



Urteil vom 11. Juni 2020

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jürg Steiger, Richterin Christine Ackermann,
Gerichtsschreiberin Simona Risi.

Parteien

ARA Neugut,
vertreten durch lic. iur. Lorenzo Marazzotta, Rechtsanwalt,
Badertscher Rechtsanwälte AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Pronovo AG,
Erstinstanz,

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
Vorinstanz.

Gegenstand

Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung der Klärgasanlage 2015.

Sachverhalt:**A.**

Die ARA Neugut reinigt in ihrer Abwasserreinigungsanlage die Abwasser der Trägergemeinden Dübendorf, Dietlikon und Wangen-Brüttisellen sowie aus Teilgebieten der Gemeinde Wallisellen. Aus dem im Faulprozess entstandenen Klärgas wird mit einem Blockheizkraftwerk (BHKW) Wärme und Energie gewonnen. Die ursprüngliche Klärgasanlage mit drei BHKW wurde am 1. Juni 1994 erstellt.

B.

B.a Am 22. Dezember 2008 meldete die ARA Neugut (nachfolgend: Gesuchstellerin) ihre erneuerte und erweiterte Klärgasanlage bei der Swissgrid AG für die Kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) an. Gemäss Vorprojekt vom 17. Dezember 2008 plante sie, mittels Ersatz der drei bestehenden BHKW durch ein neues BHKW mit höherer Leistung die Stromproduktion zu steigern. Die projektierte jährliche Stromerzeugung wurde in der Anmeldung mit 1'400'000 kWh und die zu tätigen Investitionen mit Fr. 652'000.– angegeben. Mit Bescheid vom 15. Januar 2009 teilte die Swissgrid der Gesuchstellerin mit, dass die Voraussetzungen für die KEV erfüllt seien. Die erneuerte Anlage wurde am 1. November 2013 in Betrieb genommen. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 teilte die Swissgrid der Gesuchstellerin mit, dass die Berechtigung zur KEV die Erfüllung entweder des Investitionskriteriums oder des Kriteriums der Steigerung der Elektrizitätsproduktion bzw. des Stromnutzungsgrads bedinge. Gemäss den Angaben in der Anmeldung erfülle ihre Anlage nur das Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung. Gestützt auf die massgeblichen Bemessungsgrundlagen ergebe sich eine jährliche Mindeststromproduktion von 1'357'125 kWh/Jahr.

B.b Mit Bescheid vom 2. Mai 2016 stellte die Swissgrid fest, dass die Anlage der Gesuchstellerin im Jahr 2015 nur 1'004'450 kWh Strom produziert habe. Die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung der Anlage seien damit im Jahr 2015 nicht erfüllt worden. Die Anlage sei folglich rückwirkend auf den jeweiligen Marktpreis zu setzen und die zu viel erhaltene Vergütung sei zurückzuerstatten. Diesen Bescheid bestätigte die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) mit Verfügung vom 11. April 2017. Dagegen gelangte die Gesuchstellerin am 22. Mai 2017 mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und beantragte im Wesentlichen, die Referenzmengen für die Berechnung der erforderlichen Mindest-

produktion seien tiefer festzulegen und für das Jahr 2015 sei die KEV auszubezahlen. Zudem reichte sie eine Zusammenstellung über die tatsächlich getätigten Investitionen zu den Akten. Mit Urteil A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 bestätigte das Gericht die von der ECom festgesetzten Referenzmengen. Im Übrigen stellte es fest, dass aufgrund der eingereichten Unterlagen betreffend die getätigten Investitionen in der Höhe von Fr. 1'369'496.90 (exkl. MwSt) bzw. Fr. 1'475.965.70 (inkl. MwSt) die Erfüllung des Investitionskriteriums zu prüfen sei. In diesem Zusammenhang hob es die Verfügung vom 11. April 2017 teilweise auf und wies die Angelegenheit zu neuem Entscheid an die ECom zurück.

C.

C.a Am 17. April 2018 informierte die ECom die Parteien darüber, dass sie das Verfahren wiederaufgenommen habe. Die Gesuchstellerin beantragte mit Eingabe vom 6. Juni 2018, es sei festzustellen, dass das Investitionskriterium gemäss Art. 3a Bst. a der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV) erfüllt und ihre Anlage entsprechend KEV-vergütungsberechtigt sei. Mit Stellungnahme vom 23. August 2018 führte die Pronovo AG (Rechtsnachfolgerin der Swissgrid im Bereich der KEV-Administration) aus, aufgrund der vorhandenen Unterlagen seien Investitionen von über Fr. 1.3 Mio für das BHKW und solche von Fr. 500'000.– in den Gasometer plausibel gemacht worden, womit die notwendigen Investitionen erreicht seien. Gestützt auf die gerichtlich festgestellten Referenzmengen und die relevanten Rechtsnormen ergebe sich nach dem Investitionskriterium eine jährliche Mindeststromproduktion von 1'085'700 kWh/Jahr. Da die Produktion der Anlage der Gesuchstellerin im Jahr 2015 unter diesem Wert liege, sei die Marktpreissetzung zu Recht erfolgt. Dagegen wendete die Gesuchstellerin mit Stellungnahme vom 11. September 2018 ein, sie habe im Jahr 2015 Sanierungsarbeiten durchführen und die Anlage dafür während 45 Tagen ausser Betrieb nehmen müssen. Hochgerechnet auf ein volles Betriebsjahr entspreche die Produktion einer Strommenge von 1'145'700 kWh, wodurch die Mindestanforderungen übertroffen worden seien.

C.b Mit Verfügung vom 11. Juni 2019 bestätigte die ECom den Bescheid der Swissgrid vom 2. Mai 2016. Sie wies den Antrag der Gesuchstellerin auf Feststellung, dass das Investitionskriterium erfüllt sei und die Anlage (für das Jahr 2015) entsprechend KEV-vergütungsberechtigt sei, ab, setzte die Anlage für dieses Jahr auf den Marktpreis und verpflichtete die Gesuchstellerin, die zu viel erhaltene Vergütung an die Pronovo zurückzuerstatten.

Zur Begründung führte sie insbesondere aus, die getätigten Investitionen seien ausreichend und die Amortisationsdauer sei gemäss den massgeblichen Bestimmungen abgelaufen; die Anlage der Gesuchstellerin habe aber im Jahr 2015 die notwendige minimale Elektrizitätsproduktion nicht erreicht.

D.

Mit Eingabe vom 19. August 2019 erhebt die Gesuchstellerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt, die Verfügung der ECom sei vollumfänglich aufzuheben und ihre Anlage sei für das Jahr 2015 nicht auf den Marktpreis zu setzen resp. als KEV-vergütungsberechtigt anzuerkennen.

Dies begründet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen damit, dass für die Berechnung der Mindeststromproduktion nach dem Investitionskriterium andere Referenzwerte als die von der Vorinstanz herangezogenen massgebend seien und sie diese eingehalten habe.

E.

Die ECom (nachfolgend: Vorinstanz) verzichtet mit Schreiben vom 4. Oktober 2019 unter Verweis auf die angefochtene Verfügung auf eine Vernehmlassung. Die Pronovo (nachfolgend: Erstinstanz) reicht ihre Beschwerdeantwort am 10. Oktober 2019 ein.

F.

Am 11. November 2019 reicht die Beschwerdeführerin ihre Schlussbemerkungen ein.

G.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit relevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Entscheide der ECom sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 66 Abs. 2 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 [EnG, SR 730.0] i.V.m. Art. 23 des

Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734. 7] und Art. 33 Bst. f VGG). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, 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 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.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

2.2 Die Vorinstanz ist indessen keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids, entbindet es aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen (vgl. BGE 133 II 35 E. 3 m.w.H.; BVGE 2009/35 E. 4; vgl. MOSER/BESUCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2014, Rz. 2.154 ff.).

3.

3.1 Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen ist bei Fehlen von Übergangsbestimmungen in materiell-rechtlicher Hinsicht in der Regel dasjenige Recht massgeblich, das im Zeitpunkt der Verwirklichung des streitigen Sachverhalts Geltung hat (statt vieler BGE 140 V 136 E. 4.2.1 m.w.H.). In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind in der Regel dieje-

nigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben, unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen (statt vieler BGE 130 V 1 E. 3.2; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 296 f.). Gestützt darauf überprüft das Bundesverwaltungsgericht – soweit keine besondere Regelung besteht – die Rechtmässigkeit eines angefochtenen Verwaltungsakts in der Regel anhand der bei dessen Ergehen geltenden materiellen Rechtslage (vgl. BGE 139 II 243 E. 11.1; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 24 Rz. 20).

3.2 Mit Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0) per 1. Januar 2018 wurde das bisher geltende System der kostendeckenden Einspeisevergütung in ein kostenorientiertes Einspeisevergütungssystem mit Direktvermarktung umgewandelt. Die vorliegende Streitigkeit betrifft das bisherige System, weshalb im Folgenden auch die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen (aEnG und aEnV) anzuwenden sind.

4.

4.1 Gemäss Art. 89 Abs. 1 BV setzen sich der Bund und die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine umweltverträgliche Energieversorgung ein. Art. 1 Abs. 2 EnG statuiert als Ziel die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bereitstellung und Verteilung der Energie, die sparsame und rationelle Energienutzung und die verstärkte Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien.

4.2 Mit dem per 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Art. 7a aEnG (AS 2007 3425) hat der Gesetzgeber zur Förderung der Stromerzeugung mit erneuerbaren Energien besondere Anschlussbedingungen für Neuanlagen eingeführt. Demnach sind Netzbetreiber unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet, die gesamte Elektrizität, die aus Neuanlagen unter anderem durch die Nutzung von Biomasse und Abfällen aus Biomasse gewonnen wird, abzunehmen. Als Neuanlagen gelten solche, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert wurden. Die Vergütung richtet sich nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen (sog. kostendeckende Einspeisevergütung [KEV]).

4.3 Mit der Revision der aEnergieverordnung vom 14. März 2008 (AS 2008 1223) hat der Bundesrat die Anschlussbedingungen für Elektrizität aus er-

neuerbaren Energien nach Art. 7a aEnG näher geregelt (Art. 7a Abs. 2 aEnG, Art. 3 ff. aEnV). Die konkrete Höhe der Vergütungssätze für die verschiedenen Technologien lässt sich aufgrund der in den Anhängen zur aEnergieverordnung festgesetzten Grundlagen berechnen und erfolgt schematisch, nicht abgestimmt auf eine individuelle Anlage (Art. 3b aEnV). Die Einzelheiten sind gesondert für die Anlagentypen in den Anhängen zur aEnergieverordnung geregelt (für Biomasseanlagen vgl. Anhang 1.5).

4.4 Für die Administration der KEV war die Vorinstanz resp. die Swissgrid verantwortlich (Art. 63 f. EnG; Art. 3g ff. aEnV). Sie wickelten namentlich das Zulassungsverfahren zur KEV und deren Auszahlung ab. Das Anmelde- und Bescheidverfahren wurde durch die Anmeldung bei der nationalen Netzgesellschaft eingeleitet (Art. 3g aEnV). Die Anmeldung enthielt unter anderem Angaben zur Kategorie der Anlage, zur erwarteten jährlichen Produktion und zum geplanten Inbetriebnahmedatum. Die Netzgesellschaft prüfte anschliessend, ob die Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind, teilte das Resultat der Prüfung dem Antragsteller in einem Bescheid mit (Art. 3g Abs. 3 aEnV) und orientierte diesen nach der definitiven Aufnahme in die KEV über den Vergütungssatz (Art. 3h Abs. 3 EnV). Die Vergütungssätze wurden nach jedem Kalenderjahr rückwirkend definitiv festgesetzt.

5.

5.1 Das aEnergiegesetz und die aEnergieverordnung einschliesslich ihrer Anhänge wurden in der Zeit zwischen der Anmeldung des Vorhabens der Beschwerdeführerin und dem Entscheid der Vorinstanz verschiedentlich revidiert. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin ihre Anlage im Dezember 2008 im Hinblick auf die Einführung der KEV per 1. Januar 2009 als erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage bei der Erstinstanz angemeldet. Für die Frage, ob die Anlage der Beschwerdeführerin die Anforderungen an eine erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage erfüllt, ist auf das Recht im Zeitpunkt des definitiven KEV-Bescheids vom 15. Januar 2009, folglich auf das am 1. Januar 2009 geltende Recht abzustützen (vgl. die Urteile des BVGer A-6543/2018 vom 24. März 2020 E. 5.5, A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 5.1). Die von der Beschwerdeführerin betriebene Klärgasanlage ist der Kategorie der Biomasseenergieanlagen zuzurechnen (Anhang 1.5 Ziff. 2.3 aEnV).

5.2 Gemäss Art. 3a aEnV in der Fassung vom 1. Januar 2009 (AS 2008 1223) gelten Anlagen als erheblich erweitert oder erneuert, wenn die Neu-

investitionen mindestens 50% der für eine Neuanlage erforderlichen Investitionen ausmachen, nach Abzug der durch behördliche Auflagen bedingten Produktionseinschränkungen mindestens gleich viel Elektrizität wie bisher erzeugt wird und die Amortisationsdauer der Anlagen nach den Anhängen 1.1.-1.5 zu zwei Dritteln abgelaufen ist; anrechenbar sind die Investitionen der letzten fünf Jahre vor Inbetriebnahme (Bst. a, sog. Investitionskriterium). Als erheblich erweitert oder erneuert gelten überdies Anlagen, bei denen die Elektrizitätserzeugung gemäss den Anforderungen nach den Anhängen 1.1.-1.5 gesteigert wird (Bst. b, Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung). Gemäss Anhang 1.5 Ziffer 5.1 aEnV gelten als erheblich erweitert oder erneuert im Sinne von Art. 3a Bst. b aEnV Anlagen, die verglichen mit dem Durchschnitt der zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006 ihre Elektrizitätsproduktion um mindestens 25% steigern.

6.

6.1 Mit Urteil A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 führte das Gericht insb. aus, dass die Beschwerdeführerin bei der Anmeldung von Investitionskosten von Fr. 650'000.– ausgegangen sei, womit sie die minimal erforderlichen Investitionskosten nicht erfüllt hätte. Mit ihren Schlussbemerkungen habe sie hingegen Unterlagen eingereicht, wonach Kosten von Fr. 1'369'496.90 (exkl. MwSt) bzw. Fr. 1'475.965.70 (inkl. MwSt) entstanden seien. Da gemäss Art. 3a Bst. a aEnV weitere kumulative Voraussetzungen für die Erfüllung des Investitionskriteriums erforderlich seien (vgl. E. 5.2), sei die Sache zur näheren Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese werde die Kostenzusammenstellung der Beschwerdeführerin und insbesondere die Frage, ob die geltend gemachten Kosten innerhalb der festgelegten Systemgrenzen liegen (vgl. Richtlinie KEV, Art. 7a EnG, Anhang 1.5 aEnV, Version 1.2 vom 23. Januar 2009 Ziff. 5.1), zu prüfen haben. Je nach Ergebnis dieser Prüfung und der weiteren Voraussetzungen werde sie festzustellen haben, ob die Beschwerdeführerin das Investitionskriterium gemäss Art. 3a Bst. a aEnV in der Fassung vom 1. Januar 2009 erfülle oder nicht (vgl. a.a.O. E. 7.5-7.7).

6.2 Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war, ob die Anlage der Beschwerdeführerin das Investitionskriterium erfüllt und auf welchen Referenzwert resp. welche jährlich zu erreichende Mindestproduktionsmenge abzustellen ist. Dazu waren die Kriterien gemäss Art. 3a aEnV zu prüfen (vgl. vorne E. 5.2). Anrechenbar sind die Investitionen der letzten fünf Jahre vor Inbetriebnahme. Die erneuerte BHKW-Anlage der Beschwerdeführerin wurde am 1. November 2013 in Betrieb genommen, womit die Investitionen ab dem 1. November 2008 massgeblich sind. Zwischen den Parteien nicht

mehr strittig ist, dass die Kriterien der erforderlichen Mindestinvestitionen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 42-51) und Amortisationsdauer (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 66 f.) erfüllt sind (vgl. Beschwerde Rz. 10). Damit erfüllt die Anlage das Investitionskriterium gemäss Art. 3a aEnV, soweit jährlich die massgebliche Elektrizitätsproduktion erreicht wird.

6.3 Im Streit liegt die Frage, ob die erneuerte Anlage das Kriterium der Elektrizitätsproduktion für das Jahr 2015 erfüllt. Dazu ist zunächst die jährlich notwendige Elektrizitätsproduktion zu bestimmen.

6.3.1 Die Vorinstanz führt aus, in Bezug auf die Elektrizitätsproduktion könne dem Wortlaut von Art. 3a aEnV entnommen werden, dass eine förderungswürdige Anlage entweder gleich viel Elektrizität wie bisher erzeugen (Investitionskriterium) oder die Elektrizitätserzeugung steigern müsse (Kriterium der Produktionssteigerung). Für die Produktionssteigerung würden die minimalen jährlichen Zusatzproduktionen abhängig von der Technologie in den Anhängen der aEnergieverordnung detailliert geregelt. Eine Klärgasanlage müsse den Durchschnitt der Elektrizitätsproduktion der zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006 um mindestens 25% steigern (Art. 3a Bst. b i.V.m. Anhang 1.5 Ziffer 5.1 aEnV). Beim Kriterium der Produktionssteigerung entspreche somit die «bisherige» Produktion, auf welcher die erforderliche Zusatzproduktion berechnet werde, dem Durchschnitt der Jahre 2004 und 2005. Die Berücksichtigung von zwei Betriebsjahren vor dem 1. Januar 2006 und die Steigerung von 25% gelte für alle Biomasseenergieanlagen, welche in Anhang 1.5 aEnV geregelt würden, gleichermassen (Kehrrichtverbrennungsanlagen Ziff. 3.1, Schlammverbrennungsanlagen Ziff. 4.1, Klärgas- und Deponiegasanlagen Ziff. 5.1, übrige Biomasseanlagen Ziff. 6.1). Für die Beurteilung der Produktionssteigerung werde auf ein Stichdatum (1. Januar 2006) abgestellt, welches vor der Anmeldung liege. So könne sichergestellt werden, dass es sich um die tatsächliche bisherige Elektrizitätsproduktion der Anlage handle, ohne dass allfällige Produktionseinbussen aufgrund von Sanierungsmassnahmen berücksichtigt würden. Die Produktion der Jahre vor der Anmeldung sei zudem bekannt und könne bereits anlässlich der Anmeldung für die KEV angegeben werden. Die systematische, teleologische und historische Auslegung von Art. 3a aEnV ergebe, dass für das Investitionskriterium – für das mindestens gleich viel Elektrizität wie bisher produziert werden muss – dieselben Referenzjahre zu berücksichtigen seien wie für das Elektrizitätssteigerungskriterium. Damit werde auch dem Grundsatz der Gleichbehandlung Genüge getan. Demnach seien zur Feststellung der bisherigen Elektrizitätsproduktion die zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006

massgeblich. Aus den für die Jahre 2004 und 2005 gerichtlich festgestellten Referenzmengen der Anlage der Beschwerdeführerin (vgl. das Urteil des BVGer A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 6.4) ergebe sich eine durchschnittliche Jahresproduktion von 1'085'700 kWh. Diese Strommenge müsse die Anlage jährlich mindestens erreichen, um das Investitionskriterium zu erfüllen.

6.3.2 Die Erstinstanz stimmt der Auslegung der Vorinstanz in ihrer Beschwerdeantwort zu und führt aus, diese rechtfertige sich insbesondere hinsichtlich der Entwicklung von Art. 3a aEnV. In der aEnV Stand 1. Januar 2016 werde erstmals ausgeführt, welche Jahre für das Investitionskriterium als Referenzjahre hinzugezogen werden sollen, nämlich dieselben wie für das Elektrizitätssteigerungskriterium. Gemäss dem erläuternden Bericht zur Revision der aEnV und der Stromversorgungsverordnung des Bundesamts für Energie vom Mai 2015 sei diese Anpassung vorgenommen worden, um die bestehende Unsicherheit bei der Auslegung des Begriffs «wie bisher» zu beseitigen. Folglich sei für Anlagen, welche vorher angemeldet worden seien, die damals für das Elektrizitätsproduktionssteigerungskriterium anwendbare Anzahl Referenzjahre für beide Kriterien einschlägig. Im vorliegenden Fall seien also weiterhin die beiden letzten vollen Betriebsjahre vor dem Jahr 2006 als Referenzjahre zu betrachten.

6.3.3 Die Beschwerdeführerin wendet ein, entgegen der Auslegung der Vorinstanz von Art. 3a aEnV sei auf die Stromproduktion der letzten fünf Jahre vor der erheblichen Erweiterung/Erneuerung der Anlage abzustellen. Dies begründet sie damit, dass auch bei den massgeblichen Investitionen die letzten fünf Jahre vor Inbetriebnahme massgeblich seien. Der Umbau der Anlage habe im Jahr 2010 begonnen. Die durchschnittliche Elektrizitätsproduktion der Jahre 2005 bis 2009 habe 932'605.40 kWh (Biogas und Erdgas) bzw. 768'001.20 kWh (Biogas) betragen. Da die Anlage im streitbetroffenen Jahr 2015 1'004'450 kWh produziert habe, erreiche die Stromproduktion der erneuerten Anlage damit in jedem Fall die bisherige Elektrizitätserzeugung. Selbst wenn man nur auf die beiden Jahre vor dem Umbau der Anlage abstelle (2008 und 2009), so läge die Elektrizitätsproduktion mit rund 850'000 kWh unter dem durch die Vorinstanz ermittelten Wert.

6.3.4 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, leitet sich gestützt auf Anhang 1.5 Ziff. 5.1 aEnV die Steigerung der Elektrizitätsproduktion aus der bisherigen Produktion ab, weshalb eine Abstützung auf dieselben Referenzwerte für beide Kriterien zwingend erscheint. Der diesbezüglichen sorgfält-

tigen und überzeugenden Auslegung von Art. 3a aEnV durch die Vorinstanz ist vollumfänglich zu folgen, weshalb darauf verwiesen werden kann. Das nicht weiter begründete Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach sich das Kriterium «gleich viel Elektrizität wie bisher» nach der massgeblichen Dauer für die in der Vergangenheit getätigten Investitionen und damit nach einer anderen Referenz als der für die Elektrizitätssteigerung geltenden bemessen soll, lässt sich durch die vorgenommene Auslegung hingegen nicht stützen. Gegen diese Annahme spricht auch das von der Erstinstanz Vorgebrachte: Mit der Änderung der aEnergieverordnung vom 1. Oktober 2011 (AS 2011 4067) wurde betreffend die Elektrizitätssteigerung nunmehr auf die letzten fünf vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2010 resp. später auf die letzten fünf vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2015 abgestellt; beim Investitionskriterium blieb es zunächst bei dem Wortlaut «mindestens gleich viel Elektrizität wie bisher». Mit der Änderung von Art. 3a aEnV vom 1. Januar 2016 (AS 2015 4781) wurde schliesslich auch betreffend das Investitionskriterium explizit festgehalten, dass «mindestens gleich viel Elektrizität wie im Durchschnitt der letzten fünf vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2015» zu produzieren sei. Dies bestätigt, dass für beide Kriterien dieselbe zeitliche Referenz gelten soll.

Somit steht fest, dass für das Investitionskriterium ebenso wie für das Elektrizitätssteigerungskriterium im vorliegenden Fall die zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006 als massgebliche Referenz zur Erreichung der notwendigen Mindestproduktion heranzuziehen sind.

6.3.5 Aus den Akten ergibt sich, dass die fragliche Anlage im Jahr 2004 1'069'200 kWh und im Jahr 2005 1'102'200 kWh produziert hat. Im Verfahren A-2905/2017 des Bundesverwaltungsgerichts machte die Beschwerdeführerin betreffend die Erfüllung des Kriteriums der Elektrizitätsproduktionssteigerung geltend, zur Festlegung der Referenzmengen der Jahre 2004 und 2005 müsse die Elektrizitätsproduktion aus Erdgas ausgeschlossen werden. Dieser Anteil sei nicht massgeblich, da nur die Elektrizitätsproduktion aus erneuerbaren Energien (vorliegend Klärgas) für die Berechnung der erforderlichen Produktionssteigerung zu berücksichtigen sei. Das Bundesverwaltungsgericht stellte mit Urteil vom 1. Februar 2018 auf dem Weg der Auslegung hingegen fest, dass die erforderliche Produktionssteigerung auf der Basis der bisher produzierten Energie aus fossilen und erneuerbaren Energien zu berechnen sei. Da die Anlage der Beschwerdeführerin bereits vor ihrer Erneuerung oder Erweiterung Elektrizität aus erneuerbarer Energie produziert habe, müsse sie ihre Produktion zwingend steigern, wenn sie als bestehende Anlage von der KEV gefördert werden

wolle. Ein blosser Verzicht auf bisher eingesetzte fossile Brennstoffe und die Weiterführung der bestehenden Elektrizitätsproduktion aus erneuerbarer Energie könne nicht im Sinne des Ziels der KEV – dem möglichst effizienten Einsatz der Fördermittel – sein. In Anwendung dieser Grundsätze müsse die erforderliche Steigerung der Elektrizitätsproduktion auf der Basis der bisher insgesamt von der Anlage produzierten elektrischen Energie berechnet werden. Nur so sei sichergestellt, dass die mit der KEV geförderte Anlage ihre Produktion aus erneuerbaren Energien tatsächlich und insgesamt markant steigern und zum gesetzgeberischen Ziel einer Produktion von 11'400 GWh aus erneuerbaren Energien bis zum Jahr 2035 beitrage. Als Referenzmenge sei daher die in der Vergangenheit insgesamt produzierte Energie heranzuziehen, ohne davon die Produktion aus fossilen Brennstoffen abzuziehen (vgl. a.a.O. E. 6.3.5 f.).

Im vorliegenden Verfahren wendet die Beschwerdeführerin ein, das Bundesverwaltungsgericht habe sich im fraglichen Urteil nicht auf das Investitionskriterium bezogen. Da es beim Investitionskriterium keine Produktionssteigerung zu erzielen gelte, sei nur auf die vormalige Elektrizitätsproduktion aus erneuerbarer Energie abzustützen. Ansonsten müsste sie ab sofort auch für die Erzeugung von Strom aus fossilen Energieträgern (Erdgas) eine KEV-Vergütung erhalten. Dies würde aber diametral dem Gesetzeszweck widersprechen. Ihre Anlage reinige das kommunale Abwasser mehrerer Gemeinden und gewinne damit Strom. Dabei sei Erdgas nur eingesetzt worden, wenn nicht genügend Wärme für den Faulprozess zur Verfügung gestanden habe. Dass dadurch auch Strom produziert worden sei, sei ein Nebeneffekt, der habe in Kauf genommen werden müssen. Die Stromproduktion aus Erdgas habe im Jahr 2004 195'469 kWh und im Jahr 2005 265'195 kWh betragen, welche Mengen von der Gesamtproduktion abzuziehen seien.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 eingehend dazu geäußert, weshalb für die vormalige Produktion auf die Elektrizität aus erneuerbaren und fossilen Energieträgern abzustellen ist. Vor dem Gleichlauf der Kriterien, was die massgeblichen Referenzjahre betrifft, rechtfertigt es sich nicht, für die Erhebung der erforderlichen Mindestproduktion nach dem Investitionskriterium andere Produktionsdaten heranzuziehen als für jene nach dem Elektrizitätssteigerungskriterium. Notwendig ist die Erhebung der gesamten bisher erzeugten Energie. Dieser Wert ist sodann zur Erfüllung des Investitionskriteriums ab der Förderung durch die KEV vollumfänglich aus erneuerbaren Energieträgern zu

erzielen. Dadurch wird die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien gemäss dem Ziel der KEV gesteigert.

6.3.6 Zusammenfassend ist zur Bestimmung der jährlichen Mindeststromproduktion nach dem Investitionskriterium auf die in den Referenzjahren 2004 und 2005 insgesamt produzierte Elektrizität abzustellen. Demnach muss die Anlage der Beschwerdeführerin jährlich mindestens gleich viel wie vor dem 1. Januar 2006, folglich 1'085'700 kWh, produzieren. Erreicht sie diesen Wert, ist sie für das fragliche Jahr KEV-vergütungsberechtigt.

6.4 Im Jahr 2015 hat die Anlage 1'004'450 kWh produziert. Damit hat sie die erforderliche Mindestproduktion nicht erreicht.

6.4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Anlage sei aufgrund von Sanierungsarbeiten lediglich während 320 Tagen in Betrieb gewesen. Rechne man die Produktion auf das volle Jahr hoch, betrage sie 1'145'700 kWh, womit die Anforderungen nach dem Investitionskriterium eingehalten seien. Werde im Falle von die Produktion einstweilen beschränkenden Unterhaltsarbeiten keine Hochrechnung vorgenommen, schaffe dies für Produzenten den Fehlanreiz, von betrieblich gebotenen Sanierungs- oder Wartungsmassnahmen abzusehen, was dem Sinn und Zweck der KEV-Vergütung zuwiderlaufe.

6.4.2 Diesen Ausführungen ist mit Verweis auf die zutreffende Argumentation der Vorinstanz nicht zu folgen. Eine Hochrechnung ist insb. deshalb nicht möglich, weil die aEnergieverordnung eine bloss hypothetisch errechnete jährliche Produktion nicht vorsieht, sondern sich auf die tatsächliche Strommenge stützt. Es besteht diesbezüglich keine echte Lücke, die gerichtlich zu schliessen wäre (vgl. BGE 141 V 481 E. 3.3). Dass eine durch Unterhaltsarbeiten verminderte Produktion im Einzelfall zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen kann, ist daher hinzunehmen.

6.5 Werden die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung nach Artikel 3a aEnV während einem Kalenderjahr nicht eingehalten, so bekommt der Produzent einstweilen keine Vergütung mehr und wird für die betreffende Beurteilungsperiode auf den jeweiligen Marktpreis gesetzt (Art. 3^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3^{ter} Abs. 2 aEnV [AS 2011 4067]). Nachdem die Beschwerdeführerin für das Nichterfüllen der Anforderungen im Jahr 2015 keine Gründe geltend macht, für die sie nicht einzustehen hat (vgl. Art. 3^{quater} Abs. 2 und 3 aEnV), hat die Vorinstanz die Anlage zu Recht auf den Marktpreis gesetzt.

7.

Die Beschwerdeführerin beantragt schliesslich die Aufhebung von Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung, mit der die Vorinstanz sie zur Rückzahlung der zu viel erhaltenen Vergütung für das Jahr 2015 verpflichtet. Die erhaltene Vergütung habe sie mit Zahlungen vom 2. Mai 2016 resp. vom 9. und 13. Juni 2016 und somit bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung vorsorglich zurückerstattet.

Die infolge der nachträglichen Marktpreissetzung zuviel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Art. 3^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3^{ter} Abs. 2 aEnV). Da die Rückzahlungspflicht grundsätzlicher Art ist und nicht davon abhängt, ob im konkreten Fall bereits Zahlungen geleistet wurden, wurde diese zu Recht verfügt. Dem Antrag der Beschwerdeführerin kann daher nicht entsprochen werden.

8.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

9.

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden in Anwendung von Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) auf Fr. 4'000.– festgesetzt. Sie sind der Beschwerdeführerin als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Dieser Betrag wird dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 e contrario VwVG, Art. 7 Abs. 1 e contrario VGKE). Auch den obsiegenden Erst- und der Vorinstanzen sind als Bundesbehörden keine Parteientschädigungen auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Maurizio Greppi

Simona Risi

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: