



## **Urteil vom 24. März 2020**

---

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),  
Richter Jürg Steiger, Richterin Christine Ackermann,  
Gerichtsschreiberin Simona Risi.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
vertreten durch  
Prof. Dr. iur. Martin Föhse, Rechtsanwalt, und MLaw Thomas  
Geiger, Rechtsanwalt,  
Kellerhals Carrard Bern KIG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Pronovo AG,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Kostendeckende Einspeisevergütung.

**Sachverhalt:****A.**

Die A. \_\_\_\_\_ GmbH (vormals Kollektivgesellschaft B. \_\_\_\_\_) mit Sitz im Kanton Solothurn bezweckt die Erstellung und den Betrieb von Wasserkraftwerken.

**A.a** Am 13. Mai 2009 meldete die B. \_\_\_\_\_ das von ihr betriebene Kleinwasserkraftwerk «C. \_\_\_\_\_» (KEV-Nr. [...]) zur Förderung mit einer kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) bei der Swissgrid an. Mit Bescheid vom 25. Juni 2009 hielt die Swissgrid fest, dass die Voraussetzungen für die KEV erfüllt seien und das Projekt in die Warteliste aufgenommen werde. Mit Bescheid vom 1. Juli 2011 nahm sie die Anlage in die KEV auf und teilte den provisorischen Vergütungssatz für das erste Vergütungsjahr 2011 mit. Am 3. August 2011 führte die Swissgrid via E-Mail an die B. \_\_\_\_\_ aus, die jährliche Mindestproduktion, gemessen an den beiden letzten vollen Betriebsjahren vor dem 1. Januar 2006, betrage 128'887 kWh. Wenn die Mindestproduktion nicht erreicht werde, müssten die ausbezahlten KEV-Gelder zurückgezahlt werden. In der Folge wurden für die Jahre 2011 bis 2014 Vergütungen gemäss KEV geleistet. Mit Schreiben vom 26. Februar 2016 teilte die Swissgrid der A. \_\_\_\_\_ GmbH mit, dass die Mindeststromproduktion im Jahr 2015 nicht erreicht worden sei. Auf ein Antwortschreiben vom 30. März 2016 hin, mit dem der trockene Sommer 2015 als Grund für die Nichterreichung der geforderten Strommenge angegeben wurde, vergütete die Swissgrid auch das Jahr 2015 gemäss KEV.

**A.b** Am 13. Februar 2013 meldete die B. \_\_\_\_\_ das Kleinwasserkraftwerk «D. \_\_\_\_\_» (KEV-Nr. [...]) zur KEV an. Am 20. Juni 2013 nahm die Swissgrid das Projekt in die Warteliste auf. Mit Entscheidung vom 1. Oktober 2015 wurde die Anlage in die KEV aufgenommen und der provisorische Vergütungssatz für die Vergütung ab Oktober 2015 mitgeteilt. Am 2. Mai 2016 informierte die Swissgrid die A. \_\_\_\_\_ GmbH darüber, dass die Anlage «D. \_\_\_\_\_» jährlich eine Mindeststromproduktion von 315'000 kWh/Jahr erreichen müsse. Würden die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung von Anlagen während einem Kalenderjahr nicht eingehalten, bekomme die Anlage einstweilen keine Vergütung mehr. Sie werde für die betreffende Beurteilungsperiode rückwirkend auf den jeweiligen Marktpreis gesetzt und die zu viel erhaltene Vergütung sei zurückzuerstatten. Die erste Überprüfung – für das Kalenderjahr 2016 – finde Anfang 2017 statt. Gleichentags teilte die Swissgrid den definitiven Vergütungssatz für das Jahr 2015 mit.

**B.**

Mit separaten Bescheiden vom 2. Mai 2017 setzte die Swissgrid die beiden Anlagen rückwirkend für das Jahr 2016 auf den Marktpreis, da die Anlage «C. \_\_\_\_\_» im Kalenderjahr 2016 nur 105'512 kWh und die Anlage «D. \_\_\_\_\_» nur 309'121 kWh Strom produziert habe, wodurch die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung der Anlagen (Mindeststromproduktion) nicht erreicht worden seien, und hielt fest, die zu viel erhaltene Vergütung sei mit der nächsten Abrechnung zurückzuerstaten. Gleichentags orientierte die Swissgrid betreffend beide Anlagen über die auf dem Marktpreis basierenden Vergütungssätze für das Jahr 2016.

**C.**

**C.a** Am 24. November 2017 beantragte die A. \_\_\_\_\_ GmbH der Swissgrid, die Vergütungssätze der beiden Kleinwasserkraftwerke ab dem Jahr 2016 auf die bisherigen Tarife 29.8 Rp./kWh («C. \_\_\_\_\_») resp. 30.7 Rp./kWh («D. \_\_\_\_\_») festzusetzen. Ausserdem sei die zuletzt nicht vollständig ausbezahlte Vergütung für die Produktion der beiden Anlagen unverzüglich auszuzahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit wann rechtens.

**C.b** Die Pronovo AG nahm die Eingabe als Wiedererwägungsgesuch entgegen. Mit Entscheid vom 25. Mai 2018 verfügte sie, die beiden Kleinwasserkraftwerke würden für das Jahr 2016 auf dem Marktpreis verbleiben und die Mindestproduktion des Kleinwasserkraftwerks «C. \_\_\_\_\_» betrage (aufgrund der Erfüllung des Investitionskriteriums) 107'406 kWh/Jahr.

**C.c** Mit Beschwerde an die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) vom 27. Juni 2018 beantragte die A. \_\_\_\_\_ GmbH die Aufhebung des Entscheids vom 25. Mai 2018, die Festsetzung der KEV-Vergütungssätze ab dem Jahr 2016 in der bisherigen Höhe und die vorsorgliche Wiederaufnahme der Zahlung der ursprünglich zugesicherten Einspeisevergütung inkl. der Ausbezahlung der zu Unrecht zurückbezahlten und verrechneten Vergütung zzgl. Zins.

**C.d** Die Pronovo AG, an die die ElCom die Sache am 7. August 2018 zuständigkeithalber überwies, wies die Einsprache der A. \_\_\_\_\_ GmbH mit Entscheid vom 24. Oktober 2018 ab.

Zur Begründung führte sie aus, die Voraussetzungen für die Gewährung vorsorglicher Massnahmen seien nicht erfüllt. Im Übrigen handle es sich bei beiden Wasserkraftwerken um sog. erheblich erweiterte oder erneuerte

Anlagen. Die A. \_\_\_\_\_ GmbH habe von der für solche Anlagen erforderlichen Mindeststromproduktion Kenntnis gehabt. Wessen Anlage in einem Jahr diese Voraussetzung nicht erfülle, erhalte für das betreffende Jahr keine KEV. Eine Härtefallregelung oder ein anderweitiges Ermessen sei rechtlich nicht vorgesehen. Deshalb sei auch bei knappem Nichteinhalten der Mindestproduktion die Marktpreissetzung anzuwenden. Der definitive Tarif für das Jahr 2017 werde nach Eintreten der Rechtskraft des vorliegenden Verfahrens in einem separaten Verfahren verfügt; bis dahin erfolge die Auszahlung des Marktpreises.

#### **D.**

Mit Eingabe vom 16. November 2018 erhebt die A. \_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Darin beantragt sie, der Einspracheentscheid der Pronovo AG (nachfolgend: Vorinstanz) vom 24. Oktober 2018 sei aufzuheben. Für das Kleinkraftwerk «C. \_\_\_\_\_» sei der auf Basis des Bescheids vom 1. Juli 2011 festgelegte KEV-Vergütungssatz in der bisherigen, vor vollzogener Marktpreisfestsetzung vergüteten Höhe von 29.8 Rp./kWh (angepasster Vergütungssatz 2015) definitiv und für die gesamte verbleibende Vergütungsdauer bis Ende des Jahres 2036 festzusetzen. Für das Kleinwasserkraftwerk «D. \_\_\_\_\_» sei der auf Basis des Bescheids vom 1. Oktober 2015 festgelegte KEV-Vergütungssatz in der bisherigen, vor vollzogener Marktpreisfestsetzung vergüteten Höhe von 30.7 Rp./kWh (angepasster Vergütungssatz 2015) definitiv und für die gesamte verbleibende Vergütungsdauer bis Ende des Jahres 2040 festzusetzen. Die Vorinstanz sei überdies anzuweisen, die Einspeisevergütung nach Massgabe der genannten KEV-Vergütungssätze wieder aufzunehmen und die bis zum Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Zahlungen zu Unrecht einbehaltene und/oder verrechnete Einspeisevergütung zuzüglich Zins zu 5% seit wann rechtens nachzubezahlen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht die Beschwerdeführerin um vorsorgliche Anweisung der Vorinstanz, die Zahlung der zugesicherten Einspeisevergütung ohne Verzug wiederaufzunehmen und darüber hinaus die bis zum Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Zahlungen zu Unrecht einbehaltene und/oder verrechnete Einspeisevergütung zuzüglich Zins zu 5% seit wann rechtens nachzubezahlen. Schliesslich beantragt sie den Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten und die Zusprechung einer Parteientschädigung.

Ihre Begehren begründet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen damit, dass sich der Entscheid bezüglich der Marktpreissetzung nicht auf eine gültige Rechtsgrundlage stütze, dass in den positiven KEV-Entscheiden

der festgelegte Vergütungssatz von keiner Mindeststromproduktion abhängig gemacht worden sei, und dass sie auf konstante Ausrichtung der zugesicherten Entschädigung vertraut habe.

#### **E.**

Am 12. Dezember 2018 reicht die Vorinstanz ihre Vernehmlassung zum vorsorglichen Verfahrensantrag ein. Mit Zwischenverfügung vom 14. Januar 2019 weist der Instruktionsrichter das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme mangels Vorliegens eines Anordnungsgrundes und aufgrund der Identität des vorsorglichen Antrags mit dem Begehren in der Hauptsache ab.

#### **F.**

Am 11. Februar 2019 reicht die Vorinstanz ihre Vernehmlassung mitsamt den Akten ein und ersucht um Abweisung der Beschwerde.

#### **G.**

Mit Eingaben vom 18. März 2019 und vom 26. April 2019 reichen die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz ihre Schlussbemerkungen ein.

#### **H.**

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit relevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Beim Einspracheentscheid vom 24. Oktober 2018 betreffend die KEV zugunsten der Anlagen «C. \_\_\_\_\_» und «D. \_\_\_\_\_» handelt es sich um eine Verfügung in diesem Sinne und die Pronovo AG ist eine Vorinstanz nach Art. 33 Bst. h VGG, deren Verfügungen gemäss Art. 63 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 66 Abs. 2 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG, SR 730) beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht ersichtlich (vgl. dazu Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2** Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin des Einspracheentscheids sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.3** Der Streitgegenstand umfasst das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann grundsätzlich nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl. 1998, Rz. 403 f.).

**1.3.1** Zwischen den Parteien ist strittig, ob die Entschädigung für die Leistung der beiden Wasserkraftwerke der Beschwerdeführerin bereits mit Bescheiden vom 2. Mai 2017 rechtskräftig auf den Marktpreis gesetzt wurde und inwieweit das Gericht die Marktpreissetzung im Rahmen der vorliegenden Beschwerde überprüfen kann.

**1.3.2** Die Beschwerdeführerin spricht den Entscheiden vom 2. Mai 2017 den Verfügungscharakter ab. Dazu führt sie aus, die Swissgrid sei im Mai 2017 selbst nicht davon ausgegangen, dass sie Verfügungen erlassen könne. Erst mit dem Urteil des Bundesgerichts 1C\_532/2016 vom 21. Juni 2017 sei die Verfügungskompetenz der Swissgrid/Pronovo AG in solchen Angelegenheiten höchstrichterlich geklärt und festgestellt worden. Den Bescheiden fehle es überdies an einer Bezeichnung als Verfügung und einer inhaltlichen Begründung. Die fraglichen Schreiben hätten demnach keinen rechtsrelevanten Fristenlauf auslösen können. In der Verfügung vom 25. Mai 2018 habe die Vorinstanz das Gesuch vom 24. November 2017 trotz des Vorliegens der Bescheide vom 2. Mai 2017 materiell geprüft. Demnach seien bis heute die Marktpreisfestsetzungen weder formell noch materiell rechtmässig eröffnet bzw. verfügt worden, geschweige denn in Rechtskraft erwachsen.

**1.3.3** Die Vorinstanz hält diesen Ausführungen entgegen, die Bescheide vom 2. Mai 2017 seien individuell an die Beschwerdeführerin gerichtet und regelten eine verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung, indem die Marktpreissetzung für die Anlagen „C. \_\_\_\_\_“ und „D. \_\_\_\_\_“ bestimmt werde. Es werde aufgezeigt, wie hoch jeweils die Mindestproduktion sein müsse und wie hoch die tatsächliche Produktion ausgefallen sei. In der Folge werde ausgeführt, dass aufgrund der zu geringen Produktion die Anlagen rückwirkend auf den Marktpreis gesetzt würden. Weiter enthielten

die Schreiben die Rechtsmittelbelehrung betreffend eine Beschwerdemöglichkeit an die ECom innert 30 Tagen. Erst nach Ablauf der ungenutzt verstrichenen Beschwerdefrist sei mit Rechnung vom 28. Juni 2017 die angekündigte Marktpreissetzung vollzogen worden.

**1.3.4** Eine Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (Art. 5 VwVG; vgl. UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 5 Rz. 20 m.w.H.). Im Falle von Unklarheiten über den Verfügungscharakter eines Schreibens ist nicht massgebend, ob die Verwaltungshandlung als Verfügung gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht, sondern ob die Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (BVGE 2016/20 E. 1.2.1; BVGE 2009/43 E. 1.1.4 ff.; Urteil des BVGer A-5752/2018 vom 20. November 2018 E. 2.2.1). Die Bescheide vom 2. Mai 2017 wurden durch die Swissgrid hoheitlich erlassen (vgl. das von der Beschwerdeführerin angeführte Urteil des Bundesgerichts 1C\_532/2016 vom 21. Juni 2017 E. 2.3.2). Sie beziehen sich auf die KEV-Projekte [...] («C. \_\_\_\_\_») resp. [...] («D. \_\_\_\_\_») und richten sich an die Beschwerdeführerin. Sie stützen sich auf Bundesrecht und halten verbindlich fest, dass die Anforderungen an die Gewährung der KEV für das Jahr 2016 nicht erfüllt sind, weshalb die Anlagen auf den Marktpreis gesetzt würden und die zu viel erhaltene Vergütung zurückzuerstatten sei. Damit enthalten die Bescheide eine auf Rechtswirkungen ausgerichtete Anordnung. Obwohl sie nicht als Verfügungen bezeichnet wurden, musste die Beschwerdeführerin den Verfügungscharakter erkennen, zumal sie eine Rechtsmittelbelehrung enthalten (vgl. UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 38 Rz. 14). Zwar wurden die Bescheide knapp begründet, doch lassen sich ihnen die Überlegungen entnehmen, von denen sich die Swissgrid hat leiten lassen; insofern wäre der Beschwerdeführerin eine sachgerechte Anfechtung möglich gewesen.

Nach dem Gesagten sind die Bescheide vom 2. Mai 2017 als Verfügungen nach Art. 5 VwVG zu qualifizieren.

**1.3.5** Die Beschwerdeführerin gelangte gegen die Bescheide vom 2. Mai 2017 nicht innert der Frist gemäss Rechtsmittelbelehrung an die ECom. Insofern nahm die Vorinstanz die Eingabe vom 24. November 2017 betreffend die definitive Festlegung der Vergütungssätze ab dem Jahr 2016 –

welches Jahr die Verfügungen vom 2. Mai 2017 regeln – zu Recht als Wiedererwägungsgesuch entgegen. Aus dem Wiedererwägungsentscheid vom 25. Mai 2018 und dem Einspracheentscheid vom 24. Oktober 2018 ergibt sich, dass die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch materiell eingetreten ist und die Erfüllung der KEV-Kriterien sowie die Frage der Zulässigkeit der Marktpreisfestsetzung für das Jahr 2016 erneut geprüft hat. Eine Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör resultiert daraus entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift nicht.

**1.3.6** Zusammenfassend ist entsprechend dem Inhalt des vorinstanzlichen Verfahrens auch durch das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob ab dem Jahr 2016 definitive Vergütungssätze festgelegt werden können resp. ob die Vorinstanz die KEV richtigerweise von einer Mindeststromproduktion abhängig macht und die Swissgrid die Anlagen «C. \_\_\_\_\_» und «D. \_\_\_\_\_» zufolge Nichterreichens der ermittelten Werte im Jahr 2016 zu Recht auf den Marktpreis setzte.

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

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 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** Gemäss Art. 89 Abs. 1 BV setzen sich der Bund und die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine umweltverträgliche Energieversorgung ein. Art. 1 Abs. 2 EnG 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. Dieselben Ziele verfolgte bereits das vormalige Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (aEnG, vgl. dort Art. 1 Abs. 2).

**3.2** Mit dem per 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Art. 7a aEnG (AS 2007 3425) hat der Gesetzgeber zur Förderung der Stromerzeugung mit erneuerbaren Energien besondere Anschlussbedingungen für Neuanlagen eingeführt. Demnach sind Netzbetreiber unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet, die gesamte Elektrizität, die aus Neuanlagen unter anderem durch die Nutzung von Wasserkraft gewonnen wird, abzunehmen. Dabei richtet sich die Vergütung nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen (sog. kostendeckende Einspeisevergütung [KEV]).

**3.3** Mit der Revision vom 14. März 2008 der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (aEnV, AS 2008 1223) hat der Bundesrat die Anschlussbedingungen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien nach Art. 7a aEnG näher geregelt (Art. 3 ff. aEnV). Die konkrete Höhe der Vergütungssätze für die verschiedenen Technologien lässt sich aufgrund der in den Anhängen zur aEnV festgesetzten Grundlagen berechnen und erfolgt schematisch, nicht abgestimmt auf eine individuelle Anlage (Art. 3b aEnV). Die Einzelheiten sind gesondert für die Anlagentypen in den Anhängen zur aEnV geregelt (für Wasserkraftwerke vgl. Anhang 1.1).

**3.4** Für die Administration der KEV waren die Vorinstanz resp. die Swissgrid verantwortlich (Art. 63 f. EnG; Art. 3g ff. aEnV). Sie wickelte namentlich das Zulassungsverfahren zur KEV und deren Auszahlung ab. Das Anmelde- und Bescheidverfahren wurde durch die Anmeldung bei der nationalen Netzgesellschaft Swissgrid eingeleitet (Art. 3g aEnV). Die Anmeldung enthielt unter anderem Angaben zur Kategorie der Anlage, zur erwarteten jährlichen Produktion und zum geplanten Inbetriebnahmedatum. Die Netzgesellschaft prüfte anschliessend, ob die Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind, teilte das Resultat der Prüfung dem Antragsteller in einem Bescheid mit (Art. 3g Abs. 3 aEnV) und orientierte diesen nach der definitiven Aufnahme in die KEV über den Vergütungssatz (Art. 3h Abs. 3 EnV). Für Wasserkraftwerke wurden die Vergütungssätze nach jedem Kalenderjahr rückwirkend definitiv festgesetzt und entsprechend der Stromproduktion jährlich angepasst (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 3 aEnV).

**3.5** Mit Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes vom 30. September 2016 per 1. Januar 2018 wurde das bisher geltende System der kostendeckenden Einspeisevergütung in ein kostenorientiertes Einspeisevergütungssystem (EVS) mit Direktvermarktung umgewandelt.

#### 4.

Da die Anlagen der Beschwerdeführerin in den Jahren 2011 und 2015 in die KEV aufgenommen wurden, sind die Förderungsvoraussetzungen nach altem Recht zu definieren.

Das aEnG und die aEnV unterscheiden zwischen Neuanlagen im engeren Sinn (komplette Neuanlagen) und erheblich erweiterten oder erneuerten Anlagen. Die Vergütung letzterer nach der KEV ist nach der aEnV anders als die Vergütung bei Neuanlagen an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft (vgl. sogleich E. 4.1). Da die Definition der Anlagen der Beschwerdeführerin strittig ist und der Unterscheidung massgebliche Bedeutung zukommt, ist vorfrageweise zu prüfen, ob es sich bei den beiden Anlagen «C. \_\_\_\_\_» und «D. \_\_\_\_\_» um Neuanlagen im engeren Sinn oder um erheblich erweiterte oder erneuerte Anlagen handelt.

**4.1** Art. 7a Abs. 1 letzter Satz aEnG (in Kraft seit 1. Januar 2009, AS 2007 3425, bis 31. Dezember 2017) hält fest, dass als Neuanlagen (im weiteren Sinn) Anlagen gelten, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert werden. Art. 3a aEnV definiert als bundesrätliche Ausführungsbestimmung zu Art. 7a aEnG die erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage. In der Version der aEnV vom 1. Januar 2009 (AS 2008 1223) galten als erheblich erweitert oder erneuert einerseits Anlagen, bei denen die Neuinvestitionen mindestens 50 Prozent der für eine Neuanlage erforderlichen Investitionen ausmachten, nach Abzug der durch behördliche Auflagen bedingten Produktionseinschränkungen mindestens gleichviel Elektrizität wie bisher erzeugt wurde und deren Amortisationsdauer nach den Anhängen 1.1–1.5 zu zwei Dritteln abgelaufen war (anrechenbar sind die Investitionen der letzten fünf Jahre vor Inbetriebnahme; Bst. a, *Investitionskriterium*). Andererseits galten Anlagen als erheblich erweitert oder erneuert, wenn die Elektrizitätserzeugung gemäss den Anforderungen nach den Anhängen 1.1–1.5 gesteigert wird (Bst. b, *Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung*). Ziff. 1.2.1 des Anhangs 1.1 aEnV in der Version vom 1. Januar 2009 (Anschlussbedingungen für Kleinwasserkraftwerke) hielt fest, dass Anlagen als erheblich erweitert oder erneuert im Sinne von Art. 3a lit. b aEnV gelten, die verglichen mit dem Durchschnitt der zwei letzten vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2006 ihre Elektrizitätsproduktion um mindestens 20 Prozent steigerten (Bst. a) oder vor dem 1. Januar 2006 stillgelegt wurden und bei der Wiederinbetriebnahme ihre Elektrizitätsproduktion verglichen mit den letzten zwei vollen Betriebsjahren vor der Stilllegung um mindestens 10 Prozent steigerten (Bst. b). Per

1. Oktober 2011 (AS 2011 4067) wurde Art. 3a aEnV dahingehend geändert, dass für das Kriterium der Elektrizitätsproduktionssteigerung zum Vergleich die letzten fünf vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2010 massgeblich waren (Abs. 2).

**4.2** Hinsichtlich der Anlage «C.\_\_\_\_\_» präsentiert sich die Situation wie folgt:

**4.2.1** Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass es sich um eine Neuanlage im engeren Sinn handelt. Dies begründet sie damit, dass im Zeitpunkt des Kaufs am Standort des heutigen Kraftwerks keine Anlage in Betrieb gewesen sei. Der Betrieb der früheren Anlage an diesem Kanal sei aus technischen Gründen und altershalber eingestellt worden. Die Anlage habe durch die Beschwerdeführerin neu erstellt werden müssen. Sie habe keinen laufenden Anlagenbetrieb übernommen, sondern von Grund auf in den Betrieb einer eigenen, neuen Anlage investiert. Erweitert und erneuert werden könne nur, was zumindest in gebrauchstauglichem Zustand sei. Dies belege auch der erläuternde Bericht zum Entwurf der Energieverordnung vom 27. Juni 2007, wonach bereits früher in Betrieb genommene Anlagen in den Genuss einer Vergütung kommen sollen, wenn sie wesentlich erweitert oder erneuert werden, damit sich die Erneuerung oder Erweiterung lohne resp. deren Stilllegung vermieden werden könne (vgl. Änderungen der Energieverordnung: Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, Beschwerdebeilage 32, S. 6). Das Instrument der finanziellen Unterstützung nach Art. 3a aEnV komme somit nur dort in Frage, wo eine Anlage noch in Betrieb sei.

**4.2.2** Die Vorinstanz stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass die Anlage «C.\_\_\_\_\_» nicht als Neuanlage im engeren Sinn, sondern als erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage zu qualifizieren sei. Weder Gesetz noch Verordnung würden unterscheiden, ob die Anlage bis zur Erweiterung oder Erneuerung in Betrieb gewesen sei oder nicht. Vielmehr sei zu beurteilen, ob an diesem Standort bereits eine Anlage gestanden habe oder nicht. Das von der Beschwerdeführerin an Swissgrid eingereichte Dokument «Auflistung der wichtigsten Merkmale» (vgl. vorinstanzliche Akten «C.\_\_\_\_\_» [nachfolgend: Vi-act. RK] 12) zeige, dass zwischen 2001 und 2008 Erneuerungen und Sanierungen der Anlage vorgenommen worden seien. Seit 1999 habe diese zudem offensichtlich Strom ins Netz einspeist (vgl. Vi-act. RK 12, Energielieferung 30. September 1999 bis 12. Februar 2009).

**4.2.3** Aus den in Art. 7a Abs. 1 aEnG verwendeten Begriffen "erheblich erweitert und erneuert" bzw. "notablement agrandies ou rénovées" sowie "ampliati considerevolmente o rinnovati" geht hervor, dass bei solchen Anlagen jeweils auf etwas bereits Bestehendem aufgebaut wird und dieses weitergeführt wird, entweder mit etwas Zusätzlichem oder mit neuen Bestandteilen (vgl. das Urteil des BVGer A-2768/2014 vom 30. April 2015 E. 4.6.3.2).

**4.2.4** Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin in der Anmeldung zur KEV vom 13. Mai 2009 wurde die ursprünglich bestehende Anlage am (...)kanal 1857 gebaut und am 19. März 1990 stillgelegt (Vi-act. RK 1 Ziff. 28 f.). Eine Wiederinbetriebnahme erfolgte am 3. März 1999 (Vi-act. RK 1 Ziff. 31). In einem Beilagenbericht vom 12. Mai 1999 wird eine erste Renovationsetappe beschrieben. Demnach hat die Beschwerdeführerin das stillstehende Kleinwasserkraftwerk 1997/98 erworben und seither wieder in Betrieb gesetzt. Ziel sei es gewesen, «defekte Teile auszuwechseln oder zu reparieren und das Kraftwerk unter Beibehaltung der vorhandenen Einrichtungen in einen unüberwachten Betrieb zu setzen» (Vi-act. RK 1, Beilage Wasserrecht Nr. [...] (...)kanal). Insbesondere sei die Anlage mit einem neuen Steuer- und Schaltschrank ausgerüstet worden. Die Wiederinstandstellung und Inbetriebsetzung dürfe als erfolgreich beurteilt werden (Vi-act. RK 1, Beilage Wasserrecht Nr. [...] (...)kanal). In einer Beilage zur Beglaubigung der Anlage wird diese Etappe als «Sanftrevision» bezeichnet (vgl. Vi-act. RK 12, Auflistung der wichtigsten Merkmale). Es folgten der Einbau weiterer neuer Teile: Rechen- und Kettenradarme inkl. Lager, Begehungsbrücke und Vorrechen sowie Dammverstärkungen im Jahr 2000; Auswechslung des Hauptrechens 2001; Revision des Generators 2002; Reparatur der Turbine und Lagerrevision inkl. neuem Leitapparat 2003; neue Steuerkabelverbindung 2004; neuer Generatorblock mit zwei Lagerblöcken 2005; Kanalaushub 2006; Lagerrevision der Turbine und neue Treppe zu Rechenanlage 2007 sowie Einbau eines neuen Generators 2008 (vgl. Vi-act. RK 12, Auflistung der wichtigsten Merkmale). Eine weitere Überholung der Anlage erfolgte gemäss einem Bericht der Electro-suisse vom 19. August 2011 im Jahr 2010. Demnach wurden «nach einem 2. Achsbruch im Jahre 2010 (...) die Turbine und der Generator ausgetauscht und die Einlaufbauwerke verstärkt (...) Die Inbetriebnahme der neuen Anlage erfolgte am 27.9.2010 (...)» (Vi-act. RK 12, Bericht über die Inspektion vom 12. August 2011; vgl. auch Vi-act. RK 20).

**4.2.5** Das aEnG nennt als Stichtag für die Förderung von Neuanlagen im weiteren Sinn den 1. Januar 2006. Gefördert werden sollen Anlagen, die

ab diesem Datum neu gebaut oder erheblich erweitert oder erneuert wurden (vgl. in diesem Sinne Amtliches Bulletin des Ständerates AB 2006 S 823; Beschwerdebeilage 32, S. 6). Die Anlage «C.\_\_\_\_\_» war gemäss den vorinstanzlichen Akten in den 1990er Jahren während rund neun Jahren stillgelegt, wurde jedoch sieben Jahre vor dem Stichtag wieder in Betrieb genommen und etappenweise erneuert. Das Datum des Kaufs der Anlage durch die Beschwerdeführerin ist für die Einordnung unerheblich; vielmehr ist nach dem Gesagten massgeblich, ob nach dem 1. Januar 2006 eine Neuanlage erstellt respektive erhebliche Renovationen vorgenommen wurden. Die Anlage «C.\_\_\_\_\_» war gemäss den Akten am 1. Januar 2006 in Betrieb (vgl. etwa Vi-act. RK 12, Energielieferung 30. September 1999 bis 12. Februar 2009). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, nach dem 1. Januar 2006 die Anlage komplett abgebrochen zu haben. Dementsprechend meldete sie auch eine erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage zur KEV an (vgl. Vi-act. RK 1 Ziff. 24). In den Jahren 2008 und 2010 wurden insb. Turbine und Generator ausgetauscht, was eine wesentliche Erneuerung der bestehenden Anlage darstellt. Etwas anderes lässt sich auch aus dem KEV-Bescheid vom 1. Juli 2011 nicht ableiten. Darin stellte die Swissgrid fest, die Anlage gelte als Neuanlage im Sinne von Art. 7a Abs. 1 aEnG (Vi-act. RK 8). Da diese Bestimmung auch erheblich erweiterte oder erneuerte Anlagen als Neuanlagen bezeichnet, kann daraus nicht geschlossen werden, die Vorinstanz sei von einer Neuanlage im engeren Sinn ausgegangen.

Zusammenfassend erweist sich die Anlage «C.\_\_\_\_\_» nicht als Neuanlage im engeren Sinn, sondern ist allenfalls als erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage nach Art. 3a aEnV zu beurteilen.

**4.3** Hinsichtlich der Anlage «D.\_\_\_\_\_» ergibt sich Folgendes:

**4.3.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei der Anlage «D.\_\_\_\_\_» handle es sich ebenfalls um eine Neuanlage im engeren Sinn. Sie habe keinen laufenden Betrieb übernommen und die frühere Anlage aus dem Jahr 1941 habe weder erweitert noch erneuert werden können. Sie habe rund Fr. 600'000.– in den Bau eines neuen Ausleitkraftwerks investiert und insofern eine komplett neue Anlage erstellt. Dies ergebe sich sowohl aus den Beilagen im KEV-Anmeldeverfahren als auch aus dem positiven KEV-Bescheid der Swissgrid vom 1. Oktober 2015. Die KEV sei somit voraussetzungslos geschuldet.

**4.3.2** Die Vorinstanz entgegnet, aufgrund der Inbetriebnahmedaten der Anlage «D. \_\_\_\_\_» (erstmals am 14. März 1941 und durch die Beschwerdeführerin am 31. August 2015) könne es sich nicht um eine Neuanlage handeln. Dies entspreche auch den Angaben der Beschwerdeführerin in der Anmeldung. Aus den Akten könne ebenfalls nicht abgeleitet werden, dass eine komplett neue Anlage errichtet worden sei.

**4.3.3** In der Anmeldung zur KEV vom 13. Februar 2013 gab die Beschwerdeführerin an, die ursprüngliche Anlage stamme aus dem Jahr 1941 (vorinstanzliche Akten «D. \_\_\_\_\_» [nachfolgend: Vi-act. HL] 2 Ziff. 25). Sie sollte am 12. September 2013 (wieder) in Betrieb genommen werden (Vi-act. HL 1 Ziff. 38). Aus der Übertragung der Wasserkraftkonzession vom vormaligen Konzessionär an die Beschwerdeführerin vom 18. März 2014 ergibt sich, dass die Anlage im damaligen Zeitpunkt sanierungsbedürftig und stillgelegt war. Weiter wird ausgeführt, die Beschwerdeführerin werde das Kraftwerk maschinell umfassend erneuern; die Wiederaufnahme des Betriebes solle noch im Jahr 2014 erfolgen (Vi-act. HL 4). Mit Beglaubigungsbericht vom 7. September 2015 meldete Electrosuisse, dass die Anlage am 31. August 2015 in Betrieb genommen worden sei (Vi-act. HL 8 S. 1). Am 16. September 2015 reichte die Beschwerdeführerin eine Übersicht über die Gesamtinvestitionen in den Jahren 2013 bis 2015 ein (Vi-act. HL 9). Auch die Anlage «D. \_\_\_\_\_» meldete sie als erweiterte oder erneuerte Anlage zur KEV an (Vi-act. HL 2 Ziff. 24). Erst in einem Schreiben vom 12. Juli 2017 teilte sie mit, die Angabe sei fehlerhaft gewesen; die Anlage sei ersetzt worden. Geblieben seien einzig der Kanal und das Turbinengehäuse. Das Kraftwerk sei vom vormaligen Besitzer Ende 2012 stillgelegt worden (Vi-act. HL 18).

**4.3.4** Die aEnV in der Fassung vom 1. Januar 2009 (AS 2008 1223) unterschied im Anhang zwischen Anlagen, die vor dem 1. Januar 2006 in Betrieb waren und darüber hinaus weitergeführt wurden (Anhang 1.1 Ziff. 1.2 Bst. a) und solchen, die vor dem 1. Januar 2006 stillgelegt und danach wieder in Betrieb genommen wurden (Anhang 1.1 Ziff. 1.2 Bst. b). Beide wurden als erheblich erweiterte oder erneuerte Anlagen eingestuft und waren förderberechtigt, sofern sie ihre Elektrizitätsproduktion im Vergleich zu den letzten zwei vollen Betriebsjahren vor dem 1. Januar 2006 um 20% bzw. im Vergleich zu den letzten zwei vollen Betriebsjahren vor der Stilllegung um 10% steigern konnten. Auch wenn auf die Anlage «D. \_\_\_\_\_» diese Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen (vgl. nachfolgend E. 5.5), lässt sich daraus doch ableiten, dass eine stillgelegte Anlage, deren

Betrieb zu einem späteren Zeitpunkt mit neuen Komponenten wiederaufgenommen wird, nach dem Willen des Ordnungsgebers nicht ohne Weiteres als Neuanlage zu qualifizieren ist. Aus der Übersicht über die Investitionskosten 2013/2014/2015 wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin die vormalige, Ende 2012 stillgelegte Anlage «D.\_\_\_\_\_» für Fr. 390'000.– erworben hat. Grössere Investitionen umfassten gemäss der Aufstellung der Beschwerdeführerin ein Laufrad, Welle und Lager, einen Generator und einen Frequenzumrichter sowie Maurer- und Elektroarbeiten. Die gesamten geltend gemachten Investitionen (inkl. Kosten für die Beglaubigung, Fahrspesen etc.) abzüglich der Kaufkosten betragen Fr. 165'074.55, hinzu kamen Wasserbaukosten von 58'300.– (Vi-act. HL 9). Daraus folgt, dass die Anlage nicht vollumfänglich neu erstellt wurde und die vormalige Anlage noch einen gewissen Wert hatte.

Nach dem Gesagten ist auch die Anlage «D.\_\_\_\_\_» keine Neuanlage im engeren Sinn, sondern nach Art. 3a aEnV allenfalls als erheblich erweiterte oder erneuerte Anlage zu beurteilen.

**4.4** Die Einstufung von Anlagen als erheblich erweitert oder erneuert und damit die Gewährung der KEV bedingt die Erfüllung mindestens eines der beiden Kriterien gemäss Art. 3a aEnV. Nach übereinstimmenden Äusserungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz erfüllen beide Wasserkraftwerke sowohl das Investitionskriterium als auch das Elektrizitätssteigerungskriterium (vgl. insb. Vi-act. RK 36 Ziff. 4 S. 6 f.; Vi-act. HL 11). Die Anlagen «C.\_\_\_\_\_» und «D.\_\_\_\_\_» sind daher beide als erheblich erneuerte oder erweiterte Anlagen gemäss Art. 7a aEnG i.V.m. Art. 3a aEnV zu qualifizieren.

## **5.**

Die Vorinstanz geht davon aus, dass mindestens eines der Kriterien gemäss Art. 3a aEnV jedes Jahr erfüllt sein muss und die Vergütung der Anlagen der Beschwerdeführerin demnach von einer jährlichen Mindeststromproduktion gemäss den Vorgaben von Art. 3a aEnV abhängt. Werde diese Mindestproduktion nicht erreicht, seien die Anlagen grundsätzlich auf den Marktpreis zu setzen und die erhaltene Vergütung sei zurückzuerstatten. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies und macht geltend, insb. betreffend die Anlage «C.\_\_\_\_\_» gelte keine jährlich zu erreichende Mindeststromproduktion, zumal die Möglichkeit der Setzung auf den Marktpreis und der Rückforderung von bereits ausbezahlter KEV erst nach Erlass des definitiven KEV-Bescheids in Kraft getreten sei. Für beide Anlagen

sei sodann die Einhaltung von Mindeststromproduktionen nicht rechtsgültig verfügt worden.

In einem nächsten Schritt ist daher das materiell auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbare Recht zu bestimmen.

**5.1** Die geltenden Rechtsgrundlagen im Zeitpunkt der Anmeldung der Anlage «C.\_\_\_\_\_» zur KEV und des definitiven KEV-Bescheids kannten keine Sanktionen für Anlagen, die das Investitions- und das Elektrizitätsproduktionssteigerungskriterium nach Erlass des Förderbescheids nicht mehr erfüllten. Am 1. Oktober 2011 traten für den vorliegenden Fall wichtige Änderungen der aEnV in Kraft (AS 2011 4067). Insb. wurden die Art. 3i<sup>ter</sup> bis 3j<sup>quinquies</sup> aEnV neu in die aEnV aufgenommen. Diese Bestimmungen regeln den Sachverhalt, dass eine zur KEV zugelassene Anlage nachträglich die Mindestanforderungen nicht mehr erfüllt (vgl. das Urteil des BVGer A-2768/2014 vom 30. April 2015 E. 4.6.3.1).

**5.1.1** Aus Art. 3i<sup>ter</sup> aEnV ergibt sich, dass die Anhänge 1.1 bis 1.5 (vgl. insb. Anhang 1.1 betr. Kleinwasserkraftanlagen) Mindestanforderungen enthalten (Abs. 1). Wer diese nicht einhält, bekommt einstweilen keine Vergütung mehr. Die Anlage wird für die betreffende Beurteilungsperiode rückwirkend auf den jeweiligen Marktpreis gesetzt. Die zu viel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Abs. 2; vgl. Art. 3f Abs. 3 aEnV). Werden die Mindestanforderungen wieder eingehalten, so wird die Vergütung am Ende des Kalenderjahres ohne Zins nachbezahlt (Abs. 3). Liegen Gründe vor, für die der Produzent nicht einzustehen hat, so kann er gegenüber der nationalen Netzgesellschaft darlegen, mit welchen Massnahmen er erreichen will, dass die Mindestanforderungen wieder eingehalten werden. Die nationale Netzgesellschaft kann ihm eine angemessene Frist für Massnahmen einräumen und allenfalls Auflagen machen (Abs. 4). Sind die Mindestanforderungen nach Ablauf der eingeräumten Frist nicht während einer ganzen Beurteilungsperiode eingehalten worden, so wird die Anlage für die Zeit nach Ablauf der Frist rückwirkend auf den jeweiligen Marktpreis gesetzt. Die zu viel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Abs. 5).

**5.1.2** Art. 3j<sup>quater</sup> Abs. 1 aEnV bestimmt, dass Art. 3i<sup>ter</sup> Abs. 2 und 3 sinngemäss zur Anwendung kommen, wenn die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung während einem Kalenderjahr nicht eingehalten werden. Liegen Gründe vor, für die der Produzent nicht einzustehen hat, sind aber Massnahmen möglich, damit die Anforderungen wieder eingehalten werden, gilt Art. 3i<sup>ter</sup> Abs. 4 und 5 sinngemäss (Abs. 2). Liegen

solche Gründe vor und sind keine Massnahmen zur Behebung möglich, so kann die nationale Netzgesellschaft die Vergütung für eine angemessene Zeit weiterhin leisten; diese Zeit darf höchstens einen Fünftel der Vergütungsdauer betragen. Danach wird die Anlage für die Zeit, während der die Anforderungen nicht eingehalten werden, auf den Marktpreis gesetzt (Abs. 3).

**5.1.3** Art. 3<sup>quinquies</sup> Abs. 1 aEnV sieht schliesslich vor, dass der Anspruch auf Vergütung vorzeitig erlischt, wenn die Mindestanforderungen wiederholt nicht eingehalten worden sind und die Anlage deswegen drei Kalenderjahre in Folge für mindestens eine Beurteilungsperiode auf den Marktpreis gesetzt worden ist (Bst. a), die Mindestanforderungen ein Jahr nach Ablauf der nach Art. 3<sup>ter</sup> Abs. 4 eingeräumten Frist nicht eingehalten werden (Bst. b) oder die Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung nach Art. 3a Abs. 1 Bst. b oder Abs. 2 ab der Inbetriebnahme während mindestens zwei der ersten vier Kalenderjahre nicht eingehalten werden (Bst. c).

**5.1.4** Übergangsbestimmungen betreffend die Anwendbarkeit der Art. 3<sup>ter</sup> bis 3<sup>quinquies</sup> aEnV existieren keine.

**5.2** Mit der Totalrevision des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (in Kraft getreten per 1. Januar 2018) wurde der Ausbau der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien weiter vorangetrieben.

Eine der vorgesehenen Massnahmen war u.a. die Optimierung der Vergütungssätze. Diese sollten nicht mehr – wie bis anhin – kostendeckend sein, sondern sich neu lediglich an den bei der Inbetriebnahme einer Anlage massgeblichen Gestehungskosten von Referenzanlagen orientieren (vgl. Botschaft Energiestrategie 2050, BBl 2013 7561, 7624 ff.). Zugleich war es dem Gesetzgeber ein Anliegen, die Neuregelung zum Einspeisevergütungssystem schonend einzuführen und die Wertung, wer nach den alten und wer nach den neuen Regeln zu behandeln ist, im Grundsatz selbst vorzunehmen (vgl. Botschaft Energiestrategie 2050, BBl 2013 7696; Urteile des BVGer A-7036/2018 vom 26. August 2019 E. 4.4.2, A-2760/2019 vom 29. Oktober 2019 E. 3.3). Dabei hielt er in Art. 72 Abs. 1 EnG fest, dass Betreibern von Anlagen, die beim Inkrafttreten des Gesetzes bereits eine Vergütung nach bisherigem Recht erhalten, diese weiterhin zusteht (Satz 1). Für den laufenden Betrieb (vgl. Art. 25 ff. der Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien vom

1. November 2017 [EnFV, SR 730.03]) gilt das neue Recht, wobei der Bundesrat abweichende Regelungen vorsehen kann, soweit dies aufgrund von schützenswerten Interessen der Betreiber angezeigt ist (Satz 2). Die EnFV sieht Übergangsbestimmungen für Wasserkraftwerke vor (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 6 EnFV).

**5.3** Die Beschwerdeführerin moniert, die Vorinstanz habe das anwendbare Recht nicht bzw. nicht richtig definiert. Die per 1. Oktober 2011 in Kraft getretenen Bestimmungen zur allfälligen Vergütungsanpassung würden, wenn schon, für jeweils neu in die KEV kommende Anlagen greifen, nicht aber für solche wie das Kraftwerk «C. \_\_\_\_\_», das im damaligen Zeitpunkt schon in Betrieb und in der KEV gewesen sei (vgl. Art. 3d Abs. 2 aEnV [Stand am 1. Juni 2011] i.V.m. Richtlinien des BFE zur kostendeckenden Einspeisevergütung KEV [Version 1.3 vom 1. Oktober 2011], insbesondere zu Art. 3e aEnV [Anpassung der Vergütung], Beschwerdebeilage Nr. 29). Für dieses seien die Bestimmungen im Zeitpunkt der Inbetriebnahme bzw. im Erlasszeitpunkt des positiven KEV-Bescheids massgebend, insb. die aEnV in der Version vom 1. Juni 2011. In Bezug auf das Kraftwerk «D. \_\_\_\_\_» gelte die aEnV in der Version vom 1. Juni 2015. Gemäss den Übergangsbestimmungen und der im wesentlichen gleichen Regelung der Vergütungspflicht im neuen Recht blieben die relevanten Bestimmungen der aEnV auch nach Inkrafttreten der neuen Energiegesetzgebung per 1. Januar 2018 grundsätzlich massgebend (vgl. Art. 72 Abs. 1 EnG).

**5.4** Die Vorinstanz stellt sich ebenfalls auf den Standpunkt, dass für die Anlage «C. \_\_\_\_\_» grundsätzlich die aEnV im Zeitpunkt des positiven Bescheids vom 1. Juni 2011 zur Anwendung komme. Rechtsänderungen nach dem erstinstanzlichen Entscheid seien aber dann zu berücksichtigen, wenn sie auch einen Widerruf rechtfertigen würden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 292 ff.; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 24 Rz. 20). Zur Beurteilung, ob eine Verfügung widerrufen werden könne, sei eine Abwägung zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz vorzunehmen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1227). Diese falle vorliegend zu Gunsten der öffentlichen Interessen am effizienten und sparsamen Mitteleinsatz resp. zu Ungunsten der privaten, vorab finanziellen Interessen am Empfang von Fördergeldern aus. Die Vorinstanz schliesst daraus, dass die Änderungen der aEnV vom 1. Okto-

ber 2011 auf das Kraftwerk «C. \_\_\_\_\_» zur Anwendung kommen. In diesem Zusammenhang führt sie weiter aus, die Beschwerdeführerin sei bereits mit E-Mail vom 3. August 2011 und erneut mit Schreiben vom 26. Februar 2016 darauf hingewiesen worden, dass bei einem Nichterreichen der Mindestproduktion die ausbezahlten Gelder zurückgefordert würden (Vi-act. RK 10, 19). Der Entscheid über die Aufnahme der Anlage «D. \_\_\_\_\_» in das Vergütungssystem, sei mittels definitiven Bescheids am 2. Mai 2016 erfolgt. Für sie gelte demnach die aEnV in der Version vom 1. Januar 2016. Ab dem Jahr 2018 gelte mit Inkrafttreten von Art. 29 Abs. 3 EnFV nur noch die Möglichkeit der Weiterleistung der Vergütung, wenn der Anlagenbetreiber aufzeigen könne, mit welchen Massnahmen er die Mindestanforderungen künftig erreichen möchte.

**5.5** 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-6804/2017 vom 31. Januar 2019 E. 3, A-6131/2017 vom 9. August 2018 E. 4, A-2905/2017 vom 1. Februar 2018 E. 3, je m.w.H.). Für die Beurteilung der zugesicherten KEV ist demnach zunächst grundsätzlich die Rechtslage bei Ergehen der definitiven Bescheide massgeblich, somit betreffend die Anlage «C. \_\_\_\_\_» jene am 1. Juli 2011 (aEnG in der Fassung vom 1. Januar 2011, AS 2010 4285, 5061, 5065; aEnV in der Fassung vom 1. Juni 2011, AS 2011 1955) resp. betreffend die Anlage «D. \_\_\_\_\_» jene am 1. Oktober 2015 (aEnG in der Fassung vom 1. Mai 2014, AS 2014 899; aEnV in der Fassung vom 1. Juni 2015, AS 2015 1415). Die Ansicht der Vorinstanz, wonach der definitive KEV-Bescheid betreffend die Anlage «D. \_\_\_\_\_» erst am 2. Mai 2016 erlassen worden sein soll, ist nicht nachvollziehbar, wurde doch mit Bescheid vom 1. Oktober 2015 (Vi-act. HL 10) die Aufnahme in die KEV angeordnet. Mit dem Schreiben vom 2. Mai 2016 (Vi-act. HL 11) wurden hingegen u.a. die relevanten Verordnungsbestimmungen nachträglich erläutert.

Da am 1. Oktober 2011 die Änderungen der aEnV in Kraft traten, auf die sich die Vorinstanz zur Setzung auf den Marktpreis und die Rückforderung der geleisteten Beiträge stützt, ist die Rechtmässigkeit einer unechten Rückwirkung hinsichtlich der Anlage «C. \_\_\_\_\_» zu prüfen.

**5.5.1** Von unechter Rückwirkung ist in zwei Fällen zu sprechen. Einerseits liegt unechte Rückwirkung bei der Anwendung neuen Rechts auf Dauer Sachverhalte vor. Dies ist gegeben, wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die schon unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauern (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 279; BGE 133 II 97 E. 4.1, 126 V 134 E. 4a). Andererseits spricht man von unechter Rückwirkung, wenn das neue Recht nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten zur Anwendung gelangt, dabei aber in einzelnen Belangen auf Sachverhalte abstellt, die bereits vor Inkrafttreten vorlagen (sog. Rückanknüpfung, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 282; BGE 138 II 465 E. 8.6.5, 126 V 134 E. 4a). Diese Rückwirkung ist bei kantonalen Erlassen und bundesrechtlichen Verordnungen grundsätzlich als zulässig zu erachten, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte bzw. der Grundsatz des Vertrauensschutzes entgegenstehen (BGE 133 II 97 E. 4.1 und 133 II 1 E. 4.3). Sieht hingegen ein Bundesgesetz ausdrücklich oder sinngemäss die unechte Rückwirkung vor oder untersagt es eine solche, ist diese Anordnung gemäss Art. 190 BV für das Gericht zum Vornherein verbindlich und kann nicht überprüft werden (vgl. das Urteil des BVGer A-7036/2018 vom 26. August 2019 E. 4.3.3).

**5.5.2** Die KEV-Zusage stellt kein wohlerworbenes Recht dar, da weder als solches im Gesetz vorgesehen noch durch verwaltungsrechtlichen Vertrag oder die Geschichte begründet (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1238 ff.). Die Anwendung des neuen Rechts kann allenfalls mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes kollidieren, wenn die Betroffenen im Vertrauen auf die Weitergeltung des bisherigen Rechts Dispositionen getroffen haben, die sich ohne Nachteil nicht wieder rückgängig machen lassen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O. Rz. 283). Private können das Prinzip des Vertrauensschutzes gemäss der Rechtsprechung im Fall einer Rechtsänderung ausnahmsweise anrufen, wenn sie durch eine unvorhersehbare Rechtsänderung in schwerwiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige gesetzliche Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit der Anpassung an die neue Rechtslage haben. Auch in einem solchen Fall besteht aber kein Anspruch auf Nichtanwendung des neuen Rechts, sondern es kann lediglich aus Gründen der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit und des Willkürverbots geboten sein, gegebenenfalls eine angemessene Übergangsregelung zu schaffen (BGE 145 II 140 E. 4, 130 I 26 E. 8.1; Urteil des BVGer A-5647/2016 vom 6. September 2018 E. 6.2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 641). Aus den Akten ergeben sich Ausgaben für die Instandhaltung der Anlage

«C. \_\_\_\_\_» für das Jahr 2012 im Umfang von Fr. 23'115.90 (vgl. Vi-act. RK 20). Inwiefern die Beschwerdeführerin für diese Ausgaben im Rahmen eines Vertrauensschutzes zu entschädigen ist, ist an anderer Stelle zu prüfen (vgl. hinten E. 7.6.4). Festzuhalten bleibt, dass kein Anspruch auf die Weitergeltung des alten Rechts (vor dem 1. Oktober 2011) besteht. Die Festlegung einer angemessenen Übergangsregelung erweist sich ebenfalls nicht als notwendig, da die (Nicht)ausrichtung der KEV für die Beschwerdeführerin erstmals für das Jahr 2016 in Frage steht (vgl. dazu nachfolgend E. 8), und sich die Rechtsänderung damit erst fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Änderung auf sie auswirkt.

Zusammenfassend kommen die Gesetzesbestimmungen von Art. 3<sup>iter</sup> bis Art. 3<sup>quinquies</sup> aEnV vom 1. Oktober 2011 bis zum 31. Dezember 2017 auf die Anlage «C. \_\_\_\_\_» zur Anwendung.

**5.6** Da die Beschwerdeführerin in ihrem Feststellungsbegehren die Festsetzung eines definitiven Vergütungstarifs für die gesamte verbleibende Vergütungsdauer beider Kraftwerke (gemäss Anhang 1.1 Ziff. 4 aEnV in der Version vom 1. Juni 2011 betr. die Anlage «C. \_\_\_\_\_» und in der Version vom 1. Juni 2015 betr. die Anlage «D. \_\_\_\_\_») fordert, bleibt die Rechtslage ab dem 1. Januar 2018 zu prüfen.

Gemäss dem neuen Energiegesetz steht der Beschwerdeführerin die Vergütung nach bisherigem Recht weiterhin zu (Art. 72 Abs. 1 EnG; vgl. vorne E. 5.2), wobei für den laufenden Betrieb vorbehältlich abweichender Regelungen in der Energieförderungsverordnung das neue Recht gilt (Art. 72 Abs. 2 EnG). Die Übergangsbestimmungen der Energieförderungsverordnung legen für Wasserkraftwerke Ausnahmen betreffend die Geltung der Vergütungsdauer und für die Berechnung der Vergütung fest (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 6.1 f. EnFV; vgl. hinten E. 9.2). Abgesehen von diesen beiden Bereichen gilt ab dem 1. Januar 2018 für beide Anlagen das neue Recht. Die diesbezüglichen Einwände der Beschwerdeführerin erweisen sich als unbehelflich. Da klare Übergangsbestimmungen bestehen, bleibt kein Raum für die Prüfung schützenswerter Interessen der Beschwerdeführerin (vgl. vorne E. 5.5.1; Urteil des BVer A-7036/2018 vom 26. August 2019 E. 4.3.3, bestätigt durch das Urteil des BGer 2C\_821/2019 vom 11. Februar 2020 E. 6.3).

## 6.

Gemäss den Ausführungen zum anwendbaren Recht leitet die Vorinstanz per 1. Oktober 2011 grundsätzlich zu Recht eine Mindeststromproduktion

ab, die jährlich erreicht werden muss, um von der KEV zu profitieren (vgl. Art. 3i<sup>ter</sup> bis 3i<sup>quinquies</sup> aEnV).

**6.1** Die Mindeststromproduktion für die Anlage «C. \_\_\_\_\_» liegt gemäss der zu stützenden Berechnung der Vorinstanz unter Berücksichtigung des massgeblichen, weil für die Beschwerdeführerin günstigeren, Investitionskriteriums bei 107'406 kWh/Jahr (vgl. 3a Bst. a aEnV [AS 2008 1223]; «gleichviel Elektrizität wie bisher», Berücksichtigung des Durchschnitts der Produktion der Jahre 2004 und 2005 gemäss Anmeldung; vgl. dazu Anhang 1.1 aEnV in der Version vom 1. Januar 2009, Ziff. 1.2 analog). Für die Anlage «D. \_\_\_\_\_» beträgt die Mindeststromproduktion nach den Angaben in der Anmeldung unter Anwendung des hier ebenfalls massgeblichen Investitionskriteriums 315'000 kWh/Jahr (vgl. 3a Abs. 1 aEnV [AS 2011 4067]; Durchschnitt der Produktion der letzten fünf resp. – da über die Betriebsjahre vor 2008 keine Angaben bestehen [vgl. Vi-act. HL 18] – zwei vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2010 gemäss Anmeldung).

**6.1.1** Die Beschwerdeführerin wendet diesbezüglich ein, sie habe in der Anmeldung die angegebenen Produktionsmengen im Falle der Anlage «C. \_\_\_\_\_» auf die Produktionsmenge der alten Anlage aus den 1980er- und 1990er-Jahren abgestützt und im Falle der Anlage «D. \_\_\_\_\_» mangels entsprechender Dokumentation der früheren Anlagenbetreiberin die Produktionsmengen der Vorjahre geschätzt. Dies dürfe ihr nicht zum Nachteil gereichen.

**6.1.2** Die KEV ist als Finanzhilfe zu qualifizieren und untersteht daher den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1; dazu ausführlich HETTICH/WALTHER, Rechtsfragen um die kostendeckende Einspeisevergütung [KEV] für Elektrizität aus erneuerbaren Energien, ZBI 112/2011 S. 143 ff., S. 162 ff.). Gemäss Art. 11 SuG werden Finanzhilfen nur auf Gesuch hin ausgerichtet (Abs. 1), wobei die Gesuchstellerin der zuständigen Behörde alle erforderlichen Auskünfte erteilen muss (Abs. 2). Im Subventionsverfahren steht die Mitwirkung der Gesuchstellerin im Zentrum des behördlichen Entscheidungsprozesses. Dies setzt eine entsprechende Sorgfalts- und Wahrheitspflicht beim Ausfüllen des Gesuchs respektive Anmeldeformulars voraus. Da die Gesuchstellerin die konkreten Verhältnisse eines KEV-Projekts am besten kennt und es sich grundsätzlich um ein von ihr eingeleitetes Subventionsverfahren handelt, trägt sie die Verantwortung für die Richtigkeit der selbst gemachten Angaben. An die Kontrolltätigkeit

der Behörde dürfen hingegen nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Sie soll sich grundsätzlich auf die Angaben der Gesuchstellerin verlassen können (vgl. Urteil des BVGer A-4324/2019 vom 20. Februar 2020 E. 3.4.3 m.w.H.). Dass die Vorinstanz resp. die Swissgrid zur Berechnung der Mindeststromproduktionsmengen auf die Angaben in den Anmeldeformularen abstellte, ist demnach nicht zu beanstanden, zumal die Beschwerdeführerin die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben unterschriftlich bestätigte und in den Anmeldeformularen auf Art. 28 Bst. f aEnV hingewiesen wird, wonach nach Art. 28 aEnG bestraft werde, wer im Anmelde- oder Bescheidverfahren vorsätzlich oder fahrlässig Angaben, die für die Beurteilung des Projekts wesentlich sind, unrichtig oder unvollständig mache (vgl. Art. 3g Abs. 1 Bst. b aEnV; Vi-act. RK 1; Vi-act. HL 3).

**6.2** Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, der in den positiven KEV-Bescheiden der Swissgrid festgelegte Vergütungssatz sei von keiner Mindeststromproduktion abhängig gemacht worden. Die Frage nach der Mindestproduktion ergebe sich jedoch nicht etwa unmittelbar aus dem Recht, sondern aus dem erhobenen Sachverhalt. Da daran offensichtlich auch Rechtsfolgen geknüpft würden, gehöre dieses zentrale Element – sofern es massgeblich sein solle – zwingend in die Verfügung. Ansonsten könne sich der Betroffene gar nicht gegen eine allfällige falsch festgelegte Mindestproduktionsmenge wehren, was eine Verletzung einerseits des Anspruchs auf rechtliches Gehör und andererseits der Rechtsweggarantie bedeute. Eine Mindestproduktionsmenge könne mithin nur dann zum Tragen kommen, wenn sie (1) von Anfang an in der Förderverfügung vorgesehen und in der Höhe festgelegt sei und (2) verschuldet durch den Anlagebetreiber nicht eingehalten werde. Beides sei vorliegend nicht gegeben. Werde die Mindestmenge im KEV-Bescheid nicht konkretisiert und festgelegt, fehle es der Vorinstanz zum vornherein an einer legitimen Referenzgrösse, um über Vergütungsanpassungen zu befinden. Hinter ihr (der Beschwerdeführerin) stünden existenzielle Interessen eines Rentnerhepaares, das im Vertrauen auf das vom Bund im letzten Jahrzehnt eingeführte Fördersystem sein Privatvermögen investiert habe, um aus den ursprünglich zugesicherten Vergütungstarifen ihren Lebensunterhalt zu sichern. Gerade mit Blick auf den Vertrauensschutz sei es nicht vertretbar, bestehende Förderversprechen einfach zurückzunehmen.

**6.3** Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass sich die Mindestproduktion aus der aEnV ergebe und die Beschwerdeführerin über die zu erreichenden Mindestproduktionsmengen informiert worden sei.

## 6.4

**6.4.1** Die Swissgrid nahm die Notwendigkeit einer Mindeststromproduktion resp. die tatsächliche Höhe einer solchen und das Erfordernis der jährlichen Einhaltung dieser Produktionsmenge samt den möglichen Konsequenzen nicht in die definitiven Bescheide vom 1. Juli 2011 («C. \_\_\_\_\_») und vom 1. Oktober 2015 («D. \_\_\_\_\_») auf. Diesen ist lediglich zu entnehmen, dass die Anlagen unter Art. 7a Abs. 1 aEnG fallen und es wird der provisorische Vergütungssatz mitgeteilt (Vi-act. RK 8; Vi-act. HL 10). Hinweise auf relevante Rechtsgrundlagen (insb. Art. 3a und Anhang 1.1 aEnV, bei der Verfügung vom 1. Oktober 2015 zusätzlich Art. 3<sup>ter</sup> bis 3<sup>quinquies</sup> a-EnV) fehlen. Die jährliche Bezahlung der KEV für die ordnungsweise festgelegte Verfügungsdauer schien somit im Zeitpunkt des Verfügungserlasses zumindest hinsichtlich der Anlage «C. \_\_\_\_\_» bedingungslos. Zur Zeit des Erlasses der Verfügung vom 1. Oktober 2015 waren die erwähnten Sanktionsbestimmungen (vgl. vorne E. 5.1) bereits in Kraft; insofern mangelt es der Verfügung betreffend die Anlage «D. \_\_\_\_\_» insb. an der Bestimmung der tatsächlichen jährlichen Mindeststromproduktion. Die Verfügungen erwachsen unangefochten in formelle Rechtskraft.

**6.4.2** In der Folge informierte die Swissgrid die Beschwerdeführerin per E-Mail resp. Brief über die erwartete Mindeststromproduktion (vgl. Vi-act. RK 10; Vi-act. HL 11). Mit den Bescheiden vom 2. Mai 2017, mit denen beide Anlagen für das Jahr 2016 rückwirkend auf den Marktpreis gesetzt wurden, erliess sie erneut Verfügungen (vgl. E. 1.3.4 f.), welche allerdings die grundsätzliche Förderungswürdigkeit der Anlagen gemäss den ursprünglichen Verfügungen nicht tangieren. Darin bezieht sie sich auf die Nichterfüllung der Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung für das Kalenderjahr 2016. Die Anlage «C. \_\_\_\_\_» habe 105'512 kWh statt 128'887 kWh Strom produziert (Vi-act. RK 23), die Anlage «D. \_\_\_\_\_» 309'121 kWh statt 315'000 kWh (Vi-act. HL 13).

**6.4.3** Die Vorinstanz erachtet die Mindeststromproduktion zu Recht selbst als einen Hauptbestandteil der jährlichen Prüfung der Anforderungen an die erhebliche Erweiterung oder Erneuerung der Anlage (vgl. Vernehmlassung Ziff. 20). Nach Art. 17 SuG bezeichnet die zuständige Behörde in der Verfügung insb. die (vollständige) Rechtsgrundlage der Finanzhilfe (Ab. 1) und die Einzelheiten der zu erfüllenden Aufgabe samt allen Auflagen (Abs. 3 Bst. a und c SuG). Gemäss der Botschaft zum SuG hat der Gesuchsteller ein eminentes Interesse daran, alle für die Beitragsbemessung entscheidenden Elemente vorgängig zu kennen (BBl 1987 I 369, 410). Demnach hätte die tatsächlich von der Beschwerdeführerin betreffend die

beiden Anlagen erwartete Mindestproduktionsmenge im definitiven KEV-Bescheid vom 1. Oktober 2015 («D.\_\_\_\_\_») resp. in einer weiteren Verfügung nach Inkrafttreten der Sanktionsbestimmungen («C.\_\_\_\_\_») festgelegt werden müssen, wenn anschliessend Rechtsfolgen daran geknüpft werden. Indem die Swissgrid dies unterlassen hat, hat sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt, was bei der Kostenaufgabe zu berücksichtigen sein wird (vgl. nachfolgend E. 12).

**6.4.4** Es stellt sich die Frage, welche Folge das Versäumnis der Swissgrid für die Verfügungen vom 2. Mai 2017 hat, mit denen beide Anlagen der Beschwerdeführerin für das Jahr 2016 auf den Marktpreis gesetzt wurden.

Gemäss dem Streitgegenstand (vgl. vorne E. 1.3.5) ist die Zulässigkeit der Marktpreissetzung erneut zu prüfen. Die Vorinstanz hat die Erfüllung der Anforderungen an die erhebliche Erweiterung und Erneuerung betreffend das Jahr 2016 wiedererwägungsweise überprüft und kam mit Entscheid vom 25. Mai 2018 zum Schluss, dass die Anlage «C.\_\_\_\_\_» bei Anwendung des Rechts Stand 2016 die Anforderungen nicht eingehalten habe und keine Gründe gemäss Art. 3<sup>quater</sup> Abs. 2 und 3 aEnV für eine Weiterleistung der KEV vorlägen (vgl. Vi-act. RK 36). Im Einspracheentscheid vom 24. Oktober 2018 bestätigte sie dies und hielt auch betreffend die Anlage «D.\_\_\_\_\_» fest, die Beschwerdeführerin mache keine behördlichen Einschränkungen geltend, die im Rahmen des Investitionskriteriums berücksichtigt werden könnten (vgl. Vi-act. RK 45; Vi-act. HL 35).

## 7.

Vorab ist zu ermitteln, ob die Vorinstanz mit den Verfügungen vom 2. Mai 2017 zulässigerweise auf die ursprünglichen KEV-Zusagen zurückgekommen ist und nunmehr zu Recht die Erfüllung der Mindeststromproduktion fordert.

**7.1** In den Jahren 2011 bis 2014 zahlte die Swissgrid die KEV für die Anlage «C.\_\_\_\_\_» aus, obwohl diese die damals angenommene Mindeststromproduktionsmenge von 128'887 in den Jahren 2011 (8'695.04 kWh, vgl. Vi-act. RK 14), 2012 (79'850.15 kWh, vgl. Vi-act. RK 15) und 2013 (109'585.85 kWh, vgl. Vi-act. RK 16) nicht erfüllte. Mit Schreiben vom 26. Februar 2016 machte die Swissgrid die Beschwerdeführerin auf die Mindeststromproduktion (damals angenommen als 128'887 kWh gemäss dem Elektrizitätssteigerungskriterium) aufmerksam und teilte mit, dass diese im Jahr 2015 mit einer Strommenge von 101'441 kWh nicht erreicht worden sei. Werde die erforderliche Produktion auch 2016 nicht erreicht,

werde sie bei der jährlichen Überprüfung Anfang 2017 allenfalls rückwirkend für 2016 auf den Marktpreis gesetzt und die zuviel erhaltene Vergütung wäre zurückzuerstatten (vgl. Vi-act. RK 19). Nachdem die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 30. März 2016 auf den heissen Sommer im Jahr 2015 und die wenigen Niederschläge in den Herbstmonaten verwies (Vi-act. RK 20), teilte die Swissgrid mit Schreiben vom 2. Mai 2016 mit, dass die KEV für das Jahr 2015 gestützt auf Art. 3<sup>quater</sup> Abs. 3 aEnV doch geleistet werde (vgl. Vi-act. RK 22). Für die Anlage «D. \_\_\_\_\_» leistete die Swissgrid mit Bescheid vom 2. Mai 2016 die KEV für die Monate Oktober bis Dezember 2015 ohne Prüfung der Mindeststromproduktion (Vi-act. HL 12).

Indem die Swissgrid in ihren Verfügungen vom 2. Mai 2017 die Anlagen der Beschwerdeführerin auf den Marktpreis setzte und daran mit dem angefochtenen Einspracheentscheid festhielt, ist sie einerseits auf die bedingungslos scheinenden Verfügungen vom 1. Juli 2011 und 1. Oktober 2015 zurückgekommen und forderte nunmehr die Einhaltung der Mindeststromproduktionsmengen ein. Andererseits ist sie von ihrer vormaligen Praxis, die Anlagen trotz Nichterreichens der Mindeststromproduktion zu entschädigen, abgewichen. Der Rechtmässigkeit dieses Vorgehens ist im Folgenden nachzugehen.

## 7.2

**7.2.1** Der Widerruf einer Verfügung bedeutet, dass die verfügende oder allenfalls eine übergeordnete Behörde eine – meist rechtskräftige – ursprünglich oder nachträglich fehlerhafte Verfügung von Amtes wegen ändert. Die Behörden widerrufen eine Verfügung, wenn dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts der Vorrang vor den Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zukommt. Die widerrufende Behörde hat die Anforderungen an ein korrektes Verwaltungsverfahren einzuhalten und muss den Betroffenen insb. das rechtliche Gehör gewähren, bevor sie eine Verfügung widerruft (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1215 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 31 Rz. 31). Verfügungen über dauernde Rechtsverhältnisse können wegen einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nachträglich fehlerhaft werden. Besteht die Änderung lediglich in einer neuen Verwaltungspraxis oder Rechtsprechung, darf die Verfügung über ein Dauerrechtsverhältnis nur ausnahmsweise angepasst werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1229 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 31 Rz. 41 ff., § 31 Rz. 45 ff.; BGE 139 II 185 E. 10.2.3).

**7.2.2** Das Gesetz kann die Voraussetzungen des Widerrufs ausdrücklich regeln. Liegt keine gesetzliche Regelung vor, muss die Widerrufbarkeit aufgrund allgemeiner Kriterien beurteilt werden: Es ist eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz andererseits vorzunehmen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1226 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 31 Rz. 35, § 31 Rz. 49 ff.). Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht den Privaten in Art. 9 BV einen grundrechtlichen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Im Verwaltungsrecht wirkt sich der Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur in Form des Vertrauensschutzes aus; als Verbot widersprüchlichen Verhaltens verbietet er den Behörden zudem, sich zu früherem Verhalten, das schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, in Widerspruch zu setzen. Dabei geht es – anders als beim Vertrauensschutz – nicht in erster Linie um die Frage, wie weit sich der Private auf eine im Widerspruch zum geltenden Recht stehende behördliche Auskunft verlassen kann. Vielmehr sollen die Behörden nicht ohne sachlichen Grund einen einmal in einer Sache eingenommenen Standpunkt wechseln (vgl. BGE 138 I 49 E. 8.3.1; statt vieler Urteil des BVGer A-124/2019 vom 2. September 2019 E. 3.1). Im Rahmen der Interessenabwägung geht der Vertrauensschutz in der Regel vor, wenn durch die Verwaltungsverfügung ein subjektives Recht begründet worden, die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, oder wenn der Private von einer ihm durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat. Jedoch kann auch in diesen Fällen ein Widerruf in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist (BGE 137 I 69 E. 2.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 Rz. 52 ff., Rz. 58). Widerruft die Behörde die Verfügung trotz berechtigter Vertrauensschutzinteressen, so kann sie entschädigungspflichtig werden.

**7.3** Art. 30 Abs. 1 SuG bestimmt, dass die zuständige Behörde Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügungen widerruft, wenn sie die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat. Art. 30 Abs. 2 SuG nennt die Gründe, wann die Behörde auf einen Widerruf ganz oder teilweise verzichtet. Sie tut dies, wenn der Empfänger aufgrund der Verfügung Massnahmen getroffen hat, die nicht ohne zumutbare finanzielle Einbussen rückgängig gemacht werden können (Bst. a), die Rechtsverletzung für ihn nicht

leicht erkennbar war (Bst. b) und eine allfällige unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes nicht auf ein schuldhaftes Handeln des Empfängers zurückzuführen ist (Bst. c). Bei kumulativer Erfüllung dieser Kriterien ist der Widerruf aufgrund eines schützenswerten Vertrauens des Empfängers ausgeschlossen (vgl. Botschaft zum SuG, BBl 1987 I 415; MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B, Band 72, 2006, § 7 Ziff. 4 S. 178). Das SuG regelt primär den Fall, dass gegenüber dem Subventionsempfänger die gesamte gewährte Subvention in voller Höhe widerrufen wird. Es wird jedoch in der Lehre auch die Auffassung vertreten, dass die Bestimmung anwendbar ist, wenn eine bereits gewährte Subvention nicht vollständig, sondern lediglich teilweise widerrufen wird (vgl. MÖLLER, a.a.O., § 7 Ziff. 1.2 S. 170 f.).

**7.4** Die Beschwerdeführerin bringt vor, es bestehe keine rechtliche Grundlage, um auf die rechtskräftigen Förderzusagen vom 1. Juli 2011 bzw. vom 1. Oktober 2015 zurückzukommen. Was die Vorinstanz materiell versuche, sei, diese beiden formell rechtskräftigen Verfügungen zu widerrufen. Hierzu müsste sie indessen zunächst zeigen, dass Rückkommensgründe gegeben seien und zweitens, dass ausreichende Gründe vorliegen würden, um die Verfügung in der Sache zu ändern. Beides könne sie nicht. Einschlägige spezialgesetzliche Regelungen seien nicht vorhanden. Das anwendbare Recht sei jenes, welches im Zeitpunkt des jeweiligen positiven Förderentscheides massgeblich gewesen sei. Relevante nachträgliche Rechtsänderungen seien nicht vorhanden, weshalb sich ein Rückkommen aus dieser Perspektive nicht rechtfertigen könne. Eine ursprünglich unrichtige Rechtsanwendung sei ebenfalls nicht ersichtlich. Würde man wider Erwarten ein Rückkommen auf die ursprüngliche Förderverfügung für rechtmässig halten, müsse die Interessenabwägung bei der Frage des Förderstopps zu ihren Gunsten ausfallen. Sie habe im Vertrauen auf die Beständigkeit der Förderzusage in die Kraftwerke investiert und Dispositionen getroffen, die sie nicht mehr rückgängig machen könne. Habe die Vorinstanz es versäumt, eine Mindestproduktionsmenge festzulegen, könne sie dies nun nicht einfach nachholen. Schliesslich sei nicht zu erkennen, worin das öffentliche Interesse an einer «richtigen Rechtsanwendung» liegen würde.

**7.5** Im Zeitpunkt der Anmeldung der Anlage «D. \_\_\_\_\_» galt das neue Recht mit den Bestimmungen von Art. 31<sup>ter</sup> ff. aEnV. Mit dem definitiven KEV-Bescheid vom 1. Oktober 2015 sprach die Swissgrid der Beschwerdeführerin die KEV trotzdem scheinbar bedingungslos zu. Mit Bescheid vom 2. Mai 2016 entschädigte sie die Anlage «D. \_\_\_\_\_» für die Monate Oktober bis Dezember 2015 ohne Prüfung der Mindeststromproduktion (Vi-

act. HL 12). Gleichentags informierte sie die Beschwerdeführerin mit separatem Schreiben über die erforderliche Mindeststromproduktion (gemäss den Angaben in der Anmeldung) und machte sie gemäss dem geltenden Recht auf die Konsequenzen für den Fall aufmerksam, dass die Mindeststromproduktion nicht erreicht würde (vgl. Vi-act. HL 11).

**7.5.1** Art. 30 SuG geht von der Konstellation der – mindestens teilweisen – ursprünglichen Fehlerhaftigkeit einer Verfügung aus. Eine solche Fehlerhaftigkeit resp. Unvollständigkeit haftet der Verfügung der Swissgrid vom 1. Oktober 2015 betreffend das Wasserkraftwerk «D. \_\_\_\_\_» an; insb. mangelt es an der Erwähnung der relevanten Rechtsgrundlagen für die notwendige jährliche Prüfung der Mindeststromproduktion (Art. 31<sup>ter</sup> ff. a-EnV) und an der Festlegung der erwarteten jährlichen Stromproduktion (vgl. Art. 17 SuG; vgl. vorne E. 6.4.3). Die scheinbar bedingungslose Gewährung der KEV erfolgte mithin in Verletzung von Rechtsvorschriften. Damit besteht ein Grund gemäss Art. 30 Abs. 1 SuG, um auf die Verfügung zurückzukommen. Der Widerruf ist sodann auch vorzunehmen, da die Beschwerdeführerin im Vertrauen auf die KEV-Verfügung keine nur schwer oder nicht rückgängig zu machenden Dispositionen getroffen hat. Aus den Akten ergeben sich lediglich Investitionen in den Jahren 2012 bis 2015 vor der KEV-Zusage (vgl. Vi-act. HL 9, Gesamtinvestition per 15. September 2015). Diese sind jedoch nicht zu berücksichtigen, da der Wartelistenbescheid keine Vertrauensgrundlage im Hinblick auf eine spätere definitive Aufnahme schaffen kann. Die definitive Aufnahme ins KEV-System war abhängig von den finanziellen Mitteln des Fonds (Gesamtdeckel) und es war offen, ob und wann die Anlage von der Warteliste in die reguläre Förderung übernommen würde (vgl. Vi-act. HL 3; vgl. Urteil des BVGer A-7036/2018 vom 26. August 2019 E. 4.4.3 und 4.5.4, bestätigt durch das Urteil des BGer 2C\_821/2019 vom 11. Februar 2020 E. 7.2 f.; Botschaft Energiestrategie 2050, BBl 2013 7561, 7696 f.). Investitionen nach dem 1. Oktober 2015 sind nicht belegt und auch im vorinstanzlichen resp. im Beschwerdeverfahren wird nichts Gegenteiliges nachgewiesen. Die weiteren Kriterien gemäss Art. 30 Abs. 2 SuG sind somit nicht mehr zu prüfen. Gestützt auf Art. 30 SuG liegt ein hinreichender Grund vor, um die KEV-Zusage teilweise zu widerrufen.

**7.5.2** Die Anpassung der Verfügung vom 1. Oktober 2015 rechtfertigt sich auch gestützt auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze:

Der Anspruch auf Vertrauensschutz setzt eine Vertrauensgrundlage voraus, das heisst ein Verhalten eines staatlichen Organs, das bei den Betroffenen bestimmte Erwartungen auslöst und so bestimmt ist, dass diese daraus die für ihre Dispositionen massgeblichen Informationen entnehmen können. Erforderlich ist normalerweise weiter, dass die betroffene Person sich berechtigterweise auf die Vertrauensgrundlage verlassen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig zu machen sind. Die Verfügung stellt eine qualifizierte Vertrauensgrundlage dar. Dies hat zur Folge, dass der Private nicht zwingend Dispositionen getroffen haben muss, um sich gegen den Widerruf einer begünstigenden Verfügung zur Wehr zu setzen; der Schutz der Verfügung besitzt gewissermassen einen «Selbstwert». Dispositionen des Privaten haben aber natürlich einen erheblichen Einfluss auf die Interessenabwägung zu seinen Gunsten. Schliesslich kann der Berufung auf den Vertrauensschutz auch bei ansonsten erfüllten Voraussetzungen ein allfälliges überwiegendes Interesse entgegenstehen. Diese Voraussetzungen gelten grundsätzlich sowohl für den grundrechtlichen Vertrauensschutz als auch im Rahmen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (vgl. Urteile des BGer 2C\_199/2017 vom 12. Juni 2018 E. 3.3 f. und 1C\_344/2017 vom 17. April 2018 E. 5.2.1; Urteil des BVerfG A-6780/2016 vom 14. März 2018 E. 10.3.2; ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 624 ff.).

Den privaten Interessen am Vertrauensschutz stehen die öffentlichen Interessen des Staates gegenüber. Der effiziente und sparsame Einsatz der dem Staat zur Verfügung stehenden Mittel liegt im öffentlichen Interesse. Die Nachfrage nach der KEV ist grösser als die zur Verfügung stehenden Fördermittel. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass die nachweislich ohnehin knappen Mittel für die Förderung erneuerbarer Energien möglichst korrekt und effizient sowie nur für wirkliche Energiefördermassnahmen eingesetzt werden (vgl. die Urteile des BVerfG A-4809/2016 vom 26. Januar 2017 E. 5.1, A-84/2015 vom 8. Dezember 2015 E. 8.2.3, A-4730/2014 vom 17. September 2015 E. 7.4.3). Würde die Anlage «D. \_\_\_\_\_» gemäss der Praxis bis 2015 bedingungslos während 20 Jahren ab der Inbetriebnahme (vgl. gemäss Anhang 1.1 Ziff. 4.2 Bst. b a-EnV in der Version vom 1. Juni 2015; vgl. auch Art. 102 EnFV) mit der KEV entschädigt, würde sich die Vergütung auf mehrere hunderttausend Franken belaufen. Der gemessen an der Anzahl der Gesuche zu knapp bemessene KEV-Fonds würde bei Gewährung des Vertrauensschutzes für eine Anlage, welche die Voraussetzungen je nach Produktionsjahr oder gar dauerhaft nicht erfüllt, erheblich belastet werden. Aufgrund der Praxis der Swissgrid bis im Jahr 2015 könnte – sofern diese flächendeckend bei den

geförderten Anlagen angewandt wurde – eine Häufung von Vertrauensschutzfällen drohen, welche bei Gewährung des Vertrauensschutzes den KEV-Fonds resp. ab 2018 des Fonds des EVS zusätzlich belasten würden und damit dessen Funktionsfähigkeit gefährden könnte. Grundsätzlich ist eine solche mögliche Breitenwirkung bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen (vgl. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 122 f., 132 ff., 214 f.).

Die Verfügung vom 1. Oktober 2015 bildete eine Vertrauensgrundlage, wobei die Beschwerdeführerin wie erwähnt keine Dispositionen im Vertrauen auf die KEV-Zusicherung getroffen hat. Wägt man die privaten und öffentlichen Interessen gegeneinander ab, ergibt sich ein überwiegendes öffentliches Interesse, das im vorliegenden Fall gegen die Gewährung des Vertrauensschutzes spricht. Die finanziellen Interessen des Staates übersteigen deutlich diejenigen der privaten Beschwerdeführerin. Aus diesen Gründen ist von einem überwiegenden öffentlichen Interesse auszugehen, das dem Vertrauensschutz entgegensteht.

**7.6** Anders ist die Ausgangslage bei der Anlage «C. \_\_\_\_\_». Die diesbezügliche KEV-Verfügung vom 1. Juli 2011 ist nicht ursprünglich fehlerhaft und wird insofern vom SuG nicht erfasst. Aufgrund der erst am 1. Oktober 2011 in Kraft getretenen Sanktionsbestimmungen gemäss Art. 31<sup>ter</sup> ff. aEnV handelt es sich vielmehr um eine nachträgliche Fehlerhaftigkeit, soweit die Subvention für die Vergütungsdauer scheinbar bedingungslos zugesprochen wurde. Der diesbezügliche Widerruf ist somit nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen.

**7.6.1** Die Beschwerdeführerin hat gestützt auf die damaligen Rechtsgrundlagen die Anlage «C. \_\_\_\_\_» zur KEV angemeldet und anschliessend Investitionen zu deren Erneuerung getätigt (vgl. Vi-act. RK 20, Kostenzusammenstellung). Mit dem definitiven KEV-Bescheid vom 1. Juli 2011 wurde ihr die KEV scheinbar bedingungslos zugesprochen, womit die Swissgrid entsprechende Erwartungen bei ihr geweckt hat. Mit E-Mail vom 3. August 2011 (Vi-act. RK 10) wurde sie zwar über die jährlich zu erreichende Mindeststromproduktion und unvollständig (ohne Nennung der Rechtsgrundlagen und Ausführungen dazu) über die allfälligen Konsequenzen informiert. Die KEV erhielt sie jedoch bis ins Jahr 2014 trotz mehrmaligem Nichterreichen der Mindeststromproduktion ausbezahlt (vgl. Vi-act. RK 14-16, 18), womit die Swissgrid die Erwartungen der Beschwerdeführerin betreffend die bedingungslose Ausrichtung der KEV bestärkt hat. Mit Schreiben vom 26. Februar 2016 teilte die Swissgrid die erforderliche

jährliche Mindeststromproduktion (damals angenommen als 128'887 kWh gemäss dem Elektrizitätssteigerungskriterium) erneut mit und machte auf die Konsequenzen gemäss der Rechtsänderung (vom 17. August 2011, in Kraft seit 1. Oktober 2011) aufmerksam, da die Stromproduktion des Jahres 2015 zu gering ausgefallen sei (vgl. Vi-act. RK 19). Erst damit wurde die Beschwerdeführerin nunmehr explizit auf das seit dem 1. Oktober 2011 geltende Recht und die gestützt darauf durch die Swissgrid geplante Praxisänderung – das Nichtfortführen der Ausrichtung der KEV bei Nichterreichen der Voraussetzungen resp. die korrekte Anwendung der aEnV – hingewiesen.

**7.6.2** Mit der Rechtsänderung vom 1. Oktober 2011 (AS 2011 4067, vgl. vorne E. 5.5.2) besteht ein hinreichender Rückkommensgrund (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 31 Rz. 45). Gleichzeitig bestanden auch ernsthafte und sachliche Gründe der Swissgrid, auf ihre Praxis zurückzukommen, die Anlage wie in den Jahren 2011 bis 2013 zu entschädigen, obwohl sie die damalige Mindeststromproduktion (resp. in den Jahren 2011 und 2012 auch die korrigierte Mindestmenge gemäss dem Wiedererwägungsentscheid vom 25. Mai 2018) ohne Angabe von Gründen nicht erreicht hatte.

**7.6.3** Die Beschwerdeführerin durfte sich auf die Richtigkeit des definitiven KEV-Bescheids und der Praxis der Swissgrid bis im Jahr 2015 verlassen, da deren Fehlerhaftigkeit bzw. der Widerspruch zu den ab dem 1. Oktober 2011 geltenden Rechtsgrundlagen gemäss der aEnV nicht ohne weiteres erkennbar war. Die E-Mail vom 3. August 2011 betreffend die Anlage «C. \_\_\_\_\_» mit ihrem informellen Charakter war nicht geeignet, die nachträgliche Fehlerhaftigkeit der Verfügung vom 1. Juli 2011 erkennen zu lassen, zumal die anschliessend geleisteten KEV-Entschädigungen der Information die Bedeutung nahmen. Damit bestand eine hinreichende Vertrauensgrundlage.

Was das Tätigen von Dispositionen gestützt auf die Vertrauensgrundlage betrifft, so erweist sich der Sachverhalt als ungenügend abgeklärt. Den Akten sind zwar Kostenzusammenstellungen resp. Aufstellungen über Gesamtinvestitionen zu entnehmen. Die Investitionen vor der Verfügung vom 1. Juli 2011 sind indes nicht zu berücksichtigen (vgl. vorne E. 7.5.1). Jene, die für das Jahr 2012 in der Höhe von rund Fr. 23'115.– geltend gemacht werden (vgl. Vi-act. RK 20, insb. Kosten für Flachriemen, Elektrokabel, Brennteile, Stahlbau, Hubzylinder, Fettschmierpumpe und Fettleitungen, Absperrvorrichtung, Schweissarbeiten und Maurerarbeiten), sind dagegen

zu wenig spezifiziert. Insb. ist unklar, ob resp. in welchem Umfang es sich um kausal gestützt auf die Vertrauensgrundlage getroffene Investitionen handelt, zumal sich weder die Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz bisher dazu haben vernehmen lassen.

Wie bereits hinsichtlich der Anlage «D.\_\_\_\_\_» ausgeführt (vgl. vorne E. 7.5.2) stehen den Interessen der Beschwerdeführerin am Vertrauensschutz die öffentlichen Interessen des Staates gegenüber, wobei letztere insb. in der korrekten und effizienten Mittelverteilung bestehen. Würde die Anlage «C.\_\_\_\_\_» gemäss der Praxis bis 2015 bedingungslos während 25 Jahren ab der Inbetriebnahme (vgl. gemäss Anhang 1.1 Ziff. 4.2 aEnV in der Version vom 1. Juni 2011; vgl. auch Art. 102 EnFV) mit der KEV entschädigt, würde sich die Vergütung ebenfalls auf mehrere hunderttausend Franken belaufen. Somit ist vorliegend unabhängig vom ungenügend erstellten Sachverhalt hinsichtlich des Treffens von Dispositionen jedenfalls infolge überwiegender öffentlicher Interessen von der Bindung an die Vertrauensgrundlage d.h. von der Gewährung des Vertrauensschutzes abzusehen. Zu diesem Ergebnis führt auch die Abwägung in Bezug auf die Praxisänderung. Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung, d.h. der korrekten Anwendung der in der Energieverordnung statuierten Anforderungen an die Entschädigung von Wasserkraftwerken ist höher zu werten als das Interesse der Rechtssicherheit, die bisherige verordnungswidrige Praxis beizubehalten (vgl. das Urteil des BVGer A-4730/2014 vom 17. September 2015 E. 6.3).

**7.6.4** Nach dem Gesagten fällt eine Bindung des Staates an das erweckte Vertrauen in die Bedingungslosigkeit der KEV-Zusage und die Weiterführung der bisherigen Praxis aufgrund der überwiegenden öffentlichen Interessen ausser Betracht. Indes bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Entschädigung hat. Kommt eine Bindung des Staates an die Vertrauensgrundlage (Bestandesschutz) wegen überwiegender öffentlicher Interessen nicht in Frage oder scheidet sie aus tatsächlichen Gründen von vornherein aus, ist die betroffene, in ihrem berechtigten Vertrauen zu schützende Person für die erlittenen Nachteile regelmässig zu entschädigen (vgl. etwa Urteil des BGer 2C\_444/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1). Vorliegend ergibt sich dieser Anspruch direkt aus Art. 9 BV (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-4809/2016 vom 26. Januar 2017 E. 5.2 m.w.H.). Ist der betroffenen Person eine Entschädigung zuzusprechen, ist ihr in der Regel der entstandene Vertrauensschaden (sog. negatives Interesse) zu ersetzen (vgl. Urteil des BVGer A-5871/2016 vom 21. Februar

2018 m.W.H.). Der Vertrauensschaden bzw. das negative Interesse entspricht dem Total der durch die Vertrauensgrundlage ausgelösten Investitionen. Falls sich der effektive Vertrauensschaden nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lässt, ist er zu schätzen und es ist eine angemessene pauschale Entschädigung zuzusprechen (Urteil des BVGer A-4809/2016 vom 26. Januar 2017 E. 6.2).

**7.6.5** Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Bei der Wahl zwischen diesen beiden Entscheidungsarten steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Liegen sachliche Gründe für eine Rückweisung vor, ist diese regelmässig mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip eines einfachen und raschen Verfahrens vereinbar. Zur Rückweisung führt insbesondere eine mangelhafte Abklärung des Sachverhalts durch die Vorinstanz, die ohne eine aufwendigere Beweiserhebung nicht behoben werden kann. Die Vorinstanz ist mit den tatsächlichen Verhältnissen besser vertraut und darum im Allgemeinen besser in der Lage, die erforderlichen Abklärungen durchzuführen. Zudem bleibt der betroffenen Partei in diesem Fall der gesetzlich vorgesehene Instanzenzug erhalten (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-4809/2016 vom 26. Januar 2017 E. 7.1 m.w.H.).

Dem Bundesverwaltungsgericht ist es nicht möglich, den Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Entschädigung des betreffend die Anlage «C. \_\_\_\_\_» entstandenen Vertrauensschadens ohne ein aufwendiges Beweisverfahren selber zu beurteilen. Wie bereits ausgeführt enthalten die Akten lediglich eine Kostenzusammenstellung für die Ausgaben in den Jahren 2010 und 2012 (Vi-act. RK 20). Ausführungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz zur Plausibilität dieser Kosten fehlen. Zudem ist die Kausalität zwischen der Vertrauensgrundlage und den Ausgaben der Beschwerdeführerin zu beurteilen, wobei an den Beweis des Kausalzusammenhangs keine strengen Anforderungen gestellt werden; es genügt, wenn dieser glaubhaft gemacht wird (vgl. BGE 121 V 65 E. 2b; Urteil BVGer A-4730/2014 vom 17. September 2015 E. 7.2 m.w.H.). Die Vorinstanz ist besser mit der Materie vertraut als das Bundesverwaltungsgericht. Daher erscheint es angezeigt, die Angelegenheit betreffend die Prüfung der Entschädigung aus Vertrauensschutz zur weiteren materiellen Prüfung und neuem Entscheid an sie zurückzuweisen. Dabei wird sie namentlich den effektiv bei der Beschwerdeführerin angefallenen Mehraufwand festzustellen bzw. – falls dies nicht oder nur mit unverhältnismässigem bzw. unzumutbarem Aufwand möglich ist – zu schätzen, die Kausalität

zu beurteilen und bejahendenfalls der Beschwerdeführerin eine angemessene, dem Vertrauensschaden entsprechende Entschädigung zuzusprechen haben.

**7.7** Zusammenfassend hat die Vorinstanz resp. die Swissgrid die KEV-Zusagen vom 1. Juli 2011 und vom 1. Oktober 2015 mit den Verfügungen vom 2. Mai 2017 resp. mit Widererwägungsentscheid vom 25. Mai 2018 und Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2018 zu Recht implizit dahingehend widerrufen, als sie – wie vorgängig mit Schreiben vom 26. Februar 2016 («C.\_\_\_\_\_») bzw. 2. Mai 2016 («D.\_\_\_\_\_») angekündigt – die Normen betreffend Mindestproduktion nunmehr benannt und angewandt und die Höhe der jährlichen Mindestproduktion gemäss den Angaben in der Anmeldung festgehalten hat. Dass sie sich nicht im Einzelnen mit den Widerrufskriterien auseinandersetzte und erst auf Beschwerdeebene eine Interessenabwägung vornahm (vgl. vorne E. 5.4), stellt jedoch eine auf Beschwerdeebene zu heilende Verletzung der Begründungspflicht und damit des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, was bei der Kostenverlegung zu beachten sein wird (vgl. E. 11).

## **8.**

Gemäss den vorangehenden Ausführungen wurden die Verfügungen vom 2. Mai 2017 formell korrekt erlassen. Zu prüfen bleibt die Rechtmässigkeit der Marktpreissetzung und der Rückforderung der zuvor provisorisch ausbezahlten KEV für das Jahr 2016.

**8.1** Die Vorinstanz macht geltend, die Anlagen «C.\_\_\_\_\_» und «D.\_\_\_\_\_» hätten die Mindestproduktionsmengen im Jahr 2016 nicht erreicht und die Beschwerdeführerin habe nicht vorgebracht, es lägen für die Minderproduktion Gründe gemäss Art. 3i<sup>quater</sup> Abs. 3 i.V.m. Art. 3i<sup>ter</sup> Abs. 4a-EnV vor, für die sie als Produzentin nicht einzustehen habe. Die ausserordentliche Trockenheit im Jahr 2015 sei von der Swissgrid zur Kenntnis genommen und die Beschwerdeführerin sei regulär mit dem ihr grundsätzlich zustehenden Vergütungstarif entschädigt worden. Die Trockenheit im Jahr 2015 habe aber nicht zur Folge, dass die Mindestproduktion im Jahr 2016 nicht erreicht worden sei. Das Jahr 2016 habe gemäss der Abflussstatistik des Bundesamts für Umwelt für den Standort «F.\_\_\_\_\_» nicht unter dem mittleren Abfluss gelegen (vgl. Vernehmlassungsbeilagen 1 und 2). Die Beschwerdeführerin habe es versäumt, spätestens nach der Marktpreissetzung vom 2. Mai 2017 Gründe aufzuzeigen, weshalb die Produktion so gering ausgefallen sei. Das Argument, es gäbe keine Möglichkeit, Massnahmen zu ergreifen, welche eine Steigerung der Produktion zur Folge hätten,

greife nicht. Die Produktion einer Anlage werde nicht alleine durch die Wassermenge definiert. Allenfalls wäre mit einem optimierten Betrieb die Mindestproduktion erreicht worden, insbesondere da die Differenz nur einen geringen Prozentsatz ausmache.

**8.2** Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dass die Stromproduktion namentlich im Jahr 2015 wetterabhängig eine Ausnahmesituation mit extrem geringen Wassermengen dargestellt habe. Der Grund für das Nichterreichen der Mindestproduktion habe also gerade in der ausserordentlichen Trockenheit im betreffenden Einzugsgebiet im Jahr 2015 gelegen. Es könne und dürfe nicht Sinn und Zweck der bundesrechtlich vorangetriebenen Energieförderung sein, dass der zur Unterstützung der Kleinanlagenbetreiber dienende KEV-Geldhahn gerade dann zugekehrt werde, wenn erneuerbare Energiequellen wie die Wasserkraft wegen des Klimawandels faktisch keine höhere Produktion (mehr) zulassen. Zudem wendet die Beschwerdeführerin ein, die Anlagen hätten im Jahr 2016 die bisherige Produktion (recte: Mindestproduktion) nur knapp nicht erreicht (Abweichung von 1.8% betr. die Anlage «C. \_\_\_\_\_» resp. von 1.9% betr. die Anlage «D. \_\_\_\_\_») und macht eventualiter das Vorliegen eines Härtefalls geltend. Das besonders trockene Jahr 2015 sei ihr im Schreiben vom 26. Februar 2016 (Vi-act. RK 19) erstmals negativ angelastet worden und habe für das Jahr 2016 – da ein Wiederholungsfall – zur Folge gehabt, dass die Swissgrid die Vergütung rückwirkend per 1. Januar 2016 auf den Marktpreis gesetzt habe. Die ausserordentliche Trockenheit sei bei richtiger Betrachtung der Statistik damit sehr wohl ein Grund zur Annahme eines Härtefalls bzw. ein Grund, für den die Produzentin nicht einzustehen habe. Die insb. im Jahr 2015 und auch in den Folgejahren (namentlich 2018) (im Vergleich zu früher) markant tieferen Wasserabflussmengen dürften ihr nicht zum Nachteil gereichen. Hinsichtlich des Kraftwerks «D. \_\_\_\_\_» komme hinzu, dass sie das Energiepotential mit dem manuellen Betrieb in den Betriebsjahren 2015 und 2016 nicht voll nutzen können, da die vom Kanton zugeleitete Nutzwassermenge und die Kraftwerksregulierung des betreffenden Kanalgewässers in diesem Zeitraum nur eine eingeschränkte Energieproduktion ermöglicht hätten.

### **8.3**

**8.3.1** Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, entschädigte die Swissgrid die Anlage «C. \_\_\_\_\_» für das Jahr 2015 regulär gemäss der KEV, nachdem die Beschwerdeführerin die besondere Trockenheit dieses Jahres als Grund für die tiefere Stromproduktion geltend machte (vgl. Vi-act. RK 20,

22). Auch die gerade erst in Betrieb genommene Anlage «D. \_\_\_\_\_» entschädigte sie für das Jahr 2015 entsprechend der KEV (vgl. Vi-act. HL 12). Für das hier zu beurteilende Jahr 2016 ergibt sich aus der Wasserabflussstatistik «F. \_\_\_\_\_» (Beschwerdebeilage 25) ein Jahresmittelabfluss von 3.95 m<sup>3</sup>/s (Vorjahr 3.02 m<sup>3</sup>/s bei langjährigem Mittel von 3.49 m<sup>3</sup>/s). Eine besondere Trockenheit lässt sich daraus nicht ableiten. Gründe gemäss Art. 3i<sup>quater</sup> Abs. 2 aEnV, für die die Produzentin nicht einzustehen hat, sind bezüglich des Kraftwerks «C. \_\_\_\_\_» demnach nicht ersichtlich.

**8.3.2** Zum manuellen Betrieb des Kraftwerks «D. \_\_\_\_\_» in den Jahren 2015 und 2016 äusserte sich die Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 12. Juli 2017 (Vi-act. HL 18) und mit Wiedererwägungsgesuch vom 24. November 2017 (Vi-act. HL 22 Rz. 49). Demnach werde die Ausleitregelung beim Stauwehr in E. \_\_\_\_\_ vom Kanton Aargau erst seit 2017 automatisiert gesteuert. Die Anlage «D. \_\_\_\_\_» sei im Oktober 2015 mit Einschränkungen auf manuelle Regelung in Betrieb genommen worden, womit das Energiepotenzial nicht voll habe genutzt werden können. Die vom Kanton im Jahr 2016 zugeleitete Nutzwassermenge und die Kraftwerksregelung hätten nur eine eingeschränkte Produktion ermöglicht. Seit Anfang 2017 könne das Kraftwerk automatisiert betrieben werden (Vi-act. HL 18 S. 2). Die Vorinstanz hat sich zu diesem Einwand weder im vorinstanzlichen Verfahren noch auf Beschwerdeebene hinreichend geäussert, sondern lediglich festgestellt, dass die Beschwerdeführerin keine behördlichen Einschränkungen geltend mache. Dies stellt eine Verletzung der Begründungspflicht dar. Die Sache ist daher auch in diesem Punkt zur weiteren Prüfung – ob der manuelle Betrieb in den Jahren 2015 und 2016 ein Grund nach Art. 3i<sup>quater</sup> Abs. 3 i.V.m. Art. 3i<sup>ter</sup> Abs. 4aEnV darstellt – und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**8.3.3** Die Verbindlichkeit der in der Anmeldung gemachten Angaben wurde bereits festgestellt (vgl. vorne E. 6.1.2). Zudem sind die Voraussetzungen zum Erhalt der KEV jedes Jahr einzuhalten (vgl. vorne E. 7.7).

**8.3.4** Da die erforderlichen Mindestproduktionsmengen im Jahr 2016 nur knapp verpasst wurden, wirkt sich die damit (allenfalls) als Konsequenz verbundene Marktpreissetzung für die Beschwerdeführerin 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 (vgl. Urteil des BVGer A-730/2018 vom 15. August 2018 E. 6.4.1 m.w.H). Weder aus dem aEnG

und der aEnV noch aus den Materialien ergeben sich jedoch Anhaltspunkte dafür, dass auch bei Unterschreitung der erforderlichen Mindestproduktion die KEV ausgerichtet werden soll – abgesehen von der Weiterleistung der KEV beim Vorliegen von Gründen, für die der Produzent nicht einzustehen hat, was vorgängig zu prüfen ist (Art. 3<sup>quater</sup> Abs. 2 i.V.m. Art. 3<sup>ter</sup> Abs. 4 und 5 aEnV). Durch die Einführung des Investitions- und Produktivitätskriteriums und schliesslich der Einführung von Sanktionsnormen am 1. Oktober 2011 (vgl. vorne E. 5.1) hat der Ordnungsgeber verbindlich festgelegt, ab wann eine Anlage als förderungswürdig gilt und förderungswürdig bleibt. 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 und gefördert bleiben, welche durch die Erneuerung oder Erweiterung wesentlich zur Erreichung der angestrebten Steigerung der Produktion erneuerbarer Energien beitragen. Indem der Ordnungsgeber die Mindestanforderungen an eine förderungswürdige Anlage 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 (vgl. Urteil des BVGer A-730/2018 vom 15. August 2018 E. 6.4.2).

Nach dem Ausgeführten besteht kein Raum für die Annahme eines Härtefalls.

**8.4** Somit erweist sich die Marktpreissetzung für das Jahr 2016 betreffend die Anlage «C. \_\_\_\_\_» als rechtmässig. Damit besteht auch ein Grund gemäss Art. 3<sup>ter</sup> Abs. 2 aEnV, um die zu viel erhaltene Vergütung zurückzufordern (vgl. ebenso Art. 29 Abs. 1 EnFV), zumal diese nur mit einem provisorischen Vergütungssatz gestützt auf die Vorjahresproduktion ausgerichtet wurde. Betreffend die Anlage «D. \_\_\_\_\_» wird die Zulässigkeit der Marktpreissetzung für das Jahr 2016 durch die Vorinstanz erneut zu prüfen sein.

## **9.**

Zu bestimmen bleibt, wie die Vergütungstarife der Anlagen der Beschwerdeführerin nach dem Jahr 2016 festzulegen sind.

**9.1** Die Vergütungstarife für das Jahr 2017 richten sich gemäss den vorangehenden Ausführungen zum anwendbaren Recht nach der aEnV (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 3 und 4).

**9.2** Ab dem 1. Januar 2018 gilt grundsätzlich das neue Recht gemäss dem EnG (vgl. dort Art. 72 Abs. 1) und der EnFV (vgl. vorne E. 5.6).

**9.2.1** Indes kommen für Betreiber von Wasserkraftwerken, die für ihre Anlage bis zum 31. Dezember 2017 sowohl einen positiven Bescheid erhalten als auch die vollständige erste Projektfortschrittsmeldung nach bisherigem Recht eingereicht haben, sowohl für die Vergütungsdauer wie auch für die Berechnung der Vergütung die zum Zeitpunkt der Einreichung der ersten Projektfortschrittsmeldung massgebenden Bestimmungen zur Anwendung (Anhang 1.1 Ziff. 6.1 EnFV). In den Erläuterungen zu den Übergangsbestimmungen vom 1. November 2017 führte das UVEK aus, dass durch diese Regelung Anlagenbetreiber, die einerseits in den positiven Bescheid vertraut haben und andererseits gestützt auf dieses Vertrauen bereits erheblich investiert haben, in dieser Investition geschützt würden (vgl. Ausführungsbestimmungen zum neuen Energiegesetz vom 30. September 2016, ENFV, Erläuterungen, S. 37, abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch>> > News und Medien > Publikationen > Suchbegriff Energieförderungsverordnung, besucht am 6. März 2020). Die erste Projektfortschrittsmeldung ist spätestens zwei Jahre nach dem positiven Bescheid (betr. die KEV) resp. der Zusicherung dem Grundsatz nach (betr. die Aufnahme in die EVS) einzureichen; diese hat das bei der zuständigen Behörde eingereichte Konzessions- oder Baugesuch zu enthalten (Anhang 1.1 Ziff. 5.2 aEnV in der Version vom 1. Juni 2015; Anhang 1.1 Ziff. 5.2.1 EnFV).

Anlagen, die die bis zum 31. Dezember 2013 einen positiven Bescheid erhalten und die Projektfortschrittsmeldung nach bisherigem Recht zwar nicht eingereicht, die zur Erreichung des Projektfortschrittes notwendigen Schritte jedoch tatsächlich ausgeführt haben, werden ebenso geschützt. Dies weil bis zum 31. Dezember 2013 die Einreichung einer Projektfortschrittsmeldung formell nicht vorgesehen war und sie daher – trotz genau gleich getätigter Investitionen – Anhang 1.1 Ziff. 6.1 EnFV formell gar nicht erfüllen müssen bzw. mussten (vgl. Ausführungsbestimmungen zum neuen Energiegesetz vom 30. September 2016, ENFV, Erläuterungen, a.a.O., S. 37). Für sie gilt für die Vergütungsdauer wie auch für die Berechnung der Vergütung die im Zeitpunkt der Erreichung des Projektfortschritts massgebenden Bestimmungen (Anhang 1.1 Ziff. 6.2 EnFV).

**9.2.2** Aufgrund der Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin betreffend die Anlage «D. \_\_\_\_\_» am 30. Oktober 2014 den Projektfortschritt einreichte (vgl. Vi-act. HL 5). Dieser erfolgte vor dem positiven, m.a.W. definitiven KEV-Bescheid. Die Übergangsbestimmungen gehen hingegen davon aus, dass die (erste) Projektfortschrittmeldung nach dem definitiven Bescheid erfolgt. Die strikte Anwendung der Übergangsbestimmungen würde dazu führen, dass ab dem 1. Januar 2018 älteres Recht gelten würde als zwischen dem 1. Oktober 2015 und dem 31. Dezember 2017. Als massgebendes Recht bei Vorliegen einer Projektfortschrittmeldung bereits vor dem positiven Entscheid erweist sich daher dasjenige im Zeitpunkt des positiven KEV-Bescheids. Für die Anlage «D. \_\_\_\_\_» gilt somit ab dem 1. Januar 2018 für die Vergütungsdauer und die Berechnung der Vergütung weiterhin die aEnV in der Version vom 1. Juni 2015 (vgl. dort Anhang 1.1 Ziff. 3 und 4; ebenso bereits in der aEnV in der Version vom 1. August 2014).

**9.2.3** Betreffend die Anlage «C. \_\_\_\_\_» wurde der erste Projektfortschritt sinngemäss ebenfalls bereits vor dem positiven Bescheid vom 1. Juli 2011 erfüllt, zumal die Anlage auch bereits am 27. September 2010 in Betrieb genommen wurde. Entsprechend den Ausführungen unter E. 9.2.2 kommen für die Vergütungsdauer und die Berechnung der Vergütung ab dem 1. Januar 2018 die Bestimmungen der aEnV in der Version vom 1. Juni 2011 zur Anwendung (vgl. dort Anhang 1.1 Ziff. 3 und 4).

**9.2.4** Die Überprüfung der Mindestanforderungen an erheblich erweiterte und erneuerte Anlagen findet gemäss den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz unabhängig von der jährlichen Anpassung des Vergütungssatzes statt. In der Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 ist festgehalten, dass der laufende Betrieb – für den per 1. Januar 2018 das neue Recht gilt (vgl. Art. 72 Abs. 1 EnG) – auch die jeweils aktuellen Mindestanforderungen oder die Regeln zu einem allfälligen vorübergehenden Austritt aus dem System umfasst (Art. 19 Abs. 7 Bst. c und e EnG; Art. 17 Abs. 1, Art. 29 f. und Anhang 1.1 EnFV; BBI 2013 7561 7696).

**9.2.5** Der Vergütungssatz der Anlagen «C. \_\_\_\_\_» und «D. \_\_\_\_\_» schwankt entsprechend der tatsächlichen Stromproduktion jährlich (vgl. Anhang 1.1 Ziff. 3.2.1 aEnV). Zudem kann das UVEK gemäss Art. 3e Abs. 5 aEnV (Fassung in Kraft seit dem 1. Januar 2014) auch für Anlagen, die bereits in Betrieb sind, Anpassungen der Vergütung vornehmen, was selbst dann gilt, wenn ein Produzent für die Anlage bereits eine Vergütung

erhält. Daher kann den Anträgen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der definitiven Festlegung eines Vergütungssatzes für die gesamte verbleibende Vergütungsdauer und der (Wieder-)Aufnahme der Zahlungen gemäss festen Vergütungssätzen nicht entsprochen werden; diese sind abzuweisen (Beschwerdeanträge 2 und 3).

**9.3** Ab dem Jahr 2017 hat die Vorinstanz die Ausrichtung der KEV gemäss den vorangehenden Ausführungen zu prüfen.

**9.3.1** In diesem Zusammenhang moniert die Beschwerdeführerin, es sei nicht zulässig (gewesen), ihr ab dem Jahr 2016 rückwirkend den produzierten Strom nur noch auf Marktpreisniveau zu vergüten resp. die Entschädigung mit der Rückforderung zu verrechnen. Erst nach mehrfacher Intervention ihrer Rechtsvertreter habe sie einen Mahn- und Verrechnungsstopp erreichen können und erhalte seit dem 22. Juni 2018 immerhin den Referenzmarktpreis Wasserkraft ausbezahlt (vgl. Beschwerdebeilagen 4 und 5). Dieses Verhalten sei rechtlich nicht zulässig, schreite die Vorinstanz mit dieser Praxis doch sogleich zur Vollstreckung, ohne dass eine rechtskräftige Verfügung vorgelegen hätte (vgl. Art. 39 VwVG). Die Vorinstanz habe sie daher so zu stellen, als wären die Zahlungen nie eingestellt worden, d.h. sie habe die zu wenig ausbezahlten Vergütungen und zu Unrecht verrechneten Beträge unverzüglich nachzuzahlen, zuzüglich Zinsen seit wann rechtens. Per Ende Oktober 2018 ergebe sich ein ausstehender Betrag von Fr. 131'373.63.– (vgl. Beschwerdebeilagen 20-23).

**9.3.2** Die Vorinstanz hält im angefochtenen Entscheid fest, dass derzeit keine Verrechnung der im Voraus ausbezahlten Vergütung für das Jahr 2016 mit der laufenden Vergütung erfolge. Die Beschwerdeführerin erhalte für den eingespeisten Strom den durch das Bundesamt für Energie festgelegten Marktpreis.

**9.3.3** Gemäss Art. 31<sup>ter</sup> aEnV erhält einstweilen keine Vergütung mehr, wer die Minimalanforderungen nach den Anhängen 1.1-1.5 nicht einhält. Die zu viel erhaltene Vergütung ist zurückzuerstatten (Abs. 2). Die Vergütung wird am Ende des Kalenderjahres ohne Zins nachbezahlt, wenn die Mindestanforderungen wieder eingehalten werden (Abs. 3). Art. 29 EnFV bestimmt ebenfalls, dass für die Dauer, während der Anspruchsvoraussetzungen oder Mindestanforderungen nicht oder nicht mehr eingehalten werden, kein Anspruch auf die Einspeiseprämie besteht. Ist eine Beurteilungsperiode vorgesehen, so entfällt der Anspruch auf die Einspeiseprämie rückwirkend

für die gesamte Periode. Die zu viel erhaltene Vergütung ist der Vollzugsstelle zurückzuerstatten. Sie kann mit künftigen Leistungen verrechnet werden (Abs. 1). Werden Anspruchsvoraussetzungen oder Mindestanforderungen wieder eingehalten, so besteht ab diesem Zeitpunkt wieder Anspruch auf die Einspeiseprämie. Ist eine Beurteilungsperiode vorgesehen, besteht der Anspruch rückwirkend für die gesamte Periode. Allfällige Nachzahlungen werden nicht verzinst (Abs. 2).

Im Zeitpunkt der Rückforderung der Vergütung für das Jahr 2016 – die am 28. Juni 2017 resp. (korrigiert) am 6. September 2017 erfolgte (vgl. Beschwerdebeilagen 12, 14 und 15) – lagen mit den Entscheiden vom 2. Mai 2017 rechtskräftige Verfügungen vor. Dass die Vorinstanz die Zahlungen im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens nicht wiederaufnahm, ist nicht zu beanstanden. Sie wird die ausgesetzte KEV für die Jahre 2017 bis 2019 nachträglich entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen zu leisten haben, sofern die Mindestanforderungen wieder eingehalten oder für deren Nichteinhalten hinreichende Gründe resp. Massnahmen zur Wiedererreichung vorgebracht werden. Die durch die Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen weisen jedoch bereits darauf hin, dass beide Kraftwerke die Mindeststromproduktion auch in den Jahren 2017 und 2018 nicht erreicht haben (vgl. Beschwerdebeilagen 20-23, Beilagen zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 31. Januar 2019).

Damit ist der Antrag der Beschwerdeführerin, die bis zum Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Zahlungen einbehaltene KEV sei zzgl. Zins seit wann rechtens nachzubezahlen (Beschwerdeantrag 4), abzuweisen.

#### **10.**

Zusammenfassend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Der angefochtene Einspracheentscheid ist insoweit aufzuheben als die Vorinstanz anzuweisen ist, betreffend die Anlage «C.\_\_\_\_\_» den Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Entschädigung des entstandenen Vertrauensschadens (vgl. E. 7.6.5) und betreffend die Anlage «D.\_\_\_\_\_» für das Jahr 2016 das Vorliegen von Gründen, für den die Produzentin nicht einzustehen hat (vgl. E. 8.3.2 und 8.4), erneut zu prüfen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **11.**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteient-schädigung.

**11.1** Die Spruchgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten des vorliegenden Verfahrens inkl. der Zwischenverfügung vom 14. Januar 2019 werden in Anwendung von Art. 1 ff. VGKE auf Fr. 5'000.– festgesetzt.

**11.2** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden den Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Obsiegt die Beschwerdeführerseite teilweise, ist bei der Verlegung der Kosten grundsätzlich auf das Verhältnis von Ob- siegen zu Unterliegen abzustellen (MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 63 Rz. 14; BEUSCH, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 63 Rz. 11,13).

Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihren Hauptbegehren (Beschwerdeanträge 2 bis 4) und obsiegt teilweise betreffend die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und die Rückweisung der Sache zur (erneuten) Prüfung der Entschädigung eines Vertrauensschadens betreffend das Kraftwerk «C.\_\_\_\_\_» und der Marktpreissetzung für das Jahr 2016 betreffend das Kraftwerk «D.\_\_\_\_\_». Zudem unterlag sie im Laufe des Beschwerdeverfahrens mit ihrem vorsorglichen Antrag betreffend die Wiederaufnahme der Zahlung der ursprünglich zugesicherten Einspeisevergütung inkl. der Ausbezahlung der zu Unrecht zurückbezahlten und verrechneten Vergütung zzgl. Zins (vgl. Zwischenverfügung vom 14. Januar 2019). Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass die Vorinstanz resp. die Swissgrid mehrfach den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt haben (vgl. E. 6.4.3, 7.7 und 8.3.2). Bei Heilung von Gehörsverletzungen sind die Verfahrenskosten von der unterliegenden Partei nicht oder nur teilweise zu tragen (BVGE 2008/47 E. 3.4; vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 29 Rz. 123). Die Beschwerdeführerin macht überdies geltend, es sei bei der Verlegung der Verfahrenskosten dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie seit beinahe zwei Jahren die ihr zustehenden KEV-Vergütungen nicht bzw. nicht vollständig ausbezahlt erhalte, und eine äusserst zögerliche Verfahrensführung der Vorinstanz habe ertragen müssen. Diese Gründe vermögen indes nicht zu einem aus-

nahmsweisen gänzlichen oder teilweisen Erlass der Verfahrenskosten führen (vgl. dazu MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 63 Rz. 18 ff.).

Unter Berücksichtigung aller Umstände erweist es sich als angemessen, der Beschwerdeführerin die erwachsenen Kosten hälftig aufzuerlegen. Der Betrag von Fr. 2'500.– wird dem in Höhe von Fr. 5'000.– geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag (Fr. 2'500.–) ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**11.3** Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin ist zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Gemäss der eingereichten Kostennote vom 18. März 2019 erbrachte die Vertretung der Beschwerdeführerin bis zum damaligen Zeitpunkt Leistungen mit einem Zeitaufwand von 36 Stunden à 300.- zzgl. Auslagen von Fr. 200.–. Der geltend gemachte Aufwand erweist sich als angemessen. Der Beschwerdeführerin ist deshalb im Umfang ihres Obsiegens eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.– (inkl. Auslagen) zuzusprechen. Der ebenfalls teilweise obsiegenden Vorinstanz ist als Behörde keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der angefochtene Einspracheentscheid ist insoweit aufzuheben, als die Vorinstanz im Sinne der Erwägungen angewiesen wird, betreffend die Anlage «C. \_\_\_\_\_» den Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Entschädigung des entstandenen Vertrauensschadens und betreffend die Anlage «D. \_\_\_\_\_» für das Jahr 2016 das Vorliegen von Gründen, für den die Produzentin nicht einzustehen hat, erneut zu prüfen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 5'000.– festgesetzt. Im Umfang von Fr. 2'500.– werden sie der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem einbezahlten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.– bezahlen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Maurizio Greppi

Simona Risi

**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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und 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: