnung im Lichte der involvierten öffentlichen Interessen

Die Verteilung der Fördermittel ist ausschliesslich auf die rasche Verwirklichung des vom Gesetzgeber angestrebten Mengenziels (Steigerung der durchschnittlichen Jahreserzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien um

¹⁶² Art. 3g Abs. 5 EnV.

¹⁶³ Antwort des Bundesrates vom 22.09.2008 auf die Frage von Nationalrat Alec von Graffenried anlässlich einer Fragestunde zur kostendeckenden Einspeisevergütung für Strom aus erneuerbaren Energien (Geschäft 08.5236), abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefts.aspx?gesch_id=20085236>.

¹⁶⁴ Diesbezüglich unpräzise ist die Aussage der *Stiftung KEV*, welche im Geschäftsbericht 2009 (Anm. 10), S. 12, pauschal schreibt, dass «mit grösseren Anlagen die Energie kostengünstiger produziert werden [können]». Wie das Beispiel der modular einsetzbaren Photovoltaik-Anlagen zeigt, ist der Zusammenhang zwischen Grösse sowie wirtschaftlicher und technischer Effizienz einer Anlage bzw. möglichen Skaleneffekten je nach Art des erneuerbaren Energieträgers verschieden.

¹⁶⁵ In Bezug auf die Technologie wird primär zwischen kristallinen Solarzellen und Dünnschichtzellen unterschieden. Erstere zeichnen sich im Vergleich zu Dünnschichtzellen durch einen höheren Wirkungsgrad aus, sind in der Herstellung aber auch teurer; *Schweizerischer Fachverband für Sonnenenergie (Swissolar)*, Solarstrom – unerschöpfliche Energie, Zürich 2009, S. 3.

5400 GWh) und einen möglichst geringen administrativen Aufwand ausgerichtet.¹⁶⁶ Selbst im Hinblick auf die Verwirklichung ausschliesslich des Mengenziels wären jedoch die Fördermittel nicht in der Reihenfolge des Eingangs der Gesuche zuzusprechen, sondern – zwecks möglichst sparsamer und wirtschaftlich effizienter Verwendung – allenfalls zu versteigern. Mit anderen Worten sollten im Hinblick auf das Mengenziel diejenigen Anlagen zuerst gefördert werden, welche in ihrer Kategorie (bei Photovoltaikanlagen freistehend, angebaut oder integriert) die geringste Vergütung pro KWh beanspruchen. Dies schont die Fördermittel für weitere Anlagen. In den Räten wurde – eine undifferenzierte Ausschreibung der Fördermittel vor Augen – die marktwirtschaftliche Vergabe der Fördermittel abgelehnt, da sie tendenziell diejenige Technologie bevorzuge, welche der Netzparität am nächsten steht. Zudem stiess die Ausschreibung unter Hinweis auf den zwar grundlegend anders strukturierten, aber marktwirtschaftlich abgestützten Vergabemechanismus in Grossbritannien auf Skepsis.¹⁶⁷

Die geltende Prioritätenordnung lässt andere öffentliche Interessen als die Verwirklichung des Mengenziels bei der Vergabe der Fördermittel ausser Betracht. Die energiepolitischen Ziele beinhalten nicht nur den Wunsch nach umweltschonender, sondern auch nach breit gefächelter und sicherer Energieversorgung. Dies hätte im vorliegenden Zusammenhang namentlich eine Abwägung der mit der dezentralen Produktion in Kleinanlagen bzw. zentralen Produktion in grösseren Anlagen einhergehenden Vor- und Nachteile bedingt. Eine dezentrale Versorgung kann die Notwendigkeit von Netzausbauten verringern oder verstärken sowie die mit dem Energietransport einhergehenden

¹⁶⁶ Der administrative Aufwand kann freilich nur beschränkt zur Begründung der Einschränkung grundrechtlich geschützter Bereiche dienen. Dazu *Beatrice Weber-Dürler*, Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat, ZBl 97/1996, S. 205 ff. Weiter auch BGE 128 I 3, E. 3e/cc (e contrario).

¹⁶⁷ Amtl. Bull. NR Herbst 2010 vom 21. September 2005, S. 1089 und 1092 f. Grossbritannien führte 1990 die «Renewable Non-Fossil Fuel Obligation» (NFFO) ein. Dabei konnten sich Produzenten von Strom aus erneuerbaren Energien in einem Ausschreibungswettbewerb um Abnahmevergütungen bewerben, welche für Mehrkosten in der Produktion entschädigten. Aufgrund spekulativen Bieterverhaltens und der in Grossbritannien stark zentralisierten Raumplanung wurde trotz finanzieller Förderung eine Vielzahl von Projekten nicht realisiert. Der marktwirtschaftlich abgestützte Vergabemechanismus ist nicht grundsätzlich gescheitert: So stieg durch die NFFO die britische Produktion von erneuerbarer Energie deutlich an und führte zu einem starken Preisdruck auf grünen Strom (die vergüteten Mehrkosten während dreier Vergaberunden zwischen 1994 und 1998 sanken von 4.2 Pence/KWh auf 2.7 Pence/KWh). Darüber hinaus hätte strategischem Bieterverhalten durch griffige Sanktionen bei Nichtrealisation von Projekten begegnet werden können. Zum Ganzen *Catherine Mitchell/Peter Connor*, Renewable energy policy in the UK 1990-2003, Energy Policy 32 (2004), S. 1935 ff.; *Ryan Wiser/Mark Bolinger/Lewis Milford/Kevin Porter/Roger Clark*, Innovation, Renewable Energy and State Investment: Case Studies of Leading Clean Energy Funds, Berkeley National Laboratory/Clean Energy Group (Hrsg.), S. 20 ff.; *André Suck*, Erneuerbare Energien und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft – Staatliche Regulierung im Vergleich zwischen Deutschland und Grossbritannien, Wiesbaden 2008, S. 159 ff.

Verluste und Immissionen (Lärm) reduzieren bzw. erhöhen. So entlasten Photovoltaikanlagen in Ballungszentren mit hohem Energiebedarf das Netz bei gleichzeitiger Korrelation der solaren Einspeisung mit den Lastspitzen um die Mittagszeit. Dagegen wird in landwirtschaftlichen, lastschwachen Gebieten das Netz durch starke dezentrale Einspeisung eher überlastet (Lastflussumkehr), was Investitionen in Netze notwendig macht und die Übertragungsverluste aufgrund grösserer Distanzen zwischen dem Ort der dezentralen Energieeinspeisung und dem Ort des Energieverbrauchs ansteigen lässt. Die Beurteilung der Auswirkungen dezentraler Einspeisung auf Netzausbau und Netzverluste in den elektrischen Netzen der Schweiz stellt sich folglich äusserst komplex dar.¹⁶⁸ Darüber hinaus steht die geltende Prioritätenordnung im potentiellen Konflikt zu Schutzinteressen des Umweltrechts, der Raumplanung und des Natur- und Heimatschutzrechts.¹⁶⁹ So sieht auch Art. 18a RPG die grosszügigere Bewilligung von Solaranlagen nur dann vor, wenn diese sorgfältig in Dach- und Fassadenflächen integriert sind; dies unterstreicht die geschilderten Schutzinteressen. Deren Wahrung obliegt heute gänzlich den kantonalen und kommunalen Planungs- und Baubehörden.¹⁷⁰ Dessen ungeachtet könnte auch schon der Verteilmechanismus in der Tendenz kleinflächige, in Dächer oder Fassaden integrierte Photovoltaik-Anlagen aufgrund ihrer gegenüber Freiflächenanlagen geringfügigeren Immissionen¹⁷¹, ihrer sparsameren Raumbeanspruchung und ihrer besseren Integration in Landschafts- und Dorfbilder bevorzugen.¹⁷² Die

¹⁶⁸ Detailliert dazu *Alexander Ladermann/Andreas Esser/Wolfgang Fritz/Christian Linke/Heike Worm*, Wirtschaftlichkeit dezentraler Einspeisung auf die elektrischen Netze der Schweiz (Schlussbericht), CONSENTECH GmbH/Polynomics AG (Hrsg.), Aachen/Olten 2010, S. 31 ff. Zu kostensenkenden Effekten durch die Implementierung von sog. Smart Grids etwa *Oettli/Hammer/Moret/Iten/Nordmann* (Anm. 87), S. 198 f.

¹⁶⁹ In der UREK-S wurde hinsichtlich der energiepolitischen Ziele diskutiert, ob explizit festgehalten werden sollte, dass mit der Erhöhung der Jahreserzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien die geltenden Anforderungen von Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutz eingehalten werden müssen. Die Vertreter der Verwaltung wiesen allerdings darauf hin, dass die Einhaltung der geltenden Umweltschutz- und Raumplanungsgesetzgebung im Rahmen energiepolitischer Massnahmen ohnehin selbstverständlich sei, weshalb von einer expliziten Erwähnung dieser Ziele abgesehen wurde. Vgl. UREK-S vom 3. April 2006 betreffend Bundesgesetz über die Stromversorgung (StromVG), S. 34 f.

¹⁷⁰ Für einen Versuch zur Schaffung einheitlicher Genehmigungsstandards etwa *BFE/BAFU/ARE* (Anm. 26), S. 17 ff. Auch die pendente Teilrevision des Raumplanungsgesetzes soll die überörtliche Planung stärken. Vgl. dazu den Botschaftsentwurf des Bundesrates vom 21. Januar 2010, abrufbar unter: <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/18004.pdf>>; siehe ebenso *Bundesamt für Raumentwicklung (ARE)*, Siedlungsbegrenzung für eine nachhaltige Siedlungspolitik, Evaluation Nutzungsplanung aus Sicht der nachhaltigen Siedlungsentwicklung, Bern 2003, S. 4 ff.

¹⁷¹ Hauptsächlich in Frage kommt eine allenfalls störende Blendwirkung durch Lichtreflexionen. Vgl. dazu VGer ZH vom 7. November 2007, VB.2007.00307.

¹⁷² In gesamte Gebäudehüllen integrierte Anlagen sind aufgrund ihrer meist nicht optimalen Ausrichtung technisch weniger effizient, verbrauchen jedoch keine zusätzlichen Flächen. Das französische Ministerium für Ökologie, Energie, nachhaltige Entwicklung und das Meer will

KEV sieht zwar höhere Vergütungstarife für integrierte Anlagen vor, doch werden damit vor allem die im Vergleich zu freistehenden Anlagen höheren Gesteungskosten abgegolten.¹⁷³ Im Ergebnis bleibt die pauschale Bevorzugung grösserer Anlagen bestehen. Angesichts der langen Vergütungsdauer hätte sich eine sorgfältige Prüfung der einzelnen Fördergesuche, verbunden mit einem Einbezug und einer Abwägung aller involvierter Interessen, aufgedrängt. Die geltende Prioritätenordnung kommt dem Gebot der Optimierung energiepolitischer Massnahmen im Hinblick auf die bestmögliche Erreichung aller energiepolitischen und anderer Verfassungsziele nicht nach.¹⁷⁴

Nach Art. 8 BV ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.¹⁷⁵ Zwei tatsächlich gleiche bzw. gleichgelagerte Situationen sind demgemäss in gleicher Weise zu behandeln, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung.¹⁷⁶ Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger oder sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen nach dem Regelungszweck nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.¹⁷⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint die gewählte Prioritätenordnung suboptimal. Der de facto auf einen einzigen Stichtag ausgerichtete Vergabestichtag benachteiligt in der Tendenz kleinere Anbieter, welche in der Projektplanung weniger flexibel und von einer Vielzahl äusserer Faktoren abhängig sind (z.B. externe Finanzierungszusagen). Zudem lässt die Prioritätenordnung anlagebezogene Unterscheidungskriterien ausser Betracht, die sich im vorliegenden Zusammenhang an sich aufdrängen (z.B. der die wirtschaftliche Effizienz beeinflussende Standort einer Anlage).

kleinere Anlagen deshalb bevorzugt fördern. Integrierte Solaranlagen werden entsprechend durch die Auszahlung besonders hoher Vergütungssätze gefördert (maximal 58 Cents/KWh). Vgl. Annexe 1 Ziff. 2, Arrêté du 12 janvier 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000 sowie die Stellungnahme des Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer in Bezug auf die Entwicklungspolitik von erneuerbaren Energien, abrufbar unter: <<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Politique-de-developpement-des,13554.html>>.

¹⁷³ Anhang 1.2 Ziff. 3.1 EnV, wonach bei Inbetriebnahme ab 2010 von der Anlagegrösse abhängige Vergütungstarife zwischen 50.8 und 73.8 Rp./KWh entrichtet werden. Gemäss Swissolar liegen die Investitionskosten für gut in die Gebäudehülle integrierte Anlagen rund 25% höher als für Aufdach- oder Flachdachanlagen. Vgl. *Swissolar* (Anm. 165), S. 8.

¹⁷⁴ Zum Optimierungsgebot *Schaffhauser* (Anm. 16), N 9 zu Art. 89 BV.

¹⁷⁵ *Rainer J. Schweizer/Margrith Bigler-Eggenberger*, St. Galler Kommentar zur BV (Anm. 16), N 22 zu Art. 8 BV; kritisch zur Semantik *Biaggini* (Anm. 17), N 10 zu Art. 8 BV.

¹⁷⁶ Dazu BGE 125 I 161, E. 3a; 123 I 1, E. 6a; BGer in 2A.756/2006, E. 4.2. Dazu auch *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Anm. 41), N 507; *Biaggini* (Anm. 17), N 10 f. zu Art. 8 BV; *Schweizer/Bigler-Eggenberger* (Anm. 175), N 38 zu Art. 8 BV.

¹⁷⁷ Dazu BGE 125 I 173, E. 6b; 122 I 18, E. 2b/cc; 119 Ia 123, E. 2b. Siehe weiter *Beatrice Weber-Dürler*, Rechtsgleichheit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg P. Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 661.

Die geltende Prioritätenordnung steht damit in einem Spannungsverhältnis zu dem aus der Rechtsgleichheit fließenden Differenzierungsgebot.

V. Zusammenfassung

Nach Ablehnung aller drei Vorlagen hinsichtlich ökologischer Steuerreform in der Volksabstimmung vom 24. September 2000 hat der Gesetzgeber mit dem StromVG – nunmehr im zweiten Anlauf – ein Modell zur Förderung erneuerbarer Energien eingeführt. Das Modell sieht vor, dass den Produzenten von Elektrizität aus erneuerbaren Energien die Gestehungskosten über einen Zeitraum von 20–25 Jahren unabhängig von den jeweils geltenden Marktpreisen vergütet werden. Diese sog. kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) wird über einen Zuschlag auf den Übertragungskosten der Hochspannungsnetze finanziert. Ziel der Förderung ist eine Steigerung der jährlichen Elektrizitätsproduktion aus erneuerbaren Energien um 5400 GWh.

Der Zuschlag auf den Übertragungskosten ist als öffentliche Abgabe zu qualifizieren. Es handelt sich nach der hier vertretenen Auffassung um eine gewöhnliche Zwecksteuer, da dem Zuschlag keine ökologische Lenkungswirkung (im Sinne einer Senkung des Elektrizitätsverbrauchs) zukommt. Nach der herrschenden Lehre bedarf der Bund zur Einführung einer neuen Steuer einer ausdrücklichen Grundlage in der Verfassung, welche vorliegend fehlt. Der Zuschlag auf den Übertragungskosten erweist sich damit als verfassungswidrig. Die Finanzierung der KEV wäre nach dem geltenden Recht aus dem allgemeinen Staatshaushalt zu leisten.

Gesuche der Anlagebetreiber um Gewährung der KEV werden in erster Linie nach dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, in zweiter Linie – also bei gleichem Datum der Gesuchseinreichung – nach dem Leistungsumfang der Anlage berücksichtigt. Diese subventionsrechtliche Prioritätenordnung ist in verschiedener Hinsicht unglücklich. Geht es allein um die rasche Verwirklichung des Mengenziels, wären für die KEV diejenigen Anlagen prioritär zu berücksichtigen, welche zu ihrer Realisierung den geringsten Anteil öffentlicher Gelder beanspruchen; dies würde die Versteigerung der bestehenden Fördermittel implizieren. Geht es um eine bestmögliche Verwirklichung der energiepolitischen und sonstigen Verfassungsziele (wie Raumplanung, Umweltschutz, Natur- und Heimatschutz), wären in einer umfassenden Interessenabwägung diejenigen Anlagen zu berücksichtigen, welche diese Ziele bestmöglich verwirklichen. Die geltende Prioritätenordnung lässt diese öffentlichen Interessen jedoch ausser Betracht. Sodann steht die Prioritätenordnung in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsgleichheit, da sie nach der hier vertretenen Auffassung Betreiber von Grossanlagen im Vergabeprozess begünstigt und da sie wichtige Parameter einer Anlage, z.B. deren technische und wirtschaftliche Effizienz, unberücksichtigt lässt.