

# WEGWEISENDES PILOTURTEIL DES BUNDESGERICHTS ZUR BEWERTUNG DER NETZE

(BGE 2c\_25/2011)

Weitgehende Korrektur der restriktiven Praxis der ElCom

**Markus Flatt\***

Dr. oec. HSG, Leiter Beratung Energie,  
EVU Partners AG, Aarau, markus.flatt@evupartners.ch

**Adrian Widmer\***

lic. rer. pol., Beratung Energie,  
EVU Partners AG, Aarau, adrian.widmer@evupartners.ch

31. August 2012

---

## Lead

Das letztinstanzliche Urteil des Bundesgerichts im Fall der BKW gegen die ElCom zu den Kosten und Tarifen 2009 der Netzebene 1 hat für die Branche wegweisenden Charakter. Neben den konkreten Entscheiden im betroffenen Fall hat das Bundesgericht in mehreren Punkten Fragen zur historischen und synthetischen Netzanlagenbewertung sowie zur Bestimmung der Kapitalkosten nach Art. 15 Abs. 3 StromVG abschliessend geklärt. Die diesbezügliche Praxis der ElCom wird dabei massgeblich korrigiert.

---

## 1 SACHVERHALT

Die BKW FMB Energie AG und die BKW Übertragungsnetz AG (BKW) haben gegen die Verfügung der ElCom vom 6. März 2009<sup>1</sup> zu den Kosten und Tarifen 2009 für die Netznutzung auf Netzebene 1 und Systemdienstleistungen Beschwerde erhoben. Die Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht (BVGer) mit Urteil vom 11. November 2010<sup>2</sup> nur teilweise gutgeheissen; insbesondere wurden Einwände der BKW in Bezug auf die Bewertung der Netzanlagen und zur Bestimmung der Kapitalkosten abgelehnt. Die BKW zog das Urteil vor Bundesgericht (BGer) weiter. Am 3. Juli 2012 gab das BGer nun als letzte Instanz der BKW in Bezug auf die Bewertung ihres Übertragungsnetzes in wichtigen Punkten Recht.<sup>3</sup> Insbesondere hob das BGer den von der ElCom verfügt und vom BVGer gestützten „doppelten Malus“ auf den von der BKW synthetisch bewerteten Anlagenwerten von 20.5% und zusätzlich von 20% gemäss Art. 13 Abs. 4 Stromversor-

---

\* Die Autoren bedanken sich bei Hansueli Bircher, lic.iur./ LL.M., Energiewirtschaftsjurist, für seine Mitwirkung aus juristischer Sicht und bei Nico Waldmeier und Iwan Nussbaumer, beide EVU Partners AG, für ihre redaktionellen Inputs zum vorliegenden Artikel.

gungsverordnung (StromVV) auf. Das BGer hat in diesem Punkt entschieden, für die Bewertung des Übertragungsnetzes der BKW nur den pauschalen Malus von 20% gemäss Art. 13 Abs. 4 StromVV zuzulassen.<sup>4</sup>

Während für die BKW als Beschwerdeführerin dieser Bundesgerichtsentscheid konkrete Folgen hat, enthalten die Erwägungen des BGer mehrere, wegweisende Klärungen in Bezug auf die Netzbewertung und die Bestimmung der Kapitalkosten, welche für die Netzbewertung sämtlicher Netzbetreiber, auch für Verteilnetzbetreiber, relevant sind. Die nachstehenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Erwägungen des BGer, welche aus Sicht der Autoren für die ganze Strombranche von Relevanz sein dürften.

## **2 WEGWEISENDE ERWÄGUNGEN DES BUNDESGERICHTS**

### **2.1 ANWENDBARKEIT DER SYNTHETISCHEN BEWERTUNGSMETHODE**

Eine der zentralen Fragen zur Bestimmung der anrechenbaren Kapitalkosten der Netzinfrastruktur nach Art. 15 Abs. 3 Stromversorgungsgesetz (StromVG) ist die Anwendbarkeit der sogenannten synthetischen Methode zur Bewertung der bestehenden Netzanlagen. Gemäss Art. 13 Abs. 4 StromVV können, falls die ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellkosten für bestehende Anlagen ausnahmsweise nicht mehr festgestellt werden können, diese wie folgt berechnet werden: Die Wiederbeschaffungspreise werden transparent mit sachgerechten, offiziell ausgewiesenen Preisindices 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.<sup>5</sup>

Das Bundesgericht bestätigt in seinen Erwägungen<sup>6</sup>, dass die synthetische Bewertung als Ausnahmemethode bei nicht vollständigen, historischen Belegen zur Anwendung gelangen darf. Es sei davon auszugehen, dass das StromVG primär auf die effektiven, beim Bau der Anlage entstandenen Kosten abstellt. Das setzte allerdings voraus, dass diese Unterlagen noch vorhanden sind. Bei älteren Anlagen, deren Erstellung teilweise bis auf die 50er-Jahre des letzten Jahrhunderts zurückgeht, sei dies jedoch nicht mehr unbedingt sichergestellt. Es besteht keine gesetzliche Aufbewahrungspflicht von Bauabrechnungen über eine so lange Zeit.<sup>7</sup> Für solche Fälle wird gemäss den Ausführungen des BGer die synthetische Methode gemäss Art. 13 Abs. 4 StromVV ausdrücklich anerkannt. Das BGer hält dabei fest, dass der synthetische Anlagewert nicht ein grundsätzlich anderer Wert als der ursprüngliche Anschaffungswert ist. Vielmehr ist die synthetische Bewertung eine Methode, um diesen zu ermitteln, wenn die historischen Belege nicht komplett vorhanden sind.

Zur Anwendbarkeit der synthetischen Bewertung stützt das BGer die Auffassung der ElCom, wonach die synthetische Methode nur eine Ausnahmemethode zur Regel der historischen Bewertung darstellt. Da die synthetische Bewertung eine Ausnahmemethode ist, muss nach den Erwägungen des BGer derjenige Netzbetreiber, der von der Ausnahme Gebrauch machen will, auch nachweisen, dass ihre Voraussetzungen erfüllt sind. Gleichzeitig hält das BGer aber fest, dass an den Nachweis, dass die effektiven Kosten nicht mehr ermittelbar sind, nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden dürfen, wie an einen positiven Beweis. In diesem Punkt korrigiert das BGer die bisher sehr umstrittene Praxis der ElCom, selbst für synthetische Werte einen entsprechenden Aktivierungsnachweis zu verlangen. Jedoch kann aus Sicht des BGer erwartet werden, dass ein Netzbetreiber glaubhaft darlegen kann, weshalb er die historischen Werte nicht mehr ermitteln kann.<sup>8</sup> Die konkrete Position der BKW, aufgrund der gesetzlichen zehnjährigen Akten-

aufbewahrungsfrist nach Art. 962 OR sämtliche Anlagen vor 1999 synthetisch zu bewerten, beurteilte das BGer als wenig glaubhaft.<sup>9</sup>

## 2.2 IRRELEVANZ DER HISTORISCHEN AKTIVIERUNGS- UND ABSCHREIBUNGSPRAXIS

In direktem Zusammenhang mit der Frage der Anwendbarkeit der synthetischen Bewertungsmethode steht die bisher umstrittene Frage, inwiefern die historische Aktivierungs- und Abschreibungspraxis für die Bestimmung der Anlagenwerte bzw. der Kapitalkosten nach Art. 15 Abs. 3 StromVG direkt oder indirekt relevant sein darf. In den Erwägungen hält das BGer fest, dass nach Art. 15 Abs. 3 StromVG die Kapitalkosten der Netze ausdrücklich auf der Basis der ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellkosten zu ermitteln sind, nicht auf der Basis von Buchwerten.<sup>10</sup> Das BGer stellt daher abschliessend fest, dass weder der finanzbuchhalterische Buchwert, noch die historische Aktivierungspraxis, noch die historische Abschreibungspraxis für die Bestimmung der nach Art. 15 Abs. 3 StromVG zu ermittelnden Anlagenwerte Bedeutung haben.<sup>11</sup> Daran ändert nach BGer auch Art. 13 Abs. 4 Satz 3 StromVV, wonach „bereits in Rechnung gestellte“ Kapitalkosten in Abzug zu bringen sind, nichts. Die diesbezügliche Argumentation der ElCom, wonach diese Werte bereits den Stromkunden „in Rechnung gestellt“ worden seien, widerlegt das BGer als gesetzeswidrig, da damit letztlich gar keine Neubewertungen der Anlagenwerte, über den bestehenden Buchwert hinaus, möglich wären, was wiederum Art. 15 Abs. 3 StromVG widersprechen würde.<sup>12</sup> Es ist damit sowohl für die historische als auch für die synthetische Netzbewertung unerheblich, ob in der Vergangenheit finanzbuchhalterisch zu schnell abgeschrieben oder gar nicht aktiviert wurde. Massgeblich für die Anlagenbewertung sind nur die effektiv eruierbaren historischen Anschaffungs- und Herstellkosten und die in begründeten Ausnahmefällen nach Vorgaben von Art. 13 Abs. 4 StromVV ermittelten, synthetischen Anschaffungswerte.

## 2.3 GESETZESWIDRIGKEIT EINES „DOPPELTEN“ MALUS

Wie einleitend bereits erläutert, war aus Sicht der BKW als Beschwerdeführerin die Frage des sogenannten „doppelten Malus“, welchen die ElCom im konkreten Fall der Anlagenwerte des Übertragungsnetzes zur Anwendung gebracht hat, besonders relevant. Das BGer hat in seinen Erwägungen auch in diesem Streitpunkt Erwägungen gemacht, welche für alle Netzbetreiber von Bedeutung sind. Es hielt fest, dass der Malus nach Art. 13 Abs. 4 StromVV kumulativ zu einer weiteren Korrektur der synthetischen Anlagenwerte gesetzeswidrig ist.<sup>13</sup> Dies begründete das BGer damit, dass mit der synthetischen Methode Anlagenwerte resultieren sollen, welche möglichst nahe an den realen, historischen Kosten gemäss Art. 15 Abs. 3 StromVG liegen.<sup>14</sup> Angesichts der bestehenden Bewertungsunsicherheiten sei es jedoch zulässig, Werte am unteren Rand des Unsicherheitsbereichs anzusetzen; unzulässig ist es jedoch, bewusst oder gar gezielt einen Wert unter dem effektiven Anschaffungswert anzusetzen. Nach dem BGer ist daher der Malus von 20% gemäss Art. 13 Abs. 4 StromVV ein pauschaler Wert, der solange anwendbar ist, als nicht im Einzelfall nachgewiesen werden kann, dass er zu einer gesetzeswidrigen Bewertung führt. Dabei liegt die Beweislast bei den Netzeigentümern, da sich diese auf eine Ausnahmemethode berufen.<sup>15</sup>

Umgekehrt stellt das BGer klar, dass die Indexierung gemäss der Weisung 3/2010 der ElCom mit dem „Höpsle-Index“ nicht zu beanstanden sei. Diesen erachtet es als konform mit den Anforderungen von Art. 13 Abs. 4 StromVV und verweist dabei auf das Gutachten des Instituts für Wirtschaftsstudien Basel GmbH (IWSB)<sup>16</sup>, wonach der ursprünglich bei synthetischen Bewertungen oft verwendete „PIP-Index“ nicht geeignet ist.<sup>17</sup>

## 2.4 RECHTMÄSSIGKEIT DER ZINSSATZREDUKTION

In einem separaten Verfahren (2C\_58/2011) hat die BKW auch gegen die von der ElCom gemäss Art. 31a StromVV verfügte und vom BVGer gestützte Zinssatzreduktion (3.55% statt 4.55%) auf den synthetischen Anlagewerten, die vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommen wurden, Beschwerde erhoben. Auch diesen Streitpunkt hat das BGer in diesem Urteil abschliessend beurteilt. Dabei stützte es im Unterschied zu den vorhergehenden drei Streitpunkten in diesem Fall die Beurteilung der ElCom und des BVGer weitgehend. Der BGer bestätigte, dass Art. 31a StromVV entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht gesetzeswidrig ist.<sup>18</sup> Da das StromVG die Bestimmung der Höhe des Zinssatzes zur Verzinsung der Vermögenswerte gemäss Art. 15 Abs. 3 lit. b StromVG dem Ordnungsgeber delegiert, schliesst das Gesetz gemäss den Ausführungen des BGer auch nicht aus, für verschiedene Vermögenswerte unterschiedliche Zinssätze anzuwenden, wenn dies mit sachlichen Gründen gerechtfertigt werden kann. Als solchen sachlichen Grund beurteilt das BGer den Umstand, dass für die Aufwertungsbeiträge dieser Anlagen bei den betroffenen Netzeigentümern kein zusätzlicher Kapitalisierungsbedarf entsteht. Der Bundesrat habe bei der Festlegung der Zinssätze einen erheblichen Ermessensspielraum, in den die Gerichte nicht einzugreifen hätten. Umgekehrt präzisiert das BGer jedoch die Anwendung der Zinssatzreduktion: diese ist unabhängig von der Bewertungsmethode im Fall von Aufwertungsgewinnen anzuwenden.<sup>19</sup> Dies bedeutet, dass die Zinssatzreduktion auch im Falle von historischen Neubewertungen, und nicht nur bei Anwendung der synthetischen Methode, Geltung hat.

## 3 KONSEQUENZEN DES PILOTURTEILS DER BUNDESGERICHTS

Die vom BGer in erfreulicher Klarheit gefällten, letztinstanzlichen Entscheide haben für viele Netzbetreiber, für die ElCom als auch für noch hängige Verfahren weitreichende Konsequenzen. Für sämtliche betroffenen Akteure, unabhängig von der individuellen Interessenslage, hat dieses Piloturteil einen zentralen Nutzen: eine wesentlich höhere Rechtssicherheit.

Gemäss den vorstehenden Ausführungen sind die zahlreichen Eigentümer und Betreiber der Schweizer Übertragungs- und Verteilnetze nun gefordert, ihre Netzbewertung aufgrund der geklärten Rechtslage zu überprüfen und, je nach Ergebnis, die Bewertung sowie die Kalkulation der resultierenden Kapitalkosten anzupassen. Es ist einem Netzbetreiber nun getreu dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 3 StromVG gestattet, basierend auf historischen Daten und in begründeten Fällen auch anhand der synthetischen Methode seine betriebsnotwendigen Netzanlagen unabhängig von der historischen Aktivierungs- und Abschreibungspraxis neu zu bewerten. Umgekehrt hat der Netzbetreiber im Falle einer Aufwertung auch die gemäss Art. 31a StromVV zeitlich bis 2013 befristete Zinssatzreduktion von 1% auf allen Anlagen, welche vor dem 1. Januar 2004 in Betrieb genommen wurden, zu akzeptieren. Ebenfalls sind im begründeten Falle der Anwendung der Ausnahmeregelung der synthetischen Bewertungsmethode die von der ElCom vorgegebenen Indices anzuwenden und, sofern im Einzelfall vom Netzbetreiber nicht das Gegenteil bewiesen werden kann, der Malus von einmal 20% gemäss Art. 13 Abs. 4 StromVV zu berücksichtigen.

Der bisherige Standpunkt der ElCom, weder eine historische Aufarbeitung noch eine synthetische Nachaktivierung historisch nicht nachweislicher aktivierter Netzanlagen als unzulässig zu erachten, wird folglich mit dem vorliegenden Piloturteil des BGer nicht mehr haltbar sein.<sup>20</sup> Die Interpretation der ElCom von Art. 13 Abs. 4 StromVV, dass auch nicht aktivierte Anschaffungs- bzw. Herstellkosten als „in Rechnung gestellte Kosten“ gelten, wurde vom BGer in aller Deutlichkeit korrigiert. Weder der aktuelle Buchwert noch die historische Aktivierungs- oder Abschreibungspra-

xis ist für die Bestimmung der Anlagenwerte und damit der Kapitalkosten nach Art. 15 Abs. 3 StromVG relevant.

Umgekehrt wurde vom BGer auch klar festgehalten, dass die synthetische Bewertung keine Alternative zur historischen Bewertung darstellt, sondern dass sie lediglich deren Komplettierung ermöglicht. Für viele Netzbetreiber bedeutet diese Klärung einerseits Rechtssicherheit, andererseits aber auch eine rechtliche Verpflichtung, allfällig noch bestehende synthetische Bewertungen für Anlagen oder Zeiträume, in welchen historische Belege vorhanden sind, historisch aufzuarbeiten. Für Netzbetreiber mit ausschliesslich historischen Anlagenbewertungen gilt es deren Vollständigkeit zu überprüfen. Dies trifft insbesondere für diejenigen Fälle zu, welche aufgrund der bisherigen ElCom-Praxis bewusst auf die Nachaktivierung historisch nicht aktivierter Anlagenwerte verzichtet haben. Besonders davon betroffen sind (ehemals) öffentlich-rechtliche Netzbetreiber mit hohen historischen Aktivierungsgrenzen (z.B. Stadt- und Gemeindewerke).

Letztlich entsteht durch das Urteil des BGer bei sämtlichen Netzbetreibern, deren Gesuch um Anwendung des vollen Zinssatzes gemäss Art. 31a Abs. 2 StromVV vom Fachsekretariat der ElCom mit dem Vorbehalt einer vertieften Prüfung genehmigt wurde, ein Widererwägungsbedarf. Den betroffenen Netzbetreibern ist zu empfehlen, die Beurteilung anhand der Erwägungen des BGer neu vorzunehmen und allfällige zu Unrecht nicht gesenkte Zinssätze in den betroffenen Jahren über zusätzliche Deckungsdifferenzen zu korrigieren.

- 
- <sup>1</sup> Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom (2009). Verfügung 952-08-005 vom 6. März 2009; erhältlich unter <http://www.elcom.admin.ch/dokumentation/00013/00063/00069/index.html?lang=de>.
  - <sup>2</sup> Bundesverwaltungsgericht (2010). Entscheid A2606/2009 vom 11. November 2010; erhältlich unter <http://www.bvger.ch/publiws/pub/cache.jsf?displayName=A-2606/2009&decisionDate=2010-11-11>.
  - <sup>3</sup> Bundesgericht (2012). Bundesgerichtsentscheid in den Verfahren 2C\_25/2011 und 2C\_58/2011 vom 3. Juli 2012; erhältlich unter [http://entscheide.weblaw.ch/cache/f.php?url=links.weblaw.ch%2F03.07.2012\\_2C\\_25-2011&ul=de&l=de](http://entscheide.weblaw.ch/cache/f.php?url=links.weblaw.ch%2F03.07.2012_2C_25-2011&ul=de&l=de).
  - <sup>4</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 7.7.
  - <sup>5</sup> Art. 13 Abs. 4 StromVV in der ursprünglichen Fassung; in Kraft seit dem 1. April 2008 (vor der Revision vom 12. Dezember 2008).
  - <sup>6</sup> Vgl. BGE 2C\_25/2011, Ziff. 6.2 und 6.3.
  - <sup>7</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 6.2.
  - <sup>8</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 6.3.
  - <sup>9</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 6.3.1.
  - <sup>10</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 4.6.2.
  - <sup>11</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 6.3.2.
  - <sup>12</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 4.6.2.: „[...] Soweit die Verordnungsänderung vom 8. Dezember 2008 darauf abzielt, anstelle des Anschaffungswertes nur den Buchwert als Berechnungsbasis zuzulassen und Aufwertungen von einem allenfalls tieferen Buchwert auf den Anschaffungswert zu untersagen, müsste sie als gesetzwidrig betrachtet werden. Dasselbe gilt für die Verfügungen der ElCom bzw. die Entscheide der Vorinstanz. Um solche Aufwertungen der Anlagen zu verhindern, müsste das Gesetz geändert werden.“
  - <sup>13</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 7.7.
  - <sup>14</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 6.4.
  - <sup>15</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 7.7.
  - <sup>16</sup> Institut für Wirtschaftsstudien Basel GmbH (2010). Preisindizes für das schweizerische elektrische Netz. Basel: IWSB; erhältlich unter [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch).
  - <sup>17</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 6.8.3.
  - <sup>18</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 8.6.
  - <sup>19</sup> BGE 2C\_25/2011, Ziff. 8.5.1.
  - <sup>20</sup> Fachsekretariat der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom (2011), ElCom Infoveranstaltung 2011, S. 18. Erhältlich unter [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch).