

TE Bvg Erkenntnis 2019/10/23 W179 2016987-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.10.2019

Entscheidungsdatum

23.10.2019

Norm

B-VG Art. 133 Abs4

E-ControlG §7 Abs1

EIWOG §48 Abs1

EIWOG §51 Abs2

EIWOG §59

VwGVG §13 Abs1

VwGVG §15 Abs1

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 2016987-1/35E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt 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, Rosenburstenstraße 2, gegen den Bescheid des Vorstandes der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft vom XXXX , GZ XXXX , in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung vom XXXX , GZ XXXX , betreffend die Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben und des Mengengerüstes der XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am XXXX :

SPRUCH

A) Beschwerde:

Der Spruchpunkt 2. der Beschwerdevorentscheidung wird gemäß § 28 Abs 3 2. Satz VwGVG aufgehoben, und die Angelegenheit zur Ermittlung der Kosten für das Systemnutzungsentgelt 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

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

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 in Höhe von EUR XXXX wurde von dieser der Erstbeschwerdeführerin als auch den Netzkunden zu gleichen Teilen (XXXX) gutgeschrieben, wohingegen die Rechtsmittelwerberin begeht, 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.

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 174/2013, iVm § 48 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl I Nr 110/2010 idF BGBl I Nr 174/2013, - nach Verständigung der Parteien über das (vorläufige) Ermittlungsergebnis - (wortwörtlich) Nachstehendes aus:

"1. Der Kostenanpassungsfaktor wird mit XXXX festgestellt.

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

Bild kann nicht dargestellt werden

3. Die Kosten für Netzverluste für das Jahr XXXX werden wie folgt festgestellt:

Bild kann nicht dargestellt werden

4. Das der Entgeltermittlung für die Netznutzung und Netzverluste zu Grunde zu legende Mengengerüst wird wie folgt festgestellt:

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

5. Die Mengenbasis für den Bezug aus dem vorgelagerten Netz sowie für zusätzliche vorgelagerte Netzkosten wird wie folgt festgestellt:

Bild kann nicht dargestellt werden

6. Das der Entgeltermittlung für die Netznutzung von Pumpspeicherkraftwerken zu Grunde zu legende Mengengerüst wird wie folgt festgestellt:

Bild kann nicht dargestellt werden

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

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 einerseits unrichtige rechtliche Beurteilung der Frage, ob das Darlehen unter § 60 Abs 1 letzter Satz EIWOG

2010 fällt, und Unsachlichkeit bzw Willkür andererseits), 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 Begehr, 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 eigene Netzkosten" um insgesamt TEUR XXXX (Summe aus TEUR XXXX , TEUR XXXX und TEUR XXXX) auf TEUR XXXX erhöht werde. [Der beantragten Erhöhung um die beiden letztgenannten Beträge (TEUR XXXX und TEUR XXXX) wurde mit nachstehend dargestellter Beschwerdevorentscheidung bereits entsprochen, sodass auf eine nähere Wiedergabe der diesbezüglichen Beschwerdegründe - die sich auf die Ermittlung der Zählpunktzahl des Jahres XXXX im Rahmen des Betriebskostenfaktors sowie die Aufrollung vorgelagerter Netzkosten zwischen den Jahren XXXX und XXXX bezogen - verzichtet werden kann.]

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 EIWO 2010 und Aufhebung folgenden Textes wegen Verfassungswidrigkeit stellen: "Geförderte Finanzierungen sind angemessen zu berücksichtigen.".

4. In der Absicht, eine Beschwerdevorentscheidung zu treffen, räumte die belangte Behörde der WKÖ und der BAK rechtliches Gehör zur Beschwerde ein. Daraufhin erstatteten WKÖ und BAK jeweils eine schriftliche Stellungnahme. Die WKÖ beantragte die Abweisung der Beschwerde und regte an, den Anteil der Beschwerdeführerin am Vorteil des begünstigten Kredits auf XXXX % herabzusetzen. Die BAK stellte keinen Antrag, wies aber ebenso daraufhin, dass der Anteil der Rechtsmittelwerberin deutlich zu reduzieren sei.

5. Mit Beschwerdevorentscheidung vom XXXX sprach die zuständige Behörde (wortwörtlich) Nachstehendes:

"Der Bescheid der E-Control vom XXXX , XXXX , wird in seinem Spruchpunkt 2 dahingehend abgeändert wird [sic!], dass er wie folgt lautet:

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

Bild kann nicht dargestellt werden

Im Übrigen bleibt der Bescheid unverändert. Die übrigen Anträge der Beschwerdeführerin werden abgewiesen."

Begründend führte die belangte Behörde aus, die Beschwerde richte sich gegen Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides: Hinsichtlich des monierten Fehlers bei der Ermittlung des Betriebskostenfaktors habe die Rechtsmittelwerberin Recht, die belangte Behörde habe eine vorgelegte näher bestimmte Tabelle missverständlich interpretiert und sei der Betriebskostenfaktor nun auf richtig TEUR XXXX zu korrigieren gewesen, woraus der im Spruch festgestellte Gesamtbetrag resultiere. Auch sei zutreffend, dass die genannten Kosten in Höhe von TEUR XXXX zwar bei der Berechnung der vorgelagerten Netzkosten für das Jahr XXXX korrekterweise berücksichtigt, jedoch aufgrund eines Formelfehlers diese Berechnung nicht bei der jährlichen Aufrollung berücksichtigt wurde, sodass dies im Wege der Beschwerdevorentscheidung ebenfalls nachzuholen gewesen sei.

Das Begehr zum Finanzierungsvorteil des XXXX -Darlehens wurde hingegen aus näher bestimmten Gründen als unbegründet abgewiesen.

6. Daraufhin stellte Beschwerdeführerin einen Vorlageantrag, weil der dritte Beschwerdegrund betreffend die (fälschliche) Berücksichtigung des XXXX-Darlehens als "geförderte Finanzierung" im Sinne des § 60 Abs 1 letzter Satz EIWO 2010 abgewiesen worden sei, dies mit dem Begehr, dass die bisherigen Anträge wie folgt aufrechterhalten werden:

"Das Bundesverwaltungsgericht möge (i) gemäß § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen;

(ii) gemäß Art 130 Abs 4 B-VG und§ 28 Abs 2 VwGVG in der Sache selbst entscheiden und aus den [dargestellten] Gründen den Bescheid in seinem Spruchpunkt 2 dahingehend abändern, dass die "Summe eigene Netzkosten" auf TEUR XXXX erhöht wird,

in eventu den angefochtenen Bescheid gemäß§ 28 Abs 3 VwG VG mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zu Erlassung eines neuen Bescheides an die ECA zurückverweisen."

Schließlich wiederholt der Beschwerdeführer nochmals ihre Anregung, beim Verfassungsgerichtshof eine Prüfung des § 60 Abs 1 letzter Satz EIWOG 2010 zu veranlassen.

Hinsichtlich der Beschwerdegründe wird auf die rechtliche Würdigung verwiesen.

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

8. In der Folge übermittelt das Bundesverwaltungsgericht den Parteien die Beschwerdevorentscheidung samt Vorlageantrag (unter nochmaligem Beischluss der Beschwerde und der Stellungnahmen der WKÖ und BAK) und räumt jenen die Möglichkeit, einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu stellen, ein.

Einzig die belangte Behörde stellt hieraufhin einen diesbezüglichen Antrag (neben dem bereits von der Rechtsmittelwerberin gestellten Antrag), sowie erstatten sowohl die belangte Behörde als auch die Wirtschaftskammer Österreich und die Bundesarbeitskammer jeweils eine Gegenschrift.

8.1. Die Wirtschaftskammer Österreich verweist hinsichtlich des "XXXX-Darlehens" auf ihre Stellungnahme vom XXXX , die weiterhin Gültigkeit habe, weil keine Änderung eingetreten sei; und führt nochmals unter Hinweis auf den EIWOG-2010-Kommentar Österreichs Energie aus, die Auswirkungen des Finanzierungsvorteils sei jedenfalls in der Form zu berücksichtigen, dass dem Netzeigentümer ein - geringerer - Teil desselben zugeordnet werde, welcher somit nicht wie im angefochtenen Bescheid XXXX % betragen könne. Da die Beschwerde auf Seite 12 zudem angebe, das Darlehen zu marktüblichen Konditionen erhalten zu haben, die derzeit besonders günstig seien, sei auch aus diesem Grunde die in der Regulierungssystematik festgelegte WACC-Berechnung kritisch zu hinterfragen.

Die WKÖ beantrage deshalb, die Beschwerde abzuweisen, und regt an, den Anteil der Beschwerdeführerin am Vorteil des begünstigten Kredites auf XXXX % herabzusetzen.

8.2. Die Bundesarbeitskammer verweist ebenso auf ihre frühere Stellungnahme, hier vom XXXX , und auf den in den erläuternden Bemerkungen zu § 60 Abs 1 EIWOG 2010 festgelegten klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers, wonach die Auswirkungen des Finanzierungsvorteils zu berücksichtigen seien in der Form, dass dem Netzeigentümer ein - geringerer - Anteil am Vorteil zuzuordnen sei.

Auch liege bei einem XXXX-Darlehen zweifelsfrei ein "gesonderter Finanzierungsvorteil" bzw eine "geförderte Finanzierung" im Sinne des § 60 Abs 1 EIWOG 2010 vor, weil sie die günstigen Konditionen nur auf dem Boden ihrer durch die großzügigen Mittelzuwendungen der 28 EU-Mitgliedstaaten vorhandenen ausgezeichneten Eigenkapitalausstattung gewähren könne, zumal die EU-Mitgliedstaaten für die XXXX haften. Außerdem dürfe die XXXX vor dem Hintergrund des in Art 107 AEUV niedergelegten EU-Beihilfenrechtes nach Art 16 der XXXX-Satzung nur dann Darlehen (und Bürgschaften) gewähren, "soweit Mittel aus anderen Quellen zu angemessenen Bedingungen nicht zur Verfügung stehen". Demgemäß dürfe die XXXX nicht in Konkurrenz zur herkömmlichen Finanzmarktakteuren treten, sodass von einer Marktkonformität des gegenständlichen Darlehens, wie von der Beschwerdeführerin behauptete, keine Rede sein könne, zumal ausweislich Art 16 iVm Art 19 Abs 2 XXXX-Satzung die EU-Mitgliedstaaten bei jedem Einzelprojekt ein Äußerungsrecht und somit ein abschließendes Prüfrecht haben, inwieweit die Indizierung eines Großprojektes durch die XXXX eine marktverzerrende Wirkung habe.

Da gegenständlich ein Darlehen über € XXXX Mio mit einer Laufzeit von XXXX Jahren und einer Fixverzinsung von XXXX % per anno gewährt wurde, liege jedenfalls kein marktkonformes Darlehen vor und habe die XXXX daher - nicht - satzungswidrig gehandelt. Sohin greife die Marktkonformität-Behauptung der Beschwerdeführerin in Punkt 3.1.8. nicht, basiere dieses Vorbringen doch ausschließlich auf Unternehmensanleihen, deren Restlaufzeit mit XXXX Jahren deutlich kürzer und damit nicht vergleichbar seien. Vielmehr habe die XXXX vorliegend überhaupt erst "einspringen" dürfen, weil einerseits ein Marktversagen und andererseits ein Projekt im europäischen Interesse im Sinne des Art 107 AEUV vorliege.

Die Bundesarbeitskammer beantrage daher, den beim Netzbetreiber verbleibenden Kostenvorteil deutlich zu reduzieren.

8.3. Die belangte Behörde führt in ihrer Gegenschrift zu den mit der Beschwerde aufgeworfenen Punkten umfassend aus und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

9. Das Bundesverwaltungsgericht übermittelt den Parteien im Wege des Parteiengehörs die erstatteten Gegenschriften samt gestellter Anträge, woraufhin die Beschwerdeführerin eine Duplik einbringt, in der sie neben dem Erstatten einer Stellungnahme zu den rechtlichen Ausführungen der anderen Parteien ua moniert, die belangte Behörde sei vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zur Datenschutzkommission vom 16.10.2012, Rs C-614/10, zu Erlassung des angefochtenen Bescheides unzuständig gewesen, weil sie die unionsrechtlich normierten Anforderungen an eine völlig unabhängige nationale Regulierungsbehörde nicht erfülle, ferner zieht sie das Einsicht-, Stellungnahme- und Beschwerderecht der Wirtschaftskammer Österreich und Bundesarbeitskammer im vorliegenden Beschwerdeverfahren in Zweifel.

Deshalb halte die Beschwerdeführerin ihre bisherigen Anträge und ihre Anregung auf Normprüfung in vollem Umfang aufrecht.

10. Zur Duplik räumt das Bundesverwaltungsgericht den anderen Parteien rechtliches Gehör ein, woraufhin Gegenäußerungen sowohl der belangten Behörde (samt Wiederholung des Antrages, die Beschwerde abzuweisen), als auch der Wirtschaftskammer Österreich und der Bundesarbeitskammer (beide ohne Antragstellung) erstattet werden. Zu den Gegenäußerungen wird nochmals Parteiengehör gewährt.

11. In der Folge erstattet die Beschwerdeführerin unter Aufrechterhaltung ihrer bisherigen Anträge und Anregung auf Normprüfung eine weitere Stellungnahme, welche den anderen Parteien wiederum zugestellt wurde, woraufhin sich diese zur jener nicht erneut äußern.

12. Zwischenzeitig setzt das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende Beschwerdeverfahren de facto bis zur Entscheidung des VwGH zur Frage der (auch von der Rechtsmittelwerberin monierten) Unzuständigkeit - des Vorstandes - der E-Control aus, die jener mit seinem Erkenntnis vom 23.11.2016, Ro 2016/04/0013, verneint.

13. Schließlich führt das Bundesverwaltungsgericht zum angefochtenen Bescheid eine ausführliche Beschwerdeverhandlung, gemeinsam zum hiergerichtlich ebenso in Beschwer gezogenen Kostenbescheid für das Jahr XXXX (Vorstand der E-Control 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 abgeschlossenen XXXX) unterstützt.

2. Für Investitionen im Bereich des Stromnetzes der Beschwerdeführerin ist es der XXXX gemeinsam mit der Beschwerdeführerin gelungen, ein Darlehen der 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 Stromverteilernetzbetreiber ist ein integraler

Bestandteil des angefochtenen Bescheids. Der Fremdkapitalzinssatz (vor Steuern) wird in der genannten Regulierungssystematik im Rahmen des Finanzierungskostenersatzes (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 "Basiszenario", 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 "Basiszenarios" 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-Ansatz 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, wieviel XXXX % von Euro XXXX (dem 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 "Sonstige Anpassungen" 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 festsetzt.

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, die erhobene Beschwerde, die Beschwerdevorentscheidung, den Vorlageantrag, und alle beim erkennenden Gericht eingebrachten Schriftsätze - jeweils samt Anlagen. Schließlich wurde eine ausführliche Beschwerdeverhandlung in Anwesenheit aller Parteien abgeführt.

2. Die getroffenen Feststellungen erschließen sich zweifelsfrei aus der Aktenlage und der hiergerichtlichen Verhandlungsniuerschrift (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 XXXX sowie den Darlehenskonditionen sind unstrittig und geben im Wesentlichen das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerde und deren Beilage ./A (Schreiben der XXXX vom XXXX) 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 ./E 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 18f der Bescheidbegründung sowie aus Beilage drei 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 5 bis 7 der Beschwerde).

3. Rechtliche Beurteilung:

1. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und ist zulässig.

2. Die Beschwerdevorentscheidung wurde rechtzeitig erlassen.

3. Der Vorlangeantrag wurde rechtzeitig erhoben und ist, gestellt von einer Partei des zugrundeliegenden Administrativverfahrens, gerichtet auf die Vorlage der Beschwerdevorentscheidung, auch zulässig.

Soweit der Vorlangeantrag Argumente gegen die Begründung der Beschwerdevorentscheidung enthält, ist dies (anders als bei einer nicht beschwerdeführenden Partei, die noch kein Beschwerdebegehren und -gründe formuliert hat; vgl § 15 Abs 1 erster Satz VwGVG) nicht zwingend notwendig, überschreitet allerdings den Zweck des Vorlangeantrages durch Aktualisierung der Beschwerdeanträge insoweit nicht, als er in Wiederholung der Anträge und Anregung der Beschwerde den dortigen "Antrag ii)" "lediglich" insoweit einschränkt, als er auf Grund der teilweisen Stattgabe durch die Beschwerdevorentscheidung nun nicht mehr den angestrebten "Erhöhungsfaktor" TEUR XXXX enthält (weil mit der Beschwerdevorentscheidung jedenfalls den Erhöhungen um TEUR XXXX und TEUR XXXX bereits stattgegeben wurde), sondern nur mehr die begehrten Endsumme der eigenen Netzkosten (wie auch bereits in der Beschwerde enthalten) weiterhin mit TEUR XXXX beziffert (und damit letztlich die in der Beschwerde bereits beantragte additionale Erhöhung um TEUR XXXX) nach wie vor begeht.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, das Begehren des Vorlangeantrages muss (und darf) entsprechend seines Telos nur darauf gerichtet sein, die ursprüngliche Beschwerde dem Verwaltungsgericht vorzulegen, jedoch keine neuen (!) zu erheben (in diesem Sinne auch Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren, 2. Aufl., § 15 VwGVG, Anm 7, mwHa die zugehörige höchstgerichtliche Rechtsprechung des VwGH vom 17.12.2015, Ro 2015/08/0026; 14.9.2016, Ra 2015/0870145; 25.10.2017, Ro 2017/12/0014), was allerdings durch vorliegende Antragseinschränkung nicht erfolgte.

4. Wenngleich das Rechtsmittel den Beschwerdeumfang eingangs nicht explizit nennt, ergibt sich dieser schon aus dem Beschwerdeantrag (in der dargestellten zulässigen modifizierten Art des Vorlangeantrages), wonach (sowohl in der Fassung der Beschwerde als auch des Vorlangeantrages) der Spruchpunkt 2. des in Beschwer gezo genen Bescheides angefochten wird, dies mit dem Begehren, das Gericht möge in der Sache selbst entscheiden und die "Summe eigener Netzkosten" auf TEUR XXXX erhöhen.

Allerdings beschränken der Beschwerdeantrag und die Beschwerdegründe - wie von der belangten Behörde in der Beschwerdevorentscheidung begründend ausgeführt (sie könne dem Argument der WKÖ und BAK einiges abgewinnen, dass ein geringerer Anteil nicht XXXX % sei, jedoch könne sie den Anteilsschlüssel auf Basis der Beschwerde nicht mehr aufgreifen) und von der Rechtsmittelwerberin in der Beschwerdeverhandlung im Wesentlichen argumentativ wiederholt - 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 Verwaltungsgerichtsstrafverfahren; vgl § 42 VwGVG) gibt.

5. Vor diesem Hintergrund unterliegen die durch die Beschwerdevorentscheidung durch Abänderung des angefochtenen Spruchpunktes 2. erfolgten teilweisen Stattgaben - bezüglich der Ermittlung der Zählpunktzahl des Jahres XXXX im Rahmen des Betriebskostenfaktors sowie der Aufrollung vorgelagerter Netzkosten zwischen den Jahren XXXX und XXXX - weiterhin der nachprüfenden Kontrolle des BVwG. Da die Behörde selbst zugibt, hinsichtlich der beiden besagten Punkte einen "Berichtigungsbedarf" gehabt zu haben und das diesbezügliche Vorbringen der beschwerdeführenden Partei richtig sei, dies auch von den anderen Parteien nicht in Zweifel gezogen wird und hiergerichtlich keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, warum diese teilweisen Stattgaben nicht rechtskonform sind, sind diese zu bestätigen, - was in Bindung an die rechtliche Beurteilung des BVwG bei vorliegender Zurückweisung zu beachten sein wird.

6. Soweit die Rechtsmittelwerberin ursprünglich monierte, die belangte Behörde sei vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH zur Datenschutzkommission vom 16.10.2012, Rs C-614/10, zu Erlassung (auch) des angefochtenen Bescheides wegen des gesetzlich normierten Informationsrechts des "Wirtschaftsministers" unzuständig gewesen, wurde diese Frage zwischenzeitig durch den VwGH mit Erkenntnis vom 23.11.2016, Ro 2016/04/0013, verneint, weshalb die Beschwerdeführerin diese Rüge nicht aufrechterhält (vgl Seite 5 des Niederschrift der hg Verhandlung).

7. Ferner zog die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeverhandlung (vgl hg Niederschrift aaO) ihr Vorbringen zur mangelnden Parteistellung der WKÖ und BAK im vorliegenden Beschwerdeverfahren zurück, und ist auch hiergerichtlich auf dem Boden des § 48 Abs 2 letzter Satz EIWO 2010 (Beschwerderecht) nicht ersichtlich, wieso den genannten gesetzlichen Interessensvertretungen im Rahmen der §§ 59 bis 61 EIWO 2010 (in einheitlicher Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts) keine Parteistellung zukommen sollte, zumal vorliegend gerade die Auslegung des § 60 EIWO strittig ist.

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

3.1. Rechtsnormen:

8. Die hier besonders maßgeblichen Bestimmungen des EIWO 2010, BGBI 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]

9. 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 Netzbetreiber 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. Andernfalls würde wie bereits zuvor beschrieben ein Finanzierungsvorteil, welcher direkt Netzanlagen zuordenbar ist, nicht den Netzbewutzern 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:

10. Vorauszuschicken ist, soweit die Parteien an verschiedene Stellen auf andere Verfahren verweisen, so insbesondere auf einen "Gas-Kostenbescheid" zur Beschwerdeführerin (XXXX), aber auch zu Verfahren andere Unternehmen, kann dies nicht zielführend und insbesondere nicht Sache dieses Beschwerdeverfahrens sein, ist vorliegend aufgrund des Vorlageantrages ausschließlich die Beschwerdevorentscheidung am Maßstab der erhobenen Beschwerde zu prüfen.

a) Inhaltliche Rechtswidrigkeit -§ 60 EIWOG 2010:

11. 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 Netzbewutzern bei dessen Berücksichtigung "angemessen" ist, wobei die Beschwerdeführerin auch die aus ihrer Sicht vorhandene Unbestimmtheit der gesetzlichen Begriffe rügt.

12. 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, dass beide Bestimmungen dasselbe Ziel verfolgen, 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 von der Beschwerdeführerin (nur auszugsweise) zitierten Materialien zu § 60 Abs 1 legt erhell, 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?

13. Dies führt zur Frage, welche Zinssätze in welchem Zeitraum bei der Prüfung des § 60 Abs 1 letzter Satz ElWOG 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.

Die Beschwerdevorentscheidung führt hinsichtlich der zwangsläufig mit der Zeit erfolgenden Zinssatzveränderung aus, es gibt aus ihrer Sicht zwei gleichwertige Methoden:

i) Entweder sei aufgrund der zwischenzeitig eingetretenen Zinssatzveränderungen nach unten der WACC für die aktuelle Regulierungsperiode deutlich überhöht angesetzt worden und verstöße dieser (nunmehr) gegen das Gebot des § 60 Abs 1 ElWOG, 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 verzinsten XXXX-Darlehen (iS einer erlaubten Durchschnittsbetrachtung bzw. Vergrößerung) keinen Finanzierungsvorteil mehr darstelle.

ii) Oder der einmal für die gesamte Regulierungsperiode fixierte (hohe) WACC werde auch angesichts der tatsächlichen Zinsentwicklung nach wie vor als gültig erachtet; diesfalls müsse in einem - nach dem ElWOG 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.

In Hinblick auf den Grundsatz der Stabilität und Vorhersehbarkeit eines Regulierungsmodells sind nach Ansicht der Behörde in der Beschwerdevorentscheidung Eingriffe in einzelne Systemparameter während der laufenden Periode möglichst zu vermeiden, weshalb sich die Behörde auch für die zweite Vorgangsweise entschieden habe.

Die Rechtsmittelwerberin tritt (nachvollziehbarer Weise) dieser Ansicht der belangten Behörde und damit gewählten Methode bei, wenn sie im Vorlageantrag ausführt, dass der einmal für die Gesamtperiode fixierte WACC unabhängig von der tatsächlichen Zinsentwicklung nach wie vor gültig und die diesbezügliche Auffassung der Behörde richtig ist.

Auch für das Gericht sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die ein Abgehen von dieser Methode notwendig machten.

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?

14. Im nächsten Schritt ist herauszuarbeiten, welche Kriterien (in Summe) für die zu lösende Frage maßgeblich sind: Die Beschwerdevorentscheidung bewertet das vorliegende XXXX-Darlehen (zusammengefasst) schon deshalb als eine "geförderte Finanzierung", weil dieses mit einem fixen Zinssatz von XXXX % deutlich unter dem im Rahmen des WACC angesetzten Fremdkapitalzinssatzes von 4,72 % liegt, als auch hinsichtlich der Eigenschaften der XXXX als Darlehensgeber. Die Beschwerdevorentscheidung stützt sich somit explizit auf beide Gründe separat (vergleiche Seite 7 unten der Beschwerdevorentscheidung); offensichtlich führt aus Behördensicht jeder der beiden genannten Gründe schon für sich alleine zur Klassifikation eines gesonderten Finanzierungsvorteils.

Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, dass nicht schon alleine aus der Eigenschaft der XXXX als Darlehensgeber eine "geförderte Finanzierung" vorliegen könne, zumal sich jene selbst über Anleihen auf dem Kapitalmarkt finanziere, andererseits schon das bloße Unterschreiten des Fremdkapitalzinssatzes nicht zwangsläufig bereits zu einem gesonderten Finanzierungsvorteil führe.

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 ersten der beiden beschriebenen Berechnungsmethoden):

a.3) Zur XXXX :

15. 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 - abhänge.

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:

15.1. Die XXXX 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).

15.2. 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 ihrer "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.

15.3. 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.

15.4. 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 mit der Bundesarbeitskammer 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.)

Dies wird im Übrigen auch von der Rechtsmittelwerberin durch Vorlage eines Schreibens der originären Darlehensnehmerin (Beilage ./A der Beschwerde) bestätigt, in dem diese anführt, die besondere Wirtschaftlichkeit von XXXX-Mitteln resultiere allein aus der Eigentümerstruktur und der hieraus resultierenden Bonität dieser Bank. Die aufgrund der Bonität der XXXX gegebenen Finanzierungsvorteile würden wirtschaftlich attraktive Konditionen im Kreditgeschäft erlauben.

15.5. 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.

15.6. (Ergänzend ist zu erwägen, wenn die Beschwerdeführerin zunächst vorbringt, sie habe (bzw die originäre Darlehensnehmerin) zur Erlangung des Darlehens der XXXX ein aufwändiges Verfahren durchlaufen müssen, hierin die anderen Parteien zum Teil die Bestätigung für den "gesonderten Finanzierungsvorteil" sehen, weil ohne einen solchen es nicht nachvollziehbar sei, sich diesem aufwendigen Verfahren zu unterziehen; die Rechtsmittelwerberin in der mündlichen Beschwerdeverhandlung den Aufwand sodann als geringer darzustellen sucht, sie habe ohnedies bereits ein gleiches Verfahren für ein Darlehen im Gasbereich durchlaufen, weshalb der Aufwand gering gewesen sei, dann ist anzumerken, dass es zur Beurteilung der vorliegenden Rechtsfrage nicht auf den Aufwand oder Nichtaufwand für die Darlehenserlangung ankommt, sondern auf die abgeschlossenen Vertragsinhalte.)

16. 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 ./F der Beschwerde vorgelegte Gutachten von XXXX aus XXXX mit dem Titel " XXXX [die Beschwerdeführerin]" wie folgt auszuführen:

16.1. Die Beschwerdeführerin moniert in Bezug auf dieses Gutachten zur Verortung eines XXXX-Darlehens als "geförderte Finanzierung" insbesondere: Aus dem vorgelegten Gutachten ergebe sich, dass die Regulierungsbehörden der anderen EU-Mitgliedstaaten die den Netzbetreibern gewährten XXXX-Kredite bei der Bestimmung der regulatorischen Finanzierungskosten nicht kostenmindernd in Ansatz bringen würden.

Zudem habe sich die belangte Behörde mit diesem Gutachten nicht im Detail auseinandergesetzt. Denn sie hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, das Gutachten, weil es sich auf Art 107 AEUV beziehe, als irrelevant abzutun. Hätte sich die Behörde mit dem Gutachten inhaltlichen im Detail auseinandergesetzt, wäre sie dem Schluss gekommen, dass keine "geförderte Finanzierung" vorliege.

16.2. 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

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