



Referenz/Aktenzeichen: 221-00590

Bern, 17.10.2019

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Laurianne Altwegg (Vizepräsidentin),
Christian Brunner, Matthias Finger, Dario Marty, Sita Mazumder,
Andreas Stöckli

in Sachen: A
vertreten durch RA Stefan Rechsteiner und/oder RA Adrian Gautschi,
VISCHER AG, Schützengasse 1, Postfach 5090, 8021 Zürich
(Beschwerdeführer)

gegen **Bundesamt für Energie**, Sektion Geräte und Wettbewerbliche Ausschreibungen,
3003 Bern
(Vorinstanz)

betreffend Rückforderung von Förderbeiträgen im ProKilowatt-Programm B

Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt	3
II	Erwägungen	5
1	Formelles	5
1.1	Zuständigkeit	5
1.2	Weitere Eintretensvoraussetzungen	6
1.3	Rechtliches Gehör	7
2	Verletzung des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV)	8
2.1	Rüge	8
2.2	Argumentation der Vorinstanz	8
2.3	Legalitätsprinzip	8
2.4	Anwendbarkeit des SuG	9
2.5	Rückforderung nach Artikel 30 SuG	10
2.6	Rückforderung nach Artikel 28 SuG	14
2.7	Fazit	15
3	Gebühren	15
4	Parteientschädigung	15
III	Entscheid	16
IV	Rechtsmittelbelehrung	17

I Sachverhalt

A.

- 1 Der Verein ProKilowatt und die CimArk SA führen im Auftrag des Bundesamts für Energie (BFE; Vorinstanz) wettbewerbliche Ausschreibungen zur Unterstützung von Projekten und Programmen zum sparsameren Stromverbrauch durch. A (Beschwerdeführer) nahm mit dem Programm B an der wettbewerblichen Ausschreibung 2014 teil. Das Programm zielte primär darauf ab, durch Finanzbeiträge Anreize für Investitionen in Energiemassnahmen in C zu schaffen (act. 1 Beilage 7 S. 5). Mit Bescheid vom 16. Juni 2014 erhielt der Beschwerdeführer von ProKilowatt einen Zuschlag und die Mitteilung, dass das Programm B mit einem Förderbeitrag von maximal 1'000'000 Franken unterstützt werde (act. 5 Beilage 1a). Gemäss Nachtrag vom 1. September 2014 zu diesem Bescheid waren 115'000 Franken als Fixkosten und 885'000 Franken als variable Kosten vorgesehen. Unter den Fixkosten sind die Ausgaben für das Management und die Kommunikation des Programms zusammengefasst. Die variablen Kosten umfassen in erster Linie Förderbeiträge an die Investitionen der Betreiber von C (so genannte Endkunden des Programms), in zweiter Linie Förderbeiträge an Energieanalysen in C sowie an die Information, Weiterbildung und Beratung der Endkunden (act. 1 Beilage 3 S. 2 f.). Das Ziel wurde auf eine Einsparung von 34'000'000 Kilowattstunden (kWh) mit einer Kostenwirksamkeit von 2.94 Rp./kWh festgelegt (act. 5 Beilage 1b).
- 2 Im Verlauf der Umsetzung des am 1. September 2014 gestarteten Programms B wurden 905'848 Franken an den Beschwerdeführer ausbezahlt (act. 1 Beilage 3 S. 2 f.).
- 3 Am 22. September 2016 informierte die Vorinstanz den Beschwerdeführer, dass sie im Rahmen ihrer Aufsichtspflicht Audits durchführe und das Programm B für ein solches ausgewählt worden sei (act. 5 Beilage 10).
- 4 Mit Schreiben vom 13. Januar 2017 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, dass gemäss dem damaligen Stand des Audits mit dem Programm B Massnahmen unterstützt worden seien, welche die Betreiber der C bereits vor Programmbeginn beschlossen hätten. Die Massnahmen wären somit auch ohne die Fördergelder realisiert worden, was die Förderbedingungen verletze (act. 1 Beilage 18).
- 5 Hierzu nahm der Beschwerdeführer am 31. Januar 2017 Stellung. Dabei brachte er unter anderem vor, Kriterien (für eine Unterstützung) seien einzig Umfang und Zeitpunkt der physischen Realisierung von Massnahmen. Insoweit nicht relevant seien hingegen Kreditbeschlüsse von Anlagenbetreibern zu geplanten Effizienzmassnahmen bzw. deren Zeitpunkte (act. 5 Beilage 11b).
- 6 Mit Schreiben vom 26. Juni 2017 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, das Audit habe den Vorwurf bestätigt. Deshalb beabsichtige es, eine Rückforderung von bis zu 462'787 Franken zu stellen und räumte dem Beschwerdeführer Gelegenheit ein, hierzu Stellung zu nehmen (act. 5 Beilage 3).
- 7 Am 11. August 2017 reichte der Beschwerdeführer den Schlussbericht zum Programm ein (act. 1 Beilage 8). Mit Stellungnahme vom 30. August 2017 beantragte er, dass von Rückforderungen für das Programm B Abstand genommen werde (act. 1 Beilage 19).
- 8 Mit Verfügung vom 21. November 2017 (act. 1 Beilage 3) entschied die Vorinstanz, dass 9 der 30 durch das Programm B unterstützten technischen Massnahmen in Anlagen zu Unrecht gefördert wurden, weil sie auch ohne die Fördergelder unverändert durchgeführt worden wären. Für diese Massnahmen seien dem Beschwerdeführer Förderbeiträge von insgesamt 428'205 Franken ausbezahlt worden. Daher verfügte es, dass dieser unter anteilmässiger Berücksichtigung der durch die übrigen Massnahmen bei Endkunden erzielten Stromeinsparungen von 20'216'260 kWh (59.46% des geplanten Einsparungsziels) insgesamt 457'337 Franken zurückzuzahlen hat. Die Vorinstanz wies den Beschwerdeführer an,

diesen Betrag innert 30 Tagen ab Inkrafttreten der Verfügung der Stiftung Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) zu überweisen.

B.

- 9 Am 10. Januar 2018 reichte der Beschwerdeführer bei der Elektrizitätskommission EICom (EICom) und beim Bundesverwaltungsgericht je eine identische, als «Eingabe / Beschwerde» bezeichnete Rechtschrift (act. 1) ein. Darin stellt er den Verfahrens Antrag auf Durchführung eines Meinungsaustauschs zwischen den angerufenen Behörden. Sodann beantragt der Beschwerdeführer die vollständige Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz vom 21. November 2017; stattdessen sei festzustellen, dass vom Beschwerdeführer keine Rückforderung für das Programm B geschuldet sei. Schliesslich stellt er Antrag auf Kosten- und Entschädigungsfolge.
- 10 Nachdem die EICom in einem Meinungsaustausch mit dem Bundesverwaltungsgericht ihre Zuständigkeit bejaht hatte, überwies jenes die Angelegenheit an die EICom und deren Fachsekretariat eröffnete ein Beschwerdeverfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021; act. 2 u. 3).
- 11 Mit Verfügung vom 26. Februar 2018 forderte die EICom den Beschwerdeführer auf, einen Kostenvorschuss von 5'000 Franken zu bezahlen und lud die Vorinstanz zur Stellungnahme ein (act. 4).
- 12 Der Vorschuss ging innert Frist ein. Am 28. März 2018 reichte die Vorinstanz unter Beilage der Vorakten eine Stellungnahme (act. 5) ein. Sie schliesst auf Abweisung der Beschwerde.
- 13 In der Replik des Beschwerdeführers vom 25. April 2018 (act. 7) und der Duplik der Vorinstanz vom 29. Juni 2018 (act. 9) halten diese an ihren Standpunkten fest.
- 14 Am 2. Juli 2018 reichte der Beschwerdeführer eine unaufgeforderte Stellungnahme mit neuen Beweismitteln und unveränderten Rechtsbegehren ein (act. 11).
- 15 Hierzu nahm die Vorinstanz am 26. Juli 2018 Stellung. Sie schliesst weiterhin auf Abweisung der Beschwerde (act. 13).
- 16 Am 20. August 2018 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Stellungnahme ein (act. 15).
- 17 Auf die übrigen Sachverhaltselemente wird soweit erforderlich in den Erwägungen eingegangen.

II Erwägungen

1 Formelles

1.1 Zuständigkeit

- 18 Gemäss Artikel 74 Absatz 5 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) beurteilt die ECom Streitigkeiten, die aus Verfahren entstanden sind, bei denen die Zuständigkeitsordnung nach bisherigem Recht galt, sofern sie nach der bisherigen Ordnung zuständig war.
- 19 Die Zuständigkeitsordnung richtet sich nach denjenigen Normen, die bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Verfahrens in Kraft sind (Urteil des Bundesgerichts 2C_487/2012 vom 2. April 2013 E. 1.2.1 mit Hinweisen). Die Zuständigkeitsordnung nach bisherigem Recht galt, bis am 1. Januar 2018 das EnG in Kraft getreten ist (AS 2017 6839). Die hier zu beurteilende Streitigkeit gründet auf dem von Amtes wegen eingeleiteten Verfügungsverfahren der Vorinstanz und wurde mit dessen Eröffnung rechtshängig. Vorliegend war dies spätestens der Fall, als der Beschwerdeführer das Schreiben vom 26. Juni 2017 erhielt, mit welchem die Vorinstanz ihm die Rückforderung in Aussicht gestellt und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Somit ist die Streitigkeit aus einem Verfahren entstanden, bei dem die Zuständigkeitsordnung nach bisherigem Recht galt.
- 20 Artikel 25 Absatz 1^{bis} des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (aEnG; Stand 01.01.2017) regelte unter dem Titel «Rechtspflege», dass die ECom Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten (Art. 7, 7a, 15b und 28a aEnG; Stand 01.01.2017) beurteilt.
- 21 Nach Artikel 7a Absatz 3 aEnG (Stand 01.01.2017) kann der Bundesrat wettbewerbliche Ausschreibungen für Effizienzmassnahmen regeln, insbesondere für den rationellen und sparsamen Umgang mit Elektrizität in Gebäuden und Unternehmen. Die Kosten der wettbewerblichen Ausschreibungen werden über Zuschläge auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes finanziert (Art. 15b Abs. 1 Bst. b aEnG; Stand 01.01.2017). Die vorliegende Streitigkeit betreffend die wettbewerblichen Ausschreibungen weist somit einen Zusammenhang mit diesen Zuschlägen auf. Deshalb war die ECom nach der bisherigen Ordnung sachlich zuständig, die vorliegende Streitigkeit zu beurteilen und ist dies folglich auch weiterhin.
- 22 Zu prüfen ist weiter, ob die ECom auch funktionell zuständig ist, die Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz zu behandeln.
- 23 Der Begriff der «Rechtspflege» kennt verschiedene Erscheinungsformen, je nach ausübendem Staatsorgan und je nach betroffenem Rechtsgebiet. Dabei kann es sich um erstinstanzliche Rechtsanwendung sowie um die Erledigung von Rechtsmittelverfahren handeln (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, Rz. 42, 49).
- 24 Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz gemäss Artikel 7a Absatz 3 aEnG Gebrauch gemacht und die wettbewerblichen Ausschreibungen in den Artikeln 4 ff. der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV; SR 730.01; Stand 01.01.2017) geregelt. Danach führt die Vorinstanz jährlich wettbewerbliche Ausschreibungen für befristete verbrauchsseitige Effizienzmassnahmen durch (Art. 4 Abs. 1 aEnV). Private und öffentliche Trägerschaften können Projekte oder Programme einreichen (Art. 4 Abs. 3 aEnV). Die Vorinstanz legt jährlich die Förderschwerpunkte und die Bedingungen für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren fest (Art. 4^{bis} Abs. 1 aEnV). Sie kann die Kantone und private Stellen zum Vollzug beziehen (Art. 4^{bis} Abs. 2 aEnV).

- 25 Die Vorinstanz hat – unter Beibehaltung ihrer Verantwortung für die strategische Steuerung – die zur Durchführung der wettbewerblichen Ausschreibungen erforderlichen ausführenden Tätigkeiten in der Geschäftsstelle ProKilowatt zusammengefasst und an die CimArk SA übertragen (vgl. Verfügung der ECom 221-00052 vom 14. August 2014, Rz. 25; Wettbewerbliche Ausschreibungen für Effizienzmassnahmen im Elektrizitätsbereich, Vollzugsweisung zur Durchführung von Ausschreibungen und Umsetzung von Projekten und Programmen, Bundesamt für Energie, Sektion Energieeffizienz, November 2013, act. 1 Beilage 9 [fortan: Vollzugsweisung]). Die CimArk SA führt die wettbewerblichen Ausschreibungen durch, beurteilt die eingehenden Angebote auf die Einhaltung der formellen Anforderungen und Zulassungskriterien in formaler und inhaltlicher Hinsicht, überwacht bzw. begleitet die Ausführung der Projekte und Programme und führt ein Monitoring sowie ein Controlling durch (Vollzugsweisung Kapitel 3 S. 7).
- 26 Nach Artikel 4^{bis} Absatz 3 aEnV gilt für das Bescheidverfahren der wettbewerblichen Ausschreibungen sinngemäss Artikel 3g Absatz 3 aEnV betreffend die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV). Nach dieser Bestimmung teilt die nationale Netzgesellschaft (Swissgrid AG) bei Anträgen um Aufnahme in die KEV den Antragsstellern in einem Bescheid mit, ob die Anspruchsvoraussetzungen für eine Aufnahme gegeben sind.
- 27 Eingaben, die sich gegen Bescheide der CimArk SA richten, wurden nach bisherigem Recht mit erstinstanzlicher Verfügung der ECom beurteilt (vgl. Verfügung der ECom 221-00052 vom 14. August 2014, Rz. 28 mit Hinweisen). Allerdings hat das Bundesgericht in der Zwischenzeit entschieden, dass die Bescheide der Swissgrid AG zur KEV erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Artikel 5 VwVG darstellen (Urteil 1C_532/2016 vom 21. Juni 2017 E. 2.3.2). Die ECom nimmt deshalb Eingaben gegen solche Bescheide als Beschwerden nach Artikel 44 ff. VwVG entgegen (Art. 47 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 25 Abs. 1^{bis} aEnG; vgl. Verfügung der ECom 221-00378 vom 16. November 2017). Da Artikel 3g Absatz 3 aEnV für die Bescheide im Zusammenhang mit wettbewerblichen Ausschreibungen auf diejenigen der Swissgrid AG zur KEV verweist, sind auch die Bescheide der CimArk SA entsprechend zu behandeln.
- 28 Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit wettbewerblichen Ausschreibungen wie der hier zu beurteilenden können die Zuständigkeiten der Vorinstanz und der CimArk SA nicht durchwegs klar voneinander abgegrenzt werden und überschneiden sich teilweise. So eröffnete die Vorinstanz das vorliegende Verfahren, als sie ein Audit durchführte, ein Verfahren mit demselben Gegenstand hätte aber auch im Rahmen des Controllings oder Monitorings von der CimArk SA eingeleitet werden können. Wenn die Verfügung der Vorinstanz direkt beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten wäre, könnten somit für dieselbe Angelegenheit unterschiedliche Rechtsmittelwege bestehen, je nachdem, ob die Vorinstanz oder die CimArk SA darüber entschieden hätten. Insbesondere wäre dadurch gegen Verfügungen der Vorinstanz eine Beschwerdeinstanz weniger vorhanden, denn wenn über eine sich gegen einen Bescheid der CimArk SA gerichtete Eingabe mit einer ECom-Verfügung entschieden wird, kann diese ebenfalls beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 5 VwVG i.V.m. Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]). Dies würde die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und die Rechtsgleichheit gefährden, weshalb sowohl Rechtsmittel gegen Bescheide der CimArk SA als auch gegen Verfügungen der Vorinstanz von der ECom zu behandeln sind. Dementsprechend hat diese in ihrer Rechtsmittelbelehrung die ECom als Beschwerdeinstanz bezeichnet.
- 29 Nach dem Gesagten ist die ECom zuständig, die vorliegende Streitigkeit zu beurteilen.

1.2 Weitere Eintretensvoraussetzungen

- 30 Als Parteien gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG).

- 31 Zur Beschwerde ist gemäss Artikel 48 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).
- 32 Mit der angefochtenen Verfügung wird der Beschwerdeführer verpflichtet, Förderbeiträge im Umfang von 457'337 Franken zurückzuzahlen. Folglich ist er durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung. Insoweit ist er als Partei zur Beschwerde legitimiert. Soweit der Beschwerdeführer zusätzlich beantragt, «stattdessen» sei festzustellen, dass von ihm keine Rückforderung für das Programm B geschuldet sei, ist darauf hinzuweisen, dass für Feststellungsbegehren auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Subsidiarität gilt. Danach sind solche Begehren nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3343/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Durch Letztere wird die Rechtslage gestaltet, indem Rechte und Pflichten festgesetzt, geändert oder aufgehoben werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, 2014, S. 257). Inwiefern der Beschwerdeführer über die – rechtsgestaltende – Aufhebung seiner Verpflichtung zur Rückzahlung hinaus ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Feststellung haben sollte, tut er weder dar noch ist dies ersichtlich. Insbesondere scheinen keine weiteren Rückforderungen für das Programm B mehr im Raum zu stehen, nachdem die Vorinstanz diese erst nach Abschluss ihres Audits für das gesamte Programm gestellt hat. Auf den Feststellungsantrag ist daher nicht einzutreten.
- 33 Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Im Übrigen ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.3 Rechtliches Gehör

- 34 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG). Die Behörde hört die Parteien an, bevor sie verfügt (Art. 30 Abs. 1 VwVG). In einer Sache mit widerstreitenden Interessen mehrerer Parteien hört die Behörde jede Partei zu Vorbringen einer Gegenpartei an, die erheblich erscheinen und nicht ausschliesslich zugunsten der anderen lauten (Art. 31 VwVG). Die Behörde würdigt, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, kann sie trotz der Verspätung berücksichtigen (Art. 32 Abs. 2 VwVG).
- 35 Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt von der Behörde, dass sie die Vorbringen der Betroffenen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt, so dass diese sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen und ihn sachgerecht anfechten können (siehe zum Ganzen: BGE 142 II 49 E. 9.2 S. 65; 137 II 266 E. 3.2 S. 270; 134 I 83 E. 4.1 S. 88; je mit Hinweisen).
- 36 Dem Beschwerdeführer wurde Gelegenheit gegeben, zu den Eingaben der Vorinstanz Stellung zu nehmen und umgekehrt. Damit wird das rechtliche Gehör der Verfahrensbeteiligten gewahrt. In der vorliegenden Verfügung werden die entscheidungswesentlichen Faktoren ausreichend festgestellt und gewürdigt, so dass diese sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen und ihn sachgerecht anfechten können.

2 Verletzung des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV)

2.1 Rüge

- 37 Der Beschwerdeführer macht unter anderem geltend, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für die Rückforderung der Fördergelder. Dies verstosse gegen das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]). Wenn sich dies als zutreffend erweist, verstösst der angefochtene Entscheid gegen Bundesrecht und ist somit aufzuheben – und zwar unabhängig davon, ob die Rückforderung materiell begründet ist. Diese Rüge ist deshalb vorab zu prüfen.
- 38 Der Beschwerdeführer bringt vor, weder im EnG noch im aEnG sei eine Möglichkeit vorgesehen, ausgerichtete Förderbeiträge zurückzufordern. Das Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1) sei nicht anwendbar, weil die Materialien zu den verschiedenen Versionen des EnG an verschiedenen Stellen davon sprechen würden, dass die finanziellen Unterstützungen im EnG mit dem SuG «im Einklang stehen» würden. Aus dieser Formulierung gehe zum einen hervor, dass das EnG lex specialis zum SuG sei, denn andernfalls wäre ein Vorbehalt zugunsten des SuG erfolgt. Zum anderen sei damit klargestellt, dass der Gesetzgeber die Thematik im Blick gehabt und bewusst darauf verzichtet habe, die Rückforderungsregelungen des SuG im EnG aufzunehmen. Selbst wenn das SuG anzuwenden wäre, könnte die Rückzahlung aber nicht gestützt auf dieses angeordnet werden, da die Voraussetzungen für eine Rückforderung gemäss Artikel 28 bzw. 30 SuG nicht erfüllt seien (act. 1 Rz. 65).

2.2 Argumentation der Vorinstanz

- 39 In ihrer Stellungnahme vom 28. März 2018 bringt die Vorinstanz vor, Artikel 4^{ter} aEnV sehe eine Kürzung des Förderbeitrags bei Nichtumsetzung von Effizienzmassnahmen vor, was auch für die nicht korrekte Umsetzung gelten müsse. Artikel 22 Absatz 2 i.V.m. Absatz 4 aEnV würde zudem vorsehen, dass bei Nichteinhalten der Vorschriften die geeigneten Massnahmen angeordnet werden könnten. Damit würden rechtliche Grundlagen für die Kürzung der Fördergelder, und wenn sie bereits ausbezahlt worden seien, eben die Rückforderung derselben, vorliegen. Zudem würden die Ausschreibungsbedingungen Kürzungen der Beiträge ausdrücklich vorbehalten. Entsprechend halte der Bescheid an den Programmträger fest, dass der Förderbeitrag gekürzt werde, wenn er die prognostizierten Effizienzgewinne nicht erreiche. Gestützt auf diese Auflage seien die Fördergelder zurückzufordern. Ob das SuG anwendbar sei, könne offen bleiben. Festzuhalten sei einzig, dass eine Kürzung der Förderbeiträge und eine Rückforderung für bereits ausbezahlte Fördergelder auch gestützt auf das SuG verfügt werden müsste (act. 5 Rz. 25 ff.).

2.3 Legalitätsprinzip

- 40 Nach dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) bedarf jede Verwaltungstätigkeit einer Rechtsgrundlage. Inhaltlich umfasst das Legalitätsprinzip das «Erfordernis des Rechtssatzes», wonach staatliches Handeln auf einem Rechtssatz (generell-abstrakter Struktur) von genügender Normstufe und genügender Bestimmtheit zu beruhen hat, und das «Erfordernis der Gesetzesform», welches bedeutet, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein müssen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1211/2018 vom 11. März 2019 E. 2.4.2 mit Hinweisen). Das Legalitätsprinzip verlangt, dass die anzuwendenden Rechtssätze hinreichend und angemessen bestimmt sind, wobei sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen lässt (BGE 143 II 162 E. 3.2.1 mit Hinweisen).

2.4 Rückforderung nach Energiegesetz oder Energieverordnung

- 41 In der Tat enthalten weder das aEnG noch das EnG eine Bestimmung, auf welche die Rückforderung von Förderbeiträgen gestützt werden kann. Gemäss Artikel 21 Absatz 3 der Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV; SR 730.01) kann die Vorinstanz die im Rahmen der Wettbewerblichen Ausschreibungen ausbezahlten Förderbeiträge zwar zurückfordern, wenn die Massnahmen nach erfolgter Zahlung nicht vollständig umgesetzt werden oder die Umsetzung sich als mangelhaft herausstellt. Bei Änderungen des materiellen Rechts sind jedoch grundsätzlich diejenigen Normen anwendbar, die im Zeitpunkt gelten, in welchem sich der massgebliche Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. BGE 137 V 105 E. 5.3.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6840/2015 vom 21. Dezember 2016 E. 3.1.2 und A-6903/2015 vom 25. April 2016 E. 3.3). Hier hat die Vorinstanz am 21. November 2017 über die zu beurteilenden Rückforderungen entschieden. Da die EnV erst am 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist (siehe Art. 81 EnV) und keine Ausnahme vom erwähnten Grundsatz – insbesondere keine abweichende Übergangsregelung – besteht, war somit die aEnV anwendbar, als der massgebliche Sachverhalt sich verwirklicht hat. Daher kann die Rückzahlung nicht gestützt auf Artikel 21 Absatz 3 EnV angeordnet werden.
- 42 Nach Artikel 4^{ter} Absatz 1 aEnV wird der Förderbeitrag erst ausbezahlt, wenn die Effizienzmassnahmen umgesetzt sind. Sind sie dies bis zum in Aussicht gestellten Zeitpunkt nicht, wird der Förderbeitrag angemessen gekürzt, in der Regel im Verhältnis des angestrebten zum tatsächlich erzielten Effizienzgewinn. Der Wortlaut dieser Bestimmung erfasst einerseits die Rückforderung bereits ausbezahlter Gelder nicht, andererseits ist daraus kein Auslegungsspielraum ersichtlich, um eine solche unter die Norm zu subsumieren. Artikel 4^{ter} Absatz 1 aEnV ist somit nicht genügend bestimmt, um eine Rückzahlung anzuordnen. Artikel 22 Absatz 2 aEnV ermächtigt die Vorinstanz dazu, die für die Kontrolle der wettbewerblichen Ausschreibungen erforderlichen Unterlagen und Informationen zu verlangen, Muster zu erheben und Prüfungen zu veranlassen. Gemäss Artikel 22 Absatz 4 aEnV verfügt die Vorinstanz die geeigneten Massnahmen, wenn die Kontrolle oder die Überprüfung ergibt, dass Vorschriften dieser Verordnung verletzt sind. Sie kann insbesondere das Inverkehrbringen und das Abgeben verbieten, den Rückruf, die Beschlagnahme und die Einziehung verfügen sowie die von ihr getroffenen Massnahmen veröffentlichen. Der Begriff der «geeigneten Massnahmen» ist zwar so offen formuliert, dass darunter auch die Anordnung der Rückzahlung bereits ausbezahlter Förderbeiträge fallen könnte. Eine Rückforderung ist jedoch in Artikel 22 aEnV – namentlich in der beispielhaften Aufzählung in Absatz 4 – nicht explizit vorgesehen und kann sowohl allgemein als auch im vorliegenden Fall weitreichende Konsequenzen haben. So könnte die Verpflichtung zur Rückzahlung der Förderbeiträge beim Beschwerdeführer eine Überschuldung existenzbedrohenden Ausmasses verursachen, da er die Gelder ohne eine Gegenleistung zu erhalten an die Betreiber der Anlagen weitergeleitet hat und keine Rechtsgrundlage für einen Rückgriff auf diese ersichtlich ist. Unter diesen Umständen müsste ein Rechtssatz die Möglichkeit einer Rückforderung ausdrücklich vorsehen, um den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot Genüge zu tun. Artikel 22 aEnV stellt somit keine hinreichend und angemessen bestimmte Rechtsgrundlage für die Anordnung der Rückzahlung dar.
- 43 Nach dem Gesagten kann die Rückforderung nicht auf Grundlage der hier anwendbaren Bestimmungen von aEnG und aEnV angeordnet werden.

2.5 Anwendbarkeit des SuG

- 44 Das SuG stellt Grundsätze für die Rechtsetzung auf und formuliert allgemeine Bestimmungen über die einzelnen Finanzhilfe- und Abgeltungsverhältnisse (Art. 1 Abs. 2 SuG). Es gilt für sämtliche im Bundesrecht vorgesehenen Finanzhilfen und Abgeltungen (Art. 2 Abs. 1 SuG). Die allgemeinen Bestimmungen sind im dritten Kapitel (Art. 11–40 SuG) geregelt. Sie sind anwendbar, soweit andere Bundesgesetze oder allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse nichts Abweichendes vorschreiben (Art. 2 Abs. 2 SuG).

- 45 Nach Artikel 3 Absatz 1 SuG sind Finanzhilfen geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten.
- 46 Im Rahmen der wettbewerblichen Ausschreibungen werden Projekte oder Programme privater und öffentlicher Trägerschaften für Massnahmen zum effizienteren Verbrauch von Energie mit Förderbeiträgen unterstützt (vgl. Art. 4 aEnV). Soweit die Förderbeiträge – wie hier – Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, sind die Leistungen als Finanzhilfen nach Artikel 3 Absatz 1 SuG zu qualifizieren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7036/2018 vom 26. August 2019 E. 4.5.1, wonach die KEV ebenfalls eine Finanzhilfe im Sinne des SuG darstellt).
- 47 Es sind keine anderen Bundesgesetze oder allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse ersichtlich, welche die Anwendbarkeit des dritten Kapitels des SuG ausschliessen (Art. 2 Abs. 2 SuG). Insbesondere lassen sich den Vorbringen, mit welchen der Beschwerdeführer die Anwendung des SuG bestreitet (siehe E. 2.2 hiervor), keine Hinweise für eine entsprechende Abweichung entnehmen. Im Gegenteil bestreitet dieser die Anwendung des SuG gerade auf der Grundlage des Arguments, dass die finanziellen Unterstützungen im EnG in den Gesetzesmaterialien als mit dem SuG im Einklang stehend bezeichnet würden (so die Botschaft zur Änderung des Energiegesetzes vom 24. Juni 2009 in Bezug auf die Finanzhilfen für energetische Gebäudesanierung nach Art. 14 EnG, vgl. BBl 2009, 5317 ff., 5329). Nicht nachvollziehbar ist ferner das Argument, der Verzicht, einen Vorbehalt zugunsten des SuG in das EnG aufzunehmen, stelle ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers dar.
- 48 Die allgemeinen Bestimmungen des Subventionsgesetzes sind somit anwendbar. In den Artikeln 28–31 SuG sind verschiedene Rückforderungsgründe vorgesehen. Im hier zu beurteilenden Fall kommen die Rückforderung wegen Nicht- oder mangelhafter Erfüllung nach Artikel 28 und infolge Widerrufs nach Artikel 30 SuG in Frage, wobei die Voraussetzungen für einen Widerruf eher gegeben sind und daher vorab geprüft werden.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass gestützt auf das SuG nur gegenüber dem Beschwerdeführer erbrachte Leistungen zurückgefordert werden können. Die Betreiber der C sind nicht Partei der im Rahmen des Programms ergangenen Verfügungen und können deshalb im vorliegenden Verfahren nicht zur Rückzahlung der Förderbeiträge verpflichtet werden. Konsequenterweise ist deshalb auch der Beschwerdeführer als Empfänger im Sinne des SuG zu behandeln; selbst wenn schlussendlich die Anlagenbetreiber die Gelder erhalten haben.

2.6 Rückforderung nach Artikel 30 SuG

2.6.1 Einleitung

- 49 Die zuständige Behörde widerruft eine Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung, wenn sie die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat (Art. 30 Abs. 1 SuG).
- 50 Nach Artikel 30 Absatz 2 SuG verzichtet die Behörde auf den Widerruf, wenn der Empfänger aufgrund der Verfügung Massnahmen getroffen hat, die nicht ohne unzumutbare finanzielle Einbussen rückgängig gemacht werden können (Bst. a); die Rechtsverletzung für ihn nicht leicht erkennbar war (Bst. b); eine allfällig unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts nicht auf schuldhaftes Handeln des Empfängers zurückzuführen ist (Bst. c).
- 51 Mit dem Widerruf fordert die Behörde die bereits ausgerichteten Leistungen zurück. Hat der Empfänger schuldhaft gehandelt, so erhebt sie zudem einen Zins von jährlich 5 Prozent seit der Auszahlung (Art. 30 Abs. 3 SuG).

- 52 Nach der Botschaft zum SuG ist beim Widerruf zwischen dem Interesse an der konsequenten Durchsetzung des Rechts und demjenigen des Empfängers am Fortbestehen rechtskräftig festgelegter Leistungen abzuwägen. Grundsätzlich sei der Widerruf vorgesehen, soweit Finanzhilfen und Abgeltungen in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht zugesprochen worden sind. Der Widerruf sei jedoch ausgeschlossen, falls ein schützenswertes Vertrauen des Empfängers in die Verfügung vorliege. Dies sei der Fall, wenn die Rechtsverletzung nicht leicht erkennbar gewesen sei und die falsche Sachverhaltsannahme nicht auf ein schuldhaftes Verhalten des Empfängers zurückzuführen sei. Zudem müsse die Zusprechung der Finanzhilfe den Empfänger zu Dispositionen veranlasst haben, die er nicht mehr ohne unzumutbare finanzielle Einbussen rückgängig machen könne (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 15. Dezember 1986, BBl 1987 I 414 f. mit Hinweisen).

2.6.2 Zu Unrecht gewährte Leistung (Art. 30 Abs. 1 SuG)

- 53 Die Vorinstanz begründet die Anordnung der Rückzahlung hauptsächlich damit, dass neun der mit Fördergeldern unterstützten Massnahmen bereits vor der Erteilung des Zuschlags für das Programm beschlossen worden seien. Demnach wären diese Massnahmen auch ohne die Förderbeiträge unverändert durchgeführt worden. Dies verstosse gegen das aus Artikel 4 Absatz 4 aEnV abgeleitete und in der Vollzugsweisung konkretisierte Additionalitätsprinzip (vgl. act. 1 Beilage 2 S. 5 ff., siehe zu den einzelnen Massnahmen S. 9 ff.). Nach der Vorinstanz sind die Leistungen folglich in Verletzung einer Rechtsvorschrift erfolgt. Diese erwägt sodann, sie habe erst im Rahmen des Audits Kenntnis davon erhalten, dass die Massnahmen bereits vor dem Zuschlag geplant worden seien (act. 1 Beilage 2 S. 8 f.). Damit wären die Förderbeiträge auch aufgrund eines unvollständigen Sachverhalts gewährt worden.
- 54 Der Beschwerdeführer rügt, das vorinstanzliche Verständnis des Additionalitätsprinzips sei bundesrechtswidrig. Überdies erhebt er die Rüge der unrichtigen Sachverhaltsabklärung. Entgegen den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Entscheids sei ein Teil der neun Massnahmen, für welche die Rückzahlung verfügt wurde, erst nach dem Start des Programms beschlossen worden. Diese würden deshalb das Erfordernis der Additionalität sogar nach dem Verständnis der Vorinstanz erfüllen (act. 1 Rz. 87 ff.).
- 55 Wie die nachstehenden Erwägungen zeigen, sind vorliegend die Voraussetzungen von Artikel 30 Absatz 2 Buchstabe a, b und c SuG erfüllt. Selbst wenn eine der Varianten von Artikel 30 Absatz 1 SuG gegeben wäre, müsste daher auf einen Widerruf verzichtet werden, weshalb offen bleiben kann, ob eine Verletzung von Rechtsvorschriften oder ein unrichtiger bzw. unvollständiger Sachverhalt im Sinne von Absatz 1 gegeben sind.

2.6.3 Verzicht auf Widerruf (Art. 30 Abs. 2 SuG)

2.6.3.1 Unzumutbare finanzielle Einbussen (Bst. a)

- 56 Die Vorinstanz hat die Rückzahlung von 457'337 Franken verfügt. Davon hat der Beschwerdeführer unbestrittenermassen 428'205 Franken als Beiträge an die Finanzierung von neun Energieeffizienzmassnahmen an die Betreiber der C weitergeleitet (vgl. die Monitoring-Tabellen [act. 1 Beilage 6] und den Auditbericht der Vorinstanz vom 26. Juni 2017 [act. 1 Beilage 20 Ziff. 2.1.2 und 2.2.2]). Wie unten erläutert, hat er ihnen diese Gelder im namentlich durch die Genehmigung des Monitorings begründeten Vertrauen auf die Beständigkeit der staatlichen Leistungen ausbezahlt (siehe Rz. 63), ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Eine Rechtsgrundlage, gestützt auf welche er die Beiträge von den Betreibern der Anlagen zurückfordern könnte, ist nicht erkennbar. Die Verpflichtung zur Rückzahlung könnte für ihn folglich zu einer Überschuldung führen, welche existenzbedrohendes Ausmass annehmen könnte. Selbst wenn er einen Anspruch auf Rückzahlung gegenüber den Anlagenbetreibern hätte, wäre zudem fraglich, ob es möglich wäre, diesen zu realisieren. So betreffen sämtliche der zu beurteilenden

Energieeffizienzmassnahmen technische Massnahmen in den C, die umgesetzt worden sind (vgl. act. 1 Beilage 20 Ziff. 2.2.1). Demzufolge ist davon auszugehen, dass die Gelder bestimmungsgemäss verwendet wurden. Selbst unter der Annahme, dass die vorinstanzlichen Feststellungen, wonach die Mittel für die Finanzierung der Massnahmen bereits vor Erteilung des Programmzuschlags anderweitig gesprochen worden waren, zutreffen, ist ausserdem unsicher, ob die betreffenden Kredite von den C immer noch abgerufen werden könnten. Unter den gegebenen Umständen erscheinen die Überweisungen an diese somit als Massnahmen, die nicht ohne unzumutbare finanzielle Einbussen rückgängig gemacht werden können.

57 Sodann geht der zurückgeforderte Betrag im Umfang von 29'132 Franken über die 428'205 Franken für die neun Massnahmen hinaus. Die Vorinstanz hat dies unter anteilmässiger Berücksichtigung der durch die förderberechtigten Massnahmen erzielten Stromeinsparungen berechnet (act. 1 Beilage 3 S. 11 f.). Daher kann der Betrag keiner konkreten Aufwandsposition zugeordnet werden. Auch die weiteren Aufwände für das Programm B – namentlich die an die übrigen Endkunden weitergeleiteten Fördergelder und die Fixkosten für das Management und die Kommunikation – sind aber unbestrittenermassen tatsächlich angefallen (vgl. Tabelle Reporting in act. 1 Beilage 6 [Vorakten S. 190] und den Auditbericht, wonach die ausbezahlten Förderbeiträge gut und transparent dokumentiert und die Fixkosten detailliert und übersichtlich dargestellt sowie deutlich unter den Planungswerten geblieben sind; act. 1 Beilage 20 Ziff. 2.1 u. 2.2). Zudem sind die betreffenden Dispositionen soweit ersichtlich ebenfalls nicht ohne finanzielle Einbussen reversibel und der Beschwerdeführer hat sie im Vertrauen auf den Fortbestand der Zahlungen vorgenommen, weshalb ihm nur schwer zugemutet werden kann, sie zu korrigieren. Daher kann die Verfügung auch hinsichtlich der übrigen 29'132 Franken nicht mehr ohne unzumutbare finanzielle Einbussen im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 Buchstabe a SuG rückgängig gemacht werden.

58 Nach dem Gesagten ist Artikel 30 Absatz 2 Buchstabe a SuG erfüllt.

2.6.3.2 Erkennbarkeit der Verletzung von Rechtsvorschriften (Bst. b)

59 Im Folgenden wird dargelegt, dass – selbst wenn die Gewährung der Fördergelder durch Prokilowatt das Additionalitätsprinzip verletzt und es sich dabei um eine Verletzung von Rechtsvorschriften nach Artikel 30 Absatz 1 SuG handelt – auf den Widerruf zu verzichten ist.

60 Das Additionalitätsprinzip wird aus Artikel 4 Absatz 4 aEnV abgeleitet. Danach werden nur Projekte oder Programme berücksichtigt, die ohne Förderbeitrag nicht realisiert würden.

61 Die Anforderungen an die Additionalität werden in der Vollzugsweisung konkretisiert. Nach deren Kapitel 4.2.3 Nummer 7 (S. 22) gilt für die Zulassung von Programmen Folgendes: Das Programm bzw. die geplanten Massnahmen sind noch nicht oder nicht im selben Umfang umgesetzt. Die vom Programm vorgesehenen Massnahmen würden ohne den beantragten finanziellen Beitrag nicht oder nicht im selben Umfang durchgeführt. Die Zielgruppen (bzw. die Endverbraucher) würden die anvisierten Effizienzmassnahmen aufgrund bestehender Hemmnisse ohne die vom Programm angebotenen Leistungen in der Regel nicht umsetzen (Additionalitätsnachweis). Diese Beschreibungen haben in erster Linie die Kausalität zwischen Förderbeitrag und Realisierung der Massnahmen zum Gegenstand. Auf die Zeitpunkte von Beschlussfassung und Umsetzung nehmen sie zumindest nicht direkt Bezug, weshalb das vorinstanzliche Argument der vor Programmstart erfolgten Planung auch insoweit keine klare Verletzung von Rechtsvorschriften impliziert.

62 Erst nach den Anforderungen an den Additionalitätsnachweis (Kapitel 4.2.5 der Vollzugsweisung S. 29 f.) ist darzulegen, dass die Massnahmen noch nicht geplant sind, was bereits vor dem Beginn des Programms beschlossene Massnahmen grundsätzlich von einer Teilnahme ausschliesst. Gemäss diesen relativ umfangreichen Umschreibungen ist allerdings weiter nachzuweisen, dass – wie auch in Kapitel 4.2.3 erwähnt – die Effizienzmassnahmen ohne den Förderbeitrag «in der Regel» nicht umgesetzt wür-

den und welcher Anteil der Zielgruppe die Effizienzmassnahmen voraussichtlich auch ohne die Leistungen des Programms umsetzen würde. Demnach scheinen unter gewissen Voraussetzungen auch Ausnahmen vom Erfordernis der Additionalität von Massnahmen akzeptiert zu werden, weshalb hinsichtlich Kapitel 4.2.5 ebenfalls keine leicht erkennbare Verletzung von Rechtsvorschriften festgestellt werden kann.

- 63 Die übrigen für das Programm B relevanten Dokumente – die Ausschreibung für Projekte und Programme vom 2. Dezember 2013 (act. 1 Beilage 10), der Bescheid über den Zuschlag vom 16. Juni 2014 (act. 1 Beilage 4), der Nachtrag zum Bescheid über den Zuschlag vom 1. September 2014 (act. 1 Beilage 11) – enthalten keine Angaben, aufgrund welcher der Beschwerdeführer leicht hätte erkennen können, dass die Förderung von Massnahmen, welche bereits vor dem Zuschlag für das Programm beschlossen worden sind, das Additionalitätsprinzip verletzen soll.
- 64 Der Vorinstanz ist zwar insofern beizupflichten, als dass die Vollzugsweisung den Additionalitätsnachweis dem Beschwerdeführer auferlegt und seinen Ausführungen im Programmkonzept vom 11. Februar 2014 (act. 5 Beilage 14 Ziffer 4), dem Antragsformular vom 12. Februar 2014 (act. 5 Beilage 9) und dem Zwischenbericht vom 29. Juni 2015 (act. 5 Beilage 7) keine Hinweise zu entnehmen sind, dass ein Teil der Massnahmen bereits vor dem Programmzuschlag beschlossen wurde. Die Vollzugsweisung sieht allerdings nicht nur vor, dass die Geschäftsstelle und externe Experten vor der Zuschlagserteilung prüfen, in welchem Masse die Anforderungen an die Additionalität erfüllt sind und nur Gesuche zur Auktion zugelassen werden, welche die Mindestanforderungen erfüllen (vgl. Kapitel 4.2.8 Nr. 3). Nach der Vollzugsweisung hat die Geschäftsstelle insbesondere auch das von der Trägerschaft durchgeführte Monitoring zu plausibilisieren und bei Bedarf extern überprüfen zu lassen. Nur wenn sie dieses genehmigt, leitet sie die Rechnung der Trägerschaften an die Stiftung KEV zur Auszahlung weiter (Kapitel 4.2.8 Nr. 8). Die Anleitung Ablauf Rechnungsstellungen ProKilowatt hält weiter fest, dass die Rechnungen zunächst durch die Geschäftsstelle kontrolliert und dann von der Vorinstanz freigegeben werden (act. 1 Beilage 21).
- 65 Bei den Akten befinden sich Zwischenberichte vom 29. Juni 2015, dem 23. Dezember 2015 und dem 26. Juli 2016 (act. 5 Beilagen 7, 8 und 2) sowie ein E-Mail der Geschäftsstelle an den Beschwerdeführer vom 22. Juli 2015, wonach diese den 1. Zwischenbericht und die 2. Akontorechnung geprüft und zur definitiven Freigabe an die Vorinstanz weitergeleitet hat (act. 1 Beilage 13). Im ersten dieser Zwischenberichte werden von den strittigen neun Massnahmen zwar nur diejenigen in den C [...], [...], [...] und [...] erwähnt (act. 5 Beilage 7 S. 4 Tabelle 2: Monitoring). Die Vorinstanz macht jedoch nicht geltend, sie habe die Unterlagen nicht gemäss der Vollzugsweisung geprüft und genehmigt oder dabei beanstandet, dass die Anforderungen an die Additionalität nicht erfüllt oder die betreffenden Angaben unvollständig seien. Zudem werden im Bericht vom 23. Dezember 2015 auch die Massnahmen in den übrigen fünf C erwähnt (act. 5 Beilage 8 S. 16 f.) und in der Monitoring-Tabelle im Anhang des Berichts vom 26. Juli 2016 sind erneut sämtliche neun Massnahmen aufgelistet (act. 5 Beilage 2 S. 6 ff.). Demnach ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz bzw. die Geschäftsstelle die zu beurteilenden Massnahmen geprüft und ohne Anmerkungen bezüglich des Additionalitätsnachweises genehmigt hat. Daraus erhellt einerseits, dass eine allfällige Verletzung des Additionalitätsprinzips nicht leicht zu erkennen war. Aus der Prüfung und Genehmigung des Monitorings und der Freigabe der Rechnungen durfte der Beschwerdeführer andererseits ein Vertrauen auf die Rechtmässigkeit und Beständigkeit der Leistung ableiten. In diesem Vertrauen hat er die ihm von der Vorinstanz ausbezahlten Gelder an die Anlagenbetreiber weitergeleitet, was zu schützen ist.
- 66 Unter Berücksichtigung der geschilderten Umstände war die Verletzung von Rechtsvorschriften für den Beschwerdeführer nicht leicht erkennbar. Namentlich aufgrund des Umstands, dass die Vorinstanz die strittigen Massnahmen geprüft und genehmigt hat, durfte er auf die Rechtmässigkeit der Verfügung und die gestützt darauf getroffenen Dispositionen vertrauen. Daher ist nach Artikel 30 Absatz 2 Buchstabe a i.V.m. Buchstabe b SuG auf den Widerruf zu verzichten.

2.6.3.3 Schuldhaftes Handeln (Bst. c)

67 Wie erläutert, schreiben die aEnV, die Vollzugsweisung, die Ausschreibung (act. 1 Beilage 10), der Bescheid über den Zuschlag (act. 1 Beilage 4) und der Nachtrag zu diesem Bescheid (act. 1 Beilage 11) nicht explizit vor, dass der Programmträger den Zeitpunkt des Beschlusses der Massnahmen anzugeben hat. Deshalb kann dem Beschwerdeführer an der Unterlassung, die betreffenden Daten in den Programmunterlagen zu dokumentieren, kein Verschulden vorgeworfen werden. Soweit eine allfällige unvollständige Sachverhaltsfeststellung auf sein Handeln zurückzuführen ist, erscheint dieses damit nicht als schuldhaft. Ein Widerruf infolge unvollständigen Sachverhalts ist damit nach Artikel 30 Absatz 2 Buchstabe a i.V.m Buchstabe c SuG ausgeschlossen.

2.6.3.4 Zwischenfazit

68 Nach dem Gesagten ist nach Artikel 30 Absatz 2 SuG auf den Widerruf zu verzichten. Folglich ist eine Rückforderung der Leistungen nach Artikel 30 Absatz 3 SuG nicht möglich.

2.7 Rückforderung nach Artikel 28 SuG

69 Artikel 28 SuG regelt die Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung bei Finanzhilfen: Erfüllt der Empfänger seine Aufgabe trotz Mahnung nicht, so zahlt die zuständige Behörde die Finanzhilfe nicht aus oder fordert sie samt einem Zins von jährlich 5 Prozent seit der Auszahlung zurück (Abs. 1).

70 Erfüllt der Empfänger seine Aufgabe trotz Mahnung mangelhaft, so kürzt die zuständige Behörde die Finanzhilfe angemessen oder fordert sie teilweise samt einem Zins von jährlich 5 Prozent seit der Auszahlung zurück (Art. 28 Abs. 2 SuG).

71 In Härtefällen kann auf eine Rückforderung ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 28 Abs. 3 SuG).

72 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Verpflichtung, die strittigen Förderbeiträge zurückzubezahlen, für den Beschwerdeführer vorliegend eine Härte verursachen würde, aufgrund welcher auf eine Rückforderung zu verzichten ist. Deshalb kann offen bleiben, ob eine Nicht- oder Schlechterfüllung im Sinne von Artikel 28 Absatz 1 oder 2 SuG gegeben ist.

73 Das Gesetz legt nicht fest, wann ein Härtefall im Sinne von Artikel 28 Absatz 3 SuG vorliegt. Beim Begriff des Härtefalls handelt es sich um ein typisches Beispiel eines unbestimmten Gesetzesbegriffs, der nach einer wertenden Konkretisierung verlangt. Analog zu Artikel 28 SuG enthält auch Artikel 29 SuG, welcher die Rückforderung bei Zweckentfremdung und Veräusserung bei Finanzhilfen regelt, eine Härtefallklausel. Nach der Rechtsprechung ist der Begriff des Härtefalls in diesen beiden Bestimmungen analog und in Berücksichtigung der vom Gesetzgeber in Artikel 30 SuG vorgenommenen Wertungen auszulegen. Er setzt nicht voraus, dass der Finanzhilfeempfänger finanziell nicht in der Lage ist, die Finanzhilfe zurückzuzahlen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6387/2007 vom 23. Juni 2009 E. 5.2.3 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 2A.553/2002 vom 22. August 2003 E. 3.1 und weiteren Hinweisen). Die Prüfung eines Härtefalles hat sich primär auf die künftige Entwicklung auszurichten, wobei die finanziellen Auswirkungen einer Durchsetzung der Rückerstattungsforderung für den schuldnerischen Beitragsempfänger zu berücksichtigen sind. Zu prüfen ist, ob die Rückzahlung dem Beschwerdeführer zumutbar ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5665/2016 vom 1. November 2018 E. 5.3 mit Hinweis auf Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 977/06 vom 2. April 2008 E. 5.2).

74 Wie erläutert, kann dem Beschwerdeführer die Rückzahlung der strittigen 457'337 Franken nicht zugemutet werden, da er einerseits die Gelder im Vertrauen auf die Beständigkeit der Leistung an die Be-

treiber der Anlagen weitergeleitet und diese sie verwendet haben, und andererseits keine Rechtsgrundlage ersichtlich ist, gestützt auf welche er von diesen eine Entschädigung verlangen könnte. Somit liegt ein Härtefall vor, weshalb nach Artikel 28 Absatz 3 SuG auf eine Rückforderung zu verzichten ist.

2.8 Fazit

- 75 Die Förderbeiträge können nicht gestützt auf das SuG zurückgefordert werden. Eine Rückforderung nach Artikel 4^{ter} Absatz 1 oder Artikel 22 Absatz 2 i.V.m. 4 aEnV ist nicht zulässig, da diese Normen nicht genügend bestimmt sind. In weiteren Bundeserlassen sind keine Rechtsgrundlagen für eine Rückerstattungspflicht ersichtlich. Die Rüge der Verletzung des Legalitätsprinzips ist folglich begründet. Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit ist der angefochtene Entscheid aufzuheben.

3 Gebühren

- 76 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Somit sind weder dem obsiegenden Beschwerdeführer noch der unterliegenden Vorinstanz Verfahrenskosten aufzuerlegen. Dem Beschwerdeführer ist sein Kostenvorschuss von 5'000 Franken zurückzuerstatten. Im vorinstanzlichen Verfahren wurden dem Beschwerdeführer keine Gebühren auferlegt, weshalb insoweit keine Anordnungen zu treffen sind.

4 Parteientschädigung

- 77 Der Beschwerdeführer beantragt eine Parteientschädigung.
- 78 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige oder verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Gemäss Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041.0) setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen fest, wenn die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, nicht rechtzeitig eine detaillierte Kostennote eingereicht hat.
- 79 Nach Artikel 64 Absatz 2 VwVG wird die Entschädigung in der Entscheidungsformel beziffert und der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Name die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann.
- 80 Der obsiegende Beschwerdeführer ist anwaltlich vertreten. Für die ihm aus dieser Vertretung erwachsenden Kosten ist ihm eine Entschädigung zuzusprechen. Er hat keine Kostennote eingereicht, weshalb diese nach Ermessen festzusetzen ist. Unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Verfahrens sowie der Tatsache, dass der Beschwerdeführer in einem weiteren zwischen denselben Parteien bei der ECom hängigen Beschwerdeverfahren, in dem sich mehrheitlich identische Sach- und Rechtsfragen stellen, von den gleichen Rechtsanwältinnen vertreten wird, erscheint ein Betrag von 5'000 Franken inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer als angemessen. Die Entschädigung ist der Vorinstanz aufzuerlegen.

III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Beschwerde des A wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die angefochtene Verfügung vom 21. November 2017 wird aufgehoben.
3. Es werden keine Gebühren erhoben.
4. Der Kostenvorschuss von 5'000 Franken wird A nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung rückerstattet. Hierzu hat er der EICom einen Einzahlungsschein zuzustellen oder seine Kontonummer bekannt zu geben.
5. A wird zu Lasten des Bundesamts für Energie eine Parteientschädigung von 5'000 Franken zugesprochen. Dieser Betrag wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zur Zahlung fällig.
6. Die Verfügung wird A und dem Bundesamt für Energie mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 17.10.2019

Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- A,
vertreten durch RA Stefan Rechsteiner und/oder RA Adrian Gautschi, VISCHER AG, Schützen-
gasse 1, Postfach 5090, 8021 Zürich
- Bundesamt für Energie, Sektion Geräte und wettbewerbliche Ausschreibungen, 3003 Bern

Kopie an:

- CimArk SA, Geschäftsstelle ProKilowatt, Route du Rawyl 47, 1950 Sion

IV Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen (Art. 50 VwVG, Art. 66 Abs. 2 EnG). Die Frist steht still:

- a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 22a VwVG).

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat (Art. 52 Abs. 1 VwVG).