

# **BVGer A-730/2018 vom 15. August 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-08-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-730\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-730_2018)

FR: TAF A-730/2018 du 15 août 2018

IT: TAF A-730/2018 del 15 agosto 2018

## **Regeste**

Elektrische Anlagen (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. Die angefochtene Verfügung ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt. Entscheide der ElCom sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 66 Abs. 2 EnG i.V.m. Art. 23 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 [StromVG, SR 734.7] und Art. 33 Bst. f VGG). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG ist nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Nebst Privaten sind auch öffentlich-rechtliche Körperschaften u.a. dann zur Beschwerde legitimiert, wenn sie als materielle Verfügungsadressaten gleich oder ähnlich wie ein Privater oder in spezifischer Weise in der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe betroffen sind (Marantelli-Sonanini/Huber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 2016, Art. 48 Rz. 21; vgl. auch BGE 138 II 506 E. 2.1 m.w.H.). Der Beschwerdeführer ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft und hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Als Adressat der angefochtenen Verfügung, mit welcher er u.a. verpflichtet wird, erhaltene KEV zurückzubezahlen, ist er sowohl formell als auch materiell in gleicher Weise beschwert wie ein Privater. Er ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

### **E. 2**

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).

### **E. 3.1**

Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen ist beim Fehlen von Übergangsbestimmungen in materiell-rechtlicher Hinsicht in der Regel dasjenige Recht massgeblich, das im Zeitpunkt der Verwirklichung des streitigen Sachverhalts Geltung hat (statt vieler BGE 140 V 136 E. 4.2.1 mit weiteren Hinweisen; Urteile des BVGer A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 3 und A-4026/2016 vom 7. März 2017 E. 4.1, je m.w.H.). In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind in der Regel diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben, unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen (statt vieler BGE 130 V 1 E. 3.2; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 296 f.). Gestützt darauf überprüft das Bundesverwaltungsgericht - soweit keine besondere Regelung besteht - die Rechtmässigkeit eines angefochtenen Verwaltungsakts in der Regel anhand der bei dessen Ergehen geltenden materiellen Rechtslage (vgl. BGE 139 II 243 E. 11.1 und 129 II 497 E. 5.3.2; Urteil des BGer 2C\_559/2011 vom 20. Januar 2012 E. 1.4 m.w.H.; Urteile des BVGer A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 3 und A-5333/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 3; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014, § 24 Rz. 20).

### **E. 3.2**

Mit Inkrafttreten des EnG und der EnV per 1. Januar 2018 wurde das bisher geltende System der kostendeckenden Einspeisevergütung in ein kostenorientiertes Einspeisevergütungssystem mit Direktvermarktung umgewandelt. Die vorliegende Streitigkeit betrifft das bisherige System, weshalb im Folgenden auch die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen, namentlich das Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (aEnG, AS 1999 197, in Kraft vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 2017) sowie die Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV, AS 1999 207, in Kraft vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 2017) anzuwenden sind.

### **E. 3.3**

Unter Geltung des bis 31. Dezember 2017 in Kraft stehenden Rechts war für die Administration der KEV die Swissgrid AG als nationale Netzgesellschaft direkt verantwortlich (vgl. Art. 3g ff. aEnV und Art. 18 ff. StromVG). Sie war zuständig für die Erhebung der Beiträge, aus denen die KEV gespeist wird (Zuschläge auf die Übertragungskosten der Hochspannungsnetze, sog. Netzzuschläge; Art. 15b aEnG), und wickelte namentlich das Zulassungsverfahren zur KEV und deren Auszahlung ab (Art. 3g ff. aEnV). Entsprechend erging der Bescheid vom 3. Mai 2017, womit dem Beschwerdeführer mitgeteilt wurde, dass seine Anlage rückwirkend auf den Marktpreis gesetzt werde, durch die Swissgrid AG. Das neue Recht sieht nun vor, den Vollzug in eine neu zu schaffende Vollzugsstelle als Tochtergesellschaft der nationalen Netzgesellschaft auszugliedern (vgl. Art. 63 und 64 EnG). Die Zuständigkeit dieser Vollzugsstelle umfasst u.a. auch die Einspeisevergütung nach bisherigem Recht (Art. 63 Abs. 1 Bst. c EnG).

Gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 74 Abs. 4 EnG übt die Vollzugsstelle ihre Zuständigkeiten ab ihrer Errichtung aus. Bis dahin gilt die Zuständigkeitsordnung nach bisherigem Recht. Die Swissgrid AG hat gestützt auf die erwähnten Bestimmungen die Pronovo AG gegründet und ihr einen Teil der Aktiven und Passiven, nämlich den u.a. für die Administration der KEV verantwortlichen Betriebsteil CS-RD, mit sämtlichen Rechten und Pflichten übertragen (vgl. Art. 74 Abs. 3 EnG sowie den Handelsregisterauszug der Pronovo AG). Entsprechend ist die Pronovo AG (nachfolgend: Erstinstanz) im Rubrum anstelle der Swissgrid AG als Erstinstanz zu führen.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 89 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) setzen sich der Bund und die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine umweltverträgliche Energieversorgung ein. Art. 1 Abs. 2 aEnG statuiert als Ziel 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. Gemäss Art. 1 Abs. 3 aEnG ist die durchschnittliche Jahreserzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien bis zum Jahr 2030 gegenüber dem Stand im Jahr 2000 um mindestens 5'400 GWh zu erhöhen. Das auf den 1. Januar 2009 mit Art. 7a aEnG neu eingeführte System der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) ist eine Massnahme, welche der Erreichung dieses Ziels dient (vgl. z.B. AB 2005 N 1090 f., Votum Messmer; AB 2006 S 870 Votum Schmid-Sutter; Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611 ff., 1622 ff. und 1669). Nach der erwähnten Bestimmung sind Netzbetreiber unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet, die gesamte Elektrizität, die aus Neuanlagen unter anderem durch die Nutzung von Biomasse und Abfällen aus Biomasse gewonnen wird, abzunehmen. Als Neuanlagen gelten solche, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert werden. Dabei richtet sich die Vergütung nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen (sog. kostendeckende Einspeisevergütung, KEV). Der Bundesrat legt die Einzelheiten fest (Art. 7a Abs. 2 aEnG).

#### **E. 4.2**

Mit der Revision vom 14. März 2008 der aEnV (AS 2008 1223) hat der Bundesrat die Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien nach Artikel 7a aEnG näher geregelt (Art. 3 ff. aEnV). Art. 3a Abs. 1 und 2 aEnV konkretisieren die Anforderungen nach Art. 7a Abs. 1 aEnG an eine erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage. Um sicherzustellen, dass nur bestehende Anlagen, die langfristig weiter produzieren und damit zur Erreichung der angestrebten Steigerung der Produktion erneuerbarer Energien beitragen können, gefördert werden, wurden das Investitions- und das Produktivitätskriterium eingeführt (vgl. Urteil des BVGer A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 6.3.5). So schreibt Art. 3a Abs. 1 aEnV gewisse Mindestanforderungen an die Höhe der Neuinvestitionen (Bst. a), die Energieproduktion (Bst. b) sowie die abgelaufene Nutzungsdauer (Bst. c) vor (Investitionskriterium). Art. 3a Abs. 2 aEnV beschreibt das Produktivitätskriterium, welches sodann in den Anhängen 1.1 - 1.5 aEnV für die verschiedenen Technologien näher bestimmt wird. Demnach gilt eine Klärgasanlage, wie sie der Beschwerdeführer betrieb, als erheblich erweitert oder erneuert, wenn die Steigerung der Elektrizitätsproduktion mindestens 25 Prozent gegenüber dem Durchschnitt der letzten fünf vollen Betriebsjahre vor dem Referenzjahr beträgt (Art. 3a Abs. 2 i.V.m. Anhang 1.5

Ziff. 5.1 aEnV). Das Erfüllen eines der beiden erwähnten Kriterien ist notwendig, damit eine Anlage als erheblich erweitert oder erneuert im Sinne von Art. 7a aEnG gilt und damit Anspruch auf die KEV hat (vgl. auch Davide Pinelli, Rechtliche Rahmenbedingungen erneuerbarer Energien im Lichte der Nachhaltigen Entwicklung, Diss. 2014, S. 127 f.).

#### **E. 4.3**

Werden die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung nach Art. 3a Abs. 1 Bst. b oder Abs. 2 aEnV während einem Kalenderjahr nicht eingehalten, so gelten Art. 3iter Abs. 2 und 3 aEnV sinngemäss, d.h. es wird einstweilen keine Vergütung mehr ausgerichtet. Die Anlage wird für die betreffende Beurteilungsperiode rückwirkend auf den jeweiligen Marktpreis gesetzt. Die zu viel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Art. 3iquater Abs. 1 i.V.m. Art. 3iter Abs. 2 aEnV). Werden die Mindestanforderungen wieder eingehalten, so wird die Vergütung am Ende des Kalenderjahres ohne Zins nachbezahlt (Art. 3iquater Abs. 1 i.V.m. Art. 3iter Abs. 3 aEnV).

#### **E. 5.1**

Vorliegend ist unbestritten, dass die Anlage des Beschwerdeführers im Jahr 2016 die erforderliche jährliche Mindestproduktion von 792'140 kWh nicht erreichte und damit die Anforderungen an eine erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage grundsätzlich nicht erfüllte. Der Beschwerdeführer macht nun aber geltend, als Beurteilungsperiode sei nicht das ganze Kalenderjahr 2016 heranzuziehen, sondern nur der Zeitraum vom 1. Januar bis 7. September 2016. Die Anlage sei am 7. September 2016 ausser Betrieb genommen worden und habe ab diesem Zeitpunkt keine Elektrizität aus erneuerbaren Energien mehr produziert.

#### **E. 5.2**

Dass die Anlage am 7. September 2016 ausser Betrieb genommen wurde, bringt der Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren erstmals vor, obwohl ihm auch im vorinstanzlichen Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wurde. Ob die vom Beschwerdeführer neu vorgebrachten Tatsachen bei der Entscheidfindung zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 136 II 165 E. 4.3), kann vorliegend offen gelassen werden. Dasselbe gilt auch für die Frage, ob als Beurteilungsperiode auf das Kalenderjahr oder den Zeitraum vom 1. Januar bis 7. September 2016 abzustellen ist. Wie sich aus nachfolgenden Ausführungen ergibt, ist die Anlage des Beschwerdeführers selbst dann rückwirkend auf den Marktpreis zu setzen, wenn von seiner Sachverhaltsdarstellung sowie der von ihm geltend gemachten Beurteilungsperiode auszugehen wäre. Entsprechend erübrigt sich auch die Abnahme der zur Sachverhaltsdarstellung vom Beschwerdeführer offerierten Beweise (Parteibefragung, Zeugeneinvernahme).

#### **E. 6.1**

Unbestritten ist, dass bei einer erforderlichen jährlichen Mindestproduktion von 792'140 kWh für den Zeitraum von 1. Januar bis 7. September 2016 umgerechnet mindestens 543'243.55 kWh (792'140 kWh / 366 x 251) elektrische Energie zu produzieren gewesen wäre. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Anlage des Beschwerdeführers in diesem Zeitraum 534'254.95 kWh produzierte und damit um 8'988.60 kWh unter der Mindestvorgabe blieb. Damit steht fest, dass die Anlage auch für den Zeitraum vom 1. Januar bis 7. September 2016 die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung gemäss Art. 7a Abs. 1 aEnG bzw. Art. 3a aEnV nicht erfüllte und folglich gemäss Art. 3iquater Abs. 1 i.V.m. Art. 3iter Abs. 2 aEnV rückwirkend auf den Marktpreis zu setzen wäre.

### **E. 6.2.1**

Der Beschwerdeführer wendet hierzu ein, die minimale Abweichung im Promillebereich rechtfertige keine Pönalisierung im Umfang von rund Fr. 100'000.-. Jede produzierende Anlage sei unter dem Jahr gewissen Schwankungen ausgesetzt. Bei einer Abweichung im Promillebereich unter dem Jahr könne nicht gesagt werden, das Mindestproduktionsziel werde Ende Jahr (prognostiziert) unterschritten. Eine solche Betrachtungsweise sei überspitzt formalistisch. Es sei auch zu berücksichtigen, dass in den letzten Tagen vor der Ausserbetriebnahme, insbesondere am 7. September 2016, aus technischen Gründen kaum noch elektrische Energie habe produziert werden können und diese Umstellung erfolgt sei, um eine noch umweltfreundlichere Anlagenkonstruktion umzusetzen. Die Setzung auf den Marktpreis sei daher unverhältnismässig. Die massgebende Bestimmung in Art. 3iter aEnV sehe sodann vor, dass, wer die Mindestanforderungen, die seine Anlage überhaupt erst zum Bezug von KEV berechtige, nicht einhalte, bekomme einstweilen keine Vergütung mehr, bis der Mangel behoben sei. Die Vergütung werde jedoch nachbezahlt, wenn die Bedingungen wieder eingehalten würden. Von einem endgültigen Entzug sei nicht die Rede. Durch die Regelung sollten Anlagenbetreiber angehalten werden, die KEV-berechtigten Anlagen korrekt zu betreiben. Ziel der Regelung sei nicht der Entzug der Entschädigung. In Art. 3iquater Abs. 4 aEnV (recte: Art. 3iter Abs. 4 aEnV) sei zudem vorgesehen, dass der Produzent der nationalen Netzgesellschaft die Gründe für das Nichteinhalten der Mindestanforderungen darlegen und sagen könne, mit welchen Massnahmen er innert Frist das Einhalten der Minimalanforderungen wieder erreichen wolle. Der Anlagenbetreiber habe dann weiterhin Anspruch auf die Vergütung. Weshalb der Beschwerdeführer schlechter fahren solle als ein Anlagenbetreiber, der die Mindestproduktion unter Umständen deutlich nicht erreiche, aber Auflagen der nationalen Netzgesellschaft erfülle, sei nicht nachvollziehbar.

### **E. 6.2.2**

Die Vorinstanz hingegen macht zusammengefasst geltend, mit der KEV soll die Erneuerung oder Erweiterung älterer Anlagen gefördert werden. Um förderungswürdig zu sein, müsse eine Anlage erheblich zum Ausbau der erneuerbaren Energien beitragen. Die Klärgasanlage des Beschwerdeführers müsse daher jedes Jahr die erforderliche Mindestproduktion erreichen. Im Jahr 2016 habe sie dieses Ziel verpasst, weshalb sie auf den Marktpreis gesetzt worden sei. Dies sei nicht aus pönalen Gründen erfolgt. Erfülle eine Anlage die Mindestanforderungen in einem Jahr nicht, falle sie nicht definitiv aus der KEV, werde jedoch auf den Marktpreis gesetzt. Sofern sie im Folgejahr die Mindestanforderungen wieder erfülle, erhalte sie für das Folgejahr auch wieder die KEV. Art. 3iquater Abs. 1 aEnV sei sodann mit Blick auf das Ziel des effizienten Einsatzes der Fördermittel nicht unverhältnismässig. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer den Umbau der Klärgasanlage wissentlich und willentlich geplant habe. Es gehe aus den Akten nicht hervor, dass es ausgeschlossen gewesen wäre, die BHKW noch bis Ende 2016 zu betreiben und die erforderliche Mindestproduktion zu erreichen.

### **E. 6.2.3**

Die Erstinstanz bestreitet insbesondere die Ausführungen des Beschwerdeführers zu Art. 3iter aEnV. Der Vergütungssatz variere jedes Jahr und werde pro Kalenderjahr auf der Grundlage der Nettoproduktion festgelegt. Dieser Vergütungssatz fungiere dann als provisorischer Vergütungssatz für das folgende Jahr. Wenn für das Kalenderjahr 2016 Anfang 2017 festgelegt werde, dass die Anlage nur den Marktpreis erhalte, werde für das

Jahr 2017 provisorisch auch nur der Marktpreis ausbezahlt. Erreiche die Anlage für das Jahr 2017 die Mindestanforderungen, werde rückwirkend für das Jahr 2017 der Vergütungssatz korrigiert und es erfolge eine Nachzahlung, wie dies in Art. 3iter Abs. 3 aEnV festgehalten sei.

### **E. 6.3.1**

Zunächst ist zu bemerken, dass die Anlage des Beschwerdeführers deshalb auf den Marktpreis gesetzt wurde, weil sie die für die Ausrichtung der KEV erforderliche Mindestproduktion nicht erreichte. Die Anordnung hat keinen pönalen Charakter, sondern erfolgte mangels Erfüllung der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen. Entsprechend ist auch kein Verschulden des Beschwerdeführers erforderlich.

### **E. 6.3.2**

Der Beschwerdeführer vermag aus Art. 3iquater Abs. 1 i.V.m. Art. 3iter Abs. 2 und 3 aEnV nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Art. 3iquater Abs. 1 i.V.m. Art. 3iter Abs. 3 aEnV setzt für die Nachzahlung der Vergütung voraus, dass die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung nach Art. 3a Abs. 1 Bst. b oder Abs. 2 aEnV wieder eingehalten werden, was unbestritten nicht Fall ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Wiedereinhaltung dieser Anforderungen aufgrund der Betriebseinstellung gar nicht möglich war. Könnte sich ein Anlagenbetreiber in einem solchen Fall auf Art. 3iter Abs. 3 aEnV berufen, müssten die erwähnten Anforderungen im letzten Betriebsjahr nie eingehalten werden. Eine solche Regelung ergibt sich aber weder aus dem aEnG noch aus der aEnV und würde dem Ziel der KEV - ein möglichst effizienter Einsatz der Fördermittel, der zur angestrebten Produktionsmenge erneuerbarer Energien beiträgt (vgl. vorstehend E. 4.2; Urteil des BVGer A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 6.3.5). - zuwiderlaufen. Sodann bezieht sich die Nachzahlung ohnehin nicht auf das Kalenderjahr, in welchem die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung nicht eingehalten wurden und für welches die zu viel erhaltene Vergütung zurückzuerstatten ist, sondern auf das Folgejahr, in welchem die Anspruchsvoraussetzungen wieder erfüllt sind, nach Art. 3iquater Abs. 1 i.V.m. Art. 3iter Abs. 2 aEnV aber einstweilen keine Vergütung ausgerichtet wurde. Andernfalls würde es genügen, wenn die Anlage die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung nur jedes zweite Jahr einhalten würde. Wie sich aber aus Anhang 1.5 Ziff. 5.4 aEnV ergibt, wird der Vergütungssatz bei Klärgasanlagen pro Kalenderjahr festgelegt. Die Abrechnung der Vergütung erfolgt jeweils per Ende des Kalenderjahres. Vorherige Teilzahlungen werden aufgrund des Vergütungssatzes des Vorjahres geleistet. Daraus folgt, dass eine Anlage, welche für ein Kalenderjahr rückwirkend auf den Marktpreis gesetzt wird, im Folgejahr mit den Teilzahlungen einstweilen nur den Marktpreis ausbezahlt erhält. Werden die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung im Folgejahr dann wieder eingehalten, so wird die Vergütung gemäss Art. 3iquater Abs. 1 i.V.m. Art. 3iter Abs. 2 aEnV am Ende des Kalenderjahres nachbezahlt. Somit hätte der Beschwerdeführer selbst dann keinen Anspruch auf Nachzahlung der KEV für die Zeitperiode, für welche er auf den Marktpreis gesetzt wurde, wenn seine Anlage die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung im Folgejahr erfüllt hätte.

### **E. 6.3.3**

Auch aus Art. 3iquater Abs. 2 i.V.m. Art. 3iter Abs. 4 aEnV lässt sich vorliegend kein Anspruch auf Ausrichtung der KEV ableiten. Diese Bestimmung setzt voraus, dass die

Anlage die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung aus Gründen, für die der Produzent nicht einzustehen hat, nicht einhielt. Nur dann kann der Produzent - um weiterhin Anspruch auf die KEV zu haben - allenfalls der nationalen Netzgesellschaft darlegen, mit welchen Massnahmen er erreichen will, dass die Anforderungen wieder eingehalten werden. Dass die Anlage des Beschwerdeführers die Mindestanforderungen aus Gründen, für die er nicht einzustehen hat, nicht erreichte, wird von ihm nicht vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich. Soweit der Beschwerdeführer das Nichterreichen der erforderlichen Mindestproduktion auf die Ausserbetriebnahme seiner Anlage bzw. auf den Anlagenwechsel zurückführt, ist zu bemerken, dass dies ein freiwilliger und bewusster geschäftspolitischer Entscheid des Beschwerdeführers darstellt, für welchen er einzustehen hat. Eine Ungleichbehandlung mit einem Anlagenbetreiber, welcher sich auf Art. 3iquater Abs. 2 i.V.m. Art. 3iter Abs. 4 aEnV berufen kann, liegt daher nicht vor.

#### **E. 6.4**

Schliesslich bleibt noch zu prüfen, ob aufgrund der nur knappen Unterschreitung der Mindestproduktion - die fehlenden 8'988.60 kWh entsprechen 1.65 Prozent der vom 1. Januar bis 7. September 2016 geforderten 543'243.55 kWh - aus Gründen der Verhältnismässigkeit doch ein Anspruch auf die KEV besteht.

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

Da die erforderliche Mindestproduktion vorliegend nur knapp verpasst wurde, wirkt sich die damit als Konsequenz verbundene gänzliche Verneinung der Anspruchsberechtigung für den Beschwerdeführer zweifellos hart aus. Zu beachten ist indessen, dass es überall dort, wo gesetzlich festgelegte Limiten zu berücksichtigen sind, zwangsläufig auch zu streng anmutenden Grenzfällen kommen kann, in welchen die geforderten Werte nur um wenig nicht erreicht respektive verfehlt werden. Nicht anders verhält es sich bei der verlangten jährlichen Mindestproduktion als Anspruchsvoraussetzung für die Ausrichtung der KEV. Der Sinn gesetzlicher Limiten liegt aber gerade darin, klar bestimmbare Abgrenzungen zu schaffen. Dieses Bedürfnis besteht bei allen Bereichen des Rechts und findet sich in positivrechtlicher Ausgestaltung in vielen Gesetzen, so beispielsweise auch bei Rechtsmittelfristen. Die mit solch präzisen Grenzen verbundenen Härten sind denn in der Regel vom Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit bewusst in Kauf genommen worden. Es lässt sich daher kaum je rechtfertigen, an klar sich aus dem Gesetz ergebenden Grenzwerten nicht strikte festzuhalten. Mit einer lockeren Handhabung - etwa mittels Auf- oder Abrunden - liesse sich ausser für den konkreten Einzelfall auch kaum etwas gewinnen, würde dadurch doch einzig eine faktische Verschiebung der gesetzlichen Limite erreicht, ohne dass damit neue Grenz- und Härtefälle vermieden werden könnten (vgl. BGE 115 V 77 E. 4b und 122 V 256 E. 3c; Urteil des BGer C 141/00 vom 12. Februar 2001, E 2c).

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

Weder aus dem aEnG und der aEnV noch aus den Materialien ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass auch bei Unterschreitung der erforderlichen Mindestproduktion die KEV ausgerichtet werden soll. Durch die Einführung des Investitions- und Produktivitätskriteriums (vgl. hierzu vorstehend E. 4.2) hat der Verordnungsgeber verbindlich festgelegt, ab wann eine Anlage als förderungswürdig gilt. Die mit diesen präzisen Grenzen verbundenen Härten hat er somit bewusst in Kauf genommen. Die Festlegung bestimmter Grenzen ist denn auch geeignet und erforderlich, um sicherzustellen,

dass Fördermittel effizient eingesetzt und nur Anlagen durch die KEV gefördert werden, welche durch die Erneuerung oder Erweiterung wesentlich zur Erreichung der angestrebten Steigerung der Produktion erneuerbarer Energien beitragen (vgl. vorstehend E. 4.2; Urteil des BVerfG A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 6.3.5). Indem der Ordnungsgeber die Mindestanforderungen an eine förderungswürdige Anlage durch das Investitions- und Produktivitätskriterium bereits klar definiert und damit das öffentliche Interesse am effizienten Einsatz von Fördermitteln höher gewichtet hat als die privaten Interessen der Anlagenbetreiber, welche die festgelegten Mindestanforderungen nicht erreichen, hat er die Interessenabwägung im Einzelfall bereits vorweggenommen. Es ist denn auch nicht ersichtlich, inwiefern dem Beschwerdeführer die Setzung auf den Marktpreis nicht zumutbar sein soll, nachdem ihm die Kriterien, welche zum Bezug der KEV berechtigen, im Vorfeld bekannt waren und keine von ihm nicht zu vertretenden Gründe zur Nichterreichung der Mindestproduktion geführt haben. Wie bereits erwähnt hat der Beschwerdeführer die Anlage selbstgewählt am 7. September 2016 ausser Betrieb genommen. Entsprechend hat er auch die nachteiligen Folgen seines Entscheids zu tragen und kann sich nicht darauf berufen, seine Anlage hätte bei einem Weiterbetrieb bis zum Jahresende die jährliche Mindestproduktion noch erreicht. Dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid nicht auf eine solche rein hypothetische Betrachtungsweise abstellte, kann denn auch nicht als überspitzt formalistisch angesehen werden.

#### **E. 6.4.3**

Nach dem Ausgeführten erweist sich die rückwirkende Setzung auf den Marktpreis wegen Nichterreichens der Mindestproduktion nicht als unverhältnismässig. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die neu installierte Anlage allenfalls als umweltfreundlicher zu beurteilen ist. Massgebend ist einzig, ob die grundsätzlich KEV-berechtigte Anlage die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung nach Art. 3a Abs. 1 Bst. b oder Abs. 2 aEnV erfüllt.

#### **E. 6.5**

Zusammengefasst ergibt sich aus den gemachten Erwägungen, dass die Anlage des Beschwerdeführers auch dann für das Jahr 2016 rückwirkend auf den Marktpreis zu setzen ist, wenn den Ausführungen des Beschwerdeführers folgend von der Ausserbetriebnahme seiner Anlage am 7. September 2016 ausgegangen und als Beurteilungsperiode auf den Zeitraum vom 1. Januar bis 7. September 2016 abgestellt wird. Bei diesem Ergebnis erweist sich die angefochtene Verfügung als rechtskonform und die Beschwerde ist abzuweisen.

#### **E. 7**

Dem Verfahrensausgang entsprechend gilt der Beschwerdeführer als unterliegend und hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 VwVG). Diese sind auf Fr. 6'000.-- festzusetzen (Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Der vom Beschwerdeführer einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Angesichts seines Unterliegens hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Dasselbe gilt für die obsiegende Erst- und Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VGKE).