

ELCOM mindestproduktion-kleinwasserkraftwerk-ruecksetzung-auf-marktpreis-LSCFeK vom 19. April 2016

ElCom, 2016-04-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/elcom_mindestproduktion-kleinwasserkraftwerk-ruecksetzung-auf-marktpreis-LSCFeK

FR: ELCOM mindestproduktion-kleinwasserkraftwerk-ruecksetzung-auf-marktpreis-LSCFeK du 19 avril 2016

IT: ELCOM mindestproduktion-kleinwasserkraftwerk-ruecksetzung-auf-marktpreis-LSCFeK del 19 aprile 2016

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit 14 Die ElCom beurteilt gemäss Artikel 25 Absatz 1bis des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG; SR 730.0) Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen und den Zuschlägen auf die Übertragungskosten (vgl. Art. 7, 7a, 15b und 28a EnG). 15 Vorliegend sind die Anforderungen an die Mindeststromproduktion bei einer Erneuerung oder Erweiterung im Sinne von Artikel 7a EnG in Verbindung mit Artikel 3a Buchstabe b und Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV; SR. 730.01; Stand am 01.01.2009) umstritten. Dabei handelt es sich um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen nach Artikel 25 Absatz 1bis EnG. 16 Die ElCom ist damit für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig (Art. 25 Abs. 1bis EnG).

E. 1.1

Ziffer 1.2 Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) beträgt somit 1'132'000 kWh (vgl. Rz. 44), die erforderliche jährliche Mindestproduktion entsprechend 1'245'200 kWh (vgl. Rz. 45).

12/18

7.3 Schwankendes Wasserangebot der [...] 56 Ferner ist die Frage zu beantworten, ob die Schwankungen des Wasserangebotes der [...] zu berücksichtigen sind. 57 Zum einen lagen saisonal bedingte Schwankungen bereits in den Vergleichsjahren 1987 und 1988 vor. Zum anderen zeigt die von der Gesuchstellerin eingereichte Auswertung der Wassermengen (vgl. act. 11, Beilage 2, «Auswertung der Wassermengen einzeln und in Bezug auf das Jahresmittel von 1987 und 1988») keine markante und nachhaltige Verringerung des Wasserangebots seit 1987. 58 Auch gemäss Richtlinie des BFE (Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung [KEV] Art. 7a EnG, Allgemeiner Teil, Version 1.5 vom 01.01.2015, S. 13, zu Art. 3iquater Abs. 1 EnV) ist bezüglich der Anforderungen an die erhebliche Erneuerung oder Erweiterung ein schwankendes Wasserangebot nicht zu berücksichtigen (zum Vorhandensein eines Grundes, für welchen die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat [Art. 3iquater Abs. 3 EnV], vgl. Kapitel 8). 7.4 Behördliche Auflage (neue Konzession) 59 Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, wegen der Auflage in der neuen Konzession (neue festgelegte Restwassermenge von 500 l/s [0.5 m³/s]) und der daraus folgenden geringeren Nutzwassermenge weniger produzieren zu können. Es handle sich dabei um eine

behördliche Auflage im Sinne von Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b EnV (Stand am 01.04.2014) (act. 11). 60 Vorliegend wird in Bezug auf die Erweiterung oder Erneuerung nicht auf das Investitionskriterium gemäss 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009), sondern auf das Kriterium der Steigerung der Elektrizitätsproduktion gemäss 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) abgestellt. Die Berücksichtigung von behördlichen Auflagen wird in der EnV jedoch ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Investitionskriterium erwähnt. Der Wortlaut der Bestimmung ist klar. Auch den Materialien lässt sich nichts Abweichendes entnehmen (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6). 61 In der Rechtsetzung gilt das Gebot der Rechtsgleichheit. Dieses ist insbesondere dann verletzt, wenn hinsichtlich entscheidwesentlicher, vergleichbaren Tatsachen rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die kein sachlicher Grund ersichtlich ist (vgl. RENÉ WIEDERKEHR in: Wiederkehr/Richli [Hrsg.], Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 1, Bern 2012, Rz. 1543 ff.). Fraglich ist somit, ob bei den Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung gemäss Artikel 3a Buchstabe a und Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand 01.01.2009) vergleichbare Sachverhalte vorliegen und wenn ja, ob ein sachlicher Grund die unterschiedliche Berücksichtigung der behördlichen Auflagen beim Investitions- und Produktionskriterium rechtfertigt. 62 Betreiber einer Anlage, welche das Investitionskriterium gemäss Artikel 3a Absatz 1 EnV erfüllen, tätigen besonders grosse finanzielle Anstrengungen, um ihre bestehende Anlage über eine längere Zeit funktionstüchtig zu halten. Um Alibi-Investitionen zu verhindern, wurde die Schwelle bei 50 % angesetzt (vgl. Bundesamt für Energie, Änderungen der Energieverordnung, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, S. 6). Ist es aufgrund von behördlichen Auflagen nicht möglich, gleich viel Elektrizität wie vor der Erweiterung oder Erneuerung zu produzieren, soll dies gemäss Amtsbericht des Bundesamts für Energie BFE nicht zum Ausschluss von der KEV führen. Betreiber solcher Anlagen würden kaum hohe Investitionen tätigen, wenn sie keine KEV erhalten. Das hätte zur Folge, dass diese älteren Anlagen nach einiger Zeit stillgelegt und gar keinen Strom mehr produzieren würden. Daher seien bei Anlagen, in welche hohe Investitionen getätigt werden, behördliche Auflagen zu berücksichtigen (act. 31, S. 2).

13/18

63 Zur Erfüllung des Produktionskriteriums müsse gemäss Amtsbericht des BFE vom 19. Januar 2016 bei Wasserkraftanlagen eine effektive Zusatzproduktion vorliegen, damit sie als förderungswürdig betrachtet werden. Würde eine Produktionseinschränkung auf Grund behördlicher Auflagen berücksichtigt, könnte es sein, dass eine Anlage am Schluss sogar weniger Elektrizität produziert als vor der Erweiterung oder Erneuerung. Anlagenbetreiber, die keine besonders grossen finanziellen Anstrengungen im Sinne von Artikel 3a Absatz 1 EnV unternommen hätten und somit das Investitionskriterium nicht erfüllten, seien finanziell weniger auf die KEV angewiesen als die Anlagenbetreiber, die diese Voraussetzungen erfüllen. Deshalb sei die Erleichterung der Berücksichtigung behördlicher Auflagen beim Produktionskriterium bewusst nicht aufgenommen worden. Zu berücksichtigen sei ebenfalls, dass eine Anlage, die gestützt auf Artikel 3a EnV in die KEV kommt, die Vergütung für die gesamte Produktion erhalte. Also auch für die Produktion, die bereits aufgrund der vorbestehenden Anlage erreicht worden sei. Dadurch seien diese Anlagenbetreiber gegenüber von Betreibern von Neuanlagen, die im Zeitpunkt der

Erstellung 100 % der Investitionen tätigen müssen, auf eine gewisse Art bessergestellt. Denn bei bestehenden Anlagen seien die ursprünglichen Investitionen bereits vor Jahren getätigt und ohne KEV als wirtschaftlich eingeschätzt worden. Eine solche Besserstellung der erweiterten oder erneuerten Anlage wäre nicht gerechtfertigt, wenn weder namhafte Investitionen noch eine beachtliche effektive Mehrproduktion vorliegen würde (act. 31, S. 2). 64 Gemäss den Ausführungen im Amtsbericht des BFE liegen zwei unterschiedliche Sachverhalte vor. Die rechtliche Unterscheidung beruht auf den unterschiedlich hohen Investitionen, welche in bereits bestehende Anlagen getätigt werden. Somit wird das Gebot der Rechtsgleichheit nicht verletzt, wenn bei Anlagen, welche das Investitionskriterium nicht erfüllen, die Anordnung behördlicher Auflagen nicht berücksichtigt wird (siehe auch Verfügung der ElCom 221-00229 vom 15. März 2016). 65 Die Restwassermenge in der neuen Konzession stellt zwar eine behördliche Auflage im Sinne von Artikel 3a Buchstabe a EnV (Stand am 01.01.2009) dar, ist aber vorliegend – im Rahmen von Artikel 3a Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) – nicht zu berücksichtigen. 7.5 Zwischenfazit 66 Für die im Jahr 2014 erreichte Produktionsmenge ist eine mutmassliche Konzessionsverletzung in den Vergleichsjahren 1987/1988 irrelevant. In Bezug auf die für die Festlegung der zu erreichenden jährlichen Mindestproduktionsmenge, die insbesondere für die Zukunft von Interesse ist, kann offen bleiben, ob eine Konzessionsverletzung zu berücksichtigen wäre, da diese vorliegend nicht bewiesen werden konnte. Heranzuziehen ist deshalb die in den Vergleichsjahren 1987 und 1988 effektiv produzierte Strommenge von durchschnittlich 1'132'000 kWh. 67 Weder das schwankende Wasserangebot noch die behördliche Auflage (Restwassermenge) sind vorliegend bei der Festlegung der minimal erforderlichen Stromproduktion zu berücksichtigen. Allfällige Beschränkungen der nutzbaren Wassermenge oder unterdurchschnittliche Durchflussmengen sind somit der Produktionsmenge nicht anzurechnen. 68 Die minimal zu produzierende Strommenge beträgt somit 1'245'200 kWh und berechnet sich aus dem Durchschnitt der in den Jahren 1987 und 1988 effektiv produzierten Elektrizität zuzüglich 10 % ($(1'155'000 + 1'109'000) / 2 * 1.1$; vgl. Art. 3a Buchstabe b i.V.m. Anhang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b EnV; Stand am 01.01.2009). 8 Massnahmen zur Produktionssteigerung 69 Die Gesuchstellerin verlangt ferner eine angemessene Frist zur Sanierung der Anlage (Abteufung der Kanalsohle) (act. 11). Gemäss Artikel 3iquater Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 3iter Absätze 4 und 5 14/18

EnV kann die nationale Netzgesellschaft dem Produzenten eine angemessene Frist einräumen, wenn für das Nichterfüllen der Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung Gründe vorliegen, für die er nicht einzustehen hat und Massnahmen für deren Behebung möglich sind. Die Verfahrensbeitragsnehmerin forderte die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 13. Oktober 2014 auf, allfällige Massnahmen zur Erreichung der Anforderungen mitzuteilen (act. 1, Beilage 2). Die Gesuchstellerin macht jedoch geltend, ihr sei mit diesem Schreiben keine Frist zur Unterbreitung der Massnahmen gesetzt worden. Sie habe deshalb gedacht, dass sie genügend Zeit hätte, Abklärungen zu treffen und im Frühjahr 2015 die Antwort einzureichen (act. 1). 70 Zu beurteilen ist deshalb, ob der Gesuchstellerin eine Frist zur Umsetzung der geplanten Massnahmen nach Artikel 3iquater Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 3iter Absatz 4 und 5 EnV zu gewähren ist. Gemäss Richtlinie des BFE (Richtlinie kostendeckende Einspeisevergütung [KEV] Art. 7a EnG, Allgemeiner Teil, Version 1.5 vom 01.01.2015, S. 13 letzter Absatz) stellt zum Beispiel die leichte Überschätzung des Wasserangebots in der Planungsphase einen Grund

dar, für welchen der Produzent nicht einzustehen hat. Zu prüfen ist somit vorliegend in einem ersten Schritt, ob das Wasserangebot in der Planungsphase überschätzt wurde bzw. ob ein anderer Grund vorliegt, für welchen die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat. In einem zweiten Schritt ist zu beurteilen, ob die von der Gesuchstellerin vorgeschlagenen Massnahmen die notwendige Produktionssteigerung herbeizuführen vermögen. 71 Den Verfahrensakten lässt sich nicht entnehmen, ob und in welchem Ausmass die Gesuchstellerin in der Planungsphase das Wasserangebot überschätzt hat. Das Unwetter im Jahr 2013 kann nicht als wichtiger Grund gelten, wurde die notwendige Produktionsmenge doch auch vor dem Unwetter in den Jahren 2009-2012 nicht erreicht (vgl. act. 11, Beilage 2). Weitere Gründe für die Nichterreichung der notwendigen Produktionssteigerung, für welche die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat, wurden nicht vorgebracht und sind nicht ersichtlich. 72 Vorliegend legt die Gesuchstellerin dar, dass mit der Abteufung der Kanalsohle sowie dem Produktions-Monitoring die erwartete Produktionssteigerung 6 % betragen würde (act. 36, Ziff. 2 und 3). Die Abteufung der Kanalsohle könnte innerhalb eines Jahres realisiert werden. Zudem werde die Anlage beim nächsten Hochwasser abgeschaltet und die Wehrklappen vollständig abgesenkt, damit die Fliesskraft der [...] erhöht und die Stauhaltung auf natürlichem Weg freigespült wird. Dadurch solle vermieden werden, dass sich zu viel Geschiebe ansammelt (act. 19, Ziff. 2 und 35). Zwar werden gemäss Gesuchstellerin seit Anfang 2016 wieder Produktionswerte wie vor dem Unwetter 2013 erzielt (act. 36, Ziff. 1). Auch in den Jahren vor 2014 wurde die erforderliche Produktionsmenge jedoch nie erreicht (vgl. Rz. 34). Eine 6 %-ige Steigerung der Produktion würde vorliegend nicht genügen, um die Anforderungen an die Mindestproduktion dauerhaft zu erfüllen. Die geplante Absenkung der Wehrklappen beim nächsten Hochwasser ändert daran ebenfalls nichts. Die minimal erforderliche Produktionsmenge wäre lediglich in den Jahren 2010, 2012 und 2013 (1'296'062, 1'275'816 und 1'300'302 kWh [effektiv produzierte Elektrizität zuzüglich 6 %]) erreicht worden, nicht jedoch in den Jahren 2009, 2011 und 2014 (866'550, 748'466 und 942'104 kWh [effektiv produzierte Elektrizität zuzüglich 6 %]) (act. 11, Beilage 2 und act. 30, Beilage 2). 73 Hinzu kommt, dass unsicher ist, ob mit den geplanten Massnahmen tatsächlich eine Produktionssteigerung von 6 % erzielt werden kann und ob die Abteufung der Kanalsohle tatsächlich in einem Jahr umgesetzt werden kann. Zu beachten ist, dass diverse bereits durchgeführte Massnahmen (vgl. act. 1, Ziff. 3) bislang nicht zur erforderlichen Produktionssteigerung führten. Insbesondere ist aber die Tatsache hervorzuheben, dass selbst die vorliegend gegenständliche erhebliche Erweiterung bzw. Erneuerung der Anlage nicht den gewünschten Erfolg brachte. So hat die Gesuchstellerin im Jahr 2009, im ersten Jahr nach der erheblichen Erneuerung bzw. Erweiterung, mit der Produktion von nur 817'500 kWh die Anforderung an die Produktionssteigerung bei weitem nicht erreicht (act. 11, Beilage 2). Trotzdem wurde ihr die Vergütung während fünf Jahren gewährt.

15/18

74 Daran ändern auch die 2016 an der Turbine vorgenommenen Arbeiten, welche zur Folge hätten, dass wieder die Produktionswerte wie vor dem Unwetter 2013 erreicht werden, nichts, wurde doch die Mindestproduktionsmenge auch vor dem Unwetter in den Jahren 2009-2012 nicht erreicht (vgl. act. 11, Beilage 2). 75 Schliesslich handelt es sich bei der entsprechenden rechtlichen Grundlage um eine «kann»-Vorschrift. Es besteht daher kein Anspruch auf Gewährung einer Frist. Unter den gegebenen Umständen erscheint die Gewährung einer Frist vorliegend nicht angemessen. 9 KEV-Vergütung oder Marktpreis 76

Werden die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung während einem Kalender- jahr nicht eingehalten, bekommt der Produzent einstweilen keine Vergütung mehr und wird auf den jeweiligen Marktpreis gesetzt (Art. 3iquater Abs. 1 i.V.m. Art. 3iter Abs. 2 EnV).. 77 Nach Artikel 3iquater Absatz 3 EnV kann bei Nichterreichen der Mindestproduktion die Vergütung weiterhin geleistet werden, auch wenn keine Massnahmen zur Behebung möglich sind, sofern der Produzent nicht für die Gründe der Minderproduktion einzustehen hat. In diesen Fällen würde die ma- ximale Vergütungsdauer einen Fünftel der Vergütungsdauer, also höchstens fünf Jahre, dauern. 78 Ein Grund für die Minderproduktion, für welchen die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat, ist wie bereits erwähnt nicht ersichtlich (vgl. Rz. 70 f.). 79 Zudem erreichte die Gesuchstellerin bereits 2009, das heisst im ersten Jahr nach der erheblichen Erweiterung bzw. Erneuerung, die erforderliche Mindestproduktion mit 817'500 kWh nicht (act. 11, Beilage 2). Sie erhielt jedoch von Anfang 2009 bis Ende 2013, also während fünf Jahren, weiterhin die KEV-Vergütung. Erst für das Jahr 2014 wurde sie durch die Verfahrensbeteiligte auf den Marktpreis zurückgesetzt. Da die Gesuchstellerin bereits während einem Fünftel der Vergütungsdauer die KEV- Vergütung erhalten hat, wurde sie für das Jahr 2014 zu Recht nach Artikel 3iquater Absatz 1 in Verbin- dung mit Artikel 3iter Absatz 2 EnV auf den Marktpreis gesetzt.

E. 2

Parteien und rechtliches Gehör

E. 2.1

Parteien 17 Als Parteien gelten nach Artikel 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 18 Die Gesuchstellerin hat bei der ElCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eingereicht. Sie ist somit materielle Verfügungsadressatin. Ihr kommt Parteistellung gemäss Artikel 6 VwVG zu. 19 Im vorliegenden Verfahren sind die Anforderungen an die Mindeststromproduktion bei einer Erneue- rung oder Erweiterung im Sinne von Artikel 7a EnG in Verbindung mit Artikel 3a Buchstabe b und An- hang 1.1 Ziffer 1.2 Buchstabe b EnV (Stand am 01.01.2009) und damit die Vergütung der KEV streitig. 20 Die Verfahrensbeteiligte ist mit der Abwicklung der KEV betraut (Art. 3g ff. EnV) und damit in ihrer Rechtsstellung berührt. Zudem war sie bereits in der streitigen Angelegenheit involviert. Sie verfügt daher ebenfalls über Parteistellung nach Artikel 6 VwVG.

E. 2.2

Rechtliches Gehör 21 Den Parteien wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingaben der Gesuchstellerin wurden der Verfahrensbeteiligten zur Stellungnahme unterbreitet. Überdies wurden die Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten der Gesuchstellerin zur Kenntnis- nahme zugestellt. Zudem fand eine Anhörung der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten statt. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

6/18

E. 3

Feststellungsinteresse in Bezug auf die jährliche Mindest- produktionsmenge 22 Eine Feststellungsverfügung ist zu erlassen, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen werden kann (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Der in Artikel 25 Absatz 2 VwVG verwendete Begriff des schutz- würdigen Interesses ist im Ergebnis gleich zu verstehen wie in Artikel 48 Absatz 1 Buchstabe c VwVG. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, dass ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nicht- bestehens eines Rechtsverhältnisses vorliegt. Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt voraus, dass keine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung ergehen kann. Die Feststellungsverfügung ist mithin subsidiär, wobei sie unter anderem zur vorgängigen Klärung gewisser grundlegender Fragestellungen erfolgen kann (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bun- desgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 Rz. 10 ff.). Mithin kann eine Feststellungsverfügung erlassen werden, wenn der Antragssteller an der Beseitigung einer Unklarheit über öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten interessiert ist, weil er sonst Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen (Urteil 1C_6/2007 des Bundesge- richts vom 22. August 2007, E. 3.3). 23 Beim Antrag der Gesuchstellerin, 900'000 kWh/Jahr als die erforderliche jährliche Mindeststrompro- duktion anzuerkennen, handelt es sich um ein Feststellungsbegehren. Die Gesuchstellerin wird die notwendigen Vorkehrungen für die Zukunft, wie allfällig zu treffende Massnahmen oder Investitionen, nach der erforderlichen Mindestproduktion richten. Sie hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an deren Feststellung bereits im jetzigen Zeitpunkt. Auf das Feststellungsbegehren der Gesuchstellerin ist einzutreten.

E. 4

Vorbringen der Parteien

E. 4.1

Argumente der Gesuchstellerin 24 Die Gesuchstellerin beantragt, der Bescheid der Verfahrensbeteiligten vom 27. März 2015, der das Kleinwasserkraftwerk für das Jahr 2014 rückwirkend auf den Marktpreis setzt, sei aufzuheben (act. 1, Ziff. 4.2). Mit E-Mail vom 29. Juni 2015 zog die Gesuchstellerin den Antrag auf Aufschiebung der An- passung des Vergütungssatzes für 2015 sowie der Rückzahlung der Vergütung für das Jahr 2014 zu- rück (act. 6). 25 Gemäss Gesuchstellerin beträgt die massgebliche minimal erforderliche Stromproduktion vorliegend 900'000 kWh/Jahr. Sie bringt dazu im Wesentlichen vor, die Anlage sei bis zu ihrer Stilllegung im Jahr 1991 nicht aufgrund der Konzession betrieben worden. Die vormaligen Besitzer hätten bis 1994 ent- gegen der Konzessionsmenge von 5.50 m³/s immer die nutzbare Wassermenge von 7.20 m³/s ge- nutzt. Die Nutzwassermenge der [...] in den Jahren 1987 und 1988 sei durch diesen Umstand um rund 15 % bzw. 13 % erhöht gewesen, wodurch die Produktion um bis zu 30 % höher gewesen sei als dies unter Einhaltung der Konzessionsbedingungen möglich gewesen wäre. Dieser Umstand sei der Gesuchstellerin bisher nicht bekannt gewesen. Sie habe vielmehr in gutem Glauben darauf vertrauen können, dass der vorherige Betreiber die Vorgaben eingehalten hätte. Die Produktionsmenge der bei- den letzten vollen Betriebsjahre der Anlage vor der Sanierung müsse entsprechend auf 800'000 kWh reduziert werden, womit die erforderliche Produktionssteigerung von 10 % für das Jahr 2014 erreicht wäre (act. 1, Ziff. 1.2 und 4.4 sowie act. 11, Ziff. 1 und 6.1). 26 Die Gesuchstellerin bringt sodann vor, die im Jahr 2005 vom Regierungsrat des Kantons [...] verfügte Restwassermenge (500 l/s [0.5 m³/s]; act. 11,

Beilage 3) sei als behördliche Auflage gemäss Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b EnV (Stand am 01.04.2014) zu berücksichtigen. Diese habe je nach Was-

7/18

serangebot eine Reduktion der Nutzwassermenge von 7 bis 12 % zur Folge. Die alte Konzession habe keine Restwassermenge vorgesehen (act. 11, Ziff. 2). 27 Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, seit dem Unwetter im Sommer 2013 liege die Stromproduktion um rund 20 % tiefer als zu erwarten wäre (act. 1, Ziff. 3). Sie hätte bereits Massnahmen getroffen, die jedoch nicht den gewünschten Erfolg gebracht hätten (act. 35). Der Umstand, dass das Wasserangebot der [...] grossen Schwankungen unterworfen sei und für die Jahre 2009 und 2011 22 % bzw. 25 % unter dem Mittelwert von 1987/1988 gelegen habe, müsse ebenfalls berücksichtigt werden (act. 11, Ziff. 3). 28 Schliesslich beantragt die Gesuchstellerin die Einräumung einer angemessenen Frist für die Umsetzung der geplanten Massnahme zur Produktionssteigerung, nämlich der Abteufung der Kanalsohle im Unterwasser (act. 11, Ziff. 5 und 6.3). Mit dieser Massnahme würde eine Produktionssteigerung von rund 5 % erwartet (act. 19, Ziff. 2 und act. 36, Ziff. 2). Bisher sei sie aufgrund des strittigen Bescheides der Verfahrensbeteiligten noch nicht ausgeführt worden (act. 11, Ziff. 5 und 6.3). In den letzten Jahren seien bereits mehrere Massnahmen getroffen worden, die sich jedoch als erfolglos erwiesen hätten (act. 1, Ziff. 3). Nach Arbeiten an den beiden Turbinen Anfang 2016 habe jedoch die mögliche Ursache des Produktionsrückgangs eliminiert werden können. Es würden nun wieder Produktionswerte wie vor dem Unwetter 2013 erreicht (act. 36, Ziff. 1). Als Massnahme zur Verstetigung der Produktion werde nun neben der Abteufung der Kanalsohle (act. 36, Ziffer 2) auch ein Monitoring der Produktion eingeführt, durch das diese voraussichtlich zusätzlich um 1 % gesteigert werden könne (act. 36, Ziff. 3). Beim nächsten Hochwasser soll ausserdem die Anlage abgeschaltet und die Wehrklappen vollständig geöffnet werden, damit die Stauhaltung auf natürlichem Weg freigespült werden könne (act. 36, Ziff. 4).

E. 4.2

Argumente der Verfahrensbeteiligten 29 Die Verfahrensbeteiligte macht im Wesentlichen geltend, der Gesuchstellerin seien die Betriebsumstände der Anlage bis 1994 bekannt gewesen und diese habe in deren Kenntnis bei der Anmeldung zur KEV am 2. Mai 2008 eine erwartete Stromproduktion von 1'300'000 kWh/Jahr angegeben. Die Gesuchstellerin habe die Angaben zur Produktion der letzten zwei vollen Betriebsjahre 1987 und 1988 (1'155'000 und 1'109'000 kWh/Jahr) ausserdem unterschriftlich bestätigt. Diese von der Gesuchstellerin angegebenen Werte der Stromproduktion seien massgebend und könnten nachträglich nicht mehr abgeändert werden. Diese Angaben seien zudem die Grundlage gewesen, dass die Gesuchstellerin überhaupt einen positiven KEV-Bescheid erhalten habe (Art. 3g EnV) (act. 35). Ansonsten müsste eine neue Anmeldung zur KEV erfolgen und in Bezug auf die unwahren Angaben der vorliegenden KEV-Anmeldung eine Meldung an das für die Strafverfolgung zuständige Bundesamt für Energie (BFE) gemäss Artikel 28 Absatz 3 EnG erfolgen (act. 7, Ziff. 2 Bst. a). 30 Die Verfahrensbeteiligte führt weiter an, dass in Bezug auf die Konzessionsverletzung nichts bewiesen sei. Die Gesuchstellerin hätte bei der Anmeldung wissen müssen, wie viel die Anlage zu produzieren im Stande sei (act. 35). 31 Die Verfahrensbeteiligte bringt weiter vor, das Kleinwasserkraftwerk habe im Jahr 2014 lediglich 888'776.6 kWh Strom produziert, was einer Stromminderproduktion von 21 % statt einer Steigerung von mindestens 10 % entspreche (act. 7, Ziff. 2 Bst. b). Ausserdem sei die Berücksichtigung des Wasserangebotes unbeachtlich. Die Schwankungen seien insofern

bereits berücksichtigt, als dass bei den massgeblichen Vergleichsjahren auf den Durchschnitt der letzten zwei vollen Betriebsjahre abgestellt würde (act. 7, Ziff. 3 Bst. c). Ausserdem würde die Vergleichsmenge auch unter Berücksichtigung der letzten

E. 5

vollen Betriebsjahre rund 1'036'000 kWh betragen. Die

E. 5.5

m³/s produziert. Reduziert man nun rechnerisch die mutmasslich genutzte Wassermenge in diesen Perioden auf die konzessionierten 5.5 m³/s und summiert diese zur Nutzwassermenge der Perioden, in welchen die Wassermenge unter 5.5 m³/s lag, so ergibt sich für das Jahr 1987 eine jährliche Nutzwassermenge von 120'934'944 m³ (5.5 m³/s x 160 Tage x 24 Stunden x 3600 Sekunden zzgl. Wassermenge übrige Tage gemäss act. 11, Beilage 2) für das Jahr 1987 und eine solche von 117'218'880 m³ (5.5 m³/s x 137 Tage x 24 Stunden x 3600 Sekunden) für das Jahr 1988, im Durchschnitt 119'076'912 m³/Jahr.

11/18

49 Im Jahr 1987 wurden bei einer Nutzwassermenge von 140'085'000 m³ 1'155'000 kWh Strom produziert (vgl. act. 11, Beilage 2). Bei einer hypothetischen Nutzwassermenge von 120'934'944 m³/Jahr (siehe Rz. 48) wären entsprechend 997'110 kWh produziert worden. Im Jahr 1988 wurden bei einer Nutzwassermenge von 133'328'000 m³ 1'109'000 kWh Strom produziert (vgl. act. 11, Beilage 2). Bei einer hypothetischen Nutzwassermenge von 117'218'880 m³/Jahr (siehe Rz. 48) wären entsprechend 975'008 kWh produziert worden. Im Durchschnitt wären somit in den Jahren 1987 und 1988 rund 986'059 kWh produziert worden. 50 Würde dieser Wert als Referenz der nach Artikel 3a Buchstabe b in Verbindung mit Anhang 1.1 EnV (Stand am 01.01.2009) notwendigen 10 %-igen Produktionserhöhung genommen, hätte die Gesuchstellerin im Jahr 2014 mindestens 1'084'665 kWh/Jahr produzieren müssen. Im Jahr 2014 hat sie jedoch lediglich 888'776.6 kWh produziert (act. 1, Beilage 1). 51 Auch wenn die angebliche Überschreitung der Konzession in der Vergangenheit Auswirkungen auf die erforderliche Mindestproduktion hätte, so hätte die Gesuchstellerin ihre Produktion für das Jahr 2014 dennoch nicht genügend steigern können. 7.2.2 Feststellung der Mindestproduktionsmenge 52 Wie bereits erwähnt (vgl. Kapitel 3) verfügt die Gesuchstellerin vorliegend über ein schutzwürdiges Interesse an der Festlegung der minimal erforderlichen Produktionsmenge. Die Gesuchstellerin beantragt, diese sei auf jährlich 900'000 kWh festzulegen. Dazu macht sie im Wesentlichen geltend, die vormaligen Betreiber hätten über die Konzession produziert, weshalb die Referenzmenge für die

E. 10

Fazit 80 Die Gesuchstellerin erreichte für das Jahr 2014 die erforderliche Mindestproduktion nicht. Diese beträgt vorliegend 1'245'200 kWh. Als Referenzmenge ist die in den Vergleichsjahren 1987/88 effektiv produzierte Elektrizität heranzuziehen, die 1'132'000 kWh/Jahr beträgt. 81 Schwankungen des Wasserangebotes der [...] können der jährlich erforderlichen Mindestproduktionsmenge nicht angerechnet werden. Ebenso wenig kann die behördlich auferlegte Restwassermenge beim Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung berücksichtigt werden. 82 Der Antrag der Gesuchstellerin vom 9. September 2015, die minimal erforderliche Stromproduktion auf 900'000 kWh/Jahr festzusetzen, wird abgewiesen. 83 Trotz der erheblichen Erneuerung und

mehreren Sanierungen konnte die erforderliche Mindestproduktion in den letzten sechs Jahren nicht erreicht werden. Der mögliche Erfolg der geplanten Massnahme (Abteufung der Kanalsohle) sowie das Monitoring der Produktion und die Absenkung der Wehrklappen genügen nicht zum dauerhaften Erreichen der erforderlichen Produktionsmenge. Da bereits während fünf Jahren die Vergütung ausbezahlt wurde und zudem kein Anspruch auf Fristgewährung («kann»-Vorschrift) besteht, ist vorliegend keine Frist zur Sanierung einzuräumen.

16/18

84 Die maximale Vergütungsdauer bei Nichterreichen der Mindestproduktion von einem Fünftel der Vergütungsdauer gemäss 3iquater Absatz 3 EnV wurde vorliegend durch die KEV-Auszahlung von 2009 bis 2013 bereits erreicht. Ein Grund für die Minderproduktion, für welchen die Gesuchstellerin nicht einzustehen hat, ist zudem nicht ersichtlich (vgl. Rz. 70 f.). 85 Das Kleinwasserkraftwerk ist somit rückwirkend für das Jahr 2014 auf den Marktpreis zu setzen. Der Bescheid der Verfahrensbeteiligten vom 27. März 2015 ist daher nicht zu beanstanden.

E. 11

Gebühren 86 Die ElCom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung und Energieproduktion Gebühren (Art. 24 Abs. 1 EnG, Art. 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 Franken pro Stunde (Art. 3 GebV-En). 87 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 160 Franken pro Stunde (ausmachend [...]). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken. 88 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Haben mehrere Parteien den Erlass einer Verfügung veranlasst, werden die dadurch entstandenen Gebühren nach dem Unterliegerprinzip auferlegt. Dies entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der für zahlreiche kostenpflichtige staatliche Verfahren üblich ist (siehe ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 2013, Rz. 653; BGE 132 II 47 E. 3.3). Vorliegend ist die Gesuchstellerin mit der Sache nicht durchgedrungen. Die Gebühr von [...] Franken wird daher vollständig der Gesuchstellerin auferlegt.

17/18

III Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:

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