

# TE Bwvg Erkenntnis 2019/9/3 W157 2016278-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.09.2019

## Entscheidungsdatum

03.09.2019

## Norm

AVG §37

AVG §39 Abs2

B-VG Art. 133 Abs4

EIWOG §48

EIWOG §51 Abs2

EIWOG §59

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W157 2006176-1/20E

W157 2016278-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Dr. Margret KRONEGGER über die Beschwerden der XXXX , vertreten durch BEURLE - OBERNDORFER - MITTERLEHNER Rechtsanwaltskanzlei, Landstraße 9, 4020 Linz, gegen 1) den Bescheid des Vorstands der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) vom XXXX und 2) den Bescheid des Vorstands der E-Control vom XXXX , beide betreffend die Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben und des Mengengerüsts der XXXX gemäß § 48 EIWOG 2010 zu Recht:

A)

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom XXXX (im Folgenden: Kostenbescheid 2014), sprach die belangte Behörde auszugsweise aus wie folgt:

"1. Der Kostenanpassungsfaktor wird mit XXXX festgestellt.

2. Die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 51 Abs. 2 EIWOG 2010 für das Jahr 2014 werden wie folgt festgestellt (in TEUR):

Bild kann nicht dargestellt werden

[...]

6. Die von den festgestellten Kosten und Werten abweichenden Anträge werden abgewiesen."

2. Mit Schriftsatz vom 13.11.2013 erhob die beschwerdeführende Partei Beschwerde gegen den Kostenbescheid 2014 an die Regulierungskommission der E-Control als damalige Rechtsmittelbehörde.

Die Beschwerde richtet sich gegen die Feststellung des Kostenanpassungsfaktors in Spruchpunkt 1. und gegen die Feststellung der Kosten für das Systemnutzungsentgelt in Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides.

Begründend führt die Beschwerde auf das Wesentliche zusammengefasst aus wie folgt:

Die Finanzierungskosten seien rechtswidrig festgesetzt worden.

Die belangte Behörde gehe grundsätzlich von einem Norm-Finanzierungskostensatz (weighted average cost capital - WACC) von 6,42 % aus, wobei sie diesen anwende, wenn die Normkapitalstruktur iSd § 60 EIWOG 2010 einen 60 %-Fremdkapitalanteil und einen 40 %-Eigenkapitalanteil enthalte. Bei Abweichungen von dieser Normkapitalstruktur in der Form, dass der Eigenkapitalanteil um mehr als 10 % unterschritten werde, wende die belangte Behörde einen niedrigeren individuellen WACC beim betroffenen Unternehmen an; je geringer der Eigenkapitalanteil sei, desto geringer sei der WACC. Das eingesetzte Gesamtkapital werde dann zu einem geringeren Finanzierungskostensatz als dem WACC verzinst.

Ein weiteres Spezifikum bei der Berechnung der Finanzierungskosten sei die Berücksichtigung der Finanzierungstangente der Pensionsrückstellung, die bei der beschwerdeführenden Partei im Personalaufwand berücksichtigt werde. Diese Finanzierungstangente der Pensionsrückstellung werde wie Zinsaufwand für Finanzverbindlichkeiten behandelt und von den zugestandenen Finanzierungskosten abgezogen, um eine Doppelberücksichtigung zu vermeiden. Durch die außergewöhnliche Höhe der Pensionsrückstellung bei der beschwerdeführenden Partei übersteige die Finanzierungstangente ihren gesamten Verzinsungsanspruch, was zu negativen Finanzierungskosten führe. Wirtschaftlich bedeute das, dass für Fremdkapital der beschwerdeführenden Partei mehr Zinsen tatsächlich anfielen, als dem Gesamtkapital überhaupt zugestanden würden. Der Verzinsungsanspruch für Eigenkapital sei demnach negativ und führe zu einem systematischen Substanzverzehr des Eigenkapitals. Dieser Umstand werde durch den bei der beschwerdeführenden Partei im Bescheid angewandten, gegenüber dem WACC geringeren Finanzierungskostensatz noch verstärkt. Bei der Ermittlung der Finanzierungskosten hätte die belangte Behörde berücksichtigen müssen, dass die Pensions- und Sozialkapitalrückstellungen einen wesentlichen Einfluss auf die Finanzierungskosten der beschwerdeführenden Partei hätten und diese Kosten nicht beeinflusst werden könnten. Die Kapitalstruktur und die gesamte Finanzierungskostenbetrachtung falle unter § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010; bei konsequenter Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben würde dies dazu führen, dass der Eigenkapitalanteil der beschwerdeführenden Partei bei über 40 % liegen würde und der WACC iHv 6,42 % anzuwenden wäre. Wenn die belangte Behörde meine, die gesetzliche Grundlage zur Ermittlung der Finanzierungskosten (§ 60 EIWOG 2010) stelle nicht auf die Einordnung als beeinflussbar oder nicht beeinflussbar ab, sondern die genannte Unterscheidung gemäß § 59 Abs. 6 EIWOG 2010 sei ausschließlich für die Anwendung von Zielvorgaben auf die Kostenbasis relevant, so irre sie. Es sei rechtswidrig, dass die belangte Behörde die Finanzierungskosten entgegen § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 iVm Strom-NBK-VO bei der Ermittlung als beeinflussbar behandle.

Der beschwerdeführenden Partei seien gemäß XXXX Bedienstete der XXXX zur Dienstleistung zugewiesen worden, welche auch heute noch in dienst-, besoldungs- und pensionsrechtlicher Hinsicht dieselbe Stellung hätten, die sie früher als Bedienstete der XXXX innegehabt hätten. Dies betreffe neben den aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis resultierenden finanziellen und pensionsrechtlichen Ansprüchen auch einen weitgehenden Kündigungsschutz. Der gesamte mit der Zuweisung der Mitarbeiter verbundene anfallende Aufwand sei durch die

beschwerdeführende Partei zu tragen; die Kosten seien weder hinsichtlich der aktiven zugewiesenen Mitarbeiter noch hinsichtlich der für zugewiesene Mitarbeiter anfallenden Pensionszahlungen von der beschwerdeführenden Partei steuerbar. Sie sei aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen dazu verpflichtet, die aus dem XXXX resultierenden Kosten - insbesondere Pensionsansprüche der zugewiesenen Mitarbeiter - in unveränderter Höhe zu tragen. Es sei der beschwerdeführenden Partei verwehrt, die Pensionsrückstellungen einseitig aufzulösen, eine Einsparungsmöglichkeit oder ein Produktivitätsfortschritt sei bei diesen Aufwendungen nicht möglich. Aufgrund des XXXX lägen somit nicht beeinflussbare Kosten iSd § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 bei der beschwerdeführenden Partei vor.

Hervorzuheben sei auch, dass am 19.09.2013, also vor Erlassung des angefochtenen Bescheides, die Strom-NBK-VO in Kraft getreten sei, welche die belangte Behörde in ihrer Bescheidbegründung schlicht ignoriere. In § 2 Z 1 und 2 Strom-NBK-VO würden die Personalkosten und die Finanzierungskosten als Kostenarten der nicht beeinflussbaren Kosten iSd § 1 leg. cit. definiert. Auch gemäß § 59 Abs. 2 Z 1 EIWOG 2010 seien bei der Ermittlung der Kosten (bloß) Zielvorgaben, die sich am Einsparungspotential der Unternehmen orientieren, zugrunde zu legen. Jene Kosten, bei denen das Unternehmen kein Einsparungspotential habe, seien nicht mit Abschlägen aufgrund von Zielvorgaben zu belasten und auch für die Ermittlung der Zielvorgaben auszunehmen. Dies treffe jedenfalls auf die Pensionsaufwendungen der beschwerdeführenden Partei zu, die sie aufgrund der gesetzlichen Regelung des XXXX zu tragen habe und nicht reduzieren könne. Bei der beschwerdeführenden Partei sei im Personalbereich eine besondere Situation gegeben, die nicht mit anderen Unternehmen vergleichbar sei; der hohe Anteil an Personalkosten einschließlich Pensionskosten lasse im Ergebnis keinen Produktivitätsabschlag zu. Würde die belangte Behörde rechtmäßig vorgehen, so würde die beschwerdeführende Partei einen Eigenkapitalanteil von 100 % aufweisen und wäre der WACC infolge mit 6,42 % anzusetzen.

Die Begründung der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid sei einerseits mangelhaft, andererseits überzeuge sie nicht. Es sei unzulässig, Zielvorgaben und Finanzierungskosten völlig getrennt zu betrachten, und zwar insbesondere dann, wenn mittels der Finanzierungskosten dem Unternehmen so wie hier eine Normkapitalstruktur vorgegeben werde, und für den Fall, dass der Netzbetreiber davon abweiche, er im Rahmen der Tarifierung bei der Festsetzung des WACC einen entsprechenden monetären Nachteil erleide. Dies widerspreche §§ 59 und 60 EIWOG 2010 und führe zu einem unsachlichen und somit gleichheitswidrigen Ergebnis.

Die belangte Behörde missachte überdies einen wesentlichen Aspekt des Regulierungssystems: Dadurch, dass die beschwerdeführende Partei verpflichtet sei, Pensions- bzw. Sozialkapitalrückstellungen zu bilden, könne die von der belangten Behörde vorgegebene Normkapitalstruktur - auch durch ein Auffüllen des bilanziellen Eigenkapitals - faktisch nicht erreicht werden. Ein Unternehmen müsse jedoch tatsächlich in der Lage sein und müsse einen entsprechenden Anreiz haben, die Vorgaben der belangten Behörde einzuhalten.

Weiters führt die Beschwerde aus, die belangte Behörde habe das Benchmarking rechtswidrig durchgeführt.

Die belangte Behörde nehme nach den Grundsätzen des § 59 Abs. 2 EIWOG 2010 einen Effizienzvergleich zur Ermittlung der Kosten der beschwerdeführenden Partei vor. Einen erheblichen Anteil der Kosten der beschwerdeführenden Partei bildeten aufgrund der erforderlichen Personalarückstellungen die Personalkosten, die gemäß § 2 Z 1 Strom-NBK-VO iVm § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 iVm dem XXXX nicht beeinflussbare Kosten seien. Die belangte Behörde vergleiche aber im Rahmen des Effizienzvergleichs die Kosten der beschwerdeführenden Partei mit den Kosten aller anderen Netzbetreiber, auch wenn diese nur beeinflussbare Kosten iSd § 59 Abs. 2 EIWOG 2010 hätten. Es sei entgegen der Meinung der belangten Behörde nicht richtig, dass es beim Benchmarking irrelevant sei, ob es sich um beeinflussbare oder nicht beeinflussbare Kosten handle. Gemäß § 59 Abs. 2 EIWOG 2010 seien für die Ermittlung der Kosten Zielvorgaben zugrunde zu legen, die sich am Einsparungspotential der Unternehmen orientieren. Da sich nicht beeinflussbare Kosten außerhalb des Einflussbereiches des Unternehmens befänden, könne im Hinblick auf diese kein Einsparungspotential existieren und müssten diese folglich bei der Effizienzermittlung außer Acht gelassen werden. Der Umstand, dass er nicht beeinflussbare Kosten habe, dürfe einem Netzbetreiber nicht zum Nachteil gereichen. Beim Benchmarking dürften nicht beeinflussbare Kosten nicht ohne weiteres in die Kostenbasis hineingerechnet werden und diese Basis mit tatsächlich beeinflussbaren Kosten anderer Netzbetreiber verglichen werden; dies bedeute eine massive Ungleichbehandlung der beschwerdeführenden Partei gegenüber anderen Netzbetreibern, die Effizienzpotentiale voll ausschöpfen könnten. Die beschwerdeführende Partei habe in den vergangenen zwei Regulierungsperioden keine Chance gehabt, bei den nicht beeinflussbaren Personalkosten die ihr von der Regulierungsbehörde auferlegten Produktivitätsverbesserungen vorzunehmen. Insofern sei es sachlich

geboten und gerechtfertigt, dass dies im Rahmen des Effizienzvergleichs entsprechend berücksichtigt werde. Es sei unrichtig, wenn die belangte Behörde zwischen der Ermittlung der Zielvorgaben und deren Anwendung unterscheide, schließlich resultierten aus diesem Effizienzvergleich ja gerade die individuellen Zielvorgaben der beschwerdeführenden Partei.

Der angefochtene Bescheid greife auch in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte ein.

Die belangte Behörde unterstelle durch ihre Auslegung des Instruments der nicht beeinflussbaren Kosten § 59 Abs. 6 iVm Abs. 2, 3 und 1 EIWOG 2010 einen gleichheitswidrigen Inhalt, weshalb der angefochtene Bescheid in das Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz gemäß Art. 7 B-VG und Art. 2 StGG eingreife. Dadurch, dass zu niedrige Finanzierungskosten angewendet würden und die beschwerdeführende Partei aufgrund des rechtswidrig durchgeführten Effizienzvergleichs einen viel zu hohen Kostenanpassungsfaktor hinnehmen müsse, sodass ihr sukzessive zu niedrige Kosten für die Erfüllung der ihr übertragenen gesetzlichen Aufgaben des ordnungsgemäßen und sicheren Betriebs eines Stromverteilernetzes zugestanden würden, werde zudem in ihr Recht auf Eigentum eingegriffen. Zu guter Letzt greife die belangte Behörde in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit gemäß Art. 6 StGG und das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit gemäß Art. 4 Abs. 2 EMRK ein.

In der Beschwerde beantragt wird die Änderung des Kostenanpassungsfaktors XXXX und die Änderung der Position "Summe eigene Netzkosten" XXXX sowie der Position "Basis Netznutzungsentgelt" XXXX. In eventu beantragt sind die Aufhebung des Bescheides und Neuerlassung eines Bescheides mit der eben genannten Änderung des Kostenanpassungsfaktors und der genannten Kostenpositionen, des Weiteren die Aufhebung der Spruchpunkte 1. und 2. und Zurückverweisung an die belangte Behörde, hilfsweise auch die Aufhebung von Spruchpunkt 6., mit dem die von den festgestellten Kosten und Werten abweichenden Anträge abgewiesen wurden, und die genannte Änderung der Spruchpunkte 1. und 2. sowie schließlich die Änderung des Kostenanpassungsfaktors XXXX und die Änderung der Kostenpositionen wie erwähnt.

3. Die belangte Behörde legte dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gegen den Kostenbescheid 2014 sowie den Verwaltungsakt mit Schreiben vom 18.03.2014 vor; das Bundesverwaltungsgericht machte mit Schreiben vom 14.04.2014 Beschwerdemitteilung an die Verfahrensparteien. Mit Schriftsatz vom 28.04.2014 beantragte die belangte Behörde die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Mit Schriftsatz vom 18.06.2014 übermittelte die belangte Behörde eine Äußerung zur Beschwerde, in der sie im Wesentlichen allen Beschwerdepunkten entgegentrat und den Antrag stellte, das Bundesverwaltungsgericht möge die Beschwerde als unbegründet abweisen. Mit Schriftsatz vom 26.06.2014 übermittelte die Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) eine Stellungnahme, mit der sie die (abweichende) Berechnung des WACC im angefochtenen Bescheid und die Vorgangsweise der belangten Behörde beim Benchmarking hinsichtlich der Einbeziehung der Pensionskosten unterstützte.

4. Nach Übermittlung der eingelangten Stellungnahmen durch das Bundesverwaltungsgericht an die Verfahrensparteien übermittelte die beschwerdeführende Partei eine mit 20.10.2014 datierte Äußerung, mit der sie im Wesentlichen ausführte:

Der belangten Behörde gelinge es nicht, zu widerlegen, dass sie die einschlägigen Rechtsvorschriften - §§ 59, 60 EIWOG 2010, Strom NBK-VO iVm XXXX - nicht korrekt auslege und anwende. Bei der Ermittlung der Kapitalstruktur berücksichtige die belangte Behörde zwar, dass die laufenden Pensionszahlungen, die die beschwerdeführende Partei tätigen müsse, nicht beeinflussbar seien. Sie berücksichtige jedoch nicht die mit den nicht beeinflussbaren Pensionskosten in Zusammenhang stehende Finanzierungsstruktur und auch nicht die daraus resultierenden mangelnden Einsparungspotentiale im Vergleich zu anderen Netzbetreibern und gehe von einem viel zu hohen Einsparungspotential der beschwerdeführenden Partei aus.

Es sei unrichtig, dass die Abgeltung der Finanzierungskosten und die Anwendung der Zielvorgaben zu unterscheiden seien. Die gesetzliche Verpflichtung aufgrund des XXXX, welche buchmäßig durch die auf die Kapitalstruktur wirkende bilanzierte Rückstellung wirke, sei derart erheblich, dass sie sich massiv auf die gesamte Kostenermittlung im Rahmen des Regulierungssystems auswirke. Wenn nach Ansicht der belangten Behörde die Einordnung einer Kostenposition als beeinflussbar oder nicht beeinflussbar ausschließlich dem Zweck diene, die Wirkung einer Effizienzvorgabe auf jene Kostenpositionen einzuschränken, bei denen der Netzbetreiber über einen gewissen Gestaltungsspielraum verfüge, um weitere Einsparungspotentiale zu heben, so verkenne sie, dass vielmehr zu überprüfen sei, ob die Kapitalstruktur

vom Netzbetreiber überhaupt beeinflussbar sei. Die regulatorische Kapitalstruktur sei nicht ident mit der bilanziellen Kapitalstruktur eines Unternehmens. Im Gegensatz zu anderen Netzbetreibern, welche regelmäßig auch andere Fremdkapitalpositionen (Kredite, Darlehen, Anleihen etc.) hätten, die tatsächlich beeinflussbar seien, habe die beschwerdeführende Partei ausschließlich die nicht beeinflussbaren Pensionsrückstellungen in ihrer Bilanz. Die beschwerdeführende Partei fordere ausdrücklich nicht die risikoadäquate Abgeltung einer 100 %igen Eigenkapitalstruktur, sondern nur, dass die Nachteile bei den Finanzierungskosten durch Anwendung des WACC von 6,42 % ausgeglichen werden und damit eine sachgerechte Gesamtkapitalverzinsung erreicht werde.

Pensionsverpflichtungen anderer Netzbetreiber würden regelmäßig auf Betriebsvereinbarungen oder Einzelvereinbarungen beruhen, die grundsätzlich von den Vertragsparteien gestaltbar und abänderbar seien. Eine Auslagerung von Verpflichtungen aus dem XXXX in eine Pensionskasse bzw. eine Abfindung durch Einmalzahlung sei aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die beschwerdeführende Partei nicht möglich.

Die belangte Behörde beantworte nicht die Frage, warum die Strom NBK-VO ausdrücklich Finanzierungskosten als nicht beeinflussbare Kosten anführe, wenn diese dann von ihr als beeinflussbar zur Schaffung einer Kapitalstruktur, wie sie der belangten Behörde vorschwebte, eingestuft werden. Die Unterscheidung zwischen der Nichtbeeinflussbarkeit hinsichtlich der Anwendung des Kostenanpassungsfaktors und der Nichtbeeinflussbarkeit hinsichtlich des Netzbetreiberpreisindex und der regulatorischen Kapitalstruktur sei vom Gesetz nicht gedeckt. § 59 Abs. 2 Satz 1 EIWOG 2010 halte fest, dass für die Ermittlung der Kosten Zielvorgaben zugrunde zu legen seien. Eine Ausnahme bestehe für die Finanzierungskosten, wenn, wie im vorliegenden Fall, § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 iVm Strom NBK-VO erfüllt sei. Die belangte Behörde setze die Nichtbeeinflussbarkeit gemäß Strom NBK-VO in ihrem System der Kostenermittlung nur unvollständig und zum wirtschaftlichen Nachteil der beschwerdeführenden Partei um. Es werde negiert, dass zwischen den nicht beeinflussbaren Pensionsverpflichtungen und der Kapitalstruktur ein direkter Zusammenhang bestehe.

Das von der belangten Behörde gewählte Benchmarkingmodell sei nicht mit den Bestimmungen der §§ 59 und 60 EIWOG 2010 in Einklang zu bringen. Beim Benchmarking gehe es um einen Vergleich der Unternehmen untereinander, um Einsparungspotentiale bei den Netzbetreibern zu heben. Für das jeweils betroffene Unternehmen sei nur von Interesse, wie sich der Effizienzvergleich auf den konkret verordneten Tarif bzw. die im Tarifbescheid gemäß § 48 EIWOG 2010 festgestellten Kosten auswirke. Dem angefochtenen Bescheid liege ein grundsätzlicher Irrtum zugrunde: Werden im Benchmarking Kosten verwendet, die nicht beeinflussbar seien und bei anderen Netzbetreibern nicht anfielen, so ergebe sich für die beschwerdeführende Partei ein Effizienzergebnis, bei dem das Einsparungspotential überschätzt werde. Dadurch ergebe sich ein zu hoher jährlicher Effizienzabschlag auf die Kosten, obwohl dieses Einsparungspotential von der beschwerdeführenden Partei letztendlich gar nicht realisierbar sei.

Die beschwerdeführende Partei fordere nicht, dass alle Personalkosten aus der Benchmarkingkostenbasis ausgeschieden werden, sondern nur jene Mehrkosten, die nicht beeinflussbar seien und bei anderen Netzbetreibern nicht anfielen. Die Behauptung der belangten Behörde, dass das Pensionssystem der beschwerdeführenden Partei und jene der "ASVG-Vergleichsnetzbetreiber" keine signifikanten Kostenunterschiede aufweisen würden, sei unrichtig: Die beschwerdeführende Partei treffe die Verpflichtung, für die Pensionsleistungen durch Rückstellungen selbst vorzusorgen und die finanzielle Ausstattung entsprechend den aktuellen Parametern vorzunehmen, während im ASVG-Bereich das jeweilige Unternehmen nur die Verpflichtung habe, die Beiträge gemäß österreichweit einheitlichen Sätzen zu gewährleisten.

Die Aufforderung der belangten Behörde an die beschwerdeführende Partei, für die Ermittlung von Personalkosten eines typischen Netzbetreibers den Kollektivvertrag für Angestellte der Elektrizitätsversorgungsunternehmen Österreichs (EVU-KV) heranzuziehen und die entsprechenden Funktionen zuzuordnen, würde zu einem unrichtigen Zwischenergebnis führen, weil in Kollektivverträgen ja nur Mindestlöhne bzw. -gehälter vorgeschrieben würden, welche jedoch bei praktisch allen EVUs in der Realität überschritten würden. Es seien daher für einen sachgerechten Kostenvergleich die tatsächlich bezahlten Lohn- und Gehaltsansätze inklusive fixer Zulagen relevant; die beschwerdeführende Partei habe im Verwaltungsverfahren u.a. anhand eines Gutachtens entsprechende Zahlen vorgelegt. Die belangte Behörde hätte iSd Officialmaxime sowie der Amtswegigkeit des Ermittlungsverfahrens selbst Berechnungen vornehmen müssen.

Die beschwerdeführende Partei hielt ihre Beschwerdeanträge aufrecht.

5. Das Bundesverwaltungsgericht übermittelte diese Äußerung der beschwerdeführenden Partei an die Verfahrensparteien. Nach Ladung zur mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht erfolgte am 10.05.2019 Akteneinsicht durch die beschwerdeführende Partei und erstattete diese am 29.05.2019 neuerlich eine Äußerung, die zusammengefasst ausführt wie folgt:

Es gäbe mittlerweile Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage der nicht beeinflussbaren Kosten, die - aufgrund des Umstands, dass es sich in beiden Fällen um Ausgliederungen nicht aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung gehandelt habe -, den Unterschied zur Situation der beschwerdeführenden Partei aufzeige.

Des Weiteren sei darauf hinzuweisen, dass die in Deutschland umgesetzte Anreizregulierung im Rahmen des Benchmarkingsystems sehr wohl nicht beeinflussbare Kosten bei der Durchführung des Effizienzvergleichs berücksichtige. Die in Deutschland aufgrund der Anreizregulierungsverordnung gewählte Vorgehensweise sei auch in Österreich aufgrund des EIWOG 2010 geboten.

Hinsichtlich des Ermessensspielraums der belangten Behörde sei auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 18.11.2014, ZI. 2012/05/0092, zu verweisen, in dem die Begründungspflicht der belangten Behörde festgehalten sei.

Die beschwerdeführende Partei hielt ihre Beschwerdeanträge aufrecht.

Das Bundesverwaltungsgericht übermittelte auch diese Äußerung an die Verfahrensparteien.

6. Mit Bescheid vom XXXX (im Folgenden: Kostenbescheid 2015), sprach die belangte Behörde auszugsweise aus wie folgt:

"1. Der Kostenanpassungsfaktor wird mit XXXX festgestellt.

2. Die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 51 Abs. 2 EIWOG 2010 für das Jahr 2015 werden wie folgt festgestellt (in TEUR):

Bild kann nicht dargestellt werden

[...]

6. Die von den festgestellten Kosten und Werten abweichenden Anträge werden abgewiesen."

7. Mit Schriftsatz vom 29.10.2014 erhob die beschwerdeführende Partei Beschwerde gegen den Kostenbescheid 2015 an das Bundesverwaltungsgericht.

Das Beschwerdevorbringen gleicht jenem in der Beschwerde gegen den Kostenbescheid 2014.

Die Anträge und Eventualanträge gleichen ebenfalls jenen in der Beschwerde gegen den Kostenbescheid 2014, mit dem Unterschied, dass die Kosten für das Systemnutzungsentgelt für das Jahr 2015 begehrt werden wie folgt: Summe eigene Netzkosten XXXX ; Basis Netznutzungsentgelt XXXX .

8. Die belangte Behörde legte dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gegen den Kostenbescheid 2015 sowie den Verwaltungsakt mit Schreiben vom 15.12.2014 vor; das Bundesverwaltungsgericht machte mit Schreiben vom 26.03.2015 Beschwerdemitteilung an die Verfahrensparteien. Mit Schriftsatz vom 08.04.2015 beantragte die belangte Behörde die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht und übermittelte neuerlich ihren Schriftsatz vom 18.06.2014 (aus dem Beschwerdeverfahren gegen den Kostenbescheid 2014), da die Beschwerdeverfahren inhaltlich deckungsgleich seien. Mit Schriftsatz vom 08.05.2015 übermittelte die WKÖ eine Stellungnahme, mit der sie die Neuberechnung des WACC im angefochtenen Bescheid und die Vorgangsweise der belangten Behörde beim Benchmarking hinsichtlich der Einbeziehung der Pensionskosten unterstützte. Außerdem merkte die WKÖ an, dass der aus dem Benchmarking resultierende Kostenpfad bzw. die daraus resultierenden Werte für den Effizienzgrad und den Kostenanpassungsfaktor bis Ende der Regulierungsperiode am 31.12.2018 wirkten, weshalb sich die WKÖ gegen eine Änderung der Werte ausspreche. Das Bundesverwaltungsgericht übermittelte die eingelangten Äußerungen in einem mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung an die Verfahrensparteien. Am 10.05.2019 erfolgte Akteneinsicht durch die beschwerdeführende Partei. Am 29.05.2019 erstattete die beschwerdeführende Partei neuerlich eine (oben unter 5. beschriebene) Äußerung, welche das Bundesverwaltungsgericht an die Verfahrensparteien übermittelte.

9. Am 13.06.2019 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, an der alle Verfahrensparteien teilnahmen.

## II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

### 1. Feststellungen:

1.1. Der für die Entscheidung hinsichtlich beider Beschwerdeverfahren rechtserhebliche Sachverhalt ergibt sich aus der Wiedergabe des Verfahrensablaufs unter Pkt. I.

1.2. Insbesondere wird hinsichtlich beider Beschwerdeverfahren Folgendes festgestellt:

Die Kostenermittlung in den angefochtenen Bescheiden basiert auf der Regulierungssystematik und wird für alle Stromverteilernetzbetreiber Österreichs, welche eine Abgabemenge von über 50 GWh im Jahr 2008 verzeichnen konnten, verwendet. Dies trifft auf die beschwerdeführende Partei zu (vgl. Regulierungssystematik S. 9 und S. 138f).

Die Regulierungssystematik, welche als Beilage zu den angefochtenen Bescheiden Teil der Bescheidbegründung ist, stellt eine einheitliche Vorgehensweise der belangten Behörde im Rahmen ihrer Ermessensentscheidungen gegenüber den betroffenen Unternehmen sicher. Die belangte Behörde hat sich - zum Zweck der Erstellung der Regulierungssystematik - mit der Kostenermittlung und der Ermittlung von Zielvorgaben mit Branchenvertretern aus der Elektrizitätswirtschaft und deren Experten im Rahmen eines transparenten Konsultationsprozesses eingehend auseinandergesetzt (vgl. Regulierungssystematik S. 4, 12ff und 22ff).

1.2.1. Im Rahmen der Kostenermittlung hat die belangte Behörde die Kapitalstruktur der beschwerdeführenden Partei überprüft und ausgehend von den Vorgaben der Regulierungssystematik für die dritte Regulierungsperiode der Stromverteilernetzbetreiber 1. Jänner 2014 - 31. Dezember 2018 (Regulierungssystematik) den Anteil des verzinslichen Fremdkapitals (Pensions- und Abfertigungsrückstellungen) mit XXXX sowie den Anteil des Eigenkapitals mit XXXX festgesetzt, wodurch sie einen abweichenden WACC iHv XXXX (Kostenbescheid 2014) bzw. XXXX (Kostenbescheid 2015) anstelle des Norm-WACC iHv 6,42 % ermittelt hat.

1.2.2. Zur Festlegung der individuellen Zielvorgaben führte die belangte Behörde nach den Grundsätzen der Regulierungssystematik (vgl. dort S. 22ff) ein Benchmarkingverfahren durch, in dem sie die ermittelte Kostenbasis um bestimmte Faktoren, die die Ermittlung der relevanten Effizienz verzerren, bereinigte. Die Pensionsrückstellungen der beschwerdeführenden Partei wurden nicht als einer dieser Faktoren aus der dem Benchmarking zugrundeliegenden Kostenbasis ausgeschieden oder mit anderen Worten: Die Pensionsrückstellungen wurden in die Effizienzermittlung miteinbezogen.

1.2.3. Die belangte Behörde eliminierte bestimmte nicht beeinflussbare Kosten (vorgelagerte Netzkosten, Gebrauchsabgabe, Kosten zur Deckung von Netzverlusten, Aufwendungen für Pensionsrückstellungen aufgrund des XXXX ) aus der dem Regulierungspfad (Zielvorgaben) unterliegenden Kostenbasis und setzte diese ohne Auf- und Abschläge in der Kostenüberleitung an. Diese nicht beeinflussbaren Kosten wurden also von der Anwendung der Zielvorgaben (und des Netzbetreiberpreisindex) ausgenommen.

1.2.4. Für die Ermittlung der Personalkosten eines typischen österreichischen Netzbetreibers ist der EVU-KV maßgeblich. Für einen sachgerechten Kostenvergleich hinsichtlich der Personalkosten hat die belangte Behörde (mangels Vorlage der angeforderten Kostenaufstellung durch die beschwerdeführende Partei) den Pensionsaufwand durch Bereinigung des Zinsaufwandes (und Saldierung bestimmter Bezüge und Beiträge) ermittelt. In den angefochtenen Bescheiden (vgl. Kostenbescheid 2014, S. 55f) ist ausgeführt, dass die belangte Behörde den Zinsaufwand bei jedem Unternehmen, das diesen so wie die beschwerdeführende Partei im Personalaufwand bucht, bereinigt. Die sich aus der Personalzuweisung durch das XXXX ergebenden kostenmäßigen Nachteile (Pensionslasten) und Vorteile (Gehaltsniveau der beamteten Mitarbeiter) gleichen sich gemäß den Berechnungen der belangten Behörde weitgehend aus, weshalb der Effekt nicht als kostentreibend angesehen werden kann.

### 2. Beweiswürdigung:

2.1. Sämtliche Feststellungen beruhen auf den Verwaltungsakten, den im Beschwerdeverfahren eingebrachten Schriftsätzen und dem Vorbringen der Verfahrensparteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 13.06.2019. Sie sind hinsichtlich der Punkte 1.1. und 1.2. (inklusive 1.2.1. bis 1.2.3.) unstrittig.

2.2. Zu Punkt 1.2.4. der Feststellungen ist beweiswürdigend Folgendes festzuhalten:

In den angefochtenen Bescheiden (vgl. Kostenbescheid 2014, S. 55f) ist ausgeführt, dass die belangte Behörde den

Zinsaufwand bei jedem Unternehmen, das diesen so wie die beschwerdeführende Partei im Personalaufwand bucht, bereinigt; dies wurde auch in der mündlichen Beschwerdeverhandlung von der belangten Behörde noch einmal vorgebracht (vgl. S. 11 der Verhandlungsniederschrift). Es ist unstrittig, dass die buchhalterische Vorgehensweise der belangten Behörde zu dem in den Feststellungen festgehaltenen Ergebnis, nämlich, dass die sich aus der Personalzuweisung durch das XXXX ergebenden Effekte nicht als kostentreibend für die beschwerdeführende Partei sind, führt (zur Frage, ob die buchhalterische Vorgehensweise richtig ist vgl. die rechtliche Beurteilung unten S. 31).

3. Rechtlich folgt daraus:

3.1. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht (Z 1) oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist (Z 2).

Im vorliegenden Fall wurde der maßgebliche Sachverhalt anhand der Verfahrensakten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 13.06.2019 festgestellt. Das Bundesverwaltungsgericht hat folglich in der Sache selbst zu entscheiden.

3.2. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des EIWOG 2010 lauten:

"5. Teil

Systemnutzungsentgelt

1. Hauptstück

Verfahren zur Festsetzung der Systemnutzungsentgelte

Feststellung der Kostenbasis

§ 48. (1) Die Regulierungsbehörde hat die Kosten, die Zielvorgaben und das Mengengerüst von Netzbetreibern mit einer jährlichen Abgabemenge an Entnehmer von mehr als 50 GWh im Kalenderjahr 2008 von Amts wegen periodisch mit Bescheid festzustellen. Die Kosten und das Mengengerüst der übrigen Netzbetreiber können von Amts wegen mit Bescheid festgestellt werden.

(2) Der Wirtschaftskammer Österreich, der Landwirtschaftskammer Österreich, der Bundesarbeitskammer und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund ist vor Abschluss des Ermittlungsverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Regulierungsbehörde hat deren Vertretern Auskünfte zu geben und Einsicht in den Verfahrensakt zu gewähren. Wirtschaftlich sensible Informationen, von denen die Vertreter bei der Ausübung ihrer Einsichtsrechte Kenntnis erlangen, sind vertraulich zu behandeln. Die Wirtschaftskammer Österreich sowie die Bundesarbeitskammer können gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde gemäß Abs. 1 wegen Verletzung der in § 59 bis § 61 geregelten Vorgaben Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht sowie in weiterer Folge gemäß Art. 133 B-VG Revision an den Verwaltungsgerichtshof erheben.

[...]

3. Hauptstück

Grundsätze der Kosten- und Mengenermittlung

Kostenermittlung

§ 59. (1) Die den Entgelten zugrunde liegenden Kosten haben dem Grundsatz der Kostenwahrheit zu entsprechen und sind differenziert nach Netzebenen zu ermitteln. Dem Grunde und der Höhe nach angemessene Kosten sind zu berücksichtigen. Der Netzsicherheit, der Versorgungssicherheit unter Berücksichtigung von Qualitätskriterien, der Marktintegration sowie der Energieeffizienz ist Rechnung zu tragen. Die Bestimmung der Kosten unter Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung, die von einem rationell geführten, vergleichbaren Unternehmen ausgeht, ist zulässig. Investitionen sind in angemessener Weise ausgehend von den ursprünglichen Anschaffungskosten sowie den Finanzierungskosten zu berücksichtigen. Außerordentliche Aufwendungen oder Erträge können über einen mehrjährigen Zeitraum anteilig verteilt werden. Die bei einer effizienten Implementierung



neuer Technologien entstehenden Kosten sind in den Entgelten unter Berücksichtigung der beschriebenen Grundsätze und der Nutzung von Synergieeffekten angemessen zu berücksichtigen. Internationale Transaktionen und Verträge für den Transport von Energie gemäß § 113 Abs. 1 sind bei der Kostenermittlung zu berücksichtigen.

(2) Für die Ermittlung der Kosten sind Zielvorgaben zugrunde zu legen, die sich am Einsparungspotential der Unternehmen orientieren. Dabei sind die festgestellten Kosten sowohl um generelle Zielvorgaben, die sich an Produktivitätsentwicklungen orientieren, als auch um die netzbetreiberspezifische Teuerungsrate anzupassen. Individuelle Zielvorgaben können aufgrund der Effizienz der Netzbetreiber berücksichtigt werden. Die dabei anzuwendenden Methoden haben dem Stand der Wissenschaft zu entsprechen. Bei der Ermittlung der individuellen Zielvorgaben können neben einer Gesamtunternehmensbetrachtung bei sachlicher Vergleichbarkeit auch einzelne Teilprozesse herangezogen werden. Dabei ist sicher zu stellen, dass für die Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber Anreize bestehen, die Effizienz zu steigern und notwendige Investitionen angemessen durchführen zu können.

(3) Der Zeitraum zur Realisierung der Zielvorgaben (Zielerreichungszeitraum) kann durch die Regulierungsbehörde im jeweiligen Kostenbescheid in ein- oder mehrjährige Regulierungsperioden unterteilt werden. Zum Ende einer Regulierungsperiode können die unternehmensindividuellen Effizienzfortschritte einer Evaluierung unterzogen werden. Nach einer Regulierungsperiode kann neuerlich ein Effizienzvergleich oder ein alternatives dem Stand der Wissenschaft entsprechendes Regulierungssystem zur Ermittlung der Netznutzungsentgelte umgesetzt werden.

(4) Beeinflusst das vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen die Kosten des Netzbetreibers durch Verrechnungen, muss der Netzbetreiber diese Kosten ausreichend belegen. Auf Verlangen der Regulierungsbehörde hat das vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen die Kalkulationsgrundlage für die Verrechnungen vorzulegen.

(5) Zur Abdeckung der netzbetreiberspezifischen Teuerungsrate ist ein Netzbetreiberpreisindex zu berücksichtigen. Dieser setzt sich aus veröffentlichten Teilindices zusammen, die die durchschnittliche Kostenstruktur der Netzbetreiber repräsentieren.

(6) Zielvorgaben gemäß Abs. 2 sowie die netzbetreiberspezifische Teuerungsrate gemäß Abs. 5 wirken ausschließlich auf die vom Unternehmen beeinflussbaren Kosten. Nicht beeinflussbare Kosten sind insbesondere Kosten:

-1. die mit der Umsetzung von Maßnahmen entstehen, die auf Grund von Netzentwicklungsplänen von der Regulierungsbehörde genehmigt worden sind;

-2. für die Nutzung funktional verbundener Netze im Inland;

3.-3. zur Deckung von Netzverlusten auf Basis transparenter und diskriminierungsfreier Beschaffung;

4.-4. für die Bereitstellung von Primär- und Sekundärregelung auf Basis transparenter und diskriminierungsfreier Beschaffung;

5.-5. für Landesabgaben zur Nutzung öffentlichen Grundes (Gebrauchsabgabe);

6.-6. aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Zuge von Ausgliederungen, welche dem Grunde nach zum Zeitpunkt der Voll liberalisierung des Elektrizitätsmarktes mit 1. Oktober 2001 bestanden haben. Die näheren Kostenarten sind spätestens nach Ablauf von 3 Monaten ab Inkrafttreten dieses Gesetzes durch eine Verordnung der Regulierungskommission festzulegen.

(7) Die Kosten für die Bestimmung der Netzverlust- und Netznutzungsentgelte sind bezogen auf die jeweiligen Netzebenen auf Basis der festgestellten Gesamtkosten abzüglich vereinnahmter Messentgelte, Entgelte für sonstige Leistungen sowie der anteiligen Auflösung von passivierten Netzbereitstellungs- und Netzzutrittsentgelten sowie unter angemessener Berücksichtigung etwaiger Erlöse aus grenzüberschreitenden Transporten zu ermitteln. Die festgestellten Gesamtkosten sind um vereinnahmte Förderungen und Beihilfen zu reduzieren.

(8) Sofern die angewandte Regulierungssystematik für ein- oder mehrjährige Regulierungsperioden gemäß Abs. 1 bis Abs. 6 einen Zeitverzug in der Abgeltung durch die Systemnutzungsentgelte bewirkt, können entsprechende Differenzbeträge im Rahmen des Jahresabschlusses aktiviert werden bzw. sind diese im Rahmen des Jahresabschlusses als Rückstellung zu passivieren. Die Bewertung der Posten richtet sich nach den geltenden Rechnungslegungsvorschriften.

Finanzierungskosten

§ 60. (1) Finanzierungskosten haben die angemessenen Kosten für die Verzinsung von Eigen- und Fremdkapital zu umfassen, wobei die Verhältnisse des Kapitalmarktes und die Kosten für Ertragsteuern zu berücksichtigen sind. Geförderte Finanzierungen sind angemessen zu berücksichtigen.

(2) Die Finanzierungskosten sind durch Multiplikation des angemessenen Finanzierungskostensatzes mit der zu verzinsenden Kapitalbasis zu ermitteln. Hierbei ist der verzinsliche Rückstellungsbestand unter Berücksichtigung der Finanzierungstangente, welche im Personalaufwand verbucht ist, kostenmindernd anzusetzen.

(3) Der Finanzierungskostensatz ist aus einem gewichteten durchschnittlichen Kapitalkostensatz unter Zugrundelegung einer Normkapitalstruktur sowie der Ertragsteuer zu bestimmen. Die Normkapitalstruktur hat sowohl generelle branchenübergreifende als auch signifikante unternehmensindividuelle Faktoren zu berücksichtigen, welche den Eigenkapitalanteil um mehr als 10% unterschreiten. Eine marktgerechte Risikoprämie für das Eigen- und Fremdkapital, die Rahmenbedingungen des Kapitalmarktes sowie ein risikoloser Zinssatz sind zu berücksichtigen. Bei der Ermittlung des risikolosen Zinssatzes kann ein mehrjähriger Durchschnitt herangezogen werden.

(4) Die verzinsliche Kapitalbasis ist durch die der Kostenfestlegung zugrunde liegende Bilanz im Sinne des § 8 für die Übertragungs- und Verteilungstätigkeit zu bestimmen. Sie ergibt sich aus dem für den Netzbetrieb nötigen Sachanlagevermögen und dem immateriellen Vermögen abzüglich passivierter Netzzutritts- und Netzbereitstellungsentgelte (Baukostenzuschüsse) und etwaiger Firmenwerte. Im Falle von Zusammenschlüssen von Netzbetreibern kann eine erhöhte Kapitalbasis anerkannt werden, sofern aus diesem Zusammenschluss erzielte Synergieeffekte unmittelbar zu einer Reduktion der Gesamtkosten führen."

3.3. Die Strom NBK-VO lautet auszugsweise:

"Regelungsgegenstand

§ 1. Diese Verordnung bestimmt die näheren Kostenarten der nicht beeinflussbaren Kosten aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Zuge von Ausgliederungen, welche dem Grunde nach zum Zeitpunkt der Voll liberalisierung des Elektrizitätsmarktes mit 1. Oktober 2001 bestanden haben.

Kostenarten

§ 2. Kostenarten der nicht beeinflussbaren Kosten im Sinne des § 1 sind:

1. Personalkosten und

2. Finanzierungskosten.

[...]"

3.4. XXXX

"XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

(XXXX

XXXX

XXXX

(XXXX

XXXX

XXXX

3.5. Zu Spruchpunkt A) - Abweisung der Beschwerden:

Kernthema der Beschwerden ist die Behandlung von Pensionsaufwendungen einerseits im Rahmen der Finanzierungskosten und andererseits bei der Ermittlung der Zielvorgaben. Zu den einzelnen Beschwerdepunkten:

3.5.1. Zur Ermittlung der Kapitalstruktur und der Relevanz der Beeinflussbarkeit/Unbeeinflussbarkeit von Kosten:

3.5.1.1. Die beschwerdeführende Partei bringt vor, die belangte Behörde habe die Kapitalstruktur in rechtswidriger Weise ermittelt, indem sie die Kosten für Pensions- und Sozialkapitalrückstellungen als Fremdkapital qualifiziert habe und damit einen Fremdkapitalanteil von XXXX errechnet habe. Nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei wären die fraglichen Kosten als unbeeinflussbare Kosten gemäß § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 zu behandeln gewesen und hätten daher bei der Ermittlung der Kapitalstruktur nicht als Fremdkapital von der Kapitalbasis abgezogen werden dürfen. In Folge wäre aufgrund des höheren Eigenkapitalanteils der reguläre WACC iHv 6,42 % anstatt eines individuellen niedrigeren Kalkulationszinsfußes anzuwenden gewesen.

Die belangte Behörde geht davon aus, dass die Einordnung einer Kostenposition - in diesem Fall der Aufwendungen für Pensionsrückstellungen - als Fremdkapital oder Eigenkapital, welche in Folge dem Eigen- oder Fremdkapitalgeber eine risikoadäquate Verzinsung auf das eingesetzte Kapital gewähren soll, völlig getrennt von der Einordnung von Kosten als beeinflussbar oder nicht beeinflussbar zu betrachten ist. Aus Sicht der belangten Behörde sind nicht beeinflussbare Kosten nicht jedenfalls aus der Kapitalstrukturermittlung zu eliminieren, sondern hat diese Zuordnung einer Kostenposition für die Ermittlung der Kapitalstruktur keine Relevanz.

Rechtlich stellt sich die Frage, welche gesetzlichen Vorgaben die belangte Behörde bei der Ermittlung der Kapitalstruktur beachten muss und ob § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 die belangte Behörde hinsichtlich der Ermittlung der Kapitalstruktur insoweit einschränkt, als dass die in dieser Bestimmung als nicht beeinflussbar definierten Kosten bei der Ermittlung der Kapitalstruktur nicht als Fremdkapital behandelt und damit nicht von der Gesamtkapitalbasis abgezogen werden dürfen.

Das Bundesverwaltungsgericht kann im Vorgehen der belangten Behörde aus folgenden Gründen keine Rechtswidrigkeit erkennen:

Die in § 60 EIWOG 2010 beschriebenen Finanzierungskosten - neben den Abschreibungen ein Teil der Kapitalkosten - dienen der Abdeckung angemessener Kosten für die Verzinsung von Eigen- und Fremdkapital. Die belangte Behörde hat gemäß § 60 Abs. 3 EIWOG 2010 die tatsächliche Kapitalstruktur eines Unternehmens zu ermitteln und dabei im Zusammenhang mit der Normkapitalstruktur unternehmensindividuelle Faktoren zu berücksichtigen. Dabei hat sie zu klären, wie Eigen- und Fremdkapitalbestandteile für die verzinsliche Kapitalbasis und für restliches Vermögen aufzuteilen sind (vgl. ErlRV 994 BlgNR XXIV. GP, 24).

Die im gegenständlichen Fall relevanten Aufwendungen für Pensionsrückstellungen erfüllen den Tatbestand des § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 und sind daher nicht beeinflussbare Kosten. Davon geht auch die belangte Behörde aus (vgl. u.a. S. 5f der Äußerung der belangten Behörde vom 18.06.2014). § 59 Abs. 6 EIWOG 2010 normiert, dass die fraglichen Kosten nicht den Zielvorgaben gemäß § 59 Abs. 2 leg. cit. (und auch nicht dem Netzbetreiberindex gemäß § 59 Abs. 5 leg.cit.) unterliegen ("Zielvorgaben gemäß Abs. 2 sowie die netzbetreiberspezifische Teuerungsrate gemäß Abs. 5 wirken ausschließlich auf die vom Unternehmen beeinflussbaren Kosten", Unterstreichungen nicht im Original). Aus der Bestimmung des § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 ist jedoch nicht herauszulesen, dass unbeeinflussbare Kosten in irgendeiner Weise bei der Ermittlung der Kapitalstruktur (gemäß § 60 EIWOG 2010), in der es im Wesentlichen um die Festlegung der Anteile von Eigen- und Fremdkapital geht, gesondert zu behandeln sind.

Das Bundesverwaltungsgericht kann in der Rechtsansicht der belangten Behörde keine Rechtswidrigkeit erkennen: Ob eine Kostenposition als beeinflussbar oder nicht beeinflussbar eingeordnet wird, hat ausschließlich den Zweck, die Wirkung einer Zielvorgabe auf nicht beeinflussbare Kostenpositionen auszuschließen, da Zielvorgaben eben nur auf jene Kostenpositionen wirken sollen, bei denen der Netzbetreiber über einen Gestaltungsspielraum zur Hebung von Einsparungspotential verfügt. Dementsprechend ist auch § 59 EIWOG 2010 formuliert. Es handelt sich bei der Ermittlung der Kapitalstruktur und bei der Einordnung einer Kostenposition als beeinflussbar oder nicht beeinflussbar um zwei unterschiedliche Sachverhalte mit unterschiedlichen Rechtsfolgen.

3.5.1.2. Die Beschwerde bringt in diesem Zusammenhang vor, dass in der Bescheidbegründung die Strom NBK-VO nicht erwähnt sei; die belangte Behörde missachte damit eine ordnungsgemäß kundgemachte Verordnung. Doch auch die Strom NBK-VO hilft der beschwerdeführenden Partei betreffend ihr Begehren zur Ermittlung der Kapitalstruktur

nicht weiter:

Zweifelsohne fallen die gegenständlichen Pensionsrückstellungen unter die Kostenkategorien des § 2 Strom-NBK-VO, in dessen Z 2 die Finanzierungskosten genannt sind. Jedoch ändert dies nichts daran, dass die Einordnung der Kosten als nicht beeinflussbar keine Relevanz für die Kapitalstrukturermittlung hat - einzige Rechtsfolge dieser Einordnung ist, wie bereits ausgeführt, dass der Zinsaufwand für die Rückstellungen (mangels Einsparungspotential) von der Anwendung des Kostenanpassungsfaktors (und des Netzbetreiberindex) auszunehmen ist.

3.5.1.3. Wenn die beschwerdeführende Partei weiters zum methodischen Ansatz der Normkapitalstruktur der belangten Behörde vorbringt, dass der Ersatz der Normkapitalstruktur durch die unternehmensindividuelle Kapitalstruktur nicht vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt und daher rechtswidrig sei, weshalb ebenfalls in Folge bei der beschwerdeführenden Partei der Norm-WACC iHv 6,42 % anzuwenden sei, so ist dazu Folgendes festzuhalten:

§ 60 Abs. 3 EIWOG 2010 sieht vor, dass der Finanzierungskostensatz aus einem gewichteten durchschnittlichen Kapitalkostensatz unter Zugrundelegung einer Normkapitalstruktur sowie der Ertragsteuer zu bestimmen ist. Die Normkapitalstruktur hat sowohl generelle branchenübergreifende als auch signifikante unternehmensindividuelle Faktoren zu berücksichtigen, welche den Eigenkapitalanteil um mehr als 10 % unterschreiten. Die genannte Bestimmung verlangt also eine Berücksichtigung von unternehmensindividuellen Faktoren, ohne jedoch vorzugeben, auf welche Weise sie zu berücksichtigen sind. Weiters gibt die Bestimmung vor, dass eine marktgerechte Risikoprämie für das Eigen- und Fremdkapital, die Rahmenbedingungen des Kapitalmarktes sowie ein risikoloser Zinssatz zu berücksichtigen sind.

Die belangte Behörde hat in den angefochtenen Bescheiden (vgl. insbesondere die Regulierungssystematik S. 81ff) dargelegt, dass sie bei signifikanten Abweichungen von der Normkapitalstruktur das dem WACC hinterlegte Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital anpasst, indem sie anstelle der Aufteilung 60:40 die jeweilige unternehmensspezifische Kapitalstruktur heranzieht. Für den konkreten Fall, in dem sich das verzinsliche Fremdkapital ausschließlich aus Pensions- und Abfertigungsrückstellungen zusammensetzt, führt die belangte Behörde im Kostenbescheid 2014, S. 39, aus, dass sie den Rechnungszinssatz für die Kapitalisierung von Rückstellungen verwendet, zumal dieser im Gegensatz zur Finanzierung durch Darlehen oder Anleihen nicht von Risikoerwartungen, sondern von generellen Zinserwartungen auf den Finanzmärkten beeinflusst ist.

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts ist im Vorgehen der belangten Behörde keine Rechtswidrigkeit zu erkennen: Sie folgt auch bei der Anwendung eines angepassten Kapitalkostensatzes der Vorgabe des § 60 Abs. 3 EIWOG 2010, die Rahmenbedingungen des Kapitalmarktes zu berücksichtigen, indem sie den individuellen Gegebenheiten des Unternehmens in Bezug auf das Fremdkapital insofern Rechnung getragen hat, als sie den für die Bewertung der Rückstellungen relevanten Zinssatz gewählt hat. Dass dieser Zinssatz im konkreten Fall für die beschwerdeführende Partei nachteilig im Vergleich zum Norm-WACC ist, ändert nichts daran, dass das behördliche Vorgehen im Recht begründet ist.

Aus den genannten Gründen waren die Beschwerden abzuweisen, soweit sie fordern, dass die in § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 (iVm der Strom NBK-VO) als nicht beeinflussbar definierten Kosten bei der Ermittlung der Kapitalstruktur nicht als Fremdkapital behandelt und damit nicht von der Gesamtkapitalbasis abgezogen werden dürfen. Abzuweisen waren die Beschwerden auch betreffend die Forderung, eine marktgerechte Risikoprämie gleich dem WACC iHv 6,42 % zu verwenden.

3.5.2. Zur behaupteten Unerreichbarkeit der Zielkapitalstruktur:

Die beschwerdeführende Partei beanstandet, dass ihr in den angefochtenen Bescheiden jeweils eine Zielvorgabe gesetzt werde, die sie faktisch nicht erreichen könne. Sie weist dabei auf ein von ihr eingeholtes (und im Verwaltungsakt vorhandenes) Gutachten der XXXX aus dem Jahr 2013 hin, welches von einem sehr hohen Investitionsbedarf und der Notwendigkeit eines enormen Eigenmittelzuschusses ausgeht, um - theoretisch - die Zielvorgaben in den angefochtenen Bescheiden erfüllen zu können. Die beschwerdeführende Partei betont neuerlich, dass sie aufgrund gesetzlicher Vorschriften zur Bildung von Pensions- und Sozialkapitalrückstellungen verpflichtet sei, weshalb für sie die von der belangten Behörde vorgegebene Normkapitalstruktur nicht erreichbar sei. Ein Unternehmen müsse aber in der Lage sein und einen Anreiz haben, die Vorgaben der belangten Behörde einzuhalten.

In diesem Zusammenhang ist auf den Zweck der Normkapitalstruktur als Zielkapitalstruktur hinzuweisen: Es sollen

dadurch einerseits ein besonders hoher Einsatz von Eigenkapital und andererseits eine besonders hohe Verschuldung vermieden werden (vgl. dazu auch ErlRV 994 BlgNR XXIV. GP, 24). Die Zielkapitalstruktur darf nicht verwechselt werden mit der als Zielwert formulierten Effizienzvorgabe.

Hinsichtlich ihrer Argumentation ist der beschwerdeführenden Partei teilweise recht zu geben: Durch das Vorgehen der belangten Behörde wird die Funktion der Normkapitalstruktur (40 % Eigenkapitalanteil, 60 % Fremdkapitalanteil) als Zielkapitalstruktur abgeschwächt, wenn es sich um ein, wie im vorliegenden Fall vorgebracht, "de facto unerreichbares Ziel" handelt. Dies gesteht auch die belangte Behörde ausdrücklich zu. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts wird dadurch das Vorgehen der belangten Behörde durch die Festsetzung der Normkapitalstruktur nicht rechtswidrig, weil bei genauerer Prüfung durchaus von einem gewissen Gestaltungsspielraum des Unternehmens im Zusammenhang mit den Rückstellungen auszugehen ist: Als Beispiele können die von der belangten Behörde in ihrer Äußerung vom 18.06.2014 erwähnten Möglichkeiten der Abfindung von Pensionsanwärtern durch Einmalzahlungen oder der Auslagerung der Pensionsverpflichtungen in eine Pensionskasse genannt werden. Die beschwerdeführende Partei würde damit jedenfalls eine günstigere Kapitalstruktur erreichen. Damit besteht zweifelsohne ein Anreiz für das Unternehmen, sich in Richtung der Vorgaben der belangten Behörde zu entwickeln.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht ist überdies hervorgekommen, dass die Pensionsrückstellungen der beschwerdeführenden Partei mit Ende des Jahres 2016 im Zuge einer Konzernumstrukturierung in eine andere Gesellschaft ausgelagert wurden (vgl. S. 8 der Verhandlungsniederschrift). Dem Vorbringen, dass die belangte Behörde hinsichtlich der Normkapitalstruktur unerreichbare Vorgaben gemacht habe (und die Kostenfestsetzung daher rechtswidrig sei), kann vor diesem Hintergrund umso weniger gefolgt werden: Die Auslagerung der Pensionsverpflichtungen der beschwerdeführenden Partei hat gezeigt, wie groß der Gestaltungsspielraum zur Erreichung der Zielkapitalstruktur tatsächlich ist; die beschwerdeführende Partei hat dadurch ihr Beschwerdevorbringen selbst widerlegt.

Aus den genannten Gründen waren die Beschwerden abzuweisen, soweit sie die Festlegung der Normkapitalstruktur (Zielkapitalstruktur) durch die belangte Behörde beanstanden.

### 3.5.3. Zum Effizienzvergleich (Benchmarking):

3.5.3.1. Die Beschwerde bringt vor, dass nicht beeinflussbare Kosten beim Benchmarking von beeinflussbaren Kosten unterschieden werden müssten. Die belangte Behörde gehe rechtswidrig vor, weil sie die Pensionsaufwendungen in den Effizienzvergleich einbeziehe und daher gleich behandle wie beeinflussbare Kosten. Nicht beeinflussbare Kosten dürften jedoch aus Gründen der Vergleichbarkeit und Sachlichkeit nicht in die Kostenbasis hineingerechnet und diese Basis mit beeinflussbaren Kosten anderer Netzbetreiber verglichen werden.

Das Bundesverwaltungsgericht hält zum Beschwerdevorbringen fest wie folgt:

Die einschlägige Rechtsgrundlage für die Ermittlung der Zielvorgaben ist § 59 Abs. 2 EIWOG 2010. Gemäß dieser Bestimmung sind für die Ermittlung der Kosten Zielvorgaben zugrunde zu legen, die sich am Einsparungspotential der Unternehmen orientieren. Dabei sind die festgestellten Kosten sowohl um generelle Zielvorgaben, die sich an Produktivitätsentwicklungen orientieren, als auch um die netzbetreiberspezifische Teuerungsrate anzupassen. Für die im vorliegenden Zusammenhang aufgeworfene Frage ist die weitere gesetzliche Anordnung entscheidend, dass individuelle Zielvorgaben aufgrund der Effizienz der Netzbetreiber berücksichtigt werden können. Die dabei anzuwendenden Methoden haben dem Stand der Wissenschaft zu entsprechen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 18.11.2014, Zl.2012/05/0092, ausgesprochen: "Der Behörde ist somit ein weiter Ermessensspielraum in Bezug auf die Festsetzung der Kosten eingeräumt (K. Oberndorfer, Das neue Systemnutzungsentgelte-Regime nach dem EIWOG 2010, ZTR 2011, 4), weshalb die von der Behörde getroffene Ermessensentscheidung in einer Weise zu begründen ist, die es dem Verwaltungsgerichtshof ermöglicht zu prüfen, ob die Behörde das Ermessen im Sinne des Gesetzes ausgeübt hat."

Wenn nun die verfahrensgegenständlichen Beschwerden vorbringen, dass die Personalaufwendungen als nicht beeinflussbare Kosten iSd § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 nicht in den Effizienzvergleich einbezogen werden dürften, so übersieht die beschwerdeführende Partei in diesem Zusammenhang die Vorgaben der Regulierungssystematik, also

jenen in einem transparenten Konsultationsprozess von der belangten Behörde gemeinsam mit den betroffenen Unternehmen erstellten Grundsatzdokuments, welches die belangte Behörde allen betroffenen Unternehmen gegenüber als Richtschnur für ihre Ermessensausübung heranzieht und welches Teil der Bescheidbegründung ist.

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwG, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)