

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/9/10 W179 2141847-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.09.2019

## Entscheidungsdatum

10.09.2019

## Norm

AVG §37

AVG §39 Abs2

AVG §7 Abs1 Z3

B-VG Art. 133 Abs4

EIWOG §48 Abs1

EIWOG §51 Abs2

EIWOG §59

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W179 2141847-1/10E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. iur. Eduard Hartwig PAULUS als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Beurle/Oberndorfer/Mitterlehner Rechtsanwälte in 4020 Linz, Landstraße 9, gegen den Bescheid des Vorstands der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) vom XXXX , GZ XXXX , betreffend die Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben und des Mengengerüsts der XXXX , (Legalparteien: 1. Wirtschaftskammer Österreich, 1045 Wien, Wiedner Hauptstraße 63, 2. Bundesarbeiterkammer, 1040 Wien, Prinz-Eugenstraße 20-22), nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am XXXX , zu Recht erkannt:

SPRUCH

A) Beschwerde

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B) Revision

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

**Text**

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

### I. Verfahrensgang:

1. Vorauszuschicken ist, der angefochtene Bescheid schreibt den Kostenpfad der zur Beschwerdeführerin für die Jahre XXXX ergangenen und hiergerichtlich ebenso (unter den Zahlen W157 2006176-1, W157 2016278-1 und W179 2118090-1) anhängigen Kostenbescheide fort (Bescheide vom XXXX , GZ XXXX ; vom XXXX , GZ XXXX ; vom XXXX , GZ XXXX ). Dementsprechend erklärte die Rechtsmittelwerberin, dass die zum hier angefochtenen Kostenfolgebescheid XXXX erhobene Beschwerde die "gleichen Beschwerdepunkte und -gründe" wie in den von ihr erhobenen Rechtsmitteln zu den beiden besagten Vorjahresbescheiden zum Gegenstand habe, ebenso wiederholte die belangte Behörde in diesem Verfahren ihr Vorbringen aus den drei hiergerichtlichen "Vorjahresbeschwerdeverfahren".

2. Mit dem hier angefochtenen Bescheid (im Folgenden: Kostenbescheid XXXX ), sprach die belangte Behörde auszugsweise aus wie folgt:

"1. Der Kostenanpassungsfaktor wird mit XXXX % festgestellt.

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

Bild kann nicht dargestellt werden

[...]

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

3. Die beschwerdeführende Partei erhob gegen den vorliegenden Bescheid Rechtsmittel und ficht diesen ausschließlich in den dargestellten Spruchpunkten 1., 2. und 7. wegen inhaltlicher und formalrechtlicher Rechtswidrigkeit an.

3.1. Dies mit dem Begehren, das Bundesverwaltungsgericht möge "

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

"

3.2. Begründend führt die Beschwerde zusammengefasst aus wie folgt:

Die Finanzierungskosten seien rechtswidrig festgesetzt worden.

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

Ein weiteres Spezifikum bei der Berechnung der Finanzierungskosten sei die Berücksichtigung der Finanzierungstangente der Pensionsrückstellung, die bei der beschwerdeführenden Partei im Personalaufwand berücksichtigt werde. Diese Finanzierungstangente der Pensionsrückstellung werde wie Zinsaufwand für Finanzverbindlichkeiten behandelt und von den zugestandenen Finanzierungskosten abgezogen, um eine Doppelberücksichtigung zu vermeiden. Durch die außergewöhnliche Höhe der Pensionsrückstellung bei der beschwerdeführenden Partei übersteige die Finanzierungstangente ihren gesamten Verzinsungsanspruch, was zu negativen Finanzierungskosten führe. Wirtschaftlich bedeute das, dass für Fremdkapital der beschwerdeführenden Partei mehr Zinsen tatsächlich anfielen, als dem Gesamtkapital überhaupt zugestanden würden. Der

Verzinsungsanspruch für Eigenkapital sei demnach negativ und führe zu einem systematischen Substanzverzehr des Eigenkapitals. Dieser Umstand werde durch den bei der beschwerdeführenden Partei im Bescheid angewandten, gegenüber dem WACC geringeren Finanzierungskostensatz noch verstärkt. Bei der Ermittlung der Finanzierungskosten hätte die belangte Behörde berücksichtigen müssen, dass die Pensions- und Sozialkapitalrückstellungen einen wesentlichen Einfluss auf die Finanzierungskosten der beschwerdeführenden Partei hätten und diese Kosten nicht beeinflusst werden könnten. Die Kapitalstruktur und die gesamte Finanzierungskostenbetrachtung falle unter § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010; bei konsequenter Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben würde dies dazu führen, dass der Eigenkapitalanteil der beschwerdeführenden Partei bei über XXXX % liegen würde und der WACC iHv XXXX % anzuwenden wäre. Wenn die belangte Behörde meine, die gesetzliche Grundlage zur Ermittlung der Finanzierungskosten (§ 60 EIWOG 2010) stelle nicht auf die Einordnung als beeinflussbar oder nicht beeinflussbar ab, sondern die genannte Unterscheidung gemäß § 59 Abs. 6 EIWOG 2010 sei ausschließlich für die Anwendung von Zielvorgaben auf die Kostenbasis relevant, so irre sie. Es sei rechtswidrig, dass die belangte Behörde die Finanzierungskosten entgegen § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 iVm Strom-NBK-VO bei der Ermittlung als beeinflussbar behandle.

Der beschwerdeführenden Partei seien gemäß XXXX Bedienstete der XXXX zur Dienstleistung zugewiesen worden, welche auch heute noch in dienst-, besoldungs- und pensionsrechtlicher Hinsicht dieselbe Stellung hätten, die sie früher als Bedienstete der XXXX innegehabt hätten. Dies betreffe neben den aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis resultierenden finanziellen und pensionsrechtlichen Ansprüchen auch einen weitgehenden Kündigungsschutz. Der gesamte mit der Zuweisung der Mitarbeiter verbundene anfallende Aufwand sei durch die beschwerdeführende Partei zu tragen; die Kosten seien weder hinsichtlich der aktiven zugewiesenen Mitarbeiter noch hinsichtlich der für zugewiesene Mitarbeiter anfallenden Pensionszahlungen von der beschwerdeführenden Partei steuerbar. Sie sei aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen dazu verpflichtet, die aus dem XXXX resultierenden Kosten - insbesondere Pensionsansprüche der zugewiesenen Mitarbeiter - in unveränderter Höhe zu tragen. Es sei der beschwerdeführenden Partei verwehrt, die Pensionsrückstellungen einseitig aufzulösen, eine Einsparungsmöglichkeit oder ein Produktivitätsfortschritt sei bei diesen Aufwendungen nicht möglich. Aufgrund des XXXX lägen somit nicht beeinflussbare Kosten iSd § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 bei der beschwerdeführenden Partei vor.

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

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

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

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

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

Der angefochtene Bescheid greife auch in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte ein.

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

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

5. Das Bundesverwaltungsgericht führt eine gemeinsame Beschwerdeverhandlung zu den Zahlen W179 2118090-1 (Kostenbescheid XXXX ) und W179 2141847-1 (Kostenbescheid XXXX ) in Anwesenheit aller Parteien ab, wobei den dazu fristgerecht ergangenen Ladungen die Stellungnahme der belangten Behörde vom XXXX als auch eine der Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) vom XXXX beigeschlossen wurden. Vor Durchführung der Beschwerdeverhandlung repliziert die Rechtsmittelwerberin insoweit, als sie ihre im Verfahren W157 2006176-1 erstattete Äußerung vom XXXX und ergänzende Äußerung vom

XXXX auch in diesem Verfahren vorlegt, um in allen gleichlautenden Beschwerdeverfahren ein einheitliches Vorbringen zu erstatten. Das Bundesverwaltungsgericht stellt den anderen Parteien vor der Verhandlung die beiden zitierten Äußerungen vorab zu.

Am Ende der Verhandlung erklären alle Parteien, dass keine Beweisanträge mehr offen sind, und verzichten auf eine zweite Tagsatzung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der für die Entscheidung rechtserhebliche Sachverhalt ergibt sich zunächst aus den Punkten I.1. und I.2. des Verfahrensganges.

1.2. Weiters wird Nachstehendes festgestellt:

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

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

1.2.1. Im Rahmen der Kostenermittlung hat die belangte Behörde die Kapitalstruktur der beschwerdeführenden Partei überprüft und - ausgehend von den Vorgaben der Regulierungssystematik für die dritte Regulierungsperiode der Stromverteiler-netzbetreiber 1. Jänner 2014 bis 31. Dezember 2018 (Regulierungssystematik) - im hier fortgeschriebenen ersten Bescheid der Regulierungsperiode ( XXXX ; "Erstkostenbescheid") schließlich den Anteil des verzinslichen Fremdkapitals (Pensions- und Abfertigungsrückstellungen) mit XXXX % sowie den Anteil des Eigenkapitals mit XXXX % festgesetzt, wodurch sie schlussendlich für vorliegendes Verfahren - ua unter Korrektur der Baukostenzuschüsse und Annahme eines Fremdkapitalanteils von XXXX % - einen abweichenden WACC iHv XXXX % (Kostenbescheid XXXX ) anstelle des Norm-WACC iHv XXXX % ermittelt hat.

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

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

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

1.3. Die beiden aktuellen Mitglieder des Vorstandes der E-Control GmbH wurden vom "Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft" [in Entsprechung des Bundesministeriengesetzes 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 (immer wieder) 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 karenziert, sowie dieser früher für ein näher bestimmtes Energieunternehmen beruflich tätig gewesen sein soll.

## 2. Beweiswürdigung:

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

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

Im fortgeschriebenen Erstkostenbescheid (vgl. dort S. 55f) ist ausgeführt, dass die belangte Behörde den Zinsaufwand bei jedem Unternehmen, das diesen so wie die beschwerdeführende Partei im Personalaufwand bucht, bereinigt; dies wurde auch in der mündlichen Beschwerdeverhandlung zum Erstkostenbescheid von der belangten Behörde noch einmal vorgebracht (vgl. S. 11 der Verhandlungsniederschrift zum Erstkostenbescheid.). Es ist unstrittig, dass die buchhalterische Vorgehensweise der belangten Behörde zu dem in den Feststellungen festgehaltenen Ergebnis, nämlich, dass die sich aus der Personalzuweisung durch das XXXX ergebenden Effekte nicht als kostentreibend für die beschwerdeführende Partei sind, führt (zur Frage, ob die buchhalterische Vorgehensweise richtig ist, vgl. die rechtliche Beurteilung unten).

2.3. 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 Beststellungsdatum ist zudem auf der "Homepage" der E-Control GmbH veröffentlicht.

## 3. Rechtlich folgt daraus:

3.1. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und ist zulässig.

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

"5. Teil

Systemnutzungsentgelt

### 1. Hauptstück

Verfahren zur Festsetzung der Systemnutzungsentgelte

Feststellung der Kostenbasis

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

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

[...]

### 3. Hauptstück

Grundsätze der Kosten- und Mengenermittlung

Kostenermittlung

§ 59. (1) Die den Entgelten zugrunde liegenden Kosten haben dem Grundsatz der Kostenwahrheit zu entsprechen und

sind differenziert nach Netzebenen zu ermitteln. Dem Grunde und der Höhe nach angemessene Kosten sind zu berücksichtigen. Der Netzsicherheit, der Versorgungssicherheit unter Berücksichtigung von Qualitätskriterien, der Marktintegration sowie der Energieeffizienz ist Rechnung zu tragen. Die Bestimmung der Kosten unter Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung, die von einem rationell geführten, vergleichbaren Unternehmen ausgeht, ist zulässig. Investitionen sind in angemessener Weise ausgehend von den ursprünglichen Anschaffungskosten sowie den Finanzierungskosten zu berücksichtigen. Außerordentliche Aufwendungen oder Erträge können über einen mehrjährigen Zeitraum anteilig verteilt werden. Die bei einer effizienten Implementierung neuer Technologien entstehenden Kosten sind in den Entgelten unter Berücksichtigung der beschriebenen Grundsätze und der Nutzung von Synergieeffekten angemessen zu berücksichtigen. Internationale Transaktionen und Verträge für den Transport von Energie gemäß § 113 Abs. 1 sind bei der Kostenermittlung zu berücksichtigen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Finanzierungskosten

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

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

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

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

3.3. Die Strom NBK-VO lautet auszugsweise:

"Regelungsgegenstand

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

#### Kostenarten

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

1. Personalkosten und

2. Finanzierungskosten.

[...]"

XXXX XXXX 3.5. Zu Spruchpunkt A) Beschwerde:

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

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

3.5.1.1. Die beschwerdeführende Partei bringt vor, die belangte Behörde habe die Kapitalstruktur in rechtswidriger Weise ermittelt, indem sie die Kosten für Pensions- und Sozialkapitalrückstellungen als Fremdkapital qualifiziert und damit im hier fortgeschriebenen Erstkostenbescheid (zunächst) einen Fremdkapitalanteil von XXXX % errechnet habe, welches sie sodann im angefochtenen Bescheid mit XXXX % (vgl. Beilage ./3 des angefochtenen Bescheides) festgelegt habe. Nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei wären die fraglichen Kosten als unbeeinflussbare Kosten gemäß



§ 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010 zu behandeln gewesen und hätten daher bei der Ermittlung der Kapitalstruktur nicht als Fremdkapital von der Kapitalbasis abgezogen werden dürfen. In Folge wäre aufgrund des höheren Eigenkapitalanteils der reguläre WACC iHv XXXX % anstatt eines individuellen niedrigeren Kalkulationszinsfußes anzuwenden gewesen.

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

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

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

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

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

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

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

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

3.5.1.3. Wenn die beschwerdeführende Partei weiters zum methodischen Ansatz der Normkapitalstruktur der

belangten Behörde vorbringt, dass der Ersatz der Normkapitalstruktur durch die unternehmensindividuelle Kapitalstruktur nicht vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt und daher rechtswidrig sei, weshalb ebenfalls in Folge bei der beschwerdeführenden Partei der Norm-WACC iHv XXXX % anzuwenden sei, so ist dazu Folgendes festzuhalten:

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

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

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

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

### 3.5.2. Zur behaupteten Unerreichbarkeit der Zielkapitalstruktur:

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

In diesem Zusammenhang ist auf den Zweck der Normkapitalstruktur als Zielkapitalstruktur hinzuweisen: Es sollen dadurch einerseits ein besonders hoher Einsatz von Eigenkapital und andererseits eine besonders hohe Verschuldung vermieden werden (vgl. dazu auch ErIRV 994 BlgNR XXIV. GP, 24). Die Zielkapitalstruktur darf nicht verwechselt werden mit der als Zielwert formulierten Effizienzvorgabe.

Hinsichtlich ihrer Argumentation ist der beschwerdeführenden Partei (zunächst) teilweise Recht zu geben: Durch das Vorgehen der belangten Behörde wird die Funktion der Normkapitalstruktur ( XXXX % Eigenkapitalanteil, XXXX % Fremdkapitalanteil) als Zielkapitalstruktur abgeschwächt, wenn es sich um ein, wie im vorliegenden Fall vorgebracht, "de facto unerreichbares Ziel" handelt. Dies gesteht auch die belangte Behörde ausdrücklich zu. Aus Sicht des

Bundesverwaltungsgerichts wird dadurch das Vorgehen der belangten Behörde durch die Festsetzung der Normkapitalstruktur allerdings nicht rechtswidrig, weil bei genauerer Prüfung durchaus von einem gewissen Gestaltungsspielraum des Unternehmens im Zusammenhang mit den Rückstellungen auszugehen ist: Als Beispiele können die von der belangten Behörde in ihrer Äußerung vom XXXX erwähnten Möglichkeiten der Abfindung von Pensionsanwärtern durch Einmalzahlungen oder der Auslagerung der Pensionsverpflichtungen in eine Pensionskasse genannt werden. Die beschwerdeführende Partei würde damit jedenfalls eine günstigere Kapitalstruktur erreichen. Damit besteht zweifelsohne ein Anreiz für das Unternehmen, sich in Richtung der Vorgaben der belangten Behörde zu entwickeln.

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

Aus den genannten Gründen war die Beschwerde abzuweisen, soweit sie die Festlegung der Normkapitalstruktur (Zielkapitalstruktur) durch die belangte Behörde beanstandet.

Die belangte Behörde wies in der hiergerichtlichen Beschwerdeverhandlung anlässlich der genannten Auslagerung der Pensionsrückstellungen mit Ende des Jahres XXXX - dies erfolgte somit in zeitlicher Hinsicht nach Erlassung des angefochtenen Bescheides - auf die diesbezüglichen Auswirkungen auf den jeweiligen Finanzierungszinssatz hin, und erläuterte anhand der Beilage ./ 2 zum Verhandlungsprotokoll, dass deswegen im Kostenbescheid XXXX , GZ XXXX , also im Folgekostenbescheid zum hier angefochtenen Bescheid, nun der "standardisierte WACC" mit XXXX % zur Anwendung gelangt sei und zudem von der Behörde immer der letztgültige Zinssatz bei den Ist-Kosten im Wege einer Aufrollung berücksichtigt werde, was auch bereits für das Jahr XXXX [gemeint: für den Kostenbescheid aus XXXX und somit für das Jahr XXXX ] erfolgt sei. (Vgl Seite 8 des Verhandlungsprotokolls zum Erstkostenbescheid.) Da die belangte Behörde vor diesem Hintergrund anlässlich besagter Auslagerung in diesem Punkte keinen weiteren Änderungsbedarf des angefochtenen Bescheides sieht und die anderen Verfahrensparteien dazu gleichermaßen keinen weiteren Anpassungsbedarf äußern, sowie ein solcher ebensowenig "amtswegig" erkennbar ist, ist ein solcher auch nicht geboten. Inwieweit durch die Aufrollung das Begehren zum Zinssatz zwischenzeitig gegenständlich wurde, kann letztlich, auch wegen der Kritik an der diesbezüglichen dargestellten behördlichen Methode und den dazu getroffenen Erwägungen dahinstehen.

### 3.5.3. Zum Effizienzvergleich (Benchmarking):

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

Das Bundesverwaltungsgericht hält zum Beschwerdevorbringen fest wie folgt:

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 18.11.2014, ZI.2012/05/0092, ausgesprochen: "Der Behörde ist somit ein weiter Ermessensspielraum in Bezug auf die Festsetzung der Kosten eingeräumt (K. Oberndorfer, Das neue Systemnutzungsentgelte-Regime nach dem EIWOG 2010, ZTR 2011, 4), weshalb die von der Behörde getroffene

Ermessensentscheidung in einer Weise zu begründen ist, die es dem Verwaltungsgerichtshof ermöglicht zu prüfen, ob die Behörde das Ermessen im Sinne des Gesetzes ausgeübt hat."

Wenn nun die Beschwerde vorbringt, dass die Personalaufwendungen als nicht beeinflussbare Kosten iSd§ 59 Abs. 6 Z 6 ElWOG 2010 nicht in den Effizienzvergleich einbezogen werden dürften, so übersieht die beschwerdeführende Partei in diesem Zusammenhang die Vorgaben der Regulierungssystematik, also jenes in einem transparenten Konsultationsprozess von der belangten Behörde gemeinsam mit den betroffenen Unternehmen erstellten Grundsatzdokuments, welches die belangte Behörde allen betroffenen Unternehmen gegenüber als Richtschnur für ihre Ermessensausübung heranzieht und welches Teil der Bescheidbegründung ist.

Das Benchmarkingverfahren ist in der Regulierungssystematik auf S. 22ff beschrieben: Vereinfacht gesagt wird das Kosten- und Leistungsgerüst (Input und Output) eines Netzbetreibers mit dem der anderen vom Benchmarking betroffenen Netzbetreiber ins Verhältnis gesetzt. Auf S. 32f der Regulierungssystematik ist betreffend die Bereinigung der Kostenbasis ausdrücklich festgehalten: "Um die Vergleichbarkeit der Kostenbasis zwischen den Unternehmen zu gewährleisten, sind gegebenenfalls Anpassungen der Benchmarkingkostenbasis notwendig. [...] Wesentlich ist hierbei, dass die Bereinigungen ausschließlich darauf abzielen, unsachliche Verzerrungen der Ermittlungsergebnisse zu vermeiden. Es geht also um Elemente der Kostenbasis, die die Ermittlung der relativen Effizienz verzerren und damit eine Ungleichbehandlung bewirken würden. Ob es sich bei den fraglichen Kosten um beeinflussbare oder unbeeinflussbare handelt ist für die Effizienzermittlung irrelevant; entscheidend für die Zwecke des Benchmarking ist allein, dass nach den oben genannten Grundsätzen sachlich vergleichbare Inputdaten vorliegen."

Bereits in der Regulierungssystematik hat die belangte Behörde also nachvollziehbar begründet, warum sie sich für eine bestimmte Vorgehensweise entschieden hat, mit der sie ihr Ermessen ausübt und auf welche Art und Weise sie es ausübt.

3.5.3.2. In diesem Zusammenhang sind die Materialien zu§ 59 Abs. 6 ElWOG 2010 zu erwähnen (vgl. ErlRV BlgNR XXIV. GP, 23):

"Da nicht sämtliche Kostenkomponenten durch die Netzbetreiber selbst beeinflussbar sind, werden für nicht beeinflussbare Kosten bei der Ermittlung von Zielvorgaben nicht berücksichtigt und in der tatsächlichen Höhe in die Kostenermittlung aufgenommen. Z 3 erfasst ausschließlich jene Kosten, die zur Deckung angemessener Netzverluste dienen. Sollten Netzbetreiber überdurchschnittliche Netzverlustmengen - in Relation zu Durchschnittsbetrachtungen bzw. Entwicklungen, welche gegenläufig zu allgemeinen Trends wirken - verzeichnen sind Angemessenheitsprüfungen durch die Regulierungsbehörde durchzuführen. Z 6 umfasst keine Kosten im Sinne des § 59 Abs. 2."

Der - grammatikalisch fehlerhafte - erste Satz dieser Erläuterungen spricht für den Standpunkt der beschwerdeführenden Partei, die die nicht beeinflussbaren Kosten bereits bei der Ermittlung der Zielvorgaben ausgeschieden haben will. In den Schriftsätzen der Rechtsmittelwerberin wird in diesem Zusammenhang festgehalten, dass Zielvorgaben eben im Rahmen des Benchmarkings ermittelt würden und die zitierten Erläuterungen bestätigten, dass nicht beeinflussbare Kosten beim Benchmarking nicht zu berücksichtigen seien.

Nach Meinung der belangten Behörde ist hingegen anzunehmen, dass der im ersten Satz der Erläuterungen vorhandene Verweis auf die Aufnahme in die Kostenermittlung in tatsächlicher Höhe eher dafür spricht, dass hier eigentlich die Anwendung und nicht die Ermittlung der Zielvorgaben gemeint war, da die Materialien andernfalls vom Wortlaut der Bestimmung, die sie erläutern, abweichen würden (vgl. S. 16 der Äußerung der belangten Behörde vom XXXX ).

Das Bundesverwaltungsgericht hält dazu Folgendes fest:

Ziel der Auslegung im Rahmen der juristischen Methodenlehre ist es, den objektiven Willen einer Vorschrift zu erfassen. Diesem Ziel dienen die grammatikalische, die systematische, die teleologische und die historische Auslegung. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind alle diese Auslegungsmethoden erlaubt; sie schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen einander (vgl. VwGH 07.09.1989, ZI. 89/16/0067).

Grundsätzlich gilt, dass im Rahmen der juristischen Methodenlehre der sprachlich bzw. grammatikalisch ermittelte Wortsinn einer Bestimmung die Grenzen der Auslegung absteckt. Mit anderen Worten:

Was jenseits des sprachlich möglichen Wortsinnes liegt, was also durch ihn eindeutig ausgeschlossen wird, kann nicht

mehr im Wege der Auslegung ermittelt werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat festgehalten: "[...] Dies schließt zwar eine Auslegung des Gesetzes nach Inhalt, Sinn und Tragweite eines bestehenden Rechtssatzes nicht aus, doch muss die Auslegung jedenfalls ihre äußerste Grenze stets im möglichen Wortsinn der auszulegenden Norm haben; sie muss immer noch im Wortlaut des Gesetzes eine Stütze finden." (vgl. VwSlg 12741 A/1988 RS 1 oder VwGH 21.04.1997, ZI. 96/17/0488)

Auch eine - wie im vorliegenden Fall relevante - historische Interpretation anhand der Materialien aus dem Entstehungsprozess eines Gesetzes findet im Wortlaut der Regelung und dessen möglichem Inhalt ihre Grenze (vgl. zB. VwGH 17.12.2015, ZI. 2013/05/0101).

§ 59 Abs. 6 Satz 1 EIWOG 2010 lautet (Unterstreichung nicht im Original): "Zielvorgaben gemäß Abs. 2 sowie die netzbetreiberspezifische Teuerungsrate gemäß Abs. 5 wirken ausschließlich auf die vom Unternehmen beeinflussbaren Kosten.". Der Wortlaut lässt also keinen Zweifel daran zu, dass die im Rahmen des Benchmarkings ermittelten (und hier fortgeschriebenen) Zielvorgaben ausschließlich auf die vom Unternehmen beeinflussbaren Kosten (und daher nicht auf die in § 59 Abs. 6 Z 1 - 6 EIWOG 2010 als nicht beeinflussbar definierten Kosten) wirken, dass also die Zielvorgaben nur auf die beeinflussbaren Kosten angewendet werden in dem Sinn, dass nur diese Kosten dem Regulierungspfad unterliegen. Jedoch lässt sich aus § 59 Abs. 6 EIWOG 2010 nicht herauslesen, dass nicht beeinflussbare Kosten bereits bei der Ermittlung der Zielvorgaben ausgeschieden werden müssen, sondern würde eine derartige Auslegung anhand der Gesetzesmaterialien dem Wortlaut der Bestimmung widersprechen.

Eine dem Wortsinn entsprechende Interpretation von § 59 Abs. 6 EIWOG 2010 ergibt daher, dass die in den Z 1 - 6 dieser Bestimmung erwähnten nicht beeinflussbaren Kosten keiner besonderen Behandlung im Rahmen der Ermittlung der Benchmarking-Kostenbasis bedürfen.

Abschließend sei noch erwähnt, dass der letzte, sehr knapp formulierte Satz der zitierten Materialien ("Z 6 umfasst keine Kosten im Sinne des § 59 Abs. 2"), den weder die Beschwerde noch ein Schriftsatz der belangten Behörde erwähnen, keinen näheren Aufschluss darüber gibt, ob nicht beeinflussbare Kosten bei der Ermittlung der Zielvorgaben gemäß § 59 Abs. 2 EIWOG 2010 auszuschneiden sind oder nicht. Es ist nämlich in Abs. 2 noch nicht von Kosten die Rede, die von den Kosten der Z 6 - also jenen, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Zuge von bestimmten Ausgliederungen bestanden haben - "umfasst" werden könnten, geht es doch in Abs. 2 gerade erst um die Ermittlung der Kosten. Selbst wenn man diesen Satz jedoch anders lesen möchte, ändert das nichts am dargestellten Interpretationsergebnis, da auch hier gilt, dass die historische Interpretation anhand der Materialien ihre Grenze im Gesetzeswortlaut findet.

Im Ergebnis steht für das Bundesverwaltungsgericht aus den dargelegten Gründen vor dem Hintergrund des § 59 Abs. 2 EIWOG 2010 in Zusammenschau mit dem angefochtenen Bescheid und insbesondere der einen Teil der Bescheidbegründung darstellenden Regulierungssystematik daher fest, dass die belangte Behörde das Ermessen betreffend die Berücksichtigung individueller Zielvorgaben im Sinne des § 59 Abs. 2 EIWOG 2010 geübt hat. Es ist der beschwerdeführenden Partei weder durch ihre Argumentation in ihrer Beschwerde noch durch ihr Vorbringen in der mündlichen Beschwerdeverhandlung am XXXX gelungen, ein willkürliches bzw. den Ermessensspielraum überschreitendes Verhalten der belangten Behörde aufzuzeigen.

#### 3.5.3.3. Zum (mangelnden) Einsparungspotential:

Es ist in diesem Zusammenhang noch auf das Argument der beschwerdeführenden Partei einzugehen, dass ein Netzbetreiber bei nicht beeinflussbaren Kosten kein Einsparungspotential habe, weshalb schon aufgrund von § 59 Abs. 2 Satz 1 EIWOG 2010 derartige Kosten bei der Effizienzermittlung ausgeschieden werden müssten; ein sachlicher Vergleich mit den anderen Netzbetreibern sei aufgrund der hohen Personalaufwendungen der beschwerdeführenden Partei nicht möglich.

Auch wenn vor dem Hintergrund der Vorgaben des § 59 Abs. 2 EIWOG 2010 wie ausgeführt kein Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vorgehens der belangten Behörde bei der Ermittlung der Benchmarking-Kostenbasis besteht, ist dennoch ergänzend Folgendes festzuhalten: Aus den Erläuterungen in der Regulierungssystematik, S. 22ff, geht hervor, dass für eine Effizienzeinschätzung der betroffenen Unternehmen eine umfassende Kostenbasis zugrunde zu legen ist. Ausdrücklich festgehalten ist, dass "bei der Analyse nur die relative Effizienz der umfassten Unternehmen zueinander ermittelt wird". Die belangte Behörde hält richtig fest, dass, würde man nun

---

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

© 2024 JUSLINE

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

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