



Urteil vom 15. August 2018

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiber Marcel Zaugg.

Parteien

Abwasserverband A. _____,
vertreten durch
Dr. iur. Michael Merker, Rechtsanwalt,
Baur Hürlimann AG,
Beschwerdeführer,

gegen

Pronovo AG (vormals Swissgrid AG)
Dammstrasse 3, 5070 Frick,
Erstinstanz,

Eidgenössische Elektrizitätskommission EICom,
Christoffelgasse 5, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Anforderungen an die Erweiterung oder Erneuerung eines
KEV-Projekts; Rückerstattung.

Sachverhalt:**A.**

Der Abwasserverband A._____ (nachfolgend: Abwasserverband) als ein aus den Gemeinden B._____, C._____, D._____, E._____, F._____, G._____, H._____, I._____, J._____, K._____, L._____ und M._____ bestehender Gemeindeverband gemäss § 74 des Gesetzes über die Einwohnergemeinden vom 19. Dezember 1978 des Kantons Aargau (Gemeindegesezt, SAR 171.00) ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Er bezweckt die gemeinsame Reinigung der Abwässer aus allen angeschlossenen Gemeinden. Die Kläranlage des Abwasserverbandes erhält seit mehreren Jahren eine kostendeckende Einspeisevergütung (KEV).

B.

Mit Schreiben vom 4. Februar 2016 teilte der Abwasserverband der Swissgrid AG mit, dass er gerade die Kläranlage ausbaue (neue Biofiltration) und es voraussichtlich ab April 2016 keine Stromproduktion aus Klärgas mehr gebe. Mit Inbetriebnahme der neuen Biofiltration werde das anfallende Klärgas aufbereitet und ins Erdgasnetz gespeist. Der Abwasserverband werde die KEV im Jahr 2016 nur noch für ca. vier Monate beantragen.

C.

Aufgrund baulicher Verzögerungen konnte die neue Biogasaufbereitungsanlage nicht zum ursprünglich geplanten Zeitpunkt in Betrieb genommen werden. Die Ersteinspeisung erfolgte schliesslich am 8. September 2016.

D.

Am 26. Januar 2017 übermittelte der Abwasserverband der Swissgrid AG das ausgefüllte Formular zur jährlichen Überprüfung von Klärgas- und Deponiegasanlagen und teilte gleichzeitig mit, dass mit Inbetriebnahme der neuen Biofiltration die beiden Blockheizkraftwerke (BHKW) zum 30. September 2016 ausser Betrieb genommen worden seien. Das anfallende Klärgas werde seit Oktober 2016 aufbereitet und ins Erdgasnetz gespeist.

E.

Der Abwasserverband ist per 28. Februar 2017 aus dem Einspeisevergütungssystem ausgetreten.

F.

Mit Bescheid vom 3. Mai 2017 teilte die Swissgrid AG dem Abwasserverband mit, dass seine Anlage im Kalenderjahr 2016 546'599.6 kWh Strom

produziert habe. Gemäss Schreiben vom 2. Mai 2016 müsse die Anlage jedoch während jedem Kalenderjahr mindestens 792'140 kWh Strom produzieren, um Anspruch auf die KEV zu haben. Die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung seien dementsprechend für das Kalenderjahr 2016 nicht erfüllt worden. Die Anlage werde daher rückwirkend für das Jahr 2016 auf den jeweiligen Marktpreis gesetzt und die zu viel erhaltene Vergütung sei mit der nächsten Abrechnung zurückzuerstaten.

G.

Am 17. Mai 2017 beantragte der Abwasserverband die Beurteilung dieses Bescheids bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (EiCom). Er machte geltend, er habe rückwirkend per 8. September 2016 die Bewilligung als Herstellerbetrieb von Biogas mit Steuererleichterung für Stromproduktion entzogen bekommen. Die beiden BHKW seien abgebrochen worden. Er habe in der Meldung zur jährlichen Überprüfung von Klärgas- und Deponiegasanlagen vermerkt, dass das anfallende Klärgas seit Oktober 2016 aufbereitet und ins Erdgasnetz gespeist werde. Die rückwirkende Anpassung des Vergütungssatzes an den Marktpreis sei für das vierte Quartal nachvollziehbar, nicht aber für den Rest des Jahres.

H.

Die EiCom wies mit Verfügung vom 14. Dezember 2017 die Beschwerde des Abwasserverbandes vom 17. Mai 2017 ab, bestätigte den Bescheid der Swissgrid AG vom 3. Mai 2017, setzte die Anlage des Abwasserverbandes für das Jahr 2016 auf den Marktpreis und verfügte die Rückerstattung der zu viel erhaltenen Vergütung für das Jahr 2016 an die Swissgrid AG. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, der Abwasserverband habe nicht nachvollziehbar dargelegt, dass der Rückbau der beiden BHKW bereits per 30. September 2016 erfolgt sei. Er habe gegenüber der Swissgrid AG bestätigt, dass die BHKW erst im Januar 2017 vollständig rückgebaut worden seien. Da die BHKW von Januar bis Dezember 2016 Elektrizität produziert hätten, umfasse die Beurteilungsperiode für die Feststellung, ob die erforderliche Mindestproduktion erreicht worden sei, das gesamte Kalenderjahr 2016. Doch selbst wenn die Beurteilungsperiode nur drei Quartale betragen würde, erreiche die Anlage die erforderliche Mindestproduktion nicht.

I.

Gegen diese Verfügung der EiCom (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt der Abwasserverband (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom

1. Februar 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Darin beantragt er die Aufhebung der Verfügung vom 14. Dezember 2017 und des Entscheids der Swissgrid AG sowie die Feststellung, dass seine Anlage nicht auf den Marktpreis zu setzen und keine zu viel erhaltene Vergütung zurückzuerstatten sei. Eventualiter sei die Swissgrid AG zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für die Produktion von elektrischer Energie aus erneuerbaren Energien im Umfang von 534'254.95 kWh den Betrag von Fr. 115'933.32 zu bezahlen, unter Anrechnung der bereits ausgerichteten Entschädigung im Umfang von Fr. 118'543.58, woraus ein Saldo zugunsten der Swissgrid AG von Fr. 2'610.25 resultiere. Subeventualiter sei der Entscheid aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Beschwerdeführer rügt eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Die KEV-berechtigte Anlage sei am 7. September 2016 ausser Betrieb genommen worden. Es sei zwar auch in den Monaten Oktober 2016 bis Januar 2017 elektrische Energie mit den BHKW produziert worden, allerdings seien diese mit nicht erneuerbarem Erdgas betrieben worden. Diese Produktion sei notwendig gewesen, da die neue Wärmepumpe zunächst nicht korrekt funktioniert habe. Die massgebliche Betriebszeit sei daher die Zeitspanne zwischen dem 1. Januar und dem 7. September 2016. In dieser Periode habe der Beschwerdeführer 534'254.95 kWh elektrische Energie aus erneuerbaren Quellen produziert. Wäre von einer absolut linearen Produktion auszugehen, hätte er bei einem Jahresziel von 792'140 kWh bis zum 7. September 2016 543'243.55 kWh produziert haben müssen. Die Abweichung vom Soll sei minimal und rechtfertige keine Pönalisierung im Umfang von rund Fr. 100'000.–. Die Setzung auf den Marktpreis sei unverhältnismässig.

J.

In ihrer Vernehmlassung vom 15. März 2017 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Dass der Beschwerdeführer nur bis zum 7. September 2016 Elektrizität aus erneuerbaren Energien produziert habe, sei im bisherigen Verfahren nicht vorgebracht worden. Ob dies zutrefte, sei jedoch nicht relevant, da selbst bei einer tagesgenauen Abgrenzung der Beurteilungsperiode die erforderliche Mindestproduktion nicht erreicht worden sei. Die Setzung auf den Marktpreis sei sodann wegen Nichterreichens der Mindestproduktion erfolgt und nicht aus pönalen Gründen. Das Ziel der KEV sei der effiziente Einsatz der Fördermittel. Es sei daher

nicht unverhältnismässig, eine Anlage, die die erforderliche Mindestproduktion nicht erreiche, auf den Marktpreis zu setzen. Eine solche Anlage sei nicht förderungswürdig.

K.

Am 23. März 2018 erstattete die Pronovo AG – seit Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0) und der neuen Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV, SR 730.01) per 1. Januar 2018 anstelle der Swissgrid AG Vollzugsstelle für die Auszahlung der KEV (vgl. hierzu nachstehend E. 3.3) – ihre Stellungnahme. Darin beantragt sie die Abweisung der Beschwerde. Die Überprüfung der Mindestproduktion beziehe sich auf ein Kalenderjahr. Mangels gesetzlicher Grundlage erfolge keine rechnerische Ausgleichung der Monate, in welcher die Anlage ausser Betrieb genommen worden sei.

L.

In seiner Replik vom 15. Mai 2018 bekräftigt der Beschwerdeführer seine Anträge und Standpunkte.

M.

Die Pronovo AG hält in ihrer Duplik vom 18. Juni 2018 ebenfalls an ihren bisherigen Ausführungen fest. Die Vorinstanz hat auf die Einreichung einer Duplik verzichtet.

N.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Dokumente wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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 ECom 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.

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.

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

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).

3.

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).

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.

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.

4.

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 Erstellungs-

jahr 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).

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.).

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. 3^{iter} 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. 3^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3^{iter} Abs. 2 aEnV). Werden die Mindestanforderungen wieder eingehalten, so wird die Vergütung am Ende des Kalenderjahres ohne Zins nachbezahlt (Art. 3^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3^{iter} Abs. 3 aEnV).

5.

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.

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 Entscheidungsfindung 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).

6.

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 ($792'140 \text{ kWh} / 366 \times 251$) 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. 3i^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3i^{ter} Abs. 2 aEnV rückwirkend auf den Marktpreis zu setzen wäre.

6.2

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. 3^{ter} 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. 3^{quater} Abs. 4 aEnV (recte: Art. 3^{ter} 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.

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. 3^{quater} 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.

6.2.3 Die Erstinstanz bestreitet insbesondere die Ausführungen des Beschwerdeführers zu Art. 3^{iter} 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. 3^{iter} Abs. 3 aEnV festgehalten sei.

6.3

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.

6.3.2 Der Beschwerdeführer vermag aus Art. 3^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3^{iter} Abs. 2 und 3 aEnV nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Art. 3^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3^{iter} 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. 3^{iter} 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 BVerfG 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. 3^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3^{ter} 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. 3^{quater} Abs. 1 i.V.m. Art. 3^{ter} 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.

6.3.3 Auch aus Art. 3^{quater} Abs. 2 i.V.m. Art. 3^{ter} 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. 3^{quater} Abs. 2 i.V.m. Art. 3^{ter} Abs. 4 aEnV berufen kann, liegt daher nicht vor.

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.

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).

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 Ordnungsgeber verbindlich festgelegt, ab wann eine Anlage als förderungswürdig gilt. Die mit diesen präzisen Grenzen verbundenen Härten hat er somit bewusst in Kauf genommen. Die Festle-

gung 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 BVGer A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 6.3.5). Indem der Verordnungsgeber 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.

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.

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.

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).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 6'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Erstinstanz (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)
- die Swissgrid AG (A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Christine Ackermann

Marcel Zaugg

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: