



Referenz/Aktenzeichen: 221-00232

Bern, 19.04.2016

---

---

## VERFÜGUNG

### der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: [...]

(Gesuchstellerin)

gegen **Swissgrid AG**, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick

(Verfahrensbeteiligte)

betreffend Bescheid der Swissgrid AG vom 27. März 2015 betreffend die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung 2014 (KEV-Projekt [...]): Anpassung des Vergütungssatzes für 2014 (Marktpreis), Rückerstattung der zu viel erhaltenen Vergütung.

# Inhaltsverzeichnis

<b>I</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>5</b>
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	Verfahrensgegenstand .....	9
7	Anforderungen an die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage .....	9
7.1	Allgemeines .....	9
7.2	Heranzuziehende Produktionsmenge .....	10
7.2.1	Massgeblichkeit für das Jahr 2014 .....	10
7.2.2	Feststellung der Mindestproduktionsmenge .....	11
7.3	Schwankendes Wasserangebot der [...] .....	12
7.4	Behördliche Auflage (neue Konzession) .....	12
7.5	Zwischenfazit .....	13
8	Massnahmen zur Produktionssteigerung .....	13
9	KEV-Vergütung oder Marktpreis .....	15
10	Fazit .....	15
11	Gebühren .....	16
<b>III</b>	<b>Entscheid</b> .....	<b>17</b>
<b>IV</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung</b> .....	<b>18</b>

# I Sachverhalt

- 1 Die Gesuchstellerin ist Betreiberin einer Kleinwasserkraftanlage (Kraftwerk [...]) an der [...] in [...], die sie am 2. Mai 2008 (Datum des Poststempels) für die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) anmeldete (act. 1, Beilage 5).
- 2 Die Kleinwasserkraftanlage wurde 1935 in Betrieb genommen und 1991 stillgelegt. In den Jahren 2006 bis 2008 sanierte die Gesuchstellerin als neue Betreiberin die Anlage (act.1, Beilage 3). Der Regierungsrat des Kantons [...] beschloss an seiner Sitzung vom 22. Juni 2005, die bestehende Wasserrechtskonzession in Bezug auf die Nutzwassermenge von 5.5 m<sup>3</sup>/s auf 6.5 m<sup>3</sup>/s zu erweitern und legte ausserdem neu eine Restwassermenge von 0.5 m<sup>3</sup>/s (500 l/s) fest (act. 11, Beilage 3).
- 3 Mit Bescheid vom 16. September 2008 teilte die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin mit, dass die Sanierung der Anlage die Bedingungen für die KEV erfülle, da die Elektrizitätsproduktion, verglichen mit den letzten zwei vollen Betriebsjahren, um mindestens 10 % gesteigert würde (act.1, Beilage 5).
- 4 Mit Schreiben vom 13. Oktober 2014 machte die Verfahrensbeteiligte die Gesuchstellerin darauf aufmerksam, dass die Anlage im Jahr 2013 die erforderliche Mindeststromproduktion nicht erreicht habe. Sie wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass, sofern die Mindeststromproduktion im Jahr 2014 wiederum nicht erreicht würde, die Anlage rückwirkend für das Jahr 2014 auf den Marktpreis gesetzt würde und die zu viel erhaltene Vergütung zurückzuerstatten sei. Ausserdem seien geplante Massnahmen zur Erreichung der Anforderungen mitzuteilen (act. 1, Beilage 2).
- 5 Mit Bescheid vom 27. März 2015 teilte die Verfahrensbeteiligte der Gesuchstellerin mit, dass die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung wiederum nicht erreicht worden seien. Aus diesem Grund setzte die Verfahrensbeteiligte die Anlage für das Jahr 2014 rückwirkend auf den Marktpreis und verlangte von der Gesuchstellerin die Rückerstattung der zu viel erhaltenen Vergütung (act. 1, Beilage 1).
- 6 Mit Schreiben vom 25. April 2015 wandte sich die Gesuchstellerin an die EICom (act. 1). Das Fachsekretariat der EICom (nachfolgend Fachsekretariat) eröffnete mit Schreiben vom 16. Juni 2015 ein Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) und räumte der Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit ein, sich zu den Vorbringen der Gesuchstellerin zu äussern (act. 4 und 5). Zwischenzeitlich zog die Gesuchstellerin ihren Antrag um aufschiebende Wirkung zurück (act. 6).
- 7 Die Verfahrensbeteiligte nahm mit Schreiben vom 17. Juli 2015 zur Angelegenheit Stellung (act. 7). Die Gesuchstellerin äusserte sich mit Eingabe vom 9. September 2015 zur Stellungnahme der Verfahrensbeteiligten. Sie stellte die folgenden bereinigten Anträge (act. 11):

*«Die minimal erforderliche Stromproduktion ist neu auf 900'000 kWh festzusetzen. [...]*

*Bei der Beurteilung der Jahresproduktion ist jedes Jahr zu berücksichtigen, dass die [...] nicht das ganze Jahr genügend Wasser zum vollen Betrieb der Anlage zur Verfügung stellt. [...] Diese Schwankungen sind bei der Beurteilung der Jahresproduktion zu berücksichtigen und der Produktion gutzuschreiben. [...]*

*Der Bescheid für das Jahr 2014 die Anlage auf den Marktpreis zu setzen ist aufzuheben. Die Anpassung des Verfügungssatzes ist zurückzunehmen. Unsere erbrachten und vorgesehenen Massnahmen zur Erlangung der normalen Produktion sind zu berücksichtigen. Es ist uns eine angemessene Frist für die Sanierung einzuräumen.»*

8 Mit Schreiben vom 2. Oktober 2015 liess sich die Verfahrensbeteiligte dazu vernehmen. Sie stellte folgenden Antrag (act. 13):

*«Die Begehren vom 25. April 2015 und vom 9. September 2015 seien vollumfänglich abzuweisen.*

*Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.»*

9 Das Fachsekretariat ersuchte die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 15. Oktober 2015, ihre Eingaben sowie den Sachverhalt zu erläutern (act. 16). Mit Eingabe vom 24. November 2015 erörterte die Gesuchstellerin die fraglichen Punkte und wünschte ausserdem eine persönliche Anhörung (act. 19).

10 Die Anhörung fand am 16. Dezember 2015 mit allen am vorliegenden Verfahren Beteiligten statt (act. 22 und 35).

11 Das Fachsekretariat ersuchte das Bundesamt für Energie mit Schreiben vom 7. Januar 2016 um einen Amtsbericht zur Frage der Anforderungen an die erheblich erweiterten oder erneuerten Anlagen (act. 28). Der Amtsbericht vom 19. Januar 2016 (act. 31) wurde den Parteien am 20. Januar 2016 zugestellt (act. 32 und 33).

12 Mit Schreiben vom 29. Februar 2016 teilte die Gesuchstellerin mit, die aktuellen Produktionswerte hätten sich nach Arbeiten an den Turbinen erhöht. Ausserdem erläuterte sie die geplanten Massnahmen (act. 36). Die Verfahrensbeteiligte nahm mit Schreiben vom 14. März 2016 dazu Stellung (act. 38).

13 Auf die übrigen Vorbringen der Parteien wird, soweit entscheidrelevant, im Rahmen der materiellen Beurteilung eingegangen.

## **II Erwägungen**

### **1 Zuständigkeit**

- 14 Die ECom beurteilt gemäss Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> 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).
- 15 Vorliegend sind die Anforderungen an die Mindeststromproduktion bei einer Erneuerung oder Erweiterung im Sinne von Artikel 7a EnG in Verbindung mit Artikel 3a Buchstabe b und Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV; SR. 730.01; Stand am 01.01.2009) umstritten. Dabei handelt es sich um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen nach Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG.
- 16 Die ECom ist damit für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig (Art. 25 Abs. 1<sup>bis</sup> EnG).

### **2 Parteien und rechtliches Gehör**

#### **2.1 Parteien**

- 17 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.
- 18 Die Gesuchstellerin hat bei der ECom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu.
- 19 Im vorliegenden Verfahren sind die Anforderungen an die Mindeststromproduktion bei einer Erneuerung oder Erweiterung im Sinne von Artikel 7a EnG in Verbindung mit Artikel 3a Buchstabe b und Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) und damit die Vergütung der KEV streitig.
- 20 Die Verfahrensbeteiligte ist mit der Abwicklung der KEV betraut (Art. 3g ff. EnV) und damit in ihrer Rechtsstellung berührt. Zudem war sie bereits in der streitigen Angelegenheit involviert. Sie verfügt daher ebenfalls über Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

#### **2.2 Rechtliches Gehör**

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

### **3 Feststellungsinteresse in Bezug auf die jährliche Mindestproduktionsmenge**

- 22 Eine Feststellungsverfügung ist zu erlassen, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen werden kann (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Der in Artikel 25 Absatz 2 VwVG verwendete Begriff des schutzwürdigen Interesses ist im Ergebnis gleich zu verstehen wie in Artikel 48 Absatz 1 Buchstabe c VwVG. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, dass ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses vorliegt. Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt voraus, dass keine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung ergehen kann. Die Feststellungsverfügung ist mithin subsidiär, wobei sie unter anderem zur vorgängigen Klärung gewisser grundlegender Fragestellungen erfolgen kann (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 Rz. 10 ff.). Mithin kann eine Feststellungsverfügung erlassen werden, wenn der Antragssteller an der Beseitigung einer Unklarheit über öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten interessiert ist, weil er sonst Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen (Urteil 1C\_6/2007 des Bundesgerichts vom 22. August 2007, E. 3.3).
- 23 Beim Antrag der Gesuchstellerin, 900'000 kWh/Jahr als die erforderliche jährliche Mindeststromproduktion anzuerkennen, handelt es sich um ein Feststellungsbegehren. 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 bereits im jetzigen Zeitpunkt. Auf das Feststellungsbegehren der Gesuchstellerin ist einzutreten.

## **4 Vorbringen der Parteien**

### **4.1 Argumente der Gesuchstellerin**

- 24 Die Gesuchstellerin beantragt, der Bescheid der Verfahrensbeteiligten vom 27. März 2015, der das Kleinwasserkraftwerk für das Jahr 2014 rückwirkend auf den Marktpreis setzt, sei aufzuheben (act. 1, Ziff. 4.2). Mit E-Mail vom 29. Juni 2015 zog die Gesuchstellerin den Antrag auf Aufschiebung der Anpassung des Vergütungssatzes für 2015 sowie der Rückzahlung der Vergütung für das Jahr 2014 zurück (act. 6).
- 25 Gemäss Gesuchstellerin beträgt die massgebliche minimal erforderliche Stromproduktion vorliegend 900'000 kWh/Jahr. Sie bringt dazu im Wesentlichen vor, die Anlage sei bis zu ihrer Stilllegung im Jahr 1991 nicht aufgrund der Konzession betrieben worden. Die vormaligen Besitzer hätten bis 1994 entgegen der Konzessionsmenge von 5.50 m<sup>3</sup>/s immer die nutzbare Wassermenge von 7.20 m<sup>3</sup>/s genutzt. Die Nutzwassermenge der [...] in den Jahren 1987 und 1988 sei durch diesen Umstand um rund 15 % bzw. 13 % erhöht gewesen, wodurch die Produktion um bis zu 30 % höher gewesen sei als dies unter Einhaltung der Konzessionsbedingungen möglich gewesen wäre. Dieser Umstand sei der Gesuchstellerin bisher nicht bekannt gewesen. Sie habe vielmehr in gutem Glauben darauf vertrauen können, dass der vorherige Betreiber die Vorgaben eingehalten hätte. Die Produktionsmenge der beiden letzten vollen Betriebsjahre der Anlage vor der Sanierung müsse entsprechend auf 800'000 kWh reduziert werden, womit die erforderliche Produktionssteigerung von 10 % für das Jahr 2014 erreicht wäre (act. 1, Ziff. 1.2 und 4.4 sowie act. 11, Ziff. 1 und 6.1).
- 26 Die Gesuchstellerin bringt sodann vor, die im Jahr 2005 vom Regierungsrat des Kantons [...] verfügte Restwassermenge (500 l/s [0.5 m<sup>3</sup>/s]; act. 11, Beilage 3) sei als behördliche Auflage gemäss Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b EnV (Stand am 01.04.2014) zu berücksichtigen. Diese habe je nach Was-

serangebot eine Reduktion der Nutzwassermenge von 7 bis 12 % zur Folge. Die alte Konzession habe keine Restwassermenge vorgesehen (act. 11, Ziff. 2).

- 27 Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, seit dem Unwetter im Sommer 2013 liege die Stromproduktion um rund 20 % tiefer als zu erwarten wäre (act. 1, Ziff. 3). Sie hätte bereits Massnahmen getroffen, die jedoch nicht den gewünschten Erfolg gebracht hätten (act. 35). Der Umstand, dass das Wasserangebot der [...] grossen Schwankungen unterworfen sei und für die Jahre 2009 und 2011 22 % bzw. 25 % unter dem Mittelwert von 1987/1988 gelegen habe, müsse ebenfalls berücksichtigt werden (act. 11, Ziff. 3).
- 28 Schliesslich beantragt die Gesuchstellerin die Einräumung einer angemessenen Frist für die Umsetzung der geplanten Massnahme zur Produktionssteigerung, nämlich der Abteufung der Kanalsohle im Unterwasser (act. 11, Ziff. 5 und 6.3). Mit dieser Massnahme würde eine Produktionssteigerung von rund 5 % erwartet (act. 19, Ziff. 2 und act. 36, Ziff. 2). Bisher sei sie aufgrund des strittigen Bescheides der Verfahrensbeteiligten noch nicht ausgeführt worden (act. 11, Ziff. 5 und 6.3). In den letzten Jahren seien bereits mehrere Massnahmen getroffen worden, die sich jedoch als erfolglos erwiesen hätten (act. 1, Ziff. 3). Nach Arbeiten an den beiden Turbinen Anfang 2016 habe jedoch die mögliche Ursache des Produktionsrückgangs eliminiert werden können. Es würden nun wieder Produktionswerte wie vor dem Unwetter 2013 erreicht (act. 36, Ziff. 1). Als Massnahme zur Verstetigung der Produktion werde nun neben der Abteufung der Kanalsohle (act. 36, Ziffer 2) auch ein Monitoring der Produktion eingeführt, durch das diese voraussichtlich zusätzlich um 1 % gesteigert werden könne (act. 36, Ziff. 3). Beim nächsten Hochwasser soll ausserdem die Anlage abgeschaltet und die Wehrklappen vollständig geöffnet werden, damit die Stauhaltung auf natürlichem Weg freigespült werden könne (act. 36, Ziff. 4).

## **4.2 Argumente der Verfahrensbeteiligten**

- 29 Die Verfahrensbeteiligte macht im Wesentlichen geltend, der Gesuchstellerin seien die Betriebsumstände der Anlage bis 1994 bekannt gewesen und diese habe in deren Kenntnis bei der Anmeldung zur KEV am 2. Mai 2008 eine erwartete Stromproduktion von 1'300'000 kWh/Jahr angegeben. Die Gesuchstellerin habe die Angaben zur Produktion der letzten zwei vollen Betriebsjahre 1987 und 1988 (1'155'000 und 1'109'000 kWh/Jahr) ausserdem unterschriftlich bestätigt. Diese von der Gesuchstellerin angegebenen Werte der Stromproduktion seien massgebend und könnten nachträglich nicht mehr abgeändert werden. Diese Angaben seien zudem die Grundlage gewesen, dass die Gesuchstellerin überhaupt einen positiven KEV-Bescheid erhalten habe (Art. 3g EnV) (act. 35). Ansonsten müsste eine neue Anmeldung zur KEV erfolgen und in Bezug auf die unwahren Angaben der vorliegenden KEV-Anmeldung eine Meldung an das für die Strafverfolgung zuständige Bundesamt für Energie (BFE) gemäss Artikel 28 Absatz 3 EnG erfolgen (act. 7, Ziff. 2 Bst. a).
- 30 Die Verfahrensbeteiligte führt weiter an, dass in Bezug auf die Konzessionsverletzung nichts bewiesen sei. Die Gesuchstellerin hätte bei der Anmeldung wissen müssen, wie viel die Anlage zu produzieren im Stande sei (act. 35).
- 31 Die Verfahrensbeteiligte bringt weiter vor, das Kleinwasserkraftwerk habe im Jahr 2014 lediglich 888'776.6 kWh Strom produziert, was einer Stromminderproduktion von 21 % statt einer Steigerung von mindestens 10 % entspreche (act. 7, Ziff. 2 Bst. b). Ausserdem sei die Berücksichtigung des Wasserangebotes unbeachtlich. Die Schwankungen seien insofern bereits berücksichtigt, als dass bei den massgeblichen Vergleichsjahren auf den Durchschnitt der letzten zwei vollen Betriebsjahre abgestellt würde (act. 7, Ziff. 3 Bst. c). Ausserdem würde die Vergleichsmenge auch unter Berücksichtigung der letzten 5 vollen Betriebsjahre rund 1'036'000 kWh betragen. Die 10 %-Produktionssteigerung sei bis jetzt noch nie erreicht worden (act. 35).

- 32 Weiter fügt sie an, dass die von der Gesuchstellerin geltend gemachte behördliche Auflage (Restwassermenge) vorliegend nicht zu berücksichtigen sei, da diese nur im Rahmen des Investitionskriteriums (Art. 3a Bst. a EnV; Stand am 01.01.2009) nicht aber des Kriteriums der Stromproduktionssteigerung genannt wird (Art. 3a Bst. b EnV; Stand am 01.01.2009) (act. 13).
- 33 Schliesslich zweifelt die Verfahrensbeteiligte an der Wirksamkeit der von der Gesuchstellerin vorgesehenen Massnahme, nämlich der Sanierung der Sohle des Unterwasserkanals (act. 35). Diese würde nur eine 5 %-ige Steigerung bringen. Durch das Monitoring würde die Produktion gemäss Gesuchstellerin um lediglich 1 % gesteigert werden. Diese Massnahmen würden somit langfristig nicht dazu beitragen, dass die Anforderungen an die Produktionssteigerung dauerhaft erfüllt werden würden (act. 38, Ziff. 2 Bst. b).
- 34 Zwar müsse die Gesuchstellerin nicht für die Unwetter im Sommer 2013 einstehen. Es sei jedoch davon auszugehen, dass keine Massnahmen möglich wären, damit die Anforderungen in Zukunft eingehalten werden könnten. Somit könne auch keine Frist im Sinne von Artikel 3<sup>ter</sup> Absatz 4 EnV eingeräumt werden. Zwar sei es auch in solchen Fällen möglich, die Vergütung während einer angemessenen Zeit weiterhin zu leisten. Diese Zeit dürfe jedoch gemäss Artikel 3<sup>quater</sup> Absatz 3 EnV höchstens ein Fünftel der Vergütungsdauer betragen. Vorliegend sei die KEV-Vergütung von Anfang 2009 bis Ende 2013 gewährt worden, ohne dass die Gesuchstellerin die Anforderungen an die wesentliche Erweiterung eingehalten hätte. Es sei also nicht mehr möglich, die KEV-Vergütung ohne Einhaltung der Anforderungen weiter auszuzahlen (act. 7, Ziff. 3, Bst. b und d).

## 5 Anwendbares Recht

Grundsätzlich sind diejenigen Rechtssätze massgebend, die im Zeitpunkt gelten, in welchem sich der massgebliche Sachverhalt verwirklicht hat. Dies gilt auch im Falle eines allfälligen Anspruchs auf Vergütung oder Rückerstattung oder aber der Auferlegung einer Pflicht (PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif – Volume I – Les fondements, 3e éd., Berne 2012 [nachfolgend: MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET], Kap. 2.4.2.3, S. 184 f., siehe auch Verfügung der ECom 221-00238 vom 17. September 2015, Rz. 31).

- 35 Die Anlage wurde vorliegend am 2. Mai 2008 zur KEV angemeldet. Die Verfahrensbeteiligte hat der Gesuchstellerin mit Bescheid vom 16. September 2008 mitgeteilt, dass die Sanierung der 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 1.1 EnV trat ebenfalls am 1. Januar 2009 in Kraft (siehe auch Verfügung der ECom 221-00238 vom 17. September 2015, Rz. 31). Im Folgenden ist deshalb für die Zulassungsvoraussetzungen zur KEV die EnV mit Stand am 1. Januar 2009 anzuwenden. Dies wird von den Parteien vorliegend nicht bestritten. Vielmehr stützen sich beide in ihren Vorbringen explizit auf Artikel 3a Buchstabe b in Verbindung mit Anhang 1.1 EnV mit Stand am 1. Januar 2009, der eine 10 % Steigerung der Elektrizitätserzeugung verlangt (act. 1 und act. 7).
- 36 Neue Verfahrensbestimmungen sind in der Regel sofort und in vollem Umfang anwendbar, sofern mit dem neuen Recht keine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen wird (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Kap. 2.4.2.3, S. 186). Die ECom wendet folglich bezüglich der Verfahrensfragen das aktuell geltende Recht an (vgl. insbesondere Kapitel 8 und 9; siehe auch Verfügung der ECom 221-00238 vom 17. September 2015, Rz. 32).

## **6 Verfahrensgegenstand**

- 37 Vorliegend ist einerseits in Bezug auf das Jahr 2014 zu prüfen, ob die Steigerung der Stromproduktion mindestens 10 % beträgt, und andererseits für die Zukunft die minimal erforderliche jährliche Produktionsmenge festzulegen (zum Feststellungsinteresse siehe Kapitel 3).
- 38 Betreffend das Jahr 2013 hat die Verfahrensbeteiligte in ihrer Stellungnahme vom 17. Juli 2015 bestätigt, dass die Gesuchstellerin für das ganze Kalenderjahr 2013 die KEV-Vergütung erhalten hat (act. 7, Ziff. 1 Bst. c). Auch eine Rückvergütung hat die Verfahrensbeteiligte für das Jahr 2013 nicht angeordnet. In der Tat weist die Verfahrensbeteiligte in ihrem Bescheid vom 13. Oktober 2014 lediglich in Bezug auf das Jahr 2014 auf die Möglichkeit hin, die Produktionsanlage rückwirkend auf den Marktpreis zu setzen (act. 1, Beilage 2). Die Gesuchstellerin hat somit betreffend das Jahr 2013 kein Rechtsschutzinteresse an einer Beurteilung durch die ECom, womit im vorliegenden Verfahren nicht weiter auf das Jahr 2013 einzugehen ist.
- 39 Ihren Antrag um aufschiebende Wirkung betreffend die Anpassung des Vergütungssatzes für das Jahr 2015 sowie betreffend die Rückzahlung der Vergütung für das Jahr 2014 (act. 1, Ziff. 4.3) hat die Gesuchstellerin am 29. Juni 2015 zurückgezogen (act. 6), womit dieser Antrag gegenstandslos geworden ist.

## **7 Anforderungen an die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage**

### **7.1 Allgemeines**

- 40 Gemäss Artikel 7a Absatz 1 EnG können Neuanlagen, das heisst Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden, von der KEV profitieren. Vorliegend wurde ein im Jahr 1991 stillgelegtes Kleinwasserkraftwerk nach einem Besitzerwechsel von 2006 bis 2008 saniert und anschliessend wieder in Betrieb genommen (act. 1, Beilage 3).
- 41 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 Stromproduktionssteigerung nach Artikel 3a Buchstabe b in Verbindung mit Anhang 1.1 Ziffer 1.2 EnV (Stand am 01.01.2009) erfüllen. Das Investitionskriterium wird von den Parteien nicht geltend gemacht, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.
- 42 Das Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung ist entweder bei Anlagen erreicht, die ihre Elektrizitätsproduktion verglichen mit dem Durchschnitt der letzten zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006 um mindestens 20 % steigern (Artikel 3a Buchstabe b i.V.m. Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe a EnV; Stand am 01.01.2009) oder bei solchen, die ihre Elektrizitätsproduktion verglichen mit den letzten zwei vollen Betriebsjahren vor der Stilllegung um mindestens 10 % steigern (Art. 3a Bst. b i.V.m. Anhang 1.1 Ziff. 1.2 Bst. b EnV; Stand am 01.01.2009). Dass für den vorliegenden Fall entgegen der Ausführungen in den Bescheiden der Verfahrensbeteiligten vom 13. Oktober 2014 (act. 1, Beilage 3) und 27. Mai 2015 (act. 1, Beilage 2) eine Steigerung von 10 % und nicht von 20 % (vgl. dazu Anhang 1.1 Ziff. 1.2 Bst. a EnV gemäss Fassung vom 01.01.2009 bzw. Anhang 1.1 Ziff. 1.2.1 EnV gemäss Fassung vom 01.10.2011) massgeblich ist, hat die Verfahrensbeteiligte in ihrer Stellungnahme vom 17. Juli 2015 selbst klargestellt (act. 7, Ziff. 1 Bst. b).
- 43 Als Vergleichszeitraum im Sinne von Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) gelten wie erwähnt die letzten zwei vollen Betriebsjahre vor der Stilllegung. Die Stilllegung des Kraftwerks [...] erfolgte im Jahr 1991. Den von der Gesuchstellerin eingereichten Produktionsdaten (act. 1,

Beilage 4) lässt sich eine markante Reduktion der Produktionsmenge ab 1989 bis zur Stilllegung entnehmen. Die letzten vollen Betriebsjahre dürften deshalb in der Tat die Jahre 1987 und 1988 darstellen. Sowohl die Gesuchstellerin als auch die Verfahrensbeteiligte gehen von diesen zwei Jahren als die letzten vollen Betriebsjahre aus.

- 44 In den Jahren 1987 und 1988 betrug die von den früheren Betreibern genutzte Wassermenge nach Angaben der Gesuchstellerin 140'085'000 m<sup>3</sup>/Jahr und 133'328'000 m<sup>3</sup>/Jahr, das heisst im Durchschnitt 136'706'500 m<sup>3</sup>. Produziert wurden damit 1'155'000 kWh im Jahr 1987 und 1'109'000 kWh im Jahr 1988 (in act. 11, Beilage 2 sind die Werte vertauscht; als Basis sind deshalb die Produktionsmengen gemäss act. 1, Beilage 4 zu verwenden, wobei dies am Durchschnitt der beiden Jahre nichts ändert), das heisst im Durchschnitt 1'132'000 kWh (act. 1, Beilage 4 und act. 11, Beilage 2).
- 45 Im Kalenderjahr 2014 hat das Kleinwasserkraftwerk 888'776.6 kWh Strom produziert (act. 1, Beilage 1). Diese Produktionsmenge wird von der Gesuchstellerin nicht bestritten und liegt gegenüber dem Vergleichswert von 1'132'000 kWh rund 243'223 kWh tiefer, was einer Reduktion der Produktionsmenge von rund 21 % entspricht. Um die benötigte Steigerung von 10 % zu erreichen, hätte die Gesuchstellerin 1'245'200 kWh produzieren müssen. Diese macht jedoch geltend, einerseits sei der Vergleichswert von 1'132'000 kWh zu hoch (vgl. Rz. 25 ff.) und andererseits seien das schwankende Wasserangebot und die (neu) festgelegte Restwassermenge der Produktion anzurechnen (act. 11)
- 46 Nachfolgend zu beurteilen sind die massgebliche als Vergleichswert heranzuziehende jährliche Mindestproduktionsmenge, das schwankende Wasserangebot sowie das Vorhandensein einer behördlichen Auflage im Sinne von Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b EnV (Restwassermenge).

## **7.2 Heranzuziehende Produktionsmenge**

### **7.2.1 Massgeblichkeit für das Jahr 2014**

- 47 Wie sich im Folgenden zeigen wird, ist für das Jahr 2014 irrelevant, ob die aufgrund einer mutmasslichen Überschreitung der konzessionierten Wassermenge tatsächlich produzierte Strommenge oder die hypothetische Strommenge, die bei Einhaltung der Konzession produziert worden wäre, als Vergleichswert massgeblich ist.
- 48 Nimmt man die genutzte Abflussmenge, die von der Gesuchstellerin für die Jahre 1987 und 1988 angegeben wurde (act. 11, Beilage 2), und rechnet sie auf m<sup>3</sup>/s zurück, so erhält man unter Berücksichtigung von 347 Produktionstagen (vgl. act. 11, Beilage 2, Summe der Tage in der «Auflistung der genutzten Wassermengen zwischen den einzelnen Tagesintervallen») im Durchschnitt eine genutzte Wassermenge von rund 4.67 m<sup>3</sup>/s (140'085'000/347/24/3600) für das Jahr 1987 und von rund 4.45 m<sup>3</sup>/s (133'328'000/347/24/3600) für das Jahr 1988. Diese Werte liegen unter den konzessionierten 5.5 m<sup>3</sup>/s. Bei dieser Berechnung bleibt jedoch die wasserreiche Zeit des Jahres unberücksichtigt. Gemäss der «Auflistung der genutzten Wassermengen zwischen den einzelnen Tagesintervallen» (act. 11, Beilage 2) wurde im Jahr 1987 während den Perioden in den ersten acht Spalten und im Jahr 1988 während den Perioden in den ersten sieben Spalten über die konzessionierte Menge von 5.5 m<sup>3</sup>/s produziert. Reduziert man nun rechnerisch die mutmasslich genutzte Wassermenge in diesen Perioden auf die konzessionierten 5.5 m<sup>3</sup>/s und summiert diese zur Nutzwassermenge der Perioden, in welchen die Wassermenge unter 5.5 m<sup>3</sup>/s lag, so ergibt sich für das Jahr 1987 eine jährliche Nutzwassermenge von 120'934'944 m<sup>3</sup> (5.5 m<sup>3</sup>/s x 160 Tage x 24 Stunden x 3600 Sekunden zzgl. Wassermenge übrige Tage gemäss act. 11, Beilage 2) für das Jahr 1987 und eine solche von 117'218'880 m<sup>3</sup> (5.5 m<sup>3</sup>/s x 137 Tage x 24 Stunden x 3600 Sekunden) für das Jahr 1988, im Durchschnitt 119'076'912 m<sup>3</sup>/Jahr.

- 49 Im Jahr 1987 wurden bei einer Nutzwassermenge von 140'085'000 m<sup>3</sup> 1'155'000 kWh Strom produziert (vgl. act. 11, Beilage 2). Bei einer hypothetischen Nutzwassermenge von 120'934'944 m<sup>3</sup>/Jahr (siehe Rz. 48) wären entsprechend 997'110 kWh produziert worden. Im Jahr 1988 wurden bei einer Nutzwassermenge von 133'328'000 m<sup>3</sup> 1'109'000 kWh Strom produziert (vgl. act. 11, Beilage 2). Bei einer hypothetischen Nutzwassermenge von 117'218'880 m<sup>3</sup>/Jahr (siehe Rz. 48) wären entsprechend 975'008 kWh produziert worden. Im Durchschnitt wären somit in den Jahren 1987 und 1988 rund 986'059 kWh produziert worden.
- 50 Würde dieser Wert als Referenz der nach Artikel 3a Buchstabe b in Verbindung mit Anhang 1.1 EnV (Stand am 01.01.2009) notwendigen 10 %-igen Produktionserhöhung genommen, hätte die Gesuchstellerin im Jahr 2014 mindestens 1'084'665 kWh/Jahr produzieren müssen. Im Jahr 2014 hat sie jedoch lediglich 888'776.6 kWh produziert (act. 1, Beilage 1).
- 51 Auch wenn die angebliche Überschreitung der Konzession in der Vergangenheit Auswirkungen auf die erforderliche Mindestproduktion hätte, so hätte die Gesuchstellerin ihre Produktion für das Jahr 2014 dennoch nicht genügend steigern können.

## 7.2.2 Feststellung der Mindestproduktionsmenge

- 52 Wie bereits erwähnt (vgl. Kapitel 3) verfügt die Gesuchstellerin vorliegend über ein schutzwürdiges Interesse an der Festlegung der minimal erforderlichen Produktionsmenge. Die Gesuchstellerin beantragt, diese sei auf jährlich 900'000 kWh festzulegen. Dazu macht sie im Wesentlichen geltend, die vormaligen Betreiber hätten über die Konzession produziert, weshalb die Referenzmenge für die 10 %-ige Produktionssteigerung zu hoch angesetzt worden sei. Weder in ihren Eingaben (act. 1, 11 und 19) noch an der persönlichen Anhörung (act. 35) konnte die Gesuchstellerin jedoch ihre Annahme beweisen. Zwar legt sie dar, dass dem damaligen Anlagebetreiber im Jahr 1933 die Bewilligung erteilt worden war, das Schluckvermögen der einen Turbine von 2100 l/s auf 2910 l/s zu erweitern. Die Konzession wurde jedoch nicht erhöht (act. 19, Beilage 2). Ein entsprechendes Gesuch des vormaligen Betreibers, die Konzession auf 7 m<sup>3</sup>/s zu erhöhen, wurde 1935 abgewiesen (act. 19, Beilage 3).
- 53 Mit Hilfe der von der Gesuchstellerin eingereichten technischen Skizzen, welche die Leistung der Turbinen in Abhängigkeit der Durchflussmenge darstellen (act 19, Beilagen 5 und 6) lässt sich abschätzen, dass die Produktion von 1'155'000 kWh im Jahr 1987 bzw. 1'109'000 kWh im Jahr 1988 auch ohne Verletzung der Konzession möglich war (act. 25). Die Gesuchstellerin bringt jedoch vor, es sei aufgrund des schlechten Zustandes der Anlage und der klimatischen Bedingungen damals nicht möglich gewesen, mit einer Nutzwassermenge von nur 5.5 m<sup>3</sup>/s diese Produktionsmenge zu erreichen (act. 30).
- 54 Nach Artikel 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Bildet ein Begehren eines Privaten Ausgangspunkt des Verfahrens, gilt eine eingeschränkte Untersuchungspflicht der Behörde und Artikel 8 ZGB ist anwendbar (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] vom 1. Dezember 2010 [A-3284/2009, E. 6.4.1]).
- 55 Die Gesuchstellerin hat vorliegend den Beweis für ihre Vorbringen nicht erbracht. Aus diesem Grund kann vorliegend offen bleiben, ob bei einer Verletzung der Konzession in den Referenzjahren 1987 und 1988 dieser Umstand bei der heranzuziehenden minimalen Produktionsmenge zu berücksichtigen ist. Massgebend ist vorliegend deshalb die tatsächlich im Jahresdurchschnitt 1987 und 1988 produzierte Elektrizität. Die massgebliche Referenzmenge gemäss Artikel 3a Buchstabe b i.V.m. Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) beträgt somit 1'132'000 kWh (vgl. Rz. 44), die erforderliche jährliche Mindestproduktion entsprechend 1'245'200 kWh (vgl. Rz. 45).

### 7.3 Schwankendes Wasserangebot der [...]

- 56 Ferner ist die Frage zu beantworten, ob die Schwankungen des Wasserangebotes der [...] zu berücksichtigen sind.
- 57 Zum einen lagen saisonal bedingte Schwankungen bereits in den Vergleichsjahren 1987 und 1988 vor. Zum anderen zeigt die von der Gesuchstellerin eingereichte Auswertung der Wassermengen (vgl. act. 11, Beilage 2, «Auswertung der Wassermengen einzeln und in Bezug auf das Jahresmittel von 1987 und 1988») keine markante und nachhaltige Verringerung des Wasserangebots seit 1987.
- 58 Auch gemäss Richtlinie des BFE (Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung [KEV] Art. 7a EnG, Allgemeiner Teil, Version 1.5 vom 01.01.2015, S. 13, zu Art. 3i<sup>quater</sup> Abs. 1 EnV) ist bezüglich der Anforderungen an die erhebliche Erneuerung oder Erweiterung ein schwankendes Wasserangebot nicht zu berücksichtigen (zum Vorhandensein eines Grundes, für welchen die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat [Art. 3i<sup>quater</sup> Abs. 3 EnV], vgl. Kapitel 8).

### 7.4 Behördliche Auflage (neue Konzession)

- 59 Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, wegen der Auflage in der neuen Konzession (neu festgelegte Restwassermenge von 500 l/s [0.5 m<sup>3</sup>/s]) und der daraus folgenden geringeren Nutzwassermenge weniger produzieren zu können. Es handle sich dabei um eine behördliche Auflage im Sinne von Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b EnV (Stand am 01.04.2014) (act. 11).
- 60 Vorliegend wird in Bezug auf die Erweiterung oder Erneuerung nicht auf das Investitionskriterium gemäss 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009), sondern auf das Kriterium der Steigerung der Elektrizitätsproduktion gemäss 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) abgestellt. Die Berücksichtigung von behördlichen Auflagen wird in der EnV jedoch ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Investitionskriterium erwähnt. Der Wortlaut der Bestimmung ist klar. Auch den Materialien lässt sich nichts Abweichendes entnehmen (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6).
- 61 In der Rechtsetzung gilt das Gebot der Rechtsgleichheit. Dieses ist insbesondere dann verletzt, wenn hinsichtlich entscheidwesentlicher, vergleichbaren Tatsachen rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die kein sachlicher Grund ersichtlich ist (vgl. RENÉ WIEDERKEHR in: Wiederkehr/Richli [Hrsg.], Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 1, Bern 2012, Rz. 1543 ff.). Fraglich ist somit, ob bei den Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung gemäss Artikel 3a Buchstabe a und Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand 01.01.2009) vergleichbare Sachverhalte vorliegen und wenn ja, ob ein sachlicher Grund die unterschiedliche Berücksichtigung der behördlichen Auflagen beim Investitions- und Produktionskriterium rechtfertigt.
- 62 Betreiber einer Anlage, welche das Investitionskriterium gemäss Artikel 3a Absatz 1 EnV erfüllen, tätigen besonders grosse finanzielle Anstrengungen, um ihre bestehende Anlage über eine längere Zeit funktionstüchtig zu halten. Um Alibi-Investitionen zu verhindern, wurde die Schwelle bei 50 % angesetzt (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6). Ist es aufgrund von behördlichen Auflagen nicht möglich, gleich viel Elektrizität wie vor der Erweiterung oder Erneuerung zu produzieren, soll dies gemäss Amtsbericht des Bundesamts für Energie BFE nicht zum Ausschluss von der KEV führen. Betreiber solcher Anlagen würden kaum hohe Investitionen tätigen, wenn sie keine KEV erhalten. Das hätte zur Folge, dass diese älteren Anlagen nach einiger Zeit stillgelegt und gar keinen Strom mehr produzieren würden. Daher seien bei Anlagen, in welche hohe Investitionen getätigt werden, behördliche Auflagen zu berücksichtigen (act. 31, S. 2).

- 63 Zur Erfüllung des Produktionskriteriums müsse gemäss Amtsbericht des BFE vom 19. Januar 2016 bei Wasserkraftanlagen eine effektive Zusatzproduktion vorliegen, damit sie als förderungswürdig betrachtet werden. Würde eine Produktionseinschränkung auf Grund behördlicher Auflagen berücksichtigt, könnte es sein, dass eine Anlage am Schluss sogar weniger Elektrizität produziert als vor der Erweiterung oder Erneuerung. Anlagenbetreiber, die keine besonders grossen finanziellen Anstrengungen im Sinne von Artikel 3a Absatz 1 EnV unternommen hätten und somit das Investitionskriterium nicht erfüllten, seien finanziell weniger auf die KEV angewiesen als die Anlagenbetreiber, die diese Voraussetzungen erfüllen. Deshalb sei die Erleichterung der Berücksichtigung behördlicher Auflagen beim Produktionskriterium bewusst nicht aufgenommen worden. Zu berücksichtigen sei ebenfalls, dass eine Anlage, die gestützt auf Artikel 3a EnV in die KEV kommt, die Vergütung für die gesamte Produktion erhalte. Also auch für die Produktion, die bereits aufgrund der vorbestehenden Anlage erreicht worden sei. Dadurch seien diese Anlagenbetreiber gegenüber von Betreibern von Neuanlagen, die im Zeitpunkt der Erstellung 100 % der Investitionen tätigen müssen, auf eine gewisse Art bessergestellt. Denn bei bestehenden Anlagen seien die ursprünglichen Investitionen bereits vor Jahren getätigt und ohne KEV als wirtschaftlich eingeschätzt worden. Eine solche Besserstellung der erweiterten oder erneuerten Anlage wäre nicht gerechtfertigt, wenn weder namhafte Investitionen noch eine beachtliche effektive Mehrproduktion vorliegen würde (act. 31, S. 2).
- 64 Gemäss den Ausführungen im Amtsbericht des BFE liegen zwei unterschiedliche Sachverhalte vor. Die rechtliche Unterscheidung beruht auf den unterschiedlich hohen Investitionen, welche in bereits bestehende Anlagen getätigt werden. Somit wird das Gebot der Rechtsgleichheit nicht verletzt, wenn bei Anlagen, welche das Investitionskriterium nicht erfüllen, die Anordnung behördlicher Auflagen nicht berücksichtigt wird (siehe auch Verfügung der ECom 221-00229 vom 15. März 2016).
- 65 Die Restwassermenge in der neuen Konzession stellt zwar eine behördliche Auflage im Sinne von Artikel 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009) dar, ist aber vorliegend – im Rahmen von Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) – nicht zu berücksichtigen.

## **7.5 Zwischenfazit**

- 66 Für die im Jahr 2014 erreichte Produktionsmenge ist eine mutmassliche Konzessionsverletzung in den Vergleichsjahren 1987/1988 irrelevant. In Bezug auf die für die Festlegung der zu erreichenden jährlichen Mindestproduktionsmenge, die insbesondere für die Zukunft von Interesse ist, kann offen bleiben, ob eine Konzessionsverletzung zu berücksichtigen wäre, da diese vorliegend nicht bewiesen werden konnte. Heranzuziehen ist deshalb die in den Vergleichsjahren 1987 und 1988 effektiv produzierte Strommenge von durchschnittlich 1'132'000 kWh.
- 67 Weder das schwankende Wasserangebot noch die behördliche Auflage (Restwassermenge) sind vorliegend bei der Festlegung der minimal erforderlichen Stromproduktion zu berücksichtigen. Allfällige Beschränkungen der nutzbaren Wassermenge oder unterdurchschnittliche Durchflussmengen sind somit der Produktionsmenge nicht anzurechnen.
- 68 Die minimal zu produzierende Strommenge beträgt somit 1'245'200 kWh und berechnet sich aus dem Durchschnitt der in den Jahren 1987 und 1988 effektiv produzierten Elektrizität zuzüglich 10 %  $([1'155'000 + 1'109'000] / 2 * 1.1; \text{vgl. Art. 3a Buchstabe b i.V.m. Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b EnV; Stand am 01.01.2009})$ .

## **8 Massnahmen zur Produktionssteigerung**

- 69 Die Gesuchstellerin verlangt ferner eine angemessene Frist zur Sanierung der Anlage (Abteufung der Kanalsohle) (act. 11). Gemäss Artikel 3<sup>Wasser</sup> Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 3<sup>er</sup> 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. Die Verfahrensbeteiligte forderte die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 13. Oktober 2014 auf, allfällige Massnahmen zur Erreichung der Anforderungen mitzuteilen (act. 1, Beilage 2). Die Gesuchstellerin macht jedoch geltend, ihr sei mit diesem Schreiben keine Frist zur Unterbreitung der Massnahmen gesetzt worden. Sie habe deshalb gedacht, dass sie genügend Zeit hätte, Abklärungen zu treffen und im Frühjahr 2015 die Antwort einzureichen (act. 1).

- 70 Zu beurteilen ist deshalb, ob der Gesuchstellerin eine Frist zur Umsetzung der geplanten Massnahmen nach Artikel 3i<sup>quater</sup> Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 3i<sup>ter</sup> Absatz 4 und 5 EnV zu gewähren ist. Gemäss Richtlinie des BFE (Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung [KEV] Art. 7a EnG, Allgemeiner Teil, Version 1.5 vom 01.01.2015, S. 13 letzter Absatz) stellt zum Beispiel die leichte Überschätzung des Wasserangebots in der Planungsphase einen Grund dar, für welchen der Produzent nicht einzustehen hat. Zu prüfen ist somit vorliegend in einem ersten Schritt, ob das Wasserangebot in der Planungsphase überschätzt wurde bzw. ob ein anderer Grund vorliegt, für welchen die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat. In einem zweiten Schritt ist zu beurteilen, ob die von der Gesuchstellerin vorgeschlagenen Massnahmen die notwendige Produktionssteigerung herbeizuführen vermögen.
- 71 Den Verfahrensakten lässt sich nicht entnehmen, ob und in welchem Ausmass die Gesuchstellerin in der Planungsphase das Wasserangebot überschätzt hat. Das Unwetter im Jahr 2013 kann nicht als wichtiger Grund gelten, wurde die notwendige Produktionsmenge doch auch vor dem Unwetter in den Jahren 2009-2012 nicht erreicht (vgl. act. 11, Beilage 2). Weitere Gründe für die Nichterreichung der notwendigen Produktionssteigerung, für welche die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat, wurden nicht vorgebracht und sind nicht ersichtlich.
- 72 Vorliegend legt die Gesuchstellerin dar, dass mit der Abteufung der Kanalsohle sowie dem Produktions-Monitoring die erwartete Produktionssteigerung 6 % betragen würde (act. 36, Ziff. 2 und 3). Die Abteufung der Kanalsohle könnte innerhalb eines Jahres realisiert werden. Zudem werde die Anlage beim nächsten Hochwasser abgeschaltet und die Wehrklappen vollständig abgesenkt, damit die Fließkraft der [...] erhöht und die Stauhaltung auf natürlichem Weg freigespült wird. Dadurch solle vermieden werden, dass sich zu viel Geschiebe ansammelt (act. 19, Ziff. 2 und 35). Zwar werden gemäss Gesuchstellerin seit Anfang 2016 wieder Produktionswerte wie vor dem Unwetter 2013 erzielt (act. 36, Ziff. 1). Auch in den Jahren vor 2014 wurde die erforderliche Produktionsmenge jedoch nie erreicht (vgl. Rz. 34). Eine 6 %-ige Steigerung der Produktion würde vorliegend nicht genügen, um die Anforderungen an die Mindestproduktion dauerhaft zu erfüllen. Die geplante Absenkung der Wehrklappen beim nächsten Hochwasser ändert daran ebenfalls nichts. Die minimal erforderliche Produktionsmenge wäre lediglich in den Jahren 2010, 2012 und 2013 (1'296'062, 1'275'816 und 1'300'302 kWh [effektiv produzierte Elektrizität zuzüglich 6 %]) erreicht worden, nicht jedoch in den Jahren 2009, 2011 und 2014 (866'550, 748'466 und 942'104 kWh [effektiv produzierte Elektrizität zuzüglich 6 %]) (act. 11, Beilage 2 und act. 30, Beilage 2).
- 73 Hinzu kommt, dass unsicher ist, ob mit den geplanten Massnahmen tatsächlich eine Produktionssteigerung von 6 % erzielt werden kann und ob die Abteufung der Kanalsohle tatsächlich in einem Jahr umgesetzt werden kann. Zu beachten ist, dass diverse bereits durchgeführte Massnahmen (vgl. act. 1, Ziff. 3) bislang nicht zur erforderlichen Produktionssteigerung führten. Insbesondere ist aber die Tatsache hervorzuheben, dass selbst die vorliegend gegenständliche erhebliche Erweiterung bzw. Erneuerung der Anlage nicht den gewünschten Erfolg brachte. So hat die Gesuchstellerin im Jahr 2009, im ersten Jahr nach der erheblichen Erneuerung bzw. Erweiterung, mit der Produktion von nur 817'500 kWh die Anforderung an die Produktionssteigerung bei weitem nicht erreicht (act. 11, Beilage 2). Trotzdem wurde ihr die Vergütung während fünf Jahren gewährt.

- 74 Daran ändern auch die 2016 an der Turbine vorgenommenen Arbeiten, welche zur Folge hätten, dass wieder die Produktionswerte wie vor dem Unwetter 2013 erreicht werden, nichts, wurde doch die Mindestproduktionsmenge auch vor dem Unwetter in den Jahren 2009-2012 nicht erreicht (vgl. act. 11, Beilage 2).
- 75 Schliesslich handelt es sich bei der entsprechenden rechtlichen Grundlage um eine «kann»-Vorschrift. Es besteht daher kein Anspruch auf Gewährung einer Frist. Unter den gegebenen Umständen erscheint die Gewährung einer Frist vorliegend nicht angemessen.

## 9 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 auf den jeweiligen Marktpreis gesetzt (Art. 3<sup>quater</sup> Abs. 1 i.V.m. Art. 3<sup>ter</sup> Abs. 2 EnV)..
- 77 Nach Artikel 3<sup>quater</sup> Absatz 3 EnV kann bei Nichterreichen der Mindestproduktion die Vergütung weiterhin geleistet werden, auch wenn keine Massnahmen zur Behebung möglich sind, sofern der Produzent nicht für die Gründe der Minderproduktion einzustehen hat. In diesen Fällen würde die maximale Vergütungsdauer einen Fünftel der Vergütungsdauer, also höchstens fünf Jahre, dauern.
- 78 Ein Grund für die Minderproduktion, für welchen die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat, ist wie bereits erwähnt nicht ersichtlich (vgl. Rz. 70 f.).
- 79 Zudem erreichte die Gesuchstellerin bereits 2009, das heisst im ersten Jahr nach der erheblichen Erweiterung bzw. Erneuerung, die erforderliche Mindestproduktion mit 817'500 kWh nicht (act. 11, Beilage 2). Sie erhielt jedoch von Anfang 2009 bis Ende 2013, also während fünf Jahren, weiterhin die KEV-Vergütung. Erst für das Jahr 2014 wurde sie durch die Verfahrensbeteiligte auf den Marktpreis zurückgesetzt. Da die Gesuchstellerin bereits während einem Fünftel der Vergütungsdauer die KEV-Vergütung erhalten hat, wurde sie für das Jahr 2014 zu Recht nach Artikel 3<sup>quater</sup> Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 3<sup>ter</sup> Absatz 2 EnV auf den Marktpreis gesetzt.

## 10 Fazit

- 80 Die Gesuchstellerin erreichte für das Jahr 2014 die erforderliche Mindestproduktion nicht. Diese beträgt vorliegend 1'245'200 kWh. Als Referenzmenge ist die in den Vergleichsjahren 1987/88 effektiv produzierte Elektrizität heranzuziehen, die 1'132'000 kWh/Jahr beträgt.
- 81 Schwankungen des Wasserangebotes der [...] können der jährlich erforderlichen Mindestproduktionsmenge nicht angerechnet werden. Ebensovienig kann die behördlich auferlegte Restwassermenge beim Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung berücksichtigt werden.
- 82 Der Antrag der Gesuchstellerin vom 9. September 2015, die minimal erforderliche Stromproduktion auf 900'000 kWh/Jahr festzusetzen, wird abgewiesen.
- 83 Trotz der erheblichen Erneuerung und mehreren Sanierungen konnte die erforderliche Mindestproduktion in den letzten sechs Jahren nicht erreicht werden. Der mögliche Erfolg der geplanten Massnahme (Abteufung der Kanalsohle) sowie das Monitoring der Produktion und die Absenkung der Wehrklappen genügen nicht zum dauerhaften Erreichen der erforderlichen Produktionsmenge. Da bereits während fünf Jahren die Vergütung ausbezahlt wurde und zudem kein Anspruch auf Fristgewährung («kann»-Vorschrift) besteht, ist vorliegend keine Frist zur Sanierung einzuräumen.

- 84 Die maximale Vergütungsdauer bei Nichterreichen der Mindestproduktion von einem Fünftel der Vergütungsdauer gemäss 3<sup>quater</sup> Absatz 3 EnV wurde vorliegend durch die KEV-Auszahlung von 2009 bis 2013 bereits erreicht. Ein Grund für die Minderproduktion, für welchen die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat, ist zudem nicht ersichtlich (vgl. Rz. 70 f.).
- 85 Das Kleinwasserkraftwerk ist somit rückwirkend für das Jahr 2014 auf den Marktpreis zu setzen. Der Bescheid der Verfahrensbeteiligten vom 27. März 2015 ist daher nicht zu beanstanden.

## 11 Gebühren

- 86 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung und Energieproduktion Gebühren (Art. 24 Abs. 1 EnG, Art.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).
- 87 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührensatz von 160 Franken pro Stunde (ausmachend [...]). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken.
- 88 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3). Vorliegend ist die Gesuchstellerin mit der Sache nicht durchgedrungen. Die Gebühr von [...] Franken wird daher vollständig der Gesuchstellerin auferlegt.

### **III      Entscheid**

#### **Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:**

1.    Der Bescheid der Swissgrid AG vom 27. März 2015 wird bestätigt.
2.    Die erforderliche jährliche Mindestproduktionsmenge beträgt 1'245'200 kWh. Die Schwankungen des Wasserangebotes sowie die behördlich angeordnete Restwassermenge werden bei der Steigerung der Elektrizitätsproduktion nicht berücksichtigt.
3.    Das Kleinwasserkraftwerk [...] (KEV-Projekt [...]) wurde für das Jahr 2014 zu Recht auf den Marktpreis gesetzt.
4.    Der Antrag um Einräumung einer Frist zur Umsetzung von Massnahmen wird abgewiesen.
5.    Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird vollumfänglich der [...] auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
6.    Die Verfügung wird der [...] und der Swissgrid AG mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 19.04.2016

#### **Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom**

Carlo Schmid-Sutter  
Präsident

Renato Tami  
Geschäftsführer

Versand:

#### Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- [...]
- Swissgrid AG, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick

#### Mitzuteilen an:

- Bundesamt für Energie, 3003 Bern

## **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).