



Urteil vom 20. November 2023

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),
Richter Alexander Mistic,
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Gerichtsschreiber Tobias Grasdorf.

Parteien

A. _____,
vertreten durch
Dr. iur. Christoph Jäger, Rechtsanwalt, und/oder
Dr. iur. Gregor Bachmann, Rechtsanwalt, Kellerhals Carrard
Bern KIG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Pronovo AG,
Dammstrasse 3, 5070 Frick,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einspeisevergütung.

Sachverhalt:**A.**

Am 21. Juni 2011 ging bei der Swissgrid AG die Anmeldung zur kostendeckenden Einspeisevergütung für die Biomasse-Anlage "[...]" (Holzkraftwerk [...]) ein. Mit Bescheid vom 26. Juli 2011 stufte die Swissgrid AG das Projekt als grundsätzlich förderwürdig ein und nahm es auf die Warteliste (Projekt-Nr. [...]).

B.

Am 1. Oktober 2015 erliess die Swissgrid AG den positiven Bescheid über die Anmeldung zur kostendeckenden Einspeisevergütung und setzte die Inbetriebnahmefrist auf den 1. Oktober 2021 fest. Der Bescheid legte den provisorischen Vergütungssatz für den produzierten Strom auf voraussichtlich 23.4 Rp./kWh fest.

C.

A. _____ (Beschwerdeführerin) bat das Bundesamt für Energie (BFE) mit Schreiben vom 10. Juli 2017 um die Bestätigung, dass die Zusage zur kostendeckenden Einspeisevergütung auch bei einem Einsatz des gesamten Altholzsortiments (Kategorie A I bis A IV) gültig sei. In seinem Antwortschreiben vom 9. August 2017 führte das BFE einleitend aus, dass die Bezeichnungen A I bis A IV für verschiedene Altholzkategorien in der Schweiz nicht üblich und nicht mit den im Schweizer Recht definierten Holzsortimenten identisch seien. Bei den von der Beschwerdeführerin genannten Holzarten handle es sich wohl um Holz nach Ziff. 31 Abs. 2 Bst. b Anhang 5 der Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV, SR 814.318.142.1). Damit handle es sich um Siedlungsabfall im Sinne der Luftreinhalte-Verordnung und dieser sei gemäss Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV, SR 730.01) nicht als Biomasse zugelassen. Das BFE führte weiter aus, die Verwendung dieser nicht zugelassenen Biomasse hätte zur Folge, dass die Anlage für die Beurteilungsperiode auf den Marktpreis gesetzt würde. Das BFE kündigte gleichzeitig an, dass sich daran mit der neuen Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien vom 1. November 2017 (Energieförderungsverordnung, EnFV, SR 730.03) eventuell etwas ändern könnte. Mit Schreiben vom 8. November 2017 informierte die Vorsteherin des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK die Beschwerdeführerin, dass die Verwendung von problematischen Holzabfällen neu zugelassen, die dadurch erzeugte Elektrizität aber nur mit dem halben Vergütungssatz vergütet werde.

D.

Mit Schreiben vom 19. November 2020 stellte die Beschwerdeführerin bei der neu zuständigen Pronovo AG (Vorinstanz) den Antrag, es sei festzustellen, dass sie auch für jenen Anteil der Elektrizität Anspruch auf den vollen Vergütungssatz habe, der unter Verwendung von problematischen Holzabfällen produziert werde.

E.

Das Holzkraftwerk [...] wurde am 8. März 2021 mit einer nutzbaren elektrischen Leistung ab Generator von 12'580 kW in Betrieb genommen.

F.

Am 7. Mai 2021 erliess die Vorinstanz eine Verfügung in der sie feststellte, dass bei der Verwendung von gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a der Verordnung über den Verkehr mit Abfällen vom 22. Juni 2005 (VeVA, SR 814.610) als Sonderabfälle bezeichneten problematischen Holzabfällen im Holzkraftwerk [...] der Anteil der Elektrizität, der aufgrund der Verwendung dieser problematischen Holzabfälle erzielt wurde, mit dem halben Vergütungssatz vergütet werde.

G.

Mit Verfügung vom 20. Mai 2021 nahm die Vorinstanz das Holzheizkraftwerk [...] in das Einspeisevergütungssystem auf und verfügte (in Dispositiv-Ziffer 3) einen provisorischen Vergütungssatz von 22.1 Rp./kWh.

H.

Am 8. Juni 2021 erhob die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz Einsprache gegen die Verfügung vom 7. Mai 2021. Dabei beantragte sie die Aufhebung der Verfügung. Zudem sei festzustellen, dass sie auch für jenen Teil der Elektrizität Anspruch auf den vollen Vergütungssatz habe, der unter Verwendung von problematischen Holzabfällen produziert werde.

I.

Am 18. Juni 2021 erhob die Beschwerdeführerin auch gegen die Verfügung vom 20. Mai 2021 Einsprache bei der Vorinstanz. Sie beantragte, die Dispositiv-Ziffer 3 sei aufzuheben respektive insofern zu präzisieren, als der provisorische Vergütungssatz von 22.1 Rp./kWh ohne Reduktion für die gesamte Elektrizitätsproduktion der Anlage gelte, unter Einschluss jenes Anteils der Elektrizität, welcher unter Verwendung von problematischen Holzabfällen (A IV-Holz) produziert werde.

J.

Die Vorinstanz vereinigte die beiden Verfahren antragsgemäss. Mit Einspracheentscheid vom 25. März 2022 wies sie die Einsprache (richtig: die Einsprachen) ab.

K.

Mit Beschwerde vom 11. Mai 2022 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt die Beschwerdeführerin, der Einspracheentscheid sei aufzuheben. Die Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung der Vorinstanz vom 20. Mai 2021 sei insofern abzuändern, als dass der provisorische Vergütungssatz von 22.1 Rp./kWh ohne Reduktion für die gesamte Elektrizitätsproduktion der Anlage gelte, unter Einschluss jenes Anteils der Elektrizität, welcher unter Verwendung von problematischen Holzabfällen (A IV-Holz) produziert werde. Eventualiter sei das Dispositiv der Feststellungsverfügung der Vorinstanz vom 7. Mai 2021 insofern abzuändern, als festgestellt werde, dass die Beschwerdeführerin auch für jenen Anteil der Elektrizität Anspruch auf den vollen Vergütungssatz habe, der unter Verwendung von problematischen Holzabfällen (A IV-Holz) produziert werde.

L.

Am 20. Juli 2022 reichte die Vorinstanz eine Vernehmlassung ein, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragt. Am 19. September 2022 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein und am 15. November 2022 die Vorinstanz eine Duplik.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Beim Einspracheentscheid vom 25. März 2022 handelt es sich um eine solche Verfügung. Die Pronovo AG ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG, deren Entscheide nach Art. 63 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 66 Abs. 2 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG, SR 730) beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind. Eine Ausnahme bezüglich Sachgebiet ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der vorinstanzlichen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet im vorliegenden Verfahren mit voller Kognition: Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen des Bundesrechts – einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens –, auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und auf Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht feststellte, dass der Anteil der im Holzkraftwerk [...] produzierten Elektrizität, der aufgrund der Verwendung von problematischen Holzabfällen erzielt wird, mit dem halben Vergütungssatz vergütet wird.

4.

4.1 Die Vorinstanz führt aus, auf den 1. Januar 2018 seien das neue Energiegesetz und die dazugehörigen Verordnungen in Kraft getreten. Die Beschwerdeführerin habe beim Inkrafttreten des neuen Gesetzes bereits einen positiven Bescheid gehabt, ihre Anlage sei aber noch nicht in das Einspeisevergütungssystem aufgenommen gewesen. Bestimmte Verschärfungen des neuen Gesetzes gälten für sie deshalb gemäss Art. 72 Abs. 2 EnG nicht. Zu beachten sei zudem, dass die Verordnungsbestimmungen die Verwendung von problematischen Holzabfällen nicht ausschliesse, sondern nur festlege, dass der Vergütungssatz halbiert werde. Zur Frage des Vergütungssatzes würden sich die Übergangsbestimmungen nicht äussern. Insgesamt gelte somit das neue Recht, einzige Ausnahme stellten die in den Art. 72 Abs. 2 Bst. a–c EnG genannten Verschärfungen dar.

Die Vorinstanz führt weiter aus, das BFE sei davon ausgegangen, dass es sich bei problematischen Holzabfällen um Siedlungsabfälle im Sinne der Luftreinhalte-Verordnung und damit um nicht zugelassene Biomasse nach der altrechtlichen Energieverordnung handle. Die Beschwerdeführerin hätte deshalb unter dem alten Recht ihren Vergütungsanspruch verloren. Insofern stelle die neue Verordnungsbestimmung eine Besserstellung dar. Der positive Bescheid könne nicht als Vertrauensgrundlage betreffend Verwendung von problematischen Holzabfällen dienen, da er sich mit dieser Frage nicht befasst und keine diesbezüglichen Zusicherungen gemacht habe. Die Beschwerdeführerin habe sich nicht sicher sein können, welche Vergütungssätze bei der Inbetriebnahme der Anlage und der Verwertung von problematischen Holzabfällen angewendet würden. Sie habe aufgrund der Mitteilung des BFE vom 9. August 2017 vor dem Inkrafttreten der neuen Verordnung im Gegenteil gar nicht damit rechnen können, dass sie bei der Verwertung von problematischen Holzabfällen überhaupt eine Vergütung erhalte.

Der Bundesrat vollziehe das Energiegesetz und lege gemäss Art. 22 Abs. 3 EnG die Ansätze für die Einspeisevergütung fest. Diese Delegation auf Gesetzesstufe sei zulässig. Der Verordnungsgeber habe bestimmt, dass bei der Verwendung von problematischen Holzabfällen der halbe Vergütungssatz bezahlt werde. Dies werde damit begründet, dass gemäss Art. 32 Abs. 1 des Umweltschutzgesetzes (USG, SR 814.01) der Inhaber der Abfälle die Kosten der Entsorgung trage und die Kosten der Verwertung der problematischen Holzabfälle zumindest teilweise durch die "Gebühren" für die Entsorgung der Abfälle gedeckt seien. Gemäss Art. 22 EnG orientiere sich der Vergütungssatz an den bei der Inbetriebnahme einer Anlage massgeblichen Gestehungskosten von Referenzanlagen. Es sei davon auszugehen, dass sich der Verordnungsgeber bei der Festlegung der Vergütungssätze für Anlagen, die problematische Holzabfälle verwendeten, an diesen Prinzipien orientiert habe. Die Verordnungsbestimmung sei weder verfassungs- noch gesetzeswidrig.

4.2 Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, die Vorinstanz habe die tatsächlichen Umstände der Vergütung für die Verwertung von problematischen Holzabfällen nicht beziehungsweise unvollständig abgeklärt. Die Verwertung von problematischen Holzabfällen sei kostenintensiv und habe erhebliche Mehrinvestitionen in die Anlage zum Schutz der Umwelt insbesondere aufgrund der Luftreinhalte-Verordnung erfordert. Die erhöhten Anforderungen bei der Verwertung dieser Art von Holzabfällen führten zu

höheren Betriebs- und Entsorgungskosten. Für einen wirtschaftlichen Betrieb der Anlage sei sie auf den vollen Vergütungssatz angewiesen.

Art. 72 Abs. 2 EnG zeige, dass nach dem Willen des Bundesgesetzgebers die wesentlichen Verschärfungen des neuen Rechts nicht gelten würden, wenn wie bei ihr ein positiver Bescheid vorliege. Gemäss dem neuen Energiegesetz seien die Inhaber eines positiven Bescheids zwar gewissen Neuerungen unterworfen, jedoch seien sie vor den neu beschlossenen Ausschlüssen von Anlagen und Biomassen zu schützen. Die Halbierung der Höhe der Vergütung stelle einen Teilausschluss vom Einspeisevergütungssystem dar. Der Gesetzgeber habe mit Art. 72 EnG insbesondere dem verfassungsrechtlich geschützten Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 BV) und dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 BV) Rechnung getragen. Eine Abkehr vom positiven Bescheid stehe dem Gedanken der Planungssicherheit und dem Investitionsschutz diametral entgegen. Die Planungssicherheit und der Investitionsschutz gehörten zum Sinn und Zweck eines positiven Bescheids im Sinne des Energiegesetzes und dienten dem hohen öffentlichen Interesse, für die Förderung erneuerbarer Energie und klimaneutraler Energiegewinnung verlässliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Insgesamt sehe der Gesetzgeber deshalb in den Übergangsbestimmungen auch für den vorliegenden Fall vor, dass die alten Bestimmungen zur Anwendung kämen. Der Entscheid der Vorinstanz widerspreche zudem dem Zweck des Energiegesetzes gemäss Art. 1 EnG, da ein Teil der Biomasse von der Förderung ausgeschlossen werde.

Im positiven Bescheid vom 1. Oktober 2015 sei zwar nur ein provisorischer Vergütungssatz festgelegt worden, es sei aber nicht differenziert worden, dass der Vergütungssatz je nach verwerteter Holzart in unterschiedlicher Höhe gelte. Zu diesem Zeitpunkt habe noch die altrechtliche Energieverordnung gegolten, in der sich kein Ausschluss von bestimmten Holzarten befunden habe. Ausgeschlossen sei dort lediglich die Verwendung von Siedlungsabfall gewesen. Der Begriff Siedlungsabfall werde in Art. 3 Bst. a der Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen vom 4. Dezember 2015 (VVEA, SR 814.600) definiert. Demgemäss gälten als Siedlungsabfälle Abfälle, die aus Haushalten stammten oder deren Zusammensetzung betreffend Inhaltsstoffe und Mengenverhältnis mit Abfällen aus Haushalten vergleichbar sei. Die problematischen Holzabfälle stammten jedoch nicht oder nicht typischerweise aus Haushaltungen oder ähnlichen Quellen und seien in ihrer Zusammensetzung auch nicht mit Abfällen aus Haushalten vergleichbar. Deshalb handle es sich weder um

Siedlungsabfälle noch um "ähnliche Abfälle, die in Kehrichtverbrennungsanlagen (KVA) verwertet werden".

Es sei nie schlüssig begründet worden, wieso die Verwertung von problematischen Holzabfällen nach dem alten Recht ausgeschlossen gewesen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Definition des Siedlungsabfalls nach der Luftreinhalte-Verordnung richten solle. Diese stelle lufthygienische Anforderungen an Anlagen, besage jedoch nichts zur Vergütung des aus der Holzverwertung erzeugten Stroms. Die Verwertung von problematischen Holzabfällen unter Einhaltung der umweltschutzrechtlichen Vorgaben sei somit nach altem und nach neuem Recht vergütungsberechtigt. Insofern treffe die Behauptung der Vorinstanz, die Halbierung des Vergütungssatzes sei eine Besserstellung, nicht zu. Auch in der neuen Energieförderungsverordnung bleibe die Liste der nicht zugelassenen Biomassearten unverändert. Wenn problematische Holzabfälle unter diese Ausschlussliste fallen würden, könnte für sie deshalb folgerichtig nicht ein (tieferer) Vergütungssatz festgelegt werden, da sie ja gar nicht zugelassen seien.

In Ziff. 3.1.4 Anhang 1.5 EnFV werde die Vergütungsberechtigung bei der Verwertung von problematischem Holzabfall auf Verordnungsstufe neu und erstmals erheblich eingeschränkt. Zwar obliege die Festlegung der Vergütungshöhe dem Bundesrat. Dieser habe jedoch die Regeln des Energiegesetzes sowie dessen Sinn und Zweck – die Förderung von Altholz- beziehungsweise Biomasseverwertung – zu beachten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern sich die Pauschalreduktion des Vergütungssatzes für problematische Holzabfälle um die Hälfte an den gesetzlichen Prinzipien bezüglich Gestehungskosten orientiere. Auch die Höhe der Reduktion erscheine beliebig; weder der Ordnungsgeber noch die Vorinstanz würden sachliche Gründe für die Halbierung nennen. Die Halbierung gehe deutlich weiter, als eine "übliche" Vergütungssatzreduktion in der Energieförderungsverordnung, zumal ansonsten bei der Biomasse gerade keine Anpassungen der Vergütungssätze vorgenommen worden seien und es keinen "Reduktionspfad" gebe. Die neue Verordnungsbestimmung verstosse zudem gegen das Legalitätsprinzip. Ein Teilausschluss sei ein schwerwiegender Eingriff in die Rechtstellung des Anlagenbetreibers und bedürfe deshalb einer hinreichend bestimmten Grundlage im Energiegesetz selber. Schliesslich liege eine Verletzung der Rechtsgleichheit vor, da das Verursacherprinzip und die damit verbundene Gebührenpflicht nach Art. 32 USG auch für die übrigen Holzabfälle, ja sogar für alle Abfälle, gelte.

Die Beschwerdeführerin sei davon ausgegangen, dass der volle Vergütungssatz für das gesamte Holzsortiment gelte. Das BFE habe auf hinreichend individualisierte Art Vertrauen darauf geschaffen, dass die Anlage wie geplant realisiert werden könne. Gestützt darauf habe sie erhebliche Investitionen getätigt. Gerade weil sich der positive Bescheid nicht zur Frage der problematischen Holzabfälle geäußert habe, habe sie davon ausgehen können, dass der damalige provisorische Vergütungssatz für alle Kategorien gelte.

5.

5.1 Vorab ist zu klären, welches Recht anzuwenden ist.

5.1.1 Die materielle Rechtmässigkeit eines Verwaltungsakts beurteilt sich grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses, ausser das anwendbare Recht sehe eine andere übergangsrechtliche Regelung vor (vgl. statt vieler BGE 139 II 263 E. 6).

Am 1. Januar 2018 trat das neue Energiegesetz in Kraft. Gleichzeitig löste die neue Energieförderungsverordnung die altrechtliche Energieverordnung ab.

Art. 72 EnG enthält Übergangsbestimmungen zum Einspeisevergütungssystem. Diese Bestimmungen gehen nicht nur der genannten, allgemeinen Regel vor, sondern auch den Regeln bezüglich des anwendbaren Rechts für Gesuche um Finanzhilfen und Abgeltungen nach Art. 36 des Subventionengesetzes vom 5. Oktober 1990 (SuG, SR 616.1; vgl. Art. 2 Abs. 2 SuG).

5.1.2 Art. 72 EnG unterscheidet drei Kategorien von Anlagenbetreiberinnen. Der Beschwerdeführerin war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Energiegesetzes am 1. Januar 2018 die Einspeisevergütung bereits zugesichert worden (sogenannter positiver Bescheid), sie hatte jedoch noch keine Vergütungen nach dem alten Recht erhalten. Nach Art. 72 Abs. 2 EnG gelten für diese Anlagenbetreiberinnen insbesondere die Ausschlüsse vom Einspeisevergütungssystem gemäss Art. 19 Abs. 4 EnG nicht; das Holzkraftwerk der Beschwerdeführerin ist von diesen Ausschlüssen nicht betroffen. Daraus ist im Umkehrschluss – und in Übereinstimmung mit der allgemeinen, intertemporalrechtlichen Regel – zu schliessen, dass die übrigen Bestimmungen des neuen Energiegesetzes für die Beschwerdeführerin zur Anwendung kommen.

5.1.3 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ändert an diesen Schlussfolgerungen nichts.

Zwar führte der Bundesrat in der Botschaft zum neuen Energiegesetz bezüglich der Übergangsbestimmungen aus, die Neuregelungen zum Einspeisevergütungssystem sollten schonend eingeführt werden. Für Anlagenbetreiberinnen, die unter dem neuen Gesetz ins System kämen, gälten sofort alle Neuerungen. Für diejenigen, die schon im bisherigen System seien beziehungsweise daran teilnehmen wollten, solle nur ein Teil der Neuerungen greifen, je nachdem, ob bereits ein Verhältnis eingegangen oder Zusagen abgegeben worden seien, die den Schutz eines begründeten Vertrauens nötig machten. Für diese Fälle werde der Bundesrat Ausnahmen von der sofortigen Geltung des neuen Rechts vorsehen. Weiter führte der Bundesrat bezüglich der Kategorie von Anlagenbetreiberinnen, zu denen die Beschwerdeführerin gehört, aus, mit dem positiven Bescheid sei bei den Betreiberinnen ein gewisses Vertrauen begründet worden. Sie seien angemessen zu schützen, weshalb die wesentlichen Verschärfungen für sie nicht gälten (Botschaft zum ersten Massnahmepaket der Energiestrategie 2050 und zur Volksinitiative "Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)" vom 4. September 2013, BBI 2013 7561, 7696).

Insofern ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass der Gesetzgeber die Anlagenbetreiberinnen mit einem positiven Entscheid vor einschneidenden Änderungen schützen wollte: Betreiberinnen mit positivem Bescheid wollte der Gesetzgeber vor den "wesentlichen Verschärfungen" schützen, um damit dem Gebot von Treu und Glauben nachzukommen und eine gewisse Planungssicherheit zu gewährleisten. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber jedoch in Art. 72 EnG bereits vorgegeben, welche Änderungen er für welche Kategorien von Betreiberinnen als "einschneidend" und welche Verschärfungen für Betreiberinnen mit einem positiven Entscheid er als wesentlich ansieht. So hat er bezüglich drei Kategorien von Anlagenbetreiberinnen – Betreiberinnen mit Wartelistenbescheid, solche mit positivem Bescheid und solche, die bereits eine Einspeisevergütung erhalten – die Wertung vorgenommen, wer nach dem alten und wer nach dem neuen Recht zu behandeln ist (vgl. Botschaft, BBI 2013 7561, 7696).

Zudem ist – entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin – aus der Nichtanwendung gewisser Ausschlüsse vom Einspeisevergütungssystem im neuen Recht (Art. 72 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 EnG) nicht zu

schliessen, dass der Gesetzgeber Betreiberinnen mit einem positiven Bescheid übergangsrechtlich prinzipiell von allen Ausschlüssen von Anlagen und Biomassearten ausnehmen wollte. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber in Art. 72 Abs. 2 EnG konkret festgelegt, von welchen Ausschlüssen diese Betreiberinnen ausgenommen sind. Eine Erweiterung dieser Liste auf die hier in Frage stehende Halbierung des Vergütungssatzes würde dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, zumal es sich dabei – entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin – um die Regelung eines Vergütungssatzes handelt und nicht um einen Ausschluss bestimmter Anlagen oder Biomassearten vom Einspeisevergütungssystem. Bezüglich der Höhe des Vergütungssatzes enthält Art. 72 Abs. 2 EnG ferner für Betreiberinnen mit positivem Entscheid keine Ausnahmen von der Anwendung des neuen Rechts. Der positive Bescheid, den diese Kategorie von Betreiberinnen noch unter dem alten Recht erhalten hat, enthält ausdrücklich nur einen "provisorischen" Vergütungssatz. Im Gegensatz dazu steht Betreiberinnen, die unter altem Recht nicht nur einen positiven Bescheid, sondern auch bereits eine Vergütung erhalten haben, diese weiterhin zu (Art. 72 Abs. 1 EnG). Nicht einmal dieser Schutz ist jedoch absolut, da der Vergütungssatz unter bestimmten Umständen angepasst werden kann (Art. 22 Abs. 3 Bst. e EnG). Darin zeigt sich, dass der Gesetzgeber bewusst auf eine intertemporalrechtliche Regelung bezüglich Vergütungshöhe für die Kategorie der Betreiberinnen nur mit positivem Bescheid verzichtet hat. Schliesslich ist dem einschlägigen Verordnungsrecht keine hier relevante Übergangsbestimmung zu entnehmen (vgl. Art. 102 ff. und Ziff. 9 Anhang 1.5 EnFV).

5.1.4 Insgesamt ist damit mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass bezüglich der hier vorliegenden Frage das neue Recht zur Anwendung kommt.

5.2 Das Energiegesetz soll zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung beitragen (Art. 1 Abs. 1 EnG). Es bezweckt die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bereitstellung und Verteilung der Energie und den Übergang hin zu einer Energieversorgung, die stärker auf der Nutzung erneuerbarer Energie, insbesondere einheimischer erneuerbarer Energie gründet (Art. 1 Abs. 2 Bst. a und c EnG; vgl. auch Art. 7 EnG).

Gemäss der Botschaft des Bundesrates soll das Einspeisevergütungssystem unter anderem die Investitionssicherheit für Neuanlagen erhöhen und ermöglichen, dass neue Technologien marktfähig werden (Botschaft,

BBI 2013 7561, 7624). Zudem bezweckt das Energiegesetz die energetisch und stofflich bestmögliche Verwertung von Neben- und Abfallprodukten (Botschaft, BBI 2013 7561, 7624). Aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck des Energiegesetzes zeigt sich der Wille des Gesetzgebers, einheimische alternative Energien möglichst rasch und substantiell zu fördern. Insbesondere betreffend Biomasseanlagen lässt sich schliessen, dass abschreckende Wirkungen vom Gesetzgeber nicht gewollt sind (vgl. Urteil des BVGer A-104/2021 vom 25. November 2021 E. 5.5.2). Der Gesetzgeber wollte ausdrücklich einheimische erneuerbare Energien – inklusive Holz – fördern, um die Energiesicherheit in der Schweiz zu verbessern.

Art. 60 Abs. 1 EnG legt fest, dass der Bundesrat das Energiegesetz vollzieht. Gemäss Art. 22 Abs. 3 Bst. a EnG erlässt der Bundesrat Ausführungsbestimmungen über die Vergütungssätze je Erzeugungstechnologie, Kategorie und Leistungsklasse. Der Vergütungssatz soll sich an den bei der Inbetriebnahme einer Anlage massgeblichen Gestehungskosten von Referenzanlagen orientieren (Art. 22 Abs. 1 EnG).

5.3 Der Bundesrat hat die Vergütungssätze des Einspeisevergütungssystems in Art. 16 EnFV in Verbindung mit den Anhängen 1.1–1.5 EnFV festgelegt. Die Vergütungssätze für Biomasseanlagen (inklusive Holzkraftwerke) befinden sich in Ziff. 3 Anhang 1.5 EnFV: Gemäss Ziff. 3.1.1 setzt sich der Vergütungssatz aus einer Grundvergütung und allenfalls aus einem Bonus zusammen; der Satz wird jährlich neu berechnet. In Ziff. 3.2 wird die Grundvergütung je Leistungsklasse festgelegt, in Ziff. 3.3 der Bonus für Holzkraftwerke und in Ziff. 3.4 der Bonus für landwirtschaftliche Biomasse (jeweils ebenfalls je Leistungsklasse).

Nach Ziff. 3.1.4 Anhang 1.5 EnFV wird der Anteil der Elektrizität, der in einem Holzkraftwerk aufgrund der Verwendung problematischer Holzabfälle, die gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a der VeVA als Sonderabfälle bezeichnet sind, mit dem halben Vergütungssatz vergütet. Der Anteil berechnet sich aufgrund der verwendeten Energieinhalte.

Art. 2 Abs. 1 VeVA verweist bezüglich der Sonderabfälle auf die Verordnung des UVEK über Listen zum Verkehr mit Abfällen vom 18. Oktober 2005 (LVA, SR 814.610.1), in deren Anhang 2 sich das Abfallverzeichnis befindet.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Halbierung des Vergütungssatzes in Ziff. 3.1.4 Anhang 1.5 EnFV sei gesetzeswidrig und verstosse gegen das Legalitätsprinzip sowie die Rechtsgleichheit. Diese Vorbringen sind im Rahmen einer vorfrageweisen Normenkontrolle zu prüfen.

6.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage. Das Legalitätsprinzip besagt, dass sich ein staatlicher Akt auf eine materiellgesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist. Das Legalitätsprinzip dient damit dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung und dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Vorausehbarkeit staatlichen Handelns (BGE 141 II 169 E. 3.1).

Bei rechtsetzenden Bestimmungen in Form von Verordnungen ist zwischen gesetzesvertretenden Verordnungen und Vollziehungsverordnungen zu unterscheiden. Die Kompetenz zum Erlass gesetzesvertretender Verordnungen setzt eine entsprechende Delegationsnorm im Gesetz voraus (Art. 164 Abs. 2 BV). Auch wenn der Gesetzgeber davon abgesehen hat, der Exekutive derartige (beschränkte) Legislativfunktionen zu übertragen, liegt es in der Kompetenz des Bundesrates, die Gesetzgebung zu vollziehen (Art. 182 Abs. 2 BV). Der Anwendungsbereich solcher Ausführungs- und Vollziehungsverordnungen ist indes darauf beschränkt, die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen. Ausgangspunkt sind Sinn und Zweck des Gesetzes; sie kommen in grundsätzlicher Weise durch die Bestimmung im formellen Gesetz zum Ausdruck (BGE 141 II 169 E. 3.3). Vollziehungsverordnungen dürfen das auszuführende Gesetz weder aufheben noch abändern; sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen. Durch eine Vollziehungsverordnung dürfen dem Bürger grundsätzlich keine neuen Pflichten auferlegt werden, selbst wenn diese durch den Gesetzeszweck gedeckt wären (BGE 136 I 29 E. 3.3).

Verordnungen des Bundesrates können von den rechtsanwendenden Behörden im Rahmen der vorfrageweisen respektive konkreten

Normenkontrolle auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden. Das Bundesverwaltungsgericht kann Rechtsverordnungen des Bundesrates vorfrageweise auf ihre Rechtmässigkeit prüfen. Gesetzesvertretende Rechtsverordnungen und Vollziehungsverordnungen sind zunächst auf ihre Gesetzmässigkeit zu prüfen. Dabei ist zu untersuchen, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, ist auch die Verfassungsmässigkeit zu prüfen (BGE 143 II 87 E. 4.4 und 141 II 169 E. 3.4; vgl. z.B. Urteil des BVGer A-4383/2021 vom 3. Mai 2023 E. 6.2).

6.3

6.3.1 Art. 60 Abs. 1 EnG enthält lediglich eine standardmässige Formulierung, welche die verfassungsmässige Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen des Bundesrates bestätigt. Art. 22 Abs. 3 EnG spricht dem Bundesrat aufgrund seines Wortlauts – "erlässt Ausführungsbestimmungen" – ebenfalls keine über Art. 182 Abs. 2 BV hinausgehenden Rechtsetzungskompetenzen zu. Es liegt mithin keine Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an den Bundesrat vor. Dem Bundesrat kommt damit bezüglich der Vergütungssätze keine Kompetenz zum Erlass gesetzesvertretender Ordnungsbestimmungen zu: Er kann lediglich im Rahmen seiner allgemeinen, verfassungsmässigen Vollzugskompetenz Vollziehungsverordnungen erlassen.

6.3.2 Inhaltlich setzt Art. 22 EnG bezüglich der Festlegung der Vergütungssätze zwei Leitplanken: Erstens hat sich der Vergütungssatz an den bei der Inbetriebnahme einer Anlage massgeblichen Gestehungskosten von Referenzanlagen zu orientieren (Art. 22 Abs. 1 EnG). Dazu führt die Botschaft aus, als Faustregel sollten in der Regel 80 % der Gestehungskosten nicht unterschritten werden (BBl 2013 7561, 7675). Zweitens legt Art. 22 Abs. 3 Bst. a EnG fest, dass bei den Vergütungssätzen nach Erzeugungstechnologie, Kategorie und Leistungsklasse zu unterscheiden ist.

6.4

6.4.1 Das UVEK begründet die Halbierung des Vergütungssatzes für problematische Holzabfälle damit, dass die Kosten der Verwertung dieser Holzabfälle zumindest teilweise durch "Gebühren" für die Entsorgung der Abfälle gedeckt seien, da gemäss Art. 32 USG der Inhaber der Abfälle die Kosten der Entsorgung trage (Ausführungsbestimmungen zum neuen

Energiegesetz vom 30. September 2016, Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Energieförderungsverordnung, EnFV), Erläuterungen, November 2017; Anführungszeichen im Original). Weder das BFE noch die Vorinstanz machen diesbezüglich weitere Ausführungen.

6.4.2 Die Energieförderungsverordnung stellt bezüglich der Festlegung der Vergütungssätze in erster Linie auf die Erzeugungstechnologie ab (Aufteilung in die Anhänge 1.1–1.5). Innerhalb jeder Technologie stuft sie den Vergütungssatz nach Leistungsklassen ab. Insbesondere bei den Photovoltaikanlagen unterscheidet sie zudem verschiedene Kategorien (integrierte und angebaute oder freistehende Anlagen; Art. 6 EnFV). Die Halbierung des Vergütungssatzes für problematische Holzabfälle in Ziff. 3.1.4 Anhang 1.5 EnFV stützt sich hingegen auf keines der im Gesetz genannten Kriterien, sondern setzt bei der zur Stromproduktion in einer bestimmten Biomasseanlage verwendeten Art der Biomasse an (problematische Holzabfälle). Die Halbierung des Vergütungssatzes für problematische Holzabfälle lässt sich damit nicht in die Logik des Energiegesetzes – die der Verordnungsgeber in der Energieförderungsverordnung grundsätzlich übernommen hat – einfügen. Das Vorgehen erscheint im Kontext der Energieförderungsverordnung einzigartig, hat der Verordnungsgeber doch soweit ersichtlich bezüglich keiner anderen Anlage eine vergleichbare pauschale Reduktion aufgrund der verwendeten Biomasse vorgesehen. Der Verordnungsgeber hat mit anderen Worten mit dem Abstellen auf die Biomasse bei der Festlegung des Vergütungssatzes für Holzkraftwerke auf ein Kriterium abgestellt, dass im Energiegesetz nicht angelegt ist.

Die Begründung für die Halbierung des Vergütungssatzes vermag auch aus weiteren Gründen nicht zu überzeugen. So ist die Entsorgung der "übrigen Abfälle" nach Art. 31c USG grundsätzlich der Privatwirtschaft überlassen (PIERRE TSCHANNEN, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl. 2000, Art. 31c, Rz. 10; ALEXANDRE FLÜCKIGER, in: Commentaire Loi sur la protection de l'environnement (LPE), 2010, Art. 31, Rz. 2). Deshalb ist es sachfremd, diesbezüglich auf "Gebühren", im Sinne eines Entgelts für eine staatliche Dienstleistung abzustellen. Da das Holzkraftwerk der Beschwerdeführerin gemäss ihren unwidersprochen gebliebenen Angaben die umweltschutzrechtlichen Vorgaben für die Verwertung von problematischen Holzabfällen erfüllt, ist zum Beispiel auch aus umweltschutzrechtlicher Sicht nicht geboten, dass sie für die Verwertung dieser Kategorie von Holzabfall nur einen tieferen Vergütungssatz erhalten sollte. Dies, zumal der Gesetzgeber die bestmögliche Verwertung von Abfallprodukten und

den Einsatz neuer Technologien ausdrücklich fördern will. Hinzu kommt, dass die pauschale Festsetzung der Höhe der Reduktion von der Vorinstanz nicht begründet wird und sachlich deshalb nicht nachvollziehbar ist. Eine Orientierung an den Gestehungskosten, wie sie das Gesetz vorsieht, ist jedenfalls nicht erkennbar. Wie die Beschwerdeführerin schliesslich nachvollziehbar ausführt, handelt es sich um eine für sie wirtschaftlich einschneidende Reduktion des Vergütungssatzes. Damit entfaltet die Halbierung des Vergütungssatzes eine abschreckende Wirkung betreffend Investitionen in Biomasseanlagen, was den Intentionen des Gesetzgebers widerspricht.

Die Herabsetzung des Vergütungssatzes für diese eine Art von Biomasse widerspricht nach dem Gesagten dem gesetzgeberischen Zweck der Förderung einheimischer erneuerbarer Energien und der bestmöglichen Verwertung von Abfallprodukten. Der Verordnungsgeber hat damit ausserhalb der ihm zugestandenen Vollzugskompetenz gehandelt.

6.5 Die Beschwerdeführerin macht zudem eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung geltend.

Gemäss dem Gebot der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung nach Art. 8 Abs. 1 BV liegt eine unzulässige Ungleichbehandlung vor, wenn ein Erlass eine rechtliche Unterscheidung trifft, für die kein vernünftiger und sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist (BGE 136 I 1 E. 4.1). Rechtfertigungsgründe für Ungleichbehandlungen in grundrechtlich geschützten Bereichen müssen darüber hinaus triftiger und ernsthafter Natur sein (BGE 149 I 105 E. 4.4.2 mit Hinweis auf BGE 106 Ib 182 E. 4a). Da es sich hier um eine Ungleichbehandlung direkter Konkurrentinnen und Konkurrenten handelt (Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 4 BV), kommt dieser qualifizierte Rechtfertigungsmaßstab zur Anwendung (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl. 2018, S. 431).

Ziff. 3.1.4 Anhang 1.5 EnFV sieht eine Reduktion des Vergütungssatzes nur für eine Art von Abfall – problematische Holzabfälle – vor. Andere (Holz-)Abfälle sind hingegen nicht von der Herabsetzung des Vergütungssatzes betroffen. Dies betrifft insbesondere Restholz (Abfall-Code 03 01 98 gemäss LVA) und Altholz von Baustellen, Abbrüchen, Renovationen und Umbauten (Abfall-Code 17 02 97). Entsprechend wird das Holzkraftwerk der Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung anders behandelt

als Holzkraftwerke, die nur andere Abfälle als problematische Holzabfälle verwerten.

Weder die Vorinstanz noch das BFE (in den einschlägigen Erläuterungen) äussern sich dazu, wieso einzig der Vergütungssatz für diese eine Abfallart reduziert wird. Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung problematischer Holzabfälle einerseits und anderer (Holz-)Abfälle andererseits ist nicht zu erkennen. Insbesondere machen weder die Vorinstanz noch das BFE geltend, dies geschehe aus umweltschutzrechtlichen Gründen. Es ist denn auch – wie dargelegt (E. 6.4.2) – nicht ersichtlich, wieso die umweltschutzrechtlich korrekte Verwertung problematischer Holzabfälle nicht gleich gefördert werden sollte, wie bei anderen Holzabfälle.

Der Ordnungsgeber hat damit gegen die Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung nach Art. 8 Abs. 1 BV verstossen.

6.6 Ziff. 3.1.4 Anhang 1.5 EnFV, wonach der Anteil der Elektrizität, der in einem Holzkraftwerk aufgrund der Verwendung problematischer Holzabfälle, die gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a der VeVA als Sonderabfälle bezeichnet sind, mit dem halben Vergütungssatz vergütet wird, erweist sich nach dem Gesagten als verfassungswidrig. Die Bestimmung stützt sich zudem nicht auf eine genügende gesetzliche oder verfassungsmässige Grundlage, da sie sich weder auf Art. 182 Abs. 2 BV noch auf eine einschlägige Gesetzesgrundlage stützen kann. Die strittige Ordnungsbestimmung (Ziff. 3.1.4 Anhang 1.5 EnFV) bleibt damit zwar in Kraft, sie ist jedoch nicht anzuwenden.

7.

7.1 Zu prüfen ist im Weiteren, ob die Argumentation des BFE zutrifft, nach der die Beschwerdeführerin aufgrund der Verwertung von problematischen Holzabfällen keine Einspeisevergütung erhält.

7.2 Problematische Holzabfälle sind gemäss Abfallverzeichnis in Anhang 1 LVA und der "Vollzugshilfe über den Verkehr mit Sonderabfällen und anderen kontrollpflichtigen Abfällen in der Schweiz" (<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/fachinformationen/abfallpolitik-und-massnahmen/vollzugshilfe-ueber-den-verkehr-mit-sonderabfaellen-und-anderen-.html>) insbesondere:

- Abfall-Code 17 02 98: Fassaden und Schalttafeln mit polychlorierte Biphenyle-haltigem Anstrich; Holzabfälle, die mit Holzschutzmitteln

nach einem Druckverfahren imprägniert wurden (z.B. Telefonstangen und Eisenbahnschwellen mit Teerölimprägnierung) Holzabfälle, die Beschichtungen aus bleihaltigen Verbindungen aufweisen (z.B. Fenster mit Anstrichen aus Bleiweiss); mit Holzschutzmitteln intensiv behandelte Holzabfälle (z.B. Dachwerk mit Pentachlorphenol oder Fassadenbretter, Aussentüren, Zäune, Parkbänke, Holzbrücken mit arsenhaltigen Holzschutzmitteln);

- Abfall-Code 19 12 06: Zerkleinerte Holzabfälle deren Schadstoffgehalte einen der Richtwerte der für Altholzfeuerungen zugelassenen Holzabfälle überschreiten;
- Abfall-Code 20 01 37: Holzabfälle, die mit Holzschutzmitteln nach einem Druckverfahren imprägniert wurden (z.B. Eisenbahnschwellen).

7.3 Gemäss Art. 3^{ter} Abs. 1 aEnV richteten sich die Mindestanforderungen an Anlagen nach den Anhängen 1.1–1.5 aEnV. Ziff. 6.2 Bst. b Nr. 3 Anhang 1.5 aEnV bezeichnete als nicht zugelassene Biomasse (unter anderem) gemischte Siedlungsabfälle aus privaten Haushaltungen, Gewerbe und Industrie sowie ähnliche Abfälle, die in KVA verwertet werden. Wer die Mindestanforderungen nicht einhielt, bekam einstweilen keine Einspeisevergütung mehr (Art. 3^{ter} Abs. 2 aEnV).

Das BFE ging unter dem dargestellten alten Recht davon aus, dass es sich bei den (nicht zugelassenen) Siedlungsabfällen nach Energieverordnung um Siedlungsabfälle im Sinne von Ziff. 711 Abs. 2 Anhang 2 LRV handelt. Gemäss dieser Bestimmung sind Siedlungsabfälle aus Haushalten stammende Abfälle sowie andere Abfälle vergleichbarer Zusammensetzung; dazu gehören insbesondere Abfälle nach Ziff. 31 Abs. 2 Bst. b Anhang 5 LRV. Gemäss dieser Ziff. 31 Abs. 2 Bst. b Anhang 5 LRV gelten nicht als Holzbrennstoffe alle übrigen (d.h. nicht in Abs. 1 oder in Abs. 2 Bst. a genannten) Stoffe aus Holz, wie:

- Altholz oder Holzabfälle, die mit Holzschutzmitteln nach einem Druckverfahren imprägniert wurden oder Beschichtungen aus halogenorganischen oder bleihaltigen Verbindungen aufweisen,
- mit Holzschutzmitteln wie Pentachlorphenol intensiv behandelte Holzabfälle oder Altholz,
- Gemische von solchen Abfällen mit Holzbrennstoffen nach Abs. 1 oder Altholz nach Abs. 2 Bst. a.

Folgt man dieser Rechtsauslegung des BFE, würde die Beschwerdeführerin keine Vergütung mehr erhalten, wenn sie problematische Holzabfälle verwertet.

7.4 Die neue Energieförderungsverordnung enthält inhaltlich die gleichen Bestimmungen wie die altrechtliche Energieverordnung: Die Mindestanforderungen sind gemäss Art. 17 Abs. 1 EnFV in den Anhängen 1.1–1.5 festgelegt und nach Art. 29 Abs. 1 EnFV besteht kein Anspruch auf die Einspeiseprämie für die Dauer, während der Mindestanforderungen nicht oder nicht mehr eingehalten werden. (Die Einspeiseprämie ergibt sich nach Art. 21 Abs. 4 EnG aus der Differenz zwischen dem Vergütungssatz und dem Referenz-Marktpreis.) Ziff. 2.1.2 Bst. c Anhang 1.5 EnFV nennt weiterhin als nicht zugelassene Biomasse gemischte Siedlungsabfälle aus privaten Haushaltungen, Gewerbe und Industrie sowie ähnliche Abfälle, die in KVA verwertet werden. Gemäss der dargestellten Argumentation des BFE, würde die Beschwerdeführerin damit auch unter dem neuen Recht keine Einspeisevergütung erhalten.

Die Einführung der Bestimmung zur Halbierung des Vergütungssatzes in Ziff. 3.1.4 Anhang 1.5 EnFV durch das BFE weist jedoch darauf hin, dass das BFE respektive der Verordnungsgeber von seiner ursprünglichen Auslegung abgerückt ist. Würden problematische Holzabfälle nämlich als Siedlungsabfälle nach Ziff. 711 Abs. 2 Anhang 2 LRV betrachtet, würden Holzkraftwerke, die solches Holz verwerten, die Mindestanforderungen nicht erfüllen und entsprechend gar keine Einspeisevergütung erhalten: Eine halbe Vergütung wäre damit ebenfalls nicht möglich.

In sachlicher Hinsicht vermag es denn auch nicht zu überzeugen, dass sich das BFE für die Definition der Siedlungsabfälle gemäss Ziff. 6.2 Bst. b Nr. 3 Anhang 1.5 aEnV respektive Ziff. 2.1.2 Anhang 1.5 EnFV auf die Definition der Luftreinhalte-Verordnung stützt. Die Luftreinhalte-Verordnung soll Menschen, Tiere, Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume sowie den Boden vor schädlichen oder lästigen Luftverunreinigungen schützen. Sie regelt zu diesem Zweck die vorsorgliche Emissionsbegrenzung, die Abfallverbrennung im Freien, die Anforderungen an Brenn- und Treibstoffe, die höchstzulässige Belastung der Luft (Immissionsgrenzwerte) und das Vorgehen für den Fall, dass die Immissionen übermässig sind (Art. 1 LRV). Die Verordnung stützt sich dementsprechend insbesondere auf Artikel aus dem Umweltschutzgesetz zu Emissionsbegrenzungen und Immissionsgrenzwerten (Art. 12 und 13 USG). Sie zielt in erster Linie auf die Festlegung von Emissions- und Immissionsgrenzwerten ab und regelt,

welche Anlagen welche Werte einzuhalten haben. Solche Werte stehen hier jedoch nicht zur Diskussion. Die Anlage der Beschwerdeführerin hält die lufthygienischen Vorgaben gemäss ihren unwidersprochen gebliebenen Angaben bei der Verwertung von problematischen Holzabfällen ein. Damit ist im Sinne der Luftreinhalte-Verordnung sichergestellt, dass die problematischen Holzabfälle nur in dafür ausgelegten Feuerungen mit entsprechenden Anforderungen bezüglich der Emissionen verbrannt werden. Ein lufthygienischer Grund dafür, diese Holzart von der Einspeisevergütung auszunehmen, besteht nicht.

Demgegenüber hat die Abfallverordnung unter anderem zum Zweck, durch die umweltverträgliche Verwertung von Abfällen eine nachhaltige Nutzung der natürlichen Rohstoffe zu fördern (Art. 1 Bst. c VVEA). Die Verordnung gilt für die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen sowie für das Errichten und Betreiben von Abfallanlagen (Art. 2 VVEA). Vorliegend geht es nicht um die Luftreinhaltung, sondern um die Behandlung verschiedener Abfallkategorien. Zudem entspricht das Ziel der Abfallverordnung, die nachhaltige Nutzung der natürlichen Rohstoffe, den im Energiegesetz verfolgten Zielen (vgl. Art. 1 EnG). Deshalb ist es angebracht, für die Definition der Siedlungsabfälle gemäss Ziff. 2.1.2 Bst. c Anhang 1.5 EnFV auf die Abfallverordnung abzustellen. Für dieses Vorgehen spricht zudem, dass die Energieförderungsverordnung auch in anderem Zusammenhang für die Definition von Siedlungsabfällen auf die Abfallverordnung verweist (vgl. Art. 67 Abs. 3 EnFV).

Damit ist festzuhalten, dass für die Definition der Siedlungsabfälle nach Ziff. 6.2 Bst. b Nr. 3 Anhang 1.5 aEnV respektive Ziff. 2.1.2 Bst. c Anhang 1.5 EnFV auf Art. 3 Bst. a VVEA abzustellen ist. Gemäss dieser Bestimmung sind Siedlungsabfälle (1.) aus Haushalten stammende Abfälle, (2.) aus Unternehmen mit weniger als 250 Vollzeitstellen stammende Abfälle, deren Zusammensetzung betreffend Inhaltsstoffe und Mengenverhältnisse mit Abfällen aus Haushalten vergleichbar ist, und (3.) aus öffentlichen Verwaltungen stammende Abfälle, deren Zusammensetzung betreffend Inhaltsstoffe und Mengenverhältnisse mit Abfällen aus Haushalten vergleichbar ist.

7.5 Wie die Ausführungen zu den problematischen Holzabfällen (oben, E. 7.2) zeigen, handelt es sich dabei nicht um Siedlungsabfälle im Sinne von Art. 3 Bst. a VVEA. Ebenso wenig handelt es sich um "ähnliche Abfälle, die in KVA verwertet werden". Somit stellen die problematischen Holzabfälle keine "nicht zugelassene Biomasse" nach Ziff. 2.1.2 Bst. c Anhang 1.5

EnFV dar. Die Beschwerdeführerin verstösst mit der Verwertung von problematischen Holzabfällen somit nicht gegen die Mindestanforderungen für Biomasseanlagen im Einspeisevergütungssystem, weshalb insoweit kein Grund besteht, ihr den entsprechenden Anspruch abzuerkennen.

8.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Einspracheentscheid der Vorinstanz aufzuheben. Die Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 7. Mai 2021 ist insofern abzuändern, als die Beschwerdeführerin auch für jenen Anteil der Elektrizität Anspruch auf den vollen Vergütungssatz hat, der unter Verwendung von problematischen Holzabfällen produziert wird. Das Dispositiv der Verfügung vom 20. Mai 2021 bleibt bestehen.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Sie hat deshalb keine Verfahrenskosten zu tragen. Ebenso wenig sind der unterliegenden Vorinstanz als Bundesbehörde Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der von der Beschwerdeführerin bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'500.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

9.2 Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.302.2). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE).

Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin haben am 29. März 2023 eine Kostennote eingereicht. Dieser ist zu entnehmen, dass die Rechtsvertreter insgesamt einen Zeitaufwand von 55 Stunden bei einem Stundenansatz von Fr. 350.– betrieben haben (für "Besprechungen/Korrespondenz mit Mandantin; Aktenstudium, Rechtsabklärungen zu den angefochtenen Verfügungen; Ausarbeitung Beschwerde vom 11. Mai 2022; Begleitung Beschwerdeverfahren: Studium und Abklärungen zu Vernehmlassung Pronovo vom 20. Juli 2022, Ausfertigung Replik vom 19. September 2022, Analyse Duplik Pronovo vom 15. November 2022"). Zusätzlich machen sie Auslagen in der Höhe von Fr. 500.– geltend sowie die Mehrwertsteuer. Die Angaben sind weder bezüglich Zeitaufwand noch bezüglich Auslagen

detailliert genug, als dass das Gericht darauf abstellen könnte: Der Aufstellung des Zeitaufwands ist nicht zu entnehmen, wann für welche Arbeiten wieviel Zeit aufgewendet wurde und die Auslagen wurden als Pauschale angegeben. Dementsprechend setzt das Gericht die Parteientschädigung von Amtes wegen aufgrund der Akten fest (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Unter Berücksichtigung der leicht überdurchschnittlichen Komplexität des Falles, der eingereichten Rechtsschriften und des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwandes hält das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) für angemessen. Dieser Betrag ist der Vorinstanz zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 3 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Einspracheentscheid der Vorinstanz aufgehoben. Die Dispositivziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Mai 2021 ist insofern abzuändern, als die Beschwerdeführerin auch für jenen Anteil der Elektrizität Anspruch auf den vollen Vergütungssatz hat, der unter Verwendung von problematischen Holzabfällen produziert wird.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'500.– wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das BFE.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Christine Ackermann

Tobias Grasdorf

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und 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. 42 BGG).

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...] und [...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat des UVEK (Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Energie z.K. (A-Post)