

[REDACTED] AG

Vorstand

[REDACTED]

per RSb

B E S C H E I D

Aufgrund des Antrages der [REDACTED] AG vom 5. März 2018 auf Genehmigung der „Vereinbarung über die Leistungsvorhaltung des [REDACTED] der [REDACTED] – unter Zugrundelegung der Allgemeinen Bedingungen für Netzreserve im Rahmen des Engpassmanagements idgF“ zwischen [REDACTED] AG und [REDACTED] GmbH gemäß § 29 Abs. 3 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EiwOG 2010), BGBl. I Nr. 110/2010, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 108/2017, iVm § 25 Abs. 1 Z 2 lit. b Energie-Control-Gesetz (E-ControlG), BGBl. I Nr. 110/2010, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 108/2017, ergeht seitens der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft folgender

I. Spruch

Der Antrag auf Genehmigung der „Vereinbarung über die Leistungsvorhaltung des [REDACTED] der [REDACTED]“ zwischen [REDACTED] AG und [REDACTED] GmbH **wird abgewiesen.**

II. Begründung

1. Sachverhalt:

Die Antragstellerin, [REDACTED] AG (nachfolgend [REDACTED]), stellte am 5. März 2018, bei der Energie-Control Austria (nachfolgend „E-Control“) einen Antrag gemäß § 29 Abs. 3 EIWOG 2010 auf Genehmigung des „Vereinbarung über die Leistungsvorhaltung des [REDACTED] der [REDACTED] – unter Zugrundelegung der Allgemeinen Bedingungen für Netzreserve im Rahmen des Engpassmanagements idgF“ (sog. „Sommerreserve“), welche zwischen den Vertragspartnern [REDACTED] und [REDACTED] GmbH (nachfolgend: [REDACTED]) in Form eines Angebots der [REDACTED] vom 26. Februar 2018, ausgesendet am 28. Februar 2018, und Gegenzeichnung durch [REDACTED] abgeschlossen wurde. Die Vereinbarung wurde unter der aufschiebenden Bedingung ihrer Genehmigung durch die E-Control abgeschlossen und umfasst im Wesentlichen die von [REDACTED] bei [REDACTED] bestellte Leistungsvorhaltung des [REDACTED], [REDACTED] (Vertragskraftwerk) mit einer Leistung von ca. [REDACTED] MW (bei 30°C) und einer Vorlaufzeit von [REDACTED] Stunden (Zeit bis zum Erreichen der Maximalleistung ab Anforderung bei Kaltstart), für den Bestellzeitraum vom 16. April 2018 bis 30. September 2018 und die dafür von [REDACTED] zu entrichtende Gegenleistung in Höhe von [REDACTED] Euro. Entsprechend den dem Vertrag angeschlossenen „Allgemeinen Bedingungen für Netzreserve im Rahmen des Engpassmanagements“, Punkt 1.3 und Punkt 4.1, ist in der Vereinbarung festgehalten, dass für die Leistungsvorhaltung der Vertragskraftwerke ausschließlich die wirtschaftlichen Nachteile und Kosten gemäß § 23 Abs. 2 Z 5 EIWOG 2010, die durch diese Leistungen verursacht werden, zur Verrechnung gelangen.

Dem Antrag sind zahlreiche Gesprächstermine auf Expertenebene im Vorfeld zum gemeinsamen Verständnis vorausgegangen. Auf Basis einer gemeinsamen Besprechung am 29. Jänner 2018 forderte [REDACTED] mit Schreiben vom 31. Jänner 2018 jene Kraftwerksbetreiber, die bereits in den Vorjahren für Zwecke der Sommerreserve kontrahiert worden waren (also auch [REDACTED]) auf, ihre Angaben zu den Kosten für die Netzreserve Sommer 2018 bis 14. Februar 2018 erneut zu prüfen und allenfalls entsprechend zu reduzieren, nachdem die ersten Angebote jener Kraftwerksbetreiber, die aufgrund einer Einladung der [REDACTED] vom 30. November 2017 bis 15. Dezember 2017 gelegt worden waren, nicht für nachvollziehbar befunden wurden.

Mit Schreiben vom 9. März 2018 ersuchte die Behörde die Antragstellerin, die [REDACTED] sowie die das Kraftwerk operativ betreibende [REDACTED] GmbH [REDACTED] (nachfolgend „[REDACTED]“) um Stellungnahme zu einzelnen Kostenpositionen und verschiedenen rechtlichen Punkten, insbesondere zu den im Schreiben der [REDACTED] und [REDACTED] vom 16. Jänner 2018 aufgeschlüsselten Kostenpunkten. [REDACTED] und [REDACTED] replizierten auf die von der Behörde am 9. März 2018 aufgeworfenen Punkte mit Schreiben vom 16. März 2018, eingelangt am 20. März 2018, und verständigten dazu die [REDACTED]. Diesem Schreiben ging zusätzlich eine Besprechung am 14. März 2018, 15.00 bis 15.45 Uhr, in den Büroräumlichkeiten der Behörde

zwischen E-Control, [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] voraus. Auf das dazu von der Behörde am 19. März 2018 versandte Protokoll der Besprechung vom 14. März 2018 erstattete [REDACTED] eine Ergänzung.

2. Rechtslage:

Gemäß § 29 Abs. 3 EIWOG 2010 sind sämtliche kommerziellen und finanziellen Vereinbarungen des unabhängigen Übertragungsnetzbetreibers mit dem vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen. Die Regulierungsbehörde hat bei Vorliegen von marktüblichen und nichtdiskriminierenden Bedingungen innerhalb von vier Wochen diese mit Bescheid zu genehmigen. Nach Ablauf dieser Frist gilt die Zustimmung als erteilt.

Gemäß § 23 Abs. 2 Z 5 EIWOG 2010 ist der Regelzonenführer verpflichtet, Engpässe in Übertragungsnetzen zu ermitteln und Maßnahmen zur Vermeidung, Beseitigung und Überwindung von Engpässen durchzuführen sowie die Versorgungssicherheit aufrechtzuerhalten. Sofern für die Netzengpassbeseitigung erforderlich, hat der Regelzonenführer – in Abstimmung mit den betroffenen Verteilernetzbetreibern – Verträge mit Erzeugern abzuschließen, wonach die Erzeuger zu Leistungen (Erhöhung oder Einschränkung der Erzeugung, Veränderung der Verfügbarkeit von Erzeugungsanlagen) gegen Ersatz der wirtschaftlichen Nachteile und Kosten, die durch diese Leistungen verursacht werden, verpflichtet sind. Diese Bestimmung wurde durch die zuletzt beschlossene Novelle des EIWOG 2010, BGBl. I Nr. 108/2017, konkretisiert. Damit verfügt die [REDACTED] über einen größeren Spielraum, Verträge mit Erzeugern zur Bereithaltung einer gesicherten Leistung einzugehen.

Nach § 59 Abs. 1 EIWOG 2010 haben die im Zuge der Kostenprüfungsverfahren durch die Regulierungsbehörde zu prüfenden, den Entgelten zugrundeliegenden Kosten der Netzbetreiber dem Grundsatz der Kostenwahrheit zu entsprechen und dem Grunde und der Höhe nach angemessen zu sein.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Die Antragstellerin ist als unabhängiger Übertragungsnetzbetreiber (§ 7 Abs. 1 Z 70 EIWOG 2010) zertifiziert (vgl. dazu den Zertifizierungsbescheid vom 12. März 2012, V ZER 01/11). Die [REDACTED] AG agiert als Holding des [REDACTED] Konzerns und nimmt sowohl die Funktionen Erzeugung iSd § 7 Abs. 1 Z 17 EIWOG 2010 (etwa [REDACTED]), Versorgung iSd § 7 Abs. 1 Z 75 EIWOG 2010 ([REDACTED]) als auch Übertragung iSd § 7 Abs. 1 Z 68 EIWOG 2010 ([REDACTED]) wahr (vgl. offenes Firmenbuch). Diese Unternehmen sind [REDACTED] im vollständigen gesellschaftsrechtlichen Eigentum der [REDACTED] AG. Kontrolle iSd § 7 Abs. 1 Z 34 EIWOG 2010, Art. 3 Abs. 2 VO FKVO wird somit auf all diese Tochterunternehmen durch die [REDACTED] AG ausgeübt. Somit ist der [REDACTED] Konzern als ein vertikal integriertes Unternehmen iSd § 7 Abs. 1 Z 78 EIWOG 2010 zu qualifizieren.

3.2. Die ■■■■ ist gemäß § 23 Abs. 1 EIWOG 2010 Regelzonenführerin der Regelzone ■■■■ und daher ■■■■ gemäß Abs. 2 Z 5 leg. cit. verpflichtet, soweit erforderlich, Verträge mit Erzeugern abzuschließen, wonach die Erzeuger zu Leistungen (Erhöhung oder Einschränkung der Erzeugung, Veränderung der Verfügbarkeit von Erzeugungsanlagen) gegen Ersatz der wirtschaftlichen Nachteile und Kosten verpflichtet sind. Diese Bestimmung legt dabei einen subjektiv-individuellen Maßstab der Kostenabgeltung an, nämlich den „Ersatz der wirtschaftlichen Nachteile und Kosten, die durch diese Leistungen verursacht werden“. Das bedeutet in weiterer Folge, dass die ■■■■ als Regelzonenführerin der ■■■■ nur jene beim Kraftwerk individuell anfallenden Mehrkosten, die durch die Vorhaltung der Leistung des ■■■■ der ■■■■ (Kraftwerksblöcke ■■■■) gegenüber einer kompletten Stilllegung konkret anfallen, abgelden darf. Welche Kosten des ■■■■ das dann im Einzelfall sind und inwieweit die Aufwendungen der ■■■■ als notwendig und angemessen zu beurteilen sind, ist Gegenstand der Kostenermittlung gemäß § 48 iVm § 59 iVm § 23 Abs. 2 Z 5 EIWOG 2010, bei welcher im Übrigen auch die Legalparteien gemäß § 48 Abs. 2 leg. cit. Parteistellung haben.

3.3. In Abgrenzung zur „Feinprüfung“ im Kostenermittlungsverfahren ist in dem auf vier Wochen beschränkten Verfahren gemäß § 29 Abs. 3 EIWOG 2010 eine Grobprüfung des zur Genehmigung vorgelegten Vertrags des unabhängigen Übertragungsnetzbetreibers mit dem vertikal integrierten Unternehmen vorzunehmen. Der Prüfungsfokus hat sich dabei an der Marktüblichkeit und Diskriminierungsfreiheit zu orientieren: Zweck ist es nämlich bei den Verfahren im Zusammenhang mit Entflechtungssachverhalten, wettbewerbliche Vorteile für vertikal integrierte Unternehmen, die durch das unternehmerische Gebaren des konzernverbundenen Netzbetriebs resultieren, möglichst nicht entstehen zu lassen. Konkret für die Prüfung der Verträge der ■■■■ im Zusammenhang mit der Sommerreserve wäre daher im Verfahren gemäß § 29 Abs. 3 EIWOG 2010 zu prüfen, ob ■■■■ aus der Kontrahierung der Sommerreserve einen ungebührlichen ökonomischen Vorteil lukriert und es damit zu einer Diskriminierung anderer, nicht im Konzernverbund der ■■■■ befindlicher Kraftwerksbetreiber kommt.

3.4. Die zwei von ■■■■ operativ geführten und von ■■■■ vermarkteten Kraftwerksblöcke von ■■■■ sind nicht die einzigen Blöcke, die von ■■■■ unter dem Titel der Sommerreserve von anderen Kraftwerksbetreibern kontrahiert werden. Bereits seit mehreren Jahren fand eine jährliche Absicherung des Netzbetriebs der ■■■■ durch die gesicherte Vorhaltung/Bereithaltung von thermischen Kraftwerken in der Sommerzeit (April/Mai bis inkl. September) statt, wobei – aufgrund spezifischer technischer Qualifikationskriterien – stets nahezu dieselben Anbieter für die Sommerreserve vertraglich gebunden wurden.

Von diesen Vereinbarungen sind ausschließlich jene, die das vertikal integrierte Unternehmen betreffen, gemäß § 29 Abs. 3 EIWOG 2010 zu genehmigen und von der Behörde auf Diskriminierungsfreiheit und Marktüblichkeit zu prüfen. Die übrigen Verträge der ■■■■ im Zusammenhang mit der Sicherung der Sommerreserve betreffen Vereinbarungen mit nicht

konzernverbundenen Kraftwerksbetreibern und konnten daher im Rahmen zivilrechtlich freier Vertragsgestaltung (im Rahmen der Abgeltung nach § 23 Abs. 2 Z 5 EIWOG 2010) abgeschlossen werden.

3.5. Die Marktüblichkeit und Diskriminierungsfreiheit der Vereinbarung von [REDACTED] mit [REDACTED] kann daher weitestgehend durch einen relativen Vergleich der kontrahierten oder zu kontrahierenden Vorhaltekraftwerksblöcke bewerkstelligt werden – vorausgesetzt, dass die übrigen Verträge ebenfalls eine marktübliche Remuneration der erbrachten Vorhalteleistung enthalten. Es hat sich gezeigt, dass das [REDACTED] 2018 im oberen Bereich der Kosten betreffend Sommerreservekraftwerke lag.

3.6. Von der im Schreiben von [REDACTED] und [REDACTED] vom 16. Jänner 2018 aufgelisteten Darstellung der einzelnen Kostenpositionen wurden von der Behörde insbesondere drei genauer hinterfragt, nämlich das Netznutzungsentgelt Leistungspreis Gas (0,5 Jahre) iHv [REDACTED] Euro, der Personalaufwand (0,5 Jahre) iHv [REDACTED] Euro und sonstige Kosten, insb. anteilige Revision/ lfd. Instandhaltung etc. iHv [REDACTED] Euro. Die dargestellten Kosten sind ohne „Revisionsabschlag“, dh. vor Abzug der anteiligen Kosten für die dreiwöchige Revision und die damit verbundene Unmöglichkeit der Vorhalteleistungsbereitstellung für drei Wochen im fünfeneinhalbmonatigen Sommerreservekontrahierungszeitraum.

3.6.1. Die in der von [REDACTED] vorgelegten Vereinbarung mit [REDACTED] Euro (ohne Revisionsabschlag) einen wesentlichen Kostenblock darstellenden Aufwendungen (Netzentgelt Gas) sind bereits dem Grunde nach nicht von einem Sommerreservevertrag abdeckbar: gemäß § 23 Abs. 2 Z 5 EIWOG 2010 können nur jene zusätzlichen Kosten von Kraftwerksbetreibern, welche spezifisch und unmittelbar aus der Leistungsvorhaltung aufgrund der Sommerreservevereinbarung resultieren, abgegolten werden.

Der „Netzzugangsvertrag für die [REDACTED] Anlage [REDACTED]“ (vgl. Beilage /1), abgeschlossen zwischen [REDACTED] GmbH (nunmehr: [REDACTED] GmbH) und [REDACTED] GmbH [REDACTED] (nunmehr: [REDACTED] GmbH [REDACTED]) am 19. bzw. 28. April 2011, sieht in Punkt 8 (Vertragsdauer) explizit vor, dass der Gasnetzzugangsvertrag erst erstmals zum 31. Dezember 2022 mittels ordentlicher Kündigung aufgelöst werden kann. Bis dahin gilt die vertraglich vereinbarte Höchstleistung im Ausmaß von [REDACTED] Nm³/h gemäß Punkt 2.2 des Vertrages – dies entspricht bei einem Verrechnungsbrennwert 11,30 kWh/Nm³ nach § 2 Abs. 1 Z 13 Gas-Systemnutzungsentgelte-Verordnung 2013 (GSNE-VO 2013) idGF einer energetischen Leistung von [REDACTED] kWh/h. Gemäß § 2 Abs. 1 Z 14 GSNE-VO 2013 berechtigen (auch) kurzfristige Änderungen des Nutzungsverhaltens nicht zu einer Änderung der vertraglich vereinbarten Höchstleistung (siehe dazu auch Erk. des BVwG vom 12. September 2017, GZ W157 2112254-1/8E).

Der gegenständlich zur Genehmigung vorgelegte Vertrag umfasst einen Zeitraum von fünfeneinhalb Monaten (16. April bis 30. September 2018), wovon – je nach Kraftwerksblock – rund drei Wochen Revisionszeitraum noch abzuziehen sind. Für diese von der Behörde zu

beurteilende Zeitspanne ist daher auch ausschließlich das alternative Kostenszenario einer Kraftwerkseinmottung für fünfeinhalb Monate für die Vergleichsrechnung gemäß § 23 Abs. 2 Z 5 EIWOG 2010 zugrunde zu legen. Eine Einmottung bzw. eine Reduktion der vertraglich vereinbarten Höchstleistung für diese Zeitdauer ist als kurzfristig im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 14 GSNE-VO 2013 zu werten und berechtigt nicht zu einer Reduktion der Gas-Systemnutzungsentgelte/Komponente Netznutzungsentgelt-Leistungspreis in der von § 10 Abs. 8 Z 2 (Netzbereich Steiermark – Netzebene 2) festgelegten Höhe.

3.7. Der Antrag von [REDACTED] auf Genehmigung der vorgelegten Vereinbarung ist daher schon alleine aus diesem Grund [Netznutzungsentgelt Leistungspreis Gas (0,5 Jahre) iHv [REDACTED] Euro] abzuweisen, da der gegenständlich zur Genehmigung vorgelegte Vertrag (16. April bis 30. September 2018) dem Grunde nach als nicht marktüblich iSd § 29 Abs. 3 EIWOG 2010 anzusehen ist.

3.8. Abschließend wird Folgendes bemerkt:

Als rechtlich vorteilhaft wäre die Aufnahme einer „Clawback-Klausel“ (Rückforderungsklausel) bei künftigen langfristigen Verträgen der [REDACTED] mit den Kraftwerksbetreibern, womit eine Rückforderung von bereits ausgezahlten Übererlösen der Kraftwerksbetreiber durch [REDACTED] zivilrechtlich besser abgesichert wäre.

Das von [REDACTED] und [REDACTED] im Schreiben vom 16. März 2018 erstattete Vorbringen, dass nicht alle Kosten, die zur betrieblichen Verfügbarkeit gehören (wie zB Kosten für betriebliche Serviceleistungen des Verbundes in der Höhe von [REDACTED] Euro), im Vertrag berücksichtigt seien, ist für die Beurteilung des verfahrensgegenständlichen Vertrages vor dem Hintergrund des § 23 Abs. 2 Z 5 EIWOG 2010 rechtlich nicht von Relevanz. Sollten bei Abschluss späterer Verträge diese (neuen) Kosten angesetzt werden, wären sie im Antrag auf Genehmigung des Vertrages (§ 29 Abs. 3 EIWOG 2010) entsprechend detailliert zu begründen und an den vom Gesetz aufgestellten Maßstäben zu messen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann gemäß § 7 VwGVG das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach erfolgter Zustellung dieses Bescheides bei der Energie-Control Austria einzubringen und hat die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, die belangte Behörde und die Gründe auf die sich die behauptete Rechtswidrigkeit stützt, sowie das Begehren zu enthalten. Für Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht wird ersucht, die Eingabegebühr von EUR 30,0 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 idgF, 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.

IV. Gebühren

Es wird ersucht, die anfallenden Gebühren von **EUR 84,50** entsprechend folgender Aufstellung gemäß § 3 Abs. 2 Gebührengesetz 1957 auf das Gebührenkonto der Energie-Control Austria, bei ERSTE BANK, IBAN: AT57 2011 1403 1846 4201, BIC: GIBAATWWXXX, zu überweisen.

| | | |
|--|------------|--------------|
| Eingabevergebührung (§ 14 TP 6 Abs. 1 GebG) | EUR | 14,30 |
| Beilagenvergebührung (§ 14 TP 5 Abs. 1 GebG) | EUR | 70,20 |
| Insgesamt | EUR | 84,50 |

Energie-Control Austria
für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft

Wien, am 27. März 2018

Der Vorstand

Dr. Wolfgang Urbantschitsch, LL.M.
Vorstandsmitglied

DI Andreas Eigenbauer
Vorstandsmitglied

Beilagen:

1. Netzzugangsvertrag (Beilage./1)

Erght als Bescheid an:

██████████ AG
Vorstand

██████████
██████████

per RSb