

# **BGer 2C\_351/2021 vom 30. September 2021**

Bundesgericht, 2021-09-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_351\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_351_2021)

FR: TF 2C\_351/2021 du 30 septembre 2021

IT: TF 2C\_351/2021 del 30 settembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die frist- ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und formgerecht ( Art. 42 BGG ) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ) und richtet sich gegen ein verfahrensabschliessendes ( Art. 90 BGG ) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ( Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ). Das Rechtsmittel ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, da kein Ausschlussgrund ( Art. 83 BGG ) - namentlich nicht derjenige von Art. 83 lit. k BGG - vorliegt (vgl. Urteile 2C\_254/2021 vom 27. September 2021 E. 1.1; 2C\_821/2019 vom 11. Februar 2020 E. 1). Die Beschwerdeführerin ist bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt, da mit der vorinstanzlichen Bestätigung des Widerrufs die im Zuge der Anmeldung im Jahr 2008 erteilten positiven Bescheide für die drei Projekte dahinfallen. Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

### **E. 2**

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

### **E. 3**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen im bundesgerichtlichen Verfahren nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Echte Noven sind in jedem Fall unzulässig. Folglich bleiben Tatsachen und Beweismittel unberücksichtigt, die erst nach dem angefochtenen Urteil entstanden sind und somit nicht durch diesen veranlasst worden sein können (vgl. BGE 143 V 19 E. 1.2; 133 IV 342 E. 2.1). Das der Beschwerde beigelegte Schreiben des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft des Kantons Zürich vom 27. April 2021 sowie die Projektübersicht vom 23. April 2021 sind nach dem vorinstanzlichen Urteil vom 8. März 2021 entstanden. Als echte Noven sind diese Beweismittel im bundesgerichtlichen Verfahren unbeachtlich.

### **E. 4**

Vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu

ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben (vgl. BGE 144 V 210 E. 4.3; 139 II 263 E. 6; Urteile 2C\_254/2021 vom 27. September 2021 E. 3; 2C\_340/2020 vom 16. September 2020 E. 3.3).

#### **E. 4.1**

Am 1. Januar 2018 traten das neue Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0), die neue Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV; SR 730.01) sowie die Verordnung vom 1. November 2017 über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Energieförderungsverordnung, EnFV; SR 730.03) in Kraft (vgl. AS 2017 6839 ff., S. 6871 ; 2017 6889 ff., S. 6918 ; 2017 7031 ff., S. 7064). Das Einspeisevergütungssystem löste die bisherige kostendeckende Einspeisevergütung ab (vgl. Urteile 2C\_254/2021 vom 27. September 2021 E. 3.1; 2C\_340/2020 vom 16. September 2020 E. 3.2). Die Swissgrid AG erliess den strittigen Widerrufsbescheid vom 13. Oktober 2017 zwar noch unter der Geltung des alten Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (aEnG; AS 1999 197 ff.; SR 730.0; in Kraft bis zum 31. Dezember 2017) und der alten Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV; AS 1999 207 ff.; SR 730.01; in Kraft bis zum 31. Dezember 2017). Aufgrund des laufenden Rechtsmittelverfahrens und der damit einhergehenden aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 25 Abs. 1 aEnG und Art. 37 VGG [SR 173.32] i.V.m. Art. 55 Abs. 1 VwVG [SR 172.021]) verfügte die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Energiegesetzes indes noch über die positiven Bescheide. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung sind die übergangsrechtlichen Bestimmungen für die vorliegend zu beurteilende Angelegenheit daher einschlägig (vgl. E. 2.1 i.f. des angefochtenen Urteils). Art. 72 Abs. 2 EnG bestimmt, dass für Betreiberinnen und Betreiber, denen die Vergütung vor dem Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes zugesichert wurde (positiver Bescheid), nur bestimmte Neuerungen nicht gelten (vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. a-c EnG ). Daher gelangt im Folgenden grundsätzlich das neue Recht zur Anwendung, wobei auf die relevanten Bestimmungen des alten Energiegesetzes und der alten Energieverordnung in den Fassungen vom 1. Januar 2017 der Verständlichkeit halber Bezug genommen wird.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 EnG soll das Energiegesetz zu einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung beitragen. Es bezweckt unter anderem den Übergang hin zu einer Energieversorgung, die stärker auf der Nutzung erneuerbarer Energien, insbesondere einheimischer erneuerbarer Energien, gründet (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c EnG ).

##### **E. 4.2.1**

In Art. 3g ff. aEnV regelte der Bundesrat das Anmelde- und Bescheidverfahren bei der nationalen Netzgesellschaft. Bei der Anmeldung eines Projekts bei der nationalen Netzgesellschaft müssen bestimmte Unterlagen vorgelegt und Angaben gemacht werden, damit die nationale Netzgesellschaft überprüfen kann, ob die Anspruchsvoraussetzungen voraussichtlich gegeben sind (vgl. Art. 3g Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 aEnV). Sie teilt der Antragsstellerin das Resultat der Prüfung in einem Bescheid mit (vgl. Art. 3g Abs. 3 Satz 3 aEnV). Massgebend für die Reihenfolge der Berücksichtigung eines Projekts ist in erster Linie das Anmeldedatum (vgl. Art. 3g bis Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 aEnV). Als Anmeldedatum gilt laut Art. 3g Abs. 2 aEnV das Datum, an dem die vollständige Anmeldung der schweizerischen Post übergeben wurde. Für die nicht berücksichtigten

Projekte - ohne positiven Bescheid - führt die nationale Netzgesellschaft je eine Warteliste für Photovoltaikanlagen und eine für die übrigen Erzeugungstechnologien. Die Projekte werden nach dem Datum der Anmeldung in die jeweilige Warteliste aufgenommen (vgl. Art. 3g bis Abs. 2 aEnV).

Im Wesentlichen wurden diese Regelungen in die Energieförderungsverordnung übertragen. Der positive Bescheid wird in der Energieförderungsverordnung als "Zusicherung dem Grundsatz nach" bezeichnet (vgl. Art. 22 EnFV ). Massgebend für die Reihenfolge der Berücksichtigung der Gesuche ist nach wie vor das Einreichdatum (vgl. Art. 18 Abs. 1 EnFV und Art. 49 Abs. 1 EnFV ; zur Warteliste vgl. Art. 19 EnFV und Art. 50 EnFV ; zum Gesuchsverfahren vgl. Art. 21 ff. EnFV ).

#### **E. 4.2.2**

Die Antragsstellerin eines Projekts hat innerhalb der Fristen nach den Anhängen 1.1-1.5 der alten Energieverordnung der nationalen Netzgesellschaft den Projektfortschritt zu melden sowie die Anlage in Betrieb zu nehmen und der nationalen Netzgesellschaft zu melden, dass sie die Anlage in Betrieb genommen hat (vgl. Art. 3h Abs. 1 und Abs. 2 aEnV). Gemäss Art. 3h bis Abs. 1 lit. a aEnV fällt die Verbindlichkeit des (positiven) Bescheids dahin, wenn die Antragsstellerin die in den Anhängen 1.1-1.5 der alten Energieverordnung festgelegten Fristen für die Meldung des Projektfortschritts oder der Inbetriebnahme nicht einhält. Die nationale Netzgesellschaft widerruft den (positiven) Bescheid, es sei denn in den Fällen von Art. 3h bis Abs. 1 lit. a, lit. c und lit. d aEnV liegen Gründe vor, für die die Antragstellerin nicht einzustehen hat. Kann aus einem solchen Grund eine in den Anhängen 1.1-1.5 der alten Energieverordnung festgelegte Frist nicht eingehalten werden, kann die nationale Netzgesellschaft sie auf Gesuch hin verlängern (vgl. Art. 3h bis Abs. 2 aEnV).

Die gesuchstellende Person muss auch unter der Herrschaft des neuen Rechts nach Erhalt der Verfügung nach Art. 22 EnFV (Zusicherung im Grundsatz nach) fristgerecht Projektfortschritte erzielen sowie die Anlage in Betrieb nehmen (vgl. Art. 23 Abs. 1 EnFV ). Die Projektfortschritte und die Inbetriebnahme sowie die je dafür geltenden Fristen sind neuerdings in den Anhängen 1.1-1.5 der Energieförderungsverordnung festgelegt (vgl. Art. 23 Abs. 2 EnFV ).

#### **E. 4.2.3**

Gemäss der Fassung der alten Energieverordnung vom 1. Januar 2017 gilt für Kleinwasserkraftanlagen das folgende Fristenregime im Sinne von Art. 3h Abs. 1 und Abs. 2 aEnV: Spätestens zwei Jahre nach der Mitteilung des positiven Bescheids ist eine Projektfortschrittmeldung einzureichen, die das bei der zuständigen Behörde eingereichte Konzessions- oder Baugesuch zu enthalten hat (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 5.2.1 aEnV). Spätestens vier Jahre nach der Mitteilung des positiven Bescheids ist eine Projektfortschrittmeldung einzureichen, die unter anderem die Baubewilligung oder Konzession und die Angabe des geplanten Inbetriebnahmedatums enthält (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 5.2.2 aEnV). Sodann ist im Grundsatz die Inbetriebnahmemeldung der Anlage spätestens sechs Jahre nach der Mitteilung des positiven Bescheids einzureichen (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 5.3.1 aEnV).

Diese Fristen wurden im Anhang 1.1 der Energieförderungsverordnung wie folgt angepasst: Spätestens vier Jahre nach der Zusicherung dem Grundsatz nach ( Art. 22 EnFV ) ist eine Projektfortschrittmeldung einzureichen; diese hat das bei der zuständigen Behörde eingereichte Konzessions- oder Baugesuch zu enthalten (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 5.2.1 EnFV).

Spätestens zehn Jahre nach der Zusicherung dem Grundsatz nach ( Art. 22 EnFV ) ist eine zweite Projektfortschrittmeldung einzureichen; diese hat mindestens folgende Angaben zu enthalten: rechtskräftige Baubewilligung, Konzession, die Meldung des Projekts beim Netzbetreiber sowie dessen Stellungnahme dazu, allfällige Änderungen gegenüber den im Gesuch gemachten Angaben, geplantes Inbetriebnahmedatum (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 5.2.2 EnFV). Die Anlage ist spätestens zwölf Jahre nach der Zusicherung dem Grundsatz nach ( Art. 22 EnFV ) in Betrieb zu nehmen (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 5.3.1 EnFV).

#### **E. 4.2.4**

Gemäss Art. 3h bis Abs. 1 lit. a aEnV fällt die Verbindlichkeit des Bescheids dahin, wenn die Antragstellerin die in den Anhängen 1.1-1.5 der alten Energieverordnung festgelegten Fristen für die Meldung des Projektfortschritts oder der Inbetriebnahme nicht einhält. Die nationale Netzgesellschaft widerruft den Bescheid, es sei denn in den Fällen von Art. 3h bis Abs. 1 lit. a, lit. c oder lit. d aEnV liegen Gründe vor, für die der Antragsteller nicht einzustehen hat. Kann aus einem solchen Grund eine Frist nicht eingehalten werden, so kann die nationale Netzgesellschaft sie auf Gesuch hin verlängern (Art. 3h bis Abs. 2 aEnV).

Zur Fristerstreckung bestimmt die Energieförderungsverordnung seit dem 1. April 2019 Folgendes (vgl. AS 2019 923 ff., S. 923 und S. 926) : Kann die gesuchstellende Person die Fristen für die Projektfortschritte und die Inbetriebnahme aus anderen Gründen, für die sie nicht einzustehen hat, nicht einhalten, so kann die Vollzugsstelle diese auf Gesuch hin um maximal die Dauer der vorgesehenen Frist verlängern. Das Gesuch ist vor Ablauf der jeweiligen Frist schriftlich einzureichen (vgl. Art. 23 Abs. 3 EnFV ).

#### **E. 5**

Die Energieförderungsverordnung stand zwar bei der Einreichung des dritten Gesuchs um Fristerstreckung am 25. September 2017 sowie bei der Fällung des Widerrufbescheids der Swissgrid AG am 13. Oktober 2017 noch nicht in Kraft. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 4.1 hiervor), findet vorliegend - wie korrekterweise bereits im Verfahren der ElCom (Verfügung vom 5. Mai 2020) und der Vorinstanz (Urteil vom 8. März 2021) - indes das neue Recht Anwendung. Damit ist für die Beurteilung der Fristerstreckung entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen nicht Art. 3h bis aEnV, sondern der seit dem 1. April 2019 in Kraft stehende Art. 23 Abs. 3 EnFV einschlägig.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Swissgrid AG habe ihr Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt, und macht geltend, die drei angemeldeten Projekte seien im Mai 2008 baureif gewesen. Sie habe die entsprechenden Baugesuche eingereicht, woraufhin keine Einsprachen eingegangen seien. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei für niemanden zum damaligen Zeitpunkt absehbar gewesen, dass das Gesamtprojekt derart komplex und zeitintensiv werden könnte. Hätte sie die Gesuche zurückgezogen und mit der Neueinreichung zugewartet bis alle Rahmenbedingungen lückenlos geklärt gewesen wären, wären die drei Projekte auf die Warteliste gesetzt worden. Es habe dem Anliegen des Kantons und der Standortgemeinden entsprochen, die bestehende Kette von Kleinwasserkraftwerken am Bach C. \_\_\_\_\_ aus denkmalpflegerischen, wasserbauhistorischen, energiepolitischen und städtebaulichen Gründen als Ganzes zu erhalten. Die Beschwerdeführerin habe davon ausgehen dürfen, dass aufgrund der involvierten öffentlichen Interessen die Vorgaben der Behörden des Kantons Zürich zeitnah

mitgeteilt und geklärt würden. Die Vorinstanz lasse überdies das öffentliche Interesse am Erhalt der Kette der Kleinwasserkraftwerke am Bach C.\_\_\_\_\_ - und damit namentlich die Wiederinbetriebnahme der "KW F.\_\_\_\_\_", "KW G.\_\_\_\_\_" und "KW H.\_\_\_\_\_" - in ihrer Interessenabwägung ausser Acht.

### **E. 5.2**

Die Swissgrid AG erteilte der Beschwerdeführerin am 16. September 2008 und 14. November 2008 drei positive Bescheide im Sinne des damals geltenden Art. 3g Abs. 3 Satz 3 aEnV (vgl. Bst. A.a hiervor). Die Fristen wurden sodann am 30. August 2012 zum ersten Mal (vgl. Bst. A.b hiervor) sowie am 28. September 2015 und 6. November 2015 zum zweiten Mal erstreckt (vgl. Bst. A.c hiervor). Die Beschwerdeführerin hatte aufgrund der zweiten Fristerstreckung die entsprechenden Meldungen für die Projekte "KW F.\_\_\_\_\_" und "KW G.\_\_\_\_\_" bis zum 30. September 2017 (Projektfortschritt) und bis zum 30. September 2019 (Inbetriebnahme) sowie für das Projekt "KW H.\_\_\_\_\_" bis zum 31. Dezember 2017 (Projektfortschritt) und bis zum 31. Dezember 2019 (Inbetriebnahme) vorzunehmen. Es ist unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten, dass die Beschwerdeführerin ihren Meldepflichten nicht fristgerecht nachkam. Umstritten ist, ob die Swissgrid AG die dritte am 25. September 2017 beantragte Fristerstreckung zu Recht ablehnte (vgl. Bst. A.d und Bst. B hiervor).

### **E. 5.3**

Gemäss Art. 23 Abs. 2 EnFV in Verbindung mit Anhang 1.1 Ziff. 5.2.1 EnFV ist spätestens vier Jahre nach der Zusicherung dem Grundsatz nach respektive nach dem positiven Bescheid eine Projektfortschrittmeldung einzureichen. Kann die gesuchstellende Person die Fristen für die Projektfortschritte und die Inbetriebnahme aus anderen Gründen, für die sie nicht einzustehen hat, nicht einhalten, so kann die Vollzugsstelle diese auf Gesuch hin um maximal die Dauer der vorgesehenen Frist verlängern (vgl. Art. 23 Abs. 3 EnFV ). Nach dem neuen Recht ist folglich die (erste) Projektfortschrittmeldung allerspätestens acht Jahre nach der Zusicherung dem Grundsatz nach respektive nach dem positiven Bescheid einzureichen. In der vorliegenden Angelegenheit hat die Beschwerdeführerin am 16. September 2008 beziehungsweise am 14. November 2008 für die drei Projekte positive Bescheide erhalten. Die Beschwerdeführerin hätte folglich spätestens im September und November 2016 die erste Projektfortschrittmeldung einreichen müssen. Eine solche (erste) Meldung hat die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nicht vorgenommen. Im Ergebnis ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Widerruf der positiven Bescheide bestätigt hat. Eine Erstreckung der Fristen ist nicht mehr möglich.

### **E. 6**

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet, zumal die Beschwerdegegnerin nicht anwaltlich vertreten ist ( Art. 68 Abs. 1 BGG ) und die ElCom in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.