

TE Bvwg Beschluss 2019/11/8 W179 2183656-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.11.2019

Entscheidungsdatum

08.11.2019

Norm

AVG §7 Abs1 Z3
B-VG Art. 133 Abs4
E-ControlG §7 Abs1
EIWOG §48 Abs1
EIWOG §51 Abs2
EIWOG §59
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §27
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §28 Abs3 Satz 2
VwGVG §9 Abs1 Z3
VwGVG §9 Abs1 Z4

Spruch

W179 2183656-1/8E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch seinen Richter Mag. iur. Eduard Hartwig PAULUS als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch die Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Rosenbursenstraße 2, gegen den Bescheid des Vorstandes der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft vom XXXX , GZ XXXX , betreffend die Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben und des Mengengerüsts der XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am XXXX , beschlossen:

SPRUCH

A) Beschwerde:

Der Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides wird gemäß § 28 Abs 3 2. Satz VwGVG aufgehoben, und die Angelegenheit zur Ermittlung der den Entgelten zu Grunde liegenden Kosten für die Errichtung, den Ausbau, die Instandhaltung und den Betrieb des Netzsystems für das Jahr XXXX unter Bindung an die rechtliche Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts zurückverwiesen.

B) Revision:

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

1. Vorauszuschicken ist, Gegenstand dieses Verfahrens ist die rechtliche Einordnung des Finanzierungsvorteils eines von der XXXX bei der XXXX in der Höhe von Euro XXXX genommenen und zu gleichen Konditionen an die Beschwerdeführerin weitergereichtes Darlehen als "geförderte" Finanzierung im Sinne des § 60 EIWOG 2010.

Der von der belangten Behörde festgestellte Finanzierungsvorteil wurde von dieser der Erstbeschwerdeführerin als auch den Netzkunden zu gleichen Teilen (XXXX) gutgeschrieben, wohingegen die Rechtsmittelwerberin begehrt, ihr alleine den gesamten Finanzierungsvorteil (XXXX %) als eigene Netzkosten anzuerkennen. Diametral entgegengesetzt dazu vertritt die Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) die Ansicht, der Anteil der Beschwerdeführerin sei auf XXXX % zu senken (und damit jener der Netzkunden auf XXXX % zu erhöhen); auch die Bundesarbeitskammer (BAK) setzt sich für eine deutliche Reduzierung des Anteils der Rechtsmittelwerberin ein.

Die gleichermaßen erhobene Beschwerde gegen den zur Rechtsmittelwerberin hier maßgeblichen Erstkostenfolgebescheid der Regulierungsperiode, mit dem erstmals das gegenständliche Darlehen durch die Behörde berücksichtigt wurde (ECA vom XXXX , GZ XXXX , idF Beschwerdeentscheidung vom XXXX GZ XXXX), ist vom Bundesverwaltungsgericht am XXXX zur hg GZ XXXX entschieden worden.

2. Mit dem angefochtenen Bescheid sprach die belangte Behörde in einem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben und des Mengengerüsts der Beschwerdeführerin gemäß § 7 Abs 1 Energie-Control-Gesetz (E-ControlG), BGBl I Nr 110/2010 idF BGBl I Nr 108/2017, iVm § 48 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl I Nr 110/2010 idF BGBl I Nr 108/2017, - nach Verständigung der Parteien über das (vorläufige) Ermittlungsergebnis - (wortwörtlich) Nachstehendes aus:

"1. Als Zielvorgabe gemäß § 48 Abs. 1 iVm § 59 Abs. 2 EIWOG 2010 wird ein Einsparungspotential von XXXX % bis zum XXXX festgestellt.

2. Die den Entgelten zu Grunde liegenden Kosten für die Errichtung, den Ausbau, die Instandhaltung und den Betrieb des Netzsystems werden gemäß § 48 Abs. 1 iVm § 59 Abs. 1 EIWOG 2010 für das Jahr

XXXX wie folgt festgestellt:

XXXX 3. bis 6. (...)."

3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, und macht geltend: 1.) die Anwendung einer (verfassungs-)rechtswidrigen generellen Norm (§ 60 Abs 1 letzter Satz EIWOG 2010), 2.) inhaltliche Rechtswidrigkeit (nämlich unrichtige rechtliche Beurteilung der Frage, ob das Darlehen unter § 60 Abs 1 letzter Satz EIWOG 2010 fällt), sowie 3.) einen Verfahrensmangel (die Behörde habe keine ausreichende Begründung geliefert, warum das Darlehen als gefördert Finanzierung der zitierten Bestimmung zu qualifizieren sei).

Insoweit werde der Bescheid angefochten und hätte die Kostenbasis um Euro XXXX höher festgesetzt werden müssen.

Dies erfolgt mit dem Begehren, das Bundesverwaltungsgericht möge 1.) eine mündliche Verhandlung durchführen, 2.) in der Sache selbst entscheiden und Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides dahingehend abändern, dass die Summe der den Entgelten zu Grunde liegenden Kosten der Netzebenen XXXX in Höhe von (insgesamt) TEUR XXXX um TEUR XXXX erhöht wird, 3.) in eventu den angefochtenen Bescheid gemäß § 28 Abs 3 VwGVG mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die ECA zurückverweisen.

Weiters wird angeregt, das BVwG möge gemäß Art 135 Abs 4 B-VG iVm Art 89 Abs 2 B-VG und Art 140 Abs 1 Z1 lit a B-VG beim VfGH den Antrag auf Prüfung des präjudiziellen § 60 Abs 1 letzter Satz EIWOG 2010 und Aufhebung folgenden Textes wegen Verfassungswidrigkeit stellen: "Geförderte Finanzierungen sind angemessen zu berücksichtigen."

4. Mit Schreiben vom XXXX legt die belangte Behörde die Beschwerde samt Verwaltungsakt ohne weitere Ausführungen vor.

5. Das Bundesverwaltungsgericht führt zum angefochtenen Bescheid eine ausführliche Beschwerdeverhandlung, gemeinsam zum besagten hiergerichtlich ebenso in Beschwer gezogenen Erstfolgekostenbescheid für das Jahr XXXX (Vorstand der E-Control vom XXXX , GZ XXXX , idF Beschwerdevorentscheidung vom XXXX , GZ XXXX), in Anwesenheit aller Parteien ab. (Anlässlich der ergangenen Ladungen nahm die Rechtsmittelwerberin vor der Verhandlung Akteneinsicht.) Alle Parteien erklären, dass keine Beweisanträge mehr offen sind, und verzichten auf eine zweite Tagsatzung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1. Die Beschwerdeführerin errichtet und betreibt die Strom- und Erdgas-Verteilernetze in weiten Teilen XXXX . Sie ist eine XXXX . Die Beschwerdeführerin wird in ihrem Bemühen, günstige Finanzierungsquellen für die Verwirklichung ihrer Projekte zu erschließen, von ihrer XXXX (auf Basis eines zwischen der XXXX und der Beschwerdeführerin abgeschlossen XXXX) unterstützt.

2. Für Investitionen im Bereich des Stromnetzes der Beschwerdeführerin ist es der XXXX gemeinsam mit der Beschwerdeführerin gelungen, ein Darlehen der XXXX (kurz: XXXX) zu lukrieren. Der am XXXX zwischen der XXXX einerseits und der XXXX andererseits abgeschlossenen Darlehensvertrag über einen Betrag in Höhe von Euro XXXX läuft bis XXXX , ist in halbjährlichen Kapitalraten ab XXXX zu tilgen (dies bedingt somit eine Laufzeit von XXXX Jahren), wird mit XXXX % p.a. XXXX verzinst und verursachte bei Vertragsabschluss eine an die XXXX zu bezahlende Vorabgebühr von Euro XXXX ("Upfront fee"). Die XXXX hat das Darlehen zu originären Bedingungen unter Bedachtnahme auf steuerliche Notwendigkeiten an die Beschwerdeführerin weitergereicht. Das XXXX -Darlehen dient der Finanzierung von Modernisierung und weiterer Entwicklung des (Strom-)Verteilernetzes der Beschwerdeführerin in XXXX , insbesondere was die Integration der Erzeugung aus erneuerbaren Energieträgern betrifft.

3. Der verfahrensgegenständliche Darlehensvertrag, abgeschlossen zwischen der XXXX und der XXXX am XXXX , wurde aus "eigenen Mitteln" der XXXX finanziert.

4. Die Regulierungssystematik für die dritte Regulierungsperiode der Stromverteilternetzbetreiber ist ein integraler Bestandteil des angefochtenen Bescheids. Der Fremdkapitalzinssatz (vor Steuern) wird in der genannten Regulierungssystematik im Rahmen des Finanzierungskostensatzes (WACC) mit 4,72% festgelegt (vgl Seite 81ff der Regulierungssystematik).

5. Das von der Beschwerdeführerin vorgelegte Gutachten der XXXX enthält einen "Private-Investor-Test", wenngleich zur Bestimmung des "Vorteils durch Maßnahme" hinsichtlich einer verbotenen staatlichen Beihilfe.

Hiezu erhebt das Gutachten zwei Befunde, nämlich zu den Parametern des gegenständlichen Darlehensvertrags als "Basisszenario", sowie zu den relevanten Benchmark-Fremdkapitalkosten - im Zeitpunkt der Kreditaufnahme - unter Berücksichtigung der verfügbaren Informationen am Kapitalmarkt als "Counterfactual Szenario", konkret für den November XXXX , für das vierte Quartal XXXX , die zweite Hälfte XXXX sowie das Jahr XXXX .

Im Vergleich der beiden erhobenen Befunde, also des "Basisszenarios" und des "Counterfactual Szenario", zieht das Gutachten sodann den Schluss: dass sich der von der XXXX der Rechtsmittelwerberin gewährte Zinssatz innerhalb der (zuvor definierten) breiten als auch engeren Bandbreite des "Counterfactual Szenario", wenngleich auch am unteren Rand bewege, weswegen sich die Beschwerdeführerin besser als der Marktdurchschnitt finanziere; sodass eine "normale Maßnahme" eines durch den WACC-Ansatzes regulierten Unternehmens sowie damit kein darüber hinausgehender Vorteil und keine staatliche Beihilfe vorliege.

6. Hinsichtlich der "Überleitung XXXX Kostenbasis Netznutzungsentgelte" der Beschwerdeführerin geht die belangte Behörde unter Einrechnung der "Auswirkungen" des XXXX -Darlehens wie folgt vor:

a) Sie berechnet zuerst die Differenz zwischen dem WACC-Fremdkapitalzinssatz (vor Steuern) iHv 4,72 % und dem gewährten Zinssatz des XXXX -Darlehens iHv XXXX %, das sind im Ergebnis XXXX

%.

b) Daraufhin kalkuliert die Behörde - bei Annahme eines (nach bereits teilweiser erfolgter Darlehenstilgung) angenommenen durchschnittlichen Darlehensbestands im Jahr XXXX iHv Euro XXXX Millionen -, wieviel XXXX % von Euro XXXX (dem offenen XXXX -Darlehensbetrag) sind, was Euro XXXX ergibt.

c) In der Folge setzt sie jenen Anteil davon, der bei der Beschwerdeführerin (also dem Unternehmen) verbleibt, mit XXXX % fest.

d) Da XXXX % von Euro XXXX einen Betrag von Euro XXXX ergibt, zieht die Behörde schließlich diesen Betrag (Euro XXXX) insoweit von der Kostenbasis der Beschwerdeführerin ab, als sie diesen bei der "Überleitung XXXX Kostenbasis Netznutzungsentgelte" unter dem Punkt

"3. Berücksichtigung nicht beeinflussbarer Kostenpositionen" unter dem Posten "Anpassung XXXX " in Abzug bringt, sodass schlussendlich in der Bescheidbegründung als " XXXX ein Betrag von Euro XXXX kalkuliert wird, den die Behörde so auch im - Spruchpunkt 2. - des angefochtenen Bescheides - wenngleich nicht aufsummiert - festsetzt.

7. Die beiden aktuellen Mitglieder des Vorstandes der E-Control GmbH wurden vom "Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft" [in Entsprechung des Bundesministerengesetzes 1986 idF BGBl I Nr 11/2014] mit Wirkung vom XXXX in ihre Funktion bestellt und waren diese somit bereits zum Ausfertigungsdatum des angefochtenen Bescheides (XXXX) und damit zum Zeitpunkt dessen Erlassung gegenüber den einzelnen Parteien im Amt.

Hiergerichtlich wie auch in der Energiebranche ist bekannt, dass die Zuständigkeit des aktuellen Vorstandes sowie die relative Unbefangenheit eines seiner Mitglieder grundsätzlich insoweit in Zweifel gezogen werden, als besagtes Vorstandsmitglied behaupteter Weise für die Dauer seiner Funktion in der E-Control GmbH beim XXXX als dort für Energierechtsangelegenheiten zuständiger Beamter kareziert, sowie dieser früher für ein näher bestimmtes Energieunternehmen beruflich tätig gewesen sein soll.

2. Beweiswürdigung:

1. Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhaltes wurde Einsicht genommen in den Akt der belangten Behörde und in den Gerichtsakt; insbesondere in den angefochtenen Bescheid und die dagegen erhobene Beschwerde - jeweils samt Anlagen. Schließlich wurde eine ausführliche Beschwerdeverhandlung gemeinsam mit dem Beschwerdeverfahren XXXX zum Erstfolgekostenbescheid der Regulierungsperiode (ECA vom XXXX , GZ XXXX , idF Beschwerdevereinsentscheidung vom XXXX , GZ XXXX), in Anwesenheit aller Parteien abgeführt.

2. Die getroffenen Feststellungen erschließen sich zweifelsfrei aus der Aktenlage und der hiergerichtlichen Verhandlungsniederschrift (soweit nicht ohnedies in den Feststellungen vereinzelt in Klammern bereits auf das jeweilige Beweismittel verweisen wurde.)

Im Einzelnen ist nachstehend näher zu erwägen:

3. Die Feststellungen zur Beschwerdeführerin und ihrer Muttergesellschaft sowie den Darlehenskonditionen sind unstrittig und geben im Wesentlichen das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerde wieder.

4. Dass der Darlehensvertrag aus den "eigenen Mitteln" der XXXX finanziert wurde, ergibt sich unzweifelhaft aus dem Schreiben der XXXX vom XXXX , welches die Rechtsmittelwerberin als Beilage ./D der Beschwerde vorlegt. Zumal die Wortwahl des Schreibens "own resources" mit der englischen Fassung des Art 309 TFEU "own resources" deckungsgleich ist.

5. Die Feststellungen zum Gutachten erschließen sich zweifelsfrei aus selbigem, insbesondere aus den Seiten 21 bis 25, als auch den Seiten 2 bis 3.

6. Dem Privatsachverständigen der Rechtsmittelwerberin trat in der mündlichen Beschwerdeverhandlung auf gleicher sachverständiger Ebene der Amtssachverständige der belangten Behörde, konkret der Leiter der Abteilung Tarife entgegen.

7. Die Darstellung der kalkulatorischen Vorgehensweise der belangten Behörde hinsichtlich der Basis Netznutzungsentgelte ergibt sich zweifelsfrei aus dem angefochtenen Bescheid (so aus dessen Spruchpunkt 2., Seite 20f der Bescheidbegründung sowie aus Beilage ./3 des angefochtenen Bescheides als integraler Bestandteil der Begründung), ist zwischen allen Parteien unstrittig, und wird das diesbezügliche behördliche Procedere gleichermaßen vom Rechtsmittel so dargestellt (vgl Seite 4 bis 5 der Beschwerde).

8. Die Bestellung der aktuellen Mitglieder des Vorstandes der E-Control GmbH durch den Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft mit Wirkung vom XXXX , sowie der behauptete Vorwurf der Befangenheit gegen eines der beiden und der unrichtigen Zusammensetzung der belangten Behörde ist branchen- und auch

gerichtsbekannt. Das genannte Bestelldatum ist zudem auf der "Homepage" der E-Control GmbH veröffentlicht.

3. Rechtliche Beurteilung:

1. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und ist zulässig.

2. Wenngleich das Rechtsmittel den Beschwerdeumfang eingangs nicht explizit nennt, ergibt sich dieser schon aus dem Beschwerdeantrag, wonach der Spruchpunkt 2. des in Beschwer gezogenen Bescheides angefochten wird, dies mit dem Begehren, das Gericht möge in der Sache selbst entscheiden und Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides dahingehend abändern, dass die Summe der den Entgelten zu Grunde liegenden Kosten der Netzebenen XXXX in Höhe von (insgesamt) TEUR XXXX um TEUR XXXX erhöht wird.

Allerdings beschränken der Beschwerdeantrag und die Beschwerdegründe - wie von der Rechtsmittlerwerberin in der Beschwerdeverhandlung im Wesentlichen argumentativ vorgebracht - auf dem Boden der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht den Umfang der nach § 27 VwGVG vorzunehmenden hiergerichtlichen Überprüfung des angefochtenen Spruchpunktes 2.:

Denn das Beschwerdebegehren (§ 9 Abs 1 Z 4 VwGVG 2014) bedeutet keine Einengung des Prüfungsumfanges der VwG, sondern der Wortlaut "auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs 1 Z 3 und 4)" in § 27 VwGVG stellt lediglich klar, dass sich das VwG sowohl mit den Beschwerdegründen als auch mit dem Begehren der beschwerdeführenden Partei im Rahmen der Prüfung des bei ihm angefochtenen Bescheides inhaltlich auseinanderzusetzen hat (vgl VwGH 6.4.2016, Ro 2015/03/0026, mwHa die Erkenntnisse vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066, mwH, vom 23. Juni 2015, Ra 2014/22/0199, vom 26. März 2015, Ra 2014/07/0077, sowie das E vom 9. September 2015, Ro 2015/03/0032). (In diese Richtung geht im Übrigen gleichermaßen die Rechtsmeinung der WKÖ, wenn sie ausführt, dass eben Spruchpunkt 2., mit dem die Kosten festgesetzt wurden, angefochten wurde.)

Zudem besteht eine in jeder Richtung offene hiergerichtliche Prüfbefugnis des Spruchpunktes 2. schon deshalb, weil erstens das Amtswegigkeitsprinzip durch das Gericht (vgl § 17 VwGVG iVm § 39 Abs 2 AVG) jedenfalls zu beachten ist, und es zweitens im (administrativen) Beschwerdeverfahren kein Verschlechterungsverbot (wie im Verwaltungsgerichts- strafverfahren; vgl § 42 VwGVG) gibt.

Im Folgenden sind die Beschwerdegründe zu § 60 EIWOG zu prüfen:

3.1. Rechtsnormen:

3. Die hier besonders maßgeblichen Bestimmungen des EIWOG 2010, BGBl I Nr 110/2010, lauten (auszugsweise) wortwörtlich:

"Kostenermittlung

§ 59. (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.

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." [Hervorhebungen BVwG]

4. Die zugehörigen maßgeblichen Materialien (ErläutRV 994 BlgNr 24. GP 24) lauten (auszugsweise) wortwörtlich:

"Zu § 59 Abs. 7:

Eine stufenweise Herleitung der einzelnen Entgeltkomponenten ist zu empfehlen, um eine möglichst korrekte Kostenabgeltung zu erreichen.

Im Rahmen der Kostenermittlung sind Förderungen und Beihilfen, die dem Netzbetrieb zuordenbar sind, maximal in ihrer tatsächlichen Höhe zu berücksichtigen. von [sic!] der Kostenbasis abzuziehen, da diese anderenfalls als zusätzlicher Gewinn für das Unternehmen verbleiben, und die Entgelte für die Netzbenutzer unverändert bleiben würden. Eine derartige zusätzliche Gewinnkomponente des Netzbetreibers ist nicht zu gewähren und daher zu

bereinigen." [Hervorhebungen BVwG]

"Zu § 60 Abs. 1:

Da Netzanlagen über einen langen Zeitraum genutzt werden, ist eine Abgeltung der Kosten für die Investition nicht einmalig durchzuführen, sondern hat im Rahmen der Abgeltung von Kosten für die Finanzierung von Investitionen zu erfolgen. Neben der Abgeltung der laufenden Abschreibungen ist somit auch eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erforderlich.

Bei der Ermittlung der angemessenen Verzinsung ist zwischen der Finanzierung durch Fremdkapital (Darlehen, Anleihen, etc) und durch Eigenkapital des Eigentümers zu unterscheiden. Für beide Formen der Finanzierung sind die Verhältnisse des Kapitalmarktes zu berücksichtigen, da zwischen sämtlichen Unternehmen ein Wettbewerb um mögliche Mittel zur Finanzierung von Investitionsvorhaben besteht. Um eine Vergleichbarkeit mit anderen Investitionsmöglichkeiten zu erreichen, sind auch Ertragssteuern in den Ermittlungen zu berücksichtigen. Würden beispielsweise zu geringe Finanzierungskosten ermittelt, bestünde die Gefahr, dass Investitionen nicht durchgeführt werden könnten. Im Falle einer zu hohen Abgeltung von Finanzierungskosten würden vor allem die Eigenkapitalgeber im Verhältnis zu dem der Investition zu Grunde liegenden Risiko zu hohe Renditen erwirtschaften.

Sollten Netzbetreiber gesonderte Finanzierungsvorteile für die Durchführung von Investitionen in Netzanlagen erhalten, so ist anstelle einer generellen Orientierung am Kapitalmarkt jedenfalls die Auswirkung des Vorteiles zu berücksichtigen. Anderenfalls würde wie bereits zuvor beschrieben ein Finanzierungsvorteil, welcher direkt Netzanlagen zuordenbar ist, nicht den Netzbenutzern zu Gute kommen, sondern als reine zusätzliche Rendite für den Eigentümer des Netzes entstehen. Um allerdings die Netzbetreiber entsprechend zu motivieren, derartige Investitionsförderungen anzustreben und die damit verbundenen Aufwendungen abzugelten, kann die Regulierungsbehörde einen geringen Anteil des Vorteiles dem Eigentümer zuordnen. Die Korrektur ist auch dann durchzuführen, falls die Finanzierung nicht direkt durch den Netzbetreiber selbst, sondern durch ein vertikal integriertes Elektrizitätsunternehmen erfolgt, da dieses den Finanzierungskostenvorteil auch nur in Zusammenhang mit der Investition in Netzanlagen erhält. Eine höhere Weiterverrechnung an den Netzbetreiber wäre somit nicht zu berücksichtigen." [Hervorhebungen BVwG]

3.2. Zu Spruchpunkt A) Beschwerde:

a) Inhaltliche Rechtswidrigkeit - § 60 EIWOG 2010:

5. Zwischen den Parteien ist insbesondere strittig, inwieweit das verfahrensgegenständliche XXXX -Darlehen eine "geförderte Finanzierung" im Sinne des § 60 Abs 1 letzter Satz EIWOG 2010 ist, sowie in weiterer Folge, welcher "Anteilsschlüssel" zwischen der Rechtsmittelwerberin und den Netzbenutzern bei dessen Berücksichtigung "angemessen" ist, wobei die Beschwerdeführerin auch die aus ihrer Sicht vorhandene Unbestimmtheit der gesetzlichen Begriffe rügt.

6. Hinsichtlich der monierten Unbestimmtheit verweist die Beschwerdeführerin selbst auf § 59 Abs 7 EIWOG 2010 sowie auf die zugehörigen Gesetzesmaterialien zu § 59 Abs 7 und § 60 Abs 1 EIWOG 2010 (ErläutRV 994 BlgNr 24. GP 24) und kommt hiebei zum richtigen Schluss, beide Bestimmungen verfolgen dasselbe Ziel, nämlich eine "Förderung", die für den Netzbetrieb oder für die Finanzierung von Investitionen in den Netzanlagen gewährt wird, nicht als zusätzlichen Gewinn beim Netzbetreiber (zur Gänze) zu belassen. Dass der Gesetzgeber in § 59 Abs 7 leg cit explizit zwischen "vereinnahmten Förderungen" und "Beihilfen" differenziert, in § 60 Abs 1 jedoch von "geförderten Finanzierungen" spricht, zwingt systematisch (vor dem Hintergrund desselben Telos) sowie der gewählten Textierung zu dem Schluss, der Gesetzgeber unterscheidet einerseits zwischen 1.) Förderungen, die ähnlich einer Beihilfe vereinnahmt werden, jedoch (noch) keine Beihilfe im Sinne des Art 107 AEUV sind, von 2.) solchen Beihilfen nach Art 107 AEUV, andererseits 3.) beides von einer "geförderten Finanzierung". Damit ist zunächst in einem ersten Schritt geklärt, dass es sich bei einer "geförderten Finanzierung" weder um eine Beihilfe im Sinne des Art 107 AEUV, noch um eine als Geld- und/oder Sachmittel direkt (auch teilweise) ausbezahlte Förderung handelt, die vereinnahmt werden kann.

Ein näherer Blick in die Materialien zu § 60 Abs 1 leg cit erhellt, dass aufgrund der langen Nutzungsdauer von Netzanlagen die Investitionskosten nicht einmalig, sondern im Rahmen der Abgeltung der Finanzierungskosten für die Investitionen berücksichtigt werden, wobei auch eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erforderlich

ist. In diesem Zusammenhang wird zwischen der Finanzierung durch Fremdkapital in Form eines Darlehens - wie hier gegeben - sowie durch Eigenkapital des Netzeigentümers unterschieden. Wenn der Netzbetreiber (vorliegend die Beschwerdeführerin) - bei der Durchführung von Investitionen in die Netzanlage "gesonderte Finanzierungsvorteile" erhält, so ist "anstelle einer generellen Orientierung am Kapitalmarkt jedenfalls die Auswirkung des Vorteils zu berücksichtigen".

Damit ist im nächsten Schritt zweifelsfrei geklärt, dass es sich bei besagten "geförderten Finanzierungen" (im vorliegenden Fall) um die Finanzierung einer Netzanlage durch Fremdkapital in Form eines Darlehens handelt, die insoweit "günstig" und damit einen "gesonderten" Finanzierungsvorteil vermittelt, als das Darlehen zu Konditionen abgeschlossen werden konnte, die am Kapitalmarkt generell nicht angeboten werden, was somit im Einzelfall (unter Beachtung des relevanten Zeitraumes; dazu sogleich) zu beurteilen ist.

a.1) Welche Zinssätze sind grundsätzlich heranzuziehen?

7. Dies führt zur Frage, welche Zinssätze in welchem Zeitraum bei der Prüfung des § 60 Abs 1 letzter Satz EIWOG 2010 zueinander in Relation zu setzen sind:

Vorliegend hat die belangte Behörde für die - gesamte - aktuelle Regulierungsperiode Strom den Fremdkapital-Zinssatz gemäß WACC mit 4,72 % p.a. festgelegt, und weist das zu prüfende Darlehen ebenso einen fixen Zinssatz (von XXXX % p.a.) bis zum Ende der Regulierungsperiode auf. Der angefochtene Kostenbescheid gilt für das Kalenderjahr XXXX, für das somit durchgängig der Fremdkapitalzinssatz als auch der Darlehenszinssatz jeweils in besagter Höhe und - somit jeweils ein fixer Zinssatz gilt.

Hinsichtlich der zwangsläufig mit der Zeit erfolgenden Zinssatzveränderung gibt es (wie die Behörde bestätigt) zwei gleichwertige Methoden:

i) Entweder ist aufgrund der zwischenzeitig eingetretenen Zinssatzveränderungen nach unten der WACC für die aktuelle Regulierungsperiode deutlich überhöht angesetzt worden und verstößt dieser (nunmehr) gegen das Gebot des § 60 Abs 1 EIWOG, wonach die Verhältnisse des Kapitalmarkts zu berücksichtigen sind; diesfalls wäre der WACC an die aktuellen Verhältnisse anzupassen und könnte sodann der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt werden, dass das ungefähr in gleicher Höhe verzinste XXXX -Darlehen (iS einer erlaubten Durchschnittsbetrachtung bzw Vergrößerung) keinen Finanzierungsvorteil mehr darstellt.

ii) Oder der einmal für die gesamte Regulierungsperiode fixierte (hohe) WACC wird auch angesichts der tatsächlichen Zinsentwicklung nach wie vor als gültig erachtet; diesfalls muss in einem - nach dem EIWOG 2010 gerade im Bereich der Kostenermittlung zulässigen Durchschnittsbetrachtungen, Standardisierungen und Vergrößerungen - der gewährte signifikant günstigere Darlehenszinssatz dafür als finanzieller Vorteil für das Unternehmen gesehen werden.

Die belangte Behörde hat sich für die zweite Vorgangsweise entschieden, was auch nach Ansicht des erkennenden Gerichts sinnvoll ist, sollen doch in Hinblick auf den Grundsatz der Stabilität und Vorhersehbarkeit eines Regulierungsmodelles Eingriffe in einzelne Systemparameter während der laufenden Periode möglichst vermieden werden.

Für das Gericht sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die ein Abgehen von dieser Vorgangsweise notwendig machen.

Damit ist weiters geklärt, dass der für die Regulierungsperiode festgesetzte Fremdkapitalzinssatz maßgeblicher Parameter zur Beurteilung der Frage des Vorliegens eines gesonderten Finanzierungsvorteils bleibt, an dem der gewährte Zinssatz zu messen ist.

a.2) Welche Kriterien sind maßgeblich?

8. Im nächsten Schritt ist herauszuarbeiten, welche Kriterien (in Summe) für die zu lösende Frage maßgeblich sind:

Die Beschwerdeführerin führt unter Hinweis auf das Verfahren XXXX aus, einerseits könne nicht schon alleine aus der Eigenschaft der XXXX als Darlehensgeber auf eine "geförderte Finanzierung" geschlossen werden, zumal sich jene selbst über Anleihen auf dem Kapitalmarkt finanziere, andererseits führe das bloße Unterschreiten des Fremdkapitalzinssatzes nicht zwangsläufig bereits zu einem gesonderten Finanzierungsvorteil.

Diesem Vorbringen stimmt das Bundesverwaltungsgericht insoweit zu, als nicht nur einzelne Bedingungen des Abschlusses des Darlehensvertrages in die Prüfung einzubeziehen, sondern diese in cumulo zu bewerten sind, um ein "Gesamtbild" in Relation zum Kapitalmarkt zu erhalten, wobei nachstehend zu zeigen ist, dass die Aufnahme eines

Darlehens bei der XXXX zum Ausbau der Netzinfrastruktur (soweit zur Finanzierung die eigenen Mittel der XXXX herangezogen wurden) bereits dem Grunde nach geneigt ist, die Annahme eines gesonderten Finanzierungsvorteils zu vermitteln, jedoch selbstverständlich additional der gewährte Zinssatz ins Verhältnis zum Fremdkapitalzinssatz der Regulierungsperiode zu setzen ist (bei Wahl der zweiten der beiden beschriebenen Berechnungsmethoden):

a.3) Zur XXXX :

9. Zur Rechtsnatur des von der XXXX im vorliegenden Fall gewährten Darlehens führt die Beschwerdeführerin zusammengefasst Nachstehendes aus: Die XXXX sei zwar keine klassische Privatbank, jedoch kein Organ der EU, sondern eine selbständige eigene Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit (mHa Art 308 AEUV), die in erster Linie Darlehen vergabe, für die in Entsprechung der Satzung der XXXX (Hinweis auf Protokoll Nr 5 zum EUV und AEUV, ABI 2010 C 83/2 51) folgende Grundsätze gelten würden:

-

Die Darlehenszinssätze müssten den Bedingungen des Kapitalmarkts angepasst und so bemessen werden, dass die Bank aus ihren Erträgen ihre Verpflichtungen erfüllen, ihre Kosten und ihre Risiken decken und einen Reservefonds bilden könne (mHa Art 17 Abs 1 XXXX -Satzung).

-

Die EB dürfe keine Zinsermäßigungen gewähren (mHa Art 17 Abs 2 EB-Satzung).

-

Die EB müsse die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Anleihen auf den Kapitalmärkten aufnehmen (mHa Art 20 Abs 1 XXXX -Satzung); sie erhalte die für ihre Finanzierungstätigkeit benötigten Mittel nicht aus dem EU-Haushalt.

-

Zudem würden nur Projekte finanziert werden, die bankfähig seien und strengen wirtschaftlichen, technischen, ökologischen und sozialen Anforderungen genügen.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, das gegenständliche Darlehen der XXXX sei für sich alleine genommen jedenfalls keine "Förderung", weil die Darlehensvergabe von der Solidität des Schuldners als auch von den Zinssätzen - zu welchen die XXXX Anleihen am Kapitalmarkt bekomme - abhängt.

Von einer Förderung iSd § 60 Abs 1 letzter Satz EIWOG könne nur dann gesprochen werden, wenn zusätzlich entweder die öffentliche Hand für die Darlehensgewährung Sicherheiten (Garantien/Bürgschaften) übernehme, oder dass XXXX - Darlehen durch eine Förderung ergänze (gemäß 17 Abs 2 XXXX -Satzung), was beides nicht der Fall sei, vielmehr handle es sich um ein in jeder Hinsicht reguläres Darlehen aus "eigenen Ressourcen" der XXXX .

Ein Darlehen der XXXX könne somit - jedenfalls für sich alleine genommen - keine "geförderte" Finanzierung sein.

Zu diesem Vorbringen ist wie folgt zu erwägen:

9.1. Die Europäische Investitionsbank ist maßgeblich in den Artikeln 308 [Rechtspersönlichkeit; Mitglieder; Satzung] und 309 [Aufgaben] AEUV primärrechtlich eingerichtet. Sie ist eine organisatorische selbstständige Einrichtung der Union mit eigener (völkerrechtlicher und innerstaatlicher) Rechtspersönlichkeit (vgl Art 26 der XXXX -Satzung, siehe auch EuGH 110/75, Slg 1976, 955 - Mills/ XXXX ; sowie Art 308 erster Satz leg cit).

Träger ("Mitglieder") der Bank sind ipso iure sämtliche Mitgliedstaaten der Union (vgl Art 308 2. Satz AEUV).

Die Satzung der Bank ist als Protokoll Bestandteil der Verträge und damit primäres Unionsrecht (vgl Art 308 3. Satz AEUV; Art 51 EUV).

Das von den Mitgliedstaaten eingezahlte Kapital beträgt ausweislich Art 4 der XXXX -Satzung in Summe EUR 232.392.989.000, wurde seither angepasst und bewegt sich derzeit in einer Höhe von etwa EUR 242 Milliarden (so wurde auf Empfehlung des Rates vom Juni 2012 mit einstimmigen Beschluss des Rats der Gouverneure der XXXX ausweislich

Artikel 4 Absatz 3 der Satzung eine Kapitalerhöhung mit Wirksamkeit vom 31. Dezember 2012 auf ein gezeichnetes Kapital von insgesamt auf 242,4 Mrd EUR beschlossen).

Die Mitgliedstaaten haften jeweils bis zur Höhe ihres eigenen gezeichneten Anteils (vgl Art 4 leg cit).

9.2. Tragende Säule der Argumentation der Beschwerdeführerin ist, dass sich die XXXX selbst über Anleihen am Kapitalmarkt refinanziert und schon deshalb auch die von ihr vergebenen Darlehen den jeweiligen Bedingungen des Kapitalmarkts entsprechen würden. Zugleich gibt sie an, beim verfahrensgegenständlichen Darlehen handle es sich um ein Darlehen aus den eigenen Ressourcen der XXXX .

Beides widerspricht sich insoweit, als bereits die Textierung des Art 309 erster Satz AEUV konstituiert, dass sich die XXXX zur Erfüllung ihrer Aufgaben einerseits des "Kapitalmarktes", andererseits ihrer "eigenen Mittel" bedient (was sich beides wechselseitig ausschließt und somit zu unterscheiden ist). Konkret beschafft sich die XXXX ihre Mittel nämlich zum einen über Anleihen am Kapitalmarkt; im Übrigen bedient sie sich ihre "eigenen Mittel", nämlich des von Mitgliedstaaten eingezahlten Kapitals und Rücklagen (vgl für viele Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur, EUV, AEUV, Kommentar, C.H. Beck Verlag, 6. Auflage, AEUV Art 309 Rz 7), wobei die Rücklagen aus ihren Erträgen gebildet werden (vgl Art 17 der Satzung; dies wird auch vom Privatsachverständigen der Beschwerdeführerin in der Verhandlung bestätigt).

Soweit die Rechtsmittelwerberin ein Schreiben der XXXX vom XXXX vorlegt, wonach der verfahrensgegenständliche Darlehensvertrag, wie festgestellt, aus den "eigenen Mitteln" der XXXX und damit nicht über Anleihen am Kapitalmarkt finanziert wurde, bricht eingedenk der primärrechtlichen Unterscheidung zwischen den "eigenen Mitteln" und jenen des "Kapitalmarkts" die maßgebliche Argumentation der Beschwerdeführerin weg, wurde doch der gewährte Darlehensvertrag von der XXXX aus ihren "eigenen Mitteln" und nicht über Anleihen der XXXX am Kapitalmarkt finanziert.

9.3. Das besagte Schreiben der XXXX bestätigt ferner, das gewährte Darlehen sei keine verbotene staatliche Beihilfe im Sinne des Art 107 AEUV. Dies ist für die Beurteilung der vorliegenden Frage einer Förderung iSd § 60 EIWOG allerdings ohne Relevanz, ist eine solche, wie zuvor gezeigt, ohnedies von einer staatlichen Beihilfe zu unterscheiden.

9.4. Soweit sich die Rechtsmittelwerberin auf Art 17 der XXXX -Satzung stützt (Darlehenszinssätze seien an die Bedingung des Kapitalmarkts anzupassen; die Bank gewähre keine Zinsermäßigungen) ist ihr zunächst Art 16 Abs 1 der Satzung entgegenzuhalten, wonach insbesondere Darlehen für Investitionen in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten zu gewähren sind, soweit Mittel aus anderen Quellen zu angemessenen Bedingungen nicht zur Verfügung stehen.

Zudem spricht zweifelsfrei gegen diese Argumentation, dass die XXXX aufgrund ihrer hohen Bonität und des normierten Prinzips der Nichtgewinnerzielung ein Darlehen - trotz der Vorgaben in Art 17 ihrer Satzung - häufig unter dem am Sitz des Darlehensträgers marktüblichen Zins gewähren kann (vgl zB nur zu Art 309 AEUV iVm § 17 der XXXX - Satzung: Döller-Hauner, in Jaeger/Stöger (Hrsg, früher Mayer) Kommentar zu EUV und AEUV, Manz 2017, 201.

Ergänzungslieferung, Art 309 AEUV, Rz 10.)

9.5. Vor diesem Hintergrund ist ein aus den eigenen Mitteln der XXXX gewährtes Darlehen, und dem Umstand, dass ein solches häufig wegen der hohen Bonität und dem mangelnden Erwerbszweck der Bank unter dem am Sitz des Darlehensträgers marktüblichen Zins gewährt werden können, grundsätzlich bereits dem Grunde nach geneigt ist, die Annahme eines gesonderten Finanzierungsvorteils zu vermitteln.

Eine Darlehensergänzung durch die öffentliche Hand ist dazu, wie die Beschwerdeführerin vermeint, auf dem Boden der obigen Ausführungen nicht nötig.

10. Bevor auf die vor diesem Hintergrund vorzunehmende konkrete Beurteilung des gewährten Darlehenszinssatzes eingegangen wird, ist noch über das von der Beschwerdeführerin bereits im Administrativverfahren, als dann auch im Rechtsmittelverfahren als Beilage ./C der Beschwerde vorgelegte Gutachten von XXXX aus XXXX mit dem Titel " XXXX [die Beschwerdeführerin]" wie folgt auszuführen:

10.1. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei besagtem Gutachten über weite Strecken um ein Rechtsgutachten handelt, was sich bereits am dargestellten Gutachtensauftrag, nämlich der Beantwortung der Rechtsfrage, inwieweit der verfahrensgegenständliche Darlehensvertrag als "geförderte Finanzierung" zu interpretieren ist, zeigt. Insbesondere beschäftigt sich nach der Einleitung (Erstes Kapitel) das Gutachten in seinem zweiten Kapitel mit der Darstellung des WACC und § 60 Abs 1 EIWOG, sowie in Kapitel drei mit der - Rechtsfrage - des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe im Sinne Art 107 AEUV (ausgenommen den Private-Investor-Test, zu welchen auf die

Beweiswürdigung und spätere rechtliche Würdigung zum gewährten Zinssatz zu verweisen ist). Deshalb ist auf die meisten Ausführungen des Gutachtens auch in der rechtlichen Würdigung dieser Entscheidung einzugehen:

10.1.1. Dem Gutachten ist als Prämisse kurz und ohne wirklich nachvollziehbare, geschweige denn ausführliche Begründung vorangestellt, dass sich der Begriff der "geförderten Finanzierung" des EIWOG 2010 am Begriff der "staatlichen Beihilfe" anlehnt bzw unter den weiteren Begriff der "staatlichen Beihilfe" fällt und somit die Beurteilungskriterien für "staatliche Beihilfen" zur Anwendung gelangen sollten.

Deshalb (und wohl auch auf dem Boden des Schreibens der XXXX) wird der Schluss vertreten, wenn eine Finanzierung keine staatliche Beihilfe sei, sei sie auch keine "geförderte Finanzierung" im Sinne des EIWOG 2010. Vor diesem Hintergrund wird im Gutachten im Detail geprüft, wieso das vorliegende Darlehen keine staatliche Beihilfe ist und deswegen keine "geförderte Finanzierung" im Sinne des EIWOG 2010 vorliegen könne.

10.1.2. Dass das Darlehen aus eigenen Mitteln der XXXX keine "staatliche Beihilfe" im Sinne des Art 107 AEUV ist, ist bereits mit dem diesbezüglichen Schreiben der XXXX , welches im Übrigen bereits zwei Monate vor dem Gutachten verfasst wurde, nachgewiesen worden. Weswegen in dieser (rechtlichen) Hinsicht das Gutachten keinen Mehrwert bringt. Zudem ist auf die hiergerichtlich zuvor getroffenen Erwägungen der ohnedies im Lichte des EIWOG 2010 zu treffenden Unterscheidung zwischen "staatlichen Beihilfen" und "geförderten Finanzierungen" zu verweisen. Wie gezeigt schließt in systematischer Interpretation des EIWOG 2010 die Nichteinordnung als "staatliche Beihilfe" nicht die Klassifikation als "geförderte Finanzierung" aus, sondern ist hierfür sogar nach dem Willen des Gesetzgebers notwendige Voraussetzung.

10.1.3. Soweit das Gutachten an zwei Beispielen von Netzbetreibern aus den Niederlanden und Großbritannien, die ebenfalls XXXX -Darlehen in Anspruch genommen haben sollen, nachweisen will, dass die dortigen Regulatoren bei den XXXX -Darlehen keine Korrektur hinsichtlich der regulatorischen Finanzierungskosten vorgenommen (und daher diese nicht als "geförderte Finanzierungen" bewertet) hätten, ist ihr entgegenzuhalten, dass das vorliegende Darlehen verfahrensgegenständlich, und zwar anhand des EIWOG 2010 zu beurteilen ist, und nicht in anderen EU-Mitgliedstaaten bezogene Darlehen (die nach den dortigen nationalen Gesetzen zu bewerten sind).

Zumal die Parameter der zwei ins Treffen geführten Darlehen nicht (nachweislich) bekannt sind, auch nicht belegt ist, aus welchen Mitteln der XXXX diese finanziert wurden, und insbesondere nicht dargelegt ist, inwieweit die dortigen nationalen Umsetzungen der unionsrechtlichen Vorgaben überhaupt mit den diesbezüglichen Vorschriften des EIWOG 2010 vergleichbar sind.

(In diesem Zusammenhang ist als Beispiel für mögliche (zulässige) divergierende nationale Umsetzungen von unionsrechtlichen Vorgaben im Energiebereich anzuführen, dass gerichtsbekanntermaßen in Deutschland zB konkret eine zweistufige Ausreißeranalyse über eine vorgelagerte Dominanzanalyse vorgesehen ist, was sich aus den - eindeutigen - gesetzlichen Vorgaben über die anzuwendenden Methoden gemäß der deutschen Anreizregulierungs-Verordnung ergibt, wohingegen in Österreich der § 59 Abs 2 EIWOG 2010 "lediglich" von den anzuwendenden Methoden, die dem Stand der Wissenschaft zu entsprechen haben, spricht, und somit der belangten Behörde in der Wahl der Methode Ermessen einräumt, und ihr diese nicht (wie in Deutschland zwingend) vorgibt.)

Die diesbezüglichen Ausführungen des Gutachtens samt zugehöriger Rüge der Beschwerdeführerin ist somit nicht erfolgsversprechend, weil die genannten Darlehen nicht verfahrensgegenständlich sind, zumal diese nicht im Detail (auch deren Finanzierung nicht) bekannt sind und das Gutachten gar nicht auf die nationale Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben in den Niederlanden und in Großbritannien eingeht.

10.2. Soweit das Gutachten Ausführungen zur Bandbreite des gewährten Zinssatzes enthält, wird darauf in nachstehender Würdigung des konkreten Zinssatzes Bedacht zu nehmen sein.

10.3. Es bleibt jedenfalls auch eingedenk des vorgelegten Gutachtens bei der gerichtlichen Bewertung, dass ein aus den eigenen Mitteln der XXXX gewährtes Darlehen grundsätzlich bereits dem Grunde nach geneigt ist, die Annahme eines gesonderten Finanzierungsvorteils zu vermitteln.

a.4) Zum gesonderten Finanzierungsvorteil:

11. Die dargestellte Neigung ist in Zusammenschau mit dem tatsächlich gewährten Zinssatz zu gewichten:

11.1. Die Beschwerdeführerin vermengt in ihrer Argumentation zwei unterschiedliche Ansätze hinsichtlich des

relevanten Zeitraumes, nämlich einerseits i) ein Abstellen auf die Kapitalmarktbedingungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (November XXXX) bzw des gesamten Jahres XXXX (was dann auch ein Abstellen auf den aktuellen WACC bedingen würde), und andererseits ii) das Heranziehen des (fixen) WACC, welcher sich auf die gesamte Regulierungsperiode erstreckt.

Da die belangte Behörde nicht die Differenz zwischen einer bestimmten Schwelle und den gewährten XXXX % ausrechnet, sondern in ihrer dargestellten Rechnung das gesamte Delta zwischen 4,27 % und XXXX % kalkuliert, bedeutet dies, und dies übersieht die Beschwerdeführerin, dass die belangte Behörde bereits "jeglichen Finanzierungsvorteil" im Sinne einer Unterschreitung des WACC-Fremdkapitalzinses rechnerisch mitberücksichtigt hat.

Die liegt (auch) in der Wahl der oben beschriebenen Rechenmethode begründet. Bei der Rechnung des Finanzierungsvorteiles einer fremdfinanzierten Netzinvestitionen kann, wie ausgeführt, entweder

i) der WAAC zumindest "monatsaktuell" neu berechnet und an die zwischenzeitig (damals) - tatsächlich geltenden Marktzinssätze - angepasst (dh vorliegend reduziert), und sodann mit dem gewährten Zinssatz verglichen (damit also auf die tatsächliche damalige Marktsituation abgestellt) werden; oder andererseits ii) für die gesamte Regulierungsperiode der eingangs festgesetzte unveränderte WACC-Fremdkapitalzinssatz herangezogen, und zwischen diesem und dem tatsächlich gewährten Zinssatz die Differenz gebildet werden (diesfalls kommt es jedoch nicht auf die zwischenzeitig eingetretenen Marktveränderungen und insbesondere nicht darauf an, inwieweit der gewährte Darlehenszinssatz - im Zeitpunkt des Abschlusses bzw hier im Jahr XXXX - marktüblich war).

Beide geht nicht, also den hohen fixen WACC beizubehalten und zugleich auf die monatsaktuellen Marktbedingungen abzustellen. Kurzum, das Vermengen der beiden Rechenmethoden durch die Beschwerdeführerin insoweit, als der (hohe) fixe WACC der Regulierungsperiode grundsätzlich erwünscht ist, jedoch zugleich bei der Vorteilsberechnung auf die damals jeweils aktuellen Kapitalmarktbedingungen abgestellt werden soll, würde eine sachlich nicht zu rechtfertigende Herangehensweise bedeuten.

Dies bestätigt auch der Privatsachverständige der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeverhandlung, wenn er ausführt, der der Regulierungsperiode zugrunde gelegte Fremdkapitalzinssatz basiere auf einen längeren Durchschnittszeitraum und könne daher nicht zur Beurteilung einer stichtagsbezogenen (!) Marktconformität herangezogen werden.

Da die belangte Behörde den zweiten Rechenansatz wählte, hat die belangte Behörde richtigerweise das gesamte Delta als Differenz und somit Finanzierungsvorteil kalkuliert. In diesem Fall sind jedoch die Ausführungen des Gutachtens zu den damaligen aktuellen Bedingungen der Zinsmärkte ohne Relevanz, weil eben nicht der erste (gleichwertige, jedoch weniger vorhersehbare) Ansatz von der Behörde gewählt wurde, und ihr hier durchaus in der Wahl der Berechnungsmethode Ermessen zukommt, dass nach überzeugter Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes gesetzeskonform geübt wurde.

Zumal, wie die belangte Behörde in der Beschwerdeverhandlung ausführt, bei der zweiten (hier gewählten) Methode diese auch für die gesamte Dauer des Darlehens zur Anwendung gebracht wird, was im nichtgegenständlichen Kostenermittlungsverfahren zur Beschwerdeführerin aus dem Jahr XXXX (für das Jahr XXXX) zu einer zusätzlichen Kostenanerkennung der Beschwerdeführerin geführt habe; diesem Vorbringen widerspricht die Beschwerdeführerin in der Verhandlung im Übrigen nicht.

11.2. Eine inhaltliche Rechtswidrigkeit bezüglich des § 60 EIWOG 2010 vermag das Bundesverwaltungsgericht somit nicht zu erblicken und hat die belangte Behörde den "gesonderten Finanzierungsvorteil" im Lichte der getroffenen Erwägungen zu Recht, wie dargestellt, mit XXXX % des (noch offenen) Darlehensvolumens bzw Euro XXXX kalkuliert.

b) Angemessen berücksichtigt?

12. Gemäß § 60 Abs 1 letzter Satz EIWOG 2010 - sind (!) - geförderte Finanzierungen (angemessen) zu berücksichtigen und kommt der belangten Behörde bereits aufgrund der Textierung, wie sie selbst richtig ausführt, kein Ermessen in der Frage zu, dass der festgestellte "gesonderte Finanzierungsvorteil" in der Höhe von Euro

XXXX zu berücksichtigen ist, wohingegen ihr der Gesetzgeber bei der Höhe der Berücksichtigung (arg: "angemessen") wiederum Ermessen einräumt:

12.1. Das Bundesverwaltungsgericht darf das behördlich geübte Ermessen der gewählten Aufteilung nicht einfach

durch eine ihm zweckmäßiger erscheinende Ermessensübung ersetzen. Allerdings kommt eine gerichtliche Abänderung des behördlichen Ermessens in Betracht, wenn dieses nicht im Sinne des Gesetzes geübt worden wäre (vgl Eder/Martschin/Schmid/ Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, 2019, § 28 VwGVG, K 36 und E 57 mHa VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0009).

12.2. Wie dargestellt ergibt sich aus den Materialien zu § 60 leg cit (ErläutRV 994 BlgNr 24. GP 24), die belangte Behörde kann - um den Netzbetreiber zu motivieren, derartige Investitionsförderungen anzustreben - "einen geringen Anteil des Vorteiles dem Eigentümer zuordnen." Wie die Wirtschaftskammer Österreichs in der Beschwerdeverhandlung richtigerweise ausführt, muss bei einer Aufteilung auf zwei Anteile (Beschwerdeführerin; Netzkunden) ein geringer Anteil jedenfalls weniger als XXXX % betragen, um dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen. Deshalb hat die belangte Behörde, die eine Aufteilung im Verhältnis von XXXX zwischen der Beschwerdeführerin und Netzkunden vorgenommen hat, ihr Ermessen nicht gesetzeskonform geübt und belastet sie den angefochtenen Spruchpunkt 2. deswegen mit Rechtswidrigkeit.

12.3. Das Bundesverwaltungsrecht hat deshalb sein Ermessen anstelle des behördlichen Ermessens zur Frage der Aufteilung des gesonderten Finanzierungsvorteils zu setzen:

Die WKÖ regt an, den Anteil der Beschwerdeführerin auf XXXX % herabzusetzen. Die Bundesarbeitskammer besteht auf einen geringeren Anteil der Rechtsmittelwerberin und beantragt, den beim Netzbetreiber verbleibenden Kostenvorteil deutlich zu reduzieren.

Im Lichte der obigen Ausführungen ist klar, der Anteil der Beschwerdeführerin muss jedenfalls weniger als XXXX % betragen. Zugleich ist aus der Textierung der Materialien der Wille des Gesetzgebers erkennbar, dass es im behördlichen Ermessen liegt, der Beschwerdeführerin überhaupt einen Anteil zuzuerkennen (arg.: "kann... zuordnen."), weswegen dieser auch 0 % betragen könnte. Deshalb ist in Zusammenschau der beiden Kriterien "geringer" und "kein" Anteil am "gesonderten Finanzierungsvorteil" eine Überschreitung von gut einem Drittel am selbigen (was eigentlich " XXXX periodisch Prozent" wäre) in der Höhe von (grob aufgerundet) XXXX % schwer zu argumentieren.

Die Beschwerdeführerin bringt richtigerweise vor, ihr müsse auch weiterhin ein Anreiz geboten werden, geförderte Finanzierungen für Netzinvestitionen anzustreben, was durchaus auch - im Falle einer Gewährung eines Anteiles - dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Eingedenk dieser wichtigen (auch zukünftigen) Motivlage scheint dem Bundesverwaltungsgericht eine Berücksichtigung von XXXX % für die Rechtsmittelwerberin angemessen.

(Soweit die Beschwerdeführerin vermeint, die Wahl der Mittel zur Erreichung der Zielvorgaben sei ihr in einem System der Anreizregulierung völlig selbständig überlassen, und komme ihr daher ein Anteilsschlüssel von XXXX % zu, ist ihr der oben beschriebene Wille des Gesetzgebers entgegenzuhalten.)

12.4. Deshalb ist der Anteil der Beschwerdeführerin am "gesonderten Finanzierungsvorteil" (und damit an den Euro XXXX) mit XXXX %, sowie jener der Netzkunden mit XXXX % (an den Euro XXXX) zu berücksichtigen.

c) Verfahrensfehler - keine ausreichende Begründung:

13. Soweit die Beschwerdeführerin keine ausreichende behördliche Begründung und damit einen Verfahrensfehler zu erkennen vermeint, wurde dies spätestens mit vorliegender Entscheidung saniert.

d) Verfassungswidrigkeit:

14. Im Lichte der getroffenen Erwägungen zur "geförderten Finanzierung" und deren "angemessenen Berücksichtigung" im Sinne des § 60 EIWOG 2010 teilt das Bundesverwaltungsgericht die verfassungsrechtlichen Bedenken der Rechtsmittelwerberin nicht, weshalb ihrer Anregung auf Antragstellung an den Verfassungsgerichtshof nicht näherzutreten war.

e) Zurückverweisung:

15. Es darf nicht übersehen werden, dass der angefochtene Bescheid nicht der Erstkostenbescheid der Regulierungsperiode zur Rechtsmittelwerberin ist, sondern es sich bereits um den vierten (und damit letzten) Folgekostenbescheid handelt, der in Überleitung der Kostenbasis den Kostenpfad fortschreibt, zwischenzeitig bereits mehrfache Aufrollungen erfolgt sind, wie die belangte Behörde in der Beschwerdeverhandlung ausführt, und dem

erkennenden Gericht in dieser Hinsicht zum einen die Sachkunde fehlt, zum anderen von der belangten Behörde zu dem mit dieser Entscheidung neu festgesetzten "Anteilsschlüssels" naturgemäß noch keine diesbezüglichen Ermittlungen durchgeführt werden konnten.

15.1. Vorliegend bildet § 28 Abs 3 2 Satz VwGVG die Rechtsgrundlage für eine kassatorische Entscheidung des Verwaltungsgerichtes, weil es nicht mehr um die Zurückweisung der bereits gelösten Ermessensfrage, sondern um notwendige Ermittlungen auf dem Boden des neuen "Anteilsschlüssels" geht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zu dieser Bestimmung ausgesprochen (vgl VwGH 26.06.2014, Ro 2014/03/0063), dass eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen insbesondere dann in Betracht kommt, "wenn die Verwaltungsbehörde jegliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts (vgl § 37 AVG) lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat".

Eine Zurückverweisung der Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen kommt nach diesem Erkenntnis somit insbesondere in Betracht (siehe Lehofer, die Grenzen der Zurückverweisung durch das Verwaltungsgericht, ÖJZ 2014/109):

-

Wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat,

-

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at