

Michael Waldner / Dr. Stefan Rechsteiner

## Investitionen in erneuerbare Energien und Grundversorgung

---

Der Ausbau der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien nimmt eine hohe Priorität in der derzeitigen Ausrichtung der Energiepolitik ein. Die Schweiz verfügt mit der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) seit 2009 über ein neues Fördermodell, von dem bereits eine grosse Zahl von Projekten profitieren konnte. Der Beitrag gibt zunächst einen Überblick über diesen neuen Fördermechanismus. In einem zweiten Teil wird die KEV in den Kontext der Grundversorgung gestellt. Dabei zeigt sich, dass die derzeitige Regulierung der Grundversorgung die Investitionen von Energieversorgungsunternehmen in erneuerbare Energien zu hemmen drohen.

---

Rechtsgebiet(e): Energie- und Umweltrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Michael Waldner / Stefan Rechsteiner, Investitionen in erneuerbare Energien und Grundversorgung, in: Jusletter 23. April 2012

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung und Überblick
2. Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV)
  - A. Grundprinzip
  - B. Von der Zulassung zur KEV bis zur Inbetriebnahme
  - C. Der Betrieb der Anlage während der Vergütungsdauer
  - D. Abnahme des KEV-Stroms und Finanzierung
  - E. Freier Markt
  - F. Wechsel zwischen KEV und freiem Markt
3. KEV-Projekte im Kontext der Grundversorgung
  - A. Einleitung
  - B. Regulierung von Grundversorgungsenergie
4. KEV-Projekte als Finanzinvestment
5. Schlussfolgerungen

## 1. Einleitung und Überblick

[Rz 1] Überlegungen zur Versorgungssicherheit, Besorgnis über den Klimawandel sowie Bedenken über die Verwendung von Kernenergie als Langfristoption haben weltweit und insbesondere in Europa zu einer verstärkten Ausrichtung der Energieversorgung auf erneuerbare Energien geführt.

[Rz 2] Da die auf erneuerbaren Energieträgern basierenden Stromerzeugungstechnologien im Vergleich mit konventionellen Technologien noch nicht wettbewerbsfähig sind, werden sie weltweit mit zahlreichen Fördermodellen unterstützt. In der Schweiz hat der Gesetzgeber mit der Einführung der Kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) ein modernes Fördersystem eingeführt. Die KEV hat bereits in den ersten Jahren zur Realisierung zahlreicher Projekte geführt. Namentlich im Bereich Photovoltaik harren zudem zahlreiche Projekte auf einer Warteliste einer Aufnahme in die KEV.

[Rz 3] Der vorliegende Beitrag beleuchtet in einem ersten Teil die Funktionsweise der KEV und zeigt die rechtlichen Fragen auf, die sich im Zusammenhang mit der Realisierung eines Projekts von der Anmeldung über die Inbetriebnahme und die sich anschliessende Vergütungsdauer ergeben können. Im Sinne eines Exkurses folgt ein Hinweis auf die Möglichkeit, alternativ zu einer Teilnahme an der KEV den ökologischen Mehrwert der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien auf dem freien Markt zu verkaufen.

[Rz 4] In einem zweiten Teil soll die Förderung erneuerbarer Energien mittels KEV in den Kontext der gesetzlichen Grundversorgungspflichten, die den Betreibern von Verteilnetzen in der Schweiz gemäss Stromversorgungsgesetz («StromVG») obliegen, gestellt werden. Wie zu zeigen sein wird, drohen diese gesetzlichen Grundversorgungspflichten und namentlich deren Umsetzung durch die Stromversorgungsverordnung («StromVV»), die gewünschten Investitionen in erneuerbare Energien zu hemmen. Was der Gesetzgeber mit der KEV fördert, behindert er mit einer investitionsfeindlichen Grundversorgungsregulierung.

## 2. Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV)

### A. Grundprinzip

[Rz 5] Aufgrund der hohen Priorität, die der Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien eingeräumt wird, erfahren die entsprechenden Technologien in ganz Europa finanzielle Förderung, welche die derzeit noch fehlende Wettbewerbsfähigkeit mit konventionellen Stromerzeugungstechnologien ausgleichen soll. In der Schweiz wurden die erneuerbaren Energien auf Bundesebene seit Anfang 2005 mittels der Mehrkostenfinanzierung unterstützt. Mittels einer Revision des Energiegesetzes («EnG») hat der Gesetzgeber per 1. Januar 2009 die Grundlage für ein neues Fördersystem, die kostendeckende Einspeisevergütung geschaffen. Dieses neue Fördersystem, welches sich gegenüber der Mehrkostenfinanzierung durch mehr Fördermittel auszeichnet und deutlich differenzierter ausgestaltet ist als das bisherige, soll einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung der im Gesetz verankerten Zielvorgaben für die Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien am Schweizerischen Stromverbrauch leisten<sup>1</sup>.

[Rz 6] Das Grundprinzip der KEV ist einfach: Es besteht in einer Abnahmegarantie für den in den geförderten Anlagen produzierten Strom kombiniert mit einem garantierten Abnahmepreis. Dieser Abnahmepreis orientiert sich an den standardisierten Gestehungskosten von Referenzanlagen der jeweiligen Anlagenkategorie; er deckt damit über die gesamte Vergütungsdauer die Investitions- und Betriebskosten der berechtigten Anlage.

[Rz 7] Dieses Förderkonzept zeichnet sich vor allem durch seine hohe Investitionssicherheit aus. Einmal am Netz generiert die geförderte Anlage über den wesentlichen Teil ihrer Lebensdauer einen konstanten, weitgehend prognostizierbaren Cash Flow. Daraus ergeben sich auch hinsichtlich der Finanzierung geförderter Anlagen eine Vielzahl von Möglichkeiten von der traditionellen Unternehmensfinanzierung bis zu Projektfinanzierungen. Die KEV ist daher aus Investorensicht ein attraktiver Fördermechanismus. Entsprechend geeignet ist sie, starke Investitionsanreize zu setzen, was nicht zuletzt durch die langen Wartelisten für Anlagenprojekte belegt wird. Kehrseite der hohen Investitionssicherheit ist die Tatsache, dass die zur KEV zugelassenen Anlagen – anders als etwa bei einem Quotenmodell mit Zertifikatehandel – keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. Wie die Erfahrungen z.B. in Deutschland mit der Förderung der Photovoltaik gezeigt haben, kann sich dies bei Anlagentypen mit rasch fortschreitender Entwicklung und rasch sinkenden Kosten aus gesamtwirtschaftlicher Sicht als Nachteil erweisen.

<sup>1</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 3 EnG wonach die durchschnittliche Erzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien bis zum Jahr 2030 gegenüber dem Stand 2000 um 5400 GWh gesteigert werden soll.

[Rz 8] Derzeit werden mittels KEV Neuanlagen in den Kategorien Wasserkraft mit einer Leistung bis 10 MW, Windenergie, Geothermie, Solarenergie, Biomasse und Biomasse aus Abfällen gefördert. Als Neuanlage gelten dabei alle Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen wurden, oder die nach diesem Datum erheblich geändert werden. Eine Zulassung zur Mehrkostenfinanzierung für neue Anlagen ist damit nicht mehr möglich. Die Vergütungssätze für die einzelnen Technologien unterscheiden sich stark und reichen für Neuanlagen derzeit von 7.5 Rp./kWh für Kleinwasserkraftwerke mit einer Leistung über 1 MW<sup>2</sup> bis 48.8 Rp./kWh für integrierte Photovoltaikanlagen mit einer Nennleistung von unter 10 kW<sup>3</sup>. Die Vergütungen schliessen die Mehrwertsteuer ein.<sup>4</sup>

## B. Von der Zulassung zur KEV bis zur Inbetriebnahme

[Rz 9] Wer für seine Anlage eine Zulassung zur KEV erlangen will, muss sein Projekt bei der Nationalen Netzgesellschaft Swissgrid anmelden. Swissgrid überprüft, ob die Anlage den gesetzlichen Anforderungen für eine Förderung genügt und ob sie in der Zubaumenge Photovoltaikanlagen oder der maximalen Summe der Zuschläge auf dem Übertragungsnetz Platz findet. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, so fällt Swissgrid einen positiven Bescheid, andernfalls weist sie die Anmeldung zurück oder setzt die Anlage auf eine Warteliste.

[Rz 10] Der Bescheid kann im Streitfall von der ECom überprüft werden.<sup>5</sup> Der Bescheid der Swissgrid stellt nach Auffassung der Eidgenössischen Elektrizitätskommission («ECom») keine Verfügung dar, da das Gesetz Swissgrid in diesem Bereich keine hoheitlichen Kompetenzen einräumt.<sup>6</sup> Dementsprechend stellt die Überprüfung eines Bescheids ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren dar, welches mit einer anfechtbaren Verfügung abgeschlossen wird. Dies bedeutet, dass ein positiver Zulassungsbescheid der Swissgrid keinen Verfügungscharakter aufweist. Aus Sicht des zugelassenen Anlagenbetreibers hat das zur Folge, dass sein Zulassungsbescheid anders als eine förmliche Verfügung nicht in formelle Rechtskraft erwächst. An dieser Stelle soll nicht näher geprüft werden, ob unter Umständen ein Mehr an Rechtssicherheit mit einem Feststellungsbegehren bei der ECom erreicht werden kann.

[Rz 11] Ein positiver Bescheid regelt lediglich die Zugangsberechtigung zur KEV. Er ist dagegen ohne jedes Präjudiz hinsichtlich der raumplanungs-, baurechtlichen und übrigen

Bewilligungsfähigkeit der Anlage.<sup>7</sup> Die entsprechenden Voraussetzungen sind von den zuständigen Behörden unabhängig vom KEV-Bescheid zu beurteilen.

[Rz 12] Damit zugelassene aber nicht realisierte Projekte andere Anlagenprojekte nicht auf einer Warteliste blockieren können, beginnen mit der Mitteilung eines positiven Bescheids der Swissgrid Fristen für Projektfortschrittmeldungen und die Inbetriebnahme der Anlage zu laufen. Die Dauer dieser Fristen richtet sich nach dem erwarteten Realisierungszeitraum für die entsprechende Anlagenkategorie. So reichen die Fristen für die Einreichung einer Projektfortschrittmeldung von 12 Monaten für Photovoltaikanlagen<sup>8</sup> bis zu 4 Jahren für Kleinwasserkraftwerke. Die Fristen für die Inbetriebnahme reichen von 24 Monaten für Photovoltaik-Anlagen<sup>9</sup> bis zu sechs Jahren für Kleinwasserkraftwerke und Geothermieanlagen<sup>10</sup>.

[Rz 13] Werden diese Fristen nicht eingehalten, so fällt die Verbindlichkeit des positiven Bescheids dahin, es sei denn, der Antragsteller habe für die Verzögerung nicht einzustehen. In diesem Fall «kann» Swissgrid die Fristen auf Gesuch verlängern. In der Praxis können sich insbesondere infolge langwieriger Einsprache- und Beschwerdeverfahren Schwierigkeiten mit der Einhaltung der Fristen ergeben. Soweit solche Verfahren absehbar sind, gehört es zu einer umsichtigen Projektplanung diese entsprechend zu berücksichtigen und ein Projekt erst dann zur KEV anzumelden, wenn vernünftigerweise davon ausgegangen werden darf, dass die Fristen für die Projektfortschrittmeldung und die Inbetriebnahme eingehalten werden können. Insbesondere ein Einholen eines KEV-Bescheids «auf Vorrat» ist nicht zulässig.<sup>11</sup>

[Rz 14] Aufgrund einer am 1. Oktober 2011 in Kraft getretenen Revision der EnV sind nun gewisse Projektänderungen zwischen dem Zeitpunkt der Anmeldung und der Inbetriebnahme zulässig.<sup>12</sup> So darf der Antragsteller innerhalb derselben Anlagenkategorie (z.B. Windkraft) das Anlagenmodell oder die Anlagengrösse ändern. Diese Flexibilität gestattet es den Projektträgern, ihre Anlage bis zum tatsächlichen Bestellzeitpunkt noch zu optimieren. Weiterhin nicht zulässig sind dagegen Änderungen der Anlagenkategorie (z.B. Biogasanlage statt PV-Anlage) oder Änderungen des Standortes.

## C. Der Betrieb der Anlage während der Vergütungsdauer

[Rz 15] Bei Meldung der Inbetriebnahme teilt Swissgrid dem Anlagenbetreiber die Höhe der Vergütung mit. Diese richtet

<sup>2</sup> Anhang 1.1 Ziff. 3.2 EnV (ohne Druckstufen- und Wasserbaubonus).

<sup>3</sup> Anhang 1.2 Ziff. 3.1 EnV (Inbetriebnahme nach dem 1. März 2012).

<sup>4</sup> Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Januar 2011 (Verfahren Nr. 1989/2009).

<sup>5</sup> Art. 25 Abs. 1<sup>bis</sup> EnG.

<sup>6</sup> Vgl. Entscheid der ECom vom 12. Mai 2011 (Verfahren Nr. 941-09-037), Ziffer 1.2.

<sup>7</sup> Art. 3g Abs. 3 EnV.

<sup>8</sup> Anhang 1.2 Ziff. 5.2 EnV.

<sup>9</sup> Anhang 1.2 Ziff. 5.3 EnV.

<sup>10</sup> Anhang 1.1 Ziff. 5.3 und Anhang 1.4 Ziff. 4.3 EnV.

<sup>11</sup> Vgl. Entscheid der ECom vom 17. November 2011, insb. Ziff. 4.3.1.

<sup>12</sup> Art. 3h<sup>bis</sup> EnV.

sich nach den Gestehungskosten von Referenzanlagen gemäss den Anhängen 1.1 bis 1.5 der EnV. Um der zunehmenden Marktreife und den erwarteten Kostensenkungen Rechnung zu tragen, werden die in den Anhängen festgelegten Vergütungssätze jährlich abgesenkt.<sup>13</sup> Für eine neue Anlage kommt der so abgesenkte, im Erstellungsjahr der Anlage geltende Vergütungssatz zur Anwendung. Als Erstellungsjahr gilt dabei das Jahr der effektiven kommerziellen Inbetriebnahme der Anlage.<sup>14</sup> Der so ermittelte Vergütungssatz gilt grundsätzlich während der gesamten Vergütungsdauer der Anlage.

[Rz 16] Zusätzlich zu der erwähnten jährlichen Absenkung der Vergütungstarife überprüft das UVEK periodisch die Vergütungstarife und passt sie bei einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse an.<sup>15</sup> Mit dieser Bestimmung soll sichergestellt werden, dass die Vergütungssätze langfristig dem Willen des Gesetzgebers entsprechend «kostendeckend» bleiben, dass mit anderen Worten übermässige Gewinne oder Verluste durch veränderte Verhältnisse (z.B. Veränderungen bei den Preisen für Biomasse) vermieden werden. Eine übermässige Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, die eine Anpassung erfordert, liegt nach Auffassung des Bundesrates vor, wenn die Erlöse aus den Referenzsätzen dauerhaft eine Verzinsung von über 5% des Eigenkapitals ausmachen oder dauerhaft überhaupt keine Verzinsung zulassen.<sup>16</sup> Zuletzt hat das UVEK eine solche Anpassung gestützt auf Art. 3e EnV per 1. März 2012 vorgenommen und dabei insbesondere die Entschädigungen für neu hinzukommende Solaranlagen dem Preiszerfall für Photovoltaikmodule angepasst.

[Rz 17] Wie Art. 3e Abs. 3 EnV ausdrücklich festhält, sind solche «ausserfahrplanmässigen» Veränderungen der Vergütungssätze aufgrund veränderter Verhältnisse auch bei bereits in Betrieb befindlichen Anlagen möglich. Durch die Möglichkeit solcher «ausserfahrplanmässiger» Anpassungen der Vergütungssätze wird die oben als Vorteil der KEV hervorgehobene Investitionssicherheit stark relativiert; da sie den Cash Flow, der den Wirtschaftlichkeitsannahmen im Zeitpunkt des Investitionsentscheides zugrunde gelegt wurden, nachhaltig verändern können. Da die Verordnung die Möglichkeit solcher Anpassungen jedoch explizit vorbehält, dürfte die Hürde für die erfolgreiche Anrufung des Vertrauensschutzes im Anwendungsfall sehr hoch sein. Es ist jedenfalls zu fordern, dass über eine Anpassung des Vergütungssatzes gestützt auf Art. 3e EnV für bereits in Betrieb befindliche Anlagen, in jedem Einzelfall nach den Regeln des

Widerrufs von Verfügungen zu entscheiden ist. Eine «automatische» Anpassung der Vergütungssätze kraft Anpassung der Anhänge zur EnV erscheint dagegen unzulässig. Erst Recht dürfte eine Anpassung der Vergütungssätze für Anlagen, die vor der Revision vom 1. Oktober 2011 zur KEV zugelassen wurden, aufgrund des Rückwirkungsverbotes unzulässig sein.

[Rz 18] In Betrieb befindliche Anlagen dürfen während der Vergütungsdauer erneuert oder erweitert werden. Solche Massnahmen sind Swissgrid spätestens einen Monat vor der Inbetriebnahme zu melden. Ändert sich durch eine Erweiterung die Leistung der Anlage, so ist gegebenenfalls der Vergütungssatz an die neue Gesamtleistung anzupassen (d.h. der Vergütungssatz in Rp./kWh wird bei einer Erweiterung im Regelfall sinken). Ist die Erweiterung oder Erneuerung mit solch umfangreichen Investitionen verbunden, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 3a Abs. 1 lit. c EnV überschritten werden, so hat der Anlagenbetreiber die Wahl, ob er für den Rest der Vergütungsdauer die angepasste Vergütung beziehen oder ob er seine Anlage als Neuprojekt neu anmelden will. In diesem zweiten Fall beginnt die Vergütungsdauer neu zu laufen. Der Anlagenbetreiber verliert dadurch jedoch seine bisherigen Rechtspositionen und geniesst insbesondere keine Priorität gegenüber anderen Projekten auf einer allfälligen Warteliste.

[Rz 19] Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass die Vergütungsberechtigung von der Einhaltung von Mindestanforderungen gemäss den Anhängen zur EnV abhängig ist. Werden diese Mindestanforderungen nicht eingehalten, so kann die Auszahlung der Vergütung bis zur Behebung des Mangels ausgesetzt und der Vergütungsanspruch bei wiederholter Verletzung gänzlich aufgehoben werden.

## D. Abnahme des KEV-Stroms und Finanzierung

[Rz 20] Der in einer KEV-Anlage produzierte Strom wird von der Bilanzgruppe für Erneuerbare Energien bilanztechnisch abgenommen. Im Gegenzug zahlt die Bilanzgruppe dem Produzenten die kostendeckende Einspeisevergütung aus. Diese Vergütung setzt sich aus zwei unterschiedlichen Komponenten mit je unterschiedlicher Finanzierung zusammen.

[Rz 21] Die Bilanzgruppe für Erneuerbare Energien gibt den Strom aus den KEV-Anlagen an alle anderen Bilanzgruppen entsprechend dem Stromverbrauch der ihnen zugeordneten Endverbraucher weiter. Die Bilanzgruppen müssen der Bilanzgruppe für Erneuerbare Energien für diese Stromlieferung einen vom BFE festzulegenden Marktpreis bezahlen.<sup>17</sup> Dieser Marktpreis reflektiert den Preis für «konventionell» hergestellten Strom und stellt die eine Komponente der an den Produzenten ausgezahlten Vergütung dar.

<sup>13</sup> Eine solche «automatische» jährliche Absenkung gilt derzeit nur für PV-Anlagen; die Absenkung beträgt 8% pro Jahr.

<sup>14</sup> Vgl. BFE, FAQ Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) (Art. 7a Energiegesetz neu), vom 15. April 2008, S. 1.

<sup>15</sup> Art. 3e Abs. 1 EnV.

<sup>16</sup> Vgl. BFE, Erläuternder Bericht zur Revision der Energieverordnung, vom 10. Februar 2011, S. 9 f.

<sup>17</sup> Art. 24 Abs. 5 StromVV.

[Rz 22] Die zweite Komponente der Vergütung wird über einen Zuschlag auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes finanziert. Dieser Zuschlag, welcher letztlich durch die am Stromnetz angeschlossenen Endverbraucher zu tragen ist, reflektiert die höheren Gestehungskosten für Strom aus erneuerbaren Energien gegenüber Strom aus konventionellen Energieformen. Oft werden diese Mehrkosten der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien auch als «ökologischer Mehrwert» bezeichnet. Der Zuschlag auf die Kosten des Übertragungsnetzes ist derzeit beschränkt auf maximal 0.7 Rp./kWh und soll ab 2013 maximal 0.9 Rp./kWh betragen, also rund 10% des derzeitigen Marktpreises für Strom. Die maximale Höhe des Zuschlages definiert zugleich das maximale Fördervolumen.

[Rz 23] Da die Vergütung aus der KEV neben dem Marktpreis auch die Mehrkosten der Produktion und damit den ökologischen Mehrwert abdeckt, darf der Produzent anders als bei Anlagen auf dem freien Markt oder bei Anlagen in der früheren Mehrkostenfinanzierung diesen nicht separat vermarkten.<sup>18</sup> Vielmehr ist der Anlagenbetreiber verpflichtet, seine Anlage bei Swissgrid für die Ausstellung von Herkunftsnachweisen anzumelden und die ausgestellten Nachweise der Bilanzgruppe für Erneuerbare Energien zu übergeben.

## E. Freier Markt

[Rz 24] Als Alternative zur KEV steht den Betreibern, deren Anlagen nicht oder nicht mehr in der KEV vergütungsberechtigt sind, der freie Markt für Strom aus erneuerbaren Energien zur Verfügung. Die betreffenden Anlagenbetreiber können dabei zwei separate Produkte je separat vermarkten: Einerseits den physischen Strom und andererseits den ökologischen Mehrwert.

[Rz 25] Hinsichtlich des Absatzes des physischen Stroms hat der Anlagenbetreiber gemäss Art. 7 EnG einen Anspruch gegen den Netzbetreiber auf Abnahme des Stroms zu einem marktorientierten Bezugspreis. Als marktorientierter Bezugspreis gelten dabei die vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie.<sup>19</sup> Macht der Anlagenbetreiber von diesem Anspruch auf Abnahme durch den Netzbetreiber keinen Gebrauch, steht es ihm offen, den Strom an einen beliebigen anderen Abnehmer zu verkaufen.

[Rz 26] Neben dem physischen Strom kann der Betreiber den ökologischen Mehrwert zusätzlich und grundsätzlich unabhängig vom physischen Strom vermarkten. Er hat diesbezüglich keinen Abnahmeanspruch gegen den Netzbetreiber, sondern muss selbst einen Abnehmer dafür finden.

[Rz 27] Als Handelsgut für den ökologischen Mehrwert bieten sich die Herkunftsnachweise an, welche alle Anlagen mit einer Anschlussleistung von über 30 mVA durch Swissgrid

ausstellen lassen müssen<sup>20</sup> und Anlagen mit kleinerer Anschlussleistung auf Antrag ausstellen lassen können. Diese Nachweise können schweizweit elektronisch gehandelt und vom Käufer (oft ein EVU) insbesondere zum Zweck der Herkunftsdeklaration<sup>21</sup> gegenüber seinen Endverbrauchern eingesetzt werden.

[Rz 28] Im internationalen Verhältnis besteht die Schwierigkeit, dass die schweizerischen Herkunftsnachweise in der EU derzeit noch nicht für die Stromkennzeichnung anerkannt sind. Die gegenseitige Anerkennung von in der Schweiz und in der EU ausgestellten Herkunftsnachweisen ist Gegenstand der Verhandlungen über ein umfassendes Energieabkommen, dessen Ausgang derzeit jedoch noch offen ist. So müssen Anlagenbetreiber, die ökologischen Mehrwert mit dem europäischen Ausland handeln möchten, auf Alternativen wie z.B. die ebenfalls von Swissgrid ausgestellten und in derzeit 16 europäischen Ländern frei handelbaren RECS-Zertifikate ausweichen.

## F. Wechsel zwischen KEV und freiem Markt

[Rz 29] Möglich ist auch ein Wechsel zwischen der KEV und dem freien Markt.<sup>22</sup> Ein- und Austritt aus der KEV sind dabei jeweils auf Ende eines Kalenderjahres unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat (Austritt) bzw. einer Anmeldefrist von drei Monaten (Wiedereintritt) möglich. Beim erstmaligen Eintritt in die KEV gelten dabei die im Erstellungsjahr geltenden Vergütungssätze, beim Wiedereintritt gilt die gleiche Vergütung wie bei der erstmaligen Zulassung. Verlässt ein Anlagenbetreiber die KEV, so hat er jedoch beim Wiedereintritt gegenüber anderen Anlagen auf einer allfälligen Warteliste keinen Vorrang. Bei Anlagentypen mit langer Warteliste gilt daher faktisch der Grundsatz «einmal frei – immer frei».

## 3. KEV-Projekte im Kontext der Grundversorgung

### A. Einleitung

[Rz 30] Für ein Energieversorgungsunternehmen, das in KEV-Projekte investieren will, stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, welcher Zweck mit einem solchen Investment verfolgt werden soll. Die Kernfrage lautet: Geht es um ein Finanzinvestment oder um die langfristige Beschaffung von Grundversorgungsenergie? Diese Frage ist wie nachfolgend gezeigt wird in einer zweifachen Hinsicht von Bedeutung: Einerseits sind regulatorische Konsequenzen unter dem StromVG zu beachten. Andererseits sind Auswirkungen für

<sup>18</sup> Art. 3c Abs. 2 EnV.

<sup>19</sup> Art. 2 b EnV.

<sup>20</sup> Art. 1d Abs. 2 EnV.

<sup>21</sup> Art. 1a EnV.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 6 EnV.

die Beschlussfassung bei häufig politisch gesteuerten Energieversorgungsunternehmen bedeutsam.

## B. Regulierung von Grundversorgungsenergie

[Rz 31] Wenn ein EVU in ein KEV-Projekt investiert, um (mittel- oder langfristig) Energie für Versorgungszwecke zu beschaffen, so ist dies als Beschaffung von Grundversorgungsenergie reguliert. Art. 6 Abs. 1 StromVG sieht vor, dass die Betreiber der Verteilnetze die erforderlichen Massnahmen treffen, damit sie den festen Endverbrauchern und den Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen liefern können.

[Rz 32] Die Beschaffung von Energie für den Zweck der Versorgung der festen Endverbraucher und der Endverbraucher, die auf den Netzzugang verzichten, – derzeit also praktisch der gesamte Endkundenmarkt – ist eine Pflicht des lokalen Verteilnetzbetreibers. Das Gesetz überlässt die Wahl der erforderlichen Massnahmen dem jeweiligen Verteilnetzbetreiber. Dieser kann grundsätzlich selber in Produktionsanlagen investieren und Strom entsprechend produzieren oder alternativ Strom am Markt beschaffen. Eingeschränkt ist die Wahlfreiheit einzig insofern, als das gewählte Mittel das Ziel der genügenden Verfügbarkeit einerseits und angemessene Tarife andererseits erfüllen können muss.

[Rz 33] Im Zeitpunkt des Entscheids für eine bestimmte Massnahme lässt sich aber gerade nicht mit Bestimmtheit abschätzen, welche Investition und welche Beschaffungsstrategie zukünftig optimal sind. Wenn die Regulierung *ex post* die Folgen früherer Beschaffungsentscheide überprüft, muss sie im Auge behalten, dass das Gesetz dem Netzbetreiber gerade die unternehmerische Freiheit über die Wahl der konkret zu ergreifenden Massnahmen überlässt und dass der Netzbetreiber im Zeitpunkt dieser Wahl künftige Entwicklungen gerade nur sehr beschränkt voraussehen kann.

[Rz 34] Art. 4 Abs. 1 StromVV konkretisiert Art. 6 Abs. 1 StromVG. Er lautet:

*«Der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung orientiert sich an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers. Überschreiten die Gestehungskosten die Marktpreise, orientiert sich der Tarifanteil an den Marktpreisen».*

[Rz 35] Diese Norm wirft freilich mehr Fragen auf als sie klärt und ist verfassungsrechtlich wie auch bezüglich ihrer Auswirkung auf das Investitionsklima höchst bedenklich. Bereits Rolf H. Weber/ Annja Mannhart bemängeln, dass weder das Gesetz noch die Verordnung eine Klärung des Begriffs Angemessenheit bieten<sup>23</sup>. Die Autoren plädieren mit

überzeugenden Argumenten für eine Auslegung des Begriffs Angemessenheit im Sinne des Preisüberwachungsgesetzes.

[Rz 36] Art. 4 StromVV folgt keinem klaren Konzept, sondern mischt Elemente kostenbasierter Tarife mit Elementen des Marktpreises. Der Tarif orientiert sich an den Gestehungskosten, wenn die Kosten der eigenen Produktion, die sich noch zusätzlich am Kriterium der Effizienz messen lassen muss, und der langfristigen Bezugsverträge günstiger sind als die Marktpreise. Sind hingegen die Marktpreise günstiger, so müsse sich der Tarif an den günstigeren Marktpreisen orientieren.

[Rz 37] Diese Norm verkennt ganz offensichtlich die im StromVG selbst bezweckte grundsätzliche Änderung des Marktumfeldes: Das StromVG enthält als wesentlichen Zweck die Liberalisierung des Marktes. Freie Endkunden, auch solche die vorderhand in der Grundversorgung verbleiben und auf Netzzugang verzichten, können jährlich den Versorger wechseln<sup>24</sup>. Umgekehrt sind Netzbetreiber nach Art. 6 Abs. 1 StromVG verpflichtet, grundversorgte Endkunden zu angemessenen Tarifen zu beliefern. Das bedeutet konkret, dass eine Investition in Produktionsanlagen Gefahr läuft, künftig mit ihren Gestehungskosten über dem Marktpreis zu liegen. Für Anlagen zur Stromproduktion aus erneuerbaren Energien ist zu beachten, dass diese in der Regel höhere Gestehungskosten als der klassische Produktionspark aufweisen. Das ist gerade der Grund für die KEV-Förderung. Nach dem strengen Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 StromVV läuft der Grundversorger Gefahr, in solchen Fällen auf die Marktpreise gekürzt zu werden.

[Rz 38] Damit bürdet Art. 4 StromVV dem Netzbetreiber, der in Produktionsanlagen investiert ein erhebliches Verlustrisiko auf. Der Ordnungsgeber schafft ein sehr erhebliches Investitionsrisiko und treibt die Grundversorger in die kurzfristige Marktbeschaffung, mit der sich diese Risiken vermeiden lassen. Das Risiko akzentuiert sich für erneuerbare Energien-Anlagen mit höheren Gestehungskosten. Angesichts der seit Jahren geführten Diskussion um die Stromlücke, die nach dem Entscheid, die bestehenden Atomkraftwerke nicht zu erneuern, zusätzlich an Brisanz gewonnen hat, ist dieses regulatorische Investitionshemmnis kaum nachvollziehbar. Es lässt sich auch unter keinem Titel rechtfertigen, dass einem Netzbetreiber eine Pflicht zur Gewährleistung der Grundversorgung auferlegt wird, ohne dass er die damit zu tragenden Kosten ersetzt erhält. Im Resultat sind solche Tarife nicht angemessen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 StromVG. Art. 4 StromVV ist schlicht gesetzwidrig.

[Rz 39] Zu Art. 4 StromVV hat die ECom eine Weisung erlassen<sup>25</sup>. Die ECom fordert danach, dass die Gestehungskosten

---

und Kontrollmethoden für Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und Entgelte, ZBL 2008 S. 453 ff, S. 464.

<sup>24</sup> Art. 13 Abs. 1 StromVG, Art. 11 Abs. 2 StromVV.

<sup>25</sup> ECom Weisung 5/2008.

<sup>23</sup> Rolf H. Weber/Annja Mannhart, neues Strompreisrecht Kontrollkriterien

auf der Basis der anrechenbaren Kapital- und Betriebskosten berechnet werden. Damit wendet sie analog das Verfahren an, das sie bereits bei der Ermittlung der Netznutzungsentgelte anwendet. Für die Kapitalkosten bedeutet das konkret, dass die kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen auf der Basis der ursprünglichen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu berechnen sind. Beim Netznutzungsentgelt stellt die ECom dabei auf die ursprünglich aktivierten Anschaffungskosten ab. Auf die Aktivierung kann es indes nur schon daher nicht ankommen, weil die buchhalterische Behandlung von Ausgaben unter dem Gesetz keine Rolle spielt. Nachzuweisen ist nicht eine irgendwie vorgenommene und von vielen Zufälligkeiten und auch willkürlichen Faktoren abhängende buchhalterische Behandlung, sondern einzig der Nachweis von tatsächlichen Kosten. Die ECom ist des Weiteren der Ansicht, dass es beim Verkauf von Anlagen nicht auf den Kaufpreis, sondern auf die Herstellkosten des ursprünglichen Eigentümers ankomme<sup>26</sup>. Diese Sichtweise macht den Kauf von Kraftwerken und Kraftwerksbeteiligungen (mit und ohne KEV) für die Erfüllung von Grundversorgungsaufgaben zu einem regulatorischen Risiko.

#### 4. KEV-Projekte als Finanzinvestment

[Rz 40] Wie bereits oben gesehen, erhält der Produzent, dessen Anlage in der KEV angemeldet ist, keinen Strom. Der Strom wird zwingend von der Bilanzgruppe erneuerbare Energie abgenommen. Der Produzent erhält die KEV-Vergütung. Damit erhält der Produzent also keinen Strom, der ihm für die Bedürfnisse der Grundversorgung dienen könnte. Eine Beteiligung an einer KEV-Anlage lässt sich daher auch als reine Finanzinvestition verstehen. Die Konsequenz daraus ist, dass ein Grundversorger die Gestehungskosten von KEV-Anlagen nicht bei den Gestehungskosten der Grundversorgung anrechnen kann. Umgekehrt sind auch KEV-Vergütungen, weil sie nicht aus Grundversorgungsanlagen stammen, nicht von den Gestehungskosten in Abzug zu bringen. KEV-Anlagen sind damit in der Regel eigentlich reine Finanzinvestments.

[Rz 41] Das ist indes nicht ganz zwingend. Es dürfte ein gewisser Gestaltungsspielraum beim Grundversorger bestehen. Einerseits ist zu beachten, dass KEV-Anlagen jährlich aus der KEV-Anlage in den freien Markt wechseln können. Geschieht dies, so erhält der Produzent auch den Strom, den er für die Grundversorgung einsetzen kann.

[Rz 42] Aus regulatorischer Sicht ist daher zu empfehlen, dass eine KEV-Investition von Anfang an entweder als Finanzinvestition gestaltet wird und entsprechend die Kosten ausserhalb der Grundversorgung geführt werden oder aber, dass die Verwendung der in KEV-Anlagen produzierten Energie für die Grundversorgung als mindestens realistische

Option gesehen wird und entsprechend sowohl die Kosten der Anlagen als auch die Erlöse aus KEV-Vergütungen der Grundversorgung angerechnet werden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die ECom eine Tendenz erkennen lässt, der Grundversorger Gewinne aus dem freien Verkauf selbst produzierter Energie von den Beschaffungskosten der Grundversorgungsenergie abziehen müsse. Bei Grundversorgern, deren Investitionen in einem politischen Prozess legitimiert werden, ist diese Grundsatzentscheidung für Grundversorgung oder für ein Finanzinvestment bereits in diesem politischen Entscheidungsprozess vorzunehmen. Dabei ist darauf zu achten, dass die Begründung im politischen Prozess mit der regulatorischen Behandlung übereinstimmen muss.

#### 5. Schlussfolgerungen

[Rz 43] Mit der KEV verfügt die Schweiz über ein modernes Fördersystem für erneuerbare Energien. Die energiepolitischen Entwicklungen auf nationaler und internationaler Ebene lassen erwarten, dass der Ausbau der erneuerbaren Energien auch in einer längerfristigen Perspektive eine hohe Priorität geniessen wird, und dass Fördermittel weiterhin zur Verfügung gestellt oder sogar ausgebaut werden. Dieses Umfeld schafft an sich gute Voraussetzungen für Investitionen in erneuerbare Energien.

[Rz 44] Wie der vorliegende Beitrag jedoch auch aufgezeigt hat, bestehen innerhalb und ausserhalb der KEV Unsicherheiten rechtlicher Natur, welche die gewünschten Investitionen hemmen können. Innerhalb der KEV gehört zu diesen Unsicherheiten die Möglichkeit, zugesagte Vergütungssätze bei Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach unten zu korrigieren. Ausserhalb der KEV können sich namentlich die Vorschrift von Art. 4 Abs. 1 StromVV betreffend die Bemessung von Grundversorgungstarifen sowie die sich entwickelnde Praxis der ECom betreffend die Verwendung von Gewinnen aus nicht-regulierten Geschäftsbereichen als Hemmschuh für Investitionen in erneuerbare Energien erweisen.

[Rz 45] Diese Umstände dürften mitunter ein Grund dafür sein, dass sich namentlich Energieversorgungsunternehmen mit einem Grundversorgungsauftrag in der Schweiz vermehrt für Investitionen in erneuerbare Energien im Ausland entscheiden. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass sich die schweizerische KEV in einem Wettbewerb mit anderen Fördersystemen befindet, die ebenfalls darauf ausgerichtet sind, möglichst viele Investitionen in erneuerbare Energien im betreffenden Land anzuziehen. Der Erfolg der Förderung erneuerbarer Energien in der Schweiz hängt daher nicht zuletzt davon ab, ob es der Schweiz gelingt, sich u.a. dank höherer Rechts- und Investitionssicherheit in diesem Wettbewerb mit anderen Fördermodellen durchzusetzen.

<sup>26</sup> Verfügung der ECom vom 6. März 2009 zu Kosten und Tarife 2009 Netzebene 1 (952-08-005), S. 31.

---

Michael Waldner, lic. iur. et Dipl. Natw. ETH, Rechtsanwalt VISCHER AG, Senior Associate Regulatory and Public Sector.

Dr. Stefan Rechsteiner, Partner, Rechtsanwalt VISCHER AG, Leiter Regulatory and Public Sector.

---

\* \* \*