



Referenz/Aktenzeichen: 221-00229

Bern, 15.03.2016

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: [...]

(Gesuchsteller)

gegen **Swissgrid AG**, Dammstrasse 3, 5070 Frick

(Verfahrensbeteiligte)

betreffend Bescheid der Swissgrid AG vom 27. März 2015 betreffend die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung 2014 (KEV-Projekt [...]); für Produktionssteigerung massgebliche Referenzmenge, Marktpreis für 2014 und Rückerstattung der zuviel 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	Feststellungsinteresse in Bezug auf die jährliche Mindestproduktionsmenge	6
4	Vorbringen der Parteien	6
4.1	Argumente der Gesuchsteller	6
4.2	Argumente der Verfahrensbeteiligten	7
5	Anwendbares Recht	7
6	Anforderungen an die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage	8
6.1	Allgemeines	8
6.2	Behördliche Auflage	9
7	KEV-Vergütung oder Marktpreis	10
8	Fazit	11
9	Gebühren	11
III	Entscheid.....	12
IV	Rechtsmittelbelehrung.....	13

I Sachverhalt

A.

- 1 Die Gesuchsteller sind Eigentümer und Betreiber einer Kleinwasserkraftanlage in [...], welche sie am 30. September 2008 (Poststempel) bei der Verfahrensbeteiligten für die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) anmeldeten (act. 7, Beilage 1 und 3).
- 2 Die Kleinwasserkraftanlage wurde 1984 erstellt und war bei der Anmeldung für die KEV 2008 in Betrieb. Die Gesuchsteller planten eine Renovation der Anlage, um den Wirkungsgrad zu verbessern. Im Anmeldeformular wurde eine Elektrizitätsproduktion der Jahre 2004 und 2005 von je 36'000 kWh angegeben. Die erwartete Produktion wurde mit 64'000 kWh/Jahr deklariert (act. 7, Beilage 3). Die renovierte Anlage wurde am 1. November 2009 in Betrieb genommen (act. 7, Beilage 1).
- 3 Das Wasser- und Energiewirtschaftsamt des Kantons Bern wies mit Schreiben vom Januar 1990 die Gesuchsteller darauf hin, dass bei einer Erneuerung der Konzession, die Restwassermenge erhöht und die Erstellung von Fischwegen und –durchgängen im Detail überprüft werden müsse (act. 12, Beilage 1). In den Jahren 2010 / 2011 realisierte der Kanton Bern mit der Gemeinde Herzogenbuchsee ein Hochwasserprojekt und setzte gleichzeitig die kantonalen Auflagen gemäss Konzession um. Die Restwassermenge wurde erhöht und eine Fischtreppe gebaut. Dies führte gemäss Gesuchsteller dazu, dass die Turbine pro Jahr durchschnittlich 13 % weniger Wasser zur Verfügung hatte (act. 1).
- 4 Mit Schreiben vom 3. Oktober 2014 wies die Verfahrensbeteiligte die Gesuchsteller darauf hin, dass die Anlage im Jahr 2013 30'552 kWh Strom produziert hatte. Die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung sei im Jahr 2013 nicht erreicht worden (Stromproduktionsminderung von 15 % anstelle der benötigten Steigerung von 20 %). Die Anlage würde rückwirkend für das Jahr 2014 auf den Marktpreis gesetzt, falls bei der jährlichen Überprüfung Anfang 2015 festgestellt werde, dass die Mindestproduktion wiederum nicht erreicht würde (act. 7, Beilage 1).
- 5 Mit Bescheid vom 27. März 2015 teilte die Verfahrensbeteiligte den Gesuchstellern mit, dass die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung für das Jahr 2014 erneut nicht erreicht worden sind. Die Anlage produzierte im Jahr 2014 39'301 kWh anstelle der erforderlichen 43'200 kWh. Aus diesem Grund setzte die Verfahrensbeteiligte die Anlage für das Jahr 2014 rückwirkend auf den Marktpreis und verlangte von den Gesuchstellern die Rückerstattung der zu viel erhaltenen Vergütung mit der nächsten Abrechnung (act. 1, Beilage 1).
- 6 Mit Schreiben vom 23. April 2015 wandten sich die Gesuchsteller an die ElCom (act. 1) und beantragten, dass die Basisproduktion wegen der geringeren Wasserzufuhr von 36'000 kWh/Jahr auf 31'860 kWh/Jahr gesenkt werden müsse. Das Fachsekretariat der ElCom (nachfolgend Fachsekretariat) kam in seiner Stellungnahme vom 30. Juli 2015 zum Schluss, dass der Bescheid der Verfahrensbeteiligten, die Anlage rückwirkend für 2014 auf den Marktpreis zu setzen, nicht zu beanstanden sei (act. 4).

B.

- 7 Mit E-Mail vom 7. November 2015 sind die Gesuchsteller an den Präsidenten der ElCom gelangt (act. 5) und verlangten sinngemäss die Aufhebung des Bescheids vom 27. März 2015 sowie die Anpassung der Referenzproduktion von 36'000 kWh/Jahr auf 31'858 kWh/Jahr. Das Fachsekretariat hat diese E-Mail als Gesuch um Erlass einer Verfügung entgegengenommen und mit

Schreiben vom 12. November 2015 ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) eröffnet sowie der Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit eingeräumt, sich zu den Vorbringen der Gesuchsteller zu äussern (act. 6).

- 8 Die Verfahrensbeteiligte hat mit Eingabe vom 11. Dezember 2015 zur Streitigkeit Stellung genommen (act. 7) und folgenden Antrag gestellt:

„Das Begehren vom 7. November 2015 sei vollumfänglich abzuweisen“.

- 9 Den Gesuchstellern wurde die Stellungnahme der Verfahrensbeteiligten am 21. Dezember 2015 zugestellt (act. 8).
- 10 Das Fachsekretariat hat mit Schreiben vom 7. Januar 2016 das Bundesamt für Energie um einen Amtsbericht zur Frage der Anforderungen an die erheblich erweiterten oder erneuerten Anlagen ersucht (act. 9). Der Amtsbericht vom 19. Januar 2016 (act. 10) wurde den Gesuchstellern am 25. Januar 2016 zugestellt (act. 11). Diese haben sich in ihrer Stellungnahme vom 6. Februar 2016 zum Amtsbericht geäußert (act. 12). Die Stellungnahme wurde der Verfahrensbeteiligten am 22. Februar 2016 zugestellt.
- 11 Auf die übrigen Vorbringen der Parteien wird, soweit entscheidungsrelevant, 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 (vgl. 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 a 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 Die ElCom ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig (Art. 25 Abs. 1^{bis} EnG).

2 Parteien und rechtliches Gehör

2.1 Parteien

- 15 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.
- 16 Die Gesuchsteller haben bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie sind somit materielle Verfügungsadressaten. Ihnen kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. Im vorliegenden Verfahren 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 a EnV (Stand am 01.01.2009) und damit die Vergütung der KEV streitig. Damit sind die Gesuchsteller vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen.
- 17 Die Verfahrensbeteiligte ist mit der Abwicklung der KEV betraut (Art. 3g ff. EnV) und damit in ihrer Rechtsstellung berührt. Zudem war sie bereits in die streitige Angelegenheit involviert. Sie verfügt daher ebenfalls über Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

2.2 Rechtliches Gehör

- 18 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingaben der Gesuchsteller wurden der Verfahrensbeteiligten zur Stellungnahme unterbreitet. Überdies wurde die Stellungnahme der Verfahrensbeteiligten den Gesuchstellern zur Kenntnisnahme zugestellt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

3 Feststellungsinteresse in Bezug auf die jährliche Mindestproduktionsmenge

- 19 Eine Feststellungsverfügung ist zu erlassen, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen werden kann (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Der in Artikel 25 Absatz 2 VwVG verwendete Begriff des schutzwürdigen Interesses ist im Ergebnis gleich zu verstehen wie in Artikel 48 Absatz 1 Buchstabe c VwVG. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, dass ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses vorliegt. Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt voraus, dass keine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung ergehen kann. Die Feststellungsverfügung ist mithin subsidiär, wobei sie unter anderem zur vorgängigen Klärung gewisser grundlegender Fragestellungen erfolgen kann (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 Rz. 10 ff.). Mithin kann eine Feststellungsverfügung erlassen werden, wenn der Antragssteller an der Beseitigung einer Unklarheit über öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten interessiert ist, weil er sonst Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen (Urteil 1C_6/2007 des Bundesgerichts vom 22. August 2007, E. 3.3).
- 20 Beim Antrag der Gesuchsteller, die Referenzproduktion von 36'000 kWh/Jahr auf 31'860 kWh/Jahr zu reduzieren, handelt es sich um ein Feststellungsbegehren. Die Gesuchsteller werden die notwendigen Vorkehrungen für die Zukunft, wie allfällig zu treffende Massnahmen oder Investitionen, nach der erforderlichen Mindestproduktion richten. Sie haben deshalb ein schutzwürdiges Interesse an deren Feststellung. Auf das Feststellungsbegehren der Gesuchsteller ist einzutreten.

4 Vorbringen der Parteien

4.1 Argumente der Gesuchsteller

- 21 Die Gesuchsteller beantragen, dass die massgebliche Referenzproduktion gemäss Anmeldeformular vom 30. September 2008 von 36'000 kWh/Jahr auf 31'860 kWh/Jahr korrigiert werden müsse. Sie bringen dazu im Wesentlichen vor, dass die Konzession der Anlage nur unter der Bedingung erneuert worden sei, wenn die Restwassermenge erhöht und der Bau einer Fischtreppe realisiert werde (act. 1). Diese behördlichen Auflagen seien bereits im Jahre 1990 auferlegt (act. 12) und gleichzeitig mit dem Hochwasserprojekt des Kantons Bern im Jahr 2011 realisiert worden (act. 1). Diese beiden Bedingungen hätten zur Folge gehabt, dass die Turbine rund 13 % weniger Wasser zur Verfügung habe (act. 1).
- 22 Die Basisproduktion müsse auf 31'860 kWh pro Jahr korrigiert werden (36'000 kWh/Jahr / 113 % * 100 %), damit die Leistungszunahme korrekt mit der heutigen Produktion verglichen werden könne. Die effektive Leistungszunahme seit dem 1. August 2013 mit der revidierten Turbine betrage 42 %. Im Februar und März 2014 sei eine zusätzliche Revision des Generators und der Riemenumlenkung realisiert worden. Trotz des zweimonatigen Stillstands sei die 20 % Energiesteigerung im 2014 erreicht worden (act. 1).
- 23 Dass die Verfahrensgegnerin und die ElCom keine behördlichen Einschränkungen akzeptierten, sei unfair und nicht nachvollziehbar. Die Fischtreppe sei ein Bijoux für die Fische, Natur und Spaziergänger. Sie hätten sich sehr für diese Lösung eingesetzt. Dass sie nun bestraft würden, ärgere sie sehr (act. 5).

- 24 Zusätzlich komme dieses Jahr die Tatsache dazu, dass seit vier Monaten fast kein Regen mehr gefallen sei und nur 68 % der letztjährigen Energie im 3. Quartal generiert werden konnte. Im 4. Quartal sei es noch schlimmer. Sie würden trotz einer Leistungssteigerung der Turbine von 40 % durch die Revision die verlangten 43'200 kWh/Jahr nicht erreichen (act. 5).
- 25 Die Messung vom 5. Februar 2016 zeige eine Leistung von 5'998W. Die Leistung vor der Inbetriebnahme sei 4'500W gewesen. Das ergebe eine Leistungssteigerung um 33,2 %. Ein Gesetz für Kleinkraftwerke, nach welchem die Leistungssteigerung massgebend sei, könne kaum via die Energiemessung korrekt beurteilt werden (act. 12).

4.2 Argumente der Verfahrensbeteiligten

- 26 Die Verfahrensbeteiligte macht im Wesentlichen geltend, die Gesuchsteller hätten bei der Anmeldung zur KEV vom 30. September 2008 für das Jahr 1 und Jahr 2 vor der Erweiterung eine Produktion von je 36'000 kWh sowie eine erwartete Stromproduktion von 64'000 kWh/Jahr angegeben. Diese Angaben seien die Grundlage gewesen, dass die Gesuchsteller überhaupt einen positiven KEV Bescheid erhalten hätten (Art. 3g EnV). Die Gesuchsteller hätten unterschriftlich bestätigt, dass diese Angaben stimmen und seien auf die Strafbestimmungen aufmerksam gemacht worden. Gemäss Artikel 28 Buchstabe f EnV könne bestraft werden, wer vorsätzlich oder fahrlässig im Anmelde- oder Bescheidverfahren Angaben, die für die Beurteilung des Antrages wesentlich sind, unrichtig oder unvollständig mache. Die von den Gesuchstellern in der Anmeldung angegebenen Werte seien massgebend und könnten nicht nachträglich und in Abweichung zu den Angaben in der Anmeldung auf 31'858 kWh geändert werden. Ansonsten müsste eine neue Anmeldung zur KEV erfolgen, da es sich um ein anderes, redimensioniertes Projekt handeln würde (act. 7).
- 27 Die Verfahrensbeteiligte bringt weiter vor, die Anlage müsse für jedes Kalenderjahr mindestens 43'200 kWh/Jahr produzieren. Die Überprüfung für das Jahr 2014 habe ergeben, dass die Anlage 2014 lediglich 39'301 kWh Strom produziert habe. Dies sei eine Stromsteigerung von nur 9.2 %, anstelle der benötigten Steigerung von 20 %. Die Ausführungen zum Hochwasserschutzprojekt Önz seien irrelevant. Aus dem Wortlaut von Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand 1. Januar 2009) gehe nicht hervor, dass verschärfte behördliche Auflagen zu berücksichtigen wären. Die behördlichen Auflagen dürften nur beim Investitionskriterium gemäss Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b EnV berücksichtigte werden, nicht jedoch beim Stromsteigerungskriterium gemäss Artikel 3a Absatz 2 EnV (Stand 1. Juni 2015). Allfällige kantonale Auflagen dürften daher nicht berücksichtigt werden (act. 7).
- 28 Allfällige Minderproduktionen infolge geringer Niederschläge im Jahr 2015 würden erst bei der jährlichen Überprüfung des Jahres 2015 berücksichtigt (act. 7).

5 Anwendbares Recht

- 29 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 Verfügung der ECom 221-00238 vom 17. September 2015, Rz. 31).
- 30 Die Anlage wurde vorliegend am 30. September 2008 zur KEV angemeldet. Am 1. November 2009 wurde die renovierte Anlage in Betrieb genommen. Im Folgenden ist deshalb für die Zulassungsvoraussetzungen zur KEV die EnV mit Stand am 1. Januar 2009 anzuwenden.

- 31 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 7; siehe auch Verfügung der ElCom 221-00238 vom 17. September 2015, Rz. 32).

6 Anforderungen an die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage

6.1 Allgemeines

- 32 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 1984 erstelltes Kleinwasserkraftwerk am 1. November 2009 renoviert in Betrieb genommen (act. 7, Beilage 1).
- 33 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. Gemäss Verfahrensbeteiligter erfüllt die Anlage das Investitionskriterium nicht (act. 7, Beilage 1), was von den Gesuchstellern auch nicht geltend gemacht wird. Ob das Investitionskriterium erfüllt wäre, wird daher nicht geprüft.
- 34 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 lit. b i.V.m. Anhang 1.1 Ziffer 1.2 lit. 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). Die Anlage wurde 1984 erstmals in Betrieb genommen und nie stillgelegt. Am 1. November 2009 wurde die Anlage renoviert in Betrieb genommen. Somit muss die Elektrizitätsproduktion um mindestens 20 % gesteigert werden.
- 35 Die Gesuchsteller machen geltend, dass die Leistungszunahme der revidierten Turbine effektiv 42 % betrage (act. 1). Die Leistungssteigerung könne mit einem 3-phasen Wattmeter einfach vor und nach der Revision gemessen werden. Dem ist nicht zu folgen. Massgebend für die Erfüllung des Produktionskriteriums ist die effektive Steigerung der Elektrizitätsproduktion, wie unter Rz. 34 ausgeführt wurde (Art. 3a Abs. 2 EnV). Die Steigerung der Leistung der Turbine ist daher nicht massgebend für die Beurteilung, ob die Anlage das Kriterium der Produktionssteigerung erfüllt. Massgeblich ist einzig die Steigerung der Elektrizitätsproduktion verglichen mit dem Vergleichszeitraum.
- 36 Als Vergleichszeitraum für die Steigerung der Elektrizitätsproduktion im Sinne von Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009) gelten der Durchschnitt der letzten zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006. Für das Jahr 2005 und 2004 haben die Gesuchsteller je eine jährliche Produktion von 36'000 kWh deklariert (act. 7, Beilage 3).
- 37 Im Kalenderjahr 2014 hat das Kleinwasserkraftwerk 39'301 kWh Strom produziert (act. 1, Beilage 1). Diese Produktionsmenge wird von den Gesuchstellern nicht bestritten. Um die benötigte Stei-

gerung von 20 % zu erreichen, hätte die Anlage 43'200 kWh produzieren müssen. Die Gesuchsteller machen jedoch geltend, der Vergleichswert von 43'200 kWh sei zu hoch (vgl. Rz. 21 ff.). Die Erhöhung der Restwassermenge auf 180 l/s (act. 5) und der Bau der Fischtreppe in einem eigenen Gerinne, habe zu einer Reduktion der Wassermenge um mindestens 13 % geführt (act. 1, Beilage 2). Die Basisproduktion müsse daher von 36'000 kWh/Jahr auf 31'860 kWh/Jahr korrigiert werden, damit die Leistungszunahme korrekt verglichen werden könne.

- 38 Bei den Auflagen des Kantons Bern gemäss Konzession, die Restwassermenge zu erhöhen und eine Fischtreppe zu bauen, handelt es sich um behördliche Auflage im Sinne von Artikel 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009).
- 39 Nachfolgend wird geprüft, ob die behördlichen Auflagen im Sinne von Artikel 3a Buchstabe a EnV (Erhöhen der Restwassermenge und Bau der Fischtreppe) bei der Festsetzung der Referenzproduktion beim Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung berücksichtigt werden müssen.

6.2 Behördliche Auflage

- 40 Vorliegend wird in Bezug auf die Erweiterung oder Erneuerung nicht auf das Investitionskriterium gemäss 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009), sondern auf das Kriterium der Steigerung der Elektrizitätsproduktion gemäss 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) abgestellt. Die Berücksichtigung von behördlichen Auflagen wird jedoch ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Investitionskriterium erwähnt. Der Wortlaut ist klar. Auch den Materialien lässt sich nichts Abweichendes entnehmen (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6).
- 41 In der Rechtsetzung gilt das Gebot der Rechtsgleichheit. Dieses ist insbesondere dann verletzt, wenn hinsichtlich entscheidungswesentlicher, vergleichbaren Tatsachen rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die kein sachlicher Grund ersichtlich ist (vgl. WIEDERKEHR a.a.O., Rz. 1543 ff.). Fraglich ist somit, ob bei den Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung gemäss Artikel 3a Buchstabe a und Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand 01.01.2009) vergleichbare Sachverhalte vorliegen und wenn ja, ob ein sachlicher Grund die unterschiedliche Berücksichtigung der behördlichen Auflagen beim Investitions- und Produktionskriterium rechtfertigt.
- 42 Betreiber einer Anlage, welche das Investitionskriterium gemäss Artikel 3a Absatz 1 EnV erfüllen, tätigen besonders grosse finanzielle Anstrengungen, um ihre bestehende Anlage über eine längere Zeit funktionstüchtig zu halten. Um Alibi-Investitionen zu verhindern, wurde die Schwelle bei 50 % angesetzt (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6). Ist es auf Grund von behördlichen Auflagen nicht möglich, gleich viel Elektrizität wie vor der Erweiterung oder Erneuerung zu produzieren, soll dies gemäss Amtsbericht des Bundesamts für Energie BFE nicht zum Ausschluss von der KEV führen. Betreiber solcher Anlagen würden kaum hohe Investitionen tätigen, wenn sie keine KEV erhalten. Das hätte zur Folge, dass diese älteren Anlagen nach einiger Zeit stillgelegt und gar keinen Strom mehr produzieren würden. Daher seien bei Anlagen, in welche hohe Investitionen getätigt werden, behördliche Auflagen zu berücksichtigen (act. 10, S. 2).
- 43 Zur Erfüllung des Produktionskriteriums müsse gemäss Amtsbericht des BFE bei Wasserkraftanlagen eine effektive Zusatzproduktion vorliegen, damit sie als förderungswürdig betrachtet werden. Würde eine Produktionseinschränkung auf Grund behördlicher Auflagen berücksichtigt, könnte es sein, dass eine Anlage am Schluss sogar weniger Elektrizität produziert als vor der Erweiterung oder Erneuerung. Anlagenbetreiber, die keine besonders grossen finanziellen Anstrengungen im Sinne von Artikel 3a Absatz 1 EnV unternommen hätten und somit das Investitionskriterium nicht erfüllten, seien finanziell weniger auf die KEV angewiesen als die Anlagenbetreiber, die diese Voraussetzungen erfüllen. Deshalb sei die Erleichterung der Berücksichtigung

behördlicher Auflagen beim Produktionskriterium bewusst nicht aufgenommen worden. Zu berücksichtigen sei ebenfalls, dass eine Anlage, die gestützt auf Artikel 3a EnV in die KEV kommt, die Vergütung für die gesamte Produktion erhalte. Also auch für die Produktion, die bereits aufgrund der vorbestehenden Anlage erreicht worden sei. Dadurch seien diese Anlagenbetreiber gegenüber von Betreibern von Neuanlagen, die im Zeitpunkt der Erstellung 100 % der Investitionen tätigen müssen, auf eine gewisse Art bessergestellt. Denn bei bestehenden Anlagen seien die ursprünglichen Investitionen bereits vor Jahren getätigt und ohne KEV als wirtschaftlich eingeschätzt worden. Eine solche Besserstellung der erweiterten oder erneuerten Anlage wäre nicht gerechtfertigt, wenn weder namhafte Investitionen noch eine beachtliche effektive Mehrproduktion vorliegen würde (act. 10, S. 2).

- 44 Gemäss den Ausführungen im Amtsbericht des BFE liegen zwei unterschiedliche Sachverhalte vor. Die rechtliche Unterscheidung beruht auf den unterschiedlich hohen Investitionen, welche in bereits bestehende Anlagen getätigt werden. Somit wird das Gebot der Rechtsgleichheit nicht verletzt, wenn bei Anlagen, welche das Investitionskriterium nicht erfüllen, die Anordnung behördlicher Auflagen nicht berücksichtigt wird.
- 45 Die Erhöhung der Restwassermenge und der Bau der Fischtreppe stellen zwar behördliche Auflagen im Sinne von Artikel 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009) dar, sind aber vorliegend – im Rahmen von Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) – nicht zu berücksichtigen. Da die behördlichen Auflagen vorliegend nicht berücksichtigt werden, muss nicht weiter geprüft werden, ob diese bereits vor oder erst nach Inbetriebnahme der renovierten Anlage auferlegt wurden.
- 46 In der Anmeldung vom 30. September 2008 wurde eine erwartete Elektrizitätsproduktion von 64'000 kWh/Jahr deklariert. Diese angemeldete Erweiterung war wesentliche Grundlage für die Beurteilung und den positiven KEV-Bescheid. Mit der damals prognostizierten Elektrizitätsproduktion von 64'000 kWh/Jahr würde die Anlage selbst dann die erforderliche Steigerung von 20 % (43'200 kWh/Jahr) erfüllen, wenn die Turbine 13 % weniger Wasser zur Verfügung hat.
- 47 Für die Beurteilung, ob die Steigerung der Elektrizitätsproduktion mindestens 20 % beträgt, gilt als Referenzmenge weiterhin der Durchschnittswert von 36'000 kWh/Jahr gemäss Anmeldung vom 30. September 2008, welcher mit Unterschrift bestätigt wurde.

7 KEV-Vergütung oder Marktpreis

- 48 Werden die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung während einem Kalenderjahr 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 i.V.m. Art. 3^{ter} Abs. 2 EnV).
- 49 Für die Beurteilung, ob die Steigerung der Elektrizitätsproduktion im Jahr 2014 erreicht wurde, werden die Produktionsschwankungen mangels Regen im 2015 nicht berücksichtigt.
- 50 Die Gesuchsteller erhielten von 2009 bis 2013, also während fünf Jahren, die KEV-Vergütung. Dies obwohl die Anlage im Jahr 2013 anstelle einer Steigerung der Elektrizitätsproduktion von 20 % nur eine Steigerung von 9.9 % (Elektrizitätsproduktion von 30'552 kWh/Jahr plus 9'000 kWh Eigenverbrauch) auswies (act. 1, Beilage 1). Erst für das Jahr 2014 wurde die Anlage durch die Verfahrensbeteiligte auf den Marktpreis gesetzt. Und dies nach Artikel 3^{quater} Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 3^{ter} Absatz 2 EnV zu Recht. Die zuviel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Art. 3^{ter} Abs. 2 EnV).

8 Fazit

- 51 Die Gesuchsteller erreichten für das Jahr 2014 die erforderliche Steigerung der Elektrizitätsproduktion von 43'200 kWh nicht. Im Jahr 2014 wurden lediglich 39'301 kWh produziert, was einer Steigerung von 9.2 % entspricht.
- 52 Als Referenzmenge gilt der Durchschnitt der Elektrizitätsproduktion der Jahre 2004 und 2005, welche in der Anmeldung vom 30. September 2008 mit je 36'000 kWh angegeben wurde.
- 53 Die behördlich auferlegte Erhöhung der Restwassermenge und der Bau der Fischtreppe werden beim Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung nicht berücksichtigt. Es ist daher unerheblich, ob die Auflagen vor oder nach der Erweiterung oder Erneuerung auferlegt wurden.
- 54 Das Kleinwasserkraftwerk ist somit rückwirkend für das Jahr 2014 auf den Marktpreis zu setzen und die zuviel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten. Der Bescheid der Verfahrensbeteiligten vom 27. März 2015 ist somit nicht zu beanstanden.
- 55 Das Gesuch vom 7. November 2015 betreffend Berücksichtigung der behördlichen Auflagen und Reduktion der Referenzmenge von 36'000 kWh/Jahr auf 31'860 kWh/Jahr wird abgewiesen.

9 Gebühren

- 56 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich Stromversorgung und Energieproduktion Gebühren (Art. 24 Abs. 1 EnG, 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).
- 57 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: 1 anrechenbare Stunde zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend 250 Franken), 1 anrechenbare Stunde zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend 200 Franken) und 4 anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend 720 Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von 1170 Franken.
- 58 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (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]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3).
- 59 Die Gesuchsteller unterliegen mit ihrem Antrag auf Berücksichtigung der behördlichen Auflagen und der Korrektur der Referenzmenge. Die Verfahrenskosten werden vollumfänglich den Gesuchstellern auferlegt. Sie haften solidarisch für die Verfahrenskosten.

III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Der Bescheid der Swissgrid AG vom 27. März 2015 wird bestätigt.
2. Das Gesuch vom 7. November 2015 betreffend Berücksichtigung der behördlichen Auflagen bei der Steigerung der Elektrizitätsproduktion und Korrektur der Referenzmenge von 36'000 kWh/Jahr auf 31'860 kWh/Jahr wird abgewiesen. Die Referenzmenge beträgt 36'000 kWh/Jahr.
3. Das Kleinwasserkraftwerk [...] wird für das Jahr 2014 auf den Marktpreis (Art. 3b^{bis} Abs. 2 EnV) gesetzt.
4. Die zuviel erhaltende Vergütung für das Jahr 2014 ist an die Swissgrid AG zurückzuerstatten.
5. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird [...]auferlegt. Sie haften solidarisch für die Verfahrenskosten. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
6. Die Verfügung wird [...] und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 15.03.2016

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- Swissgrid AG, Herr Bruno Wehrli, 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).