Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}

2C 1076/2014

Urteil vom 4. Juni 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Bundesrichterin Aubry Girardin, Bundesrichter Stadelmann, Haag,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
Swissgrid AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

BKW FMB Energie AG,
BKW Übertragungsnetz AG, beide vertreten durch Dr. Jürg Borer und David Mamane, Rechtsanwälte,
Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom.

Gegenstand
Kosten und Tarife 2009 für die Netznutzung Netzebene 1 und Systemdienstleistungen/Neufestsetzung anrechenbare Kosten,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I, vom 21. Oktober 2014.

Sachverhalt:

A.
Die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) legte mit Verfügung vom 6. März 2009 (952-08-005) die anrechenbaren Netzkosten für das Tarifjahr 2009 fest. Dagegen erhoben die BKW FMB Energie AG (heutige BKW Energie AG) sowie die BKW Übertragungsnetz AG Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht hiess diese mit Urteil vom 11. November 2010 (A-2606/2009) teilweise gut. Gegen diesen Entscheid erhoben die BKW FMB Energie AG sowie die BKW Übertragungsnetz AG Beschwerde beim Bundesgericht. Mit Urteil vom 3. Juli 2012 (2C 25/2011, 2C 58/2011 [BGE 138 II 465]) wies das Bundesgericht in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Sache zur Neufestsetzung der Tarife 2009 für die Netznutzung der Netzebene 1 unter Berücksichtigung der anrechenbaren Betriebs- und Kapitalkosten der BKW Übertragungsnetz AG im Sinne der Erwägungen an die ElCom zurück.

B.
In der Folge setzte die ElCom mit Verfügung vom 15. April 2013 die anrechenbaren Kosten für die Netznutzung der Netzebene 1 für die BKW Übertragungsnetz AG neu auf Fr. 47'451'899.– fest (Ziff. 1). Mit Ziff. 2 des Dispositivs wurde die Swissgrid AG verpflichtet, der BKW Übertragungsnetz AG die Differenz von Fr. 3'093'647.– zu den mit Verfügung der ElCom vom 6. März 2009 festgelegten anrechenbaren Kosten zu bezahlen. Ziff. 3 der Verfügung lautete sodann:

"Die Swissgrid AG hat der BKW Übertragungsnetz AG eine Verzinsung auf dem Differenzbetrag gemäss Ziffer 2 im Umfang von 557'538 Franken zu bezahlen, unter der Voraussetzung, dass die Zahlung des Differenzbetrags gemäss Ziffer 2 im Jahre 2013 erfolgen wird. Andernfalls erhöht sich die Verzinsung gemäss Tabelle 10 entsprechend."

Tabelle 10 "Verzinsung des Differenzbetrages" lautete wie folgt:

Betroffenes
Zu verwendender Zinssatz: Tarifjahr (t+2) Zugang Unterdeckung Saldo Deckungsdifferenz vor Verzinsung Anwendbarer Zinssatz Anrechenbare Verzinsung (bezogen auf t) Vergütungs-eingang Saldo Deckungsdifferenz (31.12.t)
Tarifjahr (t)
2009 2011 3'093'647 3'093'647 4.25 % 131'480 3'225'127
2010 2012 3'225'127 4.14 % 133'520 3'358'647
2011 2013 335'647 3.83 % 128'636 3'487'283
2012 2014 3'487'283 4.70 % 163'902 3'651'185
2013 n.a. n.a. n.a.

Schliesslich hielt die ElCom in Ziff. 4 des Dispositivs fest, die Swissgrid AG könne die sich aus den Ziff. 2 und 3 ergebende Unterdeckung in die künftigen Tarife der Netzebene 1 einrechnen.

C.
Mit Eingabe vom 17. Mai 2013 erhob die Swissgrid AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und sie sei zu verpflichten, der BKW Übertragungsnetz AG auf dem Differenzbetrag gemäss Dispositiv-Ziff. 2 der genannten Verfügung (nicht angefochten) eine Verzinsung in der Höhe von Fr. 577'590.– zu bezahlen. Mit Urteil vom 21. Oktober 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

D.
Die Swissgrid erhebt mit Eingabe vom 27. November 2014 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, in Aufhebung des angefochtenen Urteils sei sie zu verpflichten, der BKW Übertragungsnetz AG auf dem Differenzbetrag gemäss Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der ElCom vom 15. April 2013 eine Verzinsung in der Höhe von Fr. 577'590.– zu bezahlen.

Die BKW Energie AG und die BKW Übertragungsnetz AG beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit der von der Swissgrid beantragte Zinsbetrag von Fr. 577'590.– eine Verzinsung des Differenzbetrags über das Jahr 2013 hinaus ausschliesse. Die ElCom beantragt Abweisung der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht und das UVEK verzichten auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.
Gegen den angefochtenen Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Anwendung des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG und Art. 90 BGG). Die Beschwerdeführerin wird durch den angefochtenen Entscheid verpflichtet, der Beschwerdegegnerin 2 einen Zins zu bezahlen und ist dadurch als Schuldnerin grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG), auch wenn sie die ihr entstehenden Kosten letztlich via Netznutzungsentgelt auf die Netznutzer überwälzen kann (Art. 14 Abs. 2 StromVG; vgl. Urteile 2C 434/2013 vom 18. Oktober 2013 E. 3.4; 2C 479/2014 vom 25. März 2015 E. 3.4). Wie die Beschwerdeführerin selber einräumt, beantragt sie zwar in ihrem Rechtsbegehren, einen höheren Zins zu bezahlen als die Vorinstanz angeordnet hat, was in der Regel ein schutzwürdiges Interesse (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG) ausschliesst; ein solches ist aber trotzdem

zu bejahen, wenn die Gutheissung infolge eines zwingenden Konnexes mit einem anderen Verfahren zu einer insgesamt tieferen Belastung der Beschwerdeführerin führen würde (vgl. Urteil 2C 490/2013 vom 29. Januar 2014 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 140 II 167). Vorliegend macht die Beschwerdeführerin geltend, die von der Vorinstanz angewendete Verzinsungsmethodik würde in einer Vielzahl von noch hängigen Verfahren oder noch zu erlassenden Entscheiden zu einer insgesamt für die Tarifjahre 2009-2012 für sie höheren Belastung führen. Dies wird von den übrigen Verfahrensbeteiligten nicht bestritten und erscheint glaubhaft. Im Hinblick auf die noch hängigen Fälle ist im Interesse der Rechtssicherheit ein schutzwürdiges Interesse an einer Überprüfung der anwendbaren Zinsmethodik zu bejahen. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.
Ausgangspunkt des vorliegenden Streits ist die Festsetzung der Tarife für die Netznutzung der Netzebene 1 für das Jahr 2009 durch die ElCom in ihrer Verfügung vom 6. März 2009. Das Bundesverwaltungsgericht (mit Urteil vom 11. November 2010, A-2606/2009) und das Bundesgericht (mit Urteil 3. Juli 2012; 2C 25/2011 und 2C 58/2011; BGE 138 II 465) hiessen die dagegen erhobenen Beschwerden der heutigen Beschwerdegegnerinnen teilweise gut, weil in der Verfügung der ElCom die Kapitalkosten der Anlagen (Art. 15 Abs. 3 StromVG) zu tief berechnet worden waren. Mit der Verfügung vom 15. April 2013 setzte die ElCom aufgrund der Vorgaben in diesen Urteilen die anrechenbaren Kosten für die Anlagen der Beschwerdegegnerin 2 für das Jahr 2009 neu auf Fr. 47'451'899.– fest, was um Fr. 3'093'647.– höher lag als die in der Verfügung vom 6. März 2009 zugrunde gelegten Werte. Die ElCom ordnete in ihrer Verfügung vom 15. April 2013 zudem an, dass die Swissgrid diesen Differenzbetrag plus Zins der Beschwerdegegnerin 2 zu bezahlen hat. Sowohl die Höhe des Differenzbetrags als auch die grundsätzliche Anordnung der Bezahlung und der Verzinsung sind unbestritten. Umstritten und zu beurteilen ist jedoch, wie der Zins zu berechnen ist.

3.

3.1. Nach Art. 15 Abs. 3 lit. b StromVG gehören zu den anrechenbaren Kapitalkosten die kalkulatorischen Zinsen auf den für den Betrieb der Netze notwendigen Vermögenswerten. Der Bundesrat legt die Grundlage fest u.a. zur Berechnung der Kapitalkosten (Art. 15 Abs. 4 lit. a StromVG). Nach Art. 13 Abs. 3 lit. b StromVV (in der Fassung vom 30. Januar 2013, in Kraft seit 1. März 2013) gilt für die jährliche Verzinsung der für den Betrieb der Netze notwendigen Vermögenswerte Folgendes: Der kalkulatorische Zinssatz entspricht dem Satz der durchschnittlichen Kosten des eingesetzten Kapitals (durchschnittlicher Kapitalkostensatz, Weighted Average Cost of Capital, WACC). Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) legt den WACC jährlich nach Anhang 1 fest (Art. 13 Abs. 3bis StromVV, in der Fassung vom 30. Januar 2013). Anhang 1 StromVV regelt die Bestimmung des durchschnittlichen Kapitalkostenansatzes. In der ursprünglichen Fassung vom 14. März 2008 (AS 2008 1223), in Kraft bis Ende Februar 2013, hatte Art. 13 Abs. 3 lit. b StromVV gelautet: "Der Zinssatz für die betriebsnotwendigen Vermögenswerte entspricht der durchschnittlichen Rendite von Bundesobligationen mit einer Laufzeit von 10 Jahren
während der letzten 60 Monate in Prozent, zuzüglich einer risikogerechten Entschädigung. Diese beträgt im Jahr 2009 1.93 Prozentpunkte. Nach Konsultation der ElCom passt sie das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) bei einer Änderung der Marktrisikoprämie jährlich entsprechend an." Diese Regelung hatte zur Folge, dass der Zinssatz für die kalkulatorische Verzinsung der Vermögenswerte jährlich änderte.

3.2. Die ElCom hat in ihrer Verfügung die Verzinsung damit begründet, dass das Netznutzungsentgelt kostenbasiert sei auf der Grundlage der Kosten des Geschäftsjahres. Gemäss Art. 19 Abs. 2 StromVV seien ungerechtfertigte Gewinne aus überhöhten Netznutzungstarifen durch Senkung der Tarife zu kompensieren; entsprechend könnten auch Unterdeckungen in den Folgejahren ausgeglichen werden. Entsprechend ihrer Weisung 1/2012 "Deckungsdifferenzen aus den Vorjahren" sei die Deckungsdifferenz für jedes Geschäftsjahr zu berechnen und der Saldo jeweils im Rahmen der Kostenkalkulation für das übernächste Geschäftsjahr zu berücksichtigen. Der hier zu bezahlende Differenzbetrag sei gleich zu behandeln wie eine Deckungsdifferenz und gemäss der Weisung 1/2012 zu verzinsen. Als massgeblicher Zinssatz komme derjenige zur Anwendung, in welchem die entstandene Unterdeckung frühestens in die eigenen Tarife eingerechnet werden könne; für das Tarifjahr 2009 komme somit der WACC für das Jahr 2011 zur Anwendung.

3.3. Die Vorinstanz hat dieses Vorgehen mit folgender Begründung bestätigt: Der WACC werde jeweils vergangenheitsorientiert festgelegt und zu Beginn des Jahres für das kommende Tarifjahr publiziert. Die Parameter des WACC für ein Tarifjahr beruhten jeweils auf den Werten bis Februar des vorangegangenen Jahres. Die Zinsmethodik gemäss Weisung 1/2012, wonach für die Verzinsung der Deckungsdifferenzen der Zinssatz t+2 massgebend sei, gleiche den Umstand aus, dass der WACC systembedingt nicht aufgrund aktueller Werte festgelegt werden könne. Mit der Verzinsung t+2 werde die bestmögliche Annäherung an diejenige Rendite erreicht, die im Tarifjahr t im Durchschnitt erwartet werden könne. Der Zinssatz t+2 bilde die tatsächlichen ökonomischen Gegebenheiten des Tarifjahres besser ab als der Zinssatz t. Die Verzinsungsmethodik gemäss Weisung 1/2012 sei daher sachlich gerechtfertigt. Sie beruhe auf einer konstanten Praxis der ElCom und sei daher auch nicht rechtsungleich.

3.4. Die Beschwerdeführerin bringt vor, gemäss Art. 15 Abs. 3 lit. b StromVG seien die kalkulatorischen Zinsen auf dem jeweils per Ende des jeweiligen Jahres bestehenden betriebsnotwendigen Vermögenswerten anrechenbar, wobei der für das jeweilige Jahr geltende WACC massgebend sei. Es sei nicht zu rechtfertigen und widerspreche der gesetzlichen Regelung, bei einer nachträglichen Korrektur der massgebenden Vermögenswerte einen anderen WACC anzuwenden als für den betreffenden Zeitraum selber. Dies führe auch zu einer Ungleichbehandlung zwischen denjenigen Netzeigentümern, bei welchen die ElCom ex ante keine Kürzungen angeordnet hat (und bei denen daher die Verzinsung zum WACC t erfolgte) und denjenigen, bei denen die ElCom eine Kürzung angeordnet hat, die nachträglich von den Rechtsmittelinstanzen nicht geschützt wurde (und bei denen die Nachvergütung zum WACC t+2 erfolge). Das führe auch zur potenziellen Gefahr, dass die Netzeigentümer bei Erwartung steigender WACC-Zinssätze die Tarife ex ante zu tief kalkulieren, um die Differenz danach mit dem höheren Zinssatz verzinst zu erhalten. In casu ergebe sich aufgrund der Neuberechnung der anrechenbaren Kosten per Ende 2009 eine Deckungsdifferenz von Fr. 3'093'647.–. Diese sei als Teil des betriebsnotwendigen Vermögens zum WACC des Jahres 2009 zu verzinsen, und nicht zu demjenigen des Jahres 2011.

4.

4.1. Beschwerdeführerin und ElCom gehen offenbar übereinstimmend davon aus, dass die Verzinsung von Deckungsdifferenzen auf die gleiche Weise erfolgen soll, wenn die Differenz entweder auf anfänglich zu tiefer Schätzung der Netzeigentümer selber oder auf einer später von den Rechtsmittelinstanzen nicht geschützten Absenkung durch die ElCom beruht. Dies zu Recht, denn es ist nicht einzusehen, weshalb für diese beiden Fälle unterschiedliche Verzinsungsmethoden gelten sollen: In beiden Fällen haben die Netzeigentümer für die Nutzung ihres Netzes ex post gesehen eine zu tiefe Vergütung erhalten. Die Argumentation der Beschwerdeführerin läuft deshalb darauf hinaus, dass die in der Weisung 1/2012 der ElCom festgelegte Methode für die Verzinsung der Deckungsdifferenz generell unzulässig wäre.

4.2. Auf den ersten Blick scheint die Betrachtungsweise der Beschwerdeführerin nachvollziehbar, dass für die Verzinsung des Jahres t der WACC t gelten soll, unabhängig davon, ob der Zins im Jahr t oder später bezahlt wird. Die Begründung der Vorinstanz vermag denn auch nicht recht zu überzeugen: Ginge man davon aus, dass der WACC t+2 die tatsächlichen ökonomischen Gegebenheiten des Jahres t besser abbildet als der WACC t, so müsste in jedem Fall im Jahre t der WACC t+2 angewendet werden, also nicht nur bei einer nachträglichen Deckungsdifferenz, sondern auch für die im Jahre t bereits berücksichtigten kalkulatorischen Zinsen.

4.3. Indessen geht es bei der nachträglichen Deckungsdifferenz eben nicht um die Verzinsung im Jahre t, sondern um den später zu erfolgenden Ausgleich desjenigen Betrags, der im Jahre t ex ante zu tief oder zu hoch geschätzt wurde und den die Netzeigentümer deshalb zu wenig oder zu viel vergütet erhalten haben. Das Deckungsdifferenzverfahren dient dazu, die Netzeigentümer gleich zu stellen wie wenn von Anfang an die korrekten Werte gegolten hätten. Die Verzinsung des Deckungsdifferenzbetrags dient damit dem Ausgleich der fehlenden Verfügbarkeit der finanziellen Mittel während der Dauer der Unterdeckung und ist insoweit vergleichbar einem Vergütungs- oder Verzugszins. Es rechtfertigt sich daher, dafür nicht den Zinssatz des Jahres t anzuwenden, sondern denjenigen, der während der Dauer der Unter- oder Überdeckung gegolten hat. Die in

der Weisung 1/2012 vorgesehene Methode entspricht in sachgerechter Weise dieser unterschiedlichen Funktion der beiden Zinsen. Gewiss ist auch diese Methode pauschalierend, was aber im Interesse der Praktikabilität hinzunehmen ist (vgl. BGE 139 V 297 E. 3.3.2.2 S. 305; 134 V 202 E. 3.3.1 S. 206). Die Verzinsungsmethode gemäss Weisung 1/2012 ist nicht rechtswidrig und auch auf den vorliegenden Fall
anwendbar.

5.
Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG) und hat den privaten Beschwerdegegnerinnen eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Die Beschwerdeführerin hat den privaten Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), und dem Bundesamt für Energie schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. Juni 2015
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Errass