



Referenz/Aktenzeichen: 941-11-006

Bern, 15. Dezember 2011

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ECom

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 Bescheid über die kostendeckende Einspeisevergütung vom 30. März 2011



Inhaltsverzeichnis

I Sachverhalt	3
II Erwägungen	5
1 Zuständigkeit	5
2 Rechtsnatur des Bescheids der Verfahrensbeteiligten	5
3 Parteien	6
4 Vorbringen der Parteien	6
4.1 Gesuchstellerin	6
4.2 Verfahrensbeteiligte	7
5 Materielle Beurteilung	8
5.1 Rechtliche Grundlagen	8
5.2 Prüfung der Voraussetzungen für das KWKW der Gesuchstellerin	9
5.3 Vergütung zum Marktpreis	10
5.4 Leistungsabweichung	11
5.5 Zins	13
5.6 Fazit	13
6 Parteientschädigung	13
7 Gebühren	14
III Entscheid.....	15
IV Rechtsmittelbelehrung	17



I Sachverhalt

- 1 Die Gesuchstellerin betreibt seit dem 2. September 2009 ein Kleinwasserkraftwerk (KWKW). Dieses KWKW hat die Gesuchstellerin für die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) angemeldet. Die Verfahrensbeteiligte hat mit Bescheid vom 16. September 2008 festgestellt, dass das KWKW die Voraussetzungen für die KEV erfüllt und einen provisorischen Vergütungssatz von 20.3 Rp./KWh festgesetzt (act. 1, Beilage 3).
- 2 Die Verfahrensbeteiligte hat der Gesuchstellerin am 9. September 2009 den Empfang der Inbetriebnahmemeldung bestätigt. Im gleichen Schreiben wurde vermerkt, dass die Abweichung der Generatorleistung durch die Fachabteilung geprüft werde (act. 1, Beilage 4). Das KWKW wurde mit einer projektierten mechanischen Bruttoleistung von 298 kW und einer projektierten Ausbauleistung ab Generator von 300 kW für die KEV angemeldet (act. 3, Beilage 2). In Betrieb genommen wurde das KWKW mit einem 550 kW-Generator (act. 1, Beilage 5).
- 3 Mit Schreiben vom 11. November 2009 hat die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin bezüglich der Abweichung der Generatorleistung weitere Fragen gestellt (act. 1, Beilage 5). Diese wurden mit Brief vom 30. November 2009 beantwortet (act. 1, Beilage 6).
- 4 Am 21. Januar 2010 wurde die maximale Leistung mit einer Öffnungsbegrenzung der Turbine auf 350 kW begrenzt (act. 1, Beilage 18). Daraufhin hat die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin am 2. Februar 2010 mitgeteilt, dass der positive Bescheid vom 16. September 2008 bestehen bleibt (act. 1, Beilage 8). Der Vertrag mit der Bilanzgruppe für Erneuerbare Energien (BG-EE) wurde anfangs März 2010 unterzeichnet (act. 1, Beilage 9).
- 5 Für die zwischen Inbetriebnahme bis Ende 2009 eingespeiste Elektrizität stellt sich die Verfahrensbeteiligte auf den Standpunkt, dass diese auf der Grundlage des vom Bundesamt für Energie BFE festgelegten Marktpreises zu vergüten ist. Daraus ergibt sich ein Total von CHF [...] ([...] kWh à 4,8 Rp., [...] kWh à 5,7 Rp.; act. 1, Beilagen 14 und 16). Die Gesuchstellerin hingegen ist der Ansicht, dass die KEV auch für diesen Zeitraum ausgerichtet werden muss. Gemäss dem definitiven Vergütungssatz von 20,4 Rp./kWh ergibt sich hieraus eine Summe von CHF [...] ([...] kWh à 20,4 Rp., zuzüglich 5% Verzugszins; act. 1, S. 2). Ab dem 1. Januar 2010 vergütet die BG-EE der Gesuchstellerin den eingespeisten Strom mit 20,4 Rp./kWh (act. 1, Beilage 12). Diese Vergütung wird von der Verfahrensbeteiligten aus abrechnungstechnischen Gründen nicht bestritten, obwohl die Leistungsbeschränkung erst am 21. Januar 2010 eingeführt wurde (act. 1, Beilage 16, S. 2).
- 6 Mit Brief vom 3. November 2010 hat die Gesuchstellerin die Verfahrensbeteiligte ersucht, die BG-EE anzuweisen, ihr den ausstehenden Betrag von CHF [...] zu überweisen (act. 1, Beilage 13). Hierauf hat die Verfahrensbeteiligte geantwortet, die der Gesuchstellerin zustehende Summe von CHF [...] werde von der BG-EE mit der nächsten regulären Vergütung ausbezahlt (act. 1, Beilage 14). Auf ein weiteres Schreiben der Gesuchstellerin (act. 1, Beilage 15) hat die Verfahrensbeteiligte mit Bescheid vom 30. März 2011 reagiert, in welchem sie die von der BG-EE der Gesuchstellerin auszubehaltende Summe auf CHF [...] festlegt (act. 1, Beilage 16).
- 7 Mit Schreiben vom 29. April 2011 gelangt die Gesuchstellerin an die ECom und stellt folgende Anträge (act. 1, S. 2):
 1. Die [...] hat die Bilanzgruppe für Erneuerbare Energien anzuweisen, der [...] den Betrag von CHF [...], entsprechend der KEV-Vergütung für die Monate



September, Oktober, November und Dezember 2009 zuzüglich 5% Verzugszins ab Fälligkeit zu überweisen.

2. *Die Kosten dieses Verfahrens werden der [...] auferlegt.*
3. *Die [...] bezahlt der [...] eine angemessene Parteientschädigung.*

In ihrer Replik vom 22. Juli 2011 beantragt die Gesuchstellerin subsidiär zusätzlich Folgendes (act. 6, S. 2):

Die [...] hat die Bilanzgruppe für Erneuerbare Energien anzuweisen, der [...] den Betrag von CHF [...], entsprechend dem vom BFE festgelegten Marktpreis für die Monate September, Oktober, November und Dezember 2009 zuzüglich 5% Verzugszins ab Fälligkeit zu überweisen.

- 8 Die Verfahrensbeteiligte stellt in ihrer Eingabe vom 23. August 2011 (act. 8) folgenden Antrag:

Das Gesuch vom 29. April 2011 sowie die Anträge vom 22. Juli 2011 seien vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

- 9 Mit Schreiben vom 17. Mai 2011 hat das Fachsekretariat der Eidgenössischen Elektrizitätskommission EICom (nachfolgend: Fachsekretariat) ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.012) eröffnet. Der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten wurde zweimal die Möglichkeit eingeräumt, zu den jeweiligen Eingaben Stellung zu nehmen sowie Schlussbemerkungen anzubringen (act. 4-12).
- 10 Mit Schreiben vom 4. Oktober 2011 hat das Fachsekretariat die Gesuchstellerin aufgefordert, die lastganggemessenen Daten für die Zeitspanne zwischen Inbetriebnahme der Anlage und Ende 2009 einzureichen (act. 13). Die Gesuchstellerin ist dieser Aufforderung mit Schreiben vom 14. Oktober 2011 (act. 15) und mit E-Mail vom 20. Oktober 2011 (act. 16) sowie vom 26. Oktober 2011 (act. 18) nachgekommen. Die Verfahrensbeteiligte hat sich mit E-Mail vom 7. November 2011 zu diesen Schreiben der Gesuchstellerin geäußert (act. 20).
- 11 Auf die Vorbringen der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten wird in den Erwägungen eingegangen.



II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 12 Die Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom 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).
- 13 Vorliegend ist streitig, ob das von der Gesuchstellerin bei der Verfahrensbeteiligten zur Anmeldung gebrachte Projekt (KWKW) die Voraussetzungen für die KEV gemäss Artikel 7a EnG im Zeitraum zwischen Inbetriebnahme (2. September 2009) und dem 31. Dezember 2009 erfüllt und somit für diese Zeitspanne ein Anspruch auf die KEV besteht oder nicht. Damit handelt es sich um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen nach Artikel 25 Absatz 1^{bis} EnG.
- 14 Entsprechend ist die EICom für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig (Art. 25 Abs. 1^{bis} EnG).

2 Rechtsnatur des Bescheids der Verfahrensbeteiligten

- 15 Wer eine Neuanlage bauen und kostendeckende Einspeisevergütung erhalten will, muss sein Projekt bei der nationalen Netzgesellschaft anmelden (Art. 7a EnG i.V.m. Art. 3g Abs. 1 EnV). Die nationale Netzgesellschaft 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 EICom (vgl. Rz. 12 ff.). Dementsprechend beurteilt die EICom bei Streitigkeiten auch den Bescheid der nationalen Netzgesellschaft. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob es sich dabei um eine erstinstanzliche Beurteilung oder um ein Beschwerdeverfahren handelt.
- 16 Gemäss Artikel 3g EnV ist die Verfahrensbeteiligte zuständig für die Durchführung des Anmelde- und Bescheidverfahrens. Die Verordnungsgeber spricht nicht von einer Verfügung, sondern von einer Mitteilung des Resultats in einem Bescheid. Artikel 25 Absatz 1^{bis} EnG regelt unter dem Titel Rechtspflege, dass die EICom Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen beurteilt. Während der Titel Rechtspflege auf die EICom 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 EICom unbestrittenermassen als erste Instanz verfügt – für die EICom als erste Instanz (Verfügung der EICom vom 9. Juni 2011, 941-09-008, E. 1.2; Verfügung der EICom vom 12. Mai 2011, 941-09-037, E. 1.2; beide abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Januar 2011, A-1989/2009).
- 17 Der Verfahrensbeteiligten kommt deshalb in Bezug auf die Zulassung zur kostendeckenden Einspeisevergütung keine Verfügungsbefugnis zu und der Bescheid der Verfahrensbeteiligten stellt keine Verfügung dar. Die Verfahrensbeteiligte ist damit nicht als Vorinstanz zu betrachten. Erstinstanzliche und verfügende Behörde ist die EICom.



3 Parteien

- 18 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.
- 19 Die Gesuchstellerin hat bei der EICom ein Gesuch um Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit eingereicht. Sie ist mithin materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt daher Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu.
- 20 Die Verfahrensbeteiligte ist als nationale Netzgesellschaft von Gesetzes wegen mit der Abwicklung der KEV betraut (Art. 3g ff. EnV). Sie war in der streitigen Angelegenheit durch den Erlass ihrer Bescheide involviert. Ihr ist daher ebenfalls Parteistellung nach Artikel 6 VwVG einzuräumen.

4 Vorbringen der Parteien

4.1 Gesuchstellerin

- 21 Die Gesuchstellerin stellt sich in ihren Eingaben vom 29. April 2011 (act. 1) und vom 22. Juli 2011 (act. 6) sowie in ihren Schlussbemerkungen vom 9. September 2011 (act. 11) auf den Standpunkt, die Verfahrensbeteiligte habe ihren positiven Bescheid vom 16. September 2008 nie widerrufen, und dieser sei demnach für beide Parteien bindend. Die Verbindlichkeit des Bescheids falle entgegen der Auffassung der Verfahrensbeteiligten nicht ohne Widerruf dahin.
- 22 Ausserdem seien die Umstände des Einbaus des stärkeren Generators der Verfahrensbeteiligten aus eigenem Antrieb mitgeteilt worden, und infolge des begrenzten Wasserdargebots während der fraglichen Periode sei der gemeldete Leistungswert von 300 kW nicht überschritten worden. Die Verfahrensbeteiligte selber habe noch Abklärungen treffen müssen.
- 23 Die Gesuchstellerin bringt weiter vor, dass die installierte elektrische Leistung keinen Hinweis auf die tatsächliche Produktion liefere. Vielmehr spiele für die KEV die mechanische Bruttoleistung sehr wohl eine Rolle. In der fraglichen Zeitperiode sei zudem weder die durchschnittliche mechanische Bruttoleistung noch die ursprünglich gemeldete elektrische Leistung überschritten worden.
- 24 Die Verfahrensbeteiligte habe der Gesuchstellerin im Übrigen mitgeteilt, sie solle die produzierte Energie einspeisen. Daraus leitet die Gesuchstellerin ab, dass sie nach Treu und Glauben davon ausgehen konnte, für das letzte Trimester 2009 KEV-berechtigt zu sein. Hätte die Verfahrensbeteiligte ihre Sichtweise zu einem früheren Zeitpunkt mitgeteilt, so hätte die Gesuchstellerin die produzierte Elektrizität zu besseren Bedingungen am Markt veräussert, oder hätte eine Leistungsbegrenzung schon zu einem früheren Zeitpunkt eingebaut. Das Verhalten der Verfahrensbeteiligten sei nicht kundenfreundlich und pragmatisch, sondern stelle überspitzten Formalismus dar.



- 25 Im Anschluss an die Öffnungsbegrenzung der Turbine habe die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass der positive Bescheid vom 16. September 2008 bestehen bleibe. Auch der Vertrag mit der BG-EE sehe nicht vor, dass die Gesuchstellerin für die Periode ab Inbetriebnahme bis Ende 2009 nicht vergütungsberechtigt sein solle.
- 26 Die Verfahrensbeteiligte stelle im Weiteren nicht auf den richtigen Marktpreis ab. Der Marktpreis für das dritte Quartal 2009 betrage 5,7 Rp./kWh, der Quartalspreis für das vierte Quartal 2009 7,9 Rp./kWh.
- 27 Auf die Argumente wird im Rahmen der materiellen Beurteilung eingegangen.

4.2 Verfahrensbeteiligte

- 28 Die Verfahrensbeteiligte bringt in ihren Stellungnahmen vom 20. Juni 2011 (act. 4) und vom 23. August 2011 (act. 8) vor, es sei richtig, dass sie den positiven Bescheid vom 16. September 2008 nicht widerrufen habe. Es treffe aber nicht zu, dass die Gesuchstellerin aus dem unterbliebenen Widerruf Ansprüche auf die KEV für das Jahr 2009 ableiten könne. Ein positiver Bescheid gelte nie vorbehaltlos, sondern stehe immer unter dem rechtlichen Vorbehalt von Artikel 3h Absätze 2 und 4 EnV (Stand am 1. Januar 2011). Selbst wenn das Schreiben vom 8. Januar 2010 (act. 1, Beilage 7) eine Vertrauensgrundlage bilden sollte, könnte dies nur Wirkung für die Zukunft haben.
- 29 Die Verfahrensbeteiligte ist der Ansicht, dass gemäss Artikel 24 Absatz 3 StromVV der Verantwortliche der BG-EE die Vergütung gemäss Artikel 7a EnG (KEV) verweigern kann, solange der Erzeuger die benötigten Informationen nicht fristgerecht einreicht oder die Regeln missachtet. Zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme habe die Anlage der Gesuchstellerin nicht den Anforderungen der KEV bzw. den Angaben in der Anmeldung entsprochen.
- 30 Die Verfahrensbeteiligte stellt sich auf den Standpunkt, dass für die Beurteilung, ob eine Anlage den Angaben in der Anmeldung entspricht, nicht die mittlere mechanische Bruttoleistung, sondern die installierte elektrische Leistung relevant sei. Dies ergebe sich aus Artikel 1d Absätze 2 und 6 EnV (Stand am 1. Januar 2011) in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe e der Verordnung des UVEK über den Nachweis der Produktionsart und der Herkunft von Elektrizität vom 24. November 2006 (SR 730.010.1; HKN-V). Das Kriterium der mittleren mechanischen Bruttoleistung sei nur für die Leistungsgrenze von 10 MW entscheidend (Art. 2c EnV).
- 31 Die elektrische Leistung sei in der Anmeldung mit 300 kW angegeben worden, installiert worden sei jedoch ein Generator mit 550 kW. Die im Nachhinein eingebaute Öffnungsbegrenzung stelle sicher, dass die maximale Leistung von 350 kW zu keinem Zeitpunkt überschritten werde. Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass der angemeldete Leistungswert in der fraglichen Zeitspanne überschritten worden sei.
- 32 Die Verfahrensbeteiligte bezahlt Anlagebetreibern, welche die Anforderungen für die KEV nicht vollständig erfüllen, den vom BFE festgelegten Marktpreis, da dieser von der Bilanzgruppe für Erneuerbare Energien durch den Verkauf der produzierten Elektrizität der Anlage eingenommen wird und verweist diesbezüglich auf die Artikel 23 Absatz 5 und Artikel 24 Absätze 5 und 6 StromVV.
- 33 Die Verfahrensbeteiligte bringt weiter vor, bei den von der Gesuchstellerin in ihrer Replik angegebenen Werten handle es sich um Durchschnittswerte. Diese würden nicht beweisen, dass die mittlere mechanische Bruttoleistung zu keinem Zeitpunkt um mehr als 20% überschritten wurde.



- 34 Bezüglich Marktpreis führt die Verfahrensbeteiligte an, dass für das dritte Quartal 2009 die Daten des zweiten Quartals 2009, für das vierte Quartal 2009 die Daten des dritten Quartals 2009 massgebend seien. Daher sei für September 2009 ein Marktpreis von 4,8 Rp./kWh und für Oktober bis Dezember 2009 ein Marktpreis von 5,7 Rp./kWh geschuldet.
- 35 Aus diesen Gründen ist die Verfahrensbeteiligte der Auffassung, dass die von ihr der BG-EE zur Auszahlung anzuweisende Summe zu Recht CHF [...] beträgt.
- 36 Die Verfahrensbeteiligte hat des Weiteren mit E-Mail vom 7. November 2011 zu den von der Gesuchstellerin eingereichten Daten Stellung genommen (act. 20). Sie weist darauf hin, dass die Gesuchstellerin für die in Frage stehende Zeitperiode falsche Daten an das abrechnungsrelevanten Herkunftsnachweis-System geliefert habe, und dass die 350 kW-Grenze im fraglichen Zeitraum einige Male überschritten worden sei.
- 37 Im Übrigen vertritt die Verfahrensbeteiligte die Ansicht, dass es von der Sachlage und ihrer Stellung her nicht gerechtfertigt sei, ihr Verfahrenskosten aufzuerlegen.
- 38 Auf die Argumente wird im Rahmen der materiellen Beurteilung eingegangen.

5 Materielle Beurteilung

5.1 Rechtliche Grundlagen

- 39 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]).
- 40 Die Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien werden in den Artikeln 7 ff. EnG festgelegt. Artikel 7 EnG bestimmt in allgemeiner Weise, dass Netzbetreiber verpflichtet sind, in ihrem Netzgebiet die fossile und erneuerbare Energie abzunehmen und zu vergüten. Die Vergütung richtet sich nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie, das heisst nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie (Art. 7 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 2b EnV). Artikel 7a EnG regelt die KEV. Details zu den Anschlussbedingungen in der KEV sind in der EnV (Art. 3 ff.) sowie für die einzelnen Technologien in den Anhängen 1.1 – 1.5 der EnV aufgeführt.
- 41 Die EnV ist während des erstinstanzlichen Verfahrens vor der ECom revidiert worden. Diverse Änderungen sind per 1. Oktober 2011 in Kraft getreten. In vorliegendem Zusammenhang ist insbesondere die Einführung von Artikel 3h^{bis} EnV unter der Marginalie „Nichteinhalten der Meldepflichten und Abweichen von den Angaben in der Anmeldung“ (vgl. Rz. 43) sowie von Artikel 3i^{sexies} EnV unter der Marginalie „Änderungen nach der Inbetriebnahme“ von Relevanz. Grundsätzlich findet auf einen abgeschlossenen Sachverhalt jenes Recht Anwendung, welches zum Zeitpunkt dieses abgeschlossenen Sachverhalts in Kraft war (vgl. hierzu die Verfügung der El-



Com vom 17. November 2011 im Verfahren 941-11-003, E. 4.1.1, mit weiteren Verweisen; im Internet abrufbar unter www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen) Diese erwähnten Bestimmungen regeln erstmals den Umgang mit Abweichungen bezüglich der Leistung gegenüber der Anmeldung sowie mit Erweiterungen von Anlagen nach deren Inbetriebnahme. Im Zusammenhang mit der Einführung der erwähnten Artikel sind keine Übergangsbestimmungen eingeführt worden.

- 42 Das Anmelde- und Bescheidverfahren für die KEV ist in den Artikeln 3g ff. EnV geregelt. Gemäss Artikel 3h Absatz 4 EnV in der Fassung, welche in der vorliegend streitigen Zeitspanne in Kraft war, fällt die Verbindlichkeit des Bescheids dahin, wenn die Anlage im Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht den Angaben in der Anmeldung entspricht. Die Verfahrensbeteiligte hat in diesem Fall ihren Bescheid zu widerrufen. Ausgenommen davon ist, wenn Gründe vorliegen, für die der Antragssteller nicht einzustehen hat.
- 43 Gemäss dem am 1. Oktober 2011 in Kraft getretenen Artikel 3h^{bis} Absatz 1 Buchstabe e EnV hat ein Abweichen von den Angaben in der Anmeldung grundsätzlich nicht zur Folge, dass die Verbindlichkeit des Bescheids dahin fällt. Die Verbindlichkeit des Bescheids fällt nur dahin, wenn die maximal zulässige Abweichung nach Absatz 4 überschritten wird. Nach Artikel 3h^{bis} Absatz 4 EnV kann das UVEK für Anlagen, die neu angemeldet werden, technologiespezifisch maximal zulässige Abweichungen festlegen, wenn sich abzeichnet, dass die Vorgaben gemäss Artikel 7 Absatz 4 EnG (Teildeckel) nicht mehr eingehalten werden können oder der erhobene Zuschlag nicht mehr ausreicht. Bis heute hat das UVEK keine solchen Abweichungen festgelegt.
- 44 Im Anhang 1.1 EnV sind die Anschlussbedingungen für Kleinwasserkraftanlagen geregelt. Anhang 1.1 EnV enthält keine Mindestanforderungen (wie z.B. die Einhaltung des Gesamtenergie nutzungsgrades bei den übrigen Biomasseenergieanlagen) gemäss Artikel 3i^{ter} EnV, das BFE könnte solche jedoch in Richtlinien regeln (Anhang 1.1 Ziffer 1.3 EnV), was es bis zum heutigen Zeitpunkt nicht getan hat.

5.2 Prüfung der Voraussetzungen für das KWKW der Gesuchstellerin

- 45 Mit Bescheid vom 16. September 2008 hat die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin mitgeteilt, dass das angemeldete KWKW die Voraussetzungen für die KEV gemäss Artikel 7a EnG erfüllt (act. 1, Beilage 3). Mit Abschluss schreiben vom 2. Februar 2010 hat die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin ausserdem mitgeteilt, dass der positive Bescheid vom 16. September 2008 bestehen bleibt (act. 1, Beilage 8). Ab dem Einbau der Leistungsbegrenzung am 21. Januar 2010 bestreitet die Verfahrensbeteiligte somit den Anspruch der Gesuchstellerin auf die KEV nicht (act. 1, Beilage 16, S. 2). Aus abrechnungstechnischen Gründen erhält die Gesuchstellerin seit dem 1. Januar 2010 für die eingespeiste Energie die KEV. Vorliegend ist somit unbestritten, dass das KWKW der Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die KEV grundsätzlich erfüllt.
- 46 Die Verfahrensbeteiligte hat der Gesuchstellerin jedoch mit Bescheid vom 30. März 2011 mitgeteilt, dass die von ihr der BG-EE zur Auszahlung an die Gesuchstellerin anzuweisende Summe für die Zeitspanne zwischen der Inbetriebnahme der Anlage am 2. September 2009 und dem 31. Dezember 2009 sich nach dem vom BFE festgelegten Marktpreis richtet (act. 1, Beilage 16). Streitig ist damit, ob das KWKW der Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die KEV auch für diese Zeitspanne erfüllt.



- 47 Wie in Randziffer 42 gesehen, fällt gemäss den damals geltenden rechtlichen Grundlagen die Verbindlichkeit des Bescheids dahin, wenn die Anlage im Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht den Angaben in der Anmeldung entspricht. Ausgenommen davon ist, wenn Gründe vorliegen, für die der Antragsteller (i.c. die Gesuchstellerin) nicht einzustehen hat. Die Verfahrensbeteiligte hat in solchen Fällen ihren Bescheid zu widerrufen (Art. 3h Abs. 4 aEnV). Artikel 3h Absatz 4 aEnV ist so auszulegen, dass ein vernünftiges, praktikables und ohne grossen Verwaltungsaufwand durchsetzbares Ergebnis resultiert (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, § 4, N 217). Im vorliegenden Fall liegt ein Widerruf durch die Verfahrensbeteiligte unbestrittenermassen nicht vor (act. 4, S. 5). Vielmehr hat die Verfahrensbeteiligte richtigerweise weitere Abklärungen vorgenommen, um über einen allfälligen Widerruf entscheiden zu können (act. 1, Beilagen 5 und 7). Die Verfahrensbeteiligte spricht letztlich selbst von einem Widerrufsverzicht (act. 1, Beilage 16, S. 3). Es hat sich gezeigt, dass es möglich ist, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen. Mit der Öffnungsbegrenzung der Turbine wird die Leistung der Anlage der Gesuchstellerin auf maximal 350 kW begrenzt (act. 1, Beilage 18). Mit dieser Leistungsbegrenzung erfüllt die Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die KEV. Die Verfahrensbeteiligte hat der Gesuchstellerin im Anschluss mitgeteilt, dass der positive Bescheid bestehen bleibt (act. 1, Beilage 8). Aufgrund dieser speziellen Umstände ist somit in diesem konkreten Einzelfall davon auszugehen, dass der positive Bescheid vom 16. September 2008 nicht dahingefallen ist. Aus diesen Gründen ist vorliegend auch nicht zu prüfen, ob für die Abweichung von der Anmeldung Gründe vorliegen, für die die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat.
- 48 Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass das KWKW der Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die KEV, das heisst für eine Vergütung nach Artikel 7a EnG, grundsätzlich erfüllt. Auf die Frage, wie mit der Leistungsabweichung in der streitigen Zeitspanne zwischen Inbetriebnahme der Anlage und dem 31. Dezember 2009 umzugehen ist, wird noch einzugehen sein (vgl. E. 5.4).

5.3 Vergütung zum Marktpreis

- 49 Die Verfahrensbeteiligte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Gesuchstellerin für die im letzten Trimester 2009 eingespeiste Elektrizität zu dem vom BFE festgelegten Marktpreis zu vergütet ist, da dieser von der BG-EE durch den Verkauf der produzierten Elektrizität der Anlage eingenommen wird (act. 4, S. 8; vgl. auch Art. 24 Abs. 5 StromVV).
- 50 Die Vergütung für eine Anlage, die sich nicht im System der KEV befindet und die nicht nach Artikel 7b EnG (z.B. über eine Ökostrombörse) vergütet wird, richtet sich gemäss Artikel 7 Absatz 2 EnG (i.V.m. Art. 2b EnV) nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie (vgl. hierzu auch Rz. 40). Der marktorientierte Bezugspreis für gleichwertige Energie unterscheidet sich von Netzbetreiber zu Netzbetreiber und entspricht nicht dem vom BFE festgelegten Marktpreis gemäss Artikel 3f Absatz 3 und Artikel 3j Absatz 3 EnV (vgl. zum marktorientierten Bezugspreis die „Empfehlungen und Vollzugshilfen für die Umsetzung der Anschlussbedingungen der Elektrizitätsproduktion gemäss Art. 7 EnG und Art. 28a EnG“ des BFE, S. 5; im Internet abrufbar unter: www.bfe.admin.ch > Kostendeckende Einspeisevergütung > Anschlussbedingungen für Produzenten von Strom aus erneuerbaren Energien). Der vom BFE festgelegte Marktpreis ist relevant für die Festlegung der ungedeckten Kosten im System der KEV (vgl. www.bfe.admin.ch > Kostendeckende Einspeisevergütung > Marktpreis).
- 51 Wie in Erwägung 5.2 gesehen, erfüllt das KWKW der Gesuchstellerin grundsätzlich die Voraussetzungen für die KEV. Da seitens der Verfahrensbeteiligten kein Widerruf des ursprünglichen



Bescheids erfolgt ist (vgl. Rz. 47), befand sich die Anlage der Gesuchstellerin jederzeit im System der KEV und eine Vergütung gemäss Artikel 7 EnG, das heisst durch den lokalen Netzbetreiber, kommt vorliegend nicht in Frage (vgl. hierzu auch Rz. 60).

- 52 Somit muss als nächstes geklärt werden, ob die von der Verfahrensbeteiligten aufgrund des vom BFE festgelegten Marktpreises berechnete und der BG-EE zur Auszahlung angewiesene Vergütung rechtmässig ist.
- 53 Die Verfahrensbeteiligte stellt sich auf den Standpunkt, dass die KEV verweigert werden kann, solange der Erzeuger die benötigten Informationen nicht fristgerecht einreicht oder die Regeln missachtet (Art. 24 Abs. 3 StromVV; act. 4, S. 8). Es ist jedoch fraglich, ob Artikel 24 StromVV in diesem Zusammenhang überhaupt zur Anwendung kommen kann. Diese Norm regelt unter der Marginalie „Bilanzgruppe für erneuerbare Energie“ die Bestimmung und die Kompetenzen der BG-EE. Konkret stellt sich aber die Frage, ob das KWKW der Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die KEV erfüllt oder nicht. Dies ist in der Energiegesetzgebung (EnG und EnV) geregelt. Das Verhältnis zwischen Gesuchstellerin und BG-EE ist vorliegend nicht von Relevanz. Die Verfahrensbeteiligte bringt im Weiteren nicht vor, dass die Gesuchstellerin benötigte Informationen nicht geliefert oder von der BG-EE aufgestellte Regeln missachtet habe. Im Übrigen war die Handhabung von Leistungsabweichungen zum relevanten Zeitpunkt Thema von umfassenden Diskussionen zwischen der Verfahrensbeteiligten und den involvierten Behörden (act. 1, Beilage 7).
- 54 In den Anschlussbedingungen für Kleinwasserkraftanlagen (Anhang 1.1 EnV) sind keine Bestimmungen enthalten, welche einer Anlage, die die Voraussetzungen für die KEV erfüllt, das Anrecht auf die KEV entziehen. Dies im Gegensatz zu den Biomasseenergieanlagen (Anhang 1.5 EnV), welche während der Amortisations- und Vergütungsdauer den geforderten Wärmenutzungs- bzw. Gesamtenergienutzungsgrad nicht um eine bestimmte Prozentzahl oder über eine bestimmte Dauer unterschreiten dürfen, ansonsten kein Anrecht mehr auf die KEV besteht (Anhang 1.5 Ziff. 3.3, 4.3 und 6.3 EnV). Bei Nichteinhalten dieser Bestimmungen während einer bestimmten Dauer besteht kein Anrecht mehr auf die KEV. Dies bedeutet, dass die Anlagen aus dem System von Artikel 7a EnG fallen. Dies ist vorliegend jedoch gerade nicht geschehen, vielmehr erfüllt das KWKW der Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die KEV grundsätzlich (E. 5.2).
- 55 Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass die von der Verfahrensbeteiligten angewiesene Vergütung zum Marktpreis für die gesamte während der vorliegend zur Diskussion stehenden Zeitspanne eingespeiste Elektrizität nicht den geltenden rechtlichen Grundlagen entspricht. Auf den subsidiären Antrag der Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 22. Juli 2011 (act. 6, S. 2) ist aus diesem Grund nicht näher einzugehen, da dieser die Berechnung dieses Marktpreises betrifft. Es stellt sich hingegen die Frage, wie mit der von der Gesuchstellerin vorgenommenen Leistungsabweichung zwischen Inbetriebnahme der Anlage und dem 31. Dezember 2009 umzugehen ist.

5.4 Leistungsabweichung

- 56 Bis zum 30. September 2011 liess die EnV keine Änderung der installierten Leistung zwischen dem Zeitpunkt der Anmeldung und der Inbetriebnahmemeldung zu. Abweichungen im Bereich von plus/minus 20% wurden jedoch als zulässig erachtet. Seit dem 1. Oktober 2011 sind Abweichungen der installierten Leistung zwischen dem Zeitpunkt der Anmeldung und der Inbetriebnahme vorbehältlich Artikel 3h^{bis} Absatz 4 EnV unbeschränkt zulässig (vgl. zum Ganzen die



„Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung (KEV), Art. 7a EnG, Allgemeiner Teil“, des BFE, Version 1.3 vom 1. Oktober 2011, S. 10; im Internet abrufbar unter www.bfe.admin.ch > Kostendeckende Einspeisevergütung > Richtlinien).

- 57 Beim KWKW der Gesuchstellerin wurde am 21. Januar 2010 die maximale Leistung mit einer Öffnungsbegrenzung der Turbine auf 350 kW begrenzt (vgl. Rz. 47, act. 1, Beilage 18). Die Öffnungsbegrenzung stellt sicher, dass die maximale Leistung der Anlage zu keinem Zeitpunkt überschritten wird (act. 4, S. 7). Mit dieser Lösung anerkennt die Verfahrensbeteiligte, dass die Anlage der Gesuchstellerin die von der Energiegesetzgebung vorgegebenen Voraussetzungen für die KEV mit einer Leistung von 350 kW erfüllt (act. 1, Beilage 8).
- 58 Bei der streitgegenständlichen Anlage handelt es sich um eine Erzeugungsanlage mit einer Anschlussleistung über 30 kVA. Diese müssen gemäss Artikel 8 Absatz 5 StromVV mit einer Lastgangmessung mit automatischer Datenübermittlung ausgerüstet sein. Aufgrund dieser viertelstündlichen Lastgangmessung kann nachvollzogen werden, mit welcher Leistung die Anlage zu welchem Zeitpunkt welche Menge an Elektrizität produziert hat (vgl. act. 14).
- 59 Auch die Verfahrensbeteiligte bestreitet den Anspruch der Gesuchstellerin auf die KEV grundsätzlich nicht. Die Gesuchstellerin hat daher auch für die Zeitspanne zwischen Inbetriebnahme der Anlage und dem 31. Dezember 2009 und für jene Zeiträume, in denen mit einer Leistung von 350 kW und weniger produziert wurde, Anspruch auf die KEV. In diesem Umfang erfüllt die Gesuchstellerin die Anforderungen der Energiegesetzgebung.
- 60 Die von der Gesuchstellerin eingereichten lastganggemessenen Daten zeigen jedoch (act. 14), dass die Anlage zwischen Inbetriebnahme und dem 31. Dezember 2009 etliche Male den Wert der zulässigen Leistungsabweichung und der nachträglich eingebauten Leistungsbegrenzung (350 kW) überschritten hat. Für jenen Teil, der die zulässige Leistungsabweichung (350 kW) überschritten hat, erfüllte die Anlage der Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die KEV nicht. Für dieses Verhalten hat die Gesuchstellerin einzustehen, da ihr zumindest hätte bekannt sein müssen, dass die Anlage zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme den Angaben in der Anmeldung entsprechen muss (Art. 3h Abs. 4 aEnV). Die Gesuchstellerin ist diesbezüglich so zu stellen, wie wenn die in diesem Umfang zusätzlich produzierte Elektrizität gar nicht produziert worden wäre. Folglich erhält die Gesuchstellerin für die während der Überschreitung der zulässigen Leistungsabweichung produzierte Elektrizität in der Zeitspanne zwischen Inbetriebnahme der Anlage und dem 31. Dezember 2009 auch keine Vergütung zum Marktpreis. Eine Vergütung zum marktorientierten Bezugspreis (vgl. Rz. 40) kommt ebenfalls nicht in Frage. Einspeisepunkte, über welche Elektrizität gemäss Artikel 7a EnG (KEV) abgenommen wird und die mit einer Lastgangmessung mit automatischer Datenübermittlung ausgestattet sind, sind der BG-EE zugeordnet. Ausserdem muss jeder dieser Einspeisepunkte einer einzigen Bilanzgruppe zugeordnet werden (Art. 25 Abs. 2 StromVV i.V.m. Art. 23 Abs. 1 StromVV). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass – hätte über die zu klärende Frage Klarheit bestanden (act. 1, Beilage 7) – die Leistungsbegrenzung bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte eingebaut werden können. In diesem Fall wäre es gar nicht zu einer solchen Mehrproduktion gekommen.
- 61 Die Verfahrensbeteiligte bringt im Übrigen vor, dass die Gesuchstellerin für die Zeitspanne zwischen Inbetriebnahme der Anlage und dem 31. Dezember 2009 falsche Daten geliefert habe (act. 20). Die Gesuchstellerin stellt sich hierzu auf den Standpunkt, dass für die korrekte Datenübermittlung der zuständige Netzbetreiber verantwortlich sei (act. 22). Die Differenz besteht offenbar zwischen den vom lokalen Netzbetreiber an die Verfahrensbeteiligte gelieferten Daten und den von der Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren eingereichten Daten (act. 14) für den Monat Oktober 2009 im Umfang von rund [...] kWh. Die Verfahrensbeteiligte hat vor der



Auszahlung an die Gesuchstellerin gestützt auf den vorliegenden Entscheid zu überprüfen, wie diese Differenz zustande kommt und welche Daten die richtige Grundlage für die Auszahlung an die Gesuchstellerin bilden.

- 62 Die Höhe der Grundvergütung wird gemäss Anhang 1.1 Ziffer 3.2 EnV nach der äquivalenten Leistung der Anlage anteilmässig nach Leistungsklassen berechnet. Vorliegend ist für die Berechnung der äquivalenten Leistung nur die mit einer Leistung von unter 350 kW produzierte Elektrizität zu berücksichtigen.

5.5 Zins

- 63 Die Gesuchstellerin beantragt in ihrer Eingabe vom 29. April 2011 einen Verzugszins von 5% ab Fälligkeit ihrer Forderung (act. 1, S. 2). Gemäss Artikel 102 Absatz 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220) wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt, wobei die Mahnung eine empfangsbedürftige Erklärung ist (WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Basel 2007, Art. 102, N 9).
- 64 Wie gesehen (vgl. Rz. 47), hat die Verfahrensbeteiligte zur Klärung der Frage wie mit der Leistungsabweichung umzugehen ist, richtigerweise weitergehende Abklärungen vorgenommen. Die Anlage der Gesuchstellerin erfüllte die Voraussetzungen für die KEV zeitweise nicht, für dieses Verhalten hat die Gesuchstellerin einzustehen (vgl. Rz. 60). Die Gesuchstellerin hat die Verfahrensbeteiligte mit Schreiben vom 3. März 2011 zur Zahlung der vorliegend geltend gemachten Forderung aufgefordert (act. 1, Beilage 15). Es ist davon auszugehen, dass dieses Schreiben der Verfahrensbeteiligten am 4. März 2011 zugegangen ist (vgl. die Bezugnahme der Verfahrensbeteiligten auf dieses Schreiben in act. 1, Beilage 16, S. 1). Der Verzug beginnt somit am 4. März 2011. Der Verzugszins beträgt gemäss Artikel 104 Absatz 1 OR 5% (vgl. zum Ganzen auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Dezember 2011, A-2619/2009, E. 5, mit weiteren Verweisen).

5.6 Fazit

- 65 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das KWKW der Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die KEV grundsätzlich erfüllt. Daher ist die Gesuchstellerin für die innerhalb der zulässigen Leistungsabweichung produzierte Elektrizität auch in der streitigen Zeitspanne zwischen Inbetriebnahme der Anlage und dem 31. Dezember 2009 mit der KEV zu vergüten, zuzüglich 5% Verzugszins ab dem 4. März 2011. Allerdings wurde bis zum Einbau der Leistungsbegrenzung die zulässige Leistungsabweichung (350 kW) etliche Male überschritten. Für die während der Überschreitung der zulässigen Leistungsabweichung produzierte Elektrizität erhält die Gesuchstellerin in der streitigen Zeitspanne keine Vergütung.

6 Parteientschädigung

- 66 Die Gesuchstellerin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung. Weder die Stromversorgungs- bzw. die Energiegesetzgebung 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).

7 Gebühren

- 67 Die ECom 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). Die Gebühren für Verfügungen der ECom werden nach Zeitaufwand berechnet (Art. 3 Abs. 2 GebV-En). 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]).
- 68 [...]



III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Das KWKW der Gesuchstellerin erfüllt die Voraussetzungen für die KEV.
2. Für die innerhalb der zulässigen Leistungsabweichung produzierte Elektrizität ist der Gesuchstellerin für die Zeitspanne zwischen dem 2. September 2009 und dem 31. Dezember 2009 die KEV zu entrichten, zuzüglich Verzugszins von 5% ab dem 4. März 2011.
3. Für die während der Überschreitung der zulässigen Leistungsabweichung produzierte Elektrizität in der Zeitspanne zwischen dem 2. September 2009 und dem 31. Dezember 2009 erhält die Gesuchstellerin keine Vergütung.
4. Für die Behandlung des Gesuchs werden [...] auferlegt.
5. Parteientschädigung wird keine zugesprochen.
6. Diese Verfügung wird der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten mit eingeschriebenem Brief eröffnet.



Bern, 15. Dezember 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.