



Abteilung I
A-7036/2018

Urteil vom 26. August 2019

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich,
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Gerichtsschreiber Andreas Kunz.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch
Dr. iur. Mike Gessner, Rechtsanwalt,
Fürer Partner Advokaten, Rheinstrasse 16,
Postfach 128, 8501 Frauenfeld,
Beschwerdeführerin,

gegen

Pronovo AG,
Dammstrasse 3, 5070 Frick,
Vorinstanz.

Gegenstand

Aufnahme in das Einspeisevergütungssystem für Photovol-
taikanlagen.

Sachverhalt:**A.**

Am 10. November 2011 meldete A._____ die Photovoltaikanlage «...» für den Erhalt der Kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) bei der Swissgrid AG an. Mit Bescheid vom 16. November 2011 wurde die Anlage als grundsätzlich förderwürdig eingestuft und in die Warteliste aufgenommen (Projekt-Nr. [...]). Am 25. August 2014 übertrug A._____ das Projekt an die X_____ AG.

B.

Die X_____ AG nahm die Anlage am 13. Januar 2015 in Betrieb. Mit Verfügung vom 29. Juni 2018 der Pronovo AG, welche seit 1. Januar 2018 die zuständige Vollzugsstelle ist, wurde die Anlage ins Einspeisevergütungssystem aufgenommen und der Vergütungssatz gestützt auf die Bestimmungen der Energieförderungsverordnung vom 1. November 2017 (EnFV, SR 730.03) auf 17.4 Rp./kWh festgesetzt.

C.

Mit Schreiben vom 13. August 2018 erhob die X_____ AG Einsprache gegen die Verfügung vom 29. Juni 2018 der Pronovo AG, mit welcher sie die Festsetzung des Vergütungssatzes auf 21.3 Rp./kWh beantragte. Im Wesentlichen machte sie geltend, dass für die Berechnung des Vergütungssatzes nicht das geltende Recht, sondern das im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage in Kraft gestandene Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (aEnG, SR 730.0) samt der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV, SR 730.01) anzuwenden seien. Durch die Anwendung des geltenden Rechts entstehe eine unzulässige Rückwirkung. Mit Einspracheentscheid vom 8. November 2018 wies die Pronovo AG die Einsprache ab.

D.

Die X_____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erhebt mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen den Einspracheentscheid der Pronovo AG (nachfolgend: Vorinstanz) vom 8. November 2018. Darin beantragt sie die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung sowie sinngemäss die Festsetzung des Vergütungssatzes auf (neu) 21.5 Rp./kWh. Zudem fordert sie die Zusammenlegung des vorliegenden Verfahrens mit gleichen oder ähnlichen Verfahren, welche bereits beim Bundesverwaltungsgericht hängig seien und/oder durch sie oder sonstigen betroffenen Parteien innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren eingereicht würden.

E.

Mit Vernehmlassung vom 28. Januar 2019 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin zieht in ihren Schlussbemerkungen vom 3. April 2019 ihren prozessualen Antrag auf Verfahrensvereinigung zurück. Im Übrigen hält sie an ihren Anträgen fest.

F.

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 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021). Beim Einspracheentscheid vom 8. November 2018 handelt es sich um eine solche Verfügung und die Pronovo AG ist eine Vorinstanz nach Art. 33 Bst. h VGG, deren Entscheide gemäss Art. 63 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 66 Abs. 2 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG, SR 730) beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-5278/2018 vom 29. Januar 2019 E. 1.1). Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht 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 des angefochtenen Einspracheentscheids sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. 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). Dabei muss sich das Bundesverwaltungsgericht nicht mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (statt vieler BGE 133 I 270 E. 3.1).

3.

Die Beschwerdeführerin hat ihren prozessualen Antrag auf Verfahrensvereinigung in ihren Schlussbemerkungen zurückgezogen, weshalb darüber nicht zu befinden und die Beschwerde insofern als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

4.

Vorliegend ist umstritten, ob für die Bestimmung der Höhe des Vergütungssatzes das im Zeitpunkt des Verfügungserlasses geltende oder das im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage geltende Recht heranzuziehen ist.

4.1 Die Beschwerdeführerin führt im Wesentlichen aus, dass die von der Vorinstanz zur Anwendung gebrachten Ansätze zwar formal der in Kraft stehenden gesetzlichen Übergangsregelung entsprechen würden. Eine solche sei für die rechtsanwendende Behörde jedoch nur insoweit verbindlich, als sie mit übergeordnetem Recht und namentlich den Grundrechten vereinbar sei. Vorliegend sei die Übergangsbestimmung weder mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Rückwirkungsverbots noch des Vertrauensschutzes vereinbar. So habe sich der relevante Sachverhalt mit der Inbetriebnahme der Anlage abschliessend vor Inkrafttreten des neuen Rechts verwirklicht, weshalb ein Fall von echter Rückwirkung vorliege, was grundsätzlich unzulässig sei. Auch ausnahmsweise sei eine echte Rückwirkung unzulässig, da die diesbezüglichen Voraussetzungen nicht gegeben seien. Insbesondere fehle es an einem triftigen Grund sowie an der zeitlichen Mässigkeit.

Ferner wäre die Anwendung des neuen Rechts selbst dann unzulässig, wenn eine unechte Rückwirkung vorliegen würde, da dies nicht mit dem Vertrauensgrundsatz zu vereinbaren wäre. Mit dem Bescheid aus dem

Jahre 2011 sei ihr mitgeteilt worden, dass ihre Anlage grundsätzlich förderungswürdig sei. Ergänzend sei festgehalten worden, dass sie einen positiven Bescheid mit dem festgelegten provisorischen Vergütungssatz erhalten werde, sobald das Projekt Platz in der regulären Förderung fände. Gestützt auf diesen Wartelistenbescheid habe sie darauf vertraut, den in der aEnV festgelegten Vergütungssatz des Inbetriebnahmedatums zu erhalten, sobald wieder Mittel vorhanden seien. Aufgrund des erweckten Vertrauens habe sie sich auch im Winter 2014/2015 wiederholt bei der Swissgrid AG erkundigt, wann konkret mit der Aufnahme der KEV-Förderung gerechnet werden könne. Darauf sei ihr mitgeteilt worden, dass das Projekt ab ca. Ende 2016 vergütet werden könne. Zu keiner Zeit und von keiner Seite sei sie darauf aufmerksam geworden, dass eine Realisierung und Inbetriebnahme der Anlage vollständig auf eigenes Risiko erfolge. Aufgrund dieser Mitteilung habe sie auch in keiner Weise mit einer Gesetzesänderung rechnen müssen. Weiter habe das Bundesamt für Energie BFE im November 2014 ein Faktenblatt veröffentlicht, welches – in Übereinstimmung mit dem damals geltenden Recht – festhalte, dass für die Bestimmung des Vergütungssatzes das Datum der Inbetriebnahme massgebend sei.

Die Anwendung der Vergütungssätze nach der neuen Energieförderungsverordnung widerspreche auch Art. 22 Abs. 1 EnG (*«Der Vergütungssatz orientiert sich an den bei der Inbetriebnahme einer Anlage massgeblichen Gestehungskosten von Referenzanlagen. Die Referenzanlagen entsprechen der jeweils effizientesten Technologie; diese muss langfristig wirtschaftlich sein»*). So ergebe die Anwendung des verfügbaren Vergütungssatzes ein negatives Ergebnis von Minus CHF 51'115.--. Die Anlage sei in diesem Fall unwirtschaftlich, was faktisch im Widerspruch zu Art. 22 Abs. 1 EnG stehe. Zusammengefasst müsse für die Bestimmung des Vergütungssatzes für ihre Anlage das im Zeitpunkt der Inbetriebnahme geltende Recht – d.h. Januar 2015 – angewendet werden. Dementsprechend sei der Vergütungssatz auf 21.5 Rp/KWh festzusetzen.

4.2 Die Vorinstanz entgegnet, dass die Aufnahme auf die Warteliste nicht einer Subventionszusicherung entsprochen habe. Im Gegenteil sei diese Aufnahme nur deswegen erfolgt, weil die Mittel nicht zur Berücksichtigung des Projekts ausgereicht hätten. Im Juni 2018 seien sodann wieder Mittel zur Verfügung gestanden. Da für das Projekt bereits eine Inbetriebnahmemeldung vorgelegen habe, habe anstelle eines positiven Entscheids (heute: «Zusicherung dem Grundsatz nach») direkt die Aufnahme ins Einspeisevergütungssystem verfügt werden können. Demnach habe sich das

Projekt auf der Warteliste befunden, bis es am 29. Juni 2018 in das Vergütungssystem aufgenommen worden sei. Die Subventionszusprache sei somit zeitlich mit der Aufnahme in das Einspeisevergütungssystem zusammengefallen. Die Vergütung für die Einspeisung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien werde ab der Aufnahme in das Einspeisevergütungssystem entrichtet. Das neue Recht komme damit nur für die Zeit nach dem Inkrafttreten zur Anwendung. Selbst wenn eine Anknüpfung an Sachverhalte, die bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts vorgelegen seien, erfolge, handle es sich vorliegend um eine unechte Rückwirkung, welche grundsätzlich zulässig sei. Es seien auch keine Rechtsanwendungsakte ergangen, die Grundlage eines Vertrauensschutzes hätten bilden können. Insbesondere werde im Bescheid über die Aufnahme des Projekts in die Warteliste einzig bestätigt, dass das Projekt in die Warteliste aufgenommen worden sei. Es seien darin keinerlei Angaben über eine allfällige Höhe der Vergütung der Anlage enthalten. Im Gegenteil sei explizit festgehalten, dass offen sei, ob und wann das Projekt von der Förderung profitieren könne. Die Subventionszusicherung wäre gegebenenfalls in einem zweiten Schritt mit dem positiven Bescheid erfolgt. Eine Verfügung, welche Grundlage für einen Vertrauensschutz bilden könnte, liege damit nicht vor.

4.3

4.3.1 Rechtsnormen wirken grundsätzlich in die Zukunft. Nehmen Rechtsnormen auf bereits Geschehenes Bezug, besteht die Gefahr, dass die Betroffenen durch die Rechtsänderung überrascht werden und sich anders verhalten hätten, wenn ihnen das neue Recht bekannt gewesen wäre. Rückwirkendes Recht kann damit in Widerspruch zu Rechtssicherheit und Vertrauensschutz geraten. Es besteht auch ein Spannungsfeld zum Legalitätsprinzip, da bereits Geschehenes nicht nach dem im Zeitpunkt des Geschehens geltenden Recht beurteilt wird. Aus diesem Grund sind gewisse Formen der Rückwirkung verboten. Gewöhnlich unterscheidet man zwischen echter und unechter Rückwirkung (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 266 f; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 203 Rz. 21 f.).

4.3.2 Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz bei der Anwendung neuen Rechts an ein Ereignis anknüpft, das sich vor dessen Inkrafttreten ereignet hat und das im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Norm abgeschlossen ist (statt vieler BGE 138 I 189 E. 3.4). Ein Sachverhalt hat sich abschliessend verwirklicht, sobald die tatsächlichen Ereignisse, die

zur Erfüllung des Tatbestands geführt haben, zu einem Ende gekommen sind (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., S. 203 Rz. 24). Diese echte Rückwirkung ist nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Rückwirkung ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen ist oder sich daraus klar ergibt, in einem vernünftigen Rahmen zeitlich limitiert ist, nicht zu stossenden Ungleichheiten führt, einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse dient und wohlerworbene Rechte respektiert (BGE 138 I 189 E. 3.4 und 126 V 134 E. 4a; Urteile BGer 2C_685/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 8.4 und 1C_18/2016 vom 6. Juni 2016 E. 6.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 268 ff; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., S. 204 Rz. 26).

4.3.3 Von unechter Rückwirkung ist in zwei Fällen zu sprechen. Einerseits liegt unechte Rückwirkung bei der Anwendung neuen Rechts auf zeitlich offene Dauersachverhalte vor. Dies ist gegeben, wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die schon unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauern (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 279; BGE 133 II 97 E. 4.1 und 126 V 134 E. 4a). Andererseits spricht man von unechter Rückwirkung, wenn das neue Recht nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten zur Anwendung gelangt, dabei aber in einzelnen Belangen auf Sachverhalte abstellt, die bereits vor Inkrafttreten vorlagen (sog. Rückanknüpfung, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 282; BGE 126 V 134 E. 4a und 114 V 150 E. 2a). Diese Rückwirkung ist bei kantonalen Erlassen und bundesrechtlichen Verordnungen grundsätzlich als zulässig zu erachten, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte bzw. der Grundsatz des Vertrauensschutzes entgegenstehen (BGE 133 II 97 E. 4.1 und 133 II 1 E. 4.3). Sieht hingegen ein Bundesgesetz ausdrücklich oder sinngemäss die unechte Rückwirkung vor oder untersagt es eine solche, ist diese Anordnung gemäss Art. 190 der Bundesverfassung (BV, SR 101; früher: Art. 113 Abs. 3 und 114bis Abs. 3 aBV) für das Gericht zum Vorherein verbindlich und kann nicht überprüft werden. Ob einer neuen bundesgesetzlichen Bestimmung die Bedeutung unechter Rückwirkung zukommt, muss sich aus dem Wortlaut (insbesondere der Übergangsbestimmungen), der sinngemässen Auslegung oder durch Lückenfüllung ergeben (BGE 126 V 134 E. 4a, 122 V 6 E. 3a und 114 V 151 E. 2b).

4.3.4 Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begrün-

denes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 624). Dabei bedarf es zunächst eines Anknüpfungspunktes. Es muss ein Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst (statt vieler BGE 129 I 161 E. 4.1). Der entsprechende Schutz entfällt in der Regel bei Änderungen von Erlassen, da gemäss dem demokratischen Prinzip die Rechtsordnung grundsätzlich jederzeit geändert werden kann. Mit anderen Worten steht der Anspruch auf Vertrauensschutz im Allgemeinen unter dem Vorbehalt von Rechtsänderungen, weshalb grundsätzlich immer mit einer Änderung des geltenden Rechts gerechnet werden muss (BGE 130 I 26 E. 8.1; Urteile BGer 1C_23/2014 vom 24. März 2015 E. 7.4.4 und 2C_763/2013 vom 28. März 2014 E. 4.4; Urteil BVGer A-5647/2016 vom 6. September 2018 E. 6.2.1 m.w.H; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 640). Abgesehen davon können Private das Prinzip des Vertrauensschutzes im Fall einer Rechtsänderung nur ausnahmsweise anrufen, wenn sie durch eine unvorhersehbare Rechtsänderung in schwerwiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige gesetzliche Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit der Anpassung an die neue Rechtslage haben. Auch in einem solchen Fall besteht aber kein Anspruch auf Nichtanwendung des neuen Rechts, sondern es kann lediglich aus Gründen der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit und des Willkürverbots geboten sein, gegebenenfalls eine angemessene Übergangsregelung zu schaffen (BGE 130 I 26 E. 8.1; Urteile BGer 1C_23/2014 vom 24. März 2015 E. 7.4.4 und 2C_694/2011 vom 19. Dezember 2011 E. 4.9.2; Urteil BVGer A-5647/2016 vom 6. September 2018 E. 6.2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 641). Die Anwendung des im Zeitpunkt der Subventionszusprache massgebenden Rechts bedeutet keine echte, sondern eine unechte Rückwirkung und verstösst nicht gegen den Vertrauensschutz (WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Rz. 1562, m.H.).

4.4

4.4.1 Seit 1. Mai 2008 fördert der Bund mit der KEV die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien. Bereits unter der Geltung des aEnG waren die Netzbetreiber zur Abnahme des in Neuanlagen erzeugten Stroms aus erneuerbaren Energie verpflichtet (vgl. Art. 7a Abs. 1 aEnG). Dabei erfolgte die Abnahme nicht nach den jeweils herrschenden Marktpreisen, sondern richtete sich nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von

Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprachen (vgl. Art. 7a Abs. 2 aEnG). Der Bundesrat war für die Regelung der Einzelheiten, wie die Höhe der Gestehungskosten, zuständig (vgl. Art. 7a Abs. 2 a Bst. a-e EnG). Mit diesen – gegenüber dem Marktpreis höheren – Vergütungssätzen sollte die Anlage über einen Zeitraum von 20 bis 25 Jahren amortisiert und der fehlenden Konkurrenzfähigkeit aus erneuerbaren Energien gegenüber konventionellen Anlagen Rechnung getragen werden (Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611, 1623; zum Ganzen HETTICH/WALTHER, Rechtsfragen um die kostendeckende Einspeisevergütung [KEV] für Elektrizität aus erneuerbaren Energien, ZBl 112/2011 143, 143 f.). Zur Finanzierung der KEV hatte die Netzgesellschaft einen Zuschlag auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze zu erheben (vgl. Art. 15b Abs. 1 Bst. a aEnG), wobei eine gesetzlich festgelegte Maximalhöhe die Fördermittel begrenzte (vgl. Art. 15b Abs. 4 aEnG). Die grosse Anzahl an Anmeldungen für die KEV hatte zur Folge, dass der Gesamtkostendeckel schnell erreicht wurde und eine Vielzahl von Anmeldegesuchen auf die Wartelisten gesetzt werden mussten (vgl. HETTICH/WALTHER, a.a.O., 144). Im Juli 2013 erreichte die Warteliste eine Anzahl von rund 30'000 Projekten (Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 [Revision des Energierechts] und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative]», BBl 2013 7561, 7624).

4.4.2 Mit der Revision des Energiegesetzes wurde der Ausbau der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien angestrebt, weshalb die finanzielle Förderung angesichts deren vollständigen Auslastung optimiert, ausgebaut und mit unterstützenden Massnahmen flankiert werden sollte. Als Massnahme war unter anderem die Optimierung der Vergütungssätze vorgesehen. Diese sollten nicht mehr kostendeckend sein, sondern sich lediglich an den bei der Inbetriebnahme einer Anlage massgeblichen Gestehungskosten von Referenzanlagen orientieren (vgl. BBl 2013 7624 ff.). Gleichzeitig war es dem Gesetzgeber ein Anliegen, die Neuregelung zum Einspeisevergütungssystem schonend einzuführen und die Wertung, wer nach den alten und wer nach den neuen Regeln zu behandeln ist, gleich selber vorzunehmen. Dabei unterschied er zwischen drei Hauptgruppen: 1) diejenigen, mit einem sogenannten Wartelistenbescheid, denen die nationale Netzgesellschaft mitgeteilt hat, ihre Anlage erfülle zwar grundsätzlich die Anforderungen, bis auf Weiteres stehe für sie aber kein Geld zur Verfügung; 2) diejenigen, denen die nationale Netzgesellschaft mit einem

sogenannten positiven Bescheid beschieden hat, sie seien auf der Warteliste so weit vorgerückt, dass für ihr Projekt nun Mittel vorhanden seien; sie erhielten – sofern die Anlage in Betrieb sei – die Einspeisevergütung; 3) diejenigen, die die Einspeisevergütung bereits erhalten haben (vgl. BBl 2013 7696).

4.4.3 Gemäss den Schlussbestimmungen des EnG gilt für die erste Gruppe bzw. für Betreiber und Projektanten, die bis zum Inkrafttreten des EnG keinen positiven Entscheid erhalten haben, insbesondere für diejenigen, denen mitgeteilt wurde, ihre Anlage sei auf der Warteliste (Wartelistenbescheid), das neue Recht, auch wenn ihre Anlage beim Inkrafttreten dieses Gesetzes schon in Betrieb ist (vgl. Art. 72 Abs. 3 EnG). Hintergrund dieser Regelung ist die Ansicht des Gesetzgebers, wonach sich aus einem Wartelistenbescheid keine schützenswerte Vertrauensbasis ableiten lasse. So seien mit der bisherigen Deckelung der Mittel für die Einspeisevergütung nicht nur die Ausgaben begrenzt, sondern implizit auch Rechtsänderungen vorbehalten worden. Ein Anspruch auf Vergütung (zu den bisherigen Bedingungen) habe nur im Rahmen der zur Verfügung gestellten Mittel bestanden, darüber hinaus aber gerade nicht. Wer bloss einen Wartelistenbescheid habe oder überhaupt noch gar nicht angemeldet sei, müsse die Verschärfungen, die das neue Recht bringe, gewärtigen (vgl. BBl 2013 7697).

4.4.4 Am Einspeisevergütungssystem können die Betreiber von Neuanlagen teilnehmen, die sich für den entsprechenden Standort eignen und Elektrizität aus Wasserkraft, Sonnenenergie, Windenergie, Geothermie sowie Biomasse erzeugen (vgl. Art. 19 Abs. 1 Bst. a – e EnG). Eine Teilnahme ist nur möglich, soweit die Mittel aus den erhobenen Netzzuschlägen reichen (vgl. Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 EnG). Als Neuanlagen gelten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2013 in Betrieb genommen worden sind (Art. 19 Abs. 3 EnG). Der Bundesrat regelt die weiteren Einzelheiten zum Einspeisevergütungssystem (Art. 19 Abs. 7 EnG). Das Gesuch um Teilnahme am Einspeisevergütungssystem ist bei der Vollzugsstelle einzureichen (Art. 21 Abs. 1 EnFV). Reichen die Mittel nicht für eine sofortige Berücksichtigung aller Gesuche aus, so werden die Projekte in eine Warteliste aufgenommen, es sei denn, sie erfüllen die Anspruchsvoraussetzungen offensichtlich nicht (Art. 19 Abs. 1 EnFV). Die Vollzugsstelle teilt der gesuchstellenden Person mit, dass ihr Projekt in die Warteliste aufgenommen wird (Art. 19 Abs. 2 EnFV). Stehen wieder Mittel zur Verfügung, werden die Anlagen entsprechend dem Einreichdatum des Gesuchs berück-

sichtigt (Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 EnFV). Sind die Anspruchsvoraussetzungen voraussichtlich erfüllt und stehen genügend Mittel zur Verfügung, so sichert die Vollzugsstelle die Teilnahme der Anlage am Einspeisevergütungssystem mit einer Verfügung dem Grundsatz nach zu (Art. 22 Abs. 1 EnFV). Die gesuchstellende Person muss nach Erhalt der Verfügung nach Artikel 22 fristgerecht Projektfortschritte erzielen sowie die Anlage in Betrieb nehmen (Art. 23 Abs. 1 EnFV). Erfüllt die Anlage auch nach der Inbetriebnahme die Anspruchsvoraussetzungen, so verfügt die Vollzugsstelle namentlich den Eintritt ins Einspeisevergütungssystem (Art. 24 Abs. 1 Bst. a EnFV), ob die Anlage in der Direktvermarktung ist oder mit dem Referenz-Marktpreis vergütet wird (Art. 24 Abs. 1 Bst. b EnFV) und die Höhe des Vergütungssatzes (Art. 24 Abs. 1 Bst. c EnFV). Hat eine gesuchstellende Person ihre Anlage, für die Mittel zur Verfügung stehen, in Betrieb genommen, bevor ihr die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem dem Grundsatz nach zugesichert wurde, so erlässt die Vollzugsstelle direkt eine Verfügung nach Absatz 1, wenn die betreffende Person die vollständige Inbetriebnahmemeldung eingereicht hat (Art. 24 Abs. 2 EnFV). Die Ausführungsbestimmungen über die Vergütungssätze je Erzeugungstechnologie, Kategorie und Leistungsklasse erlässt der Bundesrat (Art. 22 Abs. 3 Bst. a EnG). Für Photovoltaikanlagen, welche ab 1. Januar 2013 in Betrieb genommen worden sind, sind die Vergütungssätze in Anhang 1.2 Ziff. 2.2 EnFV geregelt. Die Höhe der Vergütung hängt dabei sowohl vom Jahr der Inbetriebnahme als auch von der Leistungsklasse der Anlage ab.

4.5

4.5.1 Die KEV ist als Finanzhilfe zu qualifizieren und untersteht daher den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1; vgl. dazu ausführlich HETTICH/WALTHER, a.a.O., 162 ff.). Gemäss Art. 36 SuG werden Gesuche um Finanzhilfen und Abgeltungen nach dem im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung geltenden Recht, wenn die Leistung vor der Erfüllung der Aufgabe verfügt wird (Bst. a), oder nach dem zu Beginn der Aufgabenerfüllung geltenden Recht, wenn die Leistung nachher zugesprochen wird (Bst. b), beurteilt. Diese Bestimmung ist indes nur insoweit anwendbar, als andere Bundesgesetze oder allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse nichts Abweichendes vorschreiben (Art. 2 Abs. 2 SuG). Vorliegend regeln die Übergangsbestimmungen in Art. 72 EnG das anwendbare Recht (vgl. oben E. 4.4.3). Art. 36 SuG ist daher unbeachtlich.

4.5.2 Mit Art. 72 Abs. 3 EnG erklärt ein Bundesgesetz das neue Recht für Gesuchstellerinnen wie die Beschwerdeführerin für anwendbar. Dies schliesst auch die neuen Vergütungssätze mit ein, welche der Bundesrat zuständigkeitshalber gestützt auf den neuen Art. 22 Abs. 3 Bst. a EnG erlassen hat (vgl. dazu BGE 108 V 113 E. 4). Falls die Anwendung von Art. 72 Abs. 3 EnG einer unechten Rückwirkung gleichkommen würde, könnte das Bundesverwaltungsgericht deren Rechtmässigkeit von vornherein nicht überprüfen. Vielmehr wären Art. 72 Abs. 3 EnG und – sofern gesetzeskonform (vgl. dazu unten E. 4.5.5) – auch die neuen Vergütungssätze für dieses verbindlich (vgl. oben 4.3.3).

4.5.3 Unbesehen davon würde jedoch weder eine echte Rückwirkung noch eine unzulässige unechte Rückwirkung vorliegen: Der Eintritt ins Einspeisevergütungssystem und die Festlegung der Vergütungshöhe erfolgen erst, nachdem die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, genügend Mittel vorhanden sind und die Anlage in Betrieb genommen worden ist (vgl. oben E. 4.4.4). Es ist unbestritten, dass vor Inkrafttreten des revidierten EnG nicht genügend Mittel vorhanden waren. Das Projekt wurde deshalb auch auf die Warteliste gesetzt. Es waren somit vor Inkrafttreten des revidierten EnG noch nicht alle Voraussetzungen für die Aufnahme in das Einspeisevergütungssystem erfüllt. Die Voraussetzungen waren erst gegeben, als bereits das revidierte Recht in Kraft war, weshalb auch dieses zur Anwendung gebracht wurde. Eine echte Rückwirkung fällt daher ausser Betracht.

4.5.4 Nachdem die Höhe des Vergütungssatzes auf das Jahr der Inbetriebnahme der Anlage Bezug nimmt und diejenige der Beschwerdeführerin im Jahr 2015 und somit vor Inkrafttreten des EnG und der EnFV in Betrieb genommen worden ist, liegt vielmehr eine zulässige unechte Rückwirkung im Sinne einer Rückanknüpfung vor (vgl. oben E. 4.3.4): Es ist zwar zutreffend, dass der Beschwerdeführerin im Bescheid vom 16. November 2011 mitgeteilt wurde, dass ihre Anlage grundsätzlich förderungswürdig sei und sie einen positiven Bescheid mit dem festgelegten provisorischen Vergütungssatz erhalten werde, sobald das Projekt Platz in der regulären Förderung fände. Gleichzeitig wurde aber auch festgehalten, dass offen sei, *ob* und wann ihr Projekt von der Warteliste in die reguläre Förderung übernommen werde. Ist die Förderung an sich schon ungewiss, gilt dies gleichzeitig auch für die Höhe des allenfalls einmal festzulegenden Vergütungssatzes. Eine Vertrauensgrundlage stellt dieser Bescheid somit nicht dar (vgl. dazu auch Urteil BVGer A-3705/2017 vom 9. Januar 2019 E. 6.6). Ebenso wenig wurde eine solche durch die Emailkorrespondenz mit der Swissgrid AG geschaffen. Auf die Frage der Beschwerdeführerin, wann mit

dem Beginn der Förderung gerechnet werden könne, antwortete die Swissgrid AG, dass sie zu den nächsten Kontingenten noch keine Informationen erhalten hätten (Email vom 18. November 2014) bzw. dass grundsätzlich alle Projekte, die sich bis Ende 2011 angemeldet hätten bis ca. Ende 2016 vergütet werden könnten, wobei eine definitive Zusage des Bundes allerdings noch ausstehend sei (Email vom 8. Januar 2015). Darin ist weder eine individuelle Zusage zu einem bestimmten Förderungstermin noch zu einer bestimmten Höhe des Vergütungssatzes zu erblicken. Was das erwähnte Faktenblatt anbelangt, so gibt dieses lediglich das dannzumal geltende Recht wieder. Der Vertrauensschutz greift indes bei rechtlichen Normen grundsätzlich nicht bzw. könnten diese höchstens einen Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung schaffen (vgl. oben E. 4.3.4). Letzterem ist der Bundesgesetzgeber bereits nachgekommen (vgl. oben E. 4.4.2). Im Übrigen bestand bereits durch die rechtliche Ausgestaltung der Finanzierung der KEV durch den Netzzuschlag – welcher einen Gesamtkostendeckel vorsieht – keine Garantie, dass jedes Projekt einmal eine Förderung erhalten würde. Dieses Risiko hätte der Beschwerdeführerin durch die Konsultation des aEnG bewusst werden können. Es wäre ihr auch unbenommen gewesen, mit dem Bau der Anlage zu warten und somit die Investition zurückzuhalten, bis sie einen positiven Entscheid erhalten hätte.

4.5.5 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Korrektheit der gestützt auf die EnFV verfügten Höhe des Vergütungssatzes von 17.4 Rp./kWh nicht und die diesbezügliche Berechnung erweist sich als korrekt. Weiter ist in der Höhe des Vergütungssatzes kein Verstoss gegen Art. 22 Abs. 1 EnG zu sehen: Wie erwähnt hatte sich die Vergütung unter der Geltung des aEnG nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen zu *richten* (vgl. oben E. 4.4.1). Nach der Revision des Energiegesetzes sollte nicht mehr unbedingt Kostendeckung (für Referenzanlagen) erreicht werden. Vielmehr hat sich die Vergütung nur mehr an den Gestehungskosten zu *orientieren* (vgl. Art. 22 Abs. 1 EnG). Als Faustregel sollten in der Regel 80% der Gestehungskosten nicht unterschritten werden (BBl 2013 7675). Gleichgeblieben ist, dass die Referenzanlagen jeweils der effizientesten Technologie entsprechen und langfristig wirtschaftlich sein müssen (vgl. Art. 22 Abs. 1 EnG bzw. Art. 7a Abs. 2 aEnG). Die nun verfügten 17.4 Rp./kWh entsprechen 80.9% der 21.5 Rp./kWh, welche früher angewandt worden wären, als noch eine kostendeckende Vergütung angestrebt wurde. Der Verordnungsgeber hat sich somit an die neuen gesetzlichen Vorgaben gehalten bzw. verstösst die Höhe des angewandten Vergütungssatzes offensichtlich nicht gegen Art. 22 Abs. 1 EnG.

4.5.6 Zusammengefasst sind die verfügbaren 17.4 Rp./kWh nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

5.

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden.

5.1 Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Im vorliegenden Verfahren unterliegt die Beschwerdeführerin vollumfänglich. Die auf Fr. 3'000.-- festzusetzenden Verfahrenskosten (vgl. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) sind demnach der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Dieser Betrag ist mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen und der Mehrbetrag ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

5.2 Angesichts ihres Unterliegens hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Auch der Vorinstanz wird keine Parteientschädigung zugesprochen (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, sofern sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der auferlegten Verfahrenskosten verwendet und der Mehrbetrag von Fr. 5'500.-- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Andreas Kunz

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 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: