



Abteilung I
A-4807/2021

Urteil vom 10. Februar 2023

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jürg Marcel Tiefenthal,
Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Stephan Metzger.

Parteien

A. _____,
vertreten durch
lic. iur. Thomas Baumberger, Rechtsanwalt,
Sameli Thür Rechtsanwälte,
Bahnhofstrasse 58, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,
gegen

Pronovo AG,
Dammstrasse 3, 5070 Frick,
Vorinstanz.

Gegenstand

Feststellungsverfügung betreffend Biogasanlage.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die A. _____ betreibt ein Blockheizkraftwerk (BHKW) zur Produktion von elektrischer Energie sowie Fernwärme aus Biogas, welches durch die Vergärung von hauptsächlich landwirtschaftlichen Biomasse-Abfällen gewonnen wird. Die Anlage wurde mit Bescheid der Swissgrid AG vom 15. Oktober 2008 als grundsätzlich förderungswürdig eingestuft, am 19. Mai 2009 in Betrieb genommen und als Projekt-Nr. [...] in die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) aufgenommen.

A.b Im Hinblick auf das Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes am 1. Januar 2018 wechselte die A. _____ in die Direktvermarktung, was ihr durch die Pronovo AG mit Schreiben vom 4. Januar 2018 bestätigt wurde.

A.c Am 16. September 2019 erkundigte sich die A. _____ bei der ab 30. September 2016 für den Vollzug der KEV zuständigen Pronovo AG, wie mit zugekauftem Klärgas bei der jährlichen Energiedatenlieferung und Beglaubigung umgegangen werden müsse, wie dieses Klärgas angerechnet werden könne und wie dieses vergütet würde. Am 18. September 2019 beantwortete die Pronovo AG diese Anfrage sinngemäss dahingehend, dass Klärgas laut der geltenden Verordnung bezüglich KEV eine nicht zugelassene Biomasse sei und diese Bestimmung keinen Spielraum lasse. Im Weiteren teilte sie mit, dass die Anlage der A. _____ durch die energetische Verwendung von Klärgas im bereits bestehenden BHKW die Förderwürdigkeit verlieren würde.

B.

B.a Mit Eingabe vom 10. Juli 2020 ersuchte die A. _____ um den Erlass einer Feststellungsverfügung und beantragte im Wesentlichen, es sei festzustellen,

"1a) dass die Gesuchstellerin berechtigt ist, in ihrem BHKW Elektrizität zu erzeugen aus landwirtschaftlichem Biogas (wie bisher; Projekt-Nr. [...]) und aus Klärgas (neu), wobei wie bisher nur für die aus landwirtschaftlichem Biogas erzeugte Elektrizität eine KEV/Einspeisevergütung beansprucht und vergütet wird;

1b) dass durch die energetische Verwendung von Klärgas im bereits bestehenden BHKW das Projekt-Nr. [...] seine Förderungswürdigkeit für die aus landwirtschaftlichem Biogas erzeugte Elektrizität nicht verliert;

1c) dass der bestehende Anspruch der Gesuchstellerin auf Einspeisevergütung/KEV für produzierte Elektrizität aus landwirtschaftlichem Biogas als übriger Biomasse nach

den bisher geltenden Grundlagen und mit dem bisherigen Vergütungssatz erhalten und gewährleistet bleibt (Projekt-Nr. [...]), wenn die Gesuchstellerin in ihrem BHKW künftig Elektrizität neben landwirtschaftlichem Biogas auch aus Klärgas erzeugt (kombiniertes BHKW), wobei die Gesuchstellerin mit geeigneten Messvorrichtungen sicherstellt, dass nur die mit KEV berechtigten erneuerbaren Energieträgern (landwirtschaftliches Biogas) produzierte Elektrizität im Rahmen des Einspeisevergütungssystems vergütet wird;

- 2) dass die Gesuchstellerin berechtigt ist, die im Rahmen der Elektrizitätsproduktion gemäss obiger Ziffer 1 (kombiniertes BHKW) aus Klärgas selbst produzierte, nicht KEV-berechtigte Elektrizität am Ort der Produktion selber zu verbrauchen, wobei die Gesuchstellerin mit geeigneten Messvorrichtungen sicherstellt, dass die Energieströme (landwirtschaftliches Biogas/Klärgas) getrennt gemessen und separat ausgewiesen werden können."

B.b Mit Feststellungsverfügung vom 7. Dezember 2020 entschied die Pronovo AG, es werde festgestellt, dass die A. _____ in ihrer Biogasanlage auch Klärgas verstromen könne, ohne dass deshalb die Förderwürdigkeit entfalle, dass sie aber mit geeigneten Messvorrichtungen sicherzustellen habe, dass nur die mit erneuerbaren Energieträgern produzierte Elektrizität vergütet werde. Im Weiteren verfügte die Pronovo AG eine Reduktion des KEV-Tarifs ab der ersten Verstromung von Klärgas mittels eines Synergieabzugs von 15% und dass der Eigenverbrauch der Anlage entsprechend der Produktion "anteilmässig aus erneuerbarer und nichterneuerbarer Energie" zu decken sei.

C.

Am 25. Januar 2021 erhob die A. _____ gegen diese Feststellungsverfügung vom 7. Dezember 2020 Einsprache und machte im Wesentlichen geltend, es handle sich bei ihrer Anlage weder um eine Mischanlage mit teils fossilen Energieträgern noch um eine Hybridanlage. Vielmehr handle es sich um eine Biogasanlage mit einem BHKW, in welchem künftig nebst landwirtschaftlichem Biogas auch Klärgas verstromt werden solle, wobei sich an der Biogasanlage nichts ändere. Ausserdem erfolge der Synergieabzug ohne gesetzliche Grundlage. Sie beantragte die Aufhebung der Feststellungsverfügung vom 7. Dezember 2020 und stellte im Weiteren die Anträge:

"1. Es sei festzustellen,

- a) dass die Einsprecherin berechtigt ist, in ihrem BHKW Elektrizität zu erzeugen aus landwirtschaftlichem Biogas (wie bisher; Projekt-Nr. [...]) und aus Klärgas (neu), wobei wie bisher nur für die aus landwirtschaftlichem Biogas erzeugte Elektrizität eine KEV/Einspeisevergütung beansprucht und vergütet wird;
- b) dass durch die energetische Verwendung von Klärgas im bereits bestehenden BHKW das Projekt-Nr. [...] seine Förderungswürdigkeit für die aus landwirtschaftlichem Biogas erzeugte Elektrizität nicht verliert; und

- c) dass dabei der bestehende Anspruch der Einsprecherin auf Einspeisevergütung/KEV für produzierte Elektrizität aus landwirtschaftlichem Biogas als übriger Biomasse nach den bisher geltenden Grundlagen und mit dem bisherigen Vergütungssatz erhalten und gewährleistet bleibt (Projekt-Nr. [...]);
 - d) dass weiterhin die Nettoproduktion i.S. v. Art. 7a aEnG i. V.m. Art. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 lit. b aEnV zu vergüten ist, solange die Einsprecherin in Bezug auf die Elektrizitätsproduktion aus Biogas nicht vom Recht auf Eigenverbrauch Gebrauch macht; und
 - e) dass die Einsprecherin mit geeigneten Messvorrichtungen sicherstellt, dass wie bisher nur die mit KEV-berechtigten erneuerbaren Energieträger (landwirtschaftliches Biogas) produzierte Elektrizität im Rahmen des Einspeisevergütungssystems vergütet wird.
2. Es sei festzustellen, dass die Einsprecherin berechtigt ist, die im Rahmen der Elektrizitätsproduktion gemäss obiger Ziffer 1 (kombiniertes BHKW) aus Klärgas selbst produzierte, nicht KEV-berechtigte Elektrizität am Ort der Produktion selber zu verbrauchen, wobei die Einsprecherin mit geeigneten Messvorrichtungen sicherstellt, dass die Energieströme (landwirtschaftliches Biogas / Klärgas) getrennt gemessen und separat ausgewiesen werden können."

D.

Mit Einspracheentscheid vom 30. September 2021 wies die Pronovo AG die Einsprache weitgehend ab, insbesondere in Bezug auf die Möglichkeit einer Verstromung von Klärgas unter Erhalt der biomassebezogenen KEV, der Förderungswürdigkeit der Anlage bezüglich Biogas, der Feststellung des Vergütungssatzes, der Vergütung der Nettoproduktion solange nicht vom Recht auf Eigenverbrauch Gebrauch gemacht wird und den Einsatz geeigneter Messvorrichtungen durch die A. _____ zur Messung des Verbrauchs der unterschiedlichen Energieträger respektive die Messung des zu vergütenden Biogases. Gutgeheissen wurde die Einsprache hingegen in Bezug auf die Feststellung der Berechtigung der A. _____, im Rahmen der Elektrizitätsproduktion aus Klärgas selbst produzierte, nicht KEV-berechtigte, Elektrizität am Ort der Produktion selber zu verbrauchen, sofern sie mit geeigneten Messvorrichtungen sicherstellt, dass die Energieströme getrennt gemessen und separat ausgewiesen werden können.

Zur Begründung führt die Pronovo AG im Wesentlichen aus, die gesetzliche Grundlage schliesse die Verwendung von Klärgas als Biomasse explizit von der KEV aus. Zwar anerkenne die Feststellungsverfügung eine Förderungswürdigkeit der Anlage, solange die Energieströme gemessen werden könnten, doch sei ein Synergieabzug von pauschal 15% gerechtfertigt.

E.

Mit Eingabe vom 1. November 2021 führt die A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen diese Verfügung der Pronovo AG (nachfolgend: Vorinstanz). Sie beantragt sinngemäss, die angefochtene Verfügung sei insofern aufzuheben, als sie einen Synergieabzug von 15%

ab der ersten Verstromung von Klärgas vorsehe, und es sei festzustellen, dass ihr bestehender Anspruch auf Einspeisevergütung/KEV für produzierte Elektrizität aus landwirtschaftlichem Biogas nach den bisher geltenden Grundlagen und mit dem bisherigen Vergütungssatz erhalten und gewährleistet bleibe, und dass vom geltenden Vergütungssatz kein Synergieabzug vorzunehmen sei beziehungsweise der Tarif nicht um einen (Synergie-)Abzug zu reduzieren sei. Eventualiter sei die Sache zur vollständigen und rechtmässigen Sachverhaltsfeststellung und Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Weiteren beantragt sie, die angefochtene Verfügung sei insofern aufzuheben, als sie die Vergütung der Nettoproduktion betreffe, und es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführerin für die aus landwirtschaftlichem Biogas produzierte Elektrizität weiterhin die Nettoproduktion zu vergüten sei, solange sie in Bezug auf die Elektrizitätsproduktion aus Biogas nicht von ihrem Recht auf Eigenverbrauch Gebrauch mache. Eventualiter sei diesbezüglich die Sache zur rechtmässigen Behandlung und Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, es handle sich bei dem von ihr zur Verstromung beabsichtigten Klärgas nicht um einen fossilen, sondern um einen erneuerbaren Energieträger, welchen sie von der benachbarten Abwasserreinigungsanlage (ARA) zu kaufen beabsichtige. Eine Synergie der beiden Anlagen sei nicht ersichtlich, vielmehr diene das zugekaufte Klärgas dazu, ihre Anlage besser auszulasten. Immerhin sei sie auch bereit, mit geeigneten Messvorrichtungen die verschiedenen Energieströme zu messen, sodass der Berechnung der KEV die genaue Menge der verstromten entschädigungsfähigen Biomasse zu Grunde gelegt werden könne und eine Berechnung der Nettoproduktion zulasse. Im Weiteren erweise sich der Entscheid der Vorinstanz auch aufgrund verletzter Verfahrensvorschriften, wie der Verletzung des rechtlichen Gehörs, der fehlerhaften Sachverhaltsermittlung und der Verletzung der Rechtsgleichheit als rechtsfehlerhaft. Im Übrigen bedeute die Anwendung eines pauschalen Synergieabzugs von 15% ein unverhältnismässiger Eingriff in ihre Rechte.

F.

Mit Vernehmlassung vom 13. Dezember 2021 äussert sich die Vorinstanz zur Sache und beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf ihre bereits im Einspracheentscheid vom 30. September 2021 gemachten Ausführungen.

G.

Mit Eingabe vom 11. Februar 2022 legt die Beschwerdeführerin ihre Schlussbemerkungen vor, hält an ihren Vorbringen fest und begründet dies insbesondere damit, ein Synergieabzug von 15% lasse sich weder auf eine tatsächliche noch auf eine rechtliche Grundlage stützen.

H.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Dokumente wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt laut Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Beim Einspracheentscheid vom 30. September 2021 betreffend die Einsprache der Beschwerdeführerin vom 25. Januar 2021 gegen die Feststellungsverfügung vom 7. Dezember 2020 handelt es sich um eine solche Verfügung und die Pronovo AG ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG, deren Entscheide gemäss 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, 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 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders

berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). 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 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). Sind technische Fragen zu beurteilen oder hat die Vorinstanz gestützt auf die eigene Fachkompetenz oder der ihr vom Gesetzgeber beigegebenen Fachbehörden entschieden, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Ermessensüberprüfung jedoch eine gewisse Zurückhaltung. Dies setzt voraus, dass im konkreten Fall der Sachverhalt vollständig und richtig abgeklärt worden ist, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die Vorinstanz die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5.1 m.w.H.; Urteil des BVGer A-296/2020 vom 3. November 2020 E. 2.1).

3.

Zunächst ist zu klären, welche Bestimmungen in materiell-rechtlicher Hinsicht auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung finden. Per 1. Januar 2018 traten das revidierte EnG sowie die Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV, SR 730.01) in Kraft. Ebenso wurde in diesem Zusammenhang die Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien vom 1. November 2017 (Energieförderungsverordnung, EnFV, SR 730.03) neu geschaffen.

Gemäss dem in Art. 72 Abs. 1 Satz 1 EnG enthaltenen übergangsrechtlichen Grundsatz steht Betreibern von Anlagen, die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits eine Vergütung nach bisherigem Recht (Art. 7a des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 [aEnG, in Kraft gewesen bis zum 31. Dezember 2017, AS 1999 197]) erhalten, diese weiterhin zu. Die Beschwer-

deführerin erhielt als Betreiberin einer Anlage zur Produktion von Elektrizität aus landwirtschaftlicher Biomasse bereits vor Inkrafttreten des revidierten EnG Fördermittel aus dem KEV-Fonds. Das Verordnungsrecht präzisiert die genannte gesetzliche Übergangsregel in Anhang 1.5 Ziff. 9 EnFV. Auch diese Bestimmungen verweisen auf die Anwendbarkeit bisherigen Rechts für bestehende Anlagen. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine KEV in Bezug auf die Verstromung von landwirtschaftlichem Biogas hat, richtet sich somit nach dem aEnG im Zusammenspiel mit der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV, in Kraft gewesen bis zum 31. Dezember 2017, AS 1999 20), wobei dieser Anspruch an sich vorliegend nicht bestritten ist. Insofern als der Sachverhalt Fragen betrifft, welche sich nach der Revision des EnG verwirklichen – das heisst im Zusammenhang mit der Verstromung von Klärgas – sind die aktuell gültigen Bestimmungen anzuwenden (vgl. Urteil des BVGer A-2295/2019 vom 19. Dezember 2019 E. 3.2 f.).

4.

Unbestritten – respektive durch die mit der angefochtenen Verfügung vom 30. September 2021 (Einspracheentscheid) bestätigte Feststellungsverfügung vom 7. Dezember 2020 zuerkannt – ist der Bestand der Förderungswürdigkeit der Anlage (Projekt-Nr. [...]) der Beschwerdeführerin durch die KEV, selbst unter Verwendung von Klärgas aus der benachbarten ARA zur Herstellung elektrischer Energie. Ebenso wurde der Beschwerdeführerin zugesichert, dass der durch landwirtschaftliches Biogas gewonnene Anteil des erzeugten elektrischen Stromes über die KEV vergütungsberechtigt bleibt. Hingegen ist bestritten, ob sich dabei ein Pauschalabzug von 15% für die allfällige Nutzung von Synergien als rechtmässig erweist.

4.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet zunächst, die Vorinstanz habe den Sachverhalt insofern fehlerhaft festgestellt, als sie die Anlage der Beschwerdeführerin als Mischanlage qualifiziere und sich in der Folge auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in dessen Urteil A-4065/2011 vom 15. Mai 2012 abstütze. Insbesondere treffe es nicht zu, dass in ihrer Anlage neben Biogas auch ein fossiler Energieträger verstromt werde. Es würden sodann auch nicht zwei Anlagen, eine Gesamtanlage oder eine Hybridanlage im Sinne der Energiegesetzgebung vorliegen, sondern eine einzige Anlage, welche einerseits durch Biogas und andererseits durch Klärgas betrieben werde. Letzteres werde von der benachbarten ARA zugekauft und sie erhalte für dieses auch keine Vergütung. Die ARA sei örtlich, organisatorisch und rechtlich von ihrem Betrieb

getrennt, weshalb ihr auch keine Synergie durch ein in der ARA zur allfälligen Verstromung des Klärgases nicht realisiertes BHKW angelastet werden könne.

4.2 Die Vorinstanz hält daran fest, dass es sich bei der vorliegend zu beurteilenden Anlage unter dem Einsatz von Klärgas um eine Mischanlage handelt, räumt jedoch in ihrer Vernehmlassung vom 13. Dezember 2021 ein, dass es sich bei Klärgas zwar nicht um einen fossilen Energieträger handelt, dass dieses jedoch nicht der KEV zugänglich sei. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass ein Synergieabzug von 15% gerechtfertigt sei, zumal sich die produzierte Energiemenge des BHKW durch die zusätzliche Verstromung von Klärgas in der Anlage der Beschwerdeführerin um 20–25% erhöhe. Weiter führt sie aus, neben diesem Vorteil für die Anlage der Beschwerdeführerin würde auch jene der ARA von einem Synergieeffekt profitieren, indem zusätzliche Kosten für die Erstellung und den Betrieb eines BHKW, welche in jenem Fall entstehen würden, wenn die ARA das Klärgas weiterhin selbständig verstromen würde, vermieden werden könnten.

4.3 Gemäss Art. 89 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) setzen sich der Bund und die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine umweltverträgliche Energieversorgung ein. Art. 1 Abs. 2 Bst. c EnG statuiert als Ziel die verstärkte Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien. Zur Förderung der Stromerzeugung mit erneuerbaren Energien hat der Gesetzgeber unter dem aEnG die KEV eingeführt (Art. 7a aEnG sowie Art. 3 ff. aEnV). Dieses System wurde mit der Revision des EnG durch ein Einspeisevergütungssystem mit Direktvermarktung abgelöst (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 4. September 2013, BBl 2013 7624 f.) respektive wird gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 102 EnG weitergeführt. Das neue Vergütungssystem findet seine Rechtsgrundlage in Art. 19 ff. EnG sowie in der EnFV. Diese sieht bezüglich Anlagen, welche elektrische Energie aus Biomasse produzieren, vor, dass Klärgas eine nicht zur Teilnahme am Einspeisevergütungssystem zugelassene Biomasse darstellt (Anhang 1.5 Ziffer 2.1.2 EnFV). Der gesetzgeberische Wille dieser Regelung liegt darin begründet, dass sich unter anderem Abwasserreinigungs- beziehungsweise Klärgasanlagen als Infrastrukturanlagen häufig in öffentlicher Hand befinden und damit den Auftrag haben, über verursachergerechte Entsorgungsgebühren kostendeckend zu wirtschaften. Eine Einspeisevergütung, das heisst eine Unterstützung des Gemeinwesens aus dem Netzzuschlag, würde nach dieser Meinung zu Marktverzerrungen führen, weshalb die betreffenden Anlagen unter der Regelung

des neuen Energiegesetzes nicht mehr unterstützt werden (vgl. BBI 2013 7626; vgl. Urteil des BVGer A-2295/2019 vom 19. Dezember 2019 E. 3.4.4).

4.4

4.4.1 Die Vorinstanz stützt sich in ihrem Einspracheentscheid vom 30. September 2021 im Wesentlichen auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4065/2011 vom 15. Mai 2012. Sie begründet dies unter anderem damit, der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt sei mit jenem vergleichbar, da die Anlage der Beschwerdeführerin mit der dort als Mischanlage beurteilten Anlage gleichzusetzen sei, wobei ein Synergieeffekt erzielt werde, der einen Abzug von der Einspeisevergütung rechtfertige. Auch sei deshalb nach den Regeln für die Lückenfüllung im Recht vorzugehen, da die Mischanlage als solche nicht positivrechtlich geregelt sei.

4.4.2 Im erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts war eine geplante Anlage zur Produktion von Wärme und Strom zu beurteilen. Die Betreiberin beabsichtigte dabei, zum einen in einem Holzheizkraftwerk Holz als Energieträger zu verwenden, zum anderen in einem Gas- und Dampfkombikraftwerk fossiles Erdgas einzusetzen. Die beiden Kraftwerke sollten sich dabei eine gemeinsame Dampfturbine und einen dadurch angetriebenen gemeinsamen Generator zur Stromproduktion teilen. Diese Anlage wurde damals als sogenannte "Mischanlage" qualifiziert, welche sich gemäss Rechtsprechung dadurch auszeichne, dass zugleich erneuerbare und fossile Energieträger zur Stromproduktion eingesetzt werden. Durch die gemeinsame Nutzung der stromerzeugenden Komponenten von Turbine und Generator wurde erkannt, dass dem fossil betriebenen Anlagenteil durch die Synergie ein Vorteil entstehe, da diese Komponenten eingespart würden. In der Folge wurde das Vorgehen der Vorinstanz gutgeheissen, mittels eines Synergieabzugs die KEV betreffend die im Holzheizkraftwerk produzierte Elektrizität zu reduzieren.

4.5 Wird die geschilderte Anlagekonstellation mit der vorliegend zu beurteilenden Anlage verglichen, so fällt insbesondere auf, dass in der Anlage der Beschwerdeführerin fossile Brennstoffe – von den Parteien unbestritten – keine Rolle spielen, sondern dass ausschliesslich erneuerbare Energieträger verstromt werden sollen. Demnach kann der Vorinstanz hinsichtlich ihrer Qualifikation der Anlage als Mischanlage von vorneherein nicht gefolgt werden und eine Vergleichbarkeit der Fälle ist schon deshalb zu verneinen. Vielmehr handelt es sich um eine – gemäss Art. 2 Bst. a EnFV

durch die Nutzung mehrerer erneuerbaren Energieträger – als "Hybridanlage" bezeichnete Anlage. Eine diesbezüglich gegenteilige Ansicht der Beschwerdeführerin muss hier nicht diskutiert werden, da sie keine Auswirkung auf die Beurteilung eines Synergieabzugs nach sich zieht.

Im Weiteren ist festzuhalten, dass sich im Urteil A-4065/2011 zwei Kraftwerke – einerseits mit erneuerbarem, andererseits mit fossilem Energieträger betrieben – wesentliche Anlagenteile zur Stromerzeugung teilten, dadurch im fossil betriebenen Kraftwerk auf die Erstellung dieser Anlagenteile verzichtet werden konnte und dadurch die Gefahr bestand, dass durch die ausgerichtete KEV die Erzeugung von Strom aus einem fossilen Energieträger unterstützt würde, wobei der Vorteil auch noch bei ein und demselben Betreiber der Anlage anfallen würde. In der vorliegend zu beurteilenden Anlage teilen sich hingegen keine zwei Kraftwerke die stromerzeugenden Komponenten. Die bereits existierende Anlage der Beschwerdeführerin, welche mit landwirtschaftlichem – und demzufolge KEV-berechtigtem – Biogas betrieben wird, wurde auf 526 kW ausgelegt, erweist sich aber nur im Umfang von ca. 50 –60% der Kapazität als ausgelastet. Diese Auslastungslücke möchte die Beschwerdeführerin durch den Zukauf und die Verstromung von – unbestrittenermassen nicht vergütungsberechtigtem – Klärgas aus dem benachbarten Betrieb der ARA im Umfang von ca. 20 –25% auffüllen. Es besteht demnach nur eine einzige Anlage, welche jedoch besser ausgelastet werden soll. Darin kann kein Synergieeffekt erkannt werden: Zwar ist es zutreffend, dass die ARA – sollte sie denn eine Verstromung des Klärgases selbständig wünschen – ein BHKW unter Anwendung entsprechender Investitionen erstellen müsste, doch kann der Beschwerdeführerin dadurch nicht angelastet werden, sie würde durch eine Nicht-Erstellung dieses BHKW bei der ARA von Einsparungen profitieren, erwirbt sie doch das Klärgas käuflich und erfährt deshalb keinen finanziellen Vorteil durch eine Synergie in ihrer eigenen Anlage. Einzig die erhöhte Auslastung ihrer Anlage könnte ihr als wirtschaftlicher Vorteil angerechnet werden, doch ist dies – gerade angesichts der vom Gesetzgeber gewünschten effizienten Nutzung erneuerbarer Energieträger in entsprechenden Anlagen – ein legitimes Ziel, welches auch durch zusätzliches – vergütungsberechtigtes Biogas – erreicht werden könnte. Durch einen Verzicht auf die Erhebung eines Synergieabzuges besteht ausserdem auch nicht die Gefahr, dass dessen Zweck, nämlich die Verhinderung einer Subventionierung fossiler Energieträger, wie dies in einer Mischanlage der Fall wäre, unterlaufen würde, handelt es sich doch bei Klärgas um einen erneuerbaren Energieträger.

4.6 Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass Klärgas als – unbestritten – erneuerbarer Energieträger nicht den fossilen Energieträgern gleichgesetzt werden darf. Zwar ist Klärgas nicht berechtigt, von der Einspeisevergütung zu profitieren, dies aber aus anderen Gründen als die fossilen Energieträger: Der gesetzgeberische Wille zielt beim Klärgas darauf ab, die Vergütung nicht an die Gemeinwesen zu entrichten. Hingegen soll bei den fossilen Energieträgern keine Subventionierung erfolgen, weil sie nicht erneuerbar sind. Der Vorinstanz kann demnach nicht gefolgt werden, wenn sie die beiden Sachverhalte als vergleichbar bezeichnet. Ebenso wenig ist ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin durch den Zukauf von Klärgas von einer Synergie mit der ARA profitieren soll. Deshalb erweist sich ein Synergieabzug als ungerechtfertigt. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen. Dementsprechend hat die KEV zugunsten der Projekt-Nr. [...] auch künftig gemäss den bisher geltenden Grundlagen und zum bisher gültigen Vergütungsansatz zu erfolgen, ohne dass dieser durch einen Synergieabzug reduziert wird.

4.7 Anzumerken bleibt, dass die Vorinstanz als Fachbehörde auf dem Gebiet der KEV/Einspeisevergütung zu gelten hat und deren Fachkenntnisse durch das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich zu respektieren sind. Ein Abweichen soll sodann nicht aus eigenem Gutdünken erfolgen, sondern ist nur dann gerechtfertigt, wenn triftige Gründe vorliegen, welche eine andere Beurteilung der Sache rechtfertigen (vgl. oben E. 2; BGE 142 II 451 E. 4.5.1; Urteil des Bundesgerichts 1C_221/2029 vom 17. April 2020 E. 2.2).

Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn durch die Vorinstanz ein einfacher Ermessensfehler in Form einer schlichten Unangemessenheit begangen wird, ohne dass es zu einer Rechtsverletzung kommt. Insbesondere trifft dies aber dann zu, wenn ein Missbrauch des Ermessens vorliegt, die Behörde also wohl im Rahmen ihres Ermessens handelt, sich ihr Entscheid aber angesichts des Zwecks der betreffenden Vorschrift als unsachlich erweist (OLIVER ZIEBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 49, Rz. 42, 49; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl., Basel 2022, Rz. 2.154, 2.155a, 2.192).

Angesichts der dargelegten Gründe des Gesetzgebers, Klärgas als erneuerbarer Energieträger trotz der grundsätzlichen Förderungswürdigkeit nicht

zu subventionieren, erweist sich ein Synergieabzug als nicht sachgerecht und damit als unangemessen. Ein Abweichen von der Begründung der Vorinstanz als Fachbehörde ist deshalb gerechtfertigt.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, die Vorinstanz habe ihr Rechtsbegehren betreffend die Vergütung der Nettoproduktion für die aus Biogas produzierte Elektrizität ohne Begründung nicht behandelt. Zwar sei betreffend Eigenverbrauch korrekt festgestellt worden, dass die Beschwerdeführerin berechtigt sei, die aus Klärgas selbst produzierte Elektrizität am Ort der Produktion selbst zu verbrauchen, also diesbezüglich das Wahlrecht auf Eigenverbrauch auszuüben. Gleiches sei aber auch für die aus landwirtschaftlichem Biogas produzierte Elektrizität beantragt worden. Die beiden Energieträger seien separat messbar, weshalb auch für die aus Biogas produzierte Elektrizität weiterhin eine Vergütung der Nettoproduktion möglich sein müsse, solange nicht vom Wahlrecht auf Eigenverbrauch Gebrauch gemacht werde. Sie macht geltend, der entsprechende Antrag hätte deshalb gutgeheissen werden müssen. Komme das Bundesverwaltungsgericht zu einem gegenteiligen Schluss, so sei über das Säumnis der Vorinstanz im Sinne einer Rechtsverweigerung zu befinden.

5.2 Die Vorinstanz hatte in ihrer Einspracheentscheid vom 30. September 2021 im Zusammenhang mit der Verfügung eines pauschalen Synergieabzugs von 15% erwogen, es bestehe kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Gewährleistung der Einspeisevergütung nach dem bisherigen Vergütungssatz und in diesem Zusammenhang auch den Antrag betreffend die Vergütung der Nettoproduktion abgewiesen. In ihrer Vernehmlassung vom 13. Dezember 2021 führt sie aus, der Antrag betreffend Nettoproduktion sei mit Verweis auf die Erwägungen zum Synergieabzug abgewiesen worden. Angesichts derselben Begründung rechtfertige sich dieses Vorgehen, weshalb die Rüge, der Antrag sei nicht behandelt worden, unbegründet sei.

5.3 Einem Anlagebetreiber steht die Vergütung der Nettoproduktion der durch landwirtschaftliches Biogas hergestellten und eingespeisten Elektrizität gemäss Art. 11 Abs. 3 EnV von Gesetzes wegen zu, solange er sich nicht für den Eigenverbrauch vor Ort mit Vergütung der tatsächlich ins Netz eingespeisten Überschussproduktion entscheidet. Nachdem vorliegend feststeht, dass der Beschwerdeführerin die KEV zugunsten der Projekt-Nr.

[...] auch künftig ohne Synergieabzug gemäss den bisher geltenden Grundlagen und zum bisher gültigen Vergütungsansatz ausgerichtet wird, und dass das zugekaufte Klärgas lediglich für den Eigenverbrauch bestimmt ist bzw. nicht ins Netz eingespiessen wird, entspricht der weitere Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin der geltenden Rechtslage. Wie bisher ist sie berechtigt, für die aus Biogas produzierte Elektrizität weiterhin eine Vergütung der Nettoproduktion zu erhalten, solange sie nicht vom Wahlrecht auf Eigenverbrauch Gebrauch macht. Es besteht daher kein Feststellungsinteresse mehr, weshalb auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten ist (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 25 Rz. 17; Urteile des BVGer A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 1.3.1, 1.4.2, A-6853/2018 vom 12. November 2019 E. 6.1 je m.w.H.).

6.

6.1 Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Ausnahmsweise können sie erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen werden unabhängig vom Verfahrensausgang keine Kosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Die Beschwerdeführerin ist vorliegend als obsiegend zu betrachten. Es sind ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Ebenfalls keine Verfahrenskosten trägt die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der von der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 5'000.-- geleistete Kostenvorschuss ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Sie hat dem Bundesverwaltungsgericht hierzu ihre Kontoverbindung bekannt zu geben.

6.2 Die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund einer detaillierten Kostennote oder, wenn keine Kostennote beigebracht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE). Die Entschädigung für die anwaltliche Vertretung wird nach dem zeitlichen Aufwand bemessen, wobei bei der Beurteilung des

notwendigen und verhältnismässigen Aufwands nebst der Komplexität der Streitsache auch zu berücksichtigen ist, ob der Rechtsvertretung die Sach- und Rechtslage bereits bekannt war (vgl. Urteile des BGer 2C_730/2017 vom 4. April 2018 E. 3.5 und 8C_329/2011 vom 29. Juli 2011 E. 6).

Die anwaltlich vertretene und als obsiegend anzusehende Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz als unterliegende Partei. Gemäss der eingereichten Kostennote vom 18. Mai 2022 erbrachte die Vertretung der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren Leistungen mit einem Zeitaufwand von 52.7 Stunden à Fr. 350.-- zzgl. Auslagen von Fr. 368.20. Angesichts der durch den Vertreter der Beschwerdeführerin verfassten Rechtsschriften im Umfang von 24 Seiten und der kurz gehaltenen Entscheide der Vorinstanz erscheint der veranschlagte Zeitaufwand selbst angesichts der mittleren Komplexität der Materie als unverhältnismässig hoch. Im Übrigen war dem Vertreter der Beschwerdeführerin die Sach- und Rechtslage bereits aus dem Feststellungs- sowie dem Einspracheverfahren gegen die Feststellungsverfügung vom 7. Dezember 2020 bekannt, was sich im Beschwerdeverfahren als aufwandmindernd niederschlagen muss. Unter diesen Umständen ist der Zeitaufwand auf 27 Stunden festzusetzen und die Parteientschädigung auf Fr. 10'574.20 inkl. MwSt. sowie Auslagen zu kürzen. Diese ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Vorinstanz zu bezahlen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Ziffer 2 des Einspracheentscheides vom 30. September 2021 wird aufgehoben.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 5'000.-- geleistete Kostenvorschuss wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Die Beschwerdeführerin hat dem Bundesverwaltungsgericht hierzu ihre Kontoverbindung bekannt zu geben.

4.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 10'574.20 zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Generalsekretariat UVEK.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Stephan Metzger

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 (GA_VERT_KLAG_ZC; Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Verfahren: [...]; Eingeschrieben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Energie z.K. (A-Post)