



Referenz/Aktenzeichen: 941-09-008

Bern, 9. Juni 2011

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin), Hans Jörg Schötzau (Vizepräsident), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Matthias Finger, Werner K. Geiger

in Sachen: [...]

(Gesuchstellerin)

und [...]

(Verfahrensbeteiligte)

betreffend Beurteilung des Bescheids [...] über die Anmeldung zur KEV, Holzheizkraftwerk [...]



Inhaltsverzeichnis

I Sachverhalt	3
II Erwägungen	6
1 Zuständigkeit	6
1.1 Zuständigkeit der ElCom.....	6
1.2 Rechtsnatur des Bescheids der Verfahrensbeteiligten.....	6
2 Parteien	7
3 Feststellungsinteresse	8
4 Vorbringen der Parteien	8
4.1 Gesuchstellerin	8
4.2 Verfahrensbeteiligte	9
5 Materielle Beurteilung	10
5.1 Rechtliche Grundlagen	10
5.2 Art der eingesetzten erneuerbaren Energie.....	11
5.3 Pflicht zur Abnahme und Vergütung von Elektrizität gemäss Artikel 7a EnG	11
5.4 Prüfung der Voraussetzungen für das HHKW der Gesuchstellerin.....	15
5.5 Anwendbarer Vergütungssatz.....	16
5.6 Berechnung der Vergütung.....	16
5.7 Messung.....	18
5.8 Fazit	19
6 Gebühren	19
7 Parteientschädigung	20
III Entscheid.....	21
IV Rechtsmittelbelehrung	23



I Sachverhalt

- 1 Die Gesuchstellerin baut [...] eine Anlage mit einer Kehrichtverbrennung (KVA), einem Holzheizkraftwerk (HHKW) und einem Gas- und Dampfkombikraftwerk (GuD; vgl. zum Ganzen: act. 1). Über eine mit Erdgas gespeiste Gasturbine wird Strom produziert. Die Gasturbine speist zudem einen Abhitze-kessel, welcher über eine gemeinsam mit dem HHKW genutzte Dampfturbine und einen gemeinsam genutzten Generator ebenfalls Strom produziert. Auch die KVA produziert über eine eigene Dampfturbine und einen eigenen Generator Strom. Die Dampfturbinen speisen über eine Energie-zentrale zudem Dampf sowie Wärme für das Fernwärmenetz. Dieses kann durch einen fossil gespeisten Spitzenlastkessel (Erdgas, Heizöl) unterstützt werden.

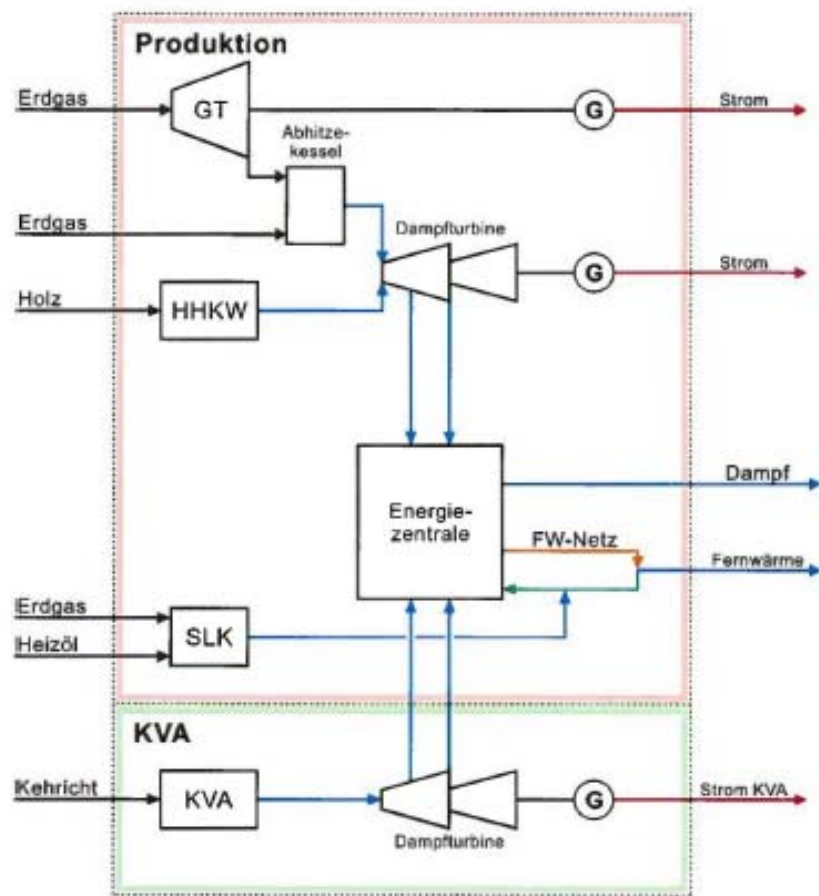


Abbildung 1 (act.12, S. 4)

Legende:

GT: Gasturbine, G: Generator, HHKW: Holzheizkraftwerk, SLK: Spitzenlastkessel, FW-Netz: Fernwärmenetz, KVA: Kehrichtverbrennungsanlage



- 2 Für die KVA und das HHKW hat die Gesuchstellerin am 23. Mai 2008 bei [...] je eine Anmeldung für die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) eingereicht. Auf einem Zusatzdokument hat die Gesuchstellerin dargestellt, dass die Anlage als Gesamtheit zu betrachten sei (act. 1, Beilage 3). Mit Bescheid vom 9. Dezember 2008 hat die Verfahrensbeteiligte den Antrag der Gesuchstellerin betreffend das HHKW abgewiesen (act. 1, Beilage 1). Für die KVA hat die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin einen positiven Bescheid ausgestellt (act.10). Verfahrensgegenstand ist der negative Bescheid der Verfahrensbeteiligten vom 9. Dezember 2008 betreffend das HHKW (act. 1, Beilage 1).
- 3 Mit Schreiben vom 23. Januar 2009 (act. 1) ist die Gesuchstellerin mit einer Beschwerde an die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom gelangt.
- 4 Mit Brief vom 27. Mai 2009 ist die Direktorin der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion und Regierungspräsidentin des Kantons [...], in der vorliegenden Angelegenheit an die ElCom gelangt (act. 3). Das Fachsekretariat der ElCom (nachfolgend: Fachsekretariat) hat dieses Schreiben mit Brief vom 5. Juni 2009 dahingehend beantwortet, dass es der Gesuchstellerin mit Brief vom gleichem Tag eine Einschätzung des Sachverhalts zukommen lässt und aufgrund des Amtsgeheimnisses die relevanten Informationen bei der Gesuchstellerin einzuholen sind (act. 6).
- 5 Mit Brief vom 5. Juni 2009 (act. 5) hat das Fachsekretariat der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass es aufgrund einer summarischen Prüfung zum Schluss gekommen ist, dass der Antrag auf KEV für das Holzheizkraftwerk [...] zu Recht abgelehnt wurde. Der Gesuchstellerin ist gleichzeitig die Möglichkeit eingeräumt worden, von der ElCom eine anfechtbare Verfügung zu verlangen.
- 6 Am 8. Juli 2009 hat in den Räumlichkeiten der ElCom eine Besprechung mit Vertretern der Gesuchstellerin, der Verfahrensbeteiligten, des Bundesamts für Energie BFE und des Fachsekretariats stattgefunden. Im Rahmen dieser Besprechung hat das Fachsekretariat der Gesuchstellerin die nochmalige Überprüfung des Falles in Aussicht gestellt (act. 8).
- 7 Mit Schreiben vom 18. September 2009 hat das Fachsekretariat ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) eröffnet und die Gesuchstellerin gleichzeitig aufgefordert, bis am 23. Oktober 2009 unter Angabe der rechtlichen Grundlagen darzulegen, inwiefern die Anlage in Bezug auf das HHKW die Anforderungen der Energiegesetzgebung erfüllt (act. 9). Die Gesuchstellerin ist dieser Aufforderung mit Eingabe vom 23. Oktober 2009 fristgerecht nachgekommen (act. 10). Mit Schreiben vom 14. Januar 2010 hat das Fachsekretariat der Gesuchstellerin zusätzliche Fragen gestellt (act. 11), welche mit Brief vom 23. Februar 2010 beantwortet worden sind (act. 12).
- 8 Am 27. April 2010 hat das Fachsekretariat das BFE aufgefordert, im Rahmen eines Amtsberichts Fragen zu beantworten (act. 13). Das BFE hat mit Schreiben vom 20. Mai 2010 zusätzliche Fragen aufgeworfen und Dokumente der Gesuchstellerin angefordert (act. 14). Nach erteilter Fristerstreckung (act. 16 und 17) hat die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 30. Juni 2010 die Fragen des BFE beantwortet sowie die relevanten Informationen geliefert (act. 18).
- 9 Das BFE hat dem Fachsekretariat nach gewährter Fristerstreckung (act. 20 und 21) mit Schreiben vom 16. August 2010 den angeforderten Amtsbericht zugestellt (act. 22). Darin hat das BFE für den Stromanteil aus Holz eine provisorische Vergütung von 22,7 Rp./kWh berechnet. Im Amtsbericht vom 16. August 2010 verweist das BFE auf den Amtsbericht vom 13. November 2009 im Verfahren 941-09-037.
- 10 Das Fachsekretariat hat der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 27. August 2010 die Möglichkeit gegeben, zu den Amtsberichten des BFE vom 16. August 2010 und



vom 13. November 2009 Stellung zu nehmen (act. 23 und 24). Die Gesuchstellerin hat sich mit Brief vom 23. September 2010 zum Amtsbericht geäussert (act. 29), die Verfahrensbeeteiligte nach gewährter Fristerstreckung mit Schreiben vom 8. Oktober 2010 (act. 30). In dieser Stellungnahme verweist die Verfahrensbeeteiligte ebenfalls auf ihre Eingaben im Verfahren 941-09-037.

- 11 Mit Brief vom 31. März 2011 hat das Fachsekretariat der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeeteiligten mitgeteilt (act. 32 und 33), dass der vom BFE berechnete Vergütungssatz aus seiner Sicht zu hoch ist, weil er Synergien durch die gemeinsame Nutzung von Dampfturbine und Generator nicht berücksichtige. Aus diesem Grund müsse vom Referenzvergütungssatz ein Abzug gemacht werden. Das Fachsekretariat legt dar, wie dieser Abzug berechnet werden soll. Der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeeteiligten ist die Möglichkeit eingeräumt worden, bis am 29. April 2011 hierzu Stellung zu nehmen sowie allfällige Schlussbemerkungen anzubringen. Gleichzeitig ist der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeeteiligten das Aktenverzeichnis zugestellt worden. Die Verfahrensbeeteiligte hat ihre Schlussbemerkungen mit Schreiben vom 13. April 2011 eingereicht (act. 34). Mit E-Mail vom 27. April 2011 (act. 35) hat das Fachsekretariat der Gesuchstellerin die Eingaben der Verfahrensbeeteiligten vom 14. September 2009 und vom 9. April 2010 im Verfahren 941-09-037 zugestellt sowie die Frist zur Einreichung der Stellungnahme bis am 6. Mai 2011 erstreckt. Die Gesuchstellerin äussert sich mit Schreiben vom 5. Mai 2011 dazu (act. 36).
- 12 Die in act. 35 enthaltenen Eingaben der Verfahrensbeeteiligten vom 14. September 2009 und vom 9. April 2010 beziehen sich auf einen ähnlich gelagerten Sachverhalt (941-09-037). Die ElCom hat im Verfahren 941-09-037 mit Verfügung vom 12. Mai 2011 die Grundsatzfrage entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Anlagen in den Anwendungsbereich von Artikel 7a EnG fallen, die gewisse Anlagenteile mit fossil gespeisten Anlagen teilen. Ausserdem hat die ElCom entschieden, dass bei solchen Anlagen aufgrund von Synergieeffekten ein Abzug gemacht werden muss (Verfügung im Internet abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen).
- 13 Auf die Vorbringen der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeeteiligten wird in den Erwägungen eingegangen.



II Erwägungen

1 Zuständigkeit

1.1 Zuständigkeit der ElCom

- 14 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission 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, zu welchen bis am 1. Januar 2009 noch kein erstinstanzlicher Entscheid einer kantonalen Behörde ergangen ist (Art. 7, 7a, 15b und 28a EnG; Art. 29 Abs. 6 der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998; EnV; SR 730.01).
- 15 Vorliegend ist streitig, ob das von der Gesuchstellerin bei der Verfahrensbeteiligten zur Anmeldung gebrachte Projekt (HHKW) die Voraussetzungen für die KEV gemäss Artikel 7a EnG erfüllt und somit ein Anspruch auf die KEV besteht oder nicht, und falls ja, wie hoch der Vergütungssatz ist. Damit handelt es sich um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen nach Artikel 25 Absatz 1^{bis} EnG. Ein erstinstanzlicher Entscheid einer kantonalen Behörde ist bis am 1. Januar 2009 nicht ergangen.
- 16 Entsprechend ist die ElCom für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig (Art. 25 Abs. 1^{bis} EnG).

1.2 Rechtsnatur des Bescheids der Verfahrensbeteiligten

- 17 Wer eine Neuanlage bauen und die KEV erhalten will, muss sein Projekt bei der nationalen Netzgesellschaft, das heisst bei der Verfahrensbeteiligten anmelden (Art. 7a EnG i.V.m. Art. 3g Abs. 1 EnV). Die Verfahrensbeteiligte prüft die Anmeldung und teilt dem Antragsteller das Resultat der Prüfung in einem Bescheid mit (Art. 3g Abs. 3 EnV). Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen entscheidet die ElCom (vgl. Rz. 15). Dementsprechend beurteilt die ElCom bei Streitigkeiten auch den Bescheid der Verfahrensbeteiligten. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob es sich dabei um eine erstinstanzliche Beurteilung oder um ein Beschwerdeverfahren handelt.
- 18 Im Zentrum steht die Frage, ob der Bescheid der Verfahrensbeteiligten eine Verfügung darstellt. Eine Verfügung ist die Anordnung einer zuständigen Behörde, welche einseitig und verbindlich gestützt auf öffentliches Recht ein Rechtsverhältnis im Einzelfall regelt (vgl. für das Bundesrecht Art. 5 VwVG; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, § 28 Rz. 17). Als Behörden gelten unter anderem Instanzen und Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen. Mit der Übertragung von Verwaltungsaufgaben geht auch die Verfügungsbefugnis ohne weiteres über (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, § 10 Rz. 19). Es ist daher zu prüfen, ob der Verfahrensbeteiligten für die Mitteilung des Bescheids Verwaltungs- und damit Verfügungsbefugnisse übertragen wurden.
- 19 Die Energieverordnung verpflichtet die nationale Netzgesellschaft, die Anmeldung zur KEV zu prüfen und dem Antragsteller das Resultat der Prüfung in einem Bescheid mitzuteilen (Art. 3g Abs. 3 EnV). Eine blosser Verpflichtung eines Privaten durch gesetzliche Vorgaben stellt für sich alleine jedoch



noch keine öffentliche Aufgabe dar (PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, S. 79 f.).

- 20 Die Prüfung der Anmeldungen und die Mitteilung des Bescheids sind zwar Aufgaben im öffentlichen Interesse – nämlich demjenigen der verstärkten Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien (Art. 89 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; BV; SR 101; Art. 1 Abs. 2 Bst. a EnG). Eine verfassungsrechtlich oder gesetzlich festgelegte staatliche Aufgabe liegt jedoch in diesem Bereich nicht vor. Die Stromversorgung – auch diejenige mit erneuerbaren Energien – sowie die Abnahme- und Vergütungspflicht für erneuerbare Energie sind Aufgabe der Elektrizitätswirtschaft (vgl. auch Art. 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007; Stromversorgungsgesetz; StromVG; SR 734.7; Art. 4 Abs. 2 EnG; Art. 7a Abs. 1 EnG).
- 21 Die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Privatrechtssubjekte bedürfte zudem einer formell-gesetzlichen Grundlage (Art. 178 BV; Art. 2 Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997; RVOG; SR 172.010). Für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf die Verfahrensbeteiligte zur Mitteilung des Bescheids ist eine solche jedoch weder in der Energiegesetzgebung noch in der Stromversorgungsgesetzgebung enthalten. Artikel 25 Absatz 1^{bis} EnG überträgt die Kompetenz zur Beurteilung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten der ElCom. Eine vergleichbare Kompetenzdelegation an die Verfahrensbeteiligte findet sich in der Energiegesetzgebung nicht. Durch formelles Gesetz wurden der Verfahrensbeteiligten damit für die Mitteilung des Bescheids keine Verwaltungsaufgaben oder Verfügungskompetenzen übertragen.
- 22 Damit kommt der Verfahrensbeteiligten auch keine Verfügungsbefugnisse in Bezug auf die Zulassung zur KEV zu.
- 23 Auch eine grammatikalische und systematische Auslegung führt zu diesem Ergebnis. Gemäss Artikel 3g EnV ist die Verfahrensbeteiligte zuständig für die Durchführung des Anmelde- und Bescheidverfahrens. Das Resultat wird mit einem Bescheid mitgeteilt, der Verordnungsgeber spricht nicht von einer Verfügung. Artikel 25 Absatz 1^{bis} EnG regelt unter dem Titel Rechtspflege, dass die ElCom Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen beurteilt. Während der Titel Rechtspflege auf die ElCom als Beschwerdeinstanz hindeutet, spricht die Verwendung des Begriffs Streitigkeiten – der Begriff Streitfall wird auch in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG erwähnt, wonach die ElCom unbestrittenermassen als erste Instanz verfügt – für die ElCom als erste Instanz.
- 24 Vor diesem Hintergrund stellt der Bescheid der Verfahrensbeteiligten keine Verfügung dar. Die ElCom ist damit erstinstanzliche und verfügende Behörde. Die Verfahrensbeteiligte ist folglich nicht als Vorinstanz zu betrachten.

2 Parteien

- 25 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.



- 26 Die Gesuchstellerin hat bei der ElCom ein Gesuch um Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit eingereicht. Sie ist mithin materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt daher Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu.
- 27 Die Verfahrensbeteiligte ist zwar keine Vorinstanz (Rz. 24), war aber in der streitigen Angelegenheit durch den Erlass ihres Bescheids involviert. Ihr ist daher ebenfalls Parteistellung nach Artikel 6 VwVG einzuräumen.

3 Feststellungsinteresse

- 28 Mit einer Feststellungsverfügung entscheidet eine Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang von öffentlich-rechtlichen Rechten oder Pflichten (Art. 25 Abs. 1 VwVG). Bei einem Begehren um eine Feststellungsverfügung muss der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, wobei rein tatsächliche oder wirtschaftliche Interessen genügen (Art. 25 Abs. 2 VwVG; vgl. WEBER-DÜRLER, in AUER/MÜLLER/SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Bern 2008; Art. 25 Rz. 10).
- 29 Grundsätzlich kann sich ein Leistungsbegehren nur auf einen abgeschlossenen Zeitraum beziehen. Sind im Hinblick auf ein andauerndes Rechtsverhältnis auch künftige Leistungen zu beurteilen, ist eine Feststellungsverfügung zu erlassen (vgl. auch den Entscheid der ElCom vom 19. Februar 2009, S. 4; abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumente > Verfügungen).
- 30 Die Rechtsbegehren der Gesuchstellerin sind zwar nicht als Feststellungsgesuch formuliert. Vorliegend geht es jedoch um die Frage, ob die Anlage der Gesuchstellerin (HHKW) die Zulassungsvoraussetzungen zur KEV erfüllt. Mit der vorliegenden Verfügung werden Rechte und Pflichten der Gesuchstellerin im Hinblick auf zukünftige Leitungen festgesetzt. Damit verfügt die Gesuchstellerin über ein Feststellungsinteresse und es ist eine Feststellungsverfügung zu erlassen.

4 Vorbringen der Parteien

4.1 Gesuchstellerin

- 31 In ihrem Schreiben vom 23. Januar 2009 (act. 1) stellt die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung vom 9. Dezember 2008 sei aufzuheben.

2. Das Gesuch vom 23. Mai 2008 um kostendeckende Einspeisevergütung für das Holzheizkraftwerk sei vollumfänglich gutzuheissen.

3. Eventuell: Das Gesuch vom 23. Mai 2008 um kostendeckende Einspeisevergütung für das Holzheizkraftwerk sei für die Zeit gutzuheissen, für welche der minimale Wärmenutzungsgrad erreicht wird.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge



- 32 Zur Begründung bringt die Gesuchstellerin im Wesentlichen Folgendes vor: Die Anlage der Gesuchstellerin als Gesamtheit (KVA, GuD und HHKW) erlaube einen optimierten Betrieb und damit eine effiziente Produktion erneuerbarer Energie (act. 1, S. 3). In ihrer Eingabe geht die Gesuchstellerin davon aus, dass es sich bei der KVA und dem HHKW um eine einzige Anlage aus zwei Komponenten handelt. Aus dem der Anmeldung zur KEV beigelegten Dokument (act. 1, Beilage 3) gehe hervor, dass die Anlage als Gesamtheit zu betrachten sei. Die Anforderungen in Bezug auf Strom- und Wärmenutzungsgrad würden jederzeit eingehalten.
- 33 In ihrer Eingabe vom 23. Oktober 2009 (act. 10, S. 3) stellt sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt, dass es sich beim HHKW um eine selbständige Anlage handelt, die ordnungsgemäss betrieben werden kann, ohne dass das Gas- und Dampfkombikraftwerk (GuD) oder die KVA in Betrieb sein müssten. Zudem stehe die Aussage in der „Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung (KEV), Art. 7a EnG, Biomasse Anhang 1.5 EnV“ des BFE (überarbeitete Version 1.2 vom 10. Mai 2010, abrufbar unter www.bfe.admin.ch), wonach Anlagen, die teils fossile und teils biogene Energieträger einsetzen von der KEV ausgeschlossen sind, im Widerspruch zur Energiegesetzgebung.
- 34 Betreffend den Eventualantrag bringt die Gesuchstellerin vor, dass es angesichts der Zielsetzung des Gesetzgebers keinen sachlichen Grund gebe, ihr nicht wenigstens während einer beschränkten Zeitdauer – namentlich wenn die gesetzlichen Vorgaben betreffend Strom- und Wärmenutzungsgrad erreicht werden – die KEV zuzusprechen (act. 1, S. 4).
- 35 Mit ihrem Schreiben vom 23. Februar 2010 hat die Gesuchstellerin der ElCom Fragen beantwortet und weitere Unterlagen eingereicht (act. 12). Die Gesuchstellerin bringt vor, dass die projizierten Energieströme und die sich daraus ergebenden Energienutzungsgrade variieren, da die Parameter dem jeweils aktuellen Planungsstand angepasst werden. Zudem zeigt die Gesuchstellerin die für die Erfassung der verschiedenen Energieströme notwendigen Messstellen auf.
- 36 Im Schreiben vom 23. September 2010 (act. 29) erklärt sich die Gesuchstellerin mit dem vom BFE errechneten Vergütungssatz einverstanden.
- 37 Mit Schreiben vom 6. Mai 2011 (act. 36) legt die Gesuchstellerin dar, dass der Ansicht der ElCom, der vom BFE berechnete Vergütungssatz sei zu hoch (act. 32) nicht gefolgt werden könne. Die massgebenden Regeln seien absolut und würden der ElCom keinen Ermessensspielraum geben. Einen Abzug aufgrund des Synergieeffekts vorzunehmen, sei rechtlich unzulässig. Falls die ElCom dieser Auffassung nicht folge, sei die vorgeschlagene Berechnungsformel in Frage zu stellen.
- 38 Auf die Argumente wird im Rahmen der materiellen Beurteilung eingegangen.

4.2 Verfahrensbeteiligte

- 39 Die Verfahrensbeteiligte bringt in ihren Schreiben vom 8. Oktober 2010 und vom 13. April 2011 (act. 30 und 34) vor, beim HHKW handle es sich um eine Kombinationsanlage, welche mit fossilen und erneuerbaren Brennstoffen betrieben werden könne. Für die Ausführungen zur Grundsatzfrage, ob solche Kombinationsanlagen zur KEV berechtigt sind, verweist sie auf ihre Eingaben vom 14. September 2009 und vom 9. April 2010 im Verfahren 941-09-037 (act. 35). Die Verfahrensbeteiligte hält an ihrem Bescheid vom 9. Dezember 2008 fest.
- 40 Angepasst auf den vorliegenden Sachverhalt stellt sich die Verfahrensbeteiligte in den erwähnten Eingaben vom 14. September 2009 und vom 9. April 2010 auf den Standpunkt, Anlagen wie die streitgegenständliche seien nicht als selbständige Anlage sondern zusammen mit dem fossil betriebenen Abhitzeessel als Gesamtanlage zu betrachten. Ziffer 6.2 der „Richtlinie kostendeckende Ein-



speisevergütung (KEV), Art. 7a EnG, Biomasse Anhang 1.5“ des BFE (überarbeitete Version 1.2 vom 10. Mai 2010, abrufbar unter: www.bfe.admin.ch) definiere zudem die zugelassene Biomasse. Eine Teilverwendung von fossilen Energieträgern sei demnach nicht förderwürdig. Im Weiteren gelte das Prinzip „eine Anlage – ein Einspeisepunkt – ein Zähler“. Das HHKW der Gesuchstellerin habe jedoch keinen eigenen Einspeisepunkt. Schliesslich seien die Vergütungssätze in der EnV nicht auf die Nutzung von Synergien mit fossilen Anlagen ausgerichtet. Die Anwendung der Vergütungssätze würde damit dem Rechtsgleichheitsgebot widersprechen. Die Energiegesetzgebung lege nicht zwei Stufen von Vergütungssätzen für Anlagen mit oder ohne Synergien fest. Daher seien Anlagen wie das HHKW in der Energiegesetzgebung nicht vorgesehen (vgl. zum Ganzen: act. 35, Eingabe vom 14. September 2009, S. 8 ff., Eingabe vom 9. April 2010, S. 3).

- 41 Die Verfahrensbeteiligte ist der Auffassung, dass auch Kombinationsanlagen, welche in die KEV aufgenommen werden sollten, die Anforderungen der EnV erfüllen müssen. Dies sei bei der Anmeldung des HHKW nicht der Fall gewesen. Das zwischenzeitlich angepasste und überarbeitete Projekt müsste neu angemeldet werden (act. 30, S. 3).
- 42 Nach Ansicht der Verfahrensbeteiligten sind die vom BFE in seinem Amtsbericht (act. 22) zur Bestimmung des Vergütungssatzes herangezogene Berechnungsgrundlage, die Berechnungsmethodik und die Berechnung selber nachvollziehbar (act. 30, S. 3).
- 43 Der Eventualantrag der Gesuchstellerin ist gemäss der Verfahrensbeteiligten abzulehnen, da eine entsprechende Vergütung in der EnV nicht vorgesehen sei. Werden die Mindestanforderungen erfüllt, bekomme eine Anlage die Vergütung für die gesamte Produktion, andernfalls habe sie keinen Anspruch auf die KEV.
- 44 Auf die Argumente wird im Rahmen der materiellen Beurteilung eingegangen.

5 Materielle Beurteilung

5.1 Rechtliche Grundlagen

- 45 Das Energiegesetz soll gemäss Artikel 1 Absatz 1 EnG zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung beitragen. Zudem bezweckt es unter anderem die *verstärkte Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien* (Art. 1 Abs. 2 Bst. c EnG). Dieser Grundsatz der verstärkten Nutzung von erneuerbaren Energien findet sich auch in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b EnG sowie als Kriterium für eine umweltverträgliche Energieversorgung in Artikel 5 Absatz 2 EnG wieder (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 EnG [Förderung, Information und Beratung]; Art. 12 Abs. 1 EnG [Forschung, Entwicklung], Art. 13 EnG [Massnahmen]).
- 46 Die Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien werden in den Artikeln 7 ff. EnG festgelegt. Artikel 7a EnG regelt die KEV. Details zu den Anschlussbedingungen für die einzelnen Technologien sind in den Anhängen 1.1 – 1.5 der EnV aufgeführt.
- 47 Vorliegend ist die Zulassung des HHKW zur KEV gemäss Artikel 7a EnG strittig, weil Teile der Anlage (Dampfturbine, Generator) nicht nur vom HHKW, sondern gleichzeitig auch von einem mit fossilem Energieträger (Erdgas) betriebenen Abhitzekessel angetrieben werden. Nach Artikel 7a EnG sind die Netzbetreiber verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die gesamte Elektrizität, die aus Neuanlagen durch die Nutzung von Sonnenenergie, Geothermie, Windenergie, Wasserkraft bis 10 MW sowie



Biomasse und Abfällen aus Biomasse gewonnen wird, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten, sofern diese sich am betreffenden Standort eignen. Die Standorteignung ist im vorliegenden Verfahren nicht strittig. Als Neuanlagen gelten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden. Die Vergütung richtet sich nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen (Art. 7a Abs. 2 EnG). Aus der Anknüpfung der Vergütung an der effizientesten Technologie ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber *möglichst effiziente Anlagen* fördern wollte. Neben der Förderung der erneuerbaren Energie kann damit auch die Förderung der Effizienz als Ziel der Energiegesetzgebung betrachtet werden.

5.2 Art der eingesetzten erneuerbaren Energie

- 48 Als erneuerbare Energie gilt gemäss Artikel 1 Buchstabe f EnV unter anderem die Energie aus Biomasse. Anhang 1.5 Ziffer 1.1 EnV definiert Biomasse wie folgt: „*Sämtliches durch Fotosynthese direkt oder indirekt erzeugtes organisches Material, das nicht über geologische Prozesse verändert wurde. Hierzu gehören auch sämtliche Folge- und Nebenprodukte, Rückstände, und Abfälle, deren Energiegehalt aus der Biomasse stammt.*“ Nach Anhang 1.5 Ziffer 1.3 EnV ist biogenes Gas aus Biomasse nach Ziffer 1.1 hergestelltes Gas. HHKW gelten nicht als KVA (Ziff. 2.1), nicht als Schlammverbrennungsanlagen (Ziff. 2.2) und nicht als Klärgas- oder Deponiegasanlagen (Ziff. 2.3). HHKW fallen somit gemäss Anhang 1.5 Ziffer 2.4 EnV unter die übrigen Biomasseanlagen (Anhang 1.5 Ziff. 6 EnV). Anhang 1.5 Ziffer 6.2 EnV gibt die allgemeinen Mindestanforderungen für übrige Biomasseenergieanlagen vor. Nach Buchstabe a dieser Bestimmung darf als zugelassene Biomasse Biomasse gemäss Anhang 1.5 Ziffer 1.1 EnV verwendet werden, sofern nicht Stoffe nach Buchstabe b verwendet werden. Holz gilt unbestrittenermassen als Biomasse im Sinne von Anhang 1.5 Ziffer 1.1 EnV.
- 49 Ein HHKW ist ein mit Holz betriebenes Biomasseheizkraftwerk. Das HHKW der Gesuchstellerin setzt als Biomasse Holz zur Stromproduktion ein. Davon geht auch das BFE in seinem Amtsbericht vom 16. August 2010 aus (act. 22). Das HHKW der Gesuchstellerin gilt daher als übrige Biomasseanlage im Sinne der Energiegesetzgebung.
- 50 Vorliegend ist daher grundsätzlich der Vergütungssatz für übrige Biomasseanlagen (Holz) anwendbar (zur Berechnung des Vergütungssatzes vgl. unten Rz. 79 ff.)

5.3 Pflicht zur Abnahme und Vergütung von Elektrizität gemäss Artikel 7a EnG

- 51 Die Verpflichtung zur Abnahme und Vergütung von Elektrizität gemäss Artikel 7a Absatz 1 EnG bezieht sich auf Elektrizität, die aus Neuanlagen durch die Nutzung bestimmter erneuerbarer Energien (u.a. Biomasse) gewonnen wird, sofern diese Neuanlagen sich am betreffenden Standort eignen. Die Anknüpfungspunkte für die kostendeckende Einspeisevergütung sind damit nach dem Wortlaut der Bestimmung erstens die Neuanlage und zweitens die Elektrizität, welche aus einer der genannten Energien gewonnen wird. Die Frage der Standorteignung ist wie erwähnt vorliegend nicht strittig.

5.3.1 Begriff der Anlage gemäss Energiegesetzgebung

- 52 Vorab ist der Begriff der Anlage beziehungsweise der Neuanlage zu klären. Gemäss Artikel 7a Absatz 1 EnG gelten als Neuanlagen diejenigen Anlagen, welche nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert werden.



- 53 Der Begriff der Anlage bildet einerseits Anknüpfungspunkt für die kostendeckende Einspeisevergütung (Art. 7a Abs. 1 EnG). Andererseits richtet sich die Vergütung nach den Gestehungskosten von Referenzanlagen (Art. 7a Abs. 2 EnG). Zur Festlegung dieser Vergütungen müssen die Referenzanlagen abgegrenzt und definiert sein. Weiter müssen zur Beurteilung, ob eine Anlage erheblich erweitert oder erneuert wurde, die Bilanzgrenzen und damit die Anlage definiert sein.
- 54 Eine allgemeine Definition der Anlage findet sich in der Energiegesetzgebung nicht. In den Anhängen der Energieverordnung werden bei den verschiedenen Technologien jeweils die Anlagen definiert (vgl. jeweils Ziff. 1 in den Anhängen 1.1 bis 1.4). Auch die Biomasseenergieanlagen werden in Anhang 1.5 Ziffer 2 EnV definiert: übrige Biomasseanlagen sind demnach selbständige technische Einrichtungen zur Erzeugung von Elektrizität aus Biomasse, in welchen in der Regel mehrstufige Prozesse ablaufen. Damit definiert die Energieverordnung die Biomasseenergieanlagen in erster Linie im Hinblick auf ihren Zweck; bei den übrigen Biomasseanlagen zusätzlich im Hinblick auf die Prozesse. Weitere Anhaltspunkte zu den Anlagegrenzen sind jedoch der Bestimmung nicht zu entnehmen.
- 55 Der Sinn einer Vorschrift ist mittels Auslegung zu ermitteln. Ausgangspunkt der Auslegung bildet der Wortlaut der Norm. Nach dem Wortlaut liegt eine Anlage dann vor, wenn es sich um eine *selbständige technische Einrichtung* handelt (Anhang 1.5 Ziffer 2.4 EnV). Während im Anhang 1.5 EnV bei der Definition von Kehrlichtverbrennungsanlagen, Schlammverbrennungsanlagen sowie Klärgas- und Deponiegasanlagen schlicht von Anlagen gesprochen wird, verwendet der Verordnungsgeber nur bei den übrigen Biomasseanlagen den Begriff „selbständige technische Einrichtung“.
- 56 Dass eine technische Einrichtung vorliegt, wird nicht bestritten. Das Kriterium der Selbständigkeit ist jedoch näher zu betrachten. Es liesse sich zudem fragen, ob die Einschränkung der Anlagedefinition in Anhang 1.5 Ziffer 2.4 EnV eine genügende gesetzliche Grundlage im EnG hat. Diese Frage kann jedoch offen bleiben. Die Anlage der Gesuchstellerin kann – wie noch auszuführen ist – als selbständige technische Einrichtung betrachtet werden.
- 57 Unter dem Aspekt der grammatikalischen Auslegung ist „selbständig“ dahingehend auszulegen, dass eine Anlage unabhängig von weiteren technischen Einrichtungen betrieben werden kann (vgl. hierzu Rz. 61).
- 58 Nach der *systematischen Auslegung* ist die Norm im Kontext zu deren Stellung im Erlass und der weiteren Rechtsordnung zu betrachten (PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, § 4 Rz. 21). Der Begriff der selbständigen technischen Anlage wird zum ersten Mal im Anhang 1.5 EnV erwähnt; spezifisch bei der Definition der „Übrigen Biomasseanlagen“ (Ziff. 2.4). Das Energiegesetz verwendet den Anlagebegriff noch ohne Hinweis auf die Selbständigkeit. Dies deutet eher auf ein weites Verständnis des Anlagebegriffs hin.
- 59 Der Anlagenbegriff in Bezug auf die übrige Biomasse wird erst in Anhang 1.5 Ziffer 2 EnV genauer ausgeführt. Die Bestimmung steht unter dem Titel Anlagendefinitionen. Darunter werden verschiedene Biomasseenergieanlagen definiert. Damit wird bezweckt, die Biomasseenergieanlagen untereinander abzugrenzen und den Anwendungsbereich der nachfolgenden anlagenspezifischen Bestimmungen zu definieren. Mit der Definition der mehrstufigen Prozesse wird zudem klar gestellt, dass alle Prozesse zur Anlage gehören und damit in die Berechnung der Referenzanlagen einfließen. Eine weitergehende Bedeutung von Anhang 1.5 Ziffer 2.4 EnV in Bezug auf die Anlagedefinition ist nicht erkennbar. Insbesondere schliesst die Bestimmung Anlagen wie diejenige der Gesuchstellerin nicht per se aus.



- 60 Die *teleologische Auslegung* fragt nach dem Ziel und Zweck einer Norm. Die Pflicht zur Abnahme und Vergütung gemäss Artikel 7a Absatz 1 EnG bezieht sich auf die Elektrizität, welche durch die Nutzung erneuerbarer Energien gewonnen wird. Zusätzlich muss diese Elektrizität durch eine Neuanlage produziert werden. Damit soll nur diejenige Elektrizität vergütet werden, welche aus erneuerbaren Energien und durch Neuanlagen gewonnen wird. Dies entspricht auch den Zielen der Energiegesetzgebung (vgl. Rz. 45). Dementsprechend gilt die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Artikel 7a Absatz 1 EnG für fossile Energien nicht.
- 61 Das HHKW kann auch ordnungsgemäss betrieben werden, ohne dass das Gas- und Dampfkombikraftwerk (GuD) oder die KVA in Betrieb sein müssen (act. 10, S. 3). Das HHKW der Gesuchstellerin ist daher als selbständige technische Einrichtung zu betrachten, die jedoch aus Effizienzgründen Turbine und Generator mit dem Gas- und Dampfkombikraftwerk (GuD) teilt. Die Energiegesetzgebung orientiert sich – wie vorne erwähnt (vgl. Rz. 47) – an der effizientesten Technologie. Der Bau einer eigenen Dampfturbine und eines eigenen Generators wäre zwar möglich, würde jedoch die Effizienz der Anlage schmälern (act. 10, S. 1).
- 62 Die Verfahrensbeteiligte verweist in ihrer Stellungnahme vom 8. Oktober 2010 (act. 30) auf ihre Eingaben im Verfahren 941-09-037 (act. 35). In diesen Eingaben bringt die Verfahrensbeteiligte vor, der Wortlaut von Anhang 1.5 Ziffer 2.4 EnV definiere klar den Grad der Eigenständigkeit, welchen eine selbständige Biomasseanlage aufweisen müsse. Zudem gebe die „Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung (KEV), Art. 7a EnG, Biomasse Anhang 1.5 EnV“ des BFE (abrufbar unter: www.bfe.admin.ch) an, wo die Grenzen einer Anlage zu ziehen seien bzw. was zu einer Anlage gehöre und was nicht. Im Fachjargon werde bei den für eine Anlage notwendigen Einrichtungen von einer Anlagelinie gesprochen, welche von der Brennstoffzufuhr bis zur Entsorgung der Reststoffe reiche. Bezogen auf das HHKW würden somit die für die Zuführung des Brennmaterials (Holz) erforderlichen Mittel, die Dampfturbine und ein Generator zur Umwandlung von Dampf zu Strom als notwendige Einrichtungen gelten. Gemäss der besagten Richtlinie des BFE könnten die Einrichtungen zwar für mehrere Anlagen dienlich sein, jedoch nur, wenn es sich um Anlagen handelt, die mit erneuerbarer Energie betrieben werden. Zudem gelte der Grundsatz „eine Anlage = ein Einspeisepunkt = ein Zähler“ (act. 35, Eingabe vom 14. September 2009, S. 9 ff.).
- 63 Auch das BFE verweist auf einen Amtsbericht vom 13. November 2009 im Verfahren 941-09-037 (act. 22). In diesem Amtsbericht hält das BFE fest, dass Anlagen, die teils fossile und teils biogene Energieträger einsetzen, von der KEV ausgeschlossen seien. Zudem sehe Artikel 3b Absatz 2 EnV vor, dass die am Einspeisepunkt gemessene Elektrizität vergütet wird (act. 23, Amtsbericht des BFE vom 13. November 2009, S. 2 f.). Hinzuzufügen ist, dass das BFE für das HHKW in der Folge trotzdem eine sich an Referenzanlagen orientierende Vergütung berechnet (vgl. hierzu Rz. 83).
- 64 Es ist richtig, dass mit der KEV die am Einspeisepunkt gemessene Energie vergütet wird (Art. 3b Abs. 2 EnV). Da die KEV nur für erneuerbare Energien ausgerichtet wird, lässt sich diese Bestimmung präzisieren: Vergütet wird die am Einspeisepunkt gemessene erneuerbare Energie. Ziel dieser Norm ist, sicherzustellen, dass nur eingespeiste Energie aus erneuerbaren Energien vergütet wird. Aus der Bestimmung ergibt sich jedoch nicht, dass die Anlagendefinition an den Einspeisepunkt anknüpft. Der von der Verfahrensbeteiligten und vom BFE herangezogene Grundsatz „eine Anlage = ein Einspeisepunkt“ hat damit keine Grundlage in der Energiegesetzgebung. Der Grundsatz, dass es pro Anlage nur einen Einspeisepunkt gibt, ist auch in der „Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung (KEV), Art. 7a EnG, Biomasse Anhang 1.5 EnV“ des BFE unter dem Titel „Anlagendefinitionen“ festgehalten (Version 1.2 vom 10. Mai 2010, Ziff. 2.4). Diese Anknüpfung der Anlagendefinition an die Anzahl der Einspeisepunkte findet jedoch aus den obgenannten Gründen keine Grundlage in der Energiegesetzgebung.



- 65 Das BFE argumentiert sodann, dass die Energiegesetzgebung kombinierte Anlagen wie die Anlage der Gesuchstellerin nicht vorsehe, stelle ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers dar (act. 23, Amtsbericht des BFE vom 13. November 2009, S. 3). Ein qualifiziertes Schweigen liegt vor, wenn der Gesetzgeber bewusst und stillschweigend auf eine Antwort verzichtet (PIERRE TSCHAN-NEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 25 Rz. 7). In den Materialien wird die Anlagekonstellation der Gesuchstellerin nicht erwähnt. Bei den KVA wurde die Zulassung zur KEV hingegen eingehend diskutiert. Jedoch sind die beiden Anlagen nicht vergleichbar: Während eine KVA gemischte Abfälle (fossil und erneuerbar) verbrennt, produziert das HHKW der Gesuchstellerin ausschliesslich Elektrizität aus erneuerbaren Energien. Selbst das BFE hält fest, die Situation der KVA sei nicht mit einer Konstellation wie der vorliegenden vergleichbar. Daher kann auch nicht geschlossen werden, das HHKW – welches mit dem fossil betriebenen Abhitzeessel lediglich Dampfturbine und Generator teilt – sei durch die Regelung zu den KVA stillschweigend nicht zur KEV zugelassen. Für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers gibt es keine Anhaltspunkte. Zudem ist auch im Hinblick auf die Ziele der Energiegesetzgebung (Förderung erneuerbarer Energien, effiziente Technologien) nicht ohne weiteres anzunehmen, der Gesetzgeber wolle Anlagen wie das vorliegende HHKW stillschweigend nicht zur KEV zulassen.
- 66 Damit ist das HHKW der Gesuchstellerin als selbständige technische Einrichtung zu betrachten. Als solche fällt sie in den Geltungsbereich von Artikel 7a Absatz 1 EnG (vgl. hierzu auch die Verfügung der ElCom vom 12. Mai 2011, Rz. 56 ff.).
- 67 Gemäss Artikel 3h Absatz 4 EnV muss die Anlage im Zeitpunkt der Inbetriebnahme den Angaben in der Anmeldung entsprechen. Ansonsten fällt die Verbindlichkeit des Bescheids dahin und die Verfahrensbeteiligte widerruft den Bescheid, ausser wenn Gründe vorliegen, für die der Antragssteller nicht einzustehen hat. Bei der installierten elektrischen Leistung werden gewisse Abweichungen toleriert (Biomasse: absolut +10 kW und -25 kW, prozentual +20% und -50%, vgl. Bundesamt für Energie, „Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung (KEV), Art. 7a EnG, Allgemeiner Teil“, Version 1.2 vom 10.05.2010, S. 8; abrufbar unter www.bfe.admin.ch).

5.3.2 Elektrizität aus erneuerbaren Energien

- 68 Das Gas- und Dampfkombikraftwerk (GuD) der Gesuchstellerin gewinnt zum einen Elektrizität aus einem fossil betriebenen Abhitzeessel (Erdgas). Zum andern wird mit dem HHKW Elektrizität aus erneuerbaren Energien produziert. Der Dampf des fossil betriebenen Gas- und Dampfkombikraftwerk (GuD) und der Dampf des HHKW werden über die gleiche Dampfturbine entspannt, welche einen Generator antreibt. Diese Energie kann durch messtechnische Einrichtungen separat erfasst werden (act. 10, S. 2). Bei der mit dem HHKW der Gesuchstellerin produzierten Elektrizität handelt es sich unbestrittenermassen um Elektrizität, welche aus erneuerbaren Energien gewonnen wird (vgl. auch Rz. 48 ff.).
- 69 Die Verfahrensbeteiligte bringt vor, gemäss Ziffer 6.2 der „Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung (KEV), Art. 7a EnG, Biomasse Anhang 1.5 EnV“ des BFE (abrufbar unter www.bfe.admin.ch) seien fossile Brennstoffe und daraus hergestellte Neben- und Folgeprodukte von der KEV ausgeschlossen. Damit seien auch Anlagen, die teils fossile und teils biogene Energieträger einsetzen (z.B. fossil-thermische Kraftwerke mit Zufeuerung von Biomasse) von der Einspeisevergütung ausgeschlossen (act. act. 35, Eingabe vom 14. September 2009, S. 10).
- 70 Das HHKW der Gesuchstellerin setzt nur biogene Energieträger ein (Holz). Mit dem fossil gespeisten Abhitzeessel teilt es lediglich Dampfturbine und Generator. Es handelt sich damit nicht um eine Mischfeuerung (wie das etwa bei einer KVA der Fall ist). Die Richtlinie ist vorliegend daher nicht ein-



schlägig. Vergütet werden soll denn auch nur die aus den erneuerbaren Energieträgern gewonnene Elektrizität.

5.4 Prüfung der Voraussetzungen für das HHKW der Gesuchstellerin

5.4.1 Neuanlage (Art. 3a EnV)

- 71 Wie oben ausgeführt (Rz. 52), ist das HHKW der Gesuchstellerin als eine selbständige technische Einrichtung zu betrachten. Die Voraussetzungen für die KEV sind dementsprechend in Bezug auf diese Anlage zu prüfen. Das Gas- und Dampfkombikraftwerk (GuD) fliesst nicht in die Betrachtungen ein.
- 72 Als Neuanlagen gelten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert werden (Art. 7a Abs. 1 EnG).
- 73 Das HHKW der Gesuchstellerin befindet sich im Bau und soll im Jahr 2012 in Betrieb genommen werden (vgl. [...]). Es handelt sich somit unbestrittenermassen um eine Neuanlage.
- 74 Artikel 1 Buchstabe o EnV definiert den Begriff Hybridanlage als eine „Anlage, welche mehrere erneuerbare Energieträger zur Stromproduktion nutzt.“ Bei der Anlage der Gesuchstellerin (HHKW und GuD) handelt es sich jedoch nicht um eine Hybridanlage im Sinne dieser Bestimmung, da nicht mehrere erneuerbare Energieträger zur Stromproduktion genutzt werden, sondern ein erneuerbarer Energieträger (Holz) in Kombination mit einem fossilen Energieträger (Erdgas). Aus dem gleichen Grund kommt im vorliegenden Sachverhalt auch nicht Anhang 1.5 Ziffer 2.5 EnV zur Anwendung.

5.4.2 Energetische Mindestanforderungen

- 75 Die Mindestanforderungen an den Gesamtnutzungsgrad von mit erneuerbaren Energien betriebenen Anlagen richtet sich für das HHKW der Gesuchstellerin nach Anhang 1.5 Ziffer 6.3 EnV, da es sich um eine übrige Biomasseanlage handelt (vgl. Rz. 49).
- 76 Das HHKW der Gesuchstellerin muss diese energetischen Mindestanforderungen erfüllen, um ein Anrecht auf die KEV zu haben. Dass, wie die Verfahrensbeteiligte vorbringt, die Mindestanforderungen allein in Bezug auf das HHKW bei der Anmeldung nicht erfüllt worden wären (act. 30, S. 3), kann der Gesuchstellerin nicht entgegengehalten werden. Zu diesem Zeitpunkt bestand nämlich noch keine Klarheit, wo und wie die Anlagegrenzen zu ziehen sind. Aus diesem Grund ist die Gesuchstellerin auch nicht zu verpflichten, das HHKW neu für die KEV anzumelden.
- 77 Das HHKW der Gesuchstellerin kann gemäss dem Amtsbericht des BFE so betrieben werden, dass der minimale Gesamtenergienutzungsgrad erreicht werden kann (act. 22, S. 2). Der EICOM liegen keine Hinweise vor, dass diese Aussage nicht richtig ist. Wird der geforderte Gesamtenergienutzungsgrad während einem Kalenderjahr um mehr als 20 Prozent oder während zwei aufeinanderfolgenden Kalenderjahren unterschritten, besteht kein Anrecht mehr auf die KEV, bis der minimale Gesamtenergienutzungsgrad während einem Kalenderjahr wieder erreicht wird (Anhang 1.5 Ziffer 6.3 EnV).

5.4.3 Zwischenfazit

- 78 Das HHKW der Gesuchstellerin gilt als eine Neuanlage. Unter der Voraussetzung, dass die energetischen Mindestanforderungen gemäss Anhang 1.5 Ziffer 6.3 EnV erfüllt werden, ist dem Antrag der



Gesuchstellerin, das Gesuch vom 23. Mai 2008 sei in Bezug auf das HHKW gutzuheissen, zu entsprechen. Auf den Eventualantrag der Gesuchstellerin ist aus diesem Grund nicht einzugehen.

5.5 Anwendbarer Vergütungssatz

- 79 Die Gesuchstellerin hat ihr Gesuch bei der Verfahrensbeteiligten im Jahr 2008 eingereicht, die Verfahrensbeteiligte hat ihre Bescheide im Jahr 2009 erlassen und vorliegende Verfügung ergeht im Jahr 2011. Zudem ist das HHKW der Gesuchstellerin noch nicht in Betrieb. Die Anhänge der Energieverordnung wurden per 1. Januar 2010 geändert und dabei auch die Vergütungssätze angepasst. Es ist daher vorab zu klären, welcher Vergütungssatz für die Gesuchstellerin anwendbar ist.
- 80 Nach Artikel 7a Absatz 2 EnG richtet sich die Vergütung nach den im Erstellungsjahr geltenden Gesteuerungskosten von Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten. Als Erstellungsjahr gilt gemäss Artikel 3b Absatz 3 EnV das Jahr der tatsächlichen Inbetriebnahme der Anlage.
- 81 Die Vergütung für das HHKW der Gesuchstellerin richtet sich demnach nach den geltenden Gesteuerungskosten von Referenzanlagen *im Jahr der tatsächlichen Inbetriebnahme* der Anlage.
- 82 Die Anlage der Gesuchstellerin wird voraussichtlich im Jahr 2012 vollständig in Betrieb genommen (vgl. Rz. 73). Massgebend wird daher der Vergütungssatz sein, welcher im Jahr der Inbetriebnahme des HHKW Geltung hat.

5.6 Berechnung der Vergütung

- 83 Die Energieverordnung legt für jede Technologie (z.B. Wasserkraft, Photovoltaik, Windenergie) und Anlagekategorie die Einspeisevergütungen fest. Die Vergütung richtet sich nach den im Erstellungsjahr geltenden Gesteuerungskosten von Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen (Art. 7a Abs. 2 EnG). Die Berechnung der Gesteuerungskosten und die Vergütung richten sich nach den in den Anhängen 1.1 – 1.5 definierten Referenzanlagen (Art. 3b Abs. 1 EnV).
- 84 In seinem Amtsbericht vom 16. August 2010 schreibt das BFE, dass sich eine Berechnung des Vergütungssatzes gemäss Anhang 1.5 Ziffer 6.5 EnV aufdränge, wobei die Grundvergütung und der Holzbonus zur Anwendung kommen sollen. Die Berechnungen des BFE ergeben einen provisorischen Vergütung für das HHKW der Gesuchstellerin von 22,7 Rappen pro Kilowattstunde (act. 22, S. 2 f.). Das Vorgehen des BFE entspricht der Berechnung der Vergütung gemäss Anhang 1.5 Ziffer 6.5 EnV.
- 85 Die Gesuchstellerin ist mit der vom BFE errechneten Höhe des Vergütungssatzes einverstanden (act. 29).
- 86 Die Verfahrensbeteiligte erachtet die vom BFE herangezogene Berechnungsgrundlage zur Bestimmung des Vergütungssatzes für das HHKW der Gesuchstellerin, die Berechnungsmethodik und die Berechnung selber als nachvollziehbar (act. 30, S. 3).
- 87 Wäre das HHKW an einer eigenen Dampfturbine und einem eigenen Generator angeschlossen, würde ohne Weiteres die Vergütung gemäss der Referenzanlage nach Anhang 1.5 Ziffer 6.5 EnV gelten. Einziger Unterschied in der vorliegenden Konstellation ist, dass sich die Vergütung als zu hoch erweist, da das HHKW Synergien (Dampfturbine, Generator) mit dem fossilen Abhitzeessel nutzen kann. Entsprechend den Vorgaben von Artikel 3b Absatz 1 EnV ist daher in einem ersten Schritt die Vergütung gemäss Referenzanlage zu berechnen, wie wenn dieser Synergieeffekt nicht



bestehen würde. In einem zweiten Schritt ist, wie eben gesehen, dem Synergieeffekt mit einem angemessenen Abzug Rechnung zu tragen (vgl. hierzu auch die Verfügung der ElCom vom 12. Mai 2011 im Verfahren 941-09-037, Rz. 92 ff.).

5.6.1 Berechnung Vergütung gemäss Referenzanlage

- 88 Die Vergütung richtet sich gemäss Artikel 3b EnV nach den im Anhang der EnV definierten Referenzanlagen. Als Basis ist daher die Berechnung der Vergütung für übrige Biomasseanlagen gemäss Anhang 1.5 Ziffer 6.5 EnV heranzuziehen. Dies wird auch vom BFE in seinem Amtsbericht so gehandhabt (act. 22, S. 3; der vom BFE ermittelte Vergütungssatz ergibt sich aufgrund der Planungswerte der Gesuchstellerin).
- 89 Sobald die notwendigen Grundlagen vorliegen, hat die Verfahrensbeteiligte den Vergütungssatz ausgehend von der Berechnung gemäss Anhang 1.5 Ziffer 6.5 EnV aufgrund der effektiven äquivalenten Leistung des HHKW sowie der im Jahr der Inbetriebnahme geltenden Höhe der Grundvergütung einschliesslich Holzbonus zu berechnen.

5.6.2 Abzug des Synergieeffekts

- 90 Die Gesuchstellerin erachtet einen Abzug aufgrund Synergieeffekten für übrige Biomasseanlagen als rechtlich unzulässig und nicht sachgerecht (act. 36, S. 2 f.).
- 91 Die vorliegende Anlage weist gewisse Synergieeffekte auf, da – wie bereits gesehen – der Betrieb von Dampfturbine und Generator sowohl der fossilen als auch der erneuerbaren Stromgewinnung dient. Die Ausrichtung der vollen Vergütung gemäss Anhang 1.5 Ziffer 6.5 EnV ist daher nicht rechtmässig, da die Einspeisevergütung kostendeckend sein muss.
- 92 Ausgehend vom Vergütungssatz für übrige Biomasseanlagen ist daher ein prozentualer Abzug vorzunehmen, welcher die Synergien durch die gemeinsame Nutzung von Turbine und Generator berücksichtigt.
- 93 Die Gesuchstellerin bringt weiter vor, die Berechnung der Vergütung sei durch die EnV vorgegeben und ein Abzug von der berechneten Vergütung sei nicht gesetzeskonform (act. 36, S. 2). Hierzu ist anzumerken, dass sich die Vergütung gemäss Artikel 7a Absatz 2 EnG nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen richtet. Eine solche Referenzanlage verfügt jedoch über keine Synergieeffekte durch eine gemeinsame Nutzung von Anlageteilen. Auch mit dem vorliegend vorzunehmenden Abzug aufgrund dieser Synergieeffekte richtet sich der Vergütungssatz für das HHKW der Gesuchstellerin nach wie vor nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten einer Referenzanlage.
- 94 Der Vergütungssatz für übrige Biomasseanlagen ist zu senken, indem zuerst der Anteil der gemeinsam genutzten Anlagen bestimmt wird (Kosten gemeinsam genutzter Anlageteile [Dampfturbine und Generator] geteilt durch Investitionskosten des HHKW [Gesamtkosten]). Anschliessend ist der Anteil der fossilen Energieerzeugung zu bestimmen (äquivalente Leistung fossiler Energieerzeugung geteilt durch äquivalente Gesamtleistung). Anhand dieser Parameter hat die Verfahrensbeteiligte den vorzunehmenden Abzug und damit der Vergütungssatz für das HHKW der Gesuchstellerin zu berechnen.

Daraus ergibt sich folgende Berechnung:



$$a = \text{Anteil gemeinsam genutzter Anlagen} = \frac{\text{Kosten gemeinsam genutzter Anlagenteile [CHF]}}{\text{Gesamtkosten [CHF]}}$$

$$f = \text{Anteil fossiler Energieerzeugung} = \frac{\text{äquivalente Leistung fossiler Energieerzeugung [W]}}{\text{äquivalente Gesamtleistung [W]}}$$

$$\text{Vergütungssatz [Rp./kWh]} = \text{Vergütungssatz übrige Biomasseanlagen [Rp./kWh]} \times (1 - a \times f)$$

- 95 Die Gesuchstellerin bestreitet die Sachgerechtigkeit der von der ElCom vorgeschlagenen Formel (act. 36, S. 2 f.). Nach Ansicht der Gesuchstellerin müsste geprüft werden, ob die Kosten für das HHKW tiefer als die Normkosten für die Referenzanlagen sind. Diesem Argument ist nicht zu folgen. Der aus der in Randziffer 94 aufgezeigten Berechnung resultierende Vergütungssatz richtet sich nach der Berechnung der Vergütung gemäss Anhang 1.5 Ziffer 6.5 EnV für übrige Biomasseanlagen. Da – wie gesehen – Dampfturbine und Generator gemeinsam genutzt werden, muss ein Abzug aufgrund einer Gegenüberstellung der Gesamtkosten des HHKW sowie der Kosten der gemeinsam mit dem Gas- und Dampfkombikraftwerk genutzten Anlagen unter Mitberücksichtigung des fossilen Anteils an der gesamten äquivalenten Leistung der Anlage vorgenommen werden.
- 96 Die Gesuchstellerin bringt weiter vor, ein Abzug sei nur auf der errechneten Äquivalenzleistung, jedoch nicht auf dem Holzbonus vorzunehmen (act. 36, S. 3). Dieser Einwand ist im Lichte der von der ElCom mit Verfügung vom 12. Mai 2011 im Verfahren 941-09-037 aufgestellten Grundsätze nicht richtig. Zudem führt die Gesuchstellerin keine Argumente an, die eine Änderung dieser Grundsätze rechtfertigen würden.
- 97 Sobald alle notwendigen Berechnungsgrundlagen vorliegen, hat die Gesuchstellerin der Verfahrensbeteiligten die für die Berechnung des Vergütungssatzes notwendigen Informationen und Belege zu melden, namentlich die Gesamtkosten des HHKW, die Kosten der gemeinsam mit dem Gas- und Dampfkombikraftwerk (GuD) genutzten Anlagen, je die äquivalente Leistung der fossilen und der erneuerbaren Energieerzeugung (Gas- und Dampfkombikraftwerk und HHKW) sowie die Gesamtleistung der Anlage. Die Verfahrensbeteiligte hat gestützt auf diese Informationen den reduzierten Vergütungssatz für das HHKW der Gesuchstellerin zu berechnen und teilt diesen der Gesuchstellerin in einem Bescheid mit. Gleichzeitig ist die ElCom über den errechneten Vergütungssatz sowie die Berechnungsgrundlagen zu informieren (Art. 25 StromVG).

5.7 Messung

- 98 Artikel 2 Absatz 2 EnV legt fest, dass die Vergütung für die Abnahme von Elektrizität erstattet wird, wenn diese physisch eingespeist wurde. Zudem muss die eingespeiste Elektrizität mit einem geeichten Messinstrument erhoben werden (Art. 2 Abs. 3 EnV). Diese Anforderung gilt auch für die Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien nach Artikel 7a EnG (Art. 3 EnV). Gemäss Artikel 3b Absatz 2 EnV wird die am Einspeisepunkt gemessene Elektrizität, welche von der Ausstellerin erfasst wurde, vergütet.
- 99 Die „Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung (KEV), Art. 7a EnG, Allgemeiner Teil“ des BFE (überarbeitete Version 1.2 vom 10. Mai 2010, abrufbar unter www.bfe.admin.ch) führt in diesem Zu-



sammenhang aus, dass die Elektrizität ins Netz eingespeist und am Einspeisepunkt gemessen werden muss (S. 3). Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c StromVV definiert den Ein- bzw. Ausspeisepunkt wie folgt: „Netzpunkt, an welchem ein eingehender bzw. ausgehender Energiefluss erfasst und gezählt oder registriert wird (Messpunkt)“.

- 100 Nach Aussage der Gesuchstellerin ist eine separate Messung der verschiedenen Energieströme (erneuerbar, fossil) technisch möglich und die Gesuchstellerin erklärt sich mit der Auflage der getrennten Messung und Ausweisung der verschiedenen Dampfströme einverstanden (act. 10, S. 2). Auch das BFE geht in seinem Amtsbericht davon aus, dass über den Dampfprozess der Anteil Holzstrom einfach definiert werden kann (act. 22, S. 2).
- 101 Damit ein potenzieller Missbrauch verhindert werden kann, muss die Gesuchstellerin mit geeigneten Messvorrichtungen sicherstellen, dass nur die aus erneuerbaren Energien produzierte Elektrizität vergütet wird. Die Verfahrensbeteiligte hat diese Messvorrichtungen periodisch zu kontrollieren.

5.8 Fazit

- 102 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Anlage der Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die KEV nach Artikel 7a EnG erfüllt. Vorbehalten bleiben Artikel 3h Absatz 4 EnV und die Einhaltung der energetischen Mindestanforderungen (Anhang 1.5 Ziffer 6.3 EnV). Die Verfahrensbeteiligte hat den Vergütungssatz für die eingespeiste, erneuerbare Energie nach Vorliegen der erforderlichen Informationen nach den in dieser Verfügung aufgestellten Grundsätzen zu berechnen. Die Gesuchstellerin muss mittels geeigneten Messvorrichtungen sicherstellen, dass nur die Elektrizität aus erneuerbaren Energien vergütet wird. Die Messvorrichtungen sind von der Verfahrensbeteiligten periodisch zu kontrollieren.

6 Gebühren

- 103 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 104 Die Gebühren für Verfügungen der ElCom werden nach Zeitaufwand berechnet (Art. 3 Abs. 2 GebV-En). Die ElCom hat die Gesamtkosten nach Aufwand ermittelt. Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebührenansätze in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Dadurch ergibt sich in der Summe eine Gebühr von [...] Franken.
- 105 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst hat (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Die Verfahrensbeteiligte hat diese Verfügung durch ihren Bescheid vom 9. Dezember 2008 verursacht. Der Grossteil der Gebühren wird daher ihr auferlegt. Die Gesuchstellerin ist mit ihrem Antrag in der Hauptsache (Zulassung zur KEV) durchgedrungen, jedoch der Antrag in Bezug auf die Höhe der Vergütung teilweise abgewiesen. Sie hat daher [...] Prozent der Gebühren zu tragen.



- 106 Damit ergibt sich eine Gebühr von [...] Franken für die Gesuchstellerin und eine Gebühr von [...] Franken für die Verfahrensbeteiligte.

7 Parteientschädigung

- 107 Die Gesuchstellerin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung. Weder die Stromversorgungsgesetzgebung noch das VwVG sehen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die Ausrichtung einer Parteientschädigung vor. Für eine analoge Anwendung von Artikel 64 VwVG, welcher das Beschwerdeverfahren betrifft, besteht kein Raum, da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber bewusst so vorgesehen wurde (m.w.H.: BGE 132 1147 ff., E. 5.2).



III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. In teilweiser Gutheissung des Antrags der Gesuchstellerin wird festgestellt, dass das HHKW der Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die kostendeckende Einspeisevergütung gemäss Artikel 7a EnG erfüllt. Vorbehalten bleiben Artikel 3h Absatz 4 EnV und Anhang 1.5 Ziffer 6.3 EnV.
2. Die Gesuchstellerin hat mit geeigneten Messvorrichtungen sicherzustellen, dass nur die mit erneuerbaren Energieträgern produzierte Elektrizität vergütet wird.
3. Die Verfahrensbeteiligte hat den Vergütungssatz für die kostendeckende Einspeisevergütung nach den folgenden Grundsätzen festzulegen und der Gesuchstellerin mitzuteilen:

$$a = \text{Anteil gemeinsam genutzter Anlagen} = \frac{\text{Kosten gemeinsam genutzter Anlageteile [CHF]}}{\text{Gesamtkosten [CHF]}}$$

$$f = \text{Anteil fossiler Energieerzeugung} = \frac{\text{äquivalente Leistung fossiler Energieerzeugung [W]}}{\text{äquivalente Gesamtleistung [W]}}$$

$$\text{Vergütungssatz [Rp./kWh]} = \text{Vergütungssatz übrige Biomasseanlagen [Rp./kWh]} \times (1 - a \times f)$$

Die Verfahrensbeteiligte hat der ElCom den Vergütungssatz und die Berechnungsgrundlagen mitzuteilen.

4. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. [...] Franken werden der Gesuchstellerin, [...] Franken der Verfahrensbeteiligten auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
5. Parteientschädigung wird keine zugesprochen.
6. Diese Verfügung wird der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten mit eingeschriebenem Brief eröffnet.



Bern, 9. Juni 2011

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- [...]

Mitzuteilen an:

- Bundesamt für Energie BFE, 3003 Bern



IV **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, 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.

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.