



Referenz/Aktenzeichen: 943-11-007

Bern, 14. Juni 2012

VERFÜGUNG

der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

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

in Sachen: **Axpo Kleinwasserkraft AG,**
Flughofstrasse 54, 8152 Glattbrugg

(Gesuchstellerin)

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

(Verfahrensbeteiligte)

betreffend Kostendeckende Einspeisevergütung, Erweiterung Wasserkraftwerk Windisch,
Wasserbau-Bonus



Inhaltsverzeichnis

I Sachverhalt.....	3
II Erwägungen.....	7
1 Zuständigkeit.....	7
2 Parteien.....	7
3 Vorbringen der Parteien.....	8
3.1 Gesuchstellerin	8
3.2 Verfahrensbeteiligte	8
4 Feststellungsinteresse.....	9
5 Materielle Beurteilung.....	10
5.1 Rechtliche Grundlagen.....	10
5.2 Selbstständige Anlage.....	10
5.3 Frage des Wasserbau-Bonus	12
5.4 Anträge auf Anweisung zur Festlegung der KEV-Vergütung	12
5.5 Fazit.....	13
6 Gebühren.....	13
III Entscheid.....	14
IV Rechtsmittelbelehrung.....	16



I Sachverhalt

A.

- 1 Die Elaqua AG (neu: Axpo Kleinwasserkraft AG, Gesuchstellerin) betreibt mehrere Kleinwasserkraftwerke in der Schweiz. Unter anderem ist die Gesuchstellerin Betreiberin des Wasserkraftwerks Windisch (WKW Windisch) an der Reuss. Zur Erweiterung des bestehenden Kraftwerks sollen eine oder zwei Wehrturbinen installiert werden.
- 2 Die Gesuchstellerin meldete mit zwei Eingaben vom 19. November 2010 den geplanten Ausbau bei der swissgrid AG (Verfahrensbeteiligte) als Wasserkraftanlage zur kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) an (act. 1, Beilage). Eine Eingabe sieht eine Variante mit einer Wehrturbine vor: Die erwartete Stromproduktion beträgt [...] kWh/Jahr bei geplanten Investitionen von [...] Franken. Die andere Eingabe sieht eine Variante mit zwei Wehrturbinen vor, wobei die erwartete Stromproduktion das Doppelte betragen würde und sich die geplanten Investitionen auf [...] Franken beliefen. Für beide Varianten ging die Gesuchstellerin von einer Erweiterung einer bestehenden Anlage aus und verneinte das Vorliegen eines Dotierwasserkraftwerks.
- 3 Die Verfahrensbeteiligte antwortete je mit Schreiben vom 29. November 2010 (Variante eine Wehrturbine, KEV-Projekt 00049413; Variante zwei Wehrturbinen, KEV-Projekt 00049420), dass die Voraussetzungen für die KEV erfüllt seien und das Projekt nach dem Datum der Anmeldung und innerhalb desselben Tages nach der Grösse der Leistung auf der Warteliste aufgenommen werde (act. 1, Beilage). In diesen Schreiben wurde zudem darauf hingewiesen, dass innert einer Frist von 30 Tagen seit Eröffnung des Bescheides verlangt werden könne, dass die Eidgenössische Elektrizitätskommission (Elcom) über den Antrag entscheide.
- 4 Auf Anfrage der Gesuchstellerin betreffend einen Wasserbau-Bonus antwortete die Verfahrensbeteiligte mit E-Mail vom 17. Januar 2011, dass erst ab dem Zeitpunkt der Aufnahme in die Förderung über den anzuwendenden Vergütungssatz entschieden werde (act. 1, Beilage). Sobald ein positiver Bescheid ergehe, welcher auch über den Erhalt des Wasserbau-Bonus bestimme, könne gegen diesen bei der ElCom Einspruch erhoben werden.
- 5 Mit Eingabe vom 31. Januar 2011 an die ElCom bat die Gesuchstellerin, die Erweiterung des WKW Windisch aus Gründen der Planungssicherheit nochmals eingehend zu prüfen (act. 1). Hauptsächlich wies die Gesuchstellerin mit verschiedenen Argumenten darauf hin, dass es sich beim WKW Windisch um einen Spezialfall handle, für welchen ein Wasserbau-Bonus zuzusprechen sei. Insbesondere machte die Gesuchstellerin geltend, dass es sich in diesem Falle nicht um ein Nebennutzungskraftwerk oder eine Dotieranlage handle. Die minimale Restwassermenge (Dotiermenge) belaufe sich auf [...] m³/s und werde nicht turbinert, da die Abgabe am Wehrkopf erfolge. Es werde auch ein Mehrfaches der minimalen Restwassermenge genutzt ([...] m³/s). Die Wehrturbine sei als eine Erweiterung der Anlage anzusehen, und die ganze Anlage sei folglich als Ensemble aufzufassen.

B.

- 6 Das Fachsekretariat der ElCom antwortete mit Schreiben vom 7. April 2011 auf die Eingabe der Gesuchstellerin. Es erfolgte ein Hinweis auf die in diesem Fall relevanten gesetzlichen



Rahmenbedingungen. In formeller Hinsicht führte das Fachsekretariat der ElCom aus, dass zum jetzigen Zeitpunkt gestützt auf die eingereichten Unterlagen kein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung zur Frage des Wasserbau-Bonus bestehe, wobei diese Frage gegebenenfalls neu zu prüfen wäre. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass die Gesuchstellerin in dieser Angelegenheit bei der ElCom um eine Verfügung ersuchen könne (act. 3).

- 7 Auf Ersuchen der Gesuchstellerin wurde am 10. Mai 2011 die angesetzte Frist zum Beantragen einer Verfügung bis 30. Juni 2011 erstreckt (act. 4 und 5). Auf ein weiteres Fristerstreckungsgesuch vom 28. Juni 2011 erfolgte eine Fristverlängerung bis 15. Juli 2011 (act. 6 und 7). Die Fristerstreckungen wurden in diesem Umfang gewährt, da in diesem Fall hauptsächlich die Interessen der Gesuchstellerin tangiert sind.
- 8 Die Gesuchstellerin stellte mit Eingabe vom 15. Juli 2011 ein Gesuch mit den folgenden Rechtsbegehren (act. 8):
 1. Es sei festzustellen, dass das Erweiterungsprojekt des Wasserkraftwerks Windisch der Gesuchstellerin keine selbständige Kraftwerksanlage im Sinn von Anhang 1.1 Ziffer 1.1 der Energieverordnung des Bundes darstellt, sondern dass eine erhebliche Erweiterung der bestehenden Kraftwerksanlage am Standort Windisch nach Art. 7a Energiegesetz des Bundes vorliegt.
 2. Es sei festzustellen, dass für das Erweiterungsprojekt des Wasserkraftwerks Windisch der Gesuchstellerin die qualitativen Voraussetzungen für die Anwendung des KEV-Wasserbau-Bonus gemäss Anhang 1.1 Ziffer 3.4 Energieverordnung des Bundes erfüllt sind.
 3. Es sei die Verfahrensbeteiligte anzuweisen, die KEV-Grundvergütung für das Erweiterungsprojekt des Wasserkraftwerks Windisch der Gesuchstellerin unter Berücksichtigung festzusetzen, dass das Erweiterungsprojekt eine erhebliche Erweiterung der bestehenden Kraftwerksanlage am Standort Windisch nach Art. 7a Energiegesetz des Bundes ist.
 4. Es sei die Verfahrensbeteiligte anzuweisen, den KEV-Wasserbau-Bonus für das Erweiterungsprojekt des Wasserkraftwerks Windisch der Gesuchstellerin unter Berücksichtigung festzusetzen, dass die qualitativen Voraussetzungen für die Anwendung des KEV-Wasserbau-Bonus gemäss Anhang 1.1 Ziffer 3.4 Energieverordnung des Bundes erfüllt sind.
 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Eidgenossenschaft.
- 9 Zur Begründung führte die Gesuchstellerin unter anderem an, dass die erweiterte Kraftwerksanlage für die Gesuchstellerin nur dann langfristig wirtschaftlich betreibbar sei, wenn für die Anlage am Standort Windisch eine KEV-Vergütung festgelegt werde, die das Erweiterungsprojekt der Gesuchstellerin als erhebliche Erweiterung einer bestehenden Anlage nach Artikel 7a des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG; SR 730.0) und Artikel 3a Buchstabe a der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV; SR 730.01) qualifiziere und die ausserdem den KEV-Wasserbau-Bonus mit umfasse. Dies zeige eine Gegenüberstellung der Barwerte von zwei Projektvarianten (zwei Spalten in Beilage 4) je mit und ohne KEV-Wasserbau-Bonus.
- 10 Weiter merkte die Gesuchstellerin an, dass die projektierte Erweiterung am Standort Windisch keine selbständige Kraftwerksanlage darstelle, sondern eine erhebliche Erweiterung der bestehenden Kanal-Kraftwerksanlage sei. Dies einerseits, weil in quantitativer Hinsicht die Voraussetzungen einer erheblichen Erweiterung nach Artikel 3a EnV und Anhang 1.1 Ziffer 1.2 EnV gegeben seien, und weil andererseits in qualitativer Hinsicht die Erweiterung nicht die Definitionsmerkmale einer selbständigen Anlage aufweise und auch keine Dotier- oder sonstige Nebennutzungsanlage vorliege. Falls keine Dotieranlage vorliege, greife in der



Konsequenz auch die Ausnahmeregel in Anhang 1.1 Ziffer 3.4 EnV nicht, wonach Dotierkraftwerke generell keinen Anspruch auf den Wasserbau-Bonus haben sollen.

C.

- 11 Das Fachsekretariat der ECom lud mit Schreiben vom 23. September 2011 das Bundesamt für Energie (BFE) ein, zu den Fragen der Erweiterung der Anlage und zur Anwendung des Wasserbau-Bonus Stellung zu nehmen (act. 9). Gleichentags wurden der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten die Eröffnung eines Verfahrens nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) mitgeteilt (act. 10). Die Verfahrensbeteiligte wurde zudem eingeladen bis 24. Oktober 2011 zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 15. Juli 2011 sowie insbesondere zur Frage des Wasserbau-Bonus Stellung zu nehmen.
- 12 Am 24. Oktober 2011 reichte die Verfahrensbeteiligte eine Stellungnahme mit den folgenden Anträgen ein (act. 13):
 - Auf das Gesuch vom 15. Juli 2011 sei nicht einzutreten.
 - Eventualiter sei das Gesuch vom 15. Juli 2011 vollumfänglich abzuweisen.
 - Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.
- 13 Zur Begründung ihrer Anträge führte die Verfahrensbeteiligte Folgendes an: Betreffend die Zuständigkeit wies die Verfahrensbeteiligte darauf hin, dass die Gesuchstellerin die vom Fachsekretariat angesetzte Frist zum Ersuchen einer Verfügung ungenutzt habe verstreichen lassen. Damit fehle es an einer „Streitigkeit“ im Sinne von Artikel 25 Absatz 1^{bis} EnG für deren Beurteilung die ECom zuständig wäre. Hinsichtlich der Frage des Feststellungsinteresses bemerkte die Verfahrensbeteiligte, dass im derzeitigen Zeitpunkt ein Eintreten auf die Anträge der Gesuchstellerin nicht sachgemäss sei. Bezüglich der Selbständigkeit der Anlage wies die Verfahrensbeteiligte darauf hin, dass es sich um ein Dotierkraftwerk handle, welches nach der Definition in Anhang 1.1 Ziffer 1.1 EnV stets als selbständige Anlage gelte. In Bezug auf den Wasserbau-Bonus führte die Verfahrensbeteiligte aus, dass es sich im vorliegenden Fall um ein Dotierkraftwerk handle und dass somit kein Anspruch auf den Wasserbau-Bonus bestehe. Sollte die Rentabilität der vorliegenden Anlage ohne Wasserbau-Bonus nicht gegeben sein, dann sei es auch Absicht des Gesetzgebers gewesen, dass derartige Anlagen nicht durch KEV-Beiträge gefördert werden sollten.
- 14 Am 10. November 2011 reichte das BFE nach verlängerter Frist einen Amtsbericht zum Erweiterungsprojekt des WKW Windisch ein (act. 15). Das BFE hielt in seinem Amtsbericht unter anderem Folgendes fest: Die Gesuchstellerin plane eine Anlage für die Nutzung von Restwasser und damit eine Dotieranlage. Dotieranlagen stellten aufgrund ihrer geringen Dimension in der Regel keine erhebliche Erweiterung gemäss Artikel 7a EnG dar und/oder gehörten oft zu einer Anlage, die bereits mehr als 10 MW leiste. Solche Kraftwerke seien damit regelmässig nicht KEV-berechtigt. Da die Turbinierung von Restwasser bei bestehenden Anlagen allerdings als sinnvoll angesehen würde, seien Dotieranlagen vom Verordnungsgeber explizit als selbständige Anlagen qualifiziert worden, um sie der KEV zu unterstellen und damit einen Anreiz für deren Bau zu setzen. Als selbständige Dotieranlage habe das Projekt keinen Anspruch auf den Wasserbau-Bonus. Im Übrigen könne der Vergütungssatz erst zum Zeitpunkt des positiven Bescheids (provisorisch) festgelegt werden und nicht bereits im Zeitpunkt, wo das Projekt noch auf der Warteliste sei.



D.

- 15 Das Fachsekretariat der ElCom stellte der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten am 5. Dezember 2011 den Amtsbericht des BFE zu einer möglichen Stellungnahme zu (act. 16 und 17).
- 16 Die Verfahrensbeteiligte antwortete mit Schreiben vom 16. Dezember 2011, dass sie mit den Erwägungen und dem Ergebnis sowie den weiteren Bemerkungen des Amtsberichts des BFE einverstanden sei (act. 18). Zudem hielt die Verfahrensbeteiligte an den in ihrer Stellungnahme vom 24. Oktober 2011 gestellten Anträgen fest.
- 17 Die Gesuchstellerin stellte am 21. Dezember 2011 ein Fristerstreckungsgesuch zur Einreichung einer Stellungnahme (act. 19). Das Fachsekretariat der ElCom erstreckte am 22. Dezember 2011 die Frist bis 3. Februar 2012 (act. 20).
- 18 Die Gesuchstellerin hielt mit Eingabe vom 3. Februar 2012 vollumfänglich an den Anträgen in ihrem Gesuch vom 15. Juli 2011 fest (act. 21). Die Gesuchstellerin führte unter anderem an, dass sie vor Beginn mit der Realisierung des Projekts ein berechtigtes Interesse habe, zu erfahren, ob ihr Projekt eine erhebliche Erweiterung einer bestehenden Anlage darstelle, und ob der Wasserbau-Bonus zur Anwendung gelange. Andernfalls müsse die Gesuchstellerin ein untragbares Investitionsrisiko eingehen. Bevor die Gesuchstellerin substantielle Investitionen in das Erweiterungsprojekt vornehme, möchte sie Klarheit haben darüber, ob die Gesamtanlage qualitativ eine erhebliche Erweiterung einer bestehenden Anlage darstelle und der Wasserbau-Bonus qualitativ anwendbar sei. Die Gesuchstellerin vertritt die Ansicht, dass sie ein schutzwürdiges aktuelles und tatsächliches Interesse an der beantragten Feststellung habe.
- 19 Weiter merkte die Gesuchstellerin an, dass Dotieranlagen für sich allein, aufgrund der Ausnahmeregelung in der Begriffsdefinition, Anlagen und als solche KEV-fähig seien, sofern es sich um Neuanlagen gemäss Artikel 7a EnG handle. Würden bestehende Anlagen mit Dotieranlagen erweitert und würde die Schwelle einer erheblichen Erweiterung überschritten, sei die erheblich erweiterte Anlage ebenfalls KEV-fähig. Weder aus Artikel 7a EnG noch aus der EnV ergebe sich, dass Anlagen, die für sich KEV-fähig sind, nicht Teil einer KEV-fähigen erheblich erweiterten Anlage sein könnten.

E.

- 20 Am 10. Februar 2012 liess das Fachsekretariat der ElCom die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 3. Februar 2012 der Verfahrensbeteiligten zukommen (act. 22).
- 21 Mit Eingabe vom 8. März 2012 bestätigte die Verfahrensbeteiligte ihre bisherigen Ausführung und wiederholte die bereits gestellten Anträge (act. 23). Die Verfahrenskosten betreffend konkretisierte die Verfahrensbeteiligte, dass die Verfahrenskosten der Eidgenossenschaft aufzuerlegen seien. Da die Verfahrensbeteiligte als privatrechtliche Aktiengesellschaft nicht mit der Eidgenossenschaft gleichgesetzt werden könne, seien vorliegend der Verfahrensbeteiligten keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Von der Sachlage und ihrer Stellung her sei es nicht gerechtfertigt, wenn sie beim Vollzug von Aufgaben im öffentlichen Interesse kostenpflichtig werde.
- 22 Die Eingabe der Verfahrensbeteiligten vom 8. März 2012 wurde der Gesuchstellerin am 12. März 2012 zugestellt (act. 24).



F.

- 23 Auf Einzelheiten des Sachverhaltes und die erwähnten Vorbringen wird in den nachstehenden Erwägungen weiter eingegangen.

II Erwägungen

1 Zuständigkeit

- 24 Die ElCom beurteilt gemäss Artikel 25 Absatz 1^{bis} EnG Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten (vgl. Art. 7, 7a, 15b und 28a EnG).
- 25 Vorliegend sind insbesondere der energierechtliche Begriff der Anlage und die Frage, ob der KEV-Wasserbau-Bonus gemäss Anhang 1.1 Ziffer 3.4 EnV zur Anwendung gelangt, umstritten. Dabei handelt es sich um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen nach Artikel 25 Absatz 1^{bis} EnG.
- 26 Die Verfahrensbeteiligte bringt vor, dass die Gesuchstellerin die vom Fachsekretariat angesetzte Frist zum Ersuchen einer Verfügung ungenutzt habe verstreichen lassen, womit es an einer Streitigkeit fehle. Hierzu ist anzumerken, dass die Fragen des Begriffs der Anlage und des Wasserbau-Bonus weiterhin streitig sind. Bei der durch das Fachsekretariat der ElCom angesetzten Frist handelt es sich um eine behördliche Ordnungsfrist. Ein ungenutzter Ablauf dieser Frist würde nicht dazu führen, dass die Zuständigkeit der ElCom nicht mehr gegeben wäre. Im Übrigen reichte die Gesuchstellerin entsprechende Fristerstreckungsgesuche ein, denen vom Fachsekretariat der ElCom stattgegeben wurde (act. 4 - 7).
- 27 Damit ist die ElCom für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig (Art. 25 Abs. 1^{bis} EnG).

2 Parteien

- 28 Als Parteien gelten gemäss Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte und Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.
- 29 Die Gesuchstellerin ersuchte die ElCom um Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit ein. Sie ist Verfügungsadressatin und ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu.
- 30 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.



3 Vorbringen der Parteien

- 31 Ergänzend zu den bereits im Sachverhalt erwähnten Vorbringen der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten ist auf deren nachfolgend erwähnten Argumentationen einzugehen.

3.1 Gesuchstellerin

- 32 In ihrer Eingabe vom 15. Juli 2011 (act. 8) wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass ihr Erweiterungsprojekt keine selbständige Kraftwerksanlage und auch kein Dotierkraftwerk darstelle, weshalb es sich qualitativ um eine Erweiterung der in Windisch bereits bestehenden Anlage handle. In Fällen, bei denen das Erweiterungsprojekt im Vergleich zur bestehenden Kraftwerksanlage einen Umfang annehme, dass quantitativ eine erhebliche Erweiterung einer vorbestehenden Anlage gemäss Artikel 7a EnG und Artikel 3a Absatz 1 EnV vorliege, und gleichzeitig die Erweiterung zusammen mit der bestehenden Anlage die Leistungsgrenze von 10 MW nicht überschreite, dürfe qualitativ nicht mehr von einer Nebennutzungs- respektive Dotieranlage gesprochen werden. In diesen Fällen sollte die generelle Ausnahme, dass Dotieranlagen qualitativ immer selbständige Anlagen sein sollen, nicht mehr Anwendung finden.
- 33 In ihrer Stellungnahme vom 3. Februar 2012 wies die Gesuchstellerin unter anderem darauf hin, dass die geplante Erweiterung beim WKW Windisch die voraussichtliche Produktion um mehr als 50 Prozent steigern werde. Ergänzend wies die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 3. Februar 2012 darauf hin, dass das Erweiterungsprojekt kein Dotierwasserturbiniere. Vorliegend würden die geplanten Erweiterungsturbinen nicht die angemessene Restwassermenge turbinieren. Die angemessene Restwassermenge werde bereits heute über den Wehrkopf und die Fischtreppe abgegeben.

3.2 Verfahrensbeteiligte

- 34 In ihrer Stellungnahme vom 24. Oktober 2011 verneinte die Verfahrensbeteiligte das Vorliegen eines Feststellungsinteresses, da es ständige Praxis der Verfahrensbeteiligten sei, dass erst bei Erlass des positiven Bescheids der provisorische Vergütungssatz festgelegt werde (act. 13). Bei momentan über 12'300 Projektanten auf der Warteliste könne die Verfahrensbeteiligte nicht bereits nach der Anmeldung gestützt auf die Angaben der Anlagebetreiber Vergütungssätze festlegen. Der Vergütungssatz im positiven Bescheid sei in jenem Zeitpunkt aber immer noch provisorisch, da erst nach erfolgter und beglaubigter Inbetriebnahme der Anlage die tatsächlichen Parameter feststünden, aufgrund derer der definitive Vergütungssatz festgelegt werden könne (vgl. Art. 4 der Verordnung des UVEK über den Nachweis der Produktionsart und der Herkunft von Elektrizität [HKNV; SR 730.010.1] vom 24. November 2006). Die Grundvergütung könne sich zudem jährlich noch verändern, da bei Wasserkraftanlagen für deren Berechnung die äquivalente Leistung der Anlage massgebend sei (Anhang 1.1 Ziff. 3.2 EnV).
- 35 Die Verfahrensbeteiligte führte mit ihrer Stellungnahme vom 24. Oktober 2011 weiter aus, dass hinsichtlich der Frage der Selbständigkeit der Anlage zuerst festgestellt werden müsse, ob ein Dotierkraftwerk vorliege oder nicht (act. 13). Erst wenn das Vorliegen eines Dotierkraftwerks verneint worden sei, müsste in einem zweiten Schritt beurteilt werden, ob die Anlage eine selbständige Kraftwerksanlage sei oder nicht. Das Erweiterungsprojekt der Gesuchstellerin überschreite quantitativ betrachtet die Schwelle zur erheblichen Erweiterung bei weitem.



4 Feststellungsinteresse

- 36 Die Gesuchstellerin beantragt mit ihren Begehren den Erlass einer Feststellungsverfügung. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn die Gesuchstellerin ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn glaubhaft ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses vorliegt. 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 (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.30).
- 37 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: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 N 16). Artikel 25 Absatz 1 VwVG lässt auch Feststellungsverfügungen über Rechte und Pflichten zu, die auf einem sich erst zukünftig verwirklichenden Sachverhalt beruhen (BGE 135 II 60, E. 3.3.3). Dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller an der Beseitigung einer Unklarheit über öffentlichrechtliche Rechte und Pflichten interessiert ist, weil er sonst Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen (Urteil BGer 1C_6/2007 vom 22. August 2007, E. 3.3).
- 38 In ihrer Eingabe vom 15. Juli 2011 weist die Gesuchstellerin zur Begründung des Feststellungsinteresses auf Folgendes hin (act. 8): Als nächste Schritte stünden die Erlangung einer (Erweiterungs-)Konzession und anschliessend die Realisierung des Erweiterungsprojekts an. In diesem Rahmen würde die Gesuchstellerin gesamte Investitionskosten von rund [...] Franken für das Erweiterungsprojekt ausgeben. Die erweiterte Kraftwerksanlage sei für die Gesuchstellerin jedoch nur dann langfristig wirtschaftlich betreibbar, wenn für die Anlage am Standort Windisch eine KEV-Vergütung festgelegt werde, die das Erweiterungsprojekt der Gesuchstellerin als erhebliche Erweiterung einer bestehenden Anlage nach Artikel 7a EnG und Artikel 3a Buchstabe a EnV qualifiziere und die ausserdem den KEV-Wasserbau-Bonus mit umfasse. Unter dem Blickwinkel der erwähnten Rechtsprechung und Literatur verfügt die Gesuchstellerin damit grundsätzlich über ein Feststellungsinteresse.
- 39 Demgegenüber bestreitet die Verfahrensbeteiligte in ihrer Stellungnahme vom 24. Oktober 2011 das Bestehen eines Feststellungsinteresses (act. 13). Es sei ständige Praxis der Verfahrensbeteiligten, dass erst bei Erlass des positiven Bescheids der provisorische Vergütungssatz festgelegt werden könne. Dieser Einwand der Verfahrensbeteiligten ist nicht zu hören, da die Begehren der Gesuchstellerin nicht auf die definitive Festlegung eines Vergütungsabsatzes abzielen, sondern insbesondere auf die Frage der Anwendung des Wasserbau-Bonus. Hierbei handelt es sich um bereits im jetzigen Zeitpunkt beantwortungsreife rechtliche Fragestellungen, deren Beantwortung auch später nicht anders ausfallen würde.
- 40 Daraus ergibt sich, dass für die Fragen der Selbständigkeit der Kraftwerksanlage und des Wasserbau-Bonus die Gesuchstellerin über ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse zur Klärung dieser Rechtsfragen verfügt, womit das Risiko nachteiliger Dispositionen durch vorzeitige Klärung der Rechtslage vermieden werden kann.



5 Materielle Beurteilung

5.1 Rechtliche Grundlagen

- 41 Das Energiegesetz soll gemäss Artikel 1 Absatz 1 EnG zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung beitragen. Zudem bezweckt es unter anderem die verstärkte Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien (Art. 1 Abs. 2 Bst. c EnG). Dieser Grundsatz der verstärkten Nutzung von erneuerbaren Energien findet sich auch in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b EnG sowie als Kriterium für eine umweltverträgliche Energieversorgung in Artikel 5 Absatz 2 EnG wieder.
- 42 Die Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien werden in den Artikeln 7 ff. EnG festgelegt. Artikel 7a EnG regelt die kostendeckende Einspeisevergütung. Artikel 7 EnG bestimmt in allgemeiner Weise, dass Netzbetreiber verpflichtet sind, in ihrem Netzgebiet die fossile und erneuerbare Energie abzunehmen und zu vergüten. Die Vergütung richtet sich nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie, das heisst nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Energie (Art. 7 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 2b EnV). Artikel 7a EnG regelt die KEV.
- 43 Details zu den Anschlussbedingungen in der KEV sind in der EnV (Art. 3 ff.) sowie für die einzelnen Technologien in den Anhängen 1.1 – 1.5 der EnV aufgeführt. Einzelheiten spezifisch betreffend die Anschlussbedingungen für Kleinwasserkraftanlagen enthält Anhang 1.1 der EnV.

5.2 Selbstständige Anlage

- 44 In diesem Kapitel ist entsprechend dem ersten Rechtsbegehren der Gesuchstellerin zu prüfen, ob es sich im energierechtlichen Sinn um eine selbstständige Kraftwerksanlage handelt.
- 45 Gemäss Artikel 7a Absatz 1 EnG sind Netzbetreiber verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die gesamte Elektrizität, die aus Neuanlagen durch die Nutzung von Sonnenenergie, Geothermie, Windenergie, Wasserkraft bis zu 10 MW, sowie Biomasse und Abfällen aus Biomasse gewonnen wird, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten, sofern diese Neuanlagen sich am betreffenden Standort eignen. Als Neuanlagen gelten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert werden. Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass der Bundesrat in den Ausführungsbestimmungen festlegen wird, unter welchen Bedingungen Neuanlagen als solche gelten und welche Anforderungen an erneuerte Altanlagen gestellt werden (Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 S. 1611 ff., S. 1669). Der Begriff der Anlage war hinsichtlich anderer erneuerbarer Energien als die Wasserkraft bereits Gegenstand der Rechtsprechung der ElCom (Verfügung vom 9. Juni 2011, 941-09-008, Rz. 52 ff; Verfügung vom 12. Mai 2011, 941-09-037, Rz. 56 ff.).
- 46 Unter welchen Umständen eine Anlage als erheblich erweitert oder erneuert zu qualifizieren ist, konkretisiert Artikel 3a EnV. Dessen Absatz 1 sieht Folgendes vor: Als erheblich erweitert oder erneuert gelten Anlagen, bei denen: a. die Neuinvestitionen der letzten fünf Jahre vor Inbetriebnahme mindestens 50 Prozent der für eine Neuanlage erforderlichen Investitionen ausmachen; b. nach Abzug der durch behördliche Auflagen bedingten Produktionseinschränkungen mindestens gleichviel Elektrizität wie bisher erzeugt wird; und c. die Nut-



zungsdauer zu zwei Dritteln der Zeit, die nach den Anhängen 1.1–1.5 als Vergütungsdauer vorgesehen ist, abgelaufen ist. Nach Artikel 3a Absatz 2 EnV gelten ebenfalls als erheblich erweitert oder erneuert Anlagen, bei denen die Elektrizitätserzeugung oder der Stromnutzungsgrad gegenüber dem Durchschnitt der letzten fünf vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2010 gemäss den Anforderungen nach den Anhängen 1.1–1.5 gesteigert wird.

- 47 Spezifisch für Kleinwasserkraftanlagen enthält Ziffer 1.1 des Anhangs 1.1 der EnV Anlagendefinitionen. Als Kleinwasserkraftanlage gilt demnach jede selbstständige technische Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Wasserkraft an einem bestimmten Standort. Dazu gehören insbesondere Stauanlage, Wasserfassung, Druckleitungen, Turbinen, Generatoren, Einspeisestelle und Steuerung. Dotierkraftwerke geltend gemäss diesem Anhang explizit als selbstständige Anlagen.
- 48 Im Amtsbericht des BFE vom 10. November 2011 wird hierzu ausgeführt, dass bestehende, respektive nicht erheblich erweiterte oder erneuerte und mutmasslich bereits abgeschriebene Anlagen keiner Finanzhilfe durch die KEV bedürften. Dotieranlagen stellten aufgrund ihrer geringen Dimension in der Regel keine erhebliche Erweiterung gemäss Artikel 7a EnG dar und/oder gehören oft zu einer Anlage, die bereits mehr als 10 MW leiste. Solche Kraftwerke seien damit regelmässig nicht KEV-berechtigt. Da die Turbinierung von Restwasser bei bestehenden Anlagen allerdings als sinnvoll angesehen würde, seien Dotieranlagen vom Verordnungsgeber explizit als selbstständige Anlagen qualifiziert worden, um sie der KEV zu unterstellen und damit einen Anreiz für deren Bau zu setzen.
- 49 Mit Blick auf die vorstehenden angeführten rechtlichen Rahmenbedingungen ist zu beurteilen, ob die geplanten Ausbauprojekte als selbstständige Anlagen im Sinne der KEV zu qualifizieren sind. Ausgehend von Artikel 7a Absatz 1 EnG ist festzuhalten, dass die erhebliche Erweiterung an der Anlage selbst vorzunehmen ist. Beim Bau neuer Turbinen zur Nutzung von Restwasser handelt es sich allerdings nicht um eine Erweiterung der bestehenden Kraftwerksanlage im engeren Sinn, sondern um eine zusätzliche Turbinierung des Restwassers an den Streichwehren.
- 50 In Bezug auf Artikel 3a EnV ist festzuhalten, dass dieser verschiedene quantitative und qualitative Kriterien für eine erhebliche Erweiterung oder Erneuerung einer Anlage anführt. Von der Gesuchstellerin wird nicht weiter konkretisiert oder belegt, welche der in Artikel 3a EnV genannten Kriterien mit der geplanten Erweiterung erfüllt wären. Dies ist in diesem Fall allerdings auch nicht das entscheidende Kriterium, da die EnV selber eine Spezialregelung für Dotierkraftwerke enthält. Die Verordnung legt in Ziffer 1.1 des Anhangs 1.1 fest, dass Dotierkraftwerke als selbstständige Anlagen gelten.
- 51 Die durch die ElCom vorgenommene rechtliche Würdigung folgt in dieser Hinsicht dem Amtsbericht des BFE. Beim Amtsbericht handelt es sich um eine Auskunft des BFE in Bezug auf eine konkrete Frage in Zusammenhang mit der KEV. Das BFE war als Fachbehörde an der Ausarbeitung der KEV-Bestimmungen massgeblich beteiligt, weshalb es über besondere Sachkenntnisse verfügt. Verwendet die Entscheidbehörde Amtsberichte einer anderen Behörde, hat sie sich zuerst in jedem Fall ein eigenes Urteil über die amtsfremde Ermittlung zu bilden, was hier erfolgt ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1989/2009 vom 11. Januar 2011, E. 3.5).
- 52 Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Gesuchstellerin geplanten Erweiterungen des WKW Windisch als selbstständige Kraftwerksanlagen im Sinne von Anhang 1.1 Ziffer 1.1 der EnV zu qualifizieren sind.



5.3 Frage des Wasserbau-Bonus

- 53 Die Gesuchstellerin beantragt die Feststellung, dass für das Erweiterungsprojekt des WKW Windisch die Voraussetzungen für die Anwendung des KEV-Wasserbau-Bonus erfüllt sind.
- 54 Die EnV sieht einen sog. Wasserbau-Bonus vor. Geregelt ist der Wasserbau-Bonus in Anhang 1.1 betreffend die Anschlussbedingungen für Kleinwasserkraftanlagen in Ziffer 3.4, wo unter anderem Folgendes festgelegt wird: Beträgt der Anteil des nach dem Stand der Technik realisierten Wasserbaus (inkl. Druckleitungen) weniger als 20 Prozent der gesamten Investitionskosten des Projektes, so entfällt der Anspruch auf den Wasserbau-Bonus. Beträgt er mehr als 50 Prozent, so besteht Anspruch auf den vollen Bonus. Zwischen 20 Prozent und 50 Prozent wird linear interpoliert. Der Bonus wird nach der äquivalenten Leistung der Anlage anteilmässig nach Leistungsklassen berechnet. Das BFE legt in einer Richtlinie fest, welche Massnahmen zu einem Wasserbau-Bonus berechtigen. Massnahmen nach Artikel 83a GSchG (Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer, SR 814.20) oder nach Artikel 10 BGF (Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über die Fischerei, SR 923.0) sind für den Bonus nicht anrechenbar. Der Wasserbau-Bonus wird aufgeteilt nach Leistungsklassen (kW).
- 55 Anhang 1.1 Ziffer 3.4 EnV bestimmt weiter, dass Dotierwasserkraftwerke keinen Anspruch auf den Wasserbau-Bonus haben. Dotierkraftwerke sind Kraftwerke, welche Restwasser nutzen (BFE, Richtlinie KEV, Art. 7a EnG, Kleinwasserkraft Anhang 1.1 EnV, Version 1.3 vom 1. Oktober 2011, S. 2). Die Restwassermenge ist die Abflussmenge eines Fliessgewässers, die nach einer oder mehreren Entnahmen von Wasser verbleibt (Art. 4 Bst. k GSchG). Die von der Gesuchstellerin geplanten Erweiterungen nutzen Restwasser, weshalb der geplante Ausbau als Dotierkraftwerk anzusehen ist.
- 56 Die Gesuchstellerin wies in ihrer Stellungnahme vom 3. Februar 2012 darauf hin, dass das Erweiterungsprojekt kein Dotierwasser turbinieren. Vorliegend würden die geplanten Erweiterungsturbinen nicht die angemessene Restwassermenge turbinieren. Die angemessene Restwassermenge werde bereits heute über den Wehrkopf und die Fischtreppe abgegeben. Die Gesuchstellerin geht diesbezüglich von einem unzutreffenden Begriff des Restwassers aus. Für die Definition von Dotierkraftwerken wird auf den Begriff des Restwassers im GSchG abgestellt. Dieser umfasst die Gesamtheit der restlichen Abflussmenge, also des nicht turbinierten Wassers. Bei der geplanten Erweiterung würde ein Teil dieser Wassermenge genutzt und damit Restwasser im Sinne von Artikel 4 Buchstabe k GSchG turbinieren, womit es sich um ein Dotierkraftwerk handelt.
- 57 Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die von der Gesuchstellerin geplanten Erweiterungen des WKW Windisch als Dotierkraftwerk keinen Anspruch auf einen Wasserbau-Bonus im Sinne von Anhang 1.1 Ziffer 3.4 EnV haben.

5.4 Anträge auf Anweisung zur Festlegung der KEV-Vergütung

- 58 Die Gesuchstellerin beantragt, dass die Verfahrensbeteiligte durch die ElCom anzuweisen sei, die KEV-Grundvergütung (als erhebliche Erweiterung der bestehenden Kraftwerksanlage) und den KEV-Wasserbau-Bonus festzulegen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich eine Behandlung dieser Anträge.



- 59 Am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der definitive Vergütungssatz nach Inbetriebnahme mitgeteilt wird (vgl. Art. 3h Abs. 3 EnV).

5.5 Fazit

- 60 Bei den von der Gesuchstellerin geplanten Erweiterungen des WKW Windisch handelt es sich energierechtlich um selbstständige Anlagen, die keinen Anspruch auf einen Wasserbau-Bonus haben.

6 Gebühren

- 61 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung und Energieproduktion Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 62 Die ElCom hat die Gesamtkosten nach Aufwand ermittelt. Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebührenansätze in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Dadurch ergibt sich in der Summe eine Gebühr von [...] Franken.
- 63 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]). Die Gesuchstellerin hat diese Verfügung durch Einreichen ihres Gesuches veranlasst. Sie sind mit ihren Anträgen in der Sache nicht durchgedrungen. Die Gebühr wird daher der Gesuchstellerin auferlegt.



III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass die von der Gesuchstellerin geplanten Erweiterungen des Wasserkraftwerks Windisch als selbständige Kraftwerksanlagen im Sinne von Anhang 1.1 Ziffer 1.1 EnV zu qualifizieren sind.
2. Es wird festgestellt, dass die von der Gesuchstellerin geplanten Erweiterungen des Wasserkraftwerks Windisch keinen Anspruch auf einen Wasserbau-Bonus im Sinne von Anhang 1.1 Ziffer 3.4 EnV haben.
3. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Die Gebühr von [...] Franken wird der Gesuchstellerin auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
4. Die Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 14. Juni 2011

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Präsident

Renato Tami
Geschäftsführer ElCom

Versand:



Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- Axpo Kleinwasserkraft AG, Herr Adrian Bretscher, Geschäftsführer, Flughafenstrasse 54, 8152 Glattbrugg
- swissgrid AG, Regulierung, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick

Mitzuteilen an

- Bundesamt für Energie, 3003 Bern



IV Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, ab dem 1. Juli 2012, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde geführt werden (Art. 44 VwVG). Die Frist steht still:

- a) vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 52 Abs. 1 VwVG).