



Referenz/Aktenzeichen: 221-00300

Bern, 11.04.2017

Beschwerde teilweise gutgeheissen:
Urteil A-2905/2017 des
Bundesverwaltungsgerichtes

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: **ARA [...]**

(Gesuchstellerin)

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

(Verfahrensbeteiligte)

betreffend Bescheid der Swissgrid AG vom 2. Mai 2016 betreffend die Anforderungen an
die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung 2015 (KEV-Projekt [...])

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 Gesuchstellerin	6
4.2	Argumente der Verfahrensbeteiligten	7
5	Anwendbares Recht	8
6	Anforderungen an die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage	8
6.1	Allgemeines	8
6.2	Investitionskriterium	9
6.3	Steigerung der Elektrizitätsproduktion	10
6.3.1	Massgebliche Elektrizitätsproduktion	11
6.3.2	Berücksichtigung Sanierung und Revisionen	16
7	KEV-Vergütung oder Marktpreis	17
8	Fazit	18
9	Gebühren	18
III	Entscheid	19
IV	Rechtsmittelbelehrung	20

I Sachverhalt

A.

- 1 Die Gesuchstellerin ist eine interkommunale Anstalt und reinigt das kommunale Abwasser der Trägergemeinden [...]. Aus dem im Faulprozess entstandenen Klärgas wird mit einem Blockheizkraftwerk (BHKW) Wärme und Energie gewonnen. Die Gesuchstellerin meldete die Klärgasanlage am 22. Dezember 2008 (Poststempel) bei der Verfahrensbeteiligten für die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) an (act. 1, Beilage 1 und act. 4, Beilage 3).
- 2 Die ursprüngliche Klärgasanlage mit drei BHKWs wurde am 1. Juni 1994 erstellt. Die Gesuchstellerin plante gemäss Vorprojekt vom 17. Dezember 2008, die drei bestehenden BHKWs mit einer Leistung von je 88 kW_{el} mit einem neuen BHKW mit einer Leistung von 240 kW_{el} zu ersetzen. Dank einem besseren Wirkungsgrad des neuen Aggregats sollte die Stromproduktion deutlich effizienter werden (act. 4, Beilage 3). Im Anmeldeformular wurde für das Jahr 2005 eine Elektrizitätsproduktion von [...] kWh und für das Jahr 2004 eine solche von [...] kWh angegeben. Die projektierte jährliche Bruttostromerzeugung wurde mit [...] kWh deklariert und die zu tätigenden Investitionskosten mit [...] Franken beziffert. Die Angaben der Anmeldung wurden mit Unterschrift bestätigt (act. 1, Beilage 1 und act. 4, Beilage 3).
- 3 Mit Bescheid vom 15. Januar 2009 teilte die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin mit, dass die Voraussetzungen für die KEV erfüllt sind (act. 1, Beilage 2). Die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage wurde am 1. November 2013 in Betrieb genommen (act. 4, Beilage 1).
- 4 Die Gesuchstellerin informierte die Verfahrensbeteiligte mit E-Mail vom 27. November 2013 darüber, dass in der Anlage bis zum Jahr 2009 zusätzlich zum Biogas auch Erdgas für den Wärmeprozess verwendet werden musste (act. 1, Beilage 3).
- 5 Mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 wies die Verfahrensbeteiligte die Gesuchstellerin darauf hin, dass die Anlage im Jahr 2014 [...] kWh Strom anstelle der erforderlichen [...] kWh produziert hatte. Die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung seien im Jahr 2014 nicht erreicht worden (Stromproduktionsminderung von 22% anstelle der benötigten Steigerung von 25%). Im Schreiben mahnte die Verfahrensbeteiligte, dass die Anlage rückwirkend für das Jahr 2015 auf den Marktpreis gesetzt werde. Dies falls bei der jährlichen Überprüfung Anfang 2016 festgestellt werde, dass die Mindestproduktion wiederum nicht erreicht würde (act. 1, Beilage 4 und act. 4, Beilage 1).
- 6 Die Gesuchstellerin wies die Verfahrensbeteiligte mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 erneut darauf hin, dass bei der Anmeldung die Elektrizitätsproduktion aus Bio- und Erdgas angegeben worden sei. Die Stromproduktion aus Erdgas sei kein Kriterium für die KEV-Vergütung. Die Anlage habe 2014 die geforderte Mindestproduktion aus Biogas erfüllt. Die Gesuchstellerin bat um Prüfung und Rückmeldung, dass die Mindeststromproduktion 2014 erreicht worden sei (act. 1, Beilage 5).
- 7 Mit Bescheid vom 2. Mai 2016 teilte die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin mit, dass die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung für das Jahr 2015 erneut nicht erreicht worden seien. Die Anlage hätte im Jahr 2015 [...] kWh anstelle der erforderlichen [...] kWh produziert. Aus diesem Grund setzte die Verfahrensbeteiligte die Anlage für das Jahr 2015 rückwirkend auf den Marktpreis und verlangte von der Gesuchstellerin die Rückerstattung der zuviel erhaltenen Vergütung mit der nächsten Abrechnung (act. 1, Beilage 6).

B.

- 8 Mit Schreiben vom 31. Mai 2016 hat sich die Gesuchstellerin an die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) gewendet und beantragt, dass die Angaben in der Anmeldung, welche auf einem offensichtlichen Versehen basierten, korrigiert werden müssen. Die bei der Anmeldung genannten Werte würden auf der Stromproduktion aus Bio- sowie aus Erdgas beruhen. Die Stromproduktion sei der Verfahrensbeteiligten transparent kommuniziert worden, bevor eine KEV-Vergütungszahlung erfolgt sei. Die Gesuchstellerin beantragt, dass die erforderliche Steigerung der Elektrizitätserzeugung auf der Grundlage von [...] kWh im Jahr 2004 und [...] kWh im Jahr 2005 berechnet werde. Weiter müsse berücksichtigt werden, dass die Anlage aufgrund von Revisionsarbeiten 2014 nur 10 Monate in Betrieb gewesen sei und der Betrieb 2015 vom 8. Juni bis am 23. Juli aufgrund von Revisionsarbeiten eingestellt gewesen sei (act. 1).
- 9 Das Fachsekretariat der ElCom (nachfolgend Fachsekretariat) hat am 6. Juni 2016 ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) eröffnet (act. 3).
- 10 Die Verfahrensbeteiligte hat in ihrer Stellungnahme vom 8. Juli 2016 die Abweisung des Begehrens beantragt (act. 4). Der Gesuchstellerin wurde die Stellungnahme am 12. Juli 2016 zugestellt (act. 5).
- 11 Nach Gewähren einer Fristverlängerung (act. 6 und 7) hat die Gesuchstellerin am 18. August 2016 eine Stellungnahme zur Eingabe der Verfahrensbeteiligten eingereicht (act. 8).
- 12 Das Fachsekretariat ist in seiner Stellungnahme vom 10. Oktober 2016 zum Schluss gekommen, dass der Bescheid der Verfahrensbeteiligten, die Anlage rückwirkend für 2015 auf den Marktpreis zu setzen, nicht zu beanstanden sei (act. 9).
- 13 Mit Eingabe vom 24. Oktober 2016 hat die Gesuchstellerin um Erlass einer Verfügung ersucht (act. 10). Die Eingabe wurde der Verfahrensbeteiligten am 24. November 2016 zugestellt (act. 11).
- 14 Mit E-Mail vom 16. Januar 2017 hat die Gesuchstellerin auf Nachfrage ein Schema der Anlage vor der erheblichen Erweiterung oder Erneuerung eingereicht und weitere Fragen beantwortet (act. 14).
- 15 Auf die übrigen Vorbringen der Parteien wird, soweit entscheidrelevant, im Rahmen der materiellen Beurteilung eingegangen.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 16 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).
- 17 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 a sowie Buchstabe b in Verbindung mit Anhang 1.5 Ziffer 5.1 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.
- 18 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

- 19 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.
- 20 Die Gesuchstellerin hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. 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 a sowie Buchstabe b in Verbindung mit Anhang 1.5 Ziffer 5.1 EnV (Stand am 01.01.2009) und damit die Vergütung der KEV streitig. Damit ist die Gesuchstellerin vom Ausgang dieses Verfahrens in ihren Rechten und Pflichten unmittelbar betroffen. Ihr kommt daher Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu.
- 21 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

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

3 Feststellungsinteresse in Bezug auf die jährliche Mindestproduktionsmenge

- 24 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. WEBER-DÜRLER BEATRICE, 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; siehe auch Verfügungen der ElCom 221-00229 vom 15. März 2016, Rz. 19 und 221-00232 vom 19. April 2016, Rz. 22, abrufbar unter: www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Verfügungen 2016).
- 25 Beim Antrag der Gesuchstellerin, die Elektrizitätsproduktion der Jahre 2004 und 2005 gemäss Anmeldung zu korrigieren, handelt es sich um ein Feststellungsbegehren. Streitig sind vorliegend die Anforderungen an die erhebliche Produktionssteigerung (vgl. Rz. 17). Die Verfahrensbeteiligte berechnet die erforderliche jährliche Mindestproduktion auf der Basis der Elektrizitätsproduktion gemäss Anmeldung und der technologieabhängigen erforderlichen Steigerung der Elektrizitätsproduktion (Art. 3a Bst. b EnV; Stand am 01.01.2009). Ob die erforderliche Mindestproduktion erreicht wird, wird von der Verfahrensbeteiligten während der gesamten Vergütungsdauer jährlich geprüft. Die Gesuchstellerin wird die notwendigen Vorkehrungen für die Zukunft, wie allfällig zu treffende Massnahmen oder Investitionen, nach der erforderlichen Mindestproduktion richten. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an deren Feststellung. Auf das Feststellungsbegehren der Gesuchstellerin ist einzutreten.

4 Vorbringen der Parteien

4.1 Argumente der Gesuchstellerin

- 26 Die Gesuchstellerin beantragt in ihrer Eingabe vom 31. Mai 2016, dass die erforderliche Mindestproduktion auf der Grundlage der Energieproduktion aus Biogas berechnet werden soll. Für das Jahr 2004 seien [...] kWh und für das Jahr 2005 [...] kWh massgebend. Mit dieser Grundlage erfülle die Anlage die geforderte Leistungssteigerung von 25%, so dass ein Anspruch auf die KEV bestehe (act. 1).
- 27 Die Gesuchstellerin stimmt zu, dass bei der Anmeldung vom 22. Dezember 2008 für die Jahre 2004 und 2005 je eine höhere Elektrizitätsproduktion angegeben worden sei. Dabei handle es sich um die Stromproduktion aus Bio- sowie aus Erdgas. Versehentlich sei bei der Angabe die Produktion aus Erdgas nicht ausgeschieden worden. Mit E-Mail vom 27. November 2013 sei der Verfahrensbeteiligten die Stromproduktion im Detail aufgezeigt worden und dies bevor eine KEV-Zahlung erfolgt sei. Beruhe eine Angabe in der Anmeldung auf einem offensichtlichen Versehen der Antragstellerin, so sei die Verfahrensbeteiligte nach Treu und Glauben gehalten, die Anmeldung bzw. den gestützt darauf getroffenen Bescheid zu korrigieren. Das ergebe sich auch aus Artikel 3h^{bis} EnV. Beim Fehler in der Anmeldung handle es sich nicht um einen Grund, für welchen sie einstehen müsse. Weiter sei zu beachten, dass das standardisierte Anmeldeformular der besonderen Situation der Gesuchstellerin nicht gerecht werde, da sie bei der alten Anlage für den Wärmeprozess zusätzlich auf Erdgas angewiesen gewesen sei

(act. 1). Das Erdgas und das Klärgas seien für die Erwärmung des Faulschlammes verwendet worden (genannt Prozesswärme). Der Faulprozess zum Abbau der biologischen Masse und zur Produktion von Klärgas benötige Wärme. Der Faulraum sollte konstant bei 38°C gehalten werden. Die Wärmemenge sei in erster Priorität mit Klärgas erzeugt worden. Reichte die Wärmemenge nicht aus, musste Erdgas eingesetzt werden. Die produzierte elektrische Energie sei vollständig für den Kläranlagenbetrieb eingesetzt worden und nicht in das Netz des Netzbetreibers eingespeist worden (act. 14).

- 28 Weiter rügt die Gesuchstellerin, dass bei der Berechnung der massgeblichen Elektrizitätsproduktion berücksichtigt werden müsse, dass die Anlage im Jahr 2014 nur zehn Monate in Betrieb gewesen sei und der Betrieb im Jahr 2015 zwischen dem 8. Juni und dem 23. Juli aufgrund von Revisionsarbeiten an der Anlage eingestellt gewesen sei. Somit könne nicht auf das volle Betriebsjahr abgestellt werden und die Zahlen müssten anhand der effektiven Betriebsdauer der Anlage in den entsprechenden Jahren korrigiert werden (act. 1). Die Anlage habe 2015 in 320 Tagen [...] kWh produziert. Mit der Hochrechnung für ein volles Betriebsjahr seien es [...] kWh. Dementsprechend sei das Limit erfüllt. Die einstweilige Ausserbetriebnahme der Biogasproduktionsanlage könne keinesfalls zur Herabsetzung auf den Marktpreis führen, weil die Biogasanlage nach 20 Jahren habe saniert werden müssen (act. 8 und act. 10).
- 29 Die Gesuchstellerin gibt in ihrer Eingabe vom 18. August 2016 weiter an, die [...] AG habe die Klärgasanlage bei der Verfahrensbeteiligten angemeldet. Ihr selber könne daher kein verwaltungsstrafrechtlich relevantes Verhalten vorgeworfen werden (act. 8).
- 30 Schliesslich führt die Gesuchstellerin aus, die Neuinvestitionen seien mit [...] Franken inklusive Mehrwertsteuer veranschlagt worden. Es lasse sich nicht rechtfertigen, bei der Berechnung der Neuinvestitionen die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (act. 8).

4.2 Argumente der Verfahrensbeteiligten

- 31 Die Verfahrensbeeteiligte macht im Wesentlichen geltend, die Gesuchstellerin habe bei der Anmeldung zur KEV vom 22. Dezember 2008 für das letzte volle Betriebsjahr vor dem 01.01.2006 eine Produktion von [...] kWh/Jahr und für das vorletzte volle Betriebsjahr eine solche von [...] kWh/Jahr angegeben. Die durchschnittliche Produktion der letzten zwei Jahre habe somit [...] kWh/Jahr betragen. Die erwartete Stromproduktion sei mit [...] kWh/Jahr deklariert worden. Diese Angaben seien die Grundlage gewesen, dass die Gesuchstellerin überhaupt einen positiven KEV Bescheid erhalten habe. Die Gesuchstellerin habe unterschriftlich bestätigt, dass diese Angaben stimmen und sei 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 der Gesuchstellerin in der Anmeldung angegebenen Werte seien massgebend und könnten nicht nachträglich und in Abweichung zu den Angaben in der Anmeldung auf [...] bzw. [...] kWh geändert werden. Doch selbst mit diesen Zahlen wäre die erforderliche Steigerung um 25% nicht erfüllt (act. 4).
- 32 Gemäss der Verfahrensbeteiligten beträgt der Durchschnitt der letzten zwei vollen Betriebsjahre vor der Erweiterung [...] kWh/Jahr, womit in jedem Kalenderjahr mindestens [...] kWh/Jahr produziert werden müsste. Die Überprüfung für das Jahr 2015 habe ergeben, dass die Anlage 2015 lediglich [...] kWh Strom produziert habe. Dies sei eine Stromminderproduktion von ca. 7.5% anstelle der benötigten Steigerung von 25% (act. 4).
- 33 Die Verfahrensbeeteiligte gibt an, dass weder aus der Anmeldung vom Dezember 2008 noch dem «Vorprojekt [...]» (act. 4, Beilage 3) auch nur ansatzweise habe entnommen werden können, dass Erdgas eingesetzt worden sei. Diese Angaben seien für die grundsätzliche Überprüfung der Förderwürdigkeit der Anlage zentral gewesen. Artikel 3a Absatz 3 EnV halte fest: «nicht als erheblich erweitert oder er-

neuert gelten Anlagen, bei denen von fossilen auf erneuerbare Brennstoffe umgestellt wird». Eine bestehende Anlage, bei welcher ursprünglich fossile Brennstoffe (wie Erdgas) eingesetzt worden sei, dürfe nur durch die KEV gefördert werden, wenn das Investitionskriterium nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe a EnV erfüllt wäre. Dies sei bei der vorliegenden Anlage nicht gegeben (act. 4).

- 34 Gemäss der Verfahrensbeteiligten sind in den Anmeldungsunterlagen die Investitionen mit [...] Franken und der Einwohnerwert der Kläranlage mit [...] angegeben worden. Nach der Formel in der Richtlinie des Bundesamts für Energie hätten mindestens [...] Franken investiert werden müssen. Wenn also in der Anmeldung der Einsatz von fossilen Brennstoffen angegeben worden wäre, hätte aufgrund der Angaben in der Anmeldung ein sogenannter negativer Bescheid ausgestellt werden müssen (act. 4).
- 35 Weiter bringt die Verfahrensbeteiligte vor, dass die Beurteilungsperiode das ganze Kalenderjahr sei. Es sei zudem für jede Anlage typisch, dass sie einmal gewartet oder revidiert werden müsse; dies sei bereits in den Vergleichsperioden berücksichtigt. Weiter habe die Gesuchstellerin in ihrer Anmeldung eine jährliche Bruttostromerzeugung von [...] kWh/a in Aussicht gestellt, welche Grundlage für den positiven Bescheid gewesen sei (act. 4).

5 Anwendbares Recht

- 36 Grundsätzlich sind diejenigen Normen anwendbar, die im Zeitpunkt gelten, in welchem sich der massgebliche Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. WIEDERKEHR RENÉ in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 1, Bern 2012, Rz. 783 ff., siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6840/2015 vom 21. Dezember 2016, E. 3.1.2 sowie Verfügungen der ElCom 221-00229 vom 15. März 2016, Rz. 29 f. und 221-00232 vom 19. April 2016, Rz. 35).
- 37 Die Anlage wurde vorliegend am 22. September 2008 zur KEV angemeldet. Die Verfahrensbeteiligte hat der Gesuchstellerin mit Bescheid vom 15. Januar 2009 mitgeteilt, dass die Anlage die Bedingungen für die KEV erfülle. Der Bescheid stützt sich auf Artikel 7a EnG, welcher am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist. Artikel 3a Buchstabe b EnV verweist bezüglich der Steigerung der Elektrizitätserzeugung auf die Anhänge 1.1 bis 1.5 EnV. Anhang 1.5 EnV trat ebenfalls am 1. Januar 2009 in Kraft. Im Folgenden ist deshalb für die Zulassungsvoraussetzungen zur KEV die EnV mit Stand am 1. Januar 2009 anzuwenden.
- 38 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 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6840/2015 vom 21. Dezember 2016, E. 3.1.2 f. sowie Verfügungen der ElCom 221-00229 vom 15. März 2016, Rz. 31 und 221-00232 vom 19. April 2016, Rz. 36).

6 Anforderungen an die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage

6.1 Allgemeines

- 39 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 wurden in einer im Jahr 1994 erstellten Klärgasanlage drei BHKWs mit einer Leistung von je 88 kW_{el} ersetzt und ein BHKW mit einer Leistung von 240 kW_{el} installiert. Dank einem besseren Wirkungsgrad des neuen Aggregats sollte die Stromproduktion deutlich effizienter werden (act. 4, Beilage

3). Die erheblich erweiterte oder erneuerte Klärgasanlage wurde am 1. November 2013 in Betrieb genommen (act. 4, Beilage 1).

- 40 Die Verfahrensbeteiligte macht geltend, dass Anlagen gemäss Artikel 3a Absatz 3 EnV nicht als erheblich erweitert oder erneuert gelten, wenn von fossilem auf erneuerbaren Brennstoff umgestellt werde, ohne dass das Investitionskriterium erfüllt sei. Anstelle der Setzung auf den Marktpreis müsste der vollständige Ausschluss der Anlage aus der KEV und die Einleitung eines Strafverfahrens erfolgen (act. 4). Dem ist nicht zu folgen. Artikel 3a Absatz 3 EnV ist am 1. Oktober 2011 in Kraft getreten. Wie unter Rz. 36 f. ausgeführt wurde, wird für die Überprüfung der Zulassungsvoraussetzungen zur KEV die EnV mit Stand am 1. Januar 2009 angewendet. Artikel 3a Absatz 3 EnV ist daher vorliegend unbeachtlich.
- 41 Gemäss Anhang 1.5 Ziffer 6.1 Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) gelten übrige Biomasseanlagen als nicht erheblich erweitert oder erneuert, in denen von fossilen auf erneuerbare Brennstoffe umgestellt wird, ohne dass Investitionen nach Artikel 3a Buchstabe a getätigt werden. Für Klärgasanlagen ist eine solche Regelung hingegen nicht ersichtlich. Artikel 3a Absatz 3 EnV wurde vom Bundesrat deshalb neu eingeführt, weil bisher für Anlagen, die von fossilen auf erneuerbare Brennstoffe umstellten, keine KEV vorgesehen, dies allerdings auch nicht explizit ausgeschlossen war (vgl. Erläuternder Bericht des Bundesamts für Energie BFE zur Revision der Energieverordnung, 10. Februar 2011, S. 9, abrufbar unter: [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2029/Erl_Bericht_EnV_\(KEV\)_HKNV_d.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2029/Erl_Bericht_EnV_(KEV)_HKNV_d.pdf)). Die Heizung des Faulturmes muss im Normalbetrieb mit Abwärme erfolgen (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 20). Dies lässt den Schluss zu, dass die Prozesswärme in Ausnahmefällen ebenfalls mittels anderer Energieträger erzeugt werden könnte. Dass vorliegend die Klärgasanlage ebenfalls Erdgas für den Wärmeprozess verwendet hat, schliesst die Anlage daher nicht für die Zulassung zur KEV aus, auch wenn das Investitionskriterium gemäss Artikel 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009) nicht erfüllt wird.
- 42 In der Anmeldung an die Verfahrensbeteiligte hat die Gesuchstellerin für das Jahr 1 (2005) vor der Erweiterung eine jährliche Produktion von [...] kWh und für das Jahr 2 (2004) eine solche von [...] kWh angegeben. Diese Angaben wurden mit Unterschrift als richtig und vollständig bestätigt. Die Gesuchstellerin macht geltend, die Anmeldung sei nicht durch sie sondern in Vertretung erfolgt. Dem ist nicht zu folgen. In der Anmeldung ist als Antragstellerin die Firma [...] AG ersichtlich. Sie hat die Gesuchstellerin jedoch nicht vertreten, wie aus Punkt 49 der Anmeldung hervorgeht. Auf der Bestätigung der Anmeldung sind deshalb folgerichtig der Stempel der Gesuchstellerin und die Unterschrift des Geschäftsführers der Gesuchstellerin ersichtlich (act. 4, Beilage 3). Die Anmeldung ist somit durch die Gesuchstellerin selber und nicht in Vertretung erfolgt. Vorliegend wird geprüft, ob die Anlage die erforderliche Produktionssteigerung erfüllt oder nicht. Ein Verwaltungsstrafverfahren wurde nicht eröffnet.
- 43 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 1.5 Ziffer 5.1 EnV (Stand am 01.01.2009) erfüllen.

6.2 Investitionskriterium

- 44 Gemäss Artikel 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009) gelten Anlagen als erheblich erweitert oder erneuert, wenn (kumulativ):
- die Neuinvestitionen mindestens 50 Prozent der für eine Neuanlage erforderlichen Investitionen ausmachen,
 - nach Abzug der durch behördliche Auflagen bedingten Produktionseinschränkungen mindestens gleichviel Elektrizität wie bisher erzeugt wird und
 - deren Amortisationsdauer nach den Anhängen 1.1–1.5 zu zwei Dritteln abgelaufen ist.

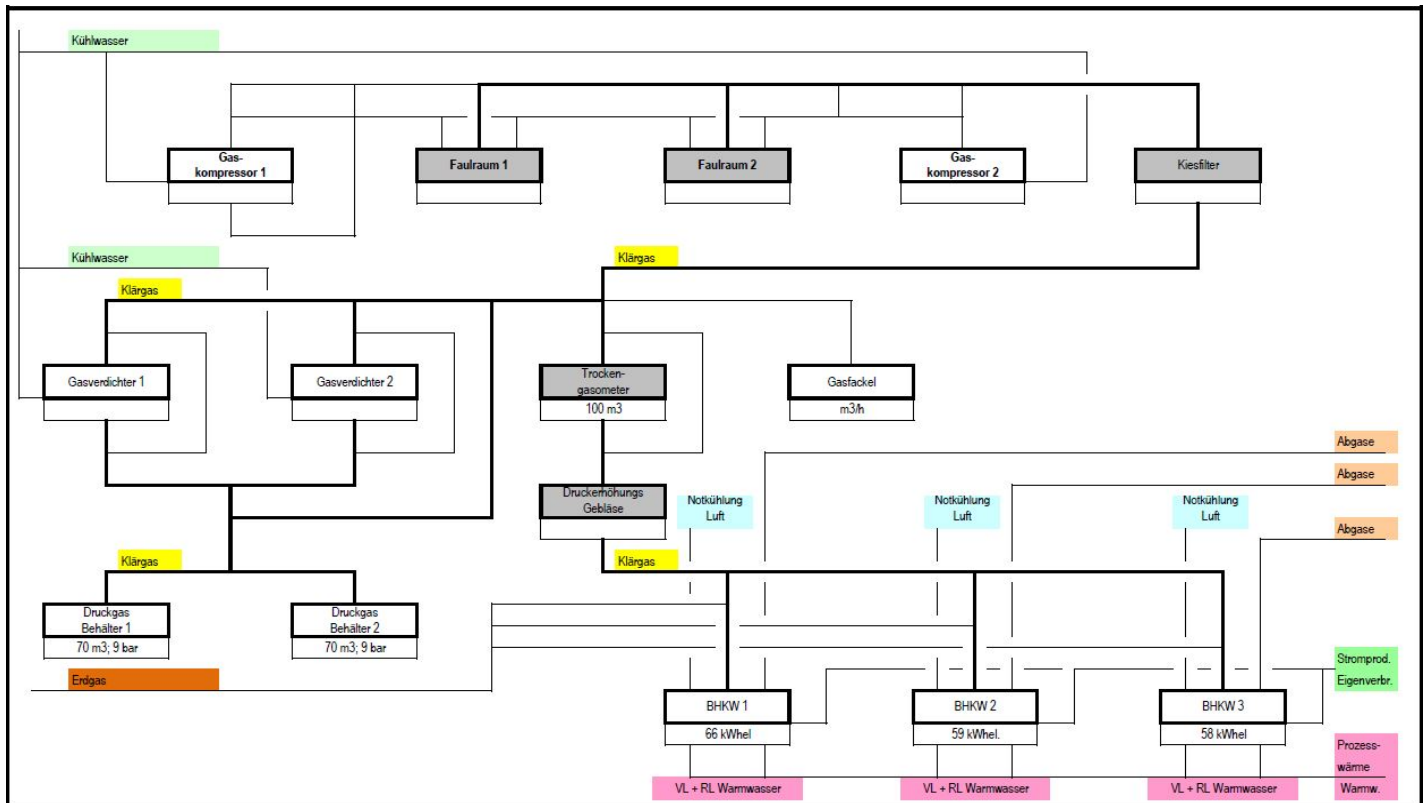
- 45 Gemäss der Formel des Bundesamtes für Energie muss für die Ermittlung der minimal notwendigen Neuinvestitionen (exkl. MWSt.) der Einwohnerwert mit dem Faktor 12.3 multipliziert werden. Die Einwohnerwerte werden bestimmt gemäss der VSA-Richtlinie «Definition und Standardisierung von Kennzahlen für die Abwasserentsorgung», Ausgabe vom September 2006, Kapitel 5.1 (vgl. Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung [KEV] Art. 7a EnG, Biomasse Anhang 1.5 EnV, Version 1.2 vom 23.01.2009, Ziffer 5.4, S. 8 ff.). Aus der Richtlinie ist ersichtlich, dass die errechneten erforderlichen Neuinvestitionen keine Mehrwertsteuer enthalten. In der Anmeldung wurde der Einwohnerwert mit [...] angegeben. Daraus ergeben sich die minimal notwendigen Neuinvestitionen (exkl. MWSt.) in der Höhe von [...] Franken ($[...] \times 12.3$). Die Berechnungsweise gemäss Richtlinie des Bundesamtes für Energie wurde von der Gesuchstellerin nicht bestritten. Die zu tätigenden Investitionen wurden in der Anmeldung mit [...] Franken beziffert, womit die Höhe der erforderlichen Neuinvestition nicht erreicht wird.
- 46 Die Gesuchstellerin rügt, dass es nicht gerechtfertigt sei, die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen. Dem ist nicht zu folgen. Die durch die Formel des Bundesamtes für Energie errechnete erforderliche Investition enthält keine Mehrwertsteuer. Für die Feststellung, ob das Investitionskriterium im Ergebnis tatsächlich erfüllt wird, sind für den Vergleich ebenfalls die getätigten Investitionen ohne Mehrwertsteuer heranzuziehen.
- 47 Da die Voraussetzungen zur Erfüllung des Investitionskriteriums kumulativ erfüllt sein müssen, erübrigt sich die Prüfung der erforderlichen Produktion und der Amortisationsdauer. Die gemäss Anmeldung angegebenen, voraussichtlich zu tätigenden Investitionen erfüllen das Investitionskriterium für die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung nicht. Die tatsächlich getätigten Investitionen wurden von der Gesuchstellerin nicht belegt.

6.3 Steigerung der Elektrizitätsproduktion

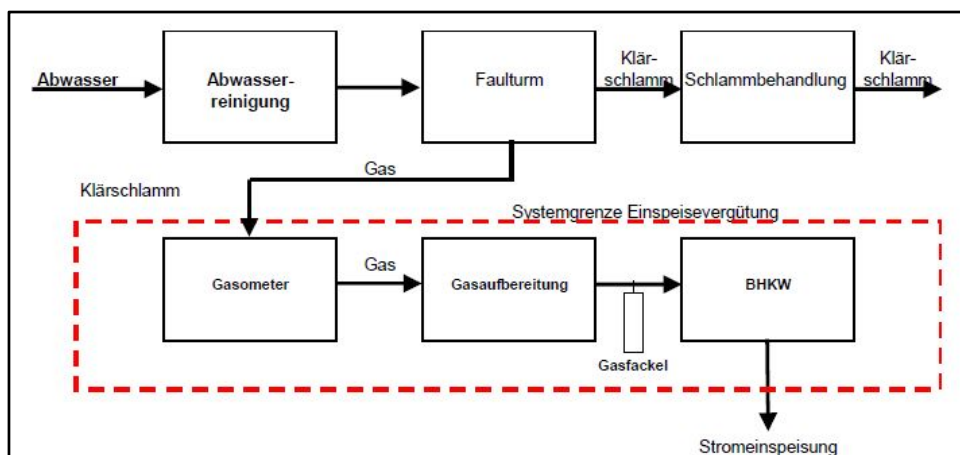
- 48 Erfüllt die Anlage das Investitionskriterium nicht, kann alternativ das Kriterium der Produktionssteigerung geprüft werden. Gemäss Artikel 3a Buchstabe b EnV in Verbindung mit Anhang 1.5 Ziffer 5.1 EnV (Stand am 01.01.2009) gelten Klärgasanlagen als erheblich erweitert oder erneuert, wenn sie ihre Elektrizitätsproduktion verglichen mit dem Durchschnitt der letzten zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006 um mindestens 25% steigern. Beim Kriterium der Steigerung der Elektrizitätsproduktion handelt es sich nicht um ein Eintrittskriterium für die KEV, welches einmalig erfüllt werden muss. Die Elektrizitätsproduktion einer Altanlage, welche aufgrund der erheblichen Produktionssteigerung zur KEV zugelassen wird, wird von der Verfahrensbeteiligten jährlich geprüft und mit der erforderlichen Mindestproduktion verglichen.
- 49 Die Höhe der Elektrizitätsproduktion der Klärgasanlage der Jahre 2004 und 2005 wird von den Parteien nicht bestritten. Die Gesuchstellerin macht aber geltend, bei den Angaben in der Anmeldung handle es sich um die Produktion aus Erdgas und Biogas. Richtigerweise hätte nur die Biogasproduktion angegeben werden sollen. Der Anteil der Produktion aus Erdgas sei kein Kriterium für die KEV-Vergütung. Aufgrund der Produktionssteigerung benötige die Klärgasanlage heute kein Erdgas mehr (act. 1, Beilage 5).
- 50 Wie unter Rz. 41 ausgeführt wurde, war für Anlagen, die von fossilen auf erneuerbare Brennstoffe umstellen, keine KEV vorgesehen. Solche Anlagen waren vor dem 1. Oktober 2011 aber auch nicht explizit ausgeschlossen. Deshalb ist die Klärgasanlage der Gesuchstellerin für die KEV ebenfalls zugelassen, wenn sie das Kriterium der Produktionssteigerung erfüllt. Fraglich ist, welche Elektrizitätsproduktion der Anlage der Jahre 2004 und 2005 für die Berechnung der erforderlichen Produktionssteigerung berücksichtigt werden muss. Es ist daher vorliegend zu beurteilen, ob nur die Elektrizitätsproduktion aus erneuerbaren Energien berücksichtigt wird oder ebenfalls die Elektrizitätsproduktion aus Erdgas, welches zusätzlich eingesetzt werden musste, wenn das Klärgas nicht ausreichte (act. 14).

6.3.1 Massgebliche Elektrizitätsproduktion

- 51 Als Klärgasanlage wird eine Anlage zur Nutzung von Klärgas aus Abwasserreinigungsanlagen bezeichnet (Anhang 1.5 Ziffer 2.3 EnV; Stand am 01.01.2009). Um Klärgas für die Elektrizitätsproduktion nutzen zu können, ist Wärme für den Faulprozess notwendig. Das Heizen des Faulturms erfolgt heute gemäss Anmeldung mittels Abwärme (act. 4, Beilage 3). Aus der Zusammenstellung der Produktionsdaten der Gesuchstellerin geht hervor, dass dafür seit 2012 kein Erdgas mehr eingesetzt wird (act. 1, Beilage 3). Vor der erheblichen Erweiterung oder Erneuerung der Klärgasanlage wurde teilweise für den Betrieb der BHKWs zusätzlich Wärme aus Erdgas eingesetzt, wenn das Klärgas nicht ausreichte. Die erforderliche Prozesswärme für den Faulprozess aus Erdgas wurde ebenfalls in den BHKWs produziert. Alle drei BHKWs wurden mittels Klär- und Erdgas betrieben. Die Gesuchstellerin hat folgendes Schema eingereicht (act. 14):



- 52 Der Begriff der Klärgasanlage wird im Energierecht nicht weiter ausgeführt. Gemäss Richtlinie des Bundesamts für Energie umfasst die Klärgasanlage als Systemgrenze für das Investitionskriterium den Gasometer, die Gasaufbereitung und das BHKW (vgl. Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung [KEV] Art. 7a EnG, Biomasse Anhang 1.5 EnV, Version 1.2 vom 23.01.2009, Ziffer 5.1, S. 8 ff.)



- 53 Aus der Richtlinie ist ersichtlich, dass das BHKW, welches Wärme und Elektrizität erzeugt, vom Begriff der Klärgasanlage umfasst ist. Liegen wie bei der Gesuchstellerin drei BHKWs vor, sind diese gesamthaft als eine Anlage zu betrachten.
- 54 Die Kompetenz zur Regelung, welche Anforderungen an Neuanlagen und an erneuerte Altanlagen gestellt werden, liegt gemäss Artikel 7a Absatz 2 EnG beim Bundesrat (vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, S. 1669). Diese Kompetenz hat der Bundesrat in der EnV wahrgenommen.
- 55 Gemäss Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) gelten Anlagen als erheblich erweitert oder erneuert, wenn die Elektrizitätserzeugung gemäss den Anforderungen nach den Anhängen 1.1–1.5 gesteigert wird. Nach Anhang 1.5 Ziff. 5.1 der EnV gelten Klärgasanlagen als erheblich erweitert oder erneuert im Sinne von Artikel 3a Buchstabe b EnV, wenn sie verglichen mit dem Durchschnitt der 2 vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006 ihre Elektrizitätsproduktion um mindestens 25% steigern. Aus dem Wortlaut der Bestimmung kann nicht geschlossen werden, dass nur die Elektrizitätsproduktion der Klärgasanlage aus erneuerbaren Energien relevant ist. Im Gegenteil wird undifferenziert der technologie neutrale Begriff «Elektrizitätsproduktion» verwendet.
- 56 Der Sinn des Begriffs «Elektrizitätsproduktion» in Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) ist daher mittels Auslegung zu ermitteln. Bei der Auslegung gelangen die grammatikalische, teleologische, systematische, historische und zeitgemässe Auslegungsmethode zur Anwendung, wobei keine Methode grundsätzlich Vorrang genießt. Es sollen jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 178 f.). Im Verwaltungsrecht steht dennoch die teleologische Auslegungsmethode im Vordergrund, da es stets um die Erfüllung bestimmter staatlicher Aufgaben und um die Verwirklichung bestimmter öffentlicher Interessen geht, die je einen besonderen Zweck erfüllen (vgl. WIEDERKEHR RENÉ, a.a.O., Rz. 951). Bei jungen Gesetzen ist insbesondere der Wille des historischen Gesetzgebers von erheblicher Bedeutung und darf nicht ohne weiteres übergangen werden (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 181).
- 57 Nach der *systematischen Auslegung* ist die Norm im Kontext zu deren Stellung im Erlass und der weiteren Rechtsordnung zu betrachten (vgl. TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016, §4, Rz. 21). Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) steht im Kapitel 2a «Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien nach Artikel 7a des Gesetzes». Nach Artikel 7a EnG sind die Netzbetreiber verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die gesamte Elektrizität aus Biomasse in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten, sofern sich diese Neuanlagen am betreffenden Standort eignen. Als Neuanlagen gelten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden. Die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Artikel 7a Absatz 1 EnG gilt damit für fossile Energien nicht (vgl. Verfügung der ElCom 941-09-037 vom 12. Mai 2011, Rz. 64). Vorliegend hat die Gesuchstellerin die erneuerte Anlage zur KEV angemeldet. Diese verwendet heute ausschliesslich Klärgas. Aus der Abnahme- und Vergütungspflicht kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass die bisherige Elektrizitätsproduktion einer Klärgasanlage bei der Festlegung der erforderlichen Mindestproduktion in erneuerbare und fossile Energien aufgeteilt werden muss.
- 58 Die Anschlussbedingungen für Biomasseanlagen sind im Anhang 1.5 der EnV (Stand am 01.01.2009) geregelt. Darunter fallen Kehrlichtverbrennungsanlagen, Schlammverbrennungsanlagen, Klärgas- und Deponiegasanlagen sowie übrige Biomasseanlagen. Bei den übrigen Wärme-Kraft-Koppelungsanlagen, welche Biomasse einsetzen, wird die Umstellung von fossilen auf erneuerbare Energien explizit erwähnt. Solche Anlagen gelten bei einer Umstellung nicht als erweiterte oder erneuerte Anlagen, ohne dass Investitionen nach Artikel 3a Buchstabe a EnV getätigt werden (Anhang 1.5 Ziffer 6.1 Buchstabe b EnV; Stand am 01.01.2009). Für Klärgasanlagen ist diese Einschränkung nicht vorgesehen (vgl.

Rz. 41). Bei einer Wärme-Kraft-Koppelungsanlage wird wie im BHKW Elektrizität und Wärme erzeugt. Die Klärgasanlage wird daher mit Blick auf die Regelung der übrigen Wärme-Kraft-Koppelungsanlagen bevorzugt behandelt. Denn die Klärgasanlage kann bei einer Umstellung von fossilen auf erneuerbare Energien auch von der KEV profitieren, wenn das Investitionskriterium nicht erfüllt ist. Bei Klärgasanlagen kann alternativ ebenfalls das Kriterium der erheblichen Produktionssteigerung geprüft werden. Werden als Referenzmenge für die Produktionssteigerung nur die erneuerbaren Energien berücksichtigt, würde dies einer weiteren Erleichterung für die Zulassung zur KEV gleichkommen. Die Klärgasanlage könnte mit noch weniger Investitionen das Kriterium für eine erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage erfüllen (zur Notwendigkeit von Investitionen als werterhaltende oder -erhöhende Massnahmen vgl. Rz. 61).

- 59 Schliesslich trägt Artikel 3a EnV den Titel «Erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage». Erneuert oder erweitert wird eine Anlage aber nur, wenn auch tatsächlich Investitionen getätigt werden. Die Berücksichtigung der Umstellung könnte dazu führen, dass eine Altanlage, welche vor der Umstellung einen hohen Anteil an fossilen Energien verwendet hat, von der KEV profitieren könnte, ohne Investitionen zu tätigen. Die *rechnerische* Berücksichtigung der Umstellung von fossilen Energien auf erneuerbare Energien führt aber noch nicht dazu, dass die Anlage auch erheblich erweitert oder erneuert wird. Dieser Systematik folgend, hat der Bundesrat auch per Oktober 2011 Artikel 3a Absatz 3 EnV der heute geltenden EnV eingeführt.
- 60 Aus der Systematik lässt sich daher ableiten, dass Klärgasanlagen, welche trotz Umstellung von fossilen auf erneuerbare Energien zur KEV zugelassen sind, die erhebliche Produktionssteigerung ebenfalls mit Blick auf ihre gesamte bisherige Elektrizitätsproduktion erfüllen müssen und die Umstellung von fossilen zu erneuerbaren Energien nicht berücksichtigt wird.
- 61 Die *teleologische Auslegung* fragt nach dem Ziel und Zweck der Norm. Das Energiegesetz soll allgemein zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung beitragen. Es legt zudem auch das Ziel fest, die Jahreserzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien zu erhöhen (Art. 1 EnG). Mit der Einführung der Abnahme- und Vergütungspflicht für erneuerbare Energien im Rahmen der kostendeckenden Einspeisevergütung KEV wollte der Gesetzgeber die Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien erhöhen (vgl. BBl 2005 1669). Von der KEV sollen nicht nur neue Anlagen profitieren, welche nach dem 1. Januar 2006 gebaut wurden. Auch die Erneuerung oder Erweiterung älterer Anlagen soll gefördert werden, damit deren Stilllegungen verhindert werden können (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6). Mit Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) soll sichergestellt werden, dass in Altanlagen investiert wird, damit diese weiterhin Elektrizität aus erneuerbaren Energien produzieren und der Betrieb nicht mangels Sanierungen eingestellt werden muss. Mit der Schliessung dieser Anlagen würde weniger Elektrizität aus erneuerbaren Energien produziert, was dem Ziel zuwider läuft, diese zu erhöhen. Die Berücksichtigung der Umstellung von fossilen zu erneuerbaren Energien kann jedoch dazu führen, dass eine Altanlage die KEV erhält, auch wenn keine oder nur wenige werterhaltende Investitionen getätigt werden. Die Stilllegung einer Anlage kann nicht damit verhindert werden, dass die Umstellung von fossilen auf erneuerbare Energien rechnerisch mitberücksichtigt wird. Die Stilllegung kann nur dadurch verhindert werden, wenn auch tatsächlich werterhaltend oder -erhöhend in die Anlage investiert wird.
- 62 Die *historische Auslegung* fragt nach dem Sinn der Norm zur Zeit ihrer Entstehung, der sich aus den Materialien ergibt (vgl. TSCHANNEN PIERRE, a.a.O., §4, Rz. 26 f.). Gemäss Bundesrat können Anlagen von der KEV profitieren, bei denen im Jahre 2006 oder später entweder grosse Investitionen getätigt wurden oder die eine markant gesteigerte Produktion aufweisen. Um zu verhindern, dass bestehende Anlagen mit einer Alibi-Investition und allenfalls gar ohne Mehrproduktion in den Genuss der kostenbasierten Vergütung gelangen, wurde in Buchstabe a die Mindestinvestition auf 50% des für eine neue Anlage gleicher Leistung erforderlichen Kapitals festgelegt. Wenn eine Anlage mit geringeren Investitionen eine Zusatzproduktion erreicht, trägt sie ebenfalls zum Gesamtziel (zusätzlich 5'400 GWh/a) bei,

ist deshalb förderungswürdig und soll daher die kostenbasierte Vergütung auch beanspruchen können (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6). Artikel 3 Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) regelt die Mindestanforderungen, welche eine Altanlage erfüllen muss, damit sie von der KEV profitieren kann. Es soll sichergestellt werden, dass die Altanlage mit der erheblichen Erneuerung oder Erweiterung die Elektrizitätsproduktion deutlich steigert, wenn das Investitionskriterium nicht erfüllt wird. Produktionsminderungen oder Alibi-Investitionen sollen verhindert werden.

- 63 Die vorliegende Klärgasanlage verwendet nun nur noch Klärgas. Das heisst, der Produktionsanteil der fossilen Energien fällt durch die Umstellung weg. Wird als Referenzmenge für die Produktionssteigerung nur die erneuerbare Energie berücksichtigt, hat dies Einfluss auf die erforderliche Mindestproduktion der Anlage und auf die tatsächliche Produktionssteigerung (Delta zwischen Gesamtproduktion vor Umstellung und Gesamtproduktion nach Umstellung). Dies ist in der nachfolgenden Tabelle anhand eines theoretischen Beispiels dargelegt:

			Referenzmenge nur erneuerbare Energien (e.E.)			Referenzmenge erneuerbare Energiern (e.E.) und fossile Energien		
			1	2	3	4	5	6
Gesamtprod. vor Erneuerung	fossil	erneuerbar	Mindestprod. nach Erweiterung (Ref.menge nur e.E.)	Erhöhung e.E.	Δ Gesamtproduktion	Mindestprod. nach Erweiterung (Ref.menge e.E. und fossil)	Erhöhung e.E.	Δ Gesamtproduktion
100'000 kWh	0%	100%	125'000 kWh	25'000 kWh	+25%	125'000 kWh	25'000 kWh	+25%
100'000 kWh	20%	80%	100'000 kWh	20'000 kWh	0%	125'000 kWh	45'000 kWh	+25%
100'000 kWh	50%	50%	62'500 kWh	12'500 kWh	-37.5%	125'000 kWh	75'000 kWh	+25%
100'000 kWh	90%	10%	12'500 kWh	2'500 kWh	-87.5%	125'000 kWh	115'000 kWh	+25%

(Abbildung 1)

- 64 Aus der Tabelle ist ersichtlich, dass bei der blossen Berücksichtigung der erneuerbaren Energien die erforderliche Mindestproduktion der erweiterten oder erneuerten Anlage kleiner wird, je grösser der Anteil der fossilen Energien der Altanlage ist (Spalte 1). Trotz der Erneuerung oder Erweiterung ist sogar eine Minderproduktion der Anlage möglich, wenn die Umstellung der Energieträger bei der Referenzmenge für die Produktionssteigerung berücksichtigt wird (Spalte 3). Dies würde dem Sinn der Energiegesetzgebung, auch zu einer ausreichenden Energieversorgung beizutragen (Art. 1 Abs. 1 EnG), widersprechen. Ebenfalls wird aus der Tabelle ersichtlich, dass die Produktion an erneuerbaren Energien nach der Umstellung mit Berücksichtigung der fossilen Energieträger viel stärker erhöht wird (Spalte 5). Damit entspricht die Berücksichtigung der fossilen Energien für die Bestimmung der massgeblichen Mindestproduktion auch dem Zweck des EnG, die Produktion mit erneuerbaren Energien zu fördern. Diese Auslegung stellt somit sicher, dass primär Anlagen von der KEV profitieren können, welche den Zielen der Energiegesetzgebung entsprechen.
- 65 Würde die Elektrizitätsproduktion der Klärgasanlage aus fossilen Energien bei der Referenzmenge für die Produktionssteigerung nicht berücksichtigt, könnte die Anlage bei der Umstellung der Energieträger

mit noch geringeren oder im Extremfall mit gar keinen Investitionen die erforderliche Produktionssteigerung erreichen und von der KEV profitieren. Dies im Vergleich mit einer Anlage, welche bereits ausschliesslich Elektrizität aus erneuerbaren Energien produzierte. Mit Blick auf die Gesamtproduktion ist sogar eine Minderproduktion der erweiterten oder erneuerten Anlage möglich (vgl. Rz. 63). Dies würde zu einer Ungleichbehandlung von Altanlagen führen, je nach Anteil der erneuerbaren und fossilen Energien. Für diese Ungleichbehandlung von Altanlagen ist kein sachlicher Grund ersichtlich. Es fehlen zudem Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber eine solche Ungleichbehandlung beabsichtigte oder Klärgasanlagen mehr als andere Anlagen fördern wollte. Dementsprechend sieht auch der heutige Artikel 3a Absatz 3 EnV vor, dass Anlagen, bei denen von fossilen auf erneuerbare Brennstoffe umgestellt wird, nicht als erheblich erweitert oder erneuert gelten, ohne dass werterhaltende oder -erhöhende Investitionen nach Absatz 1 Buchstabe a getätigt werden. Der Verordnungsgeber wollte mithin nicht Anlagen fördern, welche durch die blosser Umstellung von fossiler auf erneuerbare Produktion das Erfordernis der Produktionssteigerung erfüllen.

- 66 Die Klärgasanlage hat mit den bestehenden drei BHKWs die Elektrizitätsproduktion gemäss Anmeldung erreicht, dies teilweise mit Erdgas und mit Klärgas. Wie unter Rz. 41 ausgeführt wurde, waren Klärgasanlagen vor dem 1. Oktober 2011, welche von fossile auf erneuerbare Energien umstellten, nicht von der Zulassung zur KEV ausgeschlossen, auch wenn diese nicht vorgesehen war. Vorliegende Klärgasanlage kann daher von der KEV profitieren und ist förderungswürdig, wenn grosse Investitionen getätigt wurden oder wenn mit geringeren Investitionen eine erhebliche Produktionssteigerung erreicht werden kann. Dass eine Umstellung der Energieträger bei einer bereits bestehenden Klärgasanlage für die Bestimmung der Mindestproduktion berücksichtigt wird und die Elektrizitätsproduktion aufgeteilt werden soll in fossile und erneuerbare Energien, kann dem Willen des Bundesrates nicht entnommen werden. Ganz im Gegenteil hat er sich anlässlich der Revision doch dahingehend geäussert, dass für solche Anlagen eigentlich keine KEV vorgesehen ist (vgl. Erläuternder Bericht des Bundesamts für Energie BFE zur Revision der Energieverordnung, 10. Februar 2011, S. 9). Daraus kann geschlossen werden, dass der Bundesrat nicht noch zusätzlich eine weitergehende Bevorteilung von Klärgasanlagen wollte, indem die bisherige Elektrizitätsproduktion aus fossilen Energien nicht berücksichtigt wird.
- 67 Sowohl die teleologische als auch die historische Auslegung des Begriffs der «Elektrizitätsproduktion» kommen damit zum Schluss, dass die Klärgasanlage eine erhebliche Produktionssteigerung erreichen muss, ohne dass die Umstellung der Energieträger für die Bestimmung der massgeblichen Mindestproduktion berücksichtigt wird.
- 68 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bereits der Wortlaut «Elektrizitätsproduktion» gemäss Artikel 3a Buchstabe b in Verbindung mit Anhang 1.5 Ziffer 5.1 EnV (Stand am 01.01.2009) technologie-neutral ist und fossile wie auch erneuerbare Energien umfasst. Die systematische, teleologische sowie die historische Auslegung führen jeweils zum Schluss, dass bei der Berechnung der erforderlichen Mindestproduktion einer Klärgasanlage die gesamte bisherige Elektrizitätsproduktion aus Erdgas und aus Klärgas zu berücksichtigen ist, welche mit den drei BHKWs erzeugt wurde. Die Umstellung von fossilen auf erneuerbare Energien wird nicht berücksichtigt.
- 69 Massgebend für die Feststellung, ob die erforderliche jährliche Produktionssteigerung erfüllt wird, sind mithin die Angaben der Gesuchstellerin gemäss Anmeldung vom 22. Dezember 2008 (act. 4, Beilage 3):

Jahr	kWh/Jahr
2004	[...]
2005	[...]
Durchschnitt	[...]
Steigerung 25%	[...]

Die jährliche Stromproduktion für das Jahr 2014 betrug [...] kWh und für das Jahr 2015 [...] kWh. Die jährliche Mindestproduktion von [...] kWh ist somit in beiden Jahren nicht erreicht worden. Die Klärgasanlage hat die KEV für das Jahr 2014 erhalten, vorliegend sind nur die Anforderungen an die Mindestproduktion für das Jahr 2015 strittig.

6.3.2 Berücksichtigung Sanierung und Revisionen

- 70 Die Klärgasanlage hat die erforderliche Mindestproduktion für das Jahr 2015 nicht erreicht. Die Gesuchstellerin macht geltend, dass die Klärgasanlage vom 8. Juni bis am 23. Juli 2015 wegen Revisionsarbeiten eingestellt gewesen sei und während 320 Tagen [...] kWh produziert habe. Die Biogasanlage habe nach 20 Jahren saniert werden müssen. Mit Hochrechnung für ein volles Betriebsjahr seien es [...] kWh.
- 71 Die erforderliche Mindestproduktion für das Jahr 2015 beträgt [...] kWh (vgl. Rz. 69). Selbst mit der von der Gesuchstellerin vorgenommenen Hochrechnung wird diese Mindestproduktion nicht erreicht. Auf das Argument der Gesuchstellerin wird nachstehend trotzdem kurz eingegangen.
- 72 Weder dem Energierecht noch der Richtlinie des Bundesamts für Energie (Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung [KEV] Art. 7a EnG, Allgemeiner Teil, Version 1.6 vom 1. August 2016) kann entnommen werden, dass ein Stillstand der Produktion wegen Revisionsarbeiten berücksichtigt werden muss. Gemäss Wortlaut von Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) gelten Anlagen als erheblich erweitert oder erneuert, bei denen die geforderte Steigerung der Elektrizitätserzeugung erreicht wird. Klärgasanlagen müssen ihre Elektrizitätsproduktion verglichen mit dem Durchschnitt der letzten zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006 um mindestens 25% steigern (Anhang 1.5 Ziffer 5.1 EnV; Stand am 01.01.2009). Bereits dem Wortlaut kann entnommen werden, dass eine Steigerung der Produktion erreicht werden muss. Nicht erwähnt wird, dass eine Sanierung oder Revision der Anlage berücksichtigt werden muss und die Elektrizitätsproduktion hochgerechnet werden kann. Ebenfalls fehlen im Energierecht Ausführungen dazu, dass dem zuständigen Netzbetreiber oder der Verfahrensbeteiligten der Ausfall der Produktion und die Dauer von Revisionen oder Sanierungen gemeldet werden müssten.
- 73 Sanierungen und Revisionen gehören zum normalen Lebenszyklus einer Anlage dazu und müssen vom Produzenten regelmässig und mit Bedacht eingeplant werden. Im Idealfall werden diese dann durchgeführt, wenn die Elektrizitätsproduktion und der Elektrizitätsbedarf gering sind. Allenfalls sind mehrere kurze Revisionen mit Blick auf die Produktion vorteilhafter, als das Durchführen einer langwierigen Sanierung. All dies hat der Produzent sorgfältig abzuwägen. Könnte der Produzent die tatsächliche Stromproduktion hochrechnen und in jedem Fall weiterhin die KEV erhalten, sinkt sein Interesse an einer vorausschauenden Planung. Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass tatsächlich weniger Strom produziert wird als vor der erheblichen Erweiterung oder Erneuerung. Die Gesuchstellerin gibt an, dass die Anlage nach zwanzig Jahren habe saniert werden müssen. Dies knapp eineinhalb Jahre nach Inbetriebnahme der erheblich erweiterten oder erneuerten Anlage. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass eine Anlage, die gestützt auf die Produktionssteigerung KEV-berechtigt ist, die Vergütung für die gesamte Produktion erhält, also auch für die Produktion, die bereits aufgrund der vorbestehenden Anlage erreicht worden ist. Somit sind diese gegenüber von Neuanlagen, für die im Zeitpunkt der Erstellung 100% der Investitionen getätigt werden müssen, bessergestellt. Denn bei bestehenden Anlagen sind die ursprünglichen Investitionen bereits vor Jahren getätigt und ohne KEV als wirtschaftlich eingeschätzt worden. Eine solche Besserstellung der erweiterten oder erneuerten Anlage ist nicht gerechtfertigt, wenn weder namhafte Investitionen noch eine beachtliche effektive Mehrproduktion vorliegt (vgl. Verfügung der ElCom 221-00229 vom 15. März 2016, Rz. 43 und 221-00232 vom 19. April 2016, Rz. 63).
- 74 Der Verordnungsgeber wollte, dass bestehende Anlagen ebenfalls von der KEV profitieren können, wenn sie eine markant gesteigerte Produktion aufweisen. Er wollte aber verhindern, dass Anlagen mit einer Alibi-Investition oder gar ohne Mehrproduktion in den Genuss der KEV gelangen (vgl. Bundesamt

für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6). Weitere Aussagen dazu, dass eine Sanierung oder Revision der Anlage berücksichtigt wird und die Elektrizitätsproduktion hochgerechnet werden kann, lassen sich dem erläuternden Bericht nicht entnehmen. Jedenfalls hat der Bundesrat festgelegt, dass eine erhebliche Mehrproduktion erreicht werden muss, damit die Anlage förderungswürdig ist. Diese markant gesteigerte Produktion wird nur erreicht, wenn die Elektrizität tatsächlich produziert wird und nicht nur durch eine Hochrechnung ermittelt wird.

- 75 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass bereits der Wortlaut von Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) eine tatsächliche Produktionssteigerung erfordert. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass Sanierungen und Revisionen der Anlagen berücksichtigt werden und dass die tatsächliche Produktion hochgerechnet werden kann.

7 KEV-Vergütung oder Marktpreis

- 76 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 zuviel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Art. 3^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3^{ter} Abs. 2 EnV).
- 77 Für die Beurteilung, ob die Steigerung der Elektrizitätsproduktion im Jahr 2015 erreicht wurde, wird die Elektrizitätsproduktion der Anlage aus Klärgas und Erdgas der Jahre 2004 und 2005 berücksichtigt. Die Einstellung des Betriebs wegen Revisionsarbeiten im Jahr 2015 wird nicht berücksichtigt und die tatsächliche Elektrizitätsproduktion nicht hochgerechnet.
- 78 Die Gesuchstellerin erhielt 2014 die KEV-Vergütung. Dies obwohl die Anlage im Jahr 2014 eine Produktionsminderung auswies. Erst für das Jahr 2015 wurde die Anlage durch die Verfahrensbeteiligte auf den Marktpreis gesetzt. Dies erfolgte 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).
- 79 Gemäss Artikel 3^{quater} Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 3^{ter} Absätze 4 und 5 EnV kann die nationale Netzgesellschaft dem Produzenten eine angemessene Frist einräumen, wenn für das Nichterfüllen der Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung Gründe vorliegen, für die er nicht einzustehen hat und Massnahmen für deren Behebung möglich sind.
- 80 Liegen Gründe vor, für die der Produzent nicht eintreten muss und sind keine Massnahmen zur Behebung möglich, so kann die nationale Netzgesellschaft die Vergütung für eine angemessene Zeit gemäss Artikel 3^{quater} Absatz 3 EnV weiterhin leisten; diese Zeit darf höchstens einen Fünftel der Vergütungsdauer betragen. Danach wird die Anlage für die Zeit, während der die Anforderungen nicht eingehalten werden, auf den Marktpreis gesetzt.
- 81 Bei Sanierungen und Revisionen handelt es sich um Gründe, für welche die Gesuchstellerin einzustehen hat, da diese zum normalen Lebenszyklus einer Anlage gehören und vom Produzenten regelmässig mit Bedacht eingeplant werden müssen (vgl. Rz. 73). Selbst wenn es sich bei Sanierungen und Revisionen um Gründe handeln würde, für welche die Gesuchstellerin nicht eintreten müsste, hätte sie keinen Anspruch auf Gewährung einer Frist und auf Zahlung der KEV trotz Nichterfüllen der Mindestproduktion. Dies deshalb, weil es sich bei den rechtlichen Grundlagen um «kann»-Vorschriften handelt (vgl. Verfügung der ElCom 221-00232 vom 19. April 2016, Rz. 75). Schliesslich hätte die Gesuchstellerin die erforderliche Mindestproduktion selbst unter Berücksichtigung der Revisionen nicht erreicht.
- 82 Werden die Mindestanforderungen wieder eingehalten, so wird die Vergütung am Ende des Kalenderjahres ohne Zins gemäss Artikel 3^{ter} Absätze 3 EnV nachbezahlt.

8 Fazit

- 83 Als Referenzmenge gilt der Durchschnitt der gesamten Elektrizitätsproduktion der Klärgasanlage aus Klärgas und aus Erdgas gemäss Anmeldung vom 22. September 2008. Im Jahr 2004 wurden [...] kWh produziert und im Jahr 2005 [...] kWh. Mit der geforderten Steigerung von 25% resultiert daraus die erforderliche Mindestproduktion von jährlich [...] kWh.
- 84 Die Gesuchstellerin erreichte für das Jahr 2015 die erforderliche Steigerung der Elektrizitätsproduktion von [...] kWh nicht. Im Jahr 2015 wurden lediglich [...] kWh produziert. Sanierungen und Revisionen werden nicht berücksichtigt und die tatsächliche Elektrizitätsproduktion wird nicht auf ein ganzes Jahr hochgerechnet.
- 85 Die Klärgasanlage ist somit rückwirkend für das Jahr 2015 auf den Marktpreis zu setzen und die zuviel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten. Der Bescheid der Verfahrensbeteiligten vom 2. Mai 2016 ist somit nicht zu beanstanden. Werden die Mindestanforderungen in den Folgejahren wieder eingehalten, so wird die Vergütung am Ende des Kalenderjahres ohne Zins nachbezahlt.
- 86 Das Gesuch vom 31. Mai 2016 wird abgewiesen.

9 Gebühren

- 87 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).
- 88 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunde 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). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken.
- 89 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 KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3).
- 90 Der Bescheid der Verfahrensbeteiligten vom 2. Mai 2016 ist nicht zu beanstanden und die Klärgasanlage wird rückwirkend für das Jahr 2015 auf den Marktpreis gesetzt. Die Gesuchstellerin unterliegt mit ihren Anträgen auf Korrektur der Referenzmenge sowie auf Berücksichtigung der Einstellung des Betriebs aufgrund von Revisionsarbeiten. Die Verfahrenskosten werden vollumfänglich der Gesuchstellerin auferlegt.

III **Entscheid**

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Der Bescheid der Swissgrid AG vom 2. Mai 2016 wird bestätigt.
2. Das Gesuch vom 31. Mai 2016 der ARA [...] betreffend Korrektur der Referenzmenge für das Jahr 2004 und 2005 wird abgewiesen. Die Referenzmenge der Klärgasanlage ARA [...] für die Berechnung der erforderlichen Mindestproduktion für das Jahr 2004 beträgt [...] kWh und für das Jahr 2005 [...] kWh.
3. Die Klärgasanlage ARA [...] (KEV-Projekt [...]) wird für das Jahr 2015 auf den Marktpreis (Art. 3b^{bis} Abs. 2 EnV) gesetzt.
4. Die ARA [...] wird verpflichtet, die zu viel erhaltene Vergütung für das Jahr 2015 an die Swissgrid AG zurückzuerstatten.
5. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken und wird vollumfänglich der ARA [...] auf-
erlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
6. Die Verfügung wird der ARA [...] und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 11.04.2017

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer

Versand:

Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- Swissgrid AG, 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).