

# **BGer 2C\_409/2020 vom 24. März 2021**

Bundesgericht, 2021-03-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_409\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_409_2020)

FR: TF 2C\_409/2020 du 24 mars 2021

IT: TF 2C\_409/2020 del 24 marzo 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Energierechts. Bei erheblichen Erneuerungen von bestehenden Anlagen mit einer Leistung von mindestens 300 kW besteht zumindest dem Grundsatz nach - d.h. sofern im Rahmen der festgelegten Prioritätenordnung die Mittel reichen - ein Anspruch auf Investitionsbeiträge (vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 [EnG; SR 730.0; in der bis zum 31. Dezember 2020 gültigen Fassung; AS 2017 6839; AS 2018 1811] und Art. 52 der Verordnung vom 1. November 2017 über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien [EnFV; SR 730.03; in der bis 31. März 2019 gültigen Fassung; AS 2017 7031]). Deshalb ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 83 lit. k e contrario, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ). Zwar ist die von der Beschwerdeführerin anvisierte erste Investitionsbeitrags-Zuteilungsrunde nach Art. 51 EnFV (in der bis 31. März 2019 gültigen Fassung [AS 2017 7031]) zwischenzeitlich abgeschlossen. Die beantragte Rückweisung der Angelegenheit an das Bundesamt für Energie würde der Beschwerdeführerin indessen die Chance wahren, in einer der noch anstehenden weiteren Zuteilungsrunden einen Investitionsbeitrag zugesprochen zu erhalten (vgl. Art. 52 Abs. 6 EnFV ). Die Beschwerdeführerin ist folglich zur Beschwerde legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Im Übrigen wurde die Beschwerde frist- und formgerecht (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG , Art. 42 BGG ) eingereicht, sodass darauf einzutreten ist.

### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten, insbesondere des Willkürverbots, gilt eine qualifizierte Rügepflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 136 I 229 E. 4.1 S. 235 ; 139 I 229 E. 2.2 S. 232).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2.3**

Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten (mangels einer anderslautenden übergangsrechtlichen Regelung) grundsätzlich nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen. Später eingetretene Rechtsänderungen sind nur ausnahmsweise zu berücksichtigen, wenn zwingende Gründe für die sofortige Anwendung des neuen Rechts sprechen ( BGE 139 II 243 E. 11.1 S. 259 f.; 135 II 384 E. 2.3 S. 390; 125 II 591 E. 5e/aa S. 598 mit Hinweisen). Dies trifft vor allem dann zu, wenn Vorschriften um der öffentlichen Ordnung willen oder zur Durchsetzung erheblicher öffentlicher Interessen erlassen worden sind ( BGE 139 II 470 E. 4.2 S. 480 f.; 123 II 359 E. 3 S. 362 f. mit Hinweisen). Vorliegend erliess das Bundesamt für Energie die ablehnende Verfügung am 22. Januar 2019. Es bestehen keine zwingenden Gründe für die Anwendung seither eingetretener Rechtsänderungen des materiellen Energierechts; solche werden von den Parteien denn auch nicht vorgebracht. Demzufolge kommen für das vorliegende Beschwerdeverfahren das EnG gemäss Stand 15. Mai 2018 bzw. in der bis zum 31. Dezember 2020 gültigen Fassung (AS 2017 6839; AS 2018 1811) sowie die EnFV in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung (AS 2017 7031) zur Anwendung.

### **E. 3**

Zunächst rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör in unzulässiger Weise geschützt habe.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Bundesamt für Energie habe sich in seiner Verfügung vom 22. Januar 2019 nur äusserst rudimentär mit den von ihr dargelegten Gründen für die Unanwendbarkeit von Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) auf ihr Erneuerungsvorhaben auseinandergesetzt. Durch diese mangelhafte Begründung sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) verletzt worden. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz genüge die Verfügung des Bundesamts für Energie vom 22. Januar 2019 nicht den Begründungsanforderungen von Verfügungen. Die erst im Beschwerdeverfahren vor der Vorinstanz nachgeschobene Begründung, weshalb es die strittige Verordnungsbestimmung im vorliegenden Fall für anwendbar erachte, vermöge zwar die Verletzung des rechtlichen Gehörs allenfalls heilen. Jedoch sei diesem Umstand zumindest im Kostenpunkt Rechnung zu tragen.

#### **E. 3.2**

Vorab ist festzuhalten, dass sich die Vorinstanz in genügender Weise mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt hat; die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs richtet sich denn auch nur gegen die Verfügung vom 22. Januar 2019 des Bundesamtes für Energie. Die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht eine Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör durch die Verfügung vom 22. Januar 2019 des Bundesamtes für Energie zu Unrecht verneint hat und ob sich eine allfällige Heilung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf die Kostenfolgen im vorinstanzlichen Verfahren auswirkt, kann offenbleiben, zumal die Beschwerde aufgrund der nachfolgenden Erwägungen gutzuheissen ist.

### **E. 4**

Streitig ist, wie die Berechnung der Geldzuflüsse (Gesuchsversionen A - C) im Zusammenhang mit der Ermittlung der Investitionsbeitragsberechtigung bei erheblichen Erneuerungen zu erfolgen hat respektive, ob die Vorinstanz auf die Version A abstellen durfte, was im Folgenden zu prüfen ist.

#### **E. 4.1**

Das EnG bezweckt unter anderem den Übergang zu einer Energieversorgung hin, die stärker auf der Nutzung erneuerbarer Energien, insbesondere einheimischer erneuerbarer Energien, gründet ( Art. 1 Abs. 2 lit. c EnG ). Bei der Produktion von Elektrizität aus Wasserkraft ist ein Ausbau anzustreben, mit dem die durchschnittliche inländische Produktion im Jahr 2035 bei mindestens 37'400 GWh liegt ( Art. 2 Abs. 2 EnG ). Dieses Ziel soll unter anderem durch Investitionsbeiträge an Betreiber von Photovoltaik-, Wasserkraft und Biomasseanlagen für Neuanlagen, erhebliche Erweiterungen oder Erneuerungen solcher Anlagen erreicht werden, sofern die Mittel des Netzzuschlagsfonds dafür reichen (vgl. Art. 24 Abs. 1 EnG ; vgl. auch Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 [Revision des Energierechts] und zur Volksinitiative "Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative]" vom 4. September 2013, BBl 2013 7561, S. 7594 f.; SAMUEL WYLER, in: Kommentar zum Energierecht, Bd. III, 2020 N. 11 zu Art. 24 EnG und N. 7 zu Art. 26 EnG ). Bei Wasserkraftanlagen, ausgenommen Pumpspeicherkraftwerke, können Betreiber von Neuanlagen mit einer Leistung von mehr als 10 MW (Art. 24 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 EnG) und Betreiber von bestehenden Anlagen mit einer Leistung von mindestens 300 kW für erhebliche Erweiterungen oder Erneuerungen einen Investitionsbeitrag in Anspruch nehmen (Art. 24 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 EnG).

Eine

Wasserkraftanlage wird als "eine selbstständig betreibbare technische Einrichtung zur Produktion von Elektrizität aus Wasserkraft an einem bestimmten Standort" definiert (Anhang 1.1 Ziff. 1.1 EnFV). Nutzen mehrere Einrichtungen denselben Netzanschlusspunkt, so kann dennoch jede dieser Einrichtungen je als eine Wasserkraftanlage gelten, wenn sie Wasser aus getrennten Einzugsgebieten nutzen und unabhängig voneinander erstellt wurden (Anhang 1.1 Ziff. 1.2 EnFV).

Im vorliegenden Fall haben sich das Bundesamt für Energie sowie die Beschwerdeführerin - die ein Kraftwerksgeflecht bestehend aus verschiedenen Anlagen betreibt - darauf geeinigt und es ist folglich unbestritten, dass die Anlage Grimsensee (bestehend aus dem Grimsensee, der Turbine Grimsensee-Räterichsbodensee im Kraftwerk Grimsel 1, dem Kraftwerk Grimselnollen sowie dem Umwälzwerk Grimsel 2) die massgebliche Wasserkraftanlage nach Anhang 1.1 Ziff. 1.1 EnFV darstellt.

#### **E. 4.2**

Die Erneuerung einer solchen Anlage ist

erheblich, wenn mindestens eine Hauptkomponente wie Wasserfassung, Zubringerpumpen, Wehr, Speicher, Druckleitung, Maschinen oder elektromechanische Ausrüstung der Anlage ersetzt oder totalsaniert wird und die Investition im Verhältnis zur durchschnittlich in einem Jahr der letzten fünf vollen Betriebsjahre erzielten Nettoproduktion mindestens 7 Rp./kWh beträgt ( Art. 29 Abs. 1 lit. d EnG i.V.m. Art. 47 Abs. 2 EnFV ). Vorliegend ist - zu Recht - unbestritten, dass es sich beim Projekt um eine erhebliche Erneuerung einer Wasserkraftanlage im Sinne von Art. 24 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 EnG handelt, die grundsätzlich investitionsbeitragsberechtigt ist.

#### **E. 4.3**

Der Investitionsbeitrag für Wasserkraftanlagen nach Art. 24 Abs. 1 lit. b EnG wird im Einzelfall durch das Bundesamt für Energie bestimmt ( Art. 26 Abs.1 EnG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 EnFV ). Bei Anlagen mit einer Leistung von mehr als 10 MW beträgt der Investitionsbeitrag für erhebliche Erneuerungen höchstens 20 % der anrechenbaren Investitionskosten ( Art. 48 Abs. 3 lit. b EnFV ). Bei der Festlegung der Ansätze und bei deren allfälliger Anpassung ist sicherzustellen, dass die Investitionsbeiträge die nicht amortisierbaren Mehrkosten nicht übersteigen ( Art. 29 Abs. 2 Satz 1 EnG ). Mit anderen Worten sollen nur Projekte, die selbst nicht

wirtschaftlich sind, in den Genuss von Investitionsbeiträgen kommen und dadurch sog. Mitnahmeeffekte verhindert werden (vgl. Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 [Revision des Energierechts] und zur Volksinitiative "Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie [Atomausstiegsinitiative]" vom 4. September 2013, BBl 2013 7561, S. 7726 Fn. 86).

Die nicht amortisierbaren Mehrkosten ergeben sich aus der Differenz zwischen den kapitalisierten Gestehungskosten für die Elektrizitätsproduktion und dem erzielbaren kapitalisierten Marktpreis ( Art. 29 Abs. 2 Satz 2 EnG ) bzw. entsprechen dem Nettobarwert aller anrechenbaren Geldabflüsse und aller anzurechnenden Geldzuflüsse ( Art. 63 Abs. 1 EnFV ). Falls der aus dieser Berechnung resultierende Nettobarwert negativ ist, also nicht amortisierbare Mehrkosten vorliegen und eine Investition nicht wirtschaftlich ist, können die Betreiber grundsätzlich einen Investitionsbeitrag in Anspruch nehmen. Für die Berechnung der nichtamortisierbaren Mehrkosten sind bei Erneuerungen bestehender Anlagen die erzielbaren Geldzuflüsse aus der gesamten Nettoproduktion der Anlage massgebend ( Art. 63 Abs. 4 EnFV ; in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung).

### **E. 5.1**

Gestützt auf diese zuletzt genannte Verordnungsbestimmung hat das Bundesamt für Energie mit Verfügung vom 22. Januar 2019 die nicht amortisierbaren Mehrkosten nach der Gesuchsversion A beurteilt. Streitig ist, ob Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung), wonach den Geldabflüssen die Geldzuflüsse aus der gesamten Nettoproduktion gegenüber zu stellen sind (Gesuchsversion A), mit dem übergeordneten Gesetzesrecht vereinbar ist, respektive gestützt auf welche der (im Sachverhalt dargestellten) Gesuchsversionen A - C die Beitragsberechtigung effektiv zu ermitteln ist.

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz verzichtete auf eine konkrete Normenkontrolle und erwog, dass die Beschwerdeführerin - trotz ihrer Erwähnung einer akzessorischen Normenkontrolle - nicht geltend gemacht habe, Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) verstosse als Norm gegen übergeordnetes Recht. Vielmehr rüge die Beschwerdeführerin - so die Vorinstanz weiter -, dass die Anwendung der entsprechenden Bestimmung in ihrem besonderen Einzelfall einen Verstoss gegen übergeordnetes Recht zur Folge hätte. Die Beschwerdeführerin mache dadurch sinngemäss geltend, mit Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) sei eine falsche Norm auf ihren Sachverhalt angewendet worden. Laut dem Bundesverwaltungsgericht berufe sich die Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf eine Passage aus dem erläuternden Bericht des eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation vom Februar 2017 zur EnFV, wonach bei Erneuerungen davon ausgegangen werde, dass ein Weiterbetrieb ohne die Erneuerungen nicht möglich sei (vgl. Eidgenössisches Departement

für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien [Energieförderungsverordnung, EnFV], Februar 2017, S. 21 [im Weiteren auch: Erläuternder Bericht zur EnFV]). Daraus leite die Beschwerdeführerin ab, dass Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) nicht zur Anwendung gelangen dürfe, da die Anlage Grimselsee ohne die Erneuerung mit einer reduzierten Staukote weiter betrieben werden könne.

Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, dass die begrenzten Mittel für die Zusprennung von Investitionsbeiträgen nur zu gewähren seien, wenn ein Projekt für den Weiterbetrieb der Wasserkraftanlage tatsächlich notwendig sei. In diesem Fall seien die Erneuerungsinvestitionen kausal für die Aufrechterhaltung der Geldzuflüsse im bisherigen Umfang. Insofern seien die gesamten Geldzuflüsse den Investitionskosten gegenüberzustellen. Die Aussage im erläuternden Bericht zur EnFV ziele mithin nicht auf die tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab, sondern diene der allgemeinen Erklärung der anzurechnenden Geldzuflüsse. Damit für alle Gesuche die gleich strengen Voraussetzungen gälten, solle jedes Gesuch so behandelt werden, als ob ein Weiterbetrieb ohne die Erneuerung nicht möglich wäre. Es spiele deshalb, so die Vorinstanz weiter, keine Rolle, ob eine Anlage ohne die Erneuerung gegebenenfalls in einem reduzierten Umfang noch nutzbar wäre. Die Beschwerdeführerin messe Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) nicht jenen sachlichen Anwendungsbereich bei, welchen der Verordnungsgeber eigentlich vorgesehen habe. Vielmehr werde das Erneuerungsprojekt der Beschwerdeführerin vom sachlichen Anwendungsbereich des Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) erfasst und die Verordnungsbestimmung sei auf den vorliegenden Fall anwendbar.

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, die vorinstanzliche Anwendung von Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) verstosse gegen übergeordnetes Recht.

#### **E. 5.3.1**

Sie macht geltend, die in Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) statuierte Vorgabe, alle mit der erneuerten Anlage generierbaren Nettoerträge als massgebliche Geldzuflüsse zu betrachten, sei auf Erneuerungsvorhaben zugeschnitten, welche der Verhinderung eines kompletten Unbrauchbarwerdens der entsprechenden Anlage dienten. Vorliegend werde durch die Erneuerung der Staumauer Spitallamm nicht das vollständige Unbrauchbarwerden namentlich der Anlage Grimselsee verhindert, denn über die angedrohte Stauzielbeschränkung hinaus bestünden keine Betriebsbeschränkungen. Infolgedessen könnten vorliegend ohne Erneuerung der Staumauer Spitallamm alle Anlagen des Kraftwerksgeflechts der Beschwerdeführerin weiter betrieben werden. Negativ verändern würde sich einzig die zeitliche Steuerbarkeit der Produktion (Winter- und Spitzenenergie); die Jahresproduktion bliebe jedoch praktisch unverändert. Entsprechend trage auch nur ein kleiner Teil der mit der Anlage Grimselsee erzielbaren Erlöse tatsächlich zur Amortisierbarkeit des Ersatzes der Staumauer Spitallamm bei. Der grösste Teil der vom Bundesamt für Energie als massgebliche Geldzuflüsse einbezogenen Erlöse wäre auch bei einem Verzicht auf die Erneuerung noch erzielbar und bilde folglich keinen wirtschaftlichen Nutzen der Investition, sodass keine neue Staumauer zu bauen wäre bzw.

aus wirtschaftlicher Sicht (bei gleichbleibendem reduziertem Stauziel) auf die Investition verzichtet würde.

### **E. 5.3.2**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, soweit in Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) die gesamten mit der

erneuerten Anlage generierbaren Nettoerträge als massgebliche Geldzuflüsse betrachtet würden, resultiere im vorliegenden Fall eine realitätsfremde Beurteilung der Amortisierbarkeit bzw. Investitionsbeitragsberechtigung des Projekts. Eine solche Beurteilung lasse sich nicht mit der gesetzgeberischen Intention vereinbaren, erhebliche Erneuerungen bestehender Wasserkraftanlagen zu fördern und nur jene Projekte von der Beitragsberechtigung profitieren zu lassen, die sich ansonsten wirtschaftlich nicht rechnen würden. Zudem widerspreche eine solche Beurteilung dem Willkürverbot ( Art. 9 BV ). Entsprechend müsse auf die Gesuchsversion C abgestellt werden, welche nur diejenigen künftigen Nettoerträge als massgebliche Geldzuflüsse erfasse, die bei einem Verzicht auf die Realisierung des geplanten Ersatzes der Staumauer Spitalamm tatsächlich verloren gingen.

### **E. 6.1**

Es stellt sich die Frage, ob für die Bemessung der zukünftigen Nettoerträge im Rahmen von Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) zu berücksichtigen ist, dass eine Anlage ohne die Erneuerung gegebenenfalls in einem reduzierten Umfang noch weiter betrieben werden kann. Die Bedeutung der fraglichen Verordnungsbestimmung ist mittels Auslegung zu ermitteln.

### **E. 6.2**

Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen ( BGE 146 V 224 E. 4.5.1 S. 228 f.; 141 II 57 E. 3.2 S. 61; Urteil 2C\_202/2017 vom 9. März 2020 E. 4.1).

Verordnungsrecht ist gesetzeskonform auszulegen. Es sind die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen. Auch ist den Grundrechten und verfassungsmässigen Grundsätzen Rechnung zu tragen und zwar in dem Sinne, dass - sofern durch den Wortlaut (und die weiteren massgeblichen normunmittelbaren Auslegungselemente) nicht klar ausgeschlossen - der Verordnungsbestimmung jener Rechtssinn beizumessen ist, welcher im Rahmen des Gesetzes mit der Verfassung (am besten) übereinstimmt (verfassungskonforme oder verfassungsbezogene Interpretation; BGE 146 V 224 E. 4.5.1 S. 228 f.; 140 V 538 E. 4.3 S. 540; Urteile 2C\_843/2016 vom 31. Januar 2019 E. 2.3; 2C\_202/2014 vom 19. August 2015 E. 3.2.2).

### **E. 6.3**

Nach der Delegationsnorm des Art. 29 Abs. 1 lit. b EnG regelt der Bundesrat die Einzelheiten für die Investitionsbeiträge nach Art. 26 EnG und legt insbesondere deren Ansätze fest, einschliesslich der anrechenbaren Kosten. Das Gesetz präzisiert, dass die Investitionsbeiträge die nicht amortisierbaren Mehrkosten nicht übersteigen dürfen; d.h. es dürfen keine Mitnahmeeffekte entstehen und es sollen nur Projekte unterstützt werden, die ansonsten nicht wirtschaftlich wären (vgl. vorstehende E. 4.3). Das Gesetz legt weiter fest, dass die nichtamortisierbaren Mehrkosten sich aus der Differenz zwischen den kapitalisierten Gestehungskosten für die Elektrizitätsproduktion und dem erzielbaren kapitalisierten Marktpreis ergeben ( Art. 29 Abs. 2 EnG ).

#### **E. 6.4**

Zwar legt das Gesetz nicht ausdrücklich fest, wie der kapitalisierte Marktpreis zur Berechnung der nicht amortisierbaren Mehrkosten bestimmt wird. Wenn dazu indessen bloss vom isolierten Wortlaut von Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) ausgegangen wird, wonach bei Erneuerungen bestehender Anlagen "die erzielbaren Geldzuflüsse aus der gesamten Nettoproduktion der Anlage massgebend" seien, greift dies, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, zu kurz (vgl. auch vorstehende E. 6.2).

##### **E. 6.4.1**

Dem erläuternden Bericht vom Februar 2017 zur EnFV ist zu entnehmen, dass bei Erneuerungen davon ausgegangen werde, ein Weiterbetrieb ohne die Erneuerung sei nicht möglich. Deshalb wird der Erneuerungsinvestition in der Berechnung der nichtamortisierbaren Mehrkosten der erzielbare Markterlös aus der gesamten Nettoproduktion der Anlage über die aufgrund der Erneuerung erreichte verbleibende Nutzungsdauer gegenübergestellt (vgl. Erläuternder Bericht zur EnFV, S. 21). Die Annahme eines solch idealtypischen Falles lässt sich so weit und so lange nicht beanstanden, als bei einem Verzicht auf die Erneuerungsinvestition die Anlage tatsächlich ausser Betrieb genommen werden müsste.

Sofern Erneuerungsvorhaben zu beurteilen sind, die nicht der Verhinderung eines kompletten Unbrauchbarwerdens einer Anlage dienen, führt die Annahme jedoch zu einer realitätsfremden Beurteilung der Amortisierbarkeit der entsprechenden Investition.

##### **E. 6.4.2**

So spricht zunächst die systematische Auslegung gegen eine von den konkreten Gegebenheiten losgelöste Ermittlung der erzielbaren Geldzuflüsse. Art. 63 EnFV befindet sich im 5. Kapitel "Investitionsbeitrag für Wasserkraftanlagen", 5. Abschnitt "Bemessungskriterien". Die Bestimmung regelt die Berechnung der nicht amortisierbaren Mehrkosten. In Art. 63 Abs. 1 EnFV wird als Grundsatz festgehalten, dass diese dem Nettobarwert aller anrechenbaren Geldabflüsse und aller anzurechnenden Geldzuflüsse entsprechen. Bei

Neubauten ist der aufgrund der jährlich zu erwartenden Nettoproduktion erzielbare Markterlös zu berechnen und den kapitalisierten Gestehungskosten gegenüberzustellen (Erläuternder Bericht zur EnFV, S. 20 f.). Die aufgrund der Investition zu erwartenden Geldzuflüsse werden bei

Neubauten somit bezogen auf das

konkret zu beurteilende Projekt prognostiziert.

Bei

Erweiterungen bestehender Anlagen sind nur die aus der Erweiterung resultierenden zusätzlichen Geldzuflüsse massgebend ( Art 63 Abs. 3 EnFV [in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung]; Differenzbetrachtung). Die zur Berechnung der nicht amortisierbaren Mehrkosten heranzuziehenden Geldzuflüsse, die dank der Investition voraussichtlich erzielt werden können, sind demnach bei

Erweiterungen ebenfalls gestützt auf das jeweils konkrete Projekt zu bemessen.

#### **E. 6.4.3**

Das Energiegesetz verfolgt insbesondere den Ausbau der Wasserkraftproduktion mit Hilfe von Investitionsbeiträgen ( Art. 1 Abs. 2 lit. c und Art. 2 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. b EnG ; vgl. vorstehende E. 4.1). Mit diesem

gesetzlichen Ziel geht auch eine Verhinderung des Wegfalls bestehender Produktionskapazitäten aus Wasserkraftanlagen einher; demgemäss werden neben Neuanlagen und erheblichen Erweiterungen auch erhebliche Erneuerungen von bestehenden Wasserkraftanlagen mittels Investitionsbeiträgen grundsätzlich finanziell unterstützt (vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 EnG). Das EnG präzisiert die grundsätzliche Förderung des Erhalts bzw. Zubaus von Kapazitäten insbesondere dahingehend, dass die Investitionsbeiträge die nicht amortisierbaren Mehrkosten nicht übersteigen dürfen ( Art. 29 Abs. 2 EnG ). Damit soll - wie bereits erwähnt - sichergestellt werden, dass nur Projekte von Investitionsbeiträgen profitieren, die sich ansonsten wirtschaftlich nicht rechnen würden (vgl. vorstehende E. 4.3). Ob ein Investitionsbeitrag auszurichten ist, bestimmt sich folglich nach der Wirtschaftlichkeit eines Projekts. Mit anderen Worten ist es das Ziel des Gesetzgebers, erhebliche Erneuerungen von bestehenden Wasserkraftanlagen möglichst zu fördern und lediglich diejenigen Projekte von der Beitragsberechtigung auszuschliessen, die amortisierbar sind.

#### **E. 6.4.4**

Im vorliegenden Fall verhindert die Erneuerung lediglich einen teilweisen Verlust der Produktions- und/oder Speicherkapazität. Auch wenn der Verzicht auf eine Erneuerung keine signifikanten Auswirkungen auf die Jahresproduktion hätte, würde er sich gerade auf die zeitliche Steuerbarkeit der Produktion der Anlage auswirken und es gingen dadurch für die angestrebte Energiewende

besonders wertvolle Spitzen- und Winterenergie verloren. Der isolierte Wortlaut von Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) unterstellt Erneuerungen wie der vorliegenden einen abstrakten wirtschaftlichen Nutzen und schliesst dadurch Erneuerungsvorhaben, die lediglich einen Teilverlust der Produktions- und/oder Speicherkapazität verhindern, faktisch von der Berechtigung auf einen Investitionsbeitrag aus. Indessen sehen weder das Energiegesetz noch die dazugehörigen Materialien einen Ausschluss solcher Projekte aus dem Kreis der investitionsbeitragsberechtigten Vorhaben vor. Folglich steht der isolierte Wortlaut der Verordnungsbestimmung im diametralen Widerspruch zur gesetzlichen Zielsetzung.

Im Weiteren ist zu bedenken, dass die Bedeutung eines Erneuerungsvorhabens für die gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. c EnG angestrebte Energiewende nicht davon abhängt, ob mit dem

Projekt eine vollständige oder bloss eine teilweise Stilllegung der betroffenen Wasserkraftanlage verhindert wird. Ansonsten wäre die Verhinderung eines Kompletterlusts eines kleinen Speichersees grundsätzlich mit den erwähnten Energiezielen konform und dementsprechend förderungswürdig, die Verhinderung eines teilweise wegfallenden grossen Speichervolumens hingegen nicht.

#### **E. 6.4.5**

Würde der Vorinstanz und damit lediglich (isoliert) dem Wortlaut der Verordnungsbestimmung gefolgt, ohne den Kontext des Gesetzes zu berücksichtigen, und jedes Gesuch so behandelt, als ob ein Weiterbetrieb ohne die Erneuerung nicht möglich wäre, würden Differenzierungen unterlassen, die richtigerweise hätten getroffen werden müssen. Ein solches Vorgehen widerspräche dem Ziel des Gesetzgebers, die Energiegewinnung aus der Nutzung der Wasserkraft auszubauen bzw. darauf basierende Produktionskapazitäten zu erhalten. Die teleologische Auslegung spricht deshalb dafür, auch bei Erneuerungen die Geldzuflüsse, die dank der Investition voraussichtlich erzielt werden können, anhand der jeweils konkreten Situation zu berechnen.

Um die Höhe der nichtamortisierbaren Mehrkosten im vorliegenden Fall zu beurteilen, ist der Erneuerungsinvestition der erzielbare Markterlös aus dem Vergleich der Erlössituation mit weiterhin voll nutzbarem Speichersee einerseits und reduziert nutzbarem Speichersee andererseits gegenüberzustellen. Für die Ermittlung der entsprechend reduzierten Speicherkapazitäten ist zunächst die Schadenssituation an der Staumauer im Zeitpunkt der Einreichung des Investitionsbeitragsgesuchs und deren prognostizierte zeitliche Entwicklung über die verbleibende Nutzungsdauer der beschädigten Staumauer festzustellen.

Denn den relevanten Bestimmungen (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c EnG , Art. 2 Abs. 2 EnG , Art. 24 Abs. 1 lit. b EnG , Art. 29 Abs. 2 EnG ) und der darin statuierten Förderungswürdigkeit liegt eine Wirtschaftlichkeitsberechnung zugrunde, die auch für die Beurteilung der vorliegenden Konstellation massgeblich ist und von den konkreten, bisher nicht festgestellten tatsächlichen Gegebenheiten abhängt: Ist von einer langen noch verbleibenden Nutzungsdauer der beschädigten Staumauer auszugehen und verschlechtert sich die Schadenssituation im vorliegenden Fall während dieser Zeit nicht (oder bloss unerheblich), wäre zwar lediglich ein Teil der Erlöse weiterhin erzielbar. Indessen würden keine Investitionskosten anfallen, zumal für die Beschwerdeführerin - gemäss den unbestritten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz - kein wirtschaftlicher Anreiz für die Erneuerung der Staumauer bestünde (vgl. dazu die unbestrittene konkrete Berechnung der nichtamortisierbaren Mehrkosten in numerischer Hinsicht in sämtlichen Gesuchsversionen [insbesondere Gesuchsversion C]; E. 5 des angefochtenen Urteils). Indessen liegt es im öffentlichen Interesse und im Gesetzeszweck, die weitere Nutzung der zeitlich steuerbaren erneuerbaren Energie zu bewahren. Denn der angestrebte Übergang hin zu einer Energieversorgung, die stärker auf der Nutzung (einheimischer) erneuerbarer Energie gründet ( Art. 1 Abs. 2 lit. c EnG ), erfordert zwingend den Erhalt bzw. die Schaffung zusätzlicher Speicherkapazitäten, um die im öffentlichen Interesse liegende Stromversorgungssicherheit zu gewährleisten. Für den Erhalt dieser Speicherkapazität ist eine Erneuerung der Staumauer notwendig, wobei unter den vorliegend auszugehenden Umständen nichtamortisierbare Mehrkosten entstehen und zur Beitragsberechtigung führen würden (Situation in der Gesuchsversion C).

Demgegenüber ist es in tatsächlicher Hinsicht auch möglich, dass sich die Schadenssituation an der Staumauer während der verbleibenden Nutzungsdauer zusehends verschlechtert und die Staumauer beispielsweise nach kurzer Zeit nicht mehr genutzt werden könnte. Die Beschwerdeführerin als Betreiberin wäre diesfalls gehalten, die Erneuerungsinvestition zu tätigen und die Staumauer zu ersetzen. Denn in diesem Fall würde die Investition (im Vergleich zur Stilllegung) rentabel sein, da die dank der Erneuerung erzielbaren Geldzuflüsse aus der gesamten Nettoproduktion der Anlage zur Amortisierbarkeit der Investition beitragen würden und keine nichtamortisierbaren Mehrkosten entstünden. Die Beschwerdeführerin wäre folglich nicht beitragsberechtigt (Situation in der Gesuchsversion A). Gemäss den nicht bestrittenen Feststellungen der Vorinstanz (vgl. die unbestrittene konkrete Berechnung der nichtamortisierbaren Mehrkosten in numerischer Hinsicht; E. 5 des angefochtenen Urteils) wäre der Neubau der Staumauer gegenüber dem Weiterbetrieb auf dem reduzierten Stauziel teurer und insofern nur wirtschaftlich, wenn ein langfristiger Weiterbetrieb auf diesem Stauziel nicht möglich ist (dies ergibt sich aus dem Vergleich zwischen den Gesuchsversionen A und C).

Demnach muss in tatsächlicher Hinsicht zunächst die Schadenssituation an der Staumauer und deren prognostizierte zeitliche Entwicklung ermittelt werden, um zu bestimmen, ob die Erlössituation näher an der Gesuchsversion A oder C liegt. Erst auf dieser Grundlage wird es möglich sein, die Beitragsberechtigung der Beschwerdeführerin zu beurteilen.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich nach dem Gesagten als begründet und ist deshalb gutzuheissen. Die Sache ist zur Neuurteilung des strittigen Investitionsbeitragsgesuchs im Sinne der Erwägungen an das Bundesamt für Energie zurückzuweisen. Dieses hat zunächst die aufgrund der Schäden an der Staumauer verbleibende Restkapazität im Zeitpunkt der Einreichung des Investitionsbeitragsgesuchs und die aufgrund der prognostizierten Entwicklung des Risses und der Quellreaktion allfällige weitere Reduktion der Speicherkapazität über die durch die Erneuerung erreichte verbleibende Nutzungsdauer festzustellen. Je nach tatsächlicher Speicherkapazität über die Restnutzungsdauer der bestehenden Staumauer ist der Berechnung der nichtamortisierbaren Mehrkosten faktisch die Variante A oder C zugrunde zu legen. Die tatsächlichen Gegebenheiten sind demnach ausschlaggebend für die Berechnung der Wirtschaftlichkeit einer erheblichen Erneuerung und damit für den Anspruch auf Investitionsbeiträge gemäss Art. 63 Abs. 4 EnFV (in der bis zum 31. März 2019 gültigen Fassung) i.V.m. Art. 24 Abs. 1 EnG i.V.m. Art. 29 Abs. 2 EnG. Damit erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin.

#### **E. 7.2**

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Das Bundesamt für Energie hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Bei Streitsachen mit Vermögensinteresse richtet sich das Honorar in der Regel nach dem Streitwert. Das Honorar ist innerhalb dieses Rahmens nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts oder der Anwältin zu bemessen (Art. 3 Abs. 1 des Reglements vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht [SR 173.110.210.3]). Vorliegend ist zwar zu

berücksichtigen, dass der Prozessstoff dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aufgrund des Rechtsmittelverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht bereits bekannt war. Indessen stellten sich vorliegend Rechtsfragen von einer gewissen Komplexität. Es rechtfertigt sich daher, das zu entschädigende Honorar auf Fr. 22'000.-- (pauschal, inkl. Auslagen und MWST) festzusetzen.

### **E. 7.3**

Zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens ist die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen.

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