

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administratif federal



Abteilung I
A-3284/2009
{T 1/2}

Urteil vom 1. Dezember 2010

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Markus Metz, Richter
Lorenz Kneubühler, Richter André Moser,
Gerichtsschreiberin Michelle Eichenberger.

Parteien

BKW FMB Energie AG, Viktoriaplatz 2, 3000 Bern 25,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Borer und/oder
Rechtsanwalt lic. iur. David Mamane,
Schellenberg Wittmer, Löwenstrasse 19, Postfach 1876,
8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Festsetzung eines kalkulatorischen Zinssatzes.

Sachverhalt:**A.**

Die BKW FMB Energie AG betreibt Stromverteilnetze im Kanton Bern. Mit Gesuch vom 30. Januar 2009 an die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) beantragte sie, ihr sei für die Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten im Rahmen der Berechnung der Netznutzungstarife das Recht einzuräumen, für ihre vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommenen Anlagen den höheren Zinssatz ohne Abzug von einem Prozentpunkt anzuwenden.

Sie habe im Hinblick auf die Tarife 2009 keine Neubewertung der Netzanlagen vorgenommen und schreibe die Anlagen ihres Verteilnetzes über die betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Nutzungsdauer linear ab. Damit erfülle sie die Voraussetzungen für die Anwendung des höheren Zinssatzes.

B.

Mit Verfügung vom 16. April 2009 wies die ElCom das Gesuch der BKW FMB Energie AG ab und verweigerte ihr die Anwendung des höheren Zinssatzes für die Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten im Rahmen der Berechnung der Netznutzungstarife.

Voraussetzung für die Anwendung des höheren Zinssatzes sei, dass die Anlagen über die ganze Betriebsdauer nicht neu bewertet worden seien. Die BKW FMB Energie AG habe ihre Anlagen im Jahr 2006 aufgrund einer neuen Methodik und Datenbasis bewertet und erfülle deshalb die Voraussetzungen für die Anwendung des höheren Zinssatzes nicht.

C.

Gegen diese Verfügung erhebt die BKW FMB Energie AG (Beschwerdeführerin) am 20. Mai 2009 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit dem Antrag, die Verfügung der ElCom (Vorinstanz) sei aufzuheben und das Gesuch um Anwendung des höheren Zinssatzes für die Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten im Rahmen der Berechnung der Netznutzungstarife vollumfänglich gutzuheissen.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, für die Verpflichtung, den tieferen Zinssatz anzuwenden, fehle eine genügende gesetzliche

Grundlage und eine solche Verpflichtung führe zu einer unrechtmässigen Diskriminierung von Betreibern von Altanlagen. Die Anwendung dieser Verordnungsbestimmung verletze zudem das Rückwirkungsverbot, weil auf einen Sachverhalt abgestellt werde, der sich vor ihrem Inkrafttreten verwirklicht habe. Schliesslich führe die Anwendung der umstrittenen Verordnungsbestimmung in ihrem Fall zu einem ungerechtfertigten Doppelmalus, weil sie für die Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten gemäss den anwendbaren Bestimmungen bereits bei der Bewertung ihres Netzes 20% vom ermittelten Wert habe in Abzug bringen müssen.

Die Beschwerdeführerin ist weiter der Ansicht, ihr für die Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten im Rahmen der Berechnung der Netznutzungstarife die Anwendung des höheren Zinssatzes zu verweigern, wäre selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn die von der Vorinstanz angewendete Verordnungsbestimmung rechtmässig wäre. Dies weil sie einerseits keine Neubewertung und Aufwertung der Anlagen im Sinne dieser Bestimmung vorgenommen und ihre Anlagen andererseits über eine betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Nutzungsdauer linear abgeschrieben habe. Die Vorinstanz habe es unterlassen, bezüglich dieser Voraussetzungen irgendwelche Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen, und damit den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Die Vorinstanz gehe zudem zu Unrecht davon aus, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des höheren Zinssatzes kumulativ erfüllt sein müssten.

Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem für die Einreichung des Gesuchs eine sehr kurze Frist angesetzt und sie von einer fundierten Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgrundlagen ausgeschlossen worden sei.

D.

Mit Vernehmlassung vom 14. August 2009 hält die Vorinstanz vollumfänglich an der angefochtenen Verfügung fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Sie ist der Ansicht, die von ihr angewendete Verordnungsbestimmung beruhe auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage und für die Ungleichbehandlung von älteren und neueren Anlagen bestehe ein vernünftiger und sachlicher Grund. Die von ihr angewendete Bestimmung

sei erst relevant für die Berechnung der Tarife 2009-2013, weshalb das Rückwirkungsverbot nicht verletzt sei.

Was den Einwand der Beschwerdeführerin angeht, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, die in der von ihr angewandten Verordnungsbestimmung formulierten Voraussetzungen für die Anwendung des höheren Zinssatzes müssten kumulativ erfüllt sein, macht die Vorinstanz geltend, die Voraussetzungen seien zwar alternativ formuliert, der vordergründig klare Wortlaut der Norm entspreche aber nicht ihrem wahren Sinn. Sofern eine Anlage über eine festgelegte, einheitliche und sachgerechte Nutzungsdauer abgeschrieben worden sei, könne zugleich der ursprünglich aktivierte Wert der Anlage ermittelt werden, womit eine synthetische Neubewertung der Anlage in diesem Fall nicht zulässig sei. Daher könne die Voraussetzung, dass die Anlagen über eine festgelegte, einheitliche und sachgerechte Nutzungsdauer abgeschrieben worden sein müsse, nicht erfüllt werden, ohne dass zugleich auch die Voraussetzung der nicht erfolgten Neubewertung gegeben wäre.

E.

Mit Replik vom 12. Oktober 2009 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen vollumfänglich fest.

Die Annahme der Vorinstanz, dass die Anwendung des höheren Zinssatzes ausgeschlossen sei, wenn eine Netzbetreiberin die Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten anhand der Wiederbeschaffungswerte berechne, sei falsch. Es sei deshalb nicht notwendig, die in der von der Vorinstanz angewandten Verordnungsbestimmung formulierten Voraussetzungen für die Anwendung des höheren Zinssatzes kumulativ zu erfüllen.

Zusammen mit der Replik reicht die Beschwerdeführerin ein von ihr in Auftrag gegebenes ökonomisches Gutachten ein, welches ihre Argumentation in Bezug auf zentrale Problemfelder des vorliegenden Falls stütze.

F.

Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheidungsrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Verfügungen der ElCom unterliegen der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht (Art. 23 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 [Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7]). Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ElCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.1 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Verfügung, mit welcher ihr Gesuch abgewiesen worden ist, zur Beschwerde legitimiert.

1.2 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 16. April 2009 ist einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da sie sich zu den sie betreffenden Sachverhaltsgrundlagen nicht habe äussern können.

Die Beschwerdeführerin hat das Verfahren bei der Vorinstanz ein-

geleitet. Die Vorinstanz kommt in ihrem Schreiben vom 5. März 2009 (Vorakten act. 2) zum Schluss, die Beschwerdeführerin erfülle die Voraussetzungen für die Befreiung von der Zinssatzreduktion nicht. Hierzu hat sich die Beschwerdeführerin innert 10 Tagen äussern können. Mit ihrem Schreiben vom 16. März 2009 (Vorakten act. 3) teilte sie jedoch lediglich mit, sie sei mit der Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht einverstanden – dies ohne Begründung – und verlange den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Die Beschwerdeführerin hätte sich somit im Anschluss an das Schreiben der Vorinstanz vom 5. März 2009 ohne weiteres zu den konkreten Sachverhaltsgrundlagen äussern können. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt folglich nicht vor. Zudem wäre eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorliegenden Beschwerdeverfahren nach konstanter höchstgerichtlicher Rechtsprechung geheilt worden (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2, 132 V 387 E. 5.1, 127 V 437 E. 3d.aa mit Hinweisen sowie Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3123/2008 vom 27. April 2010 E. 2.2.3 und A-102/2010 vom 20. April 2010 E. 3).

4.

Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 16. April 2009 ein gestützt auf Art. 31a Abs. 2 der Stromversorgungsverordnung (StromVV, SR 734.71) gestelltes Gesuch der Beschwerdeführerin um Verwendung des Zinssatzes ohne die Reduktion nach Art. 31a Abs. 1 StromVV abgewiesen. Die Beschwerdeführerin beantragt, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und ihr Gesuch um Verwendung des höheren Zinssatzes (ohne Reduktion) gutzuheissen. Nachfolgend ist mit Hinweis auf die massgebenden rechtlichen Bestimmungen zunächst darzulegen, worum es im Gesuch der Beschwerdeführerin ging.

4.1 Als Betreiberin eines Verteilnetzes im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. i i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. a StromVG ist die Beschwerdeführerin verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei den Netzzugang zu gewähren (Art. 13 Abs. 1 StromVG). Für diesen Zugang kann sie ein Entgelt verlangen, welches gemäss Art. 14 Abs. 1 StromVG die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen darf. Als anrechenbare Kosten gelten die Betriebs- und Kapitalkosten eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes. Sie beinhalten einen angemessenen Betriebsgewinn (Art. 15 Abs. 1 StromVG).

4.2 Die Kapitalkosten müssen auf der Basis der ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellkosten der bestehenden Anlagen ermittelt werden. Anrechenbar sind höchstens die kalkulatorischen Abschreibungen und die kalkulatorischen Zinsen auf den für den Betrieb der Netze notwendigen Vermögenswerten (Art. 15 Abs. 3 StromVG). Der Gesetzgeber hat den Bundesrat unter anderem beauftragt, Grundsätze festzulegen, nach welchen die maximal anrechenbaren Kosten zu berechnen sind (Art. 15 Abs. 4 StromVG). Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit dem Erlass von Art. 13 StromVV nachgekommen. Danach haben die Netzbetreiberinnen in transparenten und diskriminierungsfreien Richtlinien für die verschiedenen Anlagen und Anlageteile einheitliche und sachgerechte Nutzungsdauern festzulegen (Art. 13 Abs. 1 StromVV). Die jährlichen kalkulatorischen Abschreibungen berechnen sich aufgrund der Anschaffungs- bzw. Herstellkosten der bestehenden Anlagen bei linearer Abschreibung über eine festgelegte Nutzungsdauer auf den Restwert Null. Als Anschaffungs- bzw. Herstellkosten gelten nur die Baukosten der betreffenden Anlagen (Art. 13 Abs. 2 StromVV).

4.3 Können die ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellkosten für bestehende Anlagen ausnahmsweise nicht mehr festgestellt werden, so sind sie wie folgt zu berechnen: Die Wiederbeschaffungspreise werden transparent mit sachgerechten, offiziell ausgewiesenen Preisindizes auf den Anschaffungs- bzw. Herstellzeitpunkt zurückgerechnet. Bereits in Rechnung gestellte Betriebs- und Kapitalkosten für betriebsnotwendige Vermögenswerte sind dabei in Abzug zu bringen. In jedem Fall ist höchstens der Wert einer vergleichbaren Anlage anrechenbar. Vom so ermittelten Wert sind 20 Prozent in Abzug zu bringen (Art. 13 Abs. 4 StromVV).

4.4 Für die jährliche Verzinsung der für den Betrieb der Netze notwendigen Vermögenswerte dürfen höchstens die Anschaffungs- bzw. Herstellrestwerte der bestehenden Anlagen, die sich aufgrund der gemäss Art. 13 Abs. 2 StromVV vorgenommenen Abschreibungen per Ende des Geschäftsjahres ergeben, sowie das betriebsnotwendige Nettoumlaufvermögen berechnet werden (Art. 13 Abs. 3 Bst. a StromVV). 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 (Art. 13 Abs. 3 Bst. b StromVV).

4.4.1 Zur Höhe dieses Zinssatzes hat der Bundesrat mit Art. 31a StromVV eine Übergangsbestimmung erlassen. Er hat festgelegt, dass der Zinssatz für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommen wurden, in den Jahren 2009-2013 um einen Prozentpunkt tiefer ist als in Art. 13 Abs. 3 Bst. b StromVV festgelegt. Ausgenommen von diesem tieferen Zinssatz sind Investitionen, die nach dem 31. Dezember 2003 in solche Anlagen getätigt wurden (Art. 31a Abs. 1 StromVV). Die hinter Art. 31a Abs. 1 StromVV stehende Absicht des Bundesrats ergibt sich aus seiner Antwort vom 5. Dezember 2008 auf eine im Nationalrat eingereichte Motion, in welcher er ausgeführt hat, mit der befristeten Senkung des Zinssatzes für vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommene Anlagen sollten Aufwertungsgewinne teilweise ausgeglichen werden, die durch die zu schnelle Abschreibung der Netze erzielt worden seien (Motion Nr. 08.3750, Massnahmen gegen Strompreiserhöhungen, eingereicht am 28. Oktober 2008 von der nationalrätlichen Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie). Das Gleiche geht auch aus der Medienmitteilung des Bundesamts für Energie (BFE) vom 5. Dezember 2008 (www.bfe.admin.ch) hervor. Das BFE führt aus, viele Netzbetreiberinnen hätten ihr Netz in der Vergangenheit deutlich schneller abgeschrieben, als dies aus wirtschaftlicher Sicht nötig gewesen wäre und durch die Aufwertung ihrer Netze auf den gesetzlich zulässigen Höchstwert (Anschaffungs- oder Herstellrestwert) hätten diese Betreiberinnen zusätzliche Gewinne erzielen können. Um diese Zusatzgewinne auszugleichen, werde nun für gewisse Anlagen der Zinssatz für die betriebsnotwendigen Vermögenswerte gesenkt.

4.4.2 Gemäss Art. 31a Abs. 2 StromVV können unter gewissen Voraussetzungen Betreiber von Anlagen, die vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommen wurden, bei der Vorinstanz allerdings beantragen, dass für diese Anlagen ebenfalls der Zinssatz ohne die Reduktion nach Abs. 1 verrechnet werden darf. Damit die Vorinstanz ein solches Gesuch bewilligt, muss es sich um Anlagen handeln, "für die keine Neubewertung vollzogen wurde, oder die über eine nach Artikel 13 Absatz 1 festgelegte, einheitliche und sachgerechte Nutzungsdauer oder über einen längeren Zeitraum linear abgeschrieben wurden" (Abs. 2). In der erwähnten Medienmitteilung des BFE wird dazu ausgeführt, es gebe auch Netze, die nicht zu schnell, sondern linear über die von der Branche festgelegte Nutzungsdauer abgeschrieben worden seien. Solche Anlagen seien nicht aufgewertet

worden und es habe daher auch kein Aufwertungsgewinn realisiert werden können.

4.4.3 In Art. 31a Abs. 2 StromVV werden für die Zulässigkeit der Verwendung des Zinssatzes ohne Reduktion nach Abs. 1 zwei Voraussetzungen genannt (so auch: "Fragen und Antworten zur Umsetzung der am 12.12.2008 revidierten StromVV" der ElCom vom 16. Dezember 2008, S.4):

- die Anlagen erfuhren keine Neubewertung.
- die Anlagen, wurden *mindestens* über eine nach Art. 13 Abs. 1 StromVV festgelegte, einheitliche und sachgerechte Nutzungsdauer linear abgeschrieben.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seinem Urteil A-2606/2009 vom 11. November 2010 E. 12.6.1 ff. eingehend damit auseinandergesetzt, ob diese beiden Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verwendung des Zinssatzes ohne Reduktion kumulativ oder alternativ zu verstehen sind (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2606/2009 vom 11. November 2010 E. 12.6.1 ff). Es ist hierbei zum Schluss gelangt (E. 12.6.3), dass die beiden Voraussetzungen von Art. 31a Abs. 2 StromVV nicht zwingend kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine Netzbetreiberin den höheren Zinssatz, mithin den Zinssatz ohne Reduktion, verwenden darf. Es handelt sich i.d.R. um alternative Voraussetzungen, womit bereits das Vorliegen einer der Bedingungen eine Netzbetreiberin zur Verwendung des höheren Zinssatzes berechtigt. Nur dann, wenn eine Netzbetreiberin linear über eine einheitliche und sachgerechte Nutzungsdauer abgeschrieben hat, liegt gleichzeitig begriffsnotwendig keine Neubewertung vor.

4.5 Die Abweisung des auf Art. 31a Abs. 2 StromVV gestützten Gesuchs der Beschwerdeführerin um Verwendung des Zinssatzes ohne die Reduktion gemäss Art. 31a Abs. 1 StromVV würde für sie bedeuten, dass sie bei der Berechnung der Netznutzungstarife weniger hohe Kapitalkosten anrechnen darf, was wiederum tiefere Tarife für die Benutzung ihres Verteilnetzes zur Folge hätte.

5.

Die Beschwerdeführerin macht in mehrfacher Hinsicht geltend,

Art. 31a Abs. 1 StromVV sei nicht rechtmässig und hätte von der Vorinstanz demzufolge nicht angewandt werden dürfen.

5.1 Das Bundesverwaltungsgericht kann Verordnungen des Bundesrates grundsätzlich – von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen – auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Bei unselbstständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, geht es in erster Linie darum zu beurteilen, ob sie sich im Rahmen der Delegationsnorm halten. Besteht ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittenen Vorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus anderen Gründen verfassungs- oder gesetzwidrig sind (vgl. Art. 191 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Es kann sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, und es hat auch nicht die Zweckmässigkeit zu untersuchen (vgl. BGE 133 V 42 E. 3.1 mit Hinweisen). Eine vom Bundesrat verordnete Regelung verstösst allerdings dann gegen das Willkürverbot oder das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 9 und Art. 8 Abs. 1 BV), wenn sie sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, wenn sie sinn- oder zwecklos ist oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt. Gleiches gilt, wenn die Verordnung es unterlässt, Unterscheidungen zu treffen, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen (BGE 134 I 23 E. 8 und 9.1 mit Hinweisen, BGE 133 V 42 E. 3.1 mit Hinweisen).

5.2 Art. 31a StromVV bewegt sich im Rahmen der mit Art. 15 Abs. 4 Bst. a StromVG an den Verordnungsgeber delegierten Kompetenzen und lässt sich auf Art. 15 Abs. 3 StromVG als formell-gesetzliche Grundlage abstützen. Art. 31a StromVV steht auch in Übereinstimmung mit dem Gesetzeszweck (Art. 1 StromVG), zumal nicht nur die Netzsicherheit und die Leistungsfähigkeit Gesetzeszweck sind, sondern auch ein wettbewerbsorientierter Elektrizitätsmarkt, welcher eine erschwingliche Stromversorgung ermöglichen soll (vgl. auch Art. 22 Abs. 3 StromVG sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2606/2009 vom 11. November 2010 E. 12.4.2).

5.3 Der Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV betrifft die Rechtsetzung auf allen Ebenen der staatlichen Tätigkeit. Er

verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (vgl. BGE 135 V 361 E. 5.4.1 sowie ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 750 ff.).

Durch die unterschiedliche Behandlung von alten und neuen Anlagen ist das Rechtsgleichheitsgebot nicht verletzt. Das Alter einer Anlage stellt im Hinblick auf die Abschreibungspraxis älterer Anlagen ein sachliches und vernünftiges Kriterium für deren unterschiedliche Behandlung dar. Eine gewisse Schematisierung bei der Festlegung des Stichtags ist nicht nur zulässig, sondern unumgänglich (vgl. BGE 132 II 371 E. 2.1, BGE 125 I 182 E. 4h mit Hinweisen sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2742/2009 vom 14. Dezember 2009 E. 7.5.1). Der Stichtag 1. Januar 2004 ist mithin sachlich begründet.

5.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, Art. 31a Abs. 1 StromVV sei ökonomisch nicht sinnvoll bzw. lasse sich ökonomisch nicht rechtfertigen. Die Begründung für Art. 31a Abs. 1 StromVV, wonach eine Doppelbezahlung von Elektrizitätsnetzen durch Endverbraucher verhindert werden soll, sei aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht nachvollziehbar. Insbesondere sei eine Anwendung von Art. 31a Abs. 1 StromVV nicht sachgerecht, wenn eine Netzbetreiberin die Anschaffungs- bzw. Herstellkosten ihrer Anlagen in Anwendung von Art. 13 Abs. 4 StromVV (vgl. dazu E. 4.3) mittels Rückindexierung von Wiederbeschaffungspreisen berechnet habe. Die Anwendung von Art. 31a Abs. 1 StromVV führe in diesem Fall zu einem ökonomisch nicht gerechtfertigten Doppelmalus. Die Beschwerdeführerin stützt sich für diese Vorbringen auf ein von ihr in Auftrag gegebenes ökonomisches Gutachten (vgl. Replik, S. 8-11 und S. 18). Die Beschwerdeführerin macht mit diesen Rügen sinngemäss geltend, Art. 31a Abs. 1 StromVV sei willkürlich im Sinne von Art. 9 BV.

5.4.1 Demzufolge ist zu prüfen, ob sich Art. 31a Abs. 1 StromVV auf ernsthafte Gründe stützt und nicht sinn- oder zwecklos ist. Dem

Gesetzgeber kommt beim Entscheid, welche von verschiedenen möglichen Varianten ihm am geeignetsten erscheint, ein sehr grosser Ermessensspielraum zu. Für die rechtsanwendenden Behörden bedeutet dies, dass sie nicht zu prüfen haben, ob unter Umständen eine andere als die vom Gesetzgeber gewählte Variante geeigneter oder sinnvoller wäre. Ein Erlass ist demnach nicht schon deshalb willkürlich im Sinne von Art. 9 BV, weil eine andere Regelung unter Umständen geeigneter oder sinnvoller wäre.

5.4.2 Ob Art. 31a Abs. 1 StromVV aus ökonomischer Sicht die geeignetste oder sinnvollste aller möglichen Varianten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht demzufolge nicht zu beurteilen. Wie in E. 4.4.1 aufgezeigt, stützt sich Art. 31a Abs. 1 StromVV jedenfalls auf ernsthafte Gründe, ist nicht sinn- oder zwecklos und damit auch nicht willkürlich. Wie in E. 6.3 noch aufzuzeigen ist, gilt dies auch für den Fall, dass eine Netzbetreiberin die Anschaffungs- bzw. Herstellkosten ihrer Anlagen in Anwendung von Art. 13 Abs. 4 StromVV mittels Rückindexierung von Wiederbeschaffungspreisen berechnet hat.

5.5 Art. 31a StromVV verletzt auch das Rückwirkungsverbot nicht. Eine verbotene Rückwirkung würde nur dann vorliegen, wenn sie ohne ausdrückliche Übergangsbestimmung für die Berechnung der Tarife vor dem Jahre 2009 angewendet würde. Die revidierte Verordnungsbestimmung ist am 1. Januar 2009 in Kraft getreten und gilt ab diesem Zeitpunkt.

5.6 Weiter kann bezüglich der Frage, ob im Umstand, dass Art. 13 Abs. 4 StromVV vom errechneten Wert einen Abzug von 20% vorsieht, wenn die ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten nicht mehr festgestellt werden können und zudem Art. 31a Abs. 1 StromVV einen geringeren Zinssatz für anwendbar erklärt ein ungerechtfertigter Doppelmalus liegt, auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2606/2009 vom 11. November 2010 verwiesen werden. In diesem Urteil hat sich das Bundesverwaltungsgericht ausführlich mit der Problematik des Doppelmalus auseinandergesetzt und ist schliesslich zum Schluss gelangt, von einem ungerechtfertigten Doppelmalus nicht die Rede sein. Es kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren vollumfänglich auf die diesbezüglichen Erwägungen (E. 12.4.4 i.V.m. E. 10.3) verwiesen werden.

6.

Die Beschwerdeführerin kritisiert schliesslich die konkrete Anwendung von Art. 31a StromVV durch die Vorinstanz und macht geltend, sie erfülle die Voraussetzungen gemäss Art. 31a Abs. 2 StromVV für die Anwendung des höheren Zinssatzes. Sie habe keine Neubewertung ihrer Anlagen vorgenommen und diese über eine betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Nutzungsdauer linear abgeschrieben. Die Vorinstanz sei in ihrer Verfügung zudem zu Unrecht davon ausgegangen, dass diese Voraussetzungen für die Anwendung des höheren Zinssatzes kumulativ erfüllt sein müssten.

6.1 Was den Einwand angeht, die Vorinstanz sei in ihrer Verfügung zu Unrecht davon ausgegangen, dass die genannten Voraussetzungen für die Anwendung des höheren Zinssatzes kumulativ erfüllt sein müssten, wurde bereits in E. 4.4.3.4 dargelegt, dass es sich bei der gemäss Art. 31a Abs. 2 StromVV geforderten nicht erfolgten Neubewertung und der gebotenen Art und Weise der Abschreibung der Anlagen i.d.R. um alternative Voraussetzungen handelt.

6.2 Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin für die Kalkulation der Tarife 2009 die Anschaffungs- bzw. Herstellkosten ihrer Anlagen in Anwendung von Art. 13 Abs. 4 StromVV (vgl. dazu E. 4.3) mittels Rückindexierung von Wiederbeschaffungspreisen berechnet hat. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Vorinstanz habe dieses Vorgehen zu Unrecht als Neubewertung ihrer Anlagen im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV qualifiziert. Der Begriff der Neubewertung beziehe sich auf einen buchhalterischen Vorgang, bei welchem der Buchwert einer Anlage neu beurteilt werde, während die Berechnung der Anschaffungs- bzw. Herstellkosten anhand von Wiederbeschaffungspreisen eine gesetzlich vorgesehene Berechnungsmethode sei, welche begrifflich und ökonomisch nicht mit einer Neubewertung im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV gleichgesetzt werden könne.

6.3 Wie bereits dargelegt, hat Art. 31a Abs. 1 StromVV zum Zweck, Zusatzgewinne für die Netzbetreiberinnen auszugleichen, welche durch eine Aufwertung von in der Vergangenheit schneller als aus wirtschaftlicher Sicht nötig abgeschriebenen Anlagen entstanden sind. Die Voraussetzung der nicht erfolgten Neubewertung gemäss Art. 31a Abs. 2 StromVV ist demzufolge – wie bereits ausgeführt – so zu verstehen, dass in der Vergangenheit zu schnell abgeschriebene Anlagen

später nicht wieder aufgewertet und erneut abgeschrieben (inkl. Kostenüberwälzung an die Endverbraucher) worden sein dürfen (vgl. hierzu E. 4.4.1 ff.).

Aus der Begründung der Verfügung vom 16. April 2009 sowie den Ausführungen in der Vernehmlassung vom 14. August 2009 könnte man schliessen, dass die Vorinstanz in jedem Fall von einer Neubewertung der Anlagen im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV ausgeht, wenn die Anschaffungs- bzw. Herstellkosten mittels Rückindexierung von Wiederbeschaffungspreisen nach Art. 13 Abs. 4 StromVV (vgl. dazu E. 4.3) berechnet worden sind. Dies erscheint aus den nachfolgend dargestellten Überlegungen nicht überzeugend und der Beschwerdeführerin ist insoweit zuzustimmen, als sie geltend macht, die Berechnung der (mutmasslichen) Anschaffungs- bzw. Herstellkosten von Anlagen mittels Rückindexierung von Wiederbeschaffungspreisen nach Art. 13 Abs. 4 StromVV komme nicht zwangsläufig einer Neubewertung im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV gleich. Denn bei dieser Berechnungsmethode geht es in einem ersten Schritt nur darum, die (mutmasslichen) Anschaffungs- bzw. Herstellkosten von Anlagen zu ermitteln, wenn die tatsächlichen Kosten ausnahmsweise nicht mehr feststellbar sind. Ob die Anlagewerte in der Vergangenheit schneller als wirtschaftlich notwendig abgeschrieben und später wieder aufgewertet worden sind, lässt sich alleine anhand der so berechneten (mutmasslichen) Anschaffungs- bzw. Herstellkosten dagegen nicht feststellen.

In einem weiteren Schritt könnten aber anschliessend in Anwendung von Art. 15 Abs. 3 StromVG sowie Art. 13 Abs. 1-3 StromVV (vgl. dazu E. 4.1 ff.) auf einen bestimmten Zeitpunkt hin die für die Berechnung der Tarife anrechenbaren Kapitalkosten eruiert werden. Für die Beantwortung der Frage, ob die Anlagen im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV neu bewertet worden sind, müssten die auf diese Weise berechneten Anlagewerte schliesslich mit den Anlagewerten verglichen werden, welche zuletzt in der Buchhaltung aufgeführt waren. Sind die neu berechneten Anlagewerte höher als die zuletzt in der Buchhaltung aufgeführten Werte, wurden die Anlagen im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV neu bewertet bzw. aufgewertet.

6.4 In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin habe den Nachweis nicht erbracht, dass keine Neubewertung im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV erfolgt sei. Die Be-

schwerdeführerin ihrerseits erblickt darin, dass die Vorinstanz von einer Neubewertung der Anlagen ausgehe, ohne diesbezüglich weitere Sachverhaltsabklärungen vorgenommen zu haben, eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. Auch aus diesem Grund sei die Verfügung aufzuheben.

6.4.1 Entsprechend dem auch im öffentlichen Recht anwendbaren Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C.35/2007 vom 17. Oktober 2007 E. 2.3 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1571/2006 vom 21. Januar 2010 E. 1.4). Nach Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt grundsätzlich von Amtes wegen fest. In der Eingriffsverwaltung trägt die Verwaltung aber nicht – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht – in jedem Fall die umfassende Beweislast für das Vorliegen der vorausgesetzten Tatbestandselemente. Vielmehr gilt die Untersuchungspflicht nur umfassend, wenn ein nichtstreitiges Verwaltungsverfahren von Amtes wegen eingeleitet wird. Bildet jedoch das Begehren eines Privaten Ausgangspunkt des Verfahrens, gilt die eingeschränkte Untersuchungspflicht der Behörde, mithin die Dispositionsmaxime, welche in Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG Niederschlag gefunden hat (vgl. hierzu und ausführlicher: PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER in Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Rz. 208 zu Art. 12 mit Hinweis auf ALFRED KÖLZ/JÜRG BOSSHART/MARTIN RÖHL, VRG – Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 7 Rz. 11; CHRISTOPH AUER in Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum VwVG, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 8 zu Art. 12). Hiernach sind die Parteien verpflichtet, unter anderem in einem Verfahren, das sie durch ihr Begehren einleiten, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken. Die Mitwirkungspflicht gilt vorab gerade für solche Tatsachen, welche eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben können (BGE 128 II 139 E. 2b).

6.4.2 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin das Verfahren mit ihrem Gesuch an die Vorinstanz eingeleitet. Demzufolge oblag es ihr, aufzuzeigen, dass ihre Anlagen nicht im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV neu bewertet worden sind. Die Beschwerdeführerin hätte bei der Vor-

instanz die für die Beurteilung ihres Gesuchs erforderlichen Unterlagen einreichen müssen (vgl. hierzu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2606/2009 vom 11. November 2010 E. 12.6.5). Wie aus den „Fragen und Antworten zur Umsetzung der am 12.12.2008 revidierten Stromversorgungsverordnung“ vom 16. Dezember 2008, welche von der Beschwerdeführerin mit der Beschwerde eingereicht worden sind und ihr somit bekannt waren, hervorgeht, gehören dazu insbesondere Unterlagen über die bisherige Abschreibep Praxis und -dauer, Alter der Anlagen und die aktuellen Buchwerte.

6.4.3 Die Berechnung der (mutmasslichen) Anschaffungs- bzw. Herstellkosten von Anlagen mittels Rückindexierung von Wiederbeschaffungspreisen nach Art. 13 Abs. 4 StromVV ist wie erwähnt nur zulässig, wenn die tatsächlichen Anschaffungs- bzw. Herstellkosten nicht mehr feststellbar sind. Weil die Beschwerdeführerin diese Berechnungsmethode angewendet hat, ist davon auszugehen, dass bei ihr nicht sämtliche Unterlagen über die bisherige Abschreibep Praxis und -dauer vorhanden waren. Die Beschwerdeführerin hätte aber im Hinblick auf ihre Mitwirkungspflicht zumindest eine Erklärung liefern können und müssen, weshalb in ihrem Fall die tatsächlichen Anschaffungs- bzw. Herstellkosten nicht mehr feststellbar sind. Die Beschwerdeführerin hätte zudem jedenfalls diejenigen Unterlagen einreichen können und müssen, welche es der Vorinstanz ermöglicht hätten, die von ihr berechneten Anlagewerte mit den letzten buchhalterischen Anlagewerten zu vergleichen. Nur so hätte die Vorinstanz überhaupt prüfen können, ob die Anlagewerte in der Vergangenheit tatsächlich über eine sachgerechte Nutzungsdauer abgeschrieben und damit nicht im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV neu bewertet worden sind, wie die Beschwerdeführerin geltend macht.

6.4.4 Die Beschwerdeführerin hat trotz der Aufforderung, entsprechende Beweismittel einzureichen, auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Unterlagen eingereicht, welche aufzeigen würden, dass ihre Anlagen tatsächlich nicht im Sinne von Art. 31a Abs. 2 StromVV neu bewertet bzw. dass sie über eine sachgerechte Nutzungsdauer abgeschrieben worden sind. Im Hinblick auf Art. 8 ZGB und ihre Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG hat die Beschwerdeführerin die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (vgl. auch KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 207 zu Art. 12). Demnach ist davon auszugehen, dass sie die Voraussetzungen gemäss Art. 31a Abs. 2 StromVV für die Verwendung des höheren Zins-

satzes ohne Reduktion nicht erfüllt. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

7.

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend, weshalb sie die Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Streitwert der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für eine Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht und aus welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 16; BEAT RUDIN in Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 51 Rz. 12).

Im vorliegenden Verfahren ist ein Begehren mit Vermögensinteressen im Streit. Der Streitwert übersteigt die Grenze von fünf Million Franken. Die Verfahrenskosten sind anhand des Streitwerts und der Komplexität der Streitsache auf Fr. 20'000.- festzusetzen (vgl. Art. 4 VGKE).

8.

Ansichts ihres Unterliegens hat die Beschwerdeführerin von vornherein keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 20'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 16'000.-- ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 952-09-072; Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli

Michelle Eichenberger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: