

# **BVGer A-2974/2020 vom 8. März 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-03-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-2974\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2974_2020)

FR: TAF A-2974/2020 du 8 mars 2021

IT: TAF A-2974/2020 del 8 marzo 2021

## **Regeste**

Energie (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Mit der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz den Entscheid der Erstinstanz bestätigt, mit dem die Fristen für die PFM und IBM nicht verlängert und die positiven KEV-Bescheide vom 16. September bzw. 14. November 2008 widerrufen wurden. Die angefochtene Verfügung ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt. Entscheide der ElCom sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 66 Abs. 2 EnG [EnG, SR 730.0] i.V.m. Art. 23 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7] und Art. 33 Bst. f VGG). Da auch keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der vorinstanzlichen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung ihrer Entscheide, entbindet das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Bei der Beurteilung von Fachfragen ist ihr ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu belassen, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und

umfassend vorgenommen hat (vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5.1 m.H.; Urteile des BVGer A-887/2019 vom 9. März 2020 E. 2 m.H.; A-262/2018 vom 29. März 2019 E. 2.2; A-8396/2015 vom 5. Juli 2016 E. 2 m.H.).

## **E. 2**

Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz die Verfügung der Erstinstanz, mit der jene die Fristverlängerungsanträge für die PFM sowie IBM abgewiesen und die positiven Bescheide vom 16. September und 14. November 2008 widerrufen hat, zu Recht bestätigte. Hierzu sind zunächst die massgeblichen Bestimmungen darzulegen.

### **E. 2.1**

Vorbehältlich spezialgesetzlicher übergangsrechtlicher Bestimmungen sind in materiell-rechtlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (vgl. BGE 139 V 335 E. 6.2; BGer 2C\_340/2020 vom 16. September 2020 E. 3.3; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 293). In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind in der Regel diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (vgl. statt vieler BGE 130 V 1 E. 3.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 296 f.). Mit Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0) per 1. Januar 2018 wurde das bisher geltende System der kostendeckenden Einspeisevergütung in ein kostenorientiertes Einspeisevergütungssystem mit Direktvermarktung umgewandelt. Die Erstinstanz hat den strittigen Widerrufsbescheid vom 13. Oktober 2017 noch unter der Herrschaft des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (aEnG, in Kraft bis 31. Dezember 2017, SR 730.0) und der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV, in Kraft bis 31. Dezember 2017, SR 730.01) erlassen. Mangels Erfassung des vorliegenden Sachverhalts in den übergangsrechtlichen Bestimmungen gelangen im Folgenden das aEnG und die aEnV zur Anwendung.

### **E. 2.2**

Art. 1 Abs. 2 aEnG statuiert als Regelungszweck die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bereitstellung und Verteilung der Energie, die sparsame und rationelle Energienutzung und die verstärkte Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien. Zur Förderung der Stromerzeugung mit erneuerbaren Energien hat der Gesetzgeber die KEV eingeführt und die Netzbetreiber zur Abnahme und Vergütung des Stroms aus erneuerbaren Energien verpflichtet (vgl. Art. 7a Abs. 1 aEnG, mittels Anhang Ziff. 2 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [SR 734.7] seit April 2008 in Geltung).

### **E. 2.3**

In Art. 3g ff. aEnV regelt der Bundesrat das Vollzugsverfahren bei der nationalen Netzgesellschaft. Das Rechtsverhältnis zwischen einem Antragsteller und der nationalen Netzgesellschaft wird durch eine mitwirkungsbedürftige Verfügung begründet. Bei der Anmeldung müssen bestimmte Unterlagen vorgelegt und Angaben gemacht werden, damit die nationale Netzgesellschaft überprüfen kann, ob die Anspruchsvoraussetzungen vor-aussichtlich gegeben sind (vgl. Art. 3g Abs. 1 und 3 aEnV). Vergütungen dürfen nur zugesichert werden, so lange die finanziellen Mittel zur Verfügung stehen und die maximale Summe für Zuschläge nicht erreicht ist (vgl. Art. 3g Abs. 4 und Art. 3gbis Abs. 3 aEnV). Massgeblich für die Berücksichtigung von Projekten sind die Reihenfolge, die sich

vor allem nach dem Anmeldedatum richtet, sowie Wartelisten (vgl. Art. 3gbis ff.). Nach einer erfolgten Zusicherung der KEV bestehen Meldepflichten gegenüber der nationalen Netzgesellschaft. Der Projektfortschritt sowie die Inbetriebnahme der Anlage müssen vom Antragsteller innert bestimmter Fristen, die sich nach den jeweils in Geltung befindlichen Anhängen 1.1.-1.5 zur aEnV richten, gemeldet werden (vgl. Art. 3h Abs. 1 und 2 aEnV). Die aEnV wurde seit Erlass der positiven KEV-Bescheide vom 16. September beziehungsweise 14. November 2008 mehrmals revidiert. Im Folgenden werden die Fristen für die Meldung des Projektfortschritts (PFM) sowie der Inbetriebnahme (IBM) von Kleinwasserkraftanlagen (E. 2.3.1) und die Verfahrensmodalitäten bei deren Nichteinhaltung (E. 2.3.2 - 2.3.3) dargestellt.

### **E. 2.3.1**

Im Jahr 2008 war die PFM spätestens vier Jahre nach der Anmeldung einzureichen (vgl. Art. 3h Abs. 1 i.V.m. Anhang 1.1 aEnV, Anhang StromVV, ab 1. April 2008 in Kraft [AS 2008 1244, 1257]). Bestandteile der Meldung bildeten die Baubewilligung, die Stellungnahme des Netzbetreibers sowie die Angabe allfälliger Änderungen gegenüber den im Gesuch gemachten Angaben und das geplante Datum der Inbetriebnahme. Im Weiteren hatte der Antragsteller innert sechs Jahren nach der Anmeldung die Inbetriebnahme der Anlage zu melden (Art. 3h Abs. 2 i.V.m. Anhang 1.1. Ziff. 5.3 aEnV). Später wurde eine Pflicht zur Einreichung von zwei PFM eingeführt; die erste hatte innert zwei Jahren zu erfolgen, unter gleichzeitiger Vorlage eines Baugesuchs (vgl. Art. 3h Abs. 1 und 2 aEnV in den Fassungen 2014 bis 2017, SR 730.01).

### **E. 2.3.2**

Die Verbindlichkeit des Zusicherungsbescheids fällt dahin, wenn der Antragsteller die Fristen für die Meldung des Projektfortschritts oder der Inbetriebnahme nicht einhält (Art. 3hbis Abs. 1 Bst. a aEnV [in Kraft seit 1. Oktober 2011; AS 2011 4067]).

### **E. 2.3.3**

Die Nationale Netzgesellschaft widerruft ihren Bescheid, es sei denn, es 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. 3hbis Abs. 2 aEnV).

### **E. 3.1**

In den positiven Zusicherungsbescheiden vom 16. September bzw. 14. November 2008 wurden die rechtlich vorgegebenen Fristen, innert welchen die PFM und IBM eingereicht werden müssen, unter ausdrücklichem Hinweis auf die gesetzlichen Säumnisfolgen aufgeführt (vgl. Art. 3h Abs. 1 und 2 aEnV, geändert mit Anhang Ziff. 2 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV, SR 734.71], AS 2008 1223). Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin die angesetzte Frist für die Einreichung der PFM zweimal nicht eingehalten und die Erstinstanz jeweils eine Fristerstreckung gewährt hat. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die dritte, am 25. September 2017 beantragte Fristerstreckung zu Recht abgelehnt wurde und damit der Widerruf der Zusicherungsbescheide rechtmässig erfolgt ist.

### **E. 3.2.1**

Die Erstinstanz begründete ihren Widerrufsbescheid im Wesentlichen damit, dass die Fristen üblicherweise nur einmal um die ursprüngliche Dauer verlängert würden. Im

vorliegenden Fall habe die ursprüngliche Frist (für die Einreichung der PFM) vier Jahre betragen. Den angeführten Umständen für die Verzögerung habe sie mit der Erstreckung von fünf Jahren bereits Genüge getan. Gesetz- und Verordnungsgeber setzten eine gewisse Reife der Projekte im Anmeldezeitpunkt voraus. Sie müssten soweit reif sein, als damit gerechnet werden könne, sie innert Frist zu realisieren. Sodann werde die Projektreife erst im Rahmen eines allfälligen Fristerstreckungsgesuchs geprüft. Es liege in der Verantwortung des Gesuchstellers, ein Projekt nicht zu früh anzumelden und das Risiko eines späteren Ausscheidens aus der KEV wegen Nichteinhaltung von Projektfortschrittsfristen zu vermeiden.

### **E. 3.2.2**

Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, für eine (Klein)Wasserkraftwerksbetreiberin, welche die sie interessierenden politischen Entwicklungen mitverfolge, dürften die Revision des Gewässerschutzgesetzes und damit auch die neuen Regelungen betreffend Schwall und Sunk nicht ganz unerwartet gekommen sein. Zum Zeitpunkt der KEV-Anmeldung nicht oder zumindest nicht im Detail voraussehbar sei aber das erst in den folgenden Jahren erarbeitete kantonale Gesamtkonzept «Erhalt der KWKW am Aabach von Uster bis Wetzikon» gewesen, aufgrund dessen nach der Argumentation der Beschwerdeführerin schlussendlich die Verzögerungen aufgetreten seien. Spätestens mit Inkrafttreten des revidierten Gewässerschutzgesetzes am 1. Januar 2011 und der neuen Gesetzesbestimmung in Artikel 39a betreffend Schwall und Sunk - somit zum Zeitpunkt der ersten Fristerstreckung - sei aber bekannt gewesen, dass sie ihre Projekte möglicherweise nicht wie geplant realisieren könne, sondern dass Anpassungen an den Anlagen notwendig sein würden. In ihren ersten Fristverlängerungsgesuchen habe sie selbst geschrieben, dass nun Anpassungen an den Projekten vorgenommen werden müssten. Im Zusammenhang mit dem kantonalen Gesamtprojekt habe die Beschwerdeführerin angegeben, dass nach dessen Bekanntgabe aufgrund der Komplexität des Projektes mit einem erhöhten Koordinationsaufwand zu rechnen gewesen sei. Somit sei davon auszugehen, dass es für die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der ersten Fristverlängerungsgesuche am 20. August 2012 vorhersehbar gewesen sei, dass auch die verlängerte Frist höchstwahrscheinlich nicht eingehalten werden könne, und sie deshalb die (angepassten) Projekte zu diesem Zeitpunkt oder später neu zur KEV hätte anmelden sollen. Jedenfalls habe sie nicht darauf vertrauen dürfen, dass die Fristen für die PFM durch die Erstinstanz wiederholt verlängert würden.

### **E. 3.2.3**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe die Verzögerungen nicht zu vertreten. Für die Realisierung der Projekte habe sie die Rahmenbedingungen des Gewässerschutzes und des Denkmalschutzes zu beachten. Die effektiven Projektanpassungen könnten erst vorgenommen werden, wenn die entsprechenden Vorgaben festliegen würden. Dies gelte für die neuen Vorschriften betreffend Schwall und Sunk, die erst im Jahr 2011 vorgelegen hätten, wie auch für das kantonale Gesamtkonzept «Erhalt der KWKW am Aabach von Uster bis Wetzikon», welches der Kantonsrat erst am 8. Juni 2015 beschlossen habe. Es liege im Weiteren nicht in ihrer Verantwortung, dass die entsprechenden Vorgaben des Kantons bis Ende 2016 noch nicht fixiert gewesen seien. Erst nach dem Beschluss des kantonalen Gesamtkonzepts vom Juni 2015 sei die zusätzliche Komplexität erkennbar gewesen. Dennoch sei zu erwarten gewesen, dass die Behörden die Grundlagen rasch aufbereiten würden, da der geplante Investitionsbeitrag für das Sanierungsprojekt bereits im

Finanzplan 2015 eingestellt worden sei. Angesichts der Tatsache, dass die Änderungen nicht voraussehbar und auch nicht verschuldet gewesen seien, hätte auch die dritte Fristerstreckung gewährt werden müssen. Heute würden alle Grundlagen vorliegen, so dass die Projekte rasch vorangetrieben werden könnten. Konkret bringt die Beschwerdeführerin vor, Erst- und Vorinstanz seien von den Fristerstreckungskriterien der Richtlinie KEV abgewichen. Die Verweigerung einer dritten Fristerstreckung stehe im Widerspruch zu dieser Richtlinie, da die darin aufgeführten Verzögerungsgründe auf ihre Projekte zutreffen würden. Sie habe auf die in der Richtlinie angeführten Kriterien für eine Fristerstreckung vertrauen dürfen. Auch hätte sie im Zuge der zweiten Fristverlängerung darauf hingewiesen werden müssen, dass es sich um eine letztmalige Fristerstreckung handle. Im Weiteren bestehe ein Ungleichgewicht in der Fristbehandlung zwischen alten und neuen Verfahren, da nach Art. 23 Abs. 2bis EnFV neu die Fristen für die PFM und IBM während der Dauer von planungs-, konzessions- oder baurechtlichen Rechtsmittelverfahren stillstehen würden.

### **E. 3.3**

Als Kann-Vorschrift räumt Art. 3hbis Abs. 2 aEnV der Erstinstanz einen Ermessensspielraum ein. Bei der Beurteilung, ob eine beantragte Fristerstreckung abzulehnen ist - mit der vorgesehenen Rechtsfolge des Widerrufs der Zusicherungsbescheide -, ist das Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Der Entscheid hat rechtmässig und angemessen zu sein. Die Beachtung von Verfassungsgrundsätzen wie dem Willkürverbot, dem Rechtsgleichheitsgebot, dem Verhältnismässigkeitsprinzip oder der Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen versteht sich hierbei von selbst (vgl. BVGE 2015/2 E. 4.3.1 und BVGer A-6090/2017 vom 28. Juni 2018 E. 5.7.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 396 ff.). Eine pflichtgemässe Ermessensausübung setzt Zweckmässigkeitskriterien voraus, die die rechtsgleiche Anwendung des Gesetzes und der verordnungsmässigen Bestimmungen sowie die Rechtssicherheit garantieren. Bereits vor Inkrafttreten des Art. 3hbis aEnV hat das Bundesamt für Energie (BFE) in der Richtlinie KEV, Allgemeiner Teil (RL KEV vom 10. Mai 2010, Version 1.2) Kriterien für die Gewährung einer Fristverlängerung aufgestellt. Die gleichen Kriterien sind in den Folgeversionen der RL KEV enthalten und geben dem in Art. 3hbis aEnV enthaltenen Entscheidungsspielraum einen Rahmen. Sie haben Weisungscharakter und sollen als solche eine einheitliche und rechtsgleiche Rechtsanwendung sowie die pflichtgemässe Ausübung des Ermessens sicherstellen. Verwaltungsweisungen sind für das Bundesverwaltungsgericht beachtlich, soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen und verordnungsmässigen Bestimmungen zulassen (vgl. BGE 129 V 200 E. 3.2; 125 V 377 E. 1a; 122 V 249 E. 3d). Das Gericht hat den Ermessensspielraum der Behörde zu respektieren, solange das Ermessen pflichtgemäss ausgeübt wurde (vgl. BGE 133 II 35 E. 3; E. 1.3 hiervor), d.h. im vorliegenden Fall, solange die Zweckmässigkeitskriterien der RL KEV eingehalten worden sind und die Massnahmen zumutbar erscheinen.

### **E. 3.4**

Aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin ist zunächst zu untersuchen, ob die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens von den Zweckmässigkeitskriterien der RL KEV abgewichen ist.

#### **E. 3.4.1**

Nach der Richtlinie KEV, Allgemeiner Teil (RL KEV vom 1. Januar 2017, Version 1.7), wird ein Bescheid nicht widerrufen, wenn der Antragsteller Gründe geltend macht, welche er nicht selbst verschuldet hat und die für ihn trotz professioneller Planung nicht vorhersehbar waren. Im Anhang 1 der RL KEV sind die möglichen Verzögerungsgründe, für die er nicht einzustehen hat, beispielhaft aufgeführt. Es handelt sich um Baueinsprachen in Zonen, welche ausdrücklich für den Bau der fraglichen Anlagekategorie vorgesehen sind, oder um nicht vorhersehbare Ereignisse wie den Todesfall des Antragstellers, den Konkurs eines zentralen Komponenten-Lieferanten, die Nichteinhaltung schriftlich bestätigter Lieferfristen von Komponenten oder Schäden durch Unwetter (vgl. RL KEV, Folgeversionen; BVGer A-262/2018 vom 29. März 2019 E. 7.2).

#### **E. 3.4.2**

Zur Frage, ob die Verzögerung aufgrund einer Baueinsprache eingetreten ist, hat die Vorinstanz in zutreffender Weise festgehalten, dass die Einsprache gegen das Baugesuch für das Kraftwerk «Unteraathal» bereits am 3. Juli 2017 wieder zurückgezogen und von der Beschwerdeführerin auch nicht als Verzögerungsgrund geltend gemacht worden sei.

#### **E. 3.4.3**

Die übrigen entschuldbaren Verzögerungsgründe, die in der Liste im Anhang der RL KEV aufgeführt sind, betreffen vor allem Risiken, die in den Bereich der höheren Gewalt fallen (Unwetter, Todesfälle, Konkurs von Lieferanten tragender Komponenten beziehungsweise Lieferengpässe, die nicht mit einer allgemeinen Marktlage in Zusammenhang stehen). Ein seit längerem bekanntes anspruchsvolles planerisches Umfeld - vergleichbar mit jenem der Beschwerdeführerin - kommt darin nicht vor.

#### **E. 3.4.4**

Dass die Vorinstanz für die Annahme von fristverlängernden Verzögerungsgründen, die nicht ausdrücklich in der Richtlinie genannt sind, strenge Massstäbe anlegt, ist nicht zu beanstanden. Aus der Verordnung geht hervor, dass dem behördlichen Ermessen bei der Beurteilung eines geltend gemachten Verzögerungsgrundes ein gewisser Spielraum einzuräumen ist. Jedoch darf im Interesse von förderungswürdigen und bereits realisierten Wartelistenprojekten ein Hinderungsgrund nicht leichthin angenommen werden. Es ist den in der Richtlinie angeführten Beispielen zufolge darauf Gewicht zu legen, dass bei der Geltendmachung von Hinderungsgründen nicht nur ein fehlendes Verschulden, sondern auch die fehlende Vorhersehbarkeit vorliegen müssen.

#### **E. 3.4.5**

Zur Frage, ob die Erstinstanz aufgrund der Umstände, die die Beschwerdeführerin angeführt hat, auf eine Vorhersehbarkeit der Hinderungsgründe schliessen durfte, führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin habe bereits seit der ersten, im Jahr 2012 beantragten Fristerstreckung das kantonale Gesamtprojekt - somit die fehlenden Vorgaben für die Sanierung der Wasserkraft - als Verzögerungsgrund geltend gemacht. Wie die Vorinstanz im Weiteren nachvollziehbar darlegt, war - im Gegensatz zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin - eine Zunahme der Komplexität und Abhängigkeiten bereits zum Zeitpunkt des ersten Fristerstreckungsgesuchs erkennbar. Die Beschwerdeführerin spricht diesbezüglich von einem planerischen Risiko, das sie abgewogen habe; auch wenn bekannt sei, dass Änderungen geplant seien, könne sie neue Vorschriften erst berücksichtigen, wenn sie in Kraft stünden, und erst danach notwendige Projektanpassungen vornehmen. Den Ausführungen der Vorinstanz lässt sich denn auch entnehmen, dass es der

Beschwerdeführerin nicht anzulasten ist, dass der Prozess der kantonalen Behörden für die Festlegung der Vorgaben aufgrund entgegenstehender Interessen und Unwägbarkeiten aufgehalten worden ist. Da aber nur zeitnah realisierbare Projekte zur KEV anzumelden sind und daher auch zum Verlängerungszeitpunkt eine Realisierbarkeit innert Frist vorliegen muss, ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer frühen Erkennbarkeit eines zu hohen planerischen Risikos, das insbesondere auf die enge Taktung der Fristen für die PFM zurückzuführen ist, ausgegangen ist. Auch dem Schreiben des AWEL vom 20. August 2020 lässt sich entnehmen, dass aufgrund der komplexen Aufgabe für die Behörden zeitliche Verzögerungen aufgetreten seien und die Beschwerdeführerin immer wieder habe getröstet werden müssen. Der Schluss der Vorinstanz, es sei für die Beschwerdeführerin schon früh erkennbar gewesen, dass angesichts ihrer Kenntnisse über das planerische Umfeld, das von verschiedenen Interessen abhängt, die einzuhaltenden Fristen zu kurz bemessen seien, ist nicht zu beanstanden. Anders wäre auch die Einreichung des beschränkten Baugesuchs «KW Unteraathal» nicht zu erklären, das die Beschwerdeführerin aufgrund der nach wie vor fehlenden fischbiologischen Vorgaben Ende 2016 nur begrenzt auf den Ersatz der Turbinengruppe und den Neubau des Maschinenhauses gestellt hat. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die hierzu im November 2017 erteilte Baubewilligung am Entscheid der Vorinstanz nichts zu ändern vermochte. Der seit 2012 bestehende Hinderungsgrund für das Projekt - namentlich teils fehlende kantonale Vorgaben für die Sanierung der Wasserkraft - lag im November 2017 immer noch vor. Wie das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-262/2018 vom 29. März 2019 E. 8.2.2.2 festgehalten hat, ist die jeweilige Situation im Zeitpunkt jeder erneut beantragten Fristerstreckung neu zu beurteilen. Den Akten lassen sich keine Hinweise entnehmen, dass der Kanton sämtliche Vorgaben für die Sanierung der Wasserkraft zum Zeitpunkt des dritten Fristerstreckungsgesuchs definiert hätte, auch die Stellungnahme des AWEL vom 20. August 2020 enthält keine solchen. Der Standpunkt der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe die Umstände, die eine fristgerechte Einreichung der PFM verhinderten, seit 2012 in ihrer Planung nicht richtig eingeschätzt, weshalb die Erstinstanz zu Recht keinen Verzögerungsgrund gemäss RL KEV angenommen habe, ist demnach nicht zu beanstanden.

### **E. 3.5**

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) umfasst drei Elemente, die kumulativ gegeben sein müssen: Eine staatliche Massnahme ist verhältnismässig, wenn sie zur Verwirklichung der im öffentlichen Interesse liegenden Ziele geeignet, erforderlich und zumutbar ist.

#### **E. 3.5.1**

Die KEV wurde zur Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bereitstellung und Verteilung der Energie, die sparsame und rationelle Energienutzung und die verstärkte Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien eingeführt. In der Richtlinie KEV hat das BFE Kriterien für die Gewährung von Fristverlängerungen aufgestellt. Wie bereits dargelegt, bewegt sich die von der Vorinstanz geprüfte Ermessensausübung der Erstinstanz im vorgesehenen Rahmen. Die Ablehnung der beantragten Fristverlängerung ist eine geeignete Massnahme, um sicherzustellen, dass zeitnah verwirklichtbare Projekte in den Genuss der KEV gelangen. Sie verhindert ein Blockieren von Fördergeldern. Aufgrund des nicht absehbaren Zeitpunktes für das Einreichen der ausstehenden PFM, der von nach wie vor fehlenden kantonalen Vorgaben

abhängig war, war die Ablehnung der beantragten Fristerstreckung auch erforderlich.

### **E. 3.5.2**

Die Massnahme ist auch zumutbar. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-262/2018 vom 29. März 2019 festgehalten, es bestehe ein überwiegendes öffentliches Interesse daran, Projekte mit einem positiven KEV Bescheid zügig voranzutreiben. Jede Anlage, die zwar über einen positiven KEV Bescheid verfüge, jedoch noch nicht realisiert worden sei, blockiere Gelder zur Förderung KEV-würdiger Anlagen. Indem die Fristen eines Projekts, dessen Realisierung unsicher sei, immer wieder verlängert würden, würden Förderungen verhindert, die einer bereits realisierten Anlage, die sich jedoch noch auf der Warteliste befinde, zugesprochen werden könnten (a.a.O., E. 8.2.2.1). Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, ohne die KEV seien ihre Projekte wirtschaftlich nicht realisierbar; dies würde auch einer beabsichtigten Sanierung der Kraftwerkskette als Ganzes entgegenstehen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass ihr die planerischen Risiken wie auch die bereits in den Zusicherungsbescheiden angedrohte Rechtsfolge einer versäumten Frist bekannt gewesen sind und sie sich wiederholt auf fehlende kantonale Vorgaben für die Sanierung der Wasserkraft als Fristerstreckungsgrund berufen hat. Die Vorinstanz hat nachvollziehbar aufgezeigt, dass deshalb zum Zeitpunkt des dritten Frist-erstreckungsgesuchs eine fehlende Vorhersehbarkeit nicht mehr angenommen werden konnte. Im Weiteren ist es auch als verfehlt zu betrachten, die Vorschrift über den Widerruf (Art. 3h bis Abs. 2 aEnV) dann nicht anzuwenden, wenn der mit der Säumnis verbundene Rechtsverlust für die Betroffenen hart erscheint, weil es sich um ein bereits weit fortgeschrittenes Projekt mit hohen Investitionen handelt (vgl. BVGer A-5278/2018 vom 29. Januar 2019). Nach dem Gesagten ist das Interesse der Beschwerdeführerin vorliegend nicht höher zu gewichten als das öffentliche Interesse an der Förderung von Anlagen, die zeitnah verwirklicht werden können. Es ist der Beschwerdeführerin daher auch zumutbar, dass die positiven KEV-Bescheide für ihre Projekte widerrufen werden.

### **E. 3.6**

Aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin ist im Weiteren zu prüfen, ob sie mit Hinweis auf die RL KEV in den Genuss des Vertrauensschutzes gelangen kann. Wegen des Grundsatzes des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) haben Private Anspruch darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen auf das Verhalten der Behörden geschützt zu werden. Hierzu bedarf es einer Vertrauensgrundlage, das heisst einer behördlichen Zusicherung oder eines anderen, bestimmte Erwartungen begründenden Verhaltens der Behörden (vgl. BVGE 2007/9 E. 5.1.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 624 ff.). Wie oben ausgeführt, fehlt es im vorliegenden Fall aber an einer Vertrauensgrundlage. Erstens ist die RL KEV eine Verwaltungsweisung und keine konkrete Zusicherung. Zweitens treffen die darin enthaltenen entschuldbaren Verzögerungsgründe, auf die sich die Beschwerdeführerin berufen möchte, auf den vorliegenden Sachverhalt nicht zu.

### **E. 3.7**

Zur Frage, ob bei der zweiten Fristverlängerung darauf hätte hingewiesen werden müssen, dass es sich um eine letztmalige Fristerstreckung handelt, ist festzuhalten, dass die Situation zum Zeitpunkt jeder erneuten Fristerstreckung neu zu prüfen ist. Insofern hat auch im Jahr 2015 keine Verpflichtung der Erstinstanz bestanden, darauf hinzuweisen, dass es sich um eine letztmalig erstreckte Frist handelt. Dies würde auch den Vollzugsvorgaben der RL KEV widersprechen, die eine Beurteilung zum jeweiligen Zeitpunkt des

Fristerstreckungsgesuchs vorsieht.

### **E. 3.8**

Das Vorbringen, es entstehe eine Ungleichbehandlung zwischen alt- und neurechtlichen Verfahren, da gemäss Art. 23 Abs. 2bis EnFV neu die Fristen für die Dauer von planungs-, konzessions- oder baurechtlichen Rechtsmittelverfahren stillstünden, ist unbegründet. Wäre die Verzögerung des Projektfortschritts alleine auf die 2017 im redimensionierten Baubewilligungsverfahren auf den Ersatz der Turbinengruppe und den Neubau des Maschinenhauses erhobene und zurückgezogene Einsprache für das KW Unteraathal zurückzuführen gewesen, so hätte dem bereits unter Geltung des aEnG bzw. aEnV Rechnung getragen werden können, da es sich offensichtlich um einen auch im Sinne der RL KEV unverschuldeten Hinderungsgrund gehandelt hätte. Indessen ergibt sich aber aus dem Verlauf, dass die falsche Einschätzung der Projektrisiken für die Nichteinhaltung der Fristen ursächlich war.

### **E. 3.9**

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung überzeugend darzulegen vermocht, dass die Erstinstanz das Ermessen im Rahmen der vorgesehenen Zweckmässigkeitskriterien ausgeübt hat. Die Würdigung, eine Frist nach zweimaliger Verlängerung nicht mehr weiter zu erstrecken, wenn ein Projekt noch immer mit den gleichen und seit langem bekannten Unsicherheiten behaftet ist, ist sachgerecht. Angesichts des überwiegenden öffentlichen Interesses ist die Ablehnung des Fristerstreckungsgesuchs auch zumutbar.

### **E. 4**

Zusammenfassend hat die Vorinstanz den Entscheid der Erstinstanz, mit dem die Fristen nicht weiter erstreckt und die positiven KEV-Bescheide widerrufen wurden, zu Recht gestützt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

### **E. 5.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend und hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden auf Fr. 2'500.- festgesetzt (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag wird dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

### **E. 5.2**

Der unterliegenden Beschwerdeführerin steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Ebenso wenig hat die Vorinstanz Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Dispositiv nächste Seite)

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