Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-2768/2014

Urteil vom 30. April 2015

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Jürg Steiger, Richterin Marianne Ryter,
Gerichtsschreiber Bernhard Keller.

Parteien

KEBAG AG,
Emmenspitz, 4528 Zuchwil,
vertreten durch Rolf Lüthi, Fürsprecher,
Herzogenacker 13, 3654 Gunten,
Beschwerdeführerin,

gegen

Swissgrid AG,
Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Beurteilung des Bescheids der Swissgrid AG vom 8. August 2012 über die Anmeldung zur kostendeckenden Einspeisevergütung für die KEBAG Zuchwil.

Sachverhalt:

A.
Die KEBAG AG betreibt eine Kehrichtverbrennungsanlage (KVA). Die bei der Kehrichtverbrennung produzierte Energie lieferte sie in der Form von Prozessdampf an zwei Grosskunden in ihrer Umgebung, eine Papier- und eine Zellulosefabrik, wobei sie bis zu 60 % der verfügbaren Energie hierfür einsetzen konnte. Zudem hat sie Energie in ein Fernwärmenetz abgegeben und in geringerem Ausmass für die Stromproduktion genutzt. Im Jahr 2008 hat die eine Fabrik ihren Betrieb eingestellt und im Jahr 2011 schloss auch der andere Betrieb, womit die Bezüger von Prozessdampf ersatzlos wegfielen. Es gelang der KEBAG AG in der Folge einzig, die Fernwärmeabgabe etwas auszubauen.

B.
Am 13. September 2011 meldete die KEBAG AG ein Erneuerungsprojekt, die Anschaffung einer neuen Turbine, bei der Swissgrid AG für die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) an. Diese lehnte das Gesuch am 8. August 2012 ab.

C.
Am 22. August 2012 gelangte die KEBAG AG an die Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom und beantragte die Feststellung, dass ihr Projekt die einschlägigen Voraussetzungen für die KEV erfülle und ihr die entsprechende Vergütung vollumfänglich auszurichten sei.

D.
Mit Verfügung vom 15. April 2014 lehnt die ElCom das Begehren der KEBAG AG ab, bestätigte den Bescheid der Swissgrid AG vom 8. August 2012 und hielt fest, dass das Projekt der KEBAG AG die einschlägigen Mindestanforderungen nicht erfülle. Ferner auferlegt sie der KEBAG AG eine Gebühr von Fr. 7'730.—.

E.
Am 21. Mai 2014 erhebt die KEBAG AG (Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, beantragt die Aufhebung der Verfügung der ElCom (Vorinstanz) vom 15. April 2014 und die Feststellung, dass ihr Projekt die Voraussetzungen für die kostendeckende Einspeisevergütung erfülle und ihr die entsprechende Vergütung vollumfänglich auszurichten sei.

F.
Die Vorinstanz verzichtet mit Eingabe vom 11. Juni 2014 auf eine Vernehmlassung und verweist auf ihre Verfügung vom 15. April 2014.

G.
Die Swissgrid AG (Beschwerdegegnerin) beantragt am 24. Juni 2014 die Abweisung der Beschwerde. Sie macht geltend, die Beschwerdeführerin wiederhole im Wesentlichen die bereits vor der Vorinstanz vorgebrachte Argumentation und verweist auf ihre diesbezüglichen Stellungnahmen an die ElCom vom 26. September 2012 und 24. Mai 2013.

H.
Am 11. Juli 2014 reicht das Bundesamt für Energie BFE den vom Bundesverwaltungsgericht einverlangten Fachbericht sowie den Antrag an den Bundesrat betreffend Revision der Energieverordnung vom 10. August 2011 ein.

I.
In den Schlussbemerkungen vom 8. August 2014 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und bestreitet insbesondere gewisse Ausführungen im Fachbericht des BFE.

J.
Auf die übrigen Vorbringen und die sich in den Akten befindlichen Dokumente wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie entscheidrelevant sind.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Entscheide der ElCom sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 23 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung [Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7] i.V.m. Art. 33 Bst. f VGG sowie Art. 25 Abs. 1 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 [EnG, SR 730.0]). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG ist nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Die Vorinstanz ihrerseits ist gestützt auf Art. 25 Abs. 1bis EnG für die erstin-

stanzliche Beurteilung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen im Sinn von Art. 7 und 7*a* EnG zuständig.

1.2 Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung und durch diese auch materiell beschwert, da ihrem Antrag nicht entsprochen wurde. Sie ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

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

2.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung mit uneingeschränkter Kognition, d.h. auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

Die Vorinstanz ist indessen keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids, entbindet es aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen (vgl. BGE 133 II 35 E. 3 mit Hinweisen; BVGE 2009/35 E. 4; vgl. als neueres Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-857/2014 vom 13. November 2014 m.w.H.; s.a. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.154 ff.). Zudem liegen dem Bundesverwaltungsgericht im hier zu beurteilenden Fall auch zwei Fachberichte des BFE vor. Auch das BFE ist eine Fachbehörde des Bundes und verfügt als solche ebenfalls über

spezifisches Fachwissen, was vom Bundesverwaltungsgericht entsprechend zu berücksichtigen ist.

3.

3.1

Gemäss Art. 89 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) setzen sich der Bund und die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine umweltverträgliche Energieversorgung ein. Art. 1 Abs. 2 Bst. c 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. Art. 3 Abs. 2 EnG definiert den Begriff der sparsamen und rationellen Energienutzung; demnach soll vor allem der Energieeinsatz so tief als möglich gehalten werden; die Energie soll bestmöglich eingesetzt und die eingesetzte Energie möglichst vollständig (hoher Energiewirkungsgrad) sowie verwendbare Abwärme genutzt werden. Art. 7 EnG regelt die Anschlussbedingungen für fossile und erneuerbare Energie, zu deren Abnahme die Netzbetreiber mit gewissen Ausnahmen verpflichtet sind. Die Vergütung richtet sich nach marktorientierten Bezugspreisen für gleichwertige Energie, wobei der Bundesrat die Einzelheiten regelt. Mit Art. 7*a* EnG hat der Gesetzgeber zur Förderung der Stromerzeugung mit erneuerbarer Energien besondere Anschlussbedingungen für Neuanlagen eingeführt. Als Neuanlagen gelten solche die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert werden. Dabei richtet sich die Vergütung nach den im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten von Referenzanlagen, die der jeweils effizientesten Technologie entsprechen (sog. kostendeckende Einspeisevergütung, KEV). Auch hierfür legt der Bundesrat die Einzelheiten fest, insbesondere die Gestehungskosten je Erzeugungstechnologie, Kategorie und Leistungsklasse; die jährliche Absenkung der Vergütung; die Dauer der kostendeckenden Vergütung unter Berücksichtigung der Amortisation; die Definition des in der Vergütung enthaltenen ökologischen Mehrwerts und die Anforderungen an dessen Handelbarkeit.

3.2 Mit der Revision vom 14. März 2008 der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV, SR 730.01) hat der Bundesrat die Einzelheiten festgelegt, in den Art. 2 bis 2*c* EnV die Anschlussbedingungen für fossile und erneuerbare Energien nach Artikel 7 des Gesetzes und in den Art. 3 ff. EnV diejenigen für Elektrizität aus erneuerbaren Energien nach Artikel 7*a* des Gesetzes. Die konkrete Höhe der Vergütungssätze für die verschiedenen

Technologien lässt sich aufgrund der in den Anhängen zur EnV festgesetzten Grundlagen berechnen und erfolgt schematisch, nicht abgestimmt auf eine individuelle Anlage (Art. 3*b* EnV). Die Einzelheiten sind gesondert für die Anlagentypen in den Anhängen zur EnV geregelt. Für Biomassenenergieanlagen, wozu Kehrichtverbrennungsanalgen (KVA) zählen, ist der Anhang 1.5 massgebend. Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV hält unter dem Titel "erheblich erweiterte oder erneuerte Anlagen" fest, dass die Steigerung des Stromnutzungsgrads nach Art. 3*a* Abs. 2 [EnV] bei mindestens gleich hohem Wärmenutzungsgrad mindestens 25 Prozent betragen müsse, damit es sich um eine Anlage im Sinn von Art. 7*a* Abs. 1 EnG handelt, für die eine KEV ausgerichtet wird.

3.3 Das EnG und die EnV einschliesslich ihrer Anhänge wurden in der Zeit zwischen der Anmeldung des Vorhabens der Beschwerdeführerin und dem Entschied der Vorinstanz verschiedentlich revidiert. Davon ist auch die hier im Zentrum stehende Bestimmung von Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV betroffen, wobei die umstrittene Anforderung, wonach die Steigerung des Stromnutzungsgrades "bei mindestens gleich hohem Wärmenutzungsgrad" zu erfolgen hat, unverändert geblieben ist. Die übrigen Änderungen dieser Bestimmung sind zudem eher redaktioneller und nicht materieller Art, insbesondere Umformulierungen sowie Anpassungen an neu formulierte und gegliederte Gesetzesbestimmungen.

Art. 7*a* Abs. 2 EnG enthält eine Regelung zum zeitlich anwendbaren Recht für die Vergütung; danach werden die im Erstellungsjahr geltenden Gestehungskosten für massgeblich erklärt, also unabhängig davon, wann darüber entschieden wird. Art. 3*b* Abs. 1bis EnV präzisiert, dass sich der Vergütungssatz aufgrund der im Erstellungsjahr geltenden Vorgaben richtet und während der gesamten Vergütungsdauer gleich bleibt und dass das Jahr der tatsächlichen Inbetriebnahme als Erstellungsjahr gilt (Abs. 3). Diese Regelung entspricht im Wesentlichen dem allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsatz, wonach in der Regel dasjenige materielle Recht massgeblich ist, das im Zeitpunkt der Verwirklichung des streitigen Sachverhalts Geltung hat. Gestützt darauf überprüft das Bundesverwaltungsgericht – soweit keine besondere Regelung besteht – die Rechtmässigkeit eines angefochtenen Verwaltungsakts in der Regel anhand der bei dessen Ergehen geltenden materiellen Rechtslage (vgl. BGE 139 II 243 E. 11.1, 129 II 497 E. 5.3.2; Urteil des BGer 2C_559/2011 vom 20. Januar 2012 E. 1.4 m.w.H.; Urteile des BVGer A-5333/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 3, A-4465/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 1.1 und A-1769/2013 vom 23. August 2013 E. 2.1; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS

MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014, § 24 Rz. 20). Da keine Inbetriebnahme aktenkundig ist und nicht die Vergütung an sich strittig ist, sondern die Frage, ob die Voraussetzungen für eine kostendeckende Einspeisevergütung überhaupt erfüllt sind, bleibt die Rechtslage im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids massgeblich. Für die vorliegende Streitsache nicht relevant ist ferner das Datum der Anmeldung eines Projekts; dieses ist gemäss Art. 3*g* Abs. 5, 6 und 7 EnV einzig für die Berücksichtigung eines Projekts bzw. für die Platzierung auf der Warteliste massgebend, nicht aber generell.

4.

Es ist unbestritten, dass mit dem Vorhaben der Beschwerdeführerin die Stromproduktion um rund 400 % auf 180 GWh pro Jahr gesteigert werden soll. Der Stromnutzungsgrad beträgt dabei 25 % und der Wärmenutzungsgrad 13.8 %. Der Wärmenutzungsgrad betrug in den Jahren 2004 bis 2009 zwischen 44.1 und 70 %. Da ihre beiden Hauptabnehmer von Wärme (in der Form von Prozessdampf) ihre Produktion 2008 bzw. 2011 endgültig eingestellt haben, lassen sich auch ohne das Vorhaben die bisherigen Wärmenutzungsgrade nicht mehr erreichen; bestehen bleibt einzig die Abgabe von Fernwärme.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz und zuvor schon die Beschwerdegegnerin hätten Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV falsch angewandt bzw. ausgelegt. Sie macht geltend, der Wortlaut sei nicht klar bzw. gebe nicht den wirklichen Sinn wieder: Der Zweck dieser Bestimmung bestehe einzig darin, dass ein Unternehmen nicht eine bestehende, sinnvolle Wärmenutzung wie die Prozessdampf- oder Fernwärmeabgabe freiwillig zugunsten der Stromproduktion aufgebe, bloss weil Letztere zwar weniger effizient, aber dank der KEV lukrativer sein könnte. Es sollten somit Missbräuche vermieden werden. Könne jedoch eine bisherige Wärmenutzung aus objektiven, nicht von der Anlagenbetreiberin verschuldeten Gründen nicht weitergeführt werden, dürfe das Kriterium des gleich hohen Wärmenutzungsgrades wie in den Vergleichsjahren nicht angewandt werden. Die Steigerung der Stromproduktion müsse das Ergebnis einer neuen Anstrengung zur Nutzung erneuerbarer Energien sein, die nicht zu Lasten der bisherigen Energienutzung gehe. Die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem diesbezüglichen qualifizierten Schweigen statt von einer Regelungslücke ausgegangen. Die Stossrichtung der Verordnungsrevision von 2011 sei die Förderung zusätzlicher Stromproduktion aus erneuerbarer Energie gewesen. Dies zeige sich etwa daran, dass Bestimmungen zugunsten von Anlagenbetreibern erlassen worden seien, die Mühe hätten, ihre Projekte zur

Stromproduktion im vorgesehenen Ausmass zu erreichen und die vorübergehend die Voraussetzung für die finanzielle Unterstützung nicht erfüllten. Überdies sei im erläuternden Bericht zur Revision 2011 die sich hier stellende Problematik auch nicht unter den "nicht behandelten Themen KEV" erwähnt. Es könne überdies entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht Zweck der in den Anhängen aufgeführten Voraussetzungen sein, Förderprojekte zu begrenzen, weil dem KEV-Fonds nur begrenzte Mittel zur Verfügung stehen. Einschränkungen aus finanziellen Gründen dürften nicht willkürlich gewählt werden. Es sei jedoch willkürlich, effiziente Projekte, die eine grosse Strommehrproduktion gewährleisteten, unberücksichtigt zu lassen, während Projekte, die Vorgaben und prognostizierte Werte nicht erreichten, weiterhin finanziell unterstützt würden. Zudem habe sich die Vorinstanz bei ihrer Auslegung auf die Revision der EnV von 2011 beschränkt, statt die erstmalige Fassung von 2007 und deren Zielsetzung zu berücksichtigen. Es bestünden schliesslich keine Anzeichen, dass dem Bundesrat als Verordnungsgeber die sich hier stellende Problematik bekannt gewesen sei, weshalb kein qualifiziertes Schweigen vorliege. Dass dies innerhalb des BFE diskutiert und eine Änderung verworfen worden sei, genüge nicht für die Annahme eines qualifizierten Schweigens des Verordnungsgebers.

4.1 Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung festgehalten, das Kriterium des mindestens gleich hohen Wärmenutzungsgrades sei nicht erfüllt und der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen sei klar und lasse keinen Spielraum im von der Beschwerdeführerin beantragten Sinn. Dabei hat sie als Vergleichsbasis die Jahre 2004 bis 2009 herangezogen. Die allgemeine Regelung in Art. 3*a* Abs. 2 EnV nenne einzig das Erfordernis der Steigerung der Stromproduktion, was jedoch für sämtliche erheblich erweiterten oder erneuerten Anlagen gelte. Für KVA sei daher ein spezifisches zusätzliches Erfordernis festgelegt worden. Es liege keine Lücke vor.

4.2 Das BFE weist in seinem Fachbericht an die Vorinstanz vom 26. August 2013 (Vorakten, act. 12) darauf hin, dass Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV für erweiterte Anlagen strenger sei als für Neuanlagen, müsse doch die Steigerung des Stromnutzungsgrads mindestens 25 % betragen und nicht nur den minimalen Gesamtenergienutzungsgrad gemäss Ziff. 3.3 Anhang 1.5 EnV einhalten. Damit sollten kleine Alibiinvestitionen von der KEV ausgeschlossen werden. Damit einher gehe auch die Zusatzbestimmung des mindestens gleich bleibenden Wärmenutzungsgrads. Die Einführung von Art. 3*l*^{ter} ff. EnV anlässlich der Teilrevision der EnV vom Oktober 2011, mit

einer Regelung von zur KEV zugelassenen Anlagen, die die Mindestanforderungen nicht mehr einhielten, diene insbesondere dem Schutz des Vertrauens von Produzenten, die einen positiven KEV-Entscheid erhalten hatten und andernfalls wohl auf die Investition verzichtet hätten. Im zweiten Fachbericht vom 11. Juli 2014 führt das BFE aus, dass nicht nur missbräuchliches Verhalten verhindert werden solle, sondern generell eine Steigerung der Stromproduktion zulasten der Wärmenutzung. Ein Projekt könne auch ohne Beibehaltung des Wärmenutzungsgrads ökologisch sinnvoll sein, dies bedeute aber nicht automatisch, dass es auch förderungswürdig sei. Das erwähnte Kriterium sei auch als solches der Förderungswürdigkeit zu betrachten. Die Regelung in Art. 3*i*ter EnV für Fälle, in denen eine Stromproduktionsanlage im Zeitpunkt der Beurteilung des Gesuchs die Voraussetzungen für die KEV erfüllte, später aber nicht mehr, betreffe einen anderen Sachverhalt und sei daher nicht vergleichbar. Zudem würde deren Anwendung auf die Beschwerdeführerin dazu führen, dass diese während 20 Jahren die KEV erhalte, während für die in Art. 3*i*ter EnV geregelten Anlagen der Vergütungsanspruch nach einer gewissen Zeit erlösche. Es habe in Bezug auf Letztere Handlungsbedarf bestanden, nicht aber hinsichtlich des Kriteriums des Wärmenutzungsgrads.

4.3 Umstritten ist somit die Auslegung von Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV. Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Inhaltlich gebietet das Gesetzmässigkeitsprinzip, dass staatliches Handeln insbesondere auf einem Rechtssatz von genügender Normstufe und Bestimmtheit beruht (statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, Rz. 381 ff.). Der Bundesrat hat von Verfassungs wegen die Kompetenz, Vollzugsverordnungen zu erlassen (Art. 182 Abs. 2 BV). Ferner beauftragt Art. 16 Abs. 1 EnG den Bundesrat ausdrücklich, das Gesetz mit Ausnahme der Art. 6 und 9 EnG zu vollziehen und die erforderlichen Ausführungsvorschiften zu erlassen. Werden jedoch Rechtsetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber übertragen, spricht man von Gesetzesdelegation. Der Gesetzgeber ermächtigt damit im (formellen) Gesetz die Exekutive zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen. Die Gesetzesdelegation gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, das heisst die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (Art. 164 Abs. 1 BV; statt vieler BGE 134 I 322 E. 2.4 und 2.6.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 407).

4.4 Das Bundesverwaltungsgericht kann auf Beschwerde hin vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle). Bei Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen (und nicht wie selbständige Verordnungen direkt auf der Verfassung beruhen), prüft das Bundesverwaltungsgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnis gehalten hat. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Bereich des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat seine Prüfung darauf zu beschränken, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenz offensichtlich sprengt oder aus andern Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 131 II 562 E. 3.2; 130 I 26 E. 2.2.1). Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Die Zweckmässigkeit hat es hingegen nicht zu beurteilen (BGE 131 II 162 E. 2.3; statt vieler Urteil des BVGer A-573/2013 vom 29. November 2013 E. 4.1 - 4.3 m.w.H.).

4.5 Die Bundesverfassung schliesst eine Delegation an den Verordnungsgeber für den Sachbereich der Förderung erneuerbarer Energien nicht aus (Urteil des BVGer A-2895/2014 vom 17. Dezember 2014, E. 4.3). Mit Art. 7*a* Abs. 2 EnG hat der Gesetzgeber eine Delegationsnorm erlassen, gemäss derer der Bundesrat die Einzelheiten zur Vergütung regelt. Das strittige Kriterium betrifft jedoch die Frage, wann eine Anlage als erheblich erweitert oder erneuert gilt, stellt mithin eine Ausführungsvorschrift zu Art. 7*a* Abs. 1 EnG dar. Der Bundesrat ist daher befugt, wenn nicht gar verpflichtet, auszuführen, was unter einer Neuanlage und einer dieser gleichgestellten erheblich erweiterten oder erneuerten Anlage zu verstehen ist. Er hat dies in Art. 3*a* EnV einerseits in allgemeiner Weise getan, indem hierfür entweder eine Steigerung der Elektrizitätsproduktion oder des Stromnutzungsgrads in einem bestimmten Ausmass verlangt wird, oder kumulativ ein bestimmtes prozentuales Investitionsvolumen erreicht, zwei Drittel der Amortisationsdauer bzw. der Dauer für die die KEV ausgerichtet wird, abgelaufen ist und mindestens gleich viel Elektrizität wie bisher erzeugt wird. Anderseits hat er in den Anhängen der EnV anlagenspezifische

Anforderungen an eine zur KEV berichtigende erhebliche Erweiterung oder Erneuerung aufgestellt. Für thermische Anlagen wird in den Anhängen der EnV nicht nur eine erforderliche Steigerung des Stromnutzungsgrads beziffert, sondern zugleich verlangt, dass dies bei gleich bleibendem Wärmenutzungsgrad zu erfolgen habe.

4.6 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut einer Norm. Die französisch- und italienischsprachigen Versionen sind hierbei ebenso massgebend wie der deutsche Text. Ist der Text nicht klar, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen; abzustellen ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm, ihren Sinn und Zweck sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (vgl. statt vieler BGE 137 V 167 E. 3.1 und 131 II 697 E. 4.1; Urteil des BVGer A-6086/2010 vom 16. Juni 2011 E. 4; TSCHANNEN/ZIMMERLI/ MÜLLER, a.a.O., § 25 Rz. 3 f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., 2012, Rz. 80 ff.). Vom deutlichen Wortlaut einer Bestimmung darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der klare Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich wiederum aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (BGE 137 V 167 E. 3.1; BGE 124 III 266 E. 4). Bei der Auslegung von Verordnungen sind zudem die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen (vgl. BGE 137 V 167 E. 3.3).

Die Ermittlung der ratio legis darf nicht nach den eigenen, subjektiven Wertvorstellungen des Gerichts erfolgen, sondern hat sich nach den Vorgaben des Gesetzgebers zu richten. Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt dabei nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern er führt darüber hinaus zur Massgeblichkeit der gebräuchlichen Auslegungsmethoden für den Bereich richterlicher Rechtsschöpfung, wenn ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt wird. Das Gesetzbindungspostulat schliesst für sich alleine richterliche Entscheidungsspielräume nicht grundsätzlich aus; es begrenzt indes die Zulässigkeit der Rechtsfindung contra verba aber secundum rationem (BGE 140 I 305 E. 6.2). In diesem Sinne ist der zulässige Vorgang richterlicher Rechtschöpfung, bei welchem ein zu weit gefasster Wortlaut durch zweckgerichtete Interpretation eine restriktivere

Deutung erfährt oder mittels teleologischer Reduktion eine verdeckte Lücke festgestellt und korrigiert wird, von der unzulässigen Berichtigung unechter Lücken zu unterscheiden. Während beim erstgenannten Vorgang triftige Gründe zum Schluss führen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt, ist von einer unechten Lücke dann die Rede, wenn einer Gesetzesbestimmung zwar eine Antwort entnommen werden kann, aber keine befriedigende, namentlich weil die vom klaren Wortlaut geforderte Subsumtion eines Sachverhaltes in der Rechtsanwendung teleologisch als unhaltbar erscheint (BGE 139 II 404 E. 4.2, 128 I 34 E. 3b je mit Hinweisen; vgl. auch ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 227 ff.). Schliesslich besteht kein Platz für eine gerichtliche Lückenfüllung, wenn der Gesetzgeber eine Frage nicht übersehen, sondern stillschweigend (im negativen Sinn) mitentschieden hat, mithin ein qualifiziertes Schweigen vorliegt (BGE 132 III 470 E. 5.1 und 129 V 1 E. 4.1.1; Urteil des BVGer A-1878/2014 vom 28. Januar 2015 E. 3.2).

4.6.1 Der Wortlaut von Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV, wonach eine erheblich erweiterte oder erneuerte KVA die Steigerung des Stromnutzungsgrades bei mindestens gleich hohem Wärmenutzungsgrad erzielen muss, um die KEV zu erhalten, weist in allen drei Sprachfassungen denselben Inhalt auf: "tout en maintenant au moins le même taux d'utilisation de la chaleur" und "a fronte di un coefficiente di sfruttamento del calore almeno di pari entità". Eine Ausnahme von diesem Kriterium ist vom Wortlaut her nicht vorgesehen, noch spielen die Gründe für eine Reduktion eine Rolle. Überdies fällt auf, dass die Wärmenutzung eher ausgebaut werden soll, die Beibehaltung des bisherigen Wärmenutzungsgrads also nach dem Wortlaut die Minimalanforderung darstellt. Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV äussert sich jedoch nicht dazu, mit welchem Vergleichswert das Kriterium zu prüfen ist. Art. 3*a* Abs. 2 EnV definiert einen Vergleichswert einzig für die Elektrizitätserzeugung oder den Stromnutzungsgrad ausdrücklich, diese sind gegenüber dem Durchschnitt der letzten fünf vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2010 gemäss den Anforderungen nach den Anhängen 1.1 - 1.5 zu steigern. Die Vorinstanz hat diese Regelung analog für den Wärmenutzungsgrad angewandt; indessen ist diese Vergleichsbasis nicht zwingend, auch der tatsächlich erzielte Wärmenutzungsgrad ohne das Vorhaben könnte herangezogen werden, was eine Berücksichtigung der tatsächlich möglichen Wärmenutzungen zulässt.

4.6.2 Das umstrittene Kriterium wurde anlässlich der Einführung der KEV in den neuen Anhang 1.5 EnV für erneuerte und erweiterte KVA aufgenommen (AS 2008 1223) und fand sich bereits im Vernehmlassungsentwurf

vom 27. Juni 2007 (zu finden auf der Internetseite der Schweizerischen Eidgenossenschaft www.admin.ch -> Bundesrecht -> Vernehmlassungen -> Abgeschlossene Vernehmlassungen -> 2007 -> Stromversorgungsverordnung und Revision Energieverordnung Vorlage 1, zuletzt besucht am 15. April 2015). Dasselbe Kriterium findet sich auch bei erneuerten oder erweiterten Geothermieanlagen (Ziff. 1.4 Anhang 1.4 EnV), Schlammverbrennungsanlagen (Ziff. 4.1 Anhang 1.5 EnV) und übrigen Biomasseenergieanlagen (Ziff. 6.1 Anhang 1.5 EnV).

Im Rahmen der historischen Auslegung ist daher, wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, der gesetzgeberische Wille aus jener Zeit nach Möglichkeit zu ermitteln und nicht bloss eine spätere Revision zu berücksichtigen, die keinen Einfluss auf die relevanten Bestimmungen hatte. Der erläuternde Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 27. Juni 2007, Änderung der Energieverordnung (zu finden auf der Internetseite der Schweizerischen Eidgenossenschaft www.admin.ch -> Bundesrecht -> Vernehmlassungen -> Abgeschlossene Vernehmlassungen -> 2007 -> Stromversorgungsverordnung und Revision Energieverordnung Bericht 1, zuletzt besucht am 15. April 2015) äussert sich nicht zur Beibehaltung der bisherigen Wärmenutzung. Erwähnt wird hingegen auf S. 19, dass die Anlage einen minimalen Gesamtenergienutzungsgrad erreichen müsse, um von der Vergütung profitieren zu können, wobei alle proportionalen Anteile von Strom und Wärme möglich sind. Damit werde auf die unterschiedlichen Anlagenstandorte und Wärmeabsatzmöglichkeiten Rücksicht genommen. Im Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Stromversorgungsverordnung und zur Revision der Energieverordnung vom 14. Dezember 2007 (zu finden auf der Internetseite der Schweizerischen Eidgenossenschaft www.admin.ch -> Bundesrecht -> Vernehmlassungen -> Abgeschlossene Vernehmlassungen -> 2007 -> Stromversorgungsverordnung und Revision Energieverordnung, Ergebnis: Bericht, zuletzt besucht am 15. April 2015) finden sich auf S. 29 ein paar Äusserungen zu Energienutzungsgraden von KVA: So wurde etwa eine Steigerung des Gesamtenergienutzungsgrades von 10 % verlangt, ein minimaler Wärmenutzungsgrad von 15 % oder ein Gesamtenergienutzungsgrad von 50 %. Ausserdem wird die Befürchtung aufgeführt, wonach Anlagenbetreiber in den Genuss einer KEV kommen, die jahrelang nichts in die Verbesserung der Energienutzung investiert haben, während solche, die laufend um bessere Energienutzung bemüht waren, nun leer ausgingen. Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV wurde in der Folge unverändert aus dem Entwurf übernommen. Im Rahmen der Teilrevision der EnV von 2011 erfuhr diese Regelung keine

Änderung, anders als etwa die Problematik, wenn die Mindestanforderungen nachträglich nicht mehr eingehalten werden. Im Zentrum der ersichtlichen Bestrebungen des Verordnungsgebers standen somit energetische Mindestanforderungen, insbesondere, dass zu fördernde Projekte einen definierten Gesamtenergienutzungsgrad erfüllen und dass erheblich erweiterte Anlagen eine bezifferte Steigerung des Stromnutzungsgrads erreichen und damit strenger beurteilt werden als Neuanlagen. So war es dem Verordnungsgeber offensichtlich ein Anliegen, die Wärmeabsatzmöglichkeiten an den konkreten Standorten zu berücksichtigen und demzufolge sogar die Stromerzeugung aus KVA zur KEV zuzulassen, die gar keinen Wärmenutzungsgrad erzielen, sofern diese wenigstens den minimalen Stromnutzungsgrad von 25 % erreichen oder überschreiten. Die Berücksichtigung nicht mehr möglicher Wärmenutzungen steht jedoch im Widerspruch zu diesen Bestrebungen, insbesondere wenn der Wärmenutzungsgrad auch ohne das Stromproduktionsvorhaben bereits gesunken ist und gegenwärtig und in Zukunft keinesfalls mehr erzielt werden kann. Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass gestützt auf die Entstehungsgeschichte der Norm der Verordnungsgeber mit dem Kriterium gemäss Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV Anlagenerweiterungen und Erneuerungen von der KEV ausschliessen wollte, die bloss eine geringfügige Steigerung des Stromnutzungsgrads erreichen oder deren Betreiber bereits die Abwärme nutzen und dies nun zugunsten der Stromproduktion aufgeben oder reduzieren wollen. Der hier zu beurteilende Fall, dass eine Wärmenutzung bereits zuvor und unabhängig vom Projekt zur Steigerung der Stromproduktion entfallen ist wird, wird demgegenüber nicht erfasst.

4.6.3 Zu prüfen sind ferner die Systematik sowie Sinn und Zweck der Bestimmung.

4.6.3.1 Art. 3*a* EnV ist eine Ausführungsbestimmung zu Art. 7*a* Abs. 1 letzter Satz EnG und definiert allgemein, aber nicht abschliessend, wann eine Anlage als erheblich erweitert oder erneuert gilt. Als Vergleichswert für die Steigerung des Stromnutzungsgrads wird der Durchschnitt der letzten fünf vollen Betriebsjahre vor dem 1. Januar 2010 herangezogen (Art. 3a Abs. 2 EnV). Art. 3*a* Abs. 3 EnV präzisiert zudem, dass die Umstellung einer Anlage von fossilen auf erneuerbare Brennstoffe, die keine Neuinvestitionen im definierten Ausmass erfordern, keine erhebliche Erweiterung oder Erneuerung darstellt. Eine Vergleichsbasis für den Wärmenutzungsgrad wird – wie bereits vorne erwähnt – nicht definiert. Die weiteren Einzelheiten für die verschiedenen Arten von Anlagen finden sich in den Anhängen 1.1 bis

1.5 und 1.8, wobei jeder dieser Anhänge Bestimmungen zu erheblich erweiterten oder erneuerten Anlagen enthält. Auch andere thermische Anlagentypen kennen das Zusatzkriterium des mindestens gleich bleibenden Wärmenutzungsgrads und keine dieser Bestimmungen sieht Ausnahmen vor. Ganz allgemein wird in der EnV und ihren Anhängen jedoch grossen Wert auf den Gesamtnutzungsgrad gelegt, der eingehalten werden soll (z.B. Art. 2*a* Abs. 2 und 3 EnV, Ziff. 1.3 Anhang 1.4 EnV, sowie Ziff. 3.3 und 4.3 und 6.3 Anhang 1.5 EnV). Mit dem BFE und der Vorinstanz ist ferner festzuhalten, dass Art. 3*i*^{ter} ff. EnV einen besonderen Sachverhalt regeln, nämlich wenn eine zur KEV zugelassene Anlage nachträglich die Mindestanforderungen nicht mehr erfüllt. Diese Regelung ist nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig, berücksichtigt sie doch rechtlich relevante Besonderheiten wie der Investitions- und Vertrauensschutz, der sich aus einem positiven Entscheid ergibt, aber auch das Gebot der Verhältnismässigkeit für diesen speziellen Fall. Immerhin ist aus der gewählten Lösung festzustellen, dass die Förderung von Strom aus erneuerbarer Energien nicht leichthin abgelehnt bzw. entzogen werden soll.

4.6.3.2 Die Grundlage der strittigen Bestimmung im übergeordneten Recht findet sich in Art. 7*a* Abs. 1 letzter Satz EnG. Gemäss dieser Bestimmung werden Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert werden, den Neuanlagen insofern gleichgestellt, als auch sie eine KEV erhalten können. Das EnG enthält keine weiteren Präzisierungen.

In Art. 7*a* Abs. 1 EnG sowie in der EnV werden jeweils die Begriffe "erheblich erweitert und erneuert" bzw. "notablement agrandies ou rénovées" sowie "ampliati considerevolmente o rinnovati" verwendet, die Begriffe entsprechen sich in allen drei Sprachen. Erweitern hat die Bedeutungen "etwas weiter, grösser machen; auf neue Gebiete ausdehnen, vermehren, sich vergrössern, weiter werden oder sich ausdehnen". Erneuern kann "instand setzen, ausbessern, verbessern, renovieren; durch ein neues Stück ersetzen, auswechseln; neu in Kraft treten lassen; auffrischen, neu beleben; wiederholen" bedeuten (Brockhaus Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl., 2011). Aus beiden verwendeten Begriffen geht hervor, dass jeweils auf etwas bereits Bestehendem aufgebaut wird und dieses weitergeführt wird, entweder mit etwas Zusätzlichem oder mit neuen Bestandteilen. Die hier unbestrittene Anforderung, wonach die Steigerung des Stromnutzungsgrads mindestens 25 % betragen muss, stellt denn auch eine naheliegende Konkretisierung des Begriffs "erheblich" dar und es ist nicht zu

beanstanden, dass eine erheblich erweiterte Anlage insofern strenger beurteilt wird als eine Neuanlage. Zu beachten ist überdies, dass der Gesetzgeber den allgemeineren Begriff "Änderung einer Anlage" nicht verwendet, anders als etwa im Raumplanungsrecht (z.B. Art. 24*c* Abs. 2 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 [RPG, SR 700] für bestehende zonenwidrige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone) oder Umweltschutzrecht (z.B. Art. 10*a* des Umweltschutzgesetzes vom 7. Oktober 1983 [USG, SR 814.01]). Das Kriterium, wonach der bisherige Wärmenutzungsgrad beibehalten werden soll, findet somit auch in den verwendeten Begriffen "erheblich erweitert oder erneuert" eine Stütze. Art. 7*a* Abs. 1 EnG lässt jedoch offen, wie dieses Kriterium zu prüfen ist.

Die KEV war Bestandteil der parlamentarischen Vorlage 04.083 "Stromversorgungsgesetz und Elektrizitätsgesetz". Die Strommarktöffnung liess für die erneuerbaren Energien positive und negative Auswirkungen erwarten, weshalb die Vorlage mit einer Teilrevision des EnG verbunden wurde (Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, nachfolgend Botschaft StromVG, BBl 2005 1611, S. 1622; AB 2005 N 1076 ff.). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die durchschnittliche Jahreserzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien bis zum Jahr 2030 gegenüber dem Jahr 2000 um mindestens 5400 GWh erhöht werden, was etwa 10 Prozent des jährlichen Elektrizitätsverbrauchs entspricht (Art. 1 Abs. 3 EnG; AB 2005 N 1085 ff., AB 2006 S 869 ff.). Um diese Förderung zu ermöglichen, wurde in Art. 15*b* Abs. 1 Bst. a EnG ein Zuschlag auf den Übertragungskosten der Hochspannungsnetze eingeführt. Im Entwurf des Bundesrats war vorgesehen, dass Anlagen, die nach dem Inkrafttreten dieser Bestimmung in Betrieb genommen werden, aus diesem Zuschlag eine KEV erhalten können (Art. 7*c* Abs. 2 Entwurf EnG, BBl 2005 1689). In der Botschaft StromVG, S. 1669, wird ausgeführt, der Bundesrat werde festlegen, unter welchen Bedingungen Neuanlagen als solche gelten und welche Anforderungen an erneuerte Altanlagen gestellt würden. Energie aus Abfällen aus Biomasse war hingegen bei der Definition von erneuerbaren Energien noch nicht vorgesehen (Art. 4 Abs. 1 Bst. b Entwurf StromVG und Art. 7*c* Abs. 1 Entwurf EnG, BBl 2005 1689). Mit der Annahme des Antrags von Nationalrat Hegetschweiler wurden diese beiden Punkte geändert: Einerseits wurde auch elektrische Energie, die aus Abfällen aus Biomasse gewonnen wird, als erneuerbare Energie anerkannt und in die Legaldefinition von Art. 2 StromVG sowie in die Bestimmung zur KEV aufgenommen (Art. 7*c* Abs. 1 und 2 Entwurf EnG). Zur Begründung wurde ausgeführt, es habe damals an einer gesetzlichen Grundlage für eine Zuordnung des im Umweltschutzgesetz vom

7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01) definierten Abfalls zu den erneuerbaren Energien gefehlt, wobei im Fall der Vergärung 100 %, bei KVA 50 % Anteil Biomasse berücksichtigt werden sollten (AB 2005 N 1049 f.). Anderseits wurde betont, die KVA seien weitgehend gebaut und nur mittels erweiterter oder erneuerter Anlagen könnten innerhalb von 5 bis 15 Jahren wesentliche zusätzliche einheimische Erzeugungspotenziale erschlossen werden. Ferner erlaube die vorgeschlagene Änderung Pionierbetriebe zu honorieren, die bereits in neue Anlagen zur Produktion von Elektrizität aus erneuerbarer Energie investiert hätten. Im Sinne der Förderung der erneuerbaren Energien und des Einbezugs der KVA sei dieser Antrag anzunehmen (AB 2005 N 1087 und 1096). Der Ständerat schloss sich dieser Änderung an und ging von einem Potenzial bei den KVA von 900 GWh aus (AB 2006 S 877-881). Überdies wurde in Art. 7*a* Abs. 4 EnG die Verteilung der Mittel für die KEV prozentual aufgeteilt zwischen der Wasserkraft, Photovoltaik (solange deren ungedeckte Kosten 30 Rp/kWh übersteigen) und den anderen Technologien (einschliesslich der Photovoltaik, sofern deren ungedeckte Kosten weniger als 30 Rp/kWh betragen). Der Gesetzgeber bezweckte somit, Anreize für eine rasche und erhebliche Steigerung der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien zu schaffen, namentlich auch aus bestehenden KVA.

4.6.3.3 Zu beachten ist ferner, dass das EnG ganz allgemein die sparsame und rationelle Energienutzung sowie die verstärkte Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien bezweckt (Art. 1 Abs. 2 Bst. b und c EnG). Damit wird der in E. 3.1 erwähnte Verfassungsauftrag von Art. 89 BV umgesetzt. Für Elektrizität aus fossiler Energie gemäss Art. 7 Abs. 1 letzter Satz EnG besteht überdies nur eine Abnahmepflicht, wenn u.a. gleichzeitig die Abwärme genutzt wird. Zu beachten ist schliesslich, dass der Bund gemäss Art. 13 Bst. c EnG Massnahmen zur Nutzung der Abwärme unterstützen kann, die insbesondere beim Betrieb von KVA anfällt. Auch die Nutzung der Abwärme zu anderen Zwecken als der Stromproduktion war dem Gesetzgeber somit grundsätzlich wichtig, wobei er sie nicht als zwingend für erneuerbare Energien erachtete.

4.6.3.4 Unter systematischen und teleologischen Gesichtspunkten ist somit festzustellen, dass mit der KEV – im Einklang mit den allgemeinen Zielen des EnG – bezweckt wird, die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien erheblich zu steigern und entsprechende Anreize zu schaffen. Eine wichtige Rolle kommt dabei der in den bereits bestehenden KVA entstehenden Wärme zu. In allen nicht neuen thermischen Anlagentypen sollen bestehende Wärmenutzungen mindestens im selben Umfang beibehalten

werden. Es bestehen jedoch keine Hinweise darauf, dass an objektiv nicht mehr möglichen Wärmenutzungen, also rein fiktiven Wärmenutzungen festgehalten werden sollte, die zwar in früheren Jahren möglich waren, aber – wie bei der Beschwerdeführerin – endgültig weggefallen sind. Die in den Fachberichten des BFE dargelegte Absicht, geringfügige Alibiinvestitionen von der KEV auszuschliessen sowie Vorhaben, mit denen die Stromproduktion zulasten einer weiterhin möglichen Wärmenutzung erfolgen soll, wird gewahrt, ebenso das Anliegen, dass erheblich erweiterte Anlagen strengere Energieanforderungen erfüllen müssen. Ein hoher Stellenwert wird dem Gesamtenergienutzungsgrad eingeräumt, wobei auch Neuanlagen ohne Wärmenutzungsgrad zur KEV zugelassen werden. Für erheblich erweiterte und erneuerte Anlagen gelten strengere Energieanforderungen als für Neuanlagen.

Aus diesem systematischen Überblick ergibt sich im Weiteren, dass sich die Regelung in der EnV, namentlich Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV an den gesetzlichen Rahmen hält und auch verfassungskonform ist, jedenfalls wenn diese dahingehend ausgelegt wird, dass einzig erweiterte und erneuerte Stromproduktionsanlagen generell von der KEV ausgeschlossen werden, die eine bloss geringe Steigerung des Stromnutzungsgrades erzielen oder die unmittelbar zulasten der aktuellen Wärmenutzung gehen. Hingegen sind keine Hinweise ersichtlich für einen Ausschluss der KEV für die ersatzweise Stromproduktion bei objektiv nicht mehr möglichen Wärmenutzungen durch qualifiziertes Schweigen des Verordnungsgebers.

4.7 Das Vorhaben der Beschwerdeführerin erfüllt die energetische Mindestanforderung, denn es würde eine Steigerung der Stromproduktion um ein Vielfaches der minimal erforderlichen 25 % erzielt (Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV). Sie kann zudem Fernwärme abgeben mit einem Wärmenutzungsgrad von 13.8 %. Unabhängig von ihrem Vorhaben kann die Beschwerdeführerin den bis 2008 bzw. 2011 erzielten Wärmenutzungsgrad jedoch nicht mehr erreichen, da sie in ihrer Umgebung keine Abnehmer mehr für Prozessdampf hat. Hätte die Beschwerdeführerin die Abwärme bis anhin nicht genutzt oder hätte sie die Abnehmer der Wärmeenergie bereits 2003 verloren, könnte sie unbestrittenermassen eine KEV erhalten. Die obigen Ausführungen zu den einzelnen Auslegungsmethoden führen zum Schluss, dass das Erfordernis "bei mindestens gleich hohem Wärmenutzungsgrad" dahingehend auszulegen und anzuwenden ist, dass als Vergleichsbasis nicht zwingend die Jahre 2004 bis 2009 heranzuziehen sind, sondern auf die konkreten Umstände abzustellen ist, d.h. auf eine objektiv noch erzielbare, mögliche Wärmenutzung, wenn auf das Vorhaben zur erweiterten

Stromproduktion verzichtet würde. Das Vorhaben der Beschwerdeführerin erfüllt somit die Anforderung von Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV in diesem Sinn.

5.

Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Bei der Wahl zwischen den beiden Entscheidarten steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Liegen sachliche Gründe vor, ist eine Rückweisung regelmässig mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip eines einfachen und raschen Verfahrens vereinbar (vgl. BGE 131 V 407 E. 2.1.1; Urteil des BVGer A-770/2013 vom 8. Januar 2014 E. 1.3). Zur Rückweisung führt insbesondere eine mangelhafte Abklärung des Sachverhalts durch die Vorinstanz, die ohne eine aufwändigere Beweiserhebung nicht behoben werden kann. Ebenso ist eine Rückweisung angezeigt, wenn der Vorinstanz ein Ermessen zukommt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 2.2; BVGE 2012/21 E. 5.1; Urteil des BVGer A-1305/2012 vom 10. Oktober 2012 E. 1.4; MOSER/BEUSCH/ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.194).

Nachdem die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz die Voraussetzungen für eine KEV verneint hatten, haben sie folgerichtig weder die Höhe noch andere Modalitäten der KEV, noch den allfälligen Platz auf der Warteliste festgesetzt. Gemäss Art. 3*g* ff. EnV und Art. 18 ff. des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG, SR 734.7) ist die Beschwerdegegnerin als nationale Netzgesellschaft für die Administration der KEV verantwortlich (Urteil des BVGer A-4065/2011 vom 15. Mai 2012 E. 3). Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben und die Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin zur Festsetzung der Modalitäten der KEV für das Vorhaben der Beschwerdeführerin zurückzuweisen.

6.

Gemäss Art. 63 VwVG sind die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Die Vorinstanz trägt gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG unabhängig vom Verfahrensausgang keine Verfahrenskosten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin, weshalb sie keine Verfahrenskosten zu tragen hat und ihr der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.— nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten ist. Der unterliegenden Beschwerdegegnerin sind die Verfahrenskosten, bestimmt auf Fr. 2'000.— aufzuerlegen. Sie hat diese innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu leisten.

Die obsiegende Beschwerdeführerin hat sodann Anspruch auf eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 8 ff. VGKE). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht. Aufgrund des mutmasslichen Zeitaufwandes für das vorliegende Beschwerdeverfahren hält das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.— (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) für angemessen. Diese ist der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Verfügung aufgehoben und es wird festgestellt, dass das Vorhaben der Beschwerdeführerin die Voraussetzung von Ziff. 3.1 Anhang 1.5 EnV für eine kostendeckende Einspeisevergütung erfüllt. Die Angelegenheit wird an die Beschwerdegegnerin zur Festsetzung der Modalitäten der KEV zurückgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'000.— festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt. Die Verfahrenskosten sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft an die Kasse des Bundesverwaltungsgerichts zu bezahlen, die Rechnungsstellung erfolgt separat. Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Vorschuss von Fr. 2'000.— nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Hierfür hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Postkonto- oder Bankverbindung bekannt zu geben.

3.
Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'500.— zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)

– die Vorinstanz (Ref-Nr. 221-00008 [alt:941-12-052]; Einschreiben)
– das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Energie (A-Post, zur Kenntnis)

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Kathrin Dietrich	Bernhard Keller

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 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: