

B E S C H W E R D E V O R E N T S C H E I D U N G

Über die Beschwerde der Bundesarbeitskammer und die Beschwerde der Wirtschaftskammer Österreich gegen den Bescheid der E-Control vom 18. Oktober 2019, GZ V KOS G *****/19, ergeht gemäß § 7 Abs. 1 Energie-Control-Gesetz (E-ControlG), BGBl. I Nr. 110/2010, idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 108/2017, iVm § 69 Abs. 1 Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011), BGBl. I Nr. 107/2011, idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 108/2017, sowie iVm § 14 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013, idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 57/2018, nachstehender

I. Spruch

Der Bescheid der E-Control vom 18. Oktober 2019, V KOS G *****/19 wird in seinem Spruchpunkt 1 dahingehend abgeändert, dass dieser wie folgt lautet:

1. Die den Entgelten zu Grunde liegenden Kosten werden gemäß § 69 Abs. 1 iVm § 79 Abs. 1 GWG 2011 für das Jahr 2020 pro Netzebene wie folgt festgestellt:

Im Übrigen bleibt der Bescheid unverändert.

II. Begründung

1. Verfahrensablauf und Vorbringen

1.1. Bekämpfter Bescheid

Der Vorstand der E-Control hat mit Bescheid vom 18. Oktober 2019 zur GZ V KOS G *****/19 die Kosten und das Mengengerüst der ***** GmbH (in Folge: „das Unternehmen“) im Kostenermittlungsverfahren nach § 79 GWG 2011 festgestellt. Die Feststellung der Kosten erfolgte in Spruchpunkt 1 wie folgt:

„1. Die den Entgelten zu Grunde liegenden Kosten werden gemäß § 69 Abs. 1 iVm § 79 Abs. 1 GWG 2011 für das Jahr 2020 pro Netzebene (NE) wie folgt festgestellt:

*****“

Mit Spruchpunkt 2 erfolgte die Feststellung des Mengengerüsts. Mit Spruchpunkt 3 wurden den Feststellungen entgegenstehende Anträge der Verfahrensparteien abgewiesen.

Der Bescheid wurde dem Unternehmen, der Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) und der Bundesarbeitskammer (BAK) elektronisch im ECA-Postfach zugestellt (erstmalige Bereithaltung mit 18. Oktober 2019).

1.2. Beschwerden

Mit Schriftsatz der BAK vom 14. November 2019 und der WKÖ vom 15. November 2019 (bei der Behörde jeweils taggleich eingelangt) erhoben die BAK und WKÖ gegen den Bescheid das Rechtsmittel der Beschwerde gem. Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG iVm § 69 Abs. 3 GWG 2011 bzw. gem. Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG iVm Art. 132 Abs. 1 Z 1 und Abs. 5 B-VG an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG).

Die **BAK** ficht den bekämpften Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts und Mangelhaftigkeit des durchgeführten Verfahrens zur Gänze an. Begründend verweist die Erstbeschwerdeführerin zur Ausgangslage auf den bereits Ende 2016 begonnen Prozess zur Entwicklung der Regulierungssystematik. Im Zuge dessen sei es zu mehreren verschiedenen Gesprächsrunden an der auch Vertreter der BAK beteiligt waren, gekommen. Am 24. Juni 2017 sei schließlich ein Entwurf der Regulierungssystematik von der Behörde zugestellt und – nach Stellungnahme – am 29. September 2017 zu einer Übersichtstabelle zu weiteren Änderungen übermittelt worden. Daraufhin habe die BAK am 7. November 2017 die ersten Bescheide mit der für die darauffolgenden Jahre maßgeblichen Regulierungssystematik erhalten.

Darin sei jedoch der generelle Produktivitätsfaktor (X_{gen}) mit 0,67 % p.a. abweichend vom Entwurf der Regulierungssystematik festgelegt worden und erstmals genauere Ausführungen zur neu implementierten, effizienzabhängigen Rendite im Rahmen der Festlegung des gewichteten durchschnittlichen Kapitalkostensatzes („*weighted average cost of capital*“ bzw. WACC) von der Behörde gemacht worden. Die so getroffenen Festlegungen seien durch der Behörde anzulastende, entscheidungswesentliche Verfahrensverstöße entstanden und im Übrigen inhaltlich rechtswidrig sowie unzureichend begründet – wozu die BAK in der Beschwerde näher ausführt. Aus diesen Gründen habe die BAK gegen die Feststellung der Zielvorgabe für den Zeitraum 1. Jänner 2018 bis 31. Dezember 2022 sowie der Feststellung der Kosten für das Jahr 2018 im Bescheid der E-Control vom 20. November 2017, GZ V KOS G *****/17 sowie gegen die Feststellung der Kosten für das Jahr 2019 im Bescheid der E-Control vom 28. September 2018, GZ V KOS G *****/18 Beschwerde erhoben.

Die im Bescheid V KOS G *****/17 übermittelte Regulierungssystematik sei allerdings auch für den gegenständlich bekämpften Bescheid maßgeblich. Im Verfahren zum bekämpften Bescheid seien die Bedenken der BAK zur Regulierungssystematik in ihrer Stellungnahme daher erneut vorgebracht worden.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Beschwerde der **WKÖ** zu sehen, welche sich ebenfalls gegen die in der Regulierungssystematik getroffenen Festlegungen richtet und den gegenständlich bekämpften Bescheid hinsichtlich seines ersten Spruchpunktes (Kostenfeststellung) anfechtet. Inhaltlich rechtswidrig sowie unzureichend begründet sei daher neben der Festlegung des X_{gen} auch die Ausnahme der Kapitalkosten (CAPEX) von der Anwendung der individuellen Zielvorgabe, die Festlegung der Mindesteffizienz, die Festlegung einer Werbe- und Marketingvergütung für neue Zählpunkte und einer Prämie für Netzverdichtung, sowie mehrere Aspekte in der Ermittlung der Finanzierungskosten auf Basis des WACC – nämlich die Festlegung des risikolosen Zinssatzes, der Marktrisikoprämie, des Mark-up für Neuinvestitionen sowie die Festlegung der effizienzabhängigen Rendite.

1.3. Entscheidung des BVwG zu den vorgehenden Kostenbescheiden der dritten Regulierungsperiode Gas

Am 14. November 2019 entschied das BVwG mit Erkenntnis zur GZ W157 2183462-1 e.a. über die Beschwerden der BAK und WKÖ gegen den Bescheid der E-Control, GZ V KOS G *****/17, über die Feststellung der Zielvorgabe der ***** GmbH für den Zeitraum 1. Jänner 2018 bis 31. Dezember 2022 sowie der Feststellung der Kosten der ***** GmbH für das Jahr 2018 sowie mit Erkenntnis zur GZ W249 2212803-1 e.a. über die Beschwerden der BAK und WKÖ gegen den Bescheid der E-Control, GZ V KOS G *****/18, über die Feststellung der Kosten der ***** GmbH für das Jahr 2019.

Als wesentliche Entscheidungsgründe hat das BVwG bei der mündlichen Verkündung des Urteils unter Anwesenheit der Vertreter des Unternehmens sowie der Vertreter der Beschwerdeführerinnen erwogen:

„Die im Gaswirtschaftsrecht relevante Bestimmung u.a. für die Festsetzung des generellen Produktivitätsfaktors und von Anreizregulierungsfaktoren ist § 79 GWG 2011, wobei der belBeh [belangten Behörde] hinsichtlich der Festlegung der Werte ein Ermessensspielraum zugestanden wird.

Bei Ermessensentscheidungen ist die Behörde verpflichtet, in der Begründung des Bescheides die für die Ermessensübung maßgeblichen Überlegungen und Umstände insoweit offen zu legen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung der Ermessensentscheidung auf ihre Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes durch ein Verwaltungsgericht erforderlich ist (vgl. VwGH 01.03.2016, Ra 2015/11/0106; 02.06.2016, Ro 2015/08/0030).

Erweist sich die behördliche Ermessensausübung als nicht im Sinne des Gesetzes erfolgt – was insbesondere auch der Fall wäre, wenn die für die Übung des Ermessens maßgeblichen

Umstände nicht frei von Verfahrensmängeln oder unvollständig festgestellt wurden – , so ist das Verwaltungsgericht befugt, bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache selbst (§ 28 Abs. 4 iVm § 28 Abs. 2 VwGVG) eigenes Ermessen zu üben (vgl. VwGH 02.06.2016, Ro 2015/08/0030; 26.07.2018, Ra 2017/11/0294).

Die belBeh hat in den angefochtenen Bescheiden den mit 0,67 % festgesetzt. Sie hat jedoch nicht ausreichend begründet, warum sie innerhalb des nach ihrem eigenen Vorbringen aufgrund der vorliegenden Gutachten einen Bereich von 0,03 % bis 2,1 % umfassenden Ermessensrahmens gerade diese Festlegung getroffen hat: Die belBeh führt in diesem Zusammenhang lediglich an, dass sie den Xgen-Wert „nach Abwägung der Ergebnisse der erwähnten Gutachten und zahlreicher Diskussionen sowie der vorgebrachten Stellungnahmen“ festgesetzt hat. Damit bleibt sie aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts eine den gesetzlichen Erfordernissen genügende Darlegung ihrer Beweggründe schuldig.

Weiters hat die belBeh in den angefochtenen Bescheiden k1 mit 0,83532 festgesetzt. Durch die Festlegung des positiven Anreizfaktors k1 und des negativen Anreizfaktors k2 wird die Auswirkung des Anreizsystems nach oben mit EUR 5 Mio. pro Jahr und nach unten mit EUR 2 Mio. pro Jahr begrenzt. Das führt dazu, dass die Summe aller Zuschläge für effizientere Unternehmen jene aller Abschläge für minder effiziente Unternehmen um insgesamt EUR 3 Mio. übersteigt, was wiederum zu einer zusätzlichen Anhebung des WACC (Weighted Average Cost of Capital bzw. gewichtete durchschnittliche Kapitalkosten) führt. Die belBeh lässt in den angefochtenen Bescheiden eine nachvollziehbare Begründung dafür vermissen, warum sie diese „asymmetrische Begrenzung“ gewählt hat, insbesondere bleibt auch gänzlich unbegründet, aufgrund welcher Überlegungen die Höhe des positiven Überhangs (EUR 3 Mio. pro Jahr) festgesetzt wurde. Damit bleibt die belBeh aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts eine den gesetzlichen Erfordernissen genügende Darlegung ihrer Beweggründe für die Festlegung des Wertes k1 mit 0,83532 schuldig.

Das Bundesverwaltungsgericht darf nach der oben zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs – bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache selbst (§ 28 Abs. 4 iVm § 28 Abs. 2 VwGVG) – das behördlich geübte Ermessen nur dann durch eine ihm zweckmäßiger erscheinende Ermessensübung ersetzen, wenn dieses nicht im Sinne des Gesetzes geübt wurde.

Aus den ins Beschwerdeverfahren eingebrachten Schriftsätzen und dem Vorbringen in der mündlichen Beschwerdeverhandlung geht hervor, dass ein Interessenausgleich zwischen den Verfahrensparteien hinsichtlich der Werte für X_{gen} und k1 erfolgen kann. Das BVwG hat auf eine gütliche Einigung der Verfahrensparteien gemäß § 43 Abs. 5 AVG hingewirkt. Diese haben sich auf neue Werte für X_{gen} (0,83 %) und k1 (0,334) geeinigt, womit insoweit der Sachverhalt feststeht. Somit ist nunmehr – im Unterschied zum Zeitpunkt der Entscheidung der belangten Behörde – ein Szenarium hinsichtlich dieser Regulierungsparameter bekannt, das den Interessen sämtlicher, jeweils die Interessenlage verschiedener und insgesamt aller Teilnehmer des Erdgasmarktes abbildender Verfahrensparteien entspricht.

Aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts liegen damit einerseits die Voraussetzungen gemäß § 28 Abs. 4 iVm § 28 Abs. 2 VwGVG für eine (Ermessens-)Entscheidung in der Sache selbst durch das BVwG vor. Andererseits erscheint es dem Bundesverwaltungsgericht als eine sachlich nicht zu beanstandende Begründung für die Ausübung des Ermessens, eben jenem zwischen sämtlichen, jeweils die Interessenlage verschiedener und insgesamt aller Teilnehmer des Erdgasmarktes abbildenden Verfahrensparteien erzielten Interessensausgleich zu folgen.“ (Niederschrift vom 14.11.2019, GZ W157 2183462-1 e.a., 11 ff)

In seinem Erkenntnis stellte das BVwG das Einsparungspotential des Unternehmens folglich unter Anwendung eines X_{gen} von 0,83 % fest, welches ebenso in die Berechnung der neu festgestellten Kosten Eingang fand, die weiters unter Anwendung eines k_1 von 0,334 beim WACC neu festgestellt wurden (siehe unten, Punkt 3.1).

1.4. Beschwerdemitteilung und gemeinsamer Antrag

Am 26. November 2019 wurden die Beschwerden im gegenständlichen Verfahren den jeweils übrigen Parteien gemäß § 10 VwGVG von der Behörde zur Kenntnis gebracht und Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen eingeräumt.

Am 29. November 2019 brachten das Unternehmen, die Wirtschaftskammer Österreich sowie die Bundesarbeitskammer einen Schriftsatz mit dem **gemeinsamen Antrag** vom vorgehenden Tag ein, den bekämpften Bescheid inhaltlich ebenso zu entscheiden, wie es das BVwG aufgrund des sinngemäß gestellten, gemeinsamen Antrages hinsichtlich der Kostenbescheide 2017 und 2018 (über die Kosten der Jahre 2018 und 2019) getan habe.

Dazu wird im Wesentlichen ausgeführt, dass nach Auffassung der BAK der festgelegte X_{gen} von 0,67 % p.a. einer empirischen Analyse des Produktivitätswachstums österreichischer Netzbetreiber nicht standhält. Stattdessen sei ein Wert mit ausreichender statistischer Signifikanz und empirischer Fundierung heranzuziehen. Die WKÖ fordere die Erhöhung des X_{gen} auf 2,1 % p.a. Stellvertretend für die Netzbetreiber habe der Fachverband der Gas- und Wärmeversorgungsunternehmungen (FGW) in den der Festlegung der Regulierungssystematik vorangehenden Gesprächen einen X_{gen} von maximal 0,61 % p.a. gefordert und eine Anhebung auf 2,1 % p.a. auf Basis eines eingeholten Privatgutachtens abgelehnt.

Beim **Finanzierungskostensatz** würden sowohl WKÖ als auch BAK das Ziel einer Anpassung fordern. Die WKÖ fordere einen WACC (vor Steuern) von 3,77 % p.a. und moniere die asymmetrische Ausgestaltung der Anreizkorrekturfaktoren k_1 und k_2 . Eine symmetrische Ausgestaltung würde zu einer Reduktion der Kapitalverzinsung – und damit einer Reduktion der festgestellten Kosten – für überdurchschnittlich effiziente Unternehmen führen. Der FGW habe wiederum für die Netzbetreiber im Diskussionsprozess einen höheren WACC gefordert und sich zu den Bescheidbeschwerden von WKÖ und BAK vor dem Hintergrund eingeholter Privatgutachten insofern geäußert, als ein WACC von 3,77 % p.a. keinen sachgerechten Ansatz darstelle, zumal die durch Schulden- und Finanzkrise ausgelösten Marktverwerfungen

nicht durch neue, dem Stand der Wissenschaft entsprechende Methoden der WACC-Ermittlung begegnet worden wären.

Vor diesem Hintergrund beantragen die Parteien auch in diesem Verfahren gemeinsam die Feststellung von Kosten auf Basis eines X_{gen} von 0,83 % p.a. und eines k_1 von 0,334 in folgender Höhe:

- i. Kosten der Netzebene 1: € *****
- ii. Kosten der Netzebene 2: € *****
- iii. Kosten der Netzebene 3: € *****

Die Parteien begründen dies mit dem gefundenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Die Tabelle zur Berechnung wurde dem Antrag beigelegt. Folgt die E-Control diesem Antrag, würden die neu festgestellten Kosten insofern nicht von den Beschwerdeführerinnen bekämpft und damit keine Rechtsmittel dagegen erhoben.

1.5. Beschluss der Regulierungskommission über die GSNE-VO 2013 Novelle 2020

Noch vor Beschluss der gegenständlichen Entscheidung erfolgte am 18. Dezember 2019 schließlich auch der Beschluss der Regulierungskommission über die Novelle 2020 der Gas-Systemnutzungsentgelte Verordnung 2013 (GSNE-VO 2013), BGBl. II Nr. 309/2012, worin auch die Entgelte der Gas-Verteilernetzbetreiber ab 1. Jänner 2020 festgelegt werden.

2. Zuständigkeit und Zulässigkeit

Über Beschwerden gegen Entscheidungen der E-Control im Kostenermittlungsverfahren gemäß § 69 Abs. 1 GWG 2011 kann die Behörde gemäß § 14 VwGVG innerhalb von zwei Monaten eine Beschwerdeentscheidung erlassen und dabei den angefochtenen Bescheid aufheben, abändern oder die Beschwerde zurückweisen oder abweisen. Die Beschwerdeentscheidung ist gemäß § 7 Abs. 1 E-ControlG vom Vorstand der E-Control zu erlassen.

Die Beschwerde ist gemäß § 7 Abs. 4 VwGVG rechtzeitig eingebracht und zulässig. Gemäß § 9 Abs. 2 E-ControlG kommt der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu.

3. In der Sache

3.1. Festgestellter Sachverhalt

Folgender Sachverhalt liegt der Beschwerdeentscheidung ergänzend zu Grunde:

Mit dem Erkenntnis des BVwG vom 14. November 2019, GZ W157 2183462-1 e.a. wurden für das Unternehmen folgende rechtskräftige Feststellungen getroffen:

1. Als **Zielvorgabe** gemäß § 69 Abs. 1 iVm § 79 Abs. 2 GWG 2011 wurde ein Einsparungspotential von ***** % für den Zeitraum **1. Jänner 2018 bis 31. Dezember 2022** festgestellt.
2. Die den Entgelten zu Grunde liegenden **Kosten** gemäß § 69 Abs. 1 iVm § 79 Abs. 1 GWG 2011 wurden für das Jahr **2018** pro Netzebene wie folgt festgestellt:

Mit dem Erkenntnis des BVwG vom 14. November 2019, GZ W249 2212803-1 e.a. wurde für das Unternehmen folgende rechtskräftige Feststellung getroffen:

3. Die den Entgelten zu Grunde liegenden **Kosten** gemäß § 69 Abs. 1 iVm § 79 Abs. 1 GWG 2011 wurden für das Jahr **2019** pro Netzebene wie folgt festgestellt:

Bei der Feststellung der Zielvorgabe wich das BVwG von der erstinstanzlichen Feststellung der E-Control insofern ab, als es einen generellen Produktivitätsfaktor (X_{gen}) von 0,83 % p.a. bei der Berechnung heranzog. Im Übrigen blieb die Ermittlung der Zielvorgabe unverändert.

Die Ermittlung der festgestellten Kosten erfolgte neben der Berücksichtigung der festgestellten Zielvorgabe jeweils unter Anwendung eines Zinssatzes, dessen Höhe mit einem Anreizkorrekturfaktor k_1 von 0,334 ermittelt wurde. Dieser Faktor k_1 hat zur Folge, dass eine symmetrische Auswirkung des WACC über alle Gas-Verteilernetzbetreiber im Ausmaß von EUR ± 2 Mio. erreicht wird. Im Übrigen blieb die Ermittlung der Kosten unverändert.

Bei der Anpassung des X_{gen} und k_1 folgte das BVwG einem gemeinsamen Antrag des Unternehmens, der WKÖ und der BAK.

Die Verordnung über die Gas-Systemnutzungsentgelte ab 1. Jänner 2020 wurde am 18. Dezember 2019 von der E-Control beschlossen.

3.2. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den Erkenntnissen des BVwG, GZ W157 2183462-1 e.a. sowie GZ W249 2212803-1 e.a., welche auch unstrittig im gemeinsamen Antrag im gegenständlichen Verfahren wiedergegeben und für das Verfahren wiederholt wurden und sind im übrigen amtsbekannt.

3.3. Rechtliche Beurteilung

3.3.1. Zur Änderung der Anträge der WKÖ und BAK

Während BAK und WKÖ mit ihren Beschwerden zunächst eine umfassendere Abänderung, bzw. Aufhebung des Bescheides forderten und dies – im Fall der WKÖ – auf behauptete Fehler in weiten Teilen der Regulierungsmethodik gründeten, wurde dieses Begehren mit dem

gemeinsamen Antrag aller Verfahrensparteien nun auf zwei einzelne Punkte konzentriert: die Anpassung des X_{gen} und des k_1 .

Beide Beschwerdeführerinnen brachten dahingehend bereits in ihren Beschwerdegründen inhaltliche Rechtswidrigkeiten vor (vgl. Beschwerde der BAK, S 10 ff und 16; Beschwerde der WKÖ, S 7 ff und 17). Soweit dem gemeinsamen Antrag entsprochen wird, würden jedoch „*alle übrigen Beschwerdegründe nicht aufrechterhalten*“ (S 4 des gemeinsamen Antrags).

Damit sind die übrigen Beschwerdegründe und damit verbundenen Anträge im Rahmen der gegenständlichen Beschwerdevorentscheidung nach dem Willen der Beschwerdeführerinnen und mitbeteiligten Partei nur zu prüfen, wenn dem gemeinsamen Antrag nicht entsprochen wird.

3.3.2. Zur Zielvorgabe gemäß § 79 Abs. 2 GWG 2011

Die BAK, WKÖ und das Unternehmen beantragten gemeinsam zunächst die Zugrundelegung eines X_{gen} von 0,83 % (statt 0,67 %) bei der für die Ermittlung der Kosten gemäß § 79 Abs. 2 GWG 2011 heranzuziehenden Zielvorgabe als Ausgleich der widerstreitenden Interessen.

Bei der Berücksichtigung der Zielvorgabe ist die Behörde bereits an die Entscheidung des BVwG, GZ W157 2183462-1 e.a., gebunden, worin eine Zielvorgabe von ***** % für den Zeitraum 1. Jänner 2018 bis 31. Dezember 2022, d.h. der dritten Regulierungsperiode Gas, festgestellt wurde.

Die anhand des dahingehend geänderten Kostenpfades übergeleiteten operativen Kosten (OPEX) des Jahres 2016 auf die Jahre 2018 und 2019 wurde vom BVwG bei seinen Kostenfeststellungen in seinen Erkenntnissen jeweils zu Grunde gelegt.

Die rechtskräftige Änderung der Zielvorgabe erfolgte am 14. November 2019 und konnte daher im bekämpften Bescheid der E-Control vom 18. Oktober 2019 noch nicht berücksichtigt werden. Maßgeblich für die Beschwerdevorentscheidung ist jedoch die geltende Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Erlassung. Dies gilt auch für individuell-konkrete Rechtsakte.

Folglich ist die **Kostenbasis 2020 unter nochmaliger Anwendung der geänderten Zielvorgabe** und der Veränderung des Netzbetreiberpreisindex (NPI) überzuleiten. Im Übrigen bleibt die Anwendung der Zielvorgabe damit unverändert gegenüber dem bekämpften Bescheid entsprechend der folgenden Berechnungsformel (vgl. dazu bereits Punkt 3.1 des bekämpften Bescheides):

$$OPEX_{2020}^{Pfad} = OPEX_{2019(BVwG)}^{Pfad} \times (1 + \Delta NPI_{2020}) \times (1 - ZV_{3.Periode(BVwG)})$$

Die Berechnung ist als Teil der Kostenüberleitung für 2020 (Beilage ./1) beigefügt.

Folglich wird dem gemeinsamen Antrag zur Zielvorgabe tatsächlich entsprochen, indem die Behörde die Feststellungen des BVwG zur Zielvorgabe und zu den Kosten, GZ W157 2183462-1 e.a., der Kostenüberleitung zu Grunde legt.

3.3.3. Zu den Finanzierungskosten gemäß § 80 GWG 2011

3.3.3.1. Zur Anpassung des Anreizkorrekturfaktors k1

Um die positiven und negativen Auswirkungen der effizienzabhängigen Rendite bei der Ermittlung der Finanzierungskosten gemäß § 80 GWG 2011 zu begrenzen wurden die Anreizkorrekturfaktoren k1 und k2 in der Regulierungssystematik gemeinsam mit der Entscheidung V KOS G *****/17 vorgesehen. Mit den Faktoren wurden die positiven Auswirkungen der effizienzabhängigen Rendite insgesamt für alle umfassten Unternehmen um EUR 5 Mio. und die negativen Auswirkungen um EUR 2 Mio. (und somit asymmetrisch) begrenzt. Zu diesem Zweck wurde k1 mit 0,83532 (für überdurchschnittlich effiziente Unternehmen) festgesetzt und k2 mit 0,65231 (für unterdurchschnittlich effiziente Unternehmen).

Diese Ermessensentscheidung der Behörde wurde vom BVwG in Hinblick auf den entsprechenden gemeinsamen Antrag der Verfahrensparteien vor Gericht unter Anwendung eines k1 von 0,334 abgeändert.

Auch im gegenständlichen gemeinsamen Antrag der BAK, WKÖ und des Unternehmens beantragen die Parteien, den WACC unter Anwendung eines Anreizkorrekturfaktors k1 von 0,334 zu ermitteln, dies habe eine symmetrische Auswirkung der effizienzabhängigen Rendite zur Folge und entspreche einem Ausgleich der widerstreitenden Interessen.

Der Behörde ist bei ihren Entscheidungen gemäß § 69 GWG 2011 grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum in Bezug auf die Festsetzung der Kosten eingeräumt, weshalb die getroffene Ermessensentscheidung in einer Weise zu begründen ist, die es den Verwaltungsgerichten ermöglicht zu prüfen, das Ermessen im Sinne des Gesetzes ausgeübt wurde (vgl. VwGH 18.11.2014, 2012/05/0092, 2012/05/0093, 2012/05/0094). Die grundlegenden Erwägungen zu den Entscheidungen gemäß § 69 GWG 2011 sind für die dritte Regulierungsperiode Gas in der Regulierungssystematik dargelegt. Die dort getroffenen Festlegungen stellen eine Selbstbindung der Behörde für die Regulierungsperiode dar (vgl. VwGH 18.09.2019, Ro 2018/04/0002), von denen diese nicht grundlos abweichen kann. Auch von einer durch das Verwaltungsgericht abgeänderten Festlegung der Regulierungssystematik kann daher ebenso wenig grundlos abgewichen werden.

Folglich ist die Behörde verhalten, **keine Änderung gegenüber der Festlegung des BVwG vorzunehmen** und den für das Unternehmen geänderten k1 im Ausmaß von 0,334 auch bei der Ermittlung der Finanzierungskosten für das Jahr 2020 heranzuziehen.

Der auf dieser Basis ermittelte WACC mit effizienzabhängiger Rendite wird auf Vermögen bis zum Ausgangsjahr (2015) angewandt. Für das Unternehmen kommt daher, ein Zins in Höhe von **** % p.a. zur Anwendung.

3.3.3.2. Zur Berücksichtigung des EIB-Kredits

Gemäß § 80 Abs. 1 letzter Satz GWG 2011 sind geförderte Finanzierungen bei der Ermittlung der Finanzierungskosten „angemessen zu berücksichtigen.“

Das Unternehmen hat im erstinstanzlichen Ermittlungsverfahren einen aus eigenen Mitteln der Europäischen Investitionsbank (EIB) bereitgestellten Kredit für die „Südschiene“ als geförderte Finanzierung iSd zit. Bestimmung genannt. Dieser EIB-Kredit wird mit einem Jahreszinssatz von ***** % verzinst, welcher damit um ***** % höher ist als der durchschnittliche Fremdkapital-Zinssatz (FK-Zinssatz) von 2,700 % p.a. beim WACC für die dritte Regulierungsperiode. Die sich aus dem Zinsnachteil individuell ergebenden, zusätzlichen Finanzierungskosten iHv ***** tausend EUR (TEUR) wurden im bekämpften Bescheid zur Hälfte, d.h. mit TEUR ***** bei der Feststellung der Netzkosten des Jahres 2020 berücksichtigt (vgl. Punkt II.3.8 des bekämpften Bescheids). Dadurch wird der Effekt aus dem Zinsnachteil zu gleichen Teilen zwischen den Netzkunden und dem Unternehmen aufgeteilt. Den Netzkunden werden 2020 die auf Basis der Kosten verordneten Entgelte verrechnet (welche den Zinsnachteil nur teilweise beinhalten) und das Unternehmen kann die teilweise zusätzlich zugestandenen Kosten zur Kreditbefriedigung heranziehen. Dies hat die Behörde mit der dadurch gewonnenen Planungssicherheit für die Unternehmen begründet.

Dieser Ansatz entspricht auch der im Rahmen der dritten und vierten Regulierungsperiode Strom von der Behörde verfolgten Herangehensweise wonach ein Zinsvorteil oder -nachteil aus einem EIB-Kredit gegenüber dem FK-Zinssatz beim WACC zu 50 % in den Netzkosten berücksichtigt wird.

Die Rechtmäßigkeit dieser Vorgehensweise in Bezug auf die dritte Regulierungsperiode Strom war Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens beim BVwG. Mit mehreren Entscheidungen beginnend mit dem Erkenntnis vom 23. Oktober, GZ W179 2016987-1, hob das BVwG die ergangenen Kostenentscheidungen auf und verwies sie zur neuerlichen Entscheidung an die Regulierungsbehörde zurück. Das Gericht erblickte nämlich im Ausmaß der Aufteilung einen Ermessensfehler:

„Wie dargestellt ergibt sich aus den Materialen zu § 60 [Abs. 1 letzter Satz EIWOG 2010] (ErläutRV 994 BlgNr 24. GP 24), die belangte Behörde kann – um den Netzbetreiber zu motivieren, derartige Investitionsförderungen anzustreben – „einen geringen Anteil des Vorteiles dem Eigentümer zuordnen.“ Wie die Wirtschaftskammer Österreichs in der Beschwerdeverhandlung richtigerweise ausführt, muss bei einer Aufteilung auf zwei Anteile (Beschwerdeführerin; Netzkunden) ein geringer Anteil jedenfalls weniger als 50 % betragen, um dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen. Deshalb hat die belangte Behörde, die eine Aufteilung im Verhältnis von 50:50 zwischen der Beschwerdeführerin und Netzkunden vorgenommen hat, ihr Ermessen nicht gesetzeskonform geübt und belastet sie den angefochtenen Spruchpunkt 2. deswegen mit Rechtswidrigkeit.

[...] Zugleich ist aus der Textierung der Materialien der Wille des Gesetzgebers erkennbar, dass es im behördlichen Ermessen liegt, der Beschwerdeführerin überhaupt einen Anteil

zuzuerkennen (arg.: „kann... zuordnen.“), weswegen dieser auch 0 % betragen könnte. Deshalb ist in Zusammenschau der beiden Kriterien „geringer“ und „kein“ Anteil am „gesonderten Finanzierungsvorteil“ eine Überschreitung von gut einem Drittel am selbigen (was eigentlich „33,33 periodisch Prozent“ wäre) in der Höhe von (grob aufgerundet) 35 % schwer zu argumentieren.

Die Beschwerdeführerin bringt richtigerweise in ihren Schriftsätzen vor, ihr müsse auch weiterhin einen Anreiz geboten werden, geförderte Finanzierungen für Netzinvestitionen anzustreben, was durchaus auch – im Falle einer Gewährung eines Anteiles – dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Eingedenk dieser wichtigen (auch zukünftigen) Motivlage scheint dem Bundesverwaltungsgericht eine Berücksichtigung von 35 % für die Rechtsmittelwerberin angemessen.

(Soweit die Beschwerdeführerin vermeint, die Wahl der Mittel zur Erreichung der Zielvorgaben sei ihr in einem System der Anreizregulierung völlig selbständig überlassen, und komme ihr daher ein Anteilsschlüssel von 100 % zu, ist ihr der oben beschriebene Wille des Gesetzgebers entgegenzuhalten.)

Deshalb ist der Anteil der Beschwerdeführerin am „gesonderten Finanzierungsvorteil“ [...] mit 35 %, sowie jener der Netzkunden mit 65 % [...] zu berücksichtigen.“ (BVwG 23.10.2019, W179 2016987-1; idS auch BVwG 07.11.2019, W219 2118381-1; BVwG 08.11.2019, W179 2183656-1; BVwG 06.12.2019, W271 2142291-1)

Die vom BVwG angewendete Bestimmung des § 60 EIWOG 2010 ist hierbei ident mit § 80 GWG 2011. Dies gilt ebenso für die Gesetzesmaterialien, d.h. die ErlRV zu § 80 Abs. 1 GWG 2011 (ErlRV 1081 d.B. XXIV. GP, 28), welche auf geförderte Finanzierungen wie folgt Bezug nehmen:

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

Die Rechtsprechung ist daher auf § 80 Abs. 1 GWG 2011 übertragbar. Folglich kann die Aufteilung eines Finanzierungsvorteiles im Verhältnis 50:50, der Rechtsansicht des BVwG

folgend (die Entscheidung wurde nicht angefochten) auch bei Gasverteilernetzbetreibern nicht mehr aufrechterhalten werden.

Umso deutlicher wird das im gegenständlichen Fall eines Finanzierungsnachteiles. Wenn schon ein Finanzierungsvorteil aus einer geförderten Finanzierung großteils zu einer Senkung der Finanzierungskosten zu führen hat, dann ist der Rahmen für die mögliche Berücksichtigung im Fall einer Kostenerhöhung umso enger. Nach dem aus den Gesetzesmaterialien (o.z.) erkennbaren Willen des Gesetzgebers zu § 80 Abs. 1 letzter Satz GWG 2011, ist die Berücksichtigung eines Nachteils gar nicht vorzunehmen. Dies wird durch die ergänzenden Erwägungen umso mehr verdeutlicht: Sinn und Zweck der Bestimmung ist, den Gesetzesmaterialien folgend, die Verhinderung von zusätzlichen Renditen aus (öffentlich) geförderten Geldern und überwiegende Zuordnung der Vorteile an die Netzbenutzer.

Im Lichte der Gesetzesmaterialien und der vorgenannten Rechtsprechung zu § 60 Abs. 1 letzter Satz EIWOG 2010 darf einem **Finanzierungsnachteil** aus einer **geförderten Finanzierung somit keine gesonderte Berücksichtigung** in der Kostenfeststellung nach § 80 Abs. 1 letzter Satz GWG 2011 zukommen.

Für diese Änderung ist es ohne Belang, dass die Beschwerdeführerinnen die Behandlung der geförderten Finanzierung in Ihren Beschwerden bzw. im gemeinsamen Antrag nicht mehr gesondert aufgegriffen haben (die WKÖ erwähnte die Berücksichtigung des EIB-Kredits unter Verweis auf ihre Stellungnahme zum vorläufigen Ermittlungsergebnis im behördlichen Verfahren). So haben beide Beschwerdeführerinnen die Feststellung der Kosten in Spruchpunkt 1 (unter Behauptung der Rechtswidrigkeit der berücksichtigten Finanzierungskosten) angefochten. Darüber hinaus stellt § 27 VwGVG zum Prüfungsumfang im Beschwerdeverfahren lediglich klar, dass sich das Verwaltungsgericht (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 (VwGH 06.04.2016, Ro 2015/03/0026, mwHa VwGH 17.12.2014, Ro 2014/03/0066, mwH; VwGH 23.06.2015, Ro 2015/03/0032; VwGH 26.03.2015, Ra 2014/07/0077; VwGH 09.09.2015, Ro 2015/03/0032). Eine Bindung an das Begehren in dem Sinn, dass auch der in § 28 VwGVG geregelte Entscheidungsumfang des VwG beschränkt würde, ist damit nicht gegeben. Vielmehr geht auch § 42 VwGVG – der nur in Verfahren über Verwaltungsstrafsachen gilt – von einer grundsätzlich unbeschränkten Entscheidungszuständigkeit des VwG aus (vgl. *Winkler* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler* (Hg.), *Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte* [2015], 291). Dies gilt somit gem. § 14 Abs. 1 iVm § 27 VwGVG auch für die belangte Behörde bei der Beschwerdevorentscheidung. Des Weiteren gilt unverändert der Grundsatz der Amtswegigkeit (§ 39 Abs. 2 AVG).

Da das Erkenntnis GZ W179 2016987-1 der Behörde erst nach Fassung des Beschlusses über den bekämpften Bescheid zugegangen ist, konnte dort noch gar keine Berücksichtigung erfolgen. Für behördliche Entscheidungen maßgeblich sind jedoch die Sach- und Rechtslage im Entscheidungszeitpunkt.

Die Anpassung bedeutet im Übrigen auch keine Verletzung des von der Regulierungsbehörde angestrebten Zieles der Planungssicherheit für Netzbetreiber (welches in der Regulierungssystematik verankert ist). So wäre die Beibehaltung der Aufteilung im Ausmaß 50:50 im Lichte der Rechtsprechung jedenfalls unzulässig und bereits deswegen eine Anpassung in der Berücksichtigung der geförderten Finanzierung erforderlich. Weiters wird dem Unternehmen Planungssicherheit dadurch ermöglicht, dass das Regulierungsrisiko durch eine rechtskonforme Lösung für die Zukunft minimiert wird.

Die Berücksichtigung der Finanzierungskosten aus dem EIB-Kredit erfolgt daher entsprechend der allgemeinen Vorgehensweise zu den übrigen Finanzierungskosten über den Kapitalkostenabgleich. Die gesonderte Korrektur bei der Berechnung der Netzkosten ist nicht mehr vorzunehmen.

Die entsprechende Berechnung ist Teil der beigelegten Kostenüberleitung für 2020 (Beilage ./1).

3.3.4. Zur Behandlung des systemimmanenten Zeitverzuges und des Regulierungskontos gem. § 71 Abs. 4 GWG 2011

Die mit dem Erkenntnis GZ W157 2183462-1 geänderten Kapitalkosten des Jahres 2018 werden bei der Ermittlung des systemimmanenten Zeitverzuges angesetzt.

Offen ist damit die sonstige Berücksichtigung der abweichenden Kostenfeststellungen der Jahre 2018 und 2019. Diese ist gemäß § 71 Abs. 4 GWG 2011 bei der Feststellung der Kostenbasis für die nächsten Entgeltperioden vorzunehmen.

Eine Berücksichtigung der abweichenden Kostenfeststellung über das Regulierungskonto wurde jedoch im Nachgang zu den Entscheidungen von keiner der Verfahrensparteien beantragt.

Des Weiteren ist eine Berücksichtigung gemäß § 71 Abs. 4 GWG 2011 nach systematisch-teleologischen Erwägungen nur dann zielführend, wenn die Kostenfeststellung – welche die am Regulierungskonto zu verbuchenden Differenzbeträge inkludiert – auch für die Bestimmung der Systemnutzungsentgelte herangezogen werden kann. § 71 Abs. 4 GWG 2011 spricht insofern von einer Feststellung „für die nächsten Entgeltperioden“. d.h. für die in der Verordnung gemäß § 70 GWG 2011 festgelegten Gas-Systemnutzungsentgelte. Auch die Erl. zur RV zu § 71 Abs. 1 bis 5 sprechen von der Berücksichtigung von Umständen, von denen die Behörde bis 30. Juni des jeweiligen Jahres Kenntnis erlangt (ErlRV 1081 d.B. XXIV. GP, 24).

Dem Zweck des Ausgleichs der abweichenden Kostenfeststellung 2018 und 2019 könnte mit dieser Entscheidung angesichts des Umstandes, dass die Systemnutzungsentgelte ab 1. Jänner 2020 bereits beschlossen wurden, nicht mehr nachgekommen werden. **Eine Aufrollung in dieser Beschwerdeentscheidung kann also nicht mehr direkt in die Festlegung der Systemnutzungsentgelte ab 1. Jänner 2020 einfließen.** Stattdessen ist der

hier ermittelte Aufrollungsbetrag erneut für die nächste bzw. nächsten entgeltwirksamen Kostenfeststellungen aufzurollen. Folglich kann von einer Berücksichtigung der abweichenden Kostenfeststellungen des BVwG zu den GZ W157 2183462-1 e.a. sowie den GZ W249 2212803-1 e.a. in dieser Beschwerdeentscheidung abgesehen werden.

3.3.5. Zusammenfassung – Ergebnis der Kostenermittlung für 2020

Bei Heranziehung der veränderten und der unveränderten Kosten- und Erlöspositionen ergibt sich schließlich folgendes **Gesamtbild** bei der Ermittlung der Kosten des Jahres 2020 (vgl. auch die Kostenüberleitung für das Jahr 2020, Beilage .1):

Die im bekämpften Bescheid als Spruchpunkt 1 festgestellten Netzkosten für 2020 sind demnach durch dieses Ermittlungsergebnis zu ersetzen. Die **ursprünglich festgestellten Netzkosten** wurden **bereits für die Bestimmung der Entgelte 2020 herangezogen**, weshalb die gegenständliche Feststellung lediglich über das Regulierungskonto **gemäß § 71 Abs. 4 GWG 2011 zu berücksichtigen sein wird**.

Dieses Ermittlungsergebnis entspricht auch der, im gemeinsamen Antrag aller Parteien geforderten, Feststellung der Netzkosten. Die Behandlung der übrigen Anträge konnte damit antragsgemäß entfallen. Eine Abweichung ergibt sich lediglich aus der, von der Behörde amtswegig aufgegriffenen Anpassung des EIB-Kreditnachteils.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Beschwerdeentscheidung kann gemäß § 15 VwGVG der Antrag gestellt werden, dass die Beschwerde dem Verwaltungsgericht zur Entscheidung vorgelegt wird (Vorlageantrag). Der Vorlageantrag ist binnen zwei Wochen nach erfolgter Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung bei der E-Control einzubringen. Wird der Vorlageantrag von einer anderen Partei als dem Beschwerdeführer gestellt, hat er die Gründe, auf die sich die behauptete Rechtswidrigkeit stützt, sowie ein Begehren zu enthalten.

Wird ein Vorlageantrag gestellt, ist die Eingabegebühr von **EUR 15,00** gemäß § 14 TP 6 Abs. 5 Z 1 lit. b Gebührengesetz (GebG) 1957, BGBl. Nr. 267/1957 idGF, iVm § 2 BuLVwG-EGebV, BGBl. II Nr. 387/2014, unter Angabe des Verwendungszwecks durch Überweisung auf das entsprechende Konto des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel gemäß § 1 Abs. 3 BuLVwG-EGebV, IBAN: AT83 0100 0000 0550 4109, BIC: BUNDATWW zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen; dieser Beleg ist der Eingabe anzuschließen. Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer können die Entrichtung der Gebühr auch durch einen schriftlichen Beleg des spätestens zugleich mit der Eingabe weiterzuleitenden Überweisungsauftrages nachweisen,

wenn sie darauf mit Datum und Unterschrift bestätigen, dass der Überweisungsauftrag unter einem unwiderruflich erteilt wird.

Energie-Control Austria
für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control)

Wien, am 10. Jänner 2020

Der Vorstand

***** *(Beilage nicht Teil der Veröffentlichung)*