Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-1989/2009

Urteil vom 11. Januar 2011

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Lorenz Kneubühler,
Gerichtsschreiberin Anita Schwegler.

Parteien

A._____ AG,
Beschwerdeführerin 1,

B._____ AG,
Beschwerdeführerin 2,

beide vertreten durch Advokat Andreas Miescher,
Picassoplatz 8, Postfach 330, 4010 Basel ,

gegen

swissgrid ag, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick,
Beschwerdegegnerin,

und

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einspeisevergütung nach Energiegesetz.

Sachverhalt:

A.

Die A._____ AG meldete am 2. Mai 2008 ihre Anlage Photovoltaik (Projekt: X._____) und die B._____ AG am selben Tag ihre Anlage Windenergie (Projekt: Y._____) bei der nationalen Netzgesellschaft swissgrid ag für die kostendeckende Einspeisevergütung (nachfolgend: KEV) an.

Die swissgrid ag gab den Gesuchstellerinnen ihren Bescheid zu den Vergütungssätzen für die KEV am 3. bzw. 26. September 2008 bekannt.

Mit Schreiben vom 9. September 2008 reichte die A._____ AG bei der swissgrid ag ein Erläuterungsbegehren ein. Darin wurde die swissgrid ag gebeten, ihren Bescheid dahingehend zu präzisieren, dass diese Vergütung keine Steuer nach dem Mehrwertsteuergesetz einschliesse, somit die Mehrwertsteuer (nachfolgend: MWST) zusätzlich zum errechneten Betrag geschuldet sei.

Mit Schreiben vom 3. Oktober 2008 teilte die swissgrid ag der A._____ AG mit, dass gemäss Antwort des Bundesamts für Energie (nachfolgend: BFE) die MWST bei der Berechnung der Referenz-Vergütungen von Anfang an mitberücksichtigt worden sei. Die MWST sei deshalb in der Vergütung bereits enthalten und könne nicht zusätzlich zu den in den Anhängen der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV, SR 730.01) festgelegten Tarifen geltend gemacht werden.

B.

Hierauf reichten sowohl die A._____ AG als auch die B._____ AG bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (ElCom) ein Gesuch ein. Sie verlangten, die swissgrid ag sei zu verpflichten, die festgelegten Vergütungssätze für alle Produzenten gleich als Nettopreise (ohne MWST) zu verfügen und die Mehrwertsteuer an mehrwertsteuerpflichtige Produzenten zusätzlich zu den Vergütungssätzen zu vergüten. Zudem sei die swissgrid ag zu verpflichten, die ab dem 1. Januar 2009 auflaufenden Mindervergütungen zu einem Zinssatz von 6% zu verzinsen.

Mit Brief vom 18. November 2008 ersuchte die ElCom das BFE, die Fragen zu beantworten, ob die MWST in den Vergütungssätzen bereits enthalten sei und ob das BFE dies belegen könne. Zudem wollte die ElCom vom BFE wissen, ob nach dem früheren System der Mehrkostenvergütung die Mehrwertsteuer zusätzlich ausgerichtet wurde, und wenn ja, ob dies bei der Festlegung der Vergütungssätze berücksichtigt worden sei.

Am 18. Dezember 2008 nahm das BFE zu den Fragen sinngemäss wie folgt Stellung: Nach Art. 7a Abs. 2 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG, SR 730.0) richte sich die Vergütung nach den Gestehungskosten von Referenzanlagen. Das bedeute, dass die Vergütungssätze kostendeckend sein müssten. Das BFE habe deshalb die Mehrwertsteuer als Gestehungskosten analog der Investitions-, Betriebs- oder Kapitalkosten bei der Berechnung der Vergütungssätze berücksichtigt. Diese Vorgehensweise sei zwar nicht näher im EnG, in der EnV oder im Vernehmlassungsdokument umschrieben, jedoch in diversen sonstigen Unterlagen dokumentiert und vom BFE regelmässig so

kommuniziert worden. Wenn dem Begehren um Festlegung eines Netto-Vergütungssatzes entsprochen würde, wären die Vergütungssätze um rund 7% zu hoch. Aufgrund der Forderung des EnG nach kostendeckenden Vergütungen müssten die Verordnungsanhänge diesfalls geändert und die Vergütungssätze gesenkt werden. Die bisherige Praxis der Mehrkostenfinanzierung (MKF) unterscheide sich gegenüber dem Modell der kostendeckenden Einspeisevergütung aufgrund der Zielsetzung und des zugrunde liegenden Systems von Grund auf. Die Systeme könnten somit nicht miteinander verglichen werden.

Mit Brief an die ElCom vom 9. Januar 2009 gingen die A._____ AG und die B._____ AG auf die Stellungnahme des BFE ein. Sie machten geltend, die dort erwähnte Vorgehensweise betreffend die Mehrwertsteuer sei unpräzise sowie sachlich und rechtlich in der Gesetzgebung nicht abgestützt.

C.
Mit Verfügung vom 19. Februar 2009 stellte die ElCom fest, die Vergütungssätze in den Anhängen 1.1 bis 1.5 der EnV enthielten die Mehrwertsteuer und diese sei daher nicht zusätzlich zu der entsprechenden Vergütung auszurichten.

D.
D.a Gegen diese Verfügung erheben die A._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) und die B._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) mit gemeinsamer Eingabe vom 26. März 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Darin verlangen sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die swissgrid ag sei zu verpflichten, die für die beiden angemeldeten Anlagen festgelegten Vergütungssätze gemäss Anhang 1.1 bis 1.5 EnV für alle Produzenten gleich als Nettopreise (ohne MWST) zu verfügen und die MWST sei den mehrwertsteuerpflichtigen Elektrizitätsproduzenten zusätzlich zu den Vergütungssätzen zu entrichten. Weiter sei die swissgrid ag zu verpflichten, die ab dem 1. Januar 2009 auflaufenden Mindervergütungen zu einem Zinssatz von 6% zu verzinsen. Eventualiter beantragen die Beschwerdeführerinnen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Vergütungssätze in Rp./kWh in den Anhängen 1.1 bis 1.5 EnV die MWST nicht enthielten und diese daher bei der Lieferung von mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten zusätzlich zu den entsprechenden Vergütungen auszurichten sei.

In ihrer Vernehmlassung vom 15. Mai 2009 beantragt die ElCom (nachfolgend: Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde.

Mit Schreiben vom 15. Mai 2009 führt das BFE als Fachbehörde aus, bei den Berechnungen für die Festsetzung der Vergütungssätze sei die Mehrwertsteuer bereits eingerechnet worden, weshalb keine zusätzliche Vergütung der Mehrwertsteuer an mehrwertsteuerpflichtige Produzenten zu entrichten sei.

Andernfalls würden die Vergütungen über der vom Ge□setz geforderten Kostendeckung liegen, was dazu beitragen würde, dass die Ziele von Art. 1 EnG nicht erreicht werden könnten.

D.b In ihrer Replik vom 31. August 2009 bestätigen die Beschwerdefüh□rerinnen ihre in der Beschwerde vom 26. März 2009 gestellten Rechtsbe□gehren.

Die Vorinstanz verzichtet mit Schreiben vom 22. September 2009 auf die Einreichung einer zweiten Vernehmlassung, bestätigt jedoch ihren Antrag vom 15. Mai 2009 auf Abweisung der Beschwerde.

Das BFE reicht mit Datum vom 23. Oktober 2009 eine zweite Stellung□nahme ein. Darin bestätigt es seinen Standpunkt, dass die MWST bei der Berechnung der Vergütungssätze bereits berücksichtigt worden sei.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2009 reichen die Beschwerdeführer□innen ihre Schlussbemerkungen ein und bestätigen darin ihre ursprüng□lich gestellten Rechtsbegehren.

D.c Mit Verfügung vom 28. Januar 2010 wird einerseits die swissgrid ag als Beschwerdegegnerin ins Verfahren einbezogen. Ihr wird Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme zum Verfahren einzureichen. Andererseits wird das BFE als Fachbehörde aufgefordert, einige ergänzende Fragen zum Sachverhalt zu beantworten.

Das BFE nimmt mit Schreiben vom 26. Februar 2010 zu den Fragen des Bundesverwaltungsgerichts Stellung, während die Beschwerdegegnerin in ihrer Eingabe vom 2. März 2010 auf kostenfällige Abweisung der Be□schwerde schliesst.

Zu diesen Eingaben nehmen die Beschwerdeführerinnen schliesslich am 12. Mai 2010 abschliessend Stellung und bestätigen ihre mit Beschwerde vom 26. März 2009 gestellten Rechtsbegehren.

D.d Mit Verfügung vom 13. August 2010 wird das BFE erneut aufgefor□dert, die Erhebungen der Anlagekosten vollständig einzureichen. Das BFE kommt dieser Aufforderung innerhalb der bis am 1. Oktober 2010 er□streckten Frist am 29. September 2010 nach, indem es einen Ordner mit ergänzenden Unterlagen sowie eine kurze erläuternde Stellungnahme dazu einreicht.

Die Stellungnahme des BFE und die eingereichten Akten werden den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 4. Oktober 2010 zur Kenntnis- bzw. Einsichtnahme zugestellt. Ihnen wird Frist gesetzt bis zum 20. Oktober 2010, um eine allfällige weitere Stellungnahme einzureichen.

Mit Stellungnahme vom 17. November 2010 bestätigen die Beschwerde□führerinnen ihre mit Beschwerde vom 26. März 2009 gestellten Rechtsbe□gehren. Sie weisen darauf hin, dass die vom BFE eingereichten Unterla□gen in keiner Weise den Einbezug der MWST in die Berechnung der Ver□gütungssätze belegten.

E. Auf die übrigen Ausführungen in den Rechtsschriften wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Entscheide der ElCom sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 23 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung [Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7] i.V.m. Art. 33 Bst. f VGG). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG ist nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2. Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerinnen sind formelle Adressatinnen der angefochtenen Verfügung und durch diese auch materiell beschwert. Sie sind deshalb grundsätzlich zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert, soweit sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Festsetzung der Vergütungssätze als Nettopreise (ohne MWST) für sich selbst beantragen. Soweit sie dasselbe für alle Elektrizitätsproduzenten verlangen (sollten), fehlt es ihnen an einem unmittelbaren, eigenen persönlichen Interesse und damit an einer ausreichenden Beziehungsnähe zur Streitsache. Diesbezüglich ist auf die Beschwerde somit nicht einzutreten.

1.4. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist unter der obgenannten Einschränkung einzutreten.

1.5. Da das Bundesverwaltungsgericht mit den Beschwerdeführerinnen im Übrigen davon ausgeht, ein Leistungsurteil gemäss deren Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2 sei grundsätzlich zulässig, ist dem

Eventualbegeh□ren (Ziffer 3) der Beschwerdeführerinnen von vornherein der Boden ent□zogen.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung mit uneingeschränkter Kognition, d.h. auf Rechtsverletzungen – einschliess□lich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.
3.1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wenden die Beschwerdeführerinnen ein, die Vorinstanz habe ihre Prüfungspflicht verletzt, indem sie von der Annahme ausgegangen sei, die Stellungnahme des BFE vom 18. Dezember 2008 sei eine öffentliche Urkunde, welche den vollen Be□weis für die darin bezeugten Tatsachen erbringe. Dies komme einer mate□riellen Rechtsverweigerung gleich.

3.2. Die Vorinstanz führt dazu aus, entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen habe sie Ihre Prüfungspflicht nicht verletzt, indem sie sich auf Aussagen des BFE gestützt habe. Dabei spiele es keine Rolle, ob es sich bei der Stellungnahme des BFE um eine öffentliche Urkunde handle oder nicht. Es habe für sie kein Anlass bestanden, an der Aussage des BFE, die MWST sei in die Berechnungen einbezogen worden, zu zweifeln.

3.3. Grundsätzlich besteht im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 12 VwVG eine Pflicht zur amtlichen Sachverhaltsfeststellung. Es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäss Art. 19 VwVG in Verbin□dung mit Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273). Danach hat die Verwaltungsbehörde nach freier Überzeugung die Beweise zu würdigen. Bezüglich Gutachten und sachkundigen Auskünften einer Amtsstelle besteht in der Praxis je□doch die Besonderheit, dass sie nur überprüft werden und von ihnen ab□gewichen wird, wenn dafür stichhaltige Gründe bestehen (vgl. Entscheid der Rekurskommission EVD vom 31. Mai 1995, veröffentlicht in Verwal□tungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 60 [1996] Nr. 52 E. 3.2). Vorlie□gend hat die verfügende Behörde beim für Energiefragen zuständigen Bundesamt, welches an der Ausarbeitung der umstrittenen gesetzlichen Grundlage massgeblich beteiligt war, eine Auskunft zum Inhalt einer Verordnung eingeholt.

3.4. Bei der Stellungnahme des BFE handelt es sich nicht um eine öffen□tliche Urkunde im Sinn von Art. 9 des Schweizerischen

Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Es liegt vielmehr ein Amtsbericht vor. Darunter sind mündliche oder schriftliche Angaben einer Behörde oder Amtsstelle zuhanden der für ein Verwaltungsverfahren zuständigen anderen Behörde über bestimmte Tatsachen oder Verhältnisse zu verstehen, über welche diese aufgrund ihrer Tätigkeit besondere Sachkenntnisse besitzt. Vorliegend handelt es sich um eine Auskunft des BFE in Bezug auf eine konkrete Frage in Zusammenhang mit der KEV. Diese ist in der EnV bzw. deren Anhängen geregelt. Das BFE war als Fachbehörde an der Ausarbeitung dieser Bestimmungen massgeblich beteiligt, weshalb es über besondere Sachkenntnisse verfügt. Verwendet die Beurteilungsbehörde Amtsberichte einer anderen Behörde, muss sie sich zuerst in jedem Fall ein eigenes Urteil über die amtsfremde Ermittlung gebildet haben. Eine unbesehene Übernahme fremder Amtserkenntnisse kann eine fehlerhafte Sachverhaltsermittlung darstellen (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 12 N 182 ff.).

3.5. Die Ausführungen der Vorinstanz lassen darauf schliessen, dass sie sich in ihrer Beurteilung nicht allein auf den vorerwähnten Amtsbericht stützte, sondern ebenso auf die vom BFE eingereichten Unterlagen. So legte das BFE seinem Amtsbericht zu Handen der Vorinstanz auch einen Auszug des internen Fragenkatalogs vom 26. März 2007 als Beilage 1 bei, aus dem hervorgeht, dass die MWST schon in der Ausarbeitung der Anhänge 1.1 bis 1.5 EnV thematisiert und BFE-intern entschieden wurde, die Vergütungssätze inkl. MWST festzusetzen. Weiter begründet die Vorinstanz ihre Auffassung damit, dass das BFE nach aussen stets kommuniziert habe, die MWST sei im Vergütungssatz bereits enthalten. Unter Berücksichtigung all dieser Elemente ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, der Amtsbericht des BFE sei zutreffend. Sie hat sich also ein eigenes Urteil über die amtsfremde Ermittlung gebildet, weshalb ihr weder eine fehlerhafte Sachverhaltsermittlung noch eine Verletzung der Prüfungspflicht vorgeworfen werden kann.

4.

Art. 7a Abs. 2 EnG, eingefügt durch Anhang Ziff. 2 des Stromversorgungsgesetzes, sieht vor, dass sich die Vergütung nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen richtet, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen. Die langfristige Wirtschaftlichkeit der Technologie ist Voraussetzung. Die Regelung der Einzelheiten, insbesondere der Gestehungskosten je Erzeugungstechnologie, Kategorie und Leistungsklasse delegiert das Gesetz in Art. 7a Abs. 2 Bst. a EnG an den Bundesrat. Dieser Aufgabe ist er mit Erlass der Energieverordnung

nachgekommen. Die konkrete Höhe der Vergütungssätze für die verschiedenen Technologien lässt sich aufgrund der in den Anhängen 1.1 – 1.5 zur EnV festgesetzten Grundlagen berechnen. Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen prüft das Bundesverwaltungsgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Wird dem Bundesrat ein sehr weiter Ermessensspielraum eingeräumt, ist dieser für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit zu äussern (vgl. BGE 130 I 26 E. 2.2.1, BGE 128 II 34 E. 3b, BGE 127 II 184 E. 5a je mit Hinweisen).

5.

5.1. Zur Begründung ihrer Rechtsbegehren führen die Beschwerdeführerinnen aus, bei einer korrekten Auslegung von Art. 7a Abs. 2 EnG müssten die Vergütungssätze der Anhänge zur EnV exkl. MWST berechnet werden. Der Gesetzgeber habe in Art. 7a EnG klar bestimmt, nach welchen Kriterien die Einspeisevergütung durch den Bundesrat festzusetzen sei, nämlich nach den "Gestehungskosten von Referenzanlagen". Bei der Auslegung des vom Gesetzgeber verwendeten Begriffs der "Gestehungskosten" könne auf die Verwendung und Auslegung dieses Begriffs in der geltenden (und bisherigen) Energiegesetzgebung des Bundes zurückgegriffen werden. Daraus ergebe sich, dass die MWST nicht als Teil der "Gestehungskosten" von Kraftwerkanlagen angesehen werden könne. Die Beschwerdeführerinnen verweisen hierzu auf die Weisung 5/2008 der ElCom vom 4. August 2008 zu Art. 4 Abs. 1 Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71) (nachfolgend: Weisung 5/2008), auf die "Wegleitung zur Selbstdeklaration der Gestehungskosten von Kleinwasserkraftwerken, Version für die Betreiber" und auf die "Grundlagen zur Ermittlung der Gestehungskosten von Kleinwasserkraftwerken nach Art. 7 Abs. 4 EnG"

vom Februar 2000. Sie bringen vor, die dort definierten "Gestehungskosten" würden ohne MWST berechnet und ausgewiesen.

Auch aufgrund der übrigen den Beschwerdeführerinnen bekannten Unterlagen müsse davon ausgegangen werden, dass der Bundesrat bei der Berechnung der Vergütungssätze in den Anhängen zur EnV die MWST tatsächlich nicht berücksichtigt habe und diese damit bei den mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten zusätzlich auszurichten sei.

5.2. Das BFE führt hierzu aus, dass sich die herangezogene Weisung 5/2008 auf die Berechnung der Gestehungskosten im Rahmen von Art. 4 StromVV beziehe und nicht auf die KEV. Deshalb könne die erwähnte Weisung vorliegend nicht zur Anwendung kommen und die Beschwerdeführerinnen könnten daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

5.3. Dazu ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen die Weisung als Vergleichsbeispiel zur Definition der Gestehungskosten in der Praxis betreffend die Energiegesetzgebung herangezogen und sinngemäss eine analoge Anwendung verlangt haben. Das Heranziehen von vergleichbaren Unterlagen ist ein geeignetes Mittel, um eine rechtliche Grundlage auszulegen. Im vorliegenden Fall besteht ein ausreichender Zusammenhang zwischen der Berechnung der Gestehungskosten von Referenzanlagen betreffend erneuerbare Energien und der Berechnung der Gestehungskosten betreffend die Belieferung von Endverbrauchern mit Grundversorgung. Deshalb können die genannten Unterlagen zu Vergleichszwecken beigezogen werden.

5.4. Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen ist jedoch nicht nachvollziehbar. So heisst es denn in Ziff. 3 der Weisung 5/2008: "Zu den anrechenbaren Gestehungskosten gehören die Betriebs- und Kapitalkosten einer leistungsfähigen und effizienten Produktion sowie die Abgaben und Leistungen an die Gemeinwesen." Die MWST ist eine Abgabe ans Gemeinwesen und somit gemäss Definition der Weisung 5/2008 Teil der Gestehungskosten. Weiter werden die Steuern auch gemäss den beiden anderen genannten Dokumenten explizit als "übriger Betriebsaufwand" in die Berechnung der Gestehungskosten einbezogen. Der Beizug der Weisung 5/2008 dient somit, entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, eher dazu, den Standpunkt des BFE, der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zu stützen, wonach die MWST bei der Berechnung der Vergütungssätze bereits berücksichtigt wurde.

6.

6.1. Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es lägen keine Belege dafür vor, dass die MWST bei der Festsetzung der Vergütungssätze tatsächlich berücksichtigt worden sei. So zeigten die vom BFE eingereichten Unterlagen lediglich, dass sich dieses schon seit Mitte 2008 auf den Standpunkt gestellt habe, die MWST sei in den Vergütungen bereits enthalten. Dabei habe das BFE im Schreiben an die TEGRA Holz & Energie AG vom Juli 2008 (Beilage 2 zur Stellungnahme des BFE vom 18. Dezember 2008) erwähnt, für die Beantwortung der Frage, ob die MWST zusätzlich zu den in den Anhängen der EnV festgelegten Tarifen auszurichten sei, sei eine Besprechung mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) und der Nationalen Netzgesellschaft swissgrid ag erforderlich gewesen. Diese gut vier Monate nach Verabschiedung der Vergütungssätze im Bundesrat noch immer bestehenden Unsicherheiten bei der Frage der Berücksichtigung der MWST seien ein klares Indiz dafür, dass die MWST bei der Berechnung der Vergütungssätze nicht berücksichtigt worden sei.

Als einziges "Dokument", welches einen (rudimentären) Hinweis auf die Vorbereitung der Energiegesetzgebung durch das BFE enthalte, reiche dieses einen gerade mal einzeiligen Auszug aus einem internen "Fragenkatalog" ein. Zum einen sei nicht klar, ob dabei tatsächlich von den Einspeisevergütungen der Anhänge 1.1 bis 1.5 die Rede sei. Wenn man einmal davon ausgehe, dass es sich tatsächlich um diesen Themenbereich handle, ergebe sich zum andern nichts dazu, ob und in welcher Form die MWST schliesslich bei den vom Bundesrat über ein Jahr später verabschiedeten Vergütungssätzen berücksichtigt worden sei.

6.2. Das BFE entgegnet hierzu, bei den Gesprächen mit der ESTV habe es sich lediglich um Fragen zum Verfahren betreffend die MWST gehandelt und nicht um die Frage, ob die MWST bei der Berechnung der Vergütungssätze berücksichtigt worden sei. Der interne Fragenkatalog des BFE stelle einen Grundsatzentscheid dar, die MWST in die KEV einzuschliessen. Bei den Erhebungstabellen betreffend die Kostenstruktur der Photovoltaik-Anlagen seien einzig die Module mit und ohne MWST erfasst, alle anderen Kosten, insbesondere die Gesamtkosten der Anlage, seien inkl. MWST aufgeführt. Diese Art der Aufstellung sei der Flexibilität wegen gewählt worden, da die Modulpreise die variabelste Grösse in den Anlagekosten darstellten und bei einer späteren Anpassung der Vergütungssätze einfach anpassbar seien. Als Basis für die Bestimmung der KEV seien Kostenerfassungen von Beispielanlagen erhoben und Vergleiche mit dem Erneuerbare Energien Gesetz (EEG) in Deutschland gemacht worden.

6.3. Die Durchsicht der eingereichten Unterlagen zur Photovoltaik (Vernehmlassungsbeilage 8, Faszikel 2) deuten eher darauf hin, dass die Kosten inkl. MWST erhoben wurden und somit die MWST auch bei

der Festsetzung der Vergütungssätze bereits berücksichtigt wurde. So wird insbesondere bei den Tabellen betreffend die Betriebskosten die MWST ausdrücklich dazugeschlagen und der errechnete Rappenbetrag neben "Total Betriebskosten (inkl. MWST)" aufgeführt.

6.4. Betreffend die Windkraftanlagen machen die Beschwerdeführerinnen geltend, bei den eingereichten Wirtschaftlichkeitsberechnungen sei auf dem Deckblatt vermerkt, alle Kosten und Preise seien ohne MWST zu verstehen. Daraus könne geschlossen werden, dass auch bei der KEV, welche nach der Aussage des BFE gestützt auf diese Grundlagen berechnet worden sei, die MWST nicht berück□sichtigt worden sei. Dies werde auch durch die schliesslich festgesetzte Vergütung von 20 Rp./kWh bestätigt, welche leicht unter dem Durchschnitt der in den Wirtschaftlichkeitsberechnungen ausgewiesenen Gestehungskosten exkl. MWST liege.

6.5. Das BFE führt dazu aus, es treffe zu, dass bei den Anlagendossiers "Wirtschaftlichkeit von Windkraftanlagen" jeweils auf dem Deckblatt ver□merkt sei: "alle Kosten und Preise ohne MWST". Daraus vermöchten die Beschwerdeführerinnen jedoch nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. In den jeweiligen Anlagendossiers sei bei der Grundberechnung die MWST nicht einbezogen worden, was jedoch nicht heisse, dass die MWST bei den anschliessenden Berechnungen der Vergütungen nicht mit eingeflos□sen sei. Die Zahlen in den Anlagendossiers seien Kostenberechnungen und dienten lediglich als Basis. Für die Berechnung der Gesamtkosten seien die Zahlen nicht 1:1 übernommen worden, sondern die MWST sei dazugeschlagen worden.

6.6. Das BFE kann diese Vorgehensweise nicht mit aussagekräftigen Un□terlagen belegen. Auch die mit Stellungnahme vom 29. September 2010 eingereichten ergänzenden Unterlagen beweisen – wie die Beschwerde□führerinnen in ihrer Stellungnahme vom 17. November 2010 zu Recht an□merken – den Einbezug der MWST in die konkrete Berechnung der Ver□gütungssätze nicht. Sie belegen aber auch nicht das Gegenteil. Aus der nachfolgenden Erwägung 7 geht jedoch hervor, dass eine Berücksichti□gung der MWST von Anfang an vorgesehen war. Es ist davon auszuge□hen, dass der "Grundsatzentscheid", der während der Ausarbeitung der Berechnungsgrundlagen gefällt wurde, auch betreffend die Windkraftanla□gen umgesetzt wurde. Den Beschwerdeführerinnen ist es denn auch nicht gelungen, das Gegenteil zu beweisen. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb für verschiedene Technologien verschiedene Grundsätze gelten sollten, die an sich nichts mit der Verschiedenheit der Technologien zu tun haben.

6.7. Betreffend die Höhe der KEV-Tarife führt das BFE aus, pro Technologie hätten mehrere Referenzanlagen, die den neusten technologischen Standards entsprechen mussten, als Basis gedient. Es sei mit Durchschnittswerten typischer Investitionskosten gearbeitet worden. Bei Technologien mit rasch realisierbarem Kostensenkungspotenzial seien sogar tiefere als die Durchschnittswerte als Basis für die Vergütungsberechnungen angenommen worden, da sie der effizientesten Technologie entsprechen sollten.

Diese Ausführungen erklären denn auch, wieso die Vergütung für Windkraftanlagen auf 20 Rp./kWh und damit unter dem Durchschnitt der in den Wirtschaftlichkeitsberechnungen ausgewiesenen Gestehungskosten festgesetzt wurde.

6.8. Aus dem Koreferat der Prognos AG vom 16. April 2008 (Koreferat = Beschwerdebeilage 11) geht hervor, dass (zumindest im Zeitpunkt der Beurteilung durch die Prognos) die Schritte zwischen den Kostenberechnungen und den Vergütungshöhen nicht vollständig nachvollziehbar waren und dass eine genügende Dokumentation der Rechen- bzw. Rundungswege fehlte (vgl. Koreferat S. 74).

Betreffend die Dokumentation der Überlegungs- und Berechnungsschritte besteht Verbesserungspotenzial. Denn es liegen keine eindeutigen Unterlagen vor, aus denen die MWST klar als Bestandteil der Gestehungskosten, die ihrerseits massgebend für die Festsetzung der Vergütungshöhen sind, hervorginge. Trotzdem kommen die Verfasser des Koreferats zum Schluss, dass die Vergütungssätze in ihrer Höhe gut begründbar seien und dass keine Unregelmässigkeiten vorliegen.

Das Koreferat äussert sich zwar nicht zur MWST, daraus geht aber hervor, dass die Vergütungssätze der KEV wesentlich höher sind, als diejenigen nach EEG. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass bei den schweizerischen Vergütungssätzen im Gegensatz zu den deutschen die MWST bereits berücksichtigt wurde.

7.

Dem Auszug aus dem Fragenkatalog BFE vom 26. März 2007 (Beilage 1 zu Vernehmlassungsbeilage 1) kann (wie bereits in E. 3.5 ausgeführt) entnommen werden, dass in der Ausarbeitungsphase entschieden wurde, die MWST in die Berechnung der Vergütung einzubeziehen. Es ist davon auszugehen, dass dieser "Grundsatzentscheid" in der Folge bei der Festsetzung der Vergütungssätze umgesetzt wurde.

Aus den eingereichten Unterlagen geht dies zwar nicht eindeutig hervor. Was den Unterlagen jedoch klar entnommen werden kann, ist, dass die MWST stets thematisiert wurde. Dies lässt den Schluss zu, dass sie bei der Festsetzung der Vergütungssätze letztlich berücksichtigt wurde.

8.

8.1. Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, eine Erhöhung des MWST-Satzes führe zu einer Reduktion der Kostendeckung, wenn die MWST tatsächlich bereits in der Vergütung inbegriffen sei. Das BFE entgegnet, dies treffe nur zu, wenn es die Tarife der KEV nicht anpasse. Veränderungen der Rahmenbedingungen seien in Art. 3e Abs. 1 EnV jedoch als Anpassungsgrund für die Vergütungssätze erwähnt. Dazu gehöre auch die Änderung des MWST-Satzes.

Die von den Beschwerdeführerinnen angesprochene Problematik ist von aktueller Bedeutung, zumal der MWST-Satz (Normalsatz) inzwischen per 1. Januar 2011 von 7,6 auf 8% (Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 [Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, SR 641.20]) angehoben wurde (vgl. AS 2010 2055). Das BFE hat sich gemäss Ziffer 24 der "FAQ Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) (Artikel 7a Energiegesetz neu)" (Stand: 14. Dezember 2010) mit dieser Frage auseinandergesetzt und sich dazu wie folgt geäussert: "Weil der MWST-Satz am 1. Januar 2011 schweizweit temporär erhöht wird, hat das BFE geprüft, ob die Vergütungssätze der KEV in den Anhängen 1.1 – 1.5 der EnV der Erhöhung von 7,6 auf 8% folgen können. Die Prüfung hat gezeigt, dass die Anpassung der Sätze im Kommabereich liegen würde und sich die Vergütungssätze bei der heutigen Rundungspraxis nicht ändern würden, weil die Erhöhung geringfügig ist. Aus diesem Grund werden auf den 1. Januar 2011 die Vergütungssätze nicht geändert, unterliegen aber dann der erhöhten MWST-Abgabe." Es hat sich also gezeigt, dass sich das BFE der Problematik bewusst ist und eine Erhöhung der Vergütungssätze aufgrund der Erhöhung des MWST-Satzes geprüft hat. Aus der allfälligen Notwendigkeit, die Vergütungssätze im Fall einer markanteren Erhöhung der MWST anzupassen, vermögen die Beschwerdeführerinnen somit nichts für sich abzuleiten. Daraus kann insbesondere nicht geschlossen werden, dass die MWST bei der Berechnung der Vergütungssätze nicht berücksichtigt worden sei.

8.2. Das BFE führt weiter aus, es habe seit längerer Zeit darauf hingewiesen, dass die MWST in der KEV eingerechnet sei. So sei der Passus betreffend die MWST schon früh in den FAQ ("Frequently Asked Questions") des BFE enthalten gewesen. Er sei dann nur vorübergehend wieder entfernt worden, weil gewisse Fragen betreffend das MWST-Verfahren noch der Klärung mit der ESTV bedurft hätten. Auch sonst sei seitens des BFE stets kommuniziert worden, dass die MWST in den Berechnungen der Vergütungssätze berücksichtigt worden sei. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass das BFE dies stets so kommuniziert hat.

Im Merkblatt FAQ Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) (Artikel 7a EnG) vom 17. März 2008 hiess es in Ziff. 20 zur MWST: "Der Mehrwertsteuersatz ist bereits in den Vergütungen enthalten." Diese "Kommunikationspraxis" des BFE ist wiederum ein Indiz dafür, dass die MWST tatsächlich bereits bei der Festsetzung der Vergütungssätze berücksichtigt wurde.

9.

Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerinnen nirgends geltend machen

und folglich auch nicht belegen, dass die momentan geltenden Vergütungssätze nicht kostendeckend seien.

Vielmehr wären die Vergütungssätze wohl für die nicht mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten nicht kostendeckend, wenn die Vergütungssätze exklusive MWST festgesetzt worden wären. Denn ihnen würde die kostenseitig (auf den Investitionen) bezahlte MWST nicht zusätzlich ausgerichtet. Sie erhielten folglich nicht die gesamten Stromgestehungskosten vergütet und sie könnten auch keinen Vorsteuerabzug geltend machen.

Auch dies deutet darauf hin, dass die MWST bei der Festsetzung der Vergütungssätze bereits berücksichtigt wurde.

10.

10.1. Die Beschwerdeführerinnen bringen schliesslich vor, wenn die Gestehungskosten der Referenzanlagen gemäss Art. 7a Abs. 2 EnG inklusive MWST berechnet worden seien und diese somit den mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten nicht zusätzlich zu den Vergütungssätzen gemäss den Anhängen 1.1 bis 1.5 EnV ausgerichtet werde, verletze dies das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 BV.

10.2. Das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Dieser Grundsatz gilt sowohl in der Rechtsanwendung als auch in der Rechtsetzung. Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet eine unterschiedliche Behandlung indes nicht absolut. Differenzierungen sind unter gewissen Voraussetzungen zulässig und unter dem Gesichtspunkt des Differenzierungsgebots unter Umständen sogar verfassungsrechtlich geboten. Es ist zu fragen, ob die Differenzierung angesichts der tatsächlichen Verhältnisse sachlich begründet werden kann. Folglich ist zu überprüfen, ob sich die betroffenen Personen mit Blick auf den rechtserheblichen Sachverhalt in einer vergleichbaren Situation befinden, ob sie durch den Gesetzgeber bzw. den Rechtsanwender ungleich (bzw. trotz unterschiedlicher Situation gleich) behandelt werden und ob für eine entsprechende Differenzierung (bzw. Nicht-Differenzierung) sachliche Gründe vorliegen (vgl. REGINA KIENER/ WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 346 ff.).

10.3. Wie soeben ausgeführt, gilt das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 BV nicht absolut. Zum Beispiel ist eine gewisse Typisierung aus Praktikabilitätsgründen zulässig. So vermögen technische und praktische Gründe nach der Rechtsprechung eine Ungleichbehandlung dann zu rechtfertigen, wenn dies nicht zu unbilligen Ergebnissen führt. Eine Ungleichbehandlung kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn

grundsätzlich eine differenziertere Kategorienbildung denkbar wäre (vgl. KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 350 f.). Auf dem Gebiet der Sozialversicherung z.B. können die Leistungsberechtigten in Kategorien oder Gruppen zusammengefasst schematisch behandelt werden (vgl. BGE 117 Ia 97 E. 2b m.w.H.). So□dann liegt es z.B. auch im Wesen der Ortsplanung, dass Zonen gebildet und irgendwo abgetrennt werden müssen und dass Grundstücke ähn□licher Lage und ähnlicher Art bau- und zonenrechtlich völlig verschieden behandelt werden. In verfassungsrechtlicher Hinsicht genügt, dass die Planung sachlich vertretbar, d.h. nicht willkürlich ist. Das Gebot der Rechtsgleichheit fällt insoweit mit dem Willkürverbot zusammen (vgl. BGE 116 Ia 193 E. 3b mit Hinweis). Eine entsprechende Typisierung bzw. Kategorisierung drängt sich in der Regel auch dort auf, wo Tarife oder wie vorliegend Vergütungssätze festzusetzen sind.

10.4. Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, dass, würden die Vergü□tungssätze inklusive MWST festgesetzt, dies unterschiedliche Vergü□tungshöhen für mehrwertsteuerpflichtige und nicht mehrwertsteuerpflich□tige Produzenten zur Folge hätte. Dies sei eine gemäss Art. 8 BV unzu□lässige Ungleichbehandlung der beiden Kategorien von Elektrizitätspro□duzenten. Entgegen den Ausführungen in E. 5.4 der angefochtenen Ver□fügung werde die darin liegende Wettbewerbsverzerrung durch die Mög□lichkeit des Vorsteuerabzugs der mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten nicht behoben. Dies begründen die Beschwerdeführerinnen damit, bei ge□wichtigen Positionen der Gestehungskosten, insbesondere bei den Kapi□talkosten, sei gar keine MWST geschuldet und entsprechend auch kein Vorsteuerabzug möglich. Die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten müssten jedoch auf dem gesamten Erlös aus dem Verkauf des Stroms die MWST entrichten. Die nicht mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten könnten dagegen den gesamten Erlös behalten. Es bleibe somit in dem Umfang eine Ungleichbehandlung, in welchem die Gestehungskosten nicht der MWST unterlägen und die mehrwertsteuerpflichtigen Produzen□ten entsprechend auch keinen Vorsteuerabzug tätigen könnten. Auf der anderen Seite stünde es den nicht mehrwertsteuerpflichtigen Produzen□ten jederzeit frei, sich gemäss Art. 26 (recte Art. 27) des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer (aMWSTG, AS 2000 1300) freiwillig der Mehrwertsteuerpflicht zu unterstellen, falls sie sich ge□genüber den mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten benachteiligt fühl□ten. Damit könnte die Wettbewerbsneutralität bei der korrekten Festsetz□ung der Vergütungen in den Anhängen 1.1 – 1.5 der EnV exkl. MWST ohne weiteres gewahrt werden.

10.5. Diese Ausführungen sind zwar korrekt, vermögen aber angesichts der vorstehenden Erwägungen zur Zulässigkeit der hier gewählten Kategorienbildung und zur Kostendeckung nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen beizutragen. Es wurde bereits festgehalten, dass davon auszugehen ist, die MWST sei bei der Festsetzung der Vergütungssätze kostenseitig berücksichtigt worden. Es stellt sich dem Bundesverwaltungsgericht also nur die Frage, ob die gewählte Berechnungsmethode vor dem Willkürverbot standhält und nicht, ob eine andere Lösung auch denkbar oder gar vorzuziehen wäre. Diese Entscheidung liegt an sich im Ermessen der Vorinstanz bzw. der die Vergütungssätze festlegenden Behörde.

10.6. Art. 21 aMWSTG sah vor, dass nur steuerpflichtig ist, wer eine mit der Erzielung von Einnahmen verbundene gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt, wenn seine Lieferungen, Dienstleistungen und sein Eigenverbrauch im Inland jährlich gesamthaft Fr. 75'000.-- übersteigen (heute gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a MWSTG, wenn der Jahresumsatz Fr. 100'000.-- beträgt). Nach Art. 27 aMWSTG konnten sich Unternehmen, welche die Voraussetzungen der Steuerpflicht nach Art. 21 Abs. 1 aMWSTG nicht erfüllten, zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität oder zur Vereinfachung der Steuererhebung unter den von der ESTV festzusetzenden Bedingungen der Steuerpflicht freiwillig unterstellen. Der hauptsächliche Sinn und Zweck von Art. 27 aMWSTG war es, denjenigen Wirtschaftssubjekten, welchen dadurch, dass sie nicht obligatorisch steuerpflichtig sind, ein Wettbewerbsnachteil erwuchs, die Möglichkeit zu bieten, sich freiwillig der Steuerpflicht zu unterstellen, um damit den Wettbewerbsnachteil zu eliminieren (vgl. GERHARD SCHAFROTH/DOMINIK ROMANG, in: Diego Clavadetscher/Pierre-Marie Glauser/Gerhard Schafroth [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel/ Genf/München 2000, Art. 27 Rz. 2).

10.7. Den Beschwerdeführerinnen ist insofern beizupflichten, als die kleineren Produzenten, welche nicht mehrwertsteuerpflichtig sind (vgl. vorstehende E. 10.6), leicht bessergestellt sind als die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten. Dies trifft, wie die Beschwerdeführerinnen richtig ausführen, in dem Umfang zu, in dem die Gestehungskosten nicht der MWST unterliegen und die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten entsprechend auch keinen Vorsteuerabzug tätigen können.

10.7.1. Die Beschwerdeführerinnen verkennen jedoch, dass eine Festsetzung der Vergütungssätze exklusive MWST unter zusätzlicher Ausrichtung der vollen MWST an die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten faktisch ebenfalls unterschiedliche Vergütungssätze für

mehrwertsteuer□pflichtige und nicht mehrwertsteuerpflichtige Produzenten und damit ver□bunden eine Ungleichbehandlung zur Folge hätte.

Erhielten die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten den vollen Mehr□wertsteuersatz zusätzlich vergütet, würde der Vorsteuerabzug, welcher einen erheblichen Teil der umsatzseitig bezahlten MWST betrifft, nicht be□rücksichtigt und die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten erhielten zu□mindest einen Teil der MWST doppelt vergütet. Denn einerseits werden bei der Berechnung der Vergütungssätze die gesamten Investitionskos□ten, inkl. die auf den getätigten Aufwendungen bezahlte MWST, berück□sichtigt (vgl. E. 5.4, 6.8, 7 und 8.2 hiervor) und andererseits würde dann noch die MWST auf dem verkauften Strom zusätzlich vergütet, obwohl die investitionsseitig bezahlte MWST als Vorsteuerabzug geltend ge□macht werden kann. Dies hätte in diesem Umfang eine dem Gedanken der Kostendeckung zuwiderlaufende "doppelte" Vergütung zur Folge.

10.7.2. Sinn und Zweck der KEV ist es, jene Kosten zu decken, welche die Produzenten beim Verkauf des Stroms nicht durch den normalen Strompreis zu decken vermögen. Sie dient der Förderung der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, welche kostspieliger ist als die "normale" Erzeugung von Strom. Diesbezüglich kommt der KEV eine Lenkungsfunktion zu.

Die Vergütungssätze werden so festgelegt, dass die Vergütungen nur für die effizientesten Technologien tatsächlich kostendeckend sind (vgl. Art. 7a Abs. 2 EnG und Ausführungen dazu in E. 6.7 hiervor). Ziel der Vergütung ist es also nicht, die Kosten jedes Produzenten zu decken, sondern nur jener, die in effiziente Anlagen investieren. Der KEV kommt also auch diesbezüglich eine gewisse Lenkungsfunktion zu.

Es wäre zwar grundsätzlich möglich, in der EnV verschiedene Vergü□tungssätze für mehrwertsteuerpflichtige und nicht mehrwertsteuerpflichti□ge Produzenten festzulegen, bzw. den mehrwertsteuerpflichtigen Produ□zenten einen Teil der MWST zusätzlich zu vergüten. Aber auch damit wä□re die Schematisierung nicht vollständig beseitigt.

Die Festsetzung der Vergütungssätze aufgrund von Annahmen für Refe□renzanlagen (vgl. E. 6.7 hiervor) bedeutet immer eine gewisse Pauschali□sierung, unabhängig davon, wie viele Kategorien gebildet werden. Die verschiedenen Anlagen und Technologien müssen gestützt auf Art. 7a Abs. 2 EnG unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit verschiede□nen Kategorien zugeordnet werden können. Andernfalls wäre die Ausrich□tung von Vergütungssätzen unpraktikabel. Zudem könnte ohne ent□sprechende Kategorisierung der angestrebten Lenkungsfunktion der KEV nicht genügend Rechnung getragen werden.

10.7.3. Eine absolute Einzelfallgerechtigkeit wäre nach dem Gesagten weder praktikabel noch erstrebenswert. Bei der Festsetzung der Ver□gütungssätze wurde eine Abstufung nach der Leistungsfähigkeit und der Beschaffenheit der Anlagen vorgenommen. Eine weitere Abstufung danach, ob die Produzenten mehrwertsteuerpflichtig sind oder nicht und

entsprechend eine zusätzliche Kategorie von Vergütungssätzen zu schaffen, drängt sich in Anbetracht der vorstehenden Ausführungen nicht auf.

Kommt hinzu, dass die bestehende Regelung den positiven Nebeneffekt hat, die mehrwertsteuerpflichtigen Produzenten durch die gewählte Lö□sung dazu anzuhalten, mit möglichst wenig Fremdkapital zu arbeiten, um möglichst viel der auf dem Umsatz bezahlten MWST als Vorsteuer abzie□hen zu können.

10.8. Es ist fraglich, ob es zumutbar wäre und Sinn und Zweck von Art. 27 aMWSTG entspräche, nicht mehrwertsteuerpflichtige Elektrizitäts□produzenten faktisch zu verpflichten, sich freiwillig der Mehrwertsteuer□pflicht zu unterstellen. Diese Frage kann indes offen gelassen werden, da es, wie in E. 10.5 hiervor bereits ausgeführt, nicht Aufgabe des Bundes□verwaltungsgerichts ist, zu überprüfen, ob für die Festsetzung der Vergü□tungssätze auch eine andere Lösung denkbar oder gar vorzuziehen wäre. Im Rahmen des Ermessens der Vorinstanz bzw. des Verordnungsgebers hat das Bundesverwaltungsgericht nur dann einzugreifen, wenn die von der Vorinstanz gewählte Lösung nicht dem Gesetz entspricht oder nicht sachlich begründbar ist und dadurch zu einem unbilligen Ergebnis führen würde (vgl. E. 10.5). Konkret ist also nicht zu überprüfen, ob die Vergü□tungssätze auch auf der Basis der "Nettogestehungskosten" mit einer zu□sätzlichen Vergütung der MWST an die mehrwertsteuerpflichtigen Produ□zenten festgesetzt werden könnten und ob diese Lösung "gerechter" wä□re als die vom Bundesrat als Verordnungsgeber gewählte. Zu überprüfen ist lediglich, ob die gewählte Umsetzung der Energieverordnung recht□mässig und vertretbar ist. Diese Frage ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen zu bejahen.

11.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Berücksichtigung der MWST bei den Gestehungskosten und damit bei der Festsetzung der KEV nicht gesetzwidrig ist und zu keinem unbilligen Ergebnis führt. Den Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ist beizu□pflichten: Es ergibt sich weder aus den Akten, noch haben die Beschwer□deführerinnen stichhaltig darzutun vermocht, dass Art. 7a EnG anders auszulegen wäre. Allein aus der Tatsache, dass keine positiv-rechtliche Normierung besteht, kann nicht abgeleitet werden, die MWST sei nicht in der Vergütung inbegriffen. Der Bundesrat hat als Verordnungsgeber den ihm zustehenden Ermessensspielraum genutzt und bei der Berechnung der Gestehungskosten die MWST bereits berücksichtigt. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

12.

12.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.-- aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

12.2. Angesichts ihres Unterliegens haben die Beschwerdeführerinnen keinen Anspruch auf Parteientschädigung gemäss Art. 64 VwVG.

12.3. Die obsiegende Beschwerdegegnerin ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht anwaltlich vertreten und ihr sind auch sonst keine verhältnismässig hohen Kosten gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG entstanden, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.-- werden den Beschwerdeführer□innen auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 941-08-002; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)
- das BFE als Fachbehörde z.K.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
André Moser	Anita Schwegler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: