



Referenz/Aktenzeichen: 221-00368

Bern, 16.11.2017

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Antonio Taormina (Vizepräsident), Laurianne Altwegg, Anne Christine d'Arcy, Christian Brunner, Matthias Finger

in Sachen: **Dyno AG**, Schalunenstrasse 54, 3426 Aeßligen
vertreten durch Bruno Lehmann, Rechtsanwalt,
Kirchbühl 4, 3402 Burgdorf

(Beschwerdeführerin)

gegen **Swissgrid AG**, Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg

(Vorinstanz)

betreffend Bescheid der Swissgrid AG vom 2. Mai 2017 betreffend die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung 2016 (KEV-Projekt 12396); Marktpreis für 2016 und Rückerstattung der zu viel erhaltenen Vergütung

Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt	3
II	Erwägungen	5
1	Zuständigkeit	5
2	Parteien und rechtliches Gehör	5
2.1	Parteien	5
2.2	Rechtliches Gehör	5
3	Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	6
3.1	Argumente der Beschwerdeführerin	6
3.2	Argumente der Vorinstanz	7
4	Anwendbares Recht	7
5	Anforderungen an die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage	8
5.1	Allgemeines	8
5.2	Steigerung der Elektrizitätsproduktion	8
6	KEV-Vergütung oder Marktpreis	9
7	Fazit	11
8	Gebühren	12
9	Parteientschädigung	12
III	Entscheid.....	13
IV	Rechtsmittelbelehrung.....	14

I Sachverhalt

A.

- 1 Die Dyno AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) ist Betreiberin eines Kleinwasserkraftwerks (nachfolgend KWKW) in Aefligen, welches sie am 30. Mai 2008 bei der Swissgrid AG (nachfolgend Vorinstanz) für die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) angemeldet hat (act. 9).
- 2 Gemäss Anmeldeformular vom 30. Mai 2008 wurde das KWKW mit Baujahr 1981 am 12. August 2005 stillgelegt. Die Beschwerdeführerin gab für die vollen Betriebsjahre der Jahre 1 und 2 vor der Stilllegung eine Elektrizitätsproduktion von je [...] kWh an. Die erwartete Produktion wurde mit [...] kWh/Jahr deklariert (act. 9). Die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage wurde am 19. Mai 2009 in Betrieb genommen (act. 10).
- 3 Das KWKW müsste eine jährliche Mindestproduktion von [...] kWh erreichen. Im Jahr 2015 erreichte die Anlage nur [...] kWh. Aufgrund der Trockenheit im Jahr 2015 lag ein Grund vor, für den die Beschwerdeführerin nicht einzustehen hatte. Die KEV-Vergütung wurde daher für das Jahr 2015 ausgerichtet. Die Vorinstanz wies in ihrem Schreiben vom 22. März 2016 darauf hin, dass anfangs 2017 die Anforderungen für das Kalenderjahr 2016 erneut überprüft würden. Falls die Mindestproduktion im Kalenderjahr 2016 nicht erreicht werde, müsse die zu viel erhaltene Vergütung zurückerstattet werden (act. 1, Beilage 3).
- 4 Mit Bescheid vom 2. Mai 2017 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung für das Jahr 2016 nicht erfüllt worden seien. Die Anlage habe im Jahr 2016 [...] kWh anstelle der erforderlichen [...] kWh produziert. Die Anlage werde daher für das Jahr 2016 rückwirkend auf den Marktpreis gesetzt und die zu viel erhaltene Vergütung sei mit der nächsten Abrechnung zurückzuerstatten (act. 1, Beilage 2).

B.

- 5 Mit Gesuch vom 2. Juni 2017 an die ElCom hat die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Bescheids der Vorinstanz vom 2. Mai 2017 und die Ausrichtung der Vergütung für 2016 unter Kostenfolge beantragt (act. 1).
- 6 Das Fachsekretariat der ElCom (nachfolgend Fachsekretariat) hat am 12. Juni 2017 ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) eröffnet (act. 3).
- 7 Die Vorinstanz hat mit Eingabe vom 12. Juli 2017 zur Streitigkeit Stellung genommen und folgenden Antrag gestellt (act. 4):

„Das Begehren vom 2. Juni 2017 sei vollumfänglich abzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen“.
- 8 Der Beschwerdeführerin wurde die Stellungnahme der Vorinstanz am 17. Juli 2017 zugestellt (act. 5).
- 9 Die Vorinstanz hat am 27. Juli 2017 ergänzend den Antrag gestellt, dass ihr keine Gerichtskosten aufzuerlegen seien (act. 6).
- 10 Am 16. August 2017 hat die Beschwerdeführerin zur Eingabe der Vorinstanz Stellung genommen (act. 7). Die Stellungnahme wurde der Vorinstanz am 21. August 2017 zugestellt (act. 8).

- 11 Auf die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz wird, soweit entscheidrelevant, im Rahmen der materiellen Beurteilung eingegangen.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 12 Die ElCom beurteilt gemäss Artikel 25 Absatz 1^{bis} des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG; SR 730.0) Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten (Art. 7, 7a, 15b und 28a EnG).
- 13 Vorliegend sind die Anforderungen an die Steigerung der Elektrizitätsproduktion bei einer Erneuerung oder Erweiterung im Sinne von Artikel 7a EnG in Verbindung mit Artikel 3a Buchstabe b und Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV; SR 730.01; Stand am 01.01.2009) umstritten. Dabei handelt es sich um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen nach Artikel 25 Absatz 1^{bis} EnG.
- 14 Das Bundesgericht hat am 21. Juni 2017 entschieden, dass die Bescheide der Vorinstanz zur KEV erstinstanzliche Verfügungen im Sinne von Artikel 5 VwVG sind (Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juni 2017, 1C_532/2016, E. 2.3.2). Die ElCom behandelt daher das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 2. Juni 2017 als Beschwerde nach Artikel 44 ff. VwVG (Art. 47 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m Art. 25 Abs. 1^{bis} EnG).
- 15 Die Beschwerde wurde fristgerecht (Art. 50 Abs. 1 VwVG) und formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereicht, weshalb darauf einzutreten ist.

2 Parteien und rechtliches Gehör

2.1 Parteien

- 16 Zur Beschwerde ist gemäss Artikel 48 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.
- 17 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Gemäss Verfügung vom 2. Mai 2017 wird das KWKW der Beschwerdeführerin für das Jahr 2016 auf den Marktpreis gesetzt und erhält für dieses Jahr keine KEV. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren sind die Anforderungen an die Steigerung der Elektrizitätsproduktion des KWKW der Beschwerdeführerin bei einer Erneuerung oder Erweiterung im Sinne von Artikel 7a EnG in Verbindung mit Artikel 3a Buchstabe b und Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) und damit die Vergütung der KEV streitig. Damit ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung.

2.2 Rechtliches Gehör

- 18 Der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingaben der Beschwerdeführerin wurden der Vorinstanz zur Stellungnahme unterbreitet. Überdies wurde die Stellungnahme der Vorinstanz der Beschwerdeführerin mitgeteilt.

rerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Die von der Beschwerdeführerin und Vorinstanz vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör gewahrt (Art. 29 VwVG).

3 Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

3.1 Argumente der Beschwerdeführerin

- 19 Gemäss Beschwerdeführerin sei es richtig, dass im Jahre 2016 nur eine Stromproduktion von [...] kWh erreicht worden sei. Allerdings hätten nicht [...] kWh erreicht werden müssen, wie die Vorinstanz schreibe, sondern nur [...] kWh. Die Vorinstanz habe dies in einem Brief vom 22. März 2016 selber festgehalten (act. 1).
- 20 Dass der Wert von [...] kWh/Jahr nicht habe erreicht werden können, sei im Wesentlichen auf drei Gründe zurückzuführen: Erstens seien gemäss Beschwerdeführerin die [...] kWh zu hoch festgelegt worden, weil die frühere Stromproduktion zu hoch geschätzt worden sei (act. 1). Allein die geraden Zahlen würden darauf hindeuten, dass es sich dabei um eine blossе Schätzung handle, weil der Strom früher immer ungemessen ins Netz eingespeist worden sei. Beruhe eine derartige Angabe auf einer bloss unsicheren Schätzung, dürfe diese nicht als einziges Kriterium beigezogen und die Beschwerdeführerin dabei behaftet werden. Sie hätte auch vorsichtiger sein können und die Stromproduktion auf [...] kWh schätzen können, womit sie sich die heutigen Probleme erspart hätte. Die geschätzten [...] kWh seien allerdings nicht einfach «ins Blaue» hinaus festgelegt worden, sondern durch eine Rückrechnung aus der voraussichtlich neuen Produktion erfolgt, dies insbesondere gestützt auf die genutzte Wassermenge von 1.0 m³/s gemäss Wasserkraftkonzession vom 27. April 2006 (act. 1, Beilage 4).
- 21 Als zweiten Grund gibt die Beschwerdeführerin an, dass man bei den [...] kWh/h davon ausgegangen sei, dass sie die ihr zustehende Wassermenge von 1.0 m³/s gemäss Wasserkraftkonzession vom 27. April 2006 beziehen könne. Die Anlage sei sogar auf 1.2 m³/s ausgelegt. Diese Menge hätte sie in den letzten Jahren kaum beziehen können. Gemäss der Konzession der [...] AG vom 27. Februar 1992 hätte sich diese mit den Unterliegern, zu welchen auch die Beschwerdeführerin gehöre, über die in den Lyssachteilbach abzuleitende minimalen und maximalen Wassermengen zu verständigen. Zu einer solchen Verständigung sei es aber nie gekommen (act. 1).
- 22 Weiter komme gemäss Beschwerdeführerin hinzu, dass die Gemeinden, durch die der Dorfbach fliesse, diesen seit mehreren Jahren nicht mehr unterhalten und insbesondere nicht genügend ausbaggern würden. Bei starken Niederschlägen müsse die [...] AG die Abflussmenge in den Dorfbach drosseln, damit dieser genügend Kapazität habe, um das Oberflächenwasser aufzunehmen. Danach werde öfters über eine längere Zeit vergessen, die Abflussmenge wieder zu erhöhen (act. 7).
- 23 Als dritten Grund bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Niederschlagsmenge, die gemäss Meteo Schweiz in den Jahren 1981 bis 2010 durchschnittlich 1'367 mm betragen habe, im letzten Jahr nur gerade 315 mm erreichte. Dementsprechend würde auch die Emme deutlich weniger Wasser als in früheren Jahren führen (act. 1).
- 24 Gemäss Beschwerdeführerin zeige die Stromproduktion der Jahre 2010, 2012 und 2014, dass die [...] kWh bei günstigen Bedingungen zu erreichen wären. Könnten effektiv dauernd die 1 m³/s bezogen werden, wären sogar [...] kWh möglich (act. 1).

- 25 Damit würden gemäss Beschwerdeführerin Gründe für das Nichterreichen der Mindestanforderung vorliegen, für die der Produzent nicht einzustehen habe und die Vergütung sei auch für 2016 auszurichten (act. 1).

3.2 Argumente der Vorinstanz

- 26 Die Vorinstanz hält fest, dass die Mindestproduktion für die Anlage [...] kWh betrage, wie im Schreiben vom 2. Mai 2017 festgehalten werde. Nichtsdestotrotz verfehle die Anlage diese Produktionssteigerung mit einer Stromproduktion von [...] kWh deutlich (act. 4).
- 27 Gemäss Vorinstanz regle das Produktionssteigerungskriterium, dass bei dessen Erfüllung auch Anlagen, welche vor 2006 in Betrieb gegangen seien, noch in die KEV aufgenommen werden könnten. Um dieses Kriterium zu berechnen, würden die Produktionsdaten der letzten zwei Jahre 2004 und 2005 benötigt. Diese seien für die Vorinstanz verbindlich in der Anmeldung festgehalten. Daran lasse sich auch bei nachträglichen Erkenntnissen keine Anpassung vornehmen. Somit sei die Produktion von [...] kWh notwendig, um weiterhin förderwürdig zu sein (act. 4).
- 28 Produktionseinschränkungen aufgrund einer behördlichen Auflage können gemäss Vorinstanz nicht geltend gemacht werden. Das Vorbringen, dass die angepasste Konzession keine so hohe Produktion zulasse, sei damit unbeachtlich (act. 4).
- 29 Die Vorinstanz bringt vor, sie habe die Beschwerdeführerin aufgefordert, hydrologische Daten des Einzugsgebiets zu besorgen und diese mit einem Antrag auf Weitervergütung gemäss Art. 3i^{quater} Absatz 3 EnV einzureichen. Entsprechende Unterlagen seien der Vorinstanz nicht vorgelegt worden. Die der Beschwerde beiliegenden Unterlagen seien nicht genügend aussagekräftig. Die Verfahrensbeteiligte sei kein hydrologisches Institut, welches Rohdaten interpretieren könne (act. 4).

4 Anwendbares Recht

- 30 Grundsätzlich sind diejenigen Normen anwendbar, die im Zeitpunkt gelten, in welchem sich der massgebliche Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. WIEDERKEHR in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 1, Bern 2012, Rz. 783 ff., siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6840/2015 vom 21. Dezember 2016, E. 3.1.2 sowie Verfügungen der ElCom 221-00229 vom 15. März 2016, Rz. 29 f. und 221-00232 vom 19. April 2016, Rz. 35, abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen > KEV/EIV).
- 31 Vorliegendes KWKW wurde am 30. Mai 2008 zur KEV angemeldet (act. 9). Am 19. Mai 2009 wurde die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage in Betrieb genommen (act. 10). Im Folgenden ist deshalb für die Zulassungsvoraussetzungen zur KEV die EnV mit Stand am 1. Januar 2009 anzuwenden.
- 32 Neue Verfahrensbestimmungen sind in der Regel sofort und in vollem Umfang anwendbar, sofern mit dem neuen Recht keine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen wird (vgl. WIEDERKEHR, a.a.O., Rz. 813 ff.). Die ElCom wendet folglich bezüglich der Verfahrensfragen das heute geltende Recht an (vgl. insbesondere Kapitel 6; siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6840/2015 vom 21. Dezember 2016, E. 3.1.2 sowie Verfügung der ElCom 221-00229 vom 15. März 2016, Rz. 31 und 221-00232 vom 19. April 2016, Rz. 36).

5 Anforderungen an die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage

5.1 Allgemeines

- 33 Gemäss Artikel 7a Absatz 1 EnG können Neuanlagen, das heisst Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden, von der KEV profitieren. Vorliegend wurde ein im Jahr 1981 erstelltes und am 12. August 2005 stillgelegtes KWKW (act. 9) am 19. Mai 2009 erheblich erweitert oder erneuert in Betrieb genommen (act. 10).
- 34 Damit die Anforderung an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung erfüllt ist, muss die Anlage entweder das Investitionskriterium nach Artikel 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009) oder das Kriterium der Steigerung der Elektrizitätsproduktion nach Artikel 3a Buchstabe b in Verbindung mit Anhang 1.1 Ziffer 1.2 EnV (Stand am 01.01.2009) erfüllen. Ob die Anlage das Investitionskriterium erfüllt oder nicht, war nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Vorinstanz und wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Das Investitionskriterium ist daher nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und wird nicht geprüft.

5.2 Steigerung der Elektrizitätsproduktion

- 35 Das Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung ist entweder bei Anlagen erreicht, die ihre Elektrizitätsproduktion verglichen mit dem Durchschnitt der letzten zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006 um mindestens 20 % steigern (Art. 3a Bst. b i.V.m. Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Bst. a EnV; Stand am 01.01.2009) oder bei solchen, die ihre Elektrizitätsproduktion verglichen mit den letzten zwei vollen Betriebsjahren vor der Stilllegung um mindestens 10 % steigern (Art. 3a Bst. b i.V.m. Anhang 1.1 Ziff. 1.2 Bst. b EnV; Stand am 01.01.2009).
- 36 Die Anlage mit Baujahr 1981 wurde am 12. August 2005 stillgelegt (act. 9) und am 19. Mai 2009 erheblich erweitert oder erneuert in Betrieb genommen (act. 10). Somit muss die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage die Elektrizitätsproduktion, verglichen mit den letzten zwei vollen Betriebsjahren vor der Stilllegung, um mindestens 10 % steigern.
- 37 In der Anmeldung vom 30. Mai 2008 wurden für Jahr 1 und Jahr 2 vor der Stilllegung eine Produktion von je [...] kWh/Jahr angegeben. Die durchschnittliche Produktion der letzten zwei Jahre betrug somit [...] kWh/Jahr. Die erwartete Stromproduktion wurde mit [...] kWh/Jahr deklariert (act. 9).
- 38 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass es sich bei der Stromproduktion gemäss Anmeldung um eine Schätzung handle und dass diese von Anfang an zu hoch festgelegt worden sei. Wenn die Angaben auf einer bloss unsicheren Schätzung beruhten, dürfe diese nicht als einziges Kriterium beigezogen werden (act. 1, Beilage 4).
- 39 Förderungswürdig gemäss Energiegesetz sind Anlagen, bei denen entweder grosse Investitionen getätigt wurden oder die eine markant gesteigerte Produktion aufweisen. Wenn eine Anlage mit geringeren Investitionen eine Zusatzproduktion erreicht, trägt sie ebenfalls zum Gesamtziel (zusätzlich 5'400 GWh/a) bei, ist deshalb förderungswürdig und soll daher die kostenbasierte Vergütung auch beanspruchen können (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnungen, erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6). Wird die erforderliche Produktionssteigerung nicht erreicht, ist die Anlage nicht förderungswürdig. Aus der Energieverordnung geht nicht hervor, dass eine bloss Schätzung der bisherigen Produktion zu-

lässig wäre. Ebenfalls nicht ersichtlich ist eine Prüfung allfälliger weiterer Kriterien, wenn die bisherige Elektrizitätsproduktion bei der Anmeldung nicht mehr festgestellt werden konnte und geschätzt werden musste.

- 40 Die Beschwerdeführerin kann die effektive Elektrizitätsproduktion vor der Stilllegung der Anlage nicht belegen. Dies sei nicht möglich, da der Strom früher immer ungemessen in das Netz eingespeist worden sei (act. 1, Beilage 4). Gemäss Beschwerdeführerin wurden die geschätzten [...] kWh/Jahr jedoch nicht einfach «ins Blaue» festgelegt, sondern durch eine Rückrechnung aus der voraussichtlich neuen Produktion, insbesondere auch gestützt auf die genutzte Wassermenge von 1.0 m³/s gemäss Wasserkonzession vom 27. April 2006 ermittelt (act. 1, Beilage 4).
- 41 Die Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Verfahren keine Anpassung der Referenzproduktion beantragt. Da die erforderliche Mindestproduktion in den Jahren 2010, 2012 und 2014 deutlich erreicht werden konnte, erscheint die erfolgte Rückrechnung plausibel, obwohl in der Energieverordnung eine Schätzung der bisherigen Elektrizitätsproduktion nicht vorgesehen ist. Die Elektrizitätsproduktion von je [...] kWh/Jahr für die zwei Jahre vor der Stilllegung wurde in der Anmeldung vom 30. Mai 2008 zudem mit Unterschrift als richtig und vollständig bestätigt (act. 9). Die durchschnittliche Referenzproduktion beträgt somit gemäss Anmeldung [...] kWh/Jahr. Um die erforderliche Steigerung von 10 % zu erreichen, ist eine jährliche Mindestproduktion von [...] kWh notwendig und nicht [...] kWh, wie von der Vorinstanz im Schreiben vom 2. Mai 2017 (act. 1, Beilage 2) unrichtigerweise angegeben wurde. Dass [...] kWh notwendig sind, wurde von der Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 12. Juli 2017 bestätigt (act. 4).
- 42 Das KWKW der Beschwerdeführerin hat im Jahr 2016 unbestrittenermassen [...] kWh produziert. Somit wird die erforderliche jährliche Mindestproduktion von [...] kWh nicht erreicht.

6 KEV-Vergütung oder Marktpreis

- 43 Werden die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung während eines Kalenderjahres nicht eingehalten, bekommt der Produzent einstweilen keine Vergütung mehr und wird für die betreffende Beurteilungsperiode auf den jeweiligen Marktpreis gesetzt. Die zu viel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Art. 3^{quater} Abs. 1 EnV i.V.m. Art. 3^{ter} Abs. 2 EnV).
- 44 Liegen Gründe vor, für die der Produzent nicht einzustehen hat, sind aber Massnahmen möglich, damit die Anforderungen wieder eingehalten werden, so kann er gegenüber der nationalen Netzgesellschaft darlegen, mit welchen Massnahmen er erreichen will, dass die Mindestanforderungen wieder eingehalten werden (Art. 3^{quater} Abs. 2 EnV i.V.m. Art. 3^{ter} Abs. 4 EnV).
- 45 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie die Wassermenge von 1.0 m³/s gemäss Konzession vom 27. April 2006 in den letzten Jahren kaum mehr habe beziehen können. Eine weitere Konzessionärin, die [...] AG, sei gemäss ihrer Konzession vom 27. Februar 1992 verpflichtet, sich mit den Unterliegern, unter anderem mit der Beschwerdeführerin, über die in den Lyssachteilbach abzuleitenden minimalen und maximalen Wassermengen zu verständigen. Zu einer solchen Verständigung sei es nie gekommen. Es seien Bestrebungen und Abklärungen im Gang, um die unbefriedigende Situation zu bereinigen und zu verbessern. (act. 1). Die Konzession der Beschwerdeführerin stehe der Konzession der [...] AG entgegen. Diese Firma bestimme relativ selbstherrlich über die Abflussmenge. Über je mehr Wasser die [...] AG über das grössere ihrer zwei eigenen Kraftwerke leiten könne, desto mehr Strom könne sie selber produzieren (act. 7).
- 46 Die Vorinstanz macht geltend, dass die Wasserkraftkonzession als behördliche Auflage nicht berücksichtigt werden könne (act. 4). Dem ist nicht zu folgen. Vorliegend rügt die Beschwerdeführerin nicht, dass sie die erforderliche Mindestproduktion aufgrund von Auflagen in der Konzession

nicht erreichen könne. Die ElCom hat beispielsweise den Bau einer Fischtreppe oder die Erhöhung der Restwassermenge in einer Wasserrechtskonzession als behördliche Auflage qualifiziert (vgl. Verfügung der ElCom 221-00229 vom 15. März 2016, Rz. 38). Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie aufgrund der fehlenden Einigung mit einem anderen Konzessionär nicht über die ihr zustehende Wassermenge verfügen könne.

- 47 Gemäss Artikel 25 Absatz 1 des Wassernutzungsgesetzes des Kantons Bern vom 23. November 1997 (WNG; BSG 752.41) kann die zuständige Stelle der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) die Nutzung des Wassers durch Verfügung ordnen oder zwangsweise eine Genossenschaft im Sinne von Artikel 20 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (BSG 211.1) anordnen, wenn sich die Nutzungsberechtigten nicht einigen können. Eine Verfügung des BVE hat die Beschwerdeführerin nicht vorgelegt. Ebenfalls sind keine Belege in den Akten ersichtlich, wonach ein entsprechendes Verfahren eingeleitet worden wäre.
- 48 Nach Artikel 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Bildet ein Begehren eines Privaten Ausgangspunkt des Verfahrens, gilt eine eingeschränkte Untersuchungspflicht der Behörde und Artikel 8 ZGB ist anwendbar (Urteil A-3284/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Dezember 2010, E. 6.4.1). Unter Begehren ist ein Gesuch um Einleitung eines nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens zu verstehen. Entwickelt sich daraus in der Folge ein Rechtsmittelverfahren, besteht die Mitwirkungspflicht weiter (KRAUSKOPF PATRICK / EMMENEGGER KATRIN / BABEY FABIO in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Zürich/Basel/Genf 2016, Artikel 13, Rz. 11).
- 49 Aus den Eingaben der Beschwerdeführerin geht nicht hervor, dass sie die [...]AG schriftlich zu Gesprächen aufgefordert hat, um eine Einigung herbeizuführen. Ebenfalls ist nicht belegt, dass die Beschwerdeführerin mangels Kooperation der [...] AG bei der zuständigen Stelle beim BVE interveniert hat, damit diese die Nutzung des Wassers hätte verfügen können. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass es mit der [...] AG zu keiner Einigung betreffend Wassermenge gekommen sei, ist nicht belegt.
- 50 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass die Gemeinden, durch die der Dorfbach fliesse, diesen seit mehreren Jahren nicht mehr unterhalten und insbesondere nicht genügend ausgebaggert hätten (act. 7). Wie unter Rz. 48 ausgeführt wurde, hat die Beschwerdeführerin ihre Rügen zu begründen. Eine allfällige Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht der Gemeinden wurde weder dokumentiert noch wurde belegt, dass die entsprechenden Gemeinden angesprochen wurden, um eine Lösung anzustreben. Ebenfalls wird nicht quantifiziert, welchen Einfluss der mangelnde Unterhalt auf die zur Verfügung stehende Wassermenge hat. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass die Gemeinden den Dorfbach ungenügend unterhalten hätten, ist also ebenfalls nicht belegt.
- 51 In der Wasserkraftkonzession der Beschwerdeführerin vom 27. April 2006 wird zudem festgehalten, dass die nutzbare Wassermenge ca. 1.0 m³/s beträgt. Eine bestimmte Wassermenge wird ausdrücklich nicht garantiert (act. 1, Beilage 5). Die Beschwerdeführerin hat somit nicht Anspruch auf eine garantierte Wassermenge. Dass die Anlage sogar auf 1.2 m³/s ausgelegt sei, ist daher nicht relevant.
- 52 Weiter gibt die Beschwerdeführerin an, dass die Niederschlagsmenge in den Jahren 1981 bis 2010 durchschnittlich 1'376 mm (Klimawerte Langnau i.E.) betragen habe (act. 1, Beilage 9) und im Jahr 2016 nur gerade 315 mm (act. 1, Beilage 10). Dementsprechend führe auch die Emme deutlich weniger Wasser als in früheren Jahren (act. 1).

- 53 Bezüglich der Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung gilt, dass ein schwankendes Wasserangebot nicht zu berücksichtigen ist (vgl. Richtlinie des Bundesamtes für Energie BFE zur kostendeckenden Einspeisevergütung [KEV] Art. 7a EnG, Allgemeiner Teil, Version 1.6 vom 1. August 2016, S. 13; Verfügung der ECom 221-00232 vom 19. April 2016, Rz. 58). Ein allfälliger Rückgang der durchschnittlichen Niederschlagsmenge, verglichen mit den Jahren 1981 bis 2010, welcher sich auf das Wasserangebot auswirken kann, wird daher nicht berücksichtigt. Selbst wenn ein Rückgang der Niederschlagsmenge berücksichtigt würde, käme dies im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung:
- 54 Aus der Tabelle mit den Daten über die Regenmenge (act. 1, Beilage 10) geht nicht hervor, auf welches Gebiet sich die Menge von 315 mm bezieht. Zudem sind nur die Niederschlagsmengen ab 1. August 2016 erfasst und somit nicht repräsentativ für ein ganzes Jahr. Diese Daten können nicht mit dem Durchschnitt eines ganzen Kalenderjahres verglichen werden. Für die Referenzproduktion sind die zwei Jahre vor der Stilllegung der Anlage am 12. August 2005 relevant, das heisst, die Jahre 2003 und 2004. Somit sind die Niederschläge der Jahre 1981 bis 2002 vorliegend nicht von Bedeutung.
- 55 Die Beschwerdeführerin gibt in ihrem Schreiben vom 16. August 2017 zudem selber an, dass die Korrelation zwischen Wassermenge der Emme und der Elektrizitätsproduktion nicht durchgehend nachvollziehbar sei. Die Stromproduktion im durchschnittlichen Jahr 2012 (Jahresmittel 12,0 m³/s) habe bei sehr guten 169'135 kWh gelegen, während im letzten Jahr bei einer überdurchschnittlichen Abflussmenge (Jahresmittel 13,4 m³/s) nur 155'123 kWh hätten erzielt werden können (act. 7).
- 56 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Gründe gemäss Artikel 3^{quater} Absatz 2 EnV vorliegen, für die die Beschwerdeführerin nicht einzustehen hat. Die Vorinstanz hat das KWKW somit zu Recht rückwirkend für das Jahr 2016 auf den Marktpreis gesetzt. Die zuviel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Art. 3^{quater} Abs. 1 EnV i.V.m. 3^{ter} Abs. 2 EnV). Der Bescheid der Vorinstanz vom 2. Mai 2017 ist somit nicht zu beanstanden.

7 Fazit

- 57 Das KWKW der Beschwerdeführerin erreichte für das Jahr 2016 die erforderliche Mindestproduktion von [...] kWh nicht. Im Jahr 2016 wurden lediglich [...] kWh produziert.
- 58 Als Referenzmenge gilt der Durchschnitt der Elektrizitätsproduktion der Betriebsjahre 1 und 2 vor der Stilllegung, welche in der Anmeldung vom 30. Mai 2008 mit je [...] kWh angegeben wurde.
- 59 Das Vorbringen, dass mit der [...] AG keine Einigung betreffend Wassermenge getroffen werden konnte und dass die Gemeinden den Dorfbach nicht genügend ausbaggern, ist nicht belegt. Die schwankende Wassermenge der Emme wegen Rückgang der Niederschläge wird nicht berücksichtigt.
- 60 Es liegen keine Gründe gemäss Artikel 3^{quater} Absatz 2 EnV vor, für die die Beschwerdeführerin nicht einzustehen hat.
- 61 Das KWKW ist somit rückwirkend für das Jahr 2016 auf den Marktpreis zu setzen und die zuviel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Art. 3^{quater} Abs. 1 EnV i.V.m. 3^{ter} Abs. 2 EnV). Der Bescheid der Vorinstanz vom 2. Mai 2017 ist somit nicht zu beanstanden.
- 62 Die Beschwerde vom 2. Juni 2017 betreffend Aufhebung des Bescheids der Vorinstanz und Ausrichtung der Vergütung für 2016 vom 2. Mai 2017 wird abgewiesen.

8 Gebühren

- 63 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens betragen gemäss Artikel 63 Absatz 4^{bis} VwVG sowie Artikel 2 der Verordnung über Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041.0) [...] Franken und werden gemäss Artikel 63 Absatz 1 VwVG der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt.

9 Parteientschädigung

- 64 Gemäss Artikel 64 Absatz 1 VwVG kann der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. Gemäss Artikel 8 Absatz 5 der Verordnung über Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren begründen unnötige Kosten, Kosten von Bundesbehörden und, in der Regel, Kosten von anderen Behörden, die als Parteien auftreten, keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. MAILLARD MARCEL, a.a.O., Artikel 64, Rz. 14).
- 65 Der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei wird keine Parteientschädigung zugesprochen. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Die Beschwerde der Dyno AG vom 2. Juni 2017 betreffend Bescheid der Swissgrid AG vom 2. Mai 2017 wird abgewiesen.
2. Der Bescheid der Swissgrid AG vom 2. Mai 2017 wird bestätigt. Das Kleinwasserkraftwerk der Dyno AG (KEV-Projekt 12396) wird für das Jahr 2016 auf den Marktpreis gesetzt.
3. Die zuviel erhaltende Vergütung für das Jahr 2016 ist an die Swissgrid AG zurückzuerstatten.
4. Die Gebühr für das vorliegende Verfahren beträgt [...] Franken. Sie wird vollumfänglich der Dyno AG auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung der Dyno AG zugestellt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen gesprochen.
6. Die Verfügung wird der Dyno AG und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 16.11.2017

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- Dyno AG, Schalunenstrasse 54, 3426 Aeßligen
vertreten durch Bruno Lehmann, Kirchbühl, Postfach 1023, 3401 Burgdorf
- Swissgrid AG, Frau Laura Hübscher, CS-RD, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick

Mitzuteilen an:

- Bundesamt für Energie BFE, Sektion Energierecht und Allgemeines Recht, Mühlestrasse 4, 3063 Ittigen

IV Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen. 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. 23 StromVG, Art. 22a und 50 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).