



Beschwerdeführerin:

[...]

Vertreten durch:

[...]

Wirtschaftskammer Österreich

[...]

Wiedner Hauptstraße 63

1045 Wien

Bundesarbeitskammer

[...]

Prinz-Eugen-Straße 20-22

1040 Wien

per RSb

B E S C H E I D

Die Regulierungskommission hat gemäß § 9 Abs. 2 Energie-Control-Gesetz (E-Control-G), BGBl I Nr 110/2010 idF 107/2011 iVm §§ 48 und 59 Elektrizitätswirtschafts- und –organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl I Nr 110/2010 idF 6/2013, durch Dr. Wolfgang Schramm als Vorsitzenden und DI Andreas Eigenbauer, Dr. Erhard Fürst, Mag. Dorothea Herzele, DI Dr. Roland Kuras als weitere Mitglieder über die Beschwerde der [...], vertreten durch [...], R REM 01/12, gegen den Bescheid des Vorstands der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) vom [...] beschlossen:

I. Spruch

- I. Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 66 Abs. 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 (AVG), BGBl I Nr 51/1991 idF 100/2011 abgeändert, sodass der Spruchpunkt 1. zu lauten hat:
 1. Als Zielvorgabe gemäß § 48 Abs. 1 iVm § 59 Abs. 2 und 3 EIWOG 2010 wird ein Einsparungspotenzial von jeweils 3,5 % pro Jahr bis 31. Dezember 2013 festgestellt.
- II. Die über die Feststellungen hinausgehenden Anträge werden abgewiesen.
- III. Der Antrag, die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 51 Abs. 2 EIWOG 2010 für den Netzbetrieb der [...] (Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides) nicht mit einem Betrag von [...], sondern mit einem Betrag von [...] festzustellen, wird zurückgewiesen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit dem bekämpften Bescheid V KOS [...] hat der Vorstand der E-Control Folgendes ausgesprochen:

„I. Spruch

1. *Der Kostenanpassungsfaktor für den Netzbetrieb der [...] wird mit 3,50 % festgestellt.*
2. *Die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 51 Abs. 2 EIWOG 2010 werden für den Netzbetrieb der [...] wie folgt festgestellt (in TEUR):*
[...]
3. *Die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 51 Abs. 2 EIWOG 2010 werden für den Netzbetrieb [...] wie folgt festgestellt (in TEUR):*
[...]
4. *Die Kosten für Netzverluste für den Netzbetrieb der [...] werden wie folgt festgestellt:*
[...]

5. *Die Kosten für Netzverluste für den Netzbetrieb im Gebiet der [...] werden wie folgt festgestellt:*

[...]

6. *Das der Entgeltermittlung für die Netznutzung und Netzverluste zu Grunde zu legende Mengengerüst für den Netzbetrieb der [...] (wird wie folgt festgestellt:*

[...]

7. *Das der Entgeltermittlung für die Netznutzung und Netzverluste zu Grunde zu legende Mengengerüst für den Netzbetrieb der [...] wird wie folgt festgestellt:*

[...]

8. *Die Mengengrundlage für den Bezug aus dem vorgelagerten Netz sowie für zusätzliche vorgelagerte Netzkosten des Netzbetriebs der [...] wird wie folgt festgestellt:*

[...]

9. *Die Mengengrundlage für den Bezug aus dem vorgelagerten Netz sowie für zusätzliche vorgelagerte Netzkosten des Netzbetriebs der [...] wird wie folgt festgestellt:*

[...]

10. *Die von den festgestellten Kosten und Werten abweichenden Anträge werden abgewiesen.“*

Gegen diesen Bescheid erhob die [...], vertreten durch [...], mit Schriftsatz vom 24. September 2012 fristgerecht Beschwerde. Der Vorstand der E-Control hat von einer Entscheidung iSd § 64a AVG (Beschwerdevorentscheidung) abgesehen.

Die Beschwerde wurde der Bundesarbeiterkammer und der Wirtschaftskammer Österreich zur Stellungnahme zugestellt. Am 8. November 2012 langte fristgerecht eine Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich ein.

Am 15. Oktober 2012 wurden Unterlagen zum Akt [...] vom Vorstand der E-Control angefordert, sowie Details zu einer in der Beschwerde genannten Benchmarkstudie aus dem Jahr 2012. Mit 25. Oktober 2012 wurden die Unterlagen mittels USB-Stick übergeben. Mit E-Mail vom 15. November 2012 wurde der Vertrag über die Beschaffung von Netzverlusten aus

dem Jahr 2009, die Benchmarkstudie aus dem Jahr 2012 sowie eine detaillierte Darlegung jener Kosten, die aufgrund der Abgabe des Geschäftsfeldes "Stromhandel" wegfallen würden, von der Beschwerdeführerin angefordert. Die Beschwerdeführerin übermittelte fristgerecht die angeforderten Unterlagen am 29. November 2012, bis auf die angeforderte Benchmarkstudie 2012, auf welche nur im Begleitschreiben eingegangen wurde. Mit E-Mail vom 7. Jänner 2013 wurde in Bezug auf die am 29. November 2012 übermittelte Datei „Stromliefervertrag 2009.pdf“ die Frage gestellt, wie die Formel für das Jahr 2012 berechnet wurde und mit welchen Netzverlustmengen der Preis kalkuliert wurde (Preis-Mengengerüst). Mit E-Mail vom 11. Jänner 2013 wurden weiters detaillierte Unterlagen im Zusammenhang mit der Abgabe des Geschäftsbereiches Stromhandel angefordert. Mit E-Mail vom 25. Jänner 2013 wurde seitens der Beschwerdeführerin innerhalb offener Frist um Erstreckung der Frist zur Äußerung und Urkundenvorlage bis zum 30. Jänner 2013 ersucht. Mit E-Mail vom 25. Jänner 2013 wurde Fristerstreckung bis 30. Jänner 2013 gewährt. Mit E-Mail vom 29. Jänner 2013 wurden fristgerecht die angeforderten Unterlagen übermittelt. Mit E-Mail vom 13. Februar 2013 wurde das Vorbringen der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Art und Weise der Berechnung der Ausgleichszahlungen erweitert. Mit E-Mail vom 5. März 2013 wurde nochmals die Benchmarkstudie aus dem Jahr 2012 angefordert, worauf am 8. März erläuternde Unterlagen von der Beschwerdeführerin einlangten.

Am 14. März 2013 wurde das Ergebnis der Beweisaufnahme zur Kenntnis- und Stellungnahme an die Verfahrensparteien sowie die in § 48 Abs. 2 EIWOG 2010 genannten Organisationen übermittelt (§ 48 Abs. 2 EIWOG 2010, § 45 Abs. 3 AVG). Die Beschwerdeführerin hat am 2. April 2013 zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen.

B. Ausführungen der Beschwerdeführerin

1. Allgemeines

Die Beschwerdeführerin beantragt, dass

- a) die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 51 Abs. 2 EIWOG 2010 für den Netzbetrieb der [...], ausgenommen der Netzbetrieb im Gebiet der [...], (Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides) nicht mit einem Betrag von [...], sondern mit einem Betrag von [...] festgestellt werden;
- b) die Kosten für die Netzverluste für den Netzbetrieb der [...], ausgenommen der Netzbetrieb im Gebiet der [...], (Spruchpunkt 4. des angefochtenen Bescheides) nicht mit einem Betrag von [...], sondern mit einem Betrag von [...] festgestellt werden, sowie die Kosten für die Netzverluste für den Netzbetrieb der ehemaligen [...] (Spruchpunkt 5. des angefochtenen Bescheides) nicht mit einem Betrag [...], sondern mit einem Betrag von [...] festgestellt werden; und
- c) der Kostenanpassungsfaktor für den Netzbetrieb der [...] (Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides) mit 2,5 % festgestellt wird;
- d) in Folge auch die Spruchpunkte 2. und 3. des angefochtenen Bescheides so abgeändert werden, dass die in diesen Spruchpunkten festgesetzten Kosten unter Berücksichtigung eines Kostenanpassungsfaktors von 2,5 % berechnet werden.

2. Nichtberücksichtigung von Kosten

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie per 1. Juli 2011 das Geschäftsfeld „Stromhandel“ aufgegeben habe. Im Verfahren V KOS [...]/11 habe die belangte Behörde die damaligen Personalaufwendungen um einen Betrag von [...] und den sonstigen betrieblichen Aufwand um einen Betrag von [...] reduziert. Diese Kosten in Höhe von gesamt [...] seien auch im Verfahren V KOS [...]/12 nicht als Teil der eigenen Netzkosten (Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides) berücksichtigt worden, obwohl die belangte Behörde bereits im Bescheid V KOS [...]/11 (Seite 25) ausgesprochen habe, dass diese Umstellung im Rahmen eines künftigen Verfahrens erfolgen werde. Die belangte Behörde habe sich mit dem Anbringen nicht *in merito* auseinandergesetzt und bloß auf den Bescheid V KOS [...]/11 verwiesen. Dieser Verweis sei auch aus praktischer Sicht unbefriedigend; die Auswirkungen des Erlasses des Bescheids V KOS [...]/11 seien nicht absehbar gewesen, da der wirtschaftliche Nachteil erst durch die Festsetzung der Ausgleichszahlungen in der SNT-VO 2012 schlagend geworden sei.

Auf Grund der Verpflichtung zur Ermittlung der materiellen Wahrheit hätte die belangte Behörde Kosten in Höhe von [...] dem Netzbereich zuordnen müssen, da eine Verschiebung der Kosten aus dem Wettbewerbsbereich in den regulierten Bereich auf Grund des Verkaufs des Wettbewerbsbereichs nicht mehr stattfinden könne.

Die Beschwerdeführerin führt weiters aus, dass nunmehr Zahlen vorlägen, die ergäben, dass die Nichtberücksichtigung von Kosten in der Höhe von [...] bei Personalaufwand und sonstigem betrieblichen Aufwand nicht gerechtfertigt sei: Der Jahresabschluss 2011/2012 mit Abschluss zum 30. Juni 2012 zeige, dass die Nichtanerkennung von Kosten nicht gerechtfertigt sei. Außerdem wird von der Beschwerdeführerin auf eine Benchmarkstudie aus dem Jahr 2012 verwiesen, die beweise, dass die Beschwerdeführerin zu den effizientesten Energieunternehmen Österreichs zähle. Laut Systemnutzungsentgelte-Verordnung 2012 (SNE-VO 2012) seien ausschließlich städtische Unternehmen Ausgleichszahlungsempfänger, welche freilich eine viel bessere "Struktur" als die Beschwerdeführerin haben würden.

In ihrem Schriftsatz (E-Mail) vom 13. Februar 2013 zitiert die Beschwerdeführerin das Urteil in dem von ihr angestregten Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof [...], wonach die *„Antragstellerin [...] somit im Zuge des nächstfolgenden Verfahrens zur bescheidförmigen Feststellung der Kostenbasis sowohl eine behauptete Gesetzwidrigkeit allgemeiner Festlegungen betreffend die Ausgleichszahlungen, wie sie in § 13 Abs. 1 der Systemnutzungsentgelte-Verordnung 2012 enthalten sind, geltend machen [kann], als auch auf diesem Weg eine allfällig zu hoch – weil vom Ergebnis einer Gesamtbetrachtung aller Kostenbescheide abweichend – angesetzte Ausgleichszahlungsverpflichtung als kostenrelevant im Verwaltungsverfahren zur Feststellung der (neuen) Kostenbasis über das Regulierungskonto relevieren [kann]“*. Die Beschwerdeführerin macht vor diesem Hintergrund geltend, dass der Gewinn des Bereiches Netz für das Geschäftsjahr 2011/2012 nur [...] betrage. Würde man das vorhandene Anlagevermögen mit dem WACC (Weighted Average Cost of Capital) verzinsen, stünde der Beschwerdeführerin für den neuen Netzbereich ein Betrag von [...] zu.

Außerdem bringt sie vor, dass die Ausgleichszahlungen, die in der SNT-VO 2012 (gemeint wohl: Systemnutzungsentgelte-Verordnung 2012, SNE-VO 2012) vorgesehen seien, auf Grund noch nicht rechtskräftiger Kostenbescheide ergangen seien und sich der für die Beschwerdeführerin maßgebliche Betrag somit im Nachhinein verringern müsse. Um Berücksichtigung im Rahmen des Regulierungskontos wird ersucht.

3. Netzverlustkosten

In Bezug auf die Netzverlustkosten führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Feststellung der Netzverlustkosten von der Behörde erster Instanz damit begründet worden sei, dass mit in Kraft treten der SNT-VO 2010 in der Fassung der Novelle 2011 ein neues, transparentes, nicht diskriminierendes, marktorientiertes Verfahren zur gemeinsamen Beschaffung von Netzverlustenergiemengen implementiert wurde. Es sei zwar richtig, dass in den erläuternden Bemerkungen zur SNT-VO Novelle 2011 festgehalten wurde, dass für jene Netzbetreiber, die sich nicht an der gemeinsamen Beschaffung beteiligt haben, sondern Netzverluste selbst beschaffen, der jeweilige niedrigere Preis gilt. Dazu sei seitens der Beschwerdeführerin aber festzuhalten, dass diese aufgrund bestehender Verträge zumindest bis zum 31. Dezember 2012 an [...] gebunden sei, und dieser Vertrag aus dem Jahr 2009 datiere. Die Beschwerdeführerin habe daher vertragliche Dispositionen vor dem Inkrafttreten der Novelle 2011 zur SNT-VO 2010 gesetzt. Der von der Beschwerdeführerin aufgrund der oben genannten Verträge an ihre Lieferantin, die [...], entrichtete Preis sei wesentlich über den von der belangten Behörde festgelegten angemessenen Kosten gelegen. Die tatsächlichen Kosten für die Netzverluste der Beschwerdeführerin betragen im Beobachtungszeitraum 2010 für den althergebrachten Netzbereich [...] anstelle von [...] und für den ehemaligen Netzbereich der [...] anstelle von [...]. Der von der belangten Behörde festgesetzte Preis von [...] sei nicht angemessen, da die spezifische Lastsituation der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt worden sei und die bestehenden Lieferverträge einzuhalten seien. Die Beschwerdeführerin habe sich nicht an der gemeinsamen Beschaffung beteiligt. Ob oder ob nicht sie dies in Zukunft tun wird, wisse sie nicht. Jedenfalls sei die Begründung des Bescheides unzureichend, da der Inhalt von erläuternden Bemerkungen (in concreto: zu § 20 der Novelle 2011 zur SNT-VO 2010) nicht Grundlage dafür sein könne, dass die belangte Behörde in die Vertragsfreiheit der Beschwerdeführerin eingreife. Gerade auf den Inhalt der Erläuterungen der SNT-VO 2010 jedoch stütze sich die belangte Behörde, womit sie nach Ansicht der Beschwerdeführerin ihrer Begründungspflicht nicht entspreche. Wenn sich die Beschwerdeführerin in der Hoffnung, bei individueller Beschaffung der Netzverlustenergie günstigere Konditionen zu erhalten, dafür entscheidet, nicht am gemeinsamen Beschaffungssystem teilzunehmen und daher nicht an den jeweiligen vertraglichen Beziehungen zum Sonderbilanzgruppenverantwortlichen beteilige, so sei ihr dies zuzubilligen, da das Gesetz eine Verpflichtung zur Teilnahme an diesem Beschaffungssystem nicht vorsehe. Dies wohl mit gutem Grund, da eine derartige verpflichtende Teilnahme als Maßnahme mit Enteignungscharakter im Sinne des Artikel 5 StGG und des Artikel 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK einer umfassenden Rechtfertigung in formeller und materieller Hinsicht bedürfe.

Die Beschwerdeführerin erläutert, dass es sich bei der Festsetzung des Netzverlustpreises mit einem fiktiven Betrag von [...] um einen unzulässigen, weil rückwirkenden Eingriff in das

Eigentumsrecht der Beschwerdeführerin handle. Es sei außerdem methodisch unrichtig, angebliche durch die gemeinsame Beschaffung entstehenden Synergien und Kosteneinsparungen bereits im Rahmen der individuellen Kostenbestimmung zu berücksichtigen. Die belangte Behörde verkenne, dass der Beschwerdeführerin aufgrund langfristiger Verträge zumindest bis zum 31. Dezember 2012 jene Kosten entstanden seien, die die Beschwerdeführerin der belangten Behörde mitgeteilt habe. Deswegen seien diese Kosten im Rahmen des Verfahrens gemäß § 48 Abs. 1 EIWOG 2010 in der genannten Höhe anzuerkennen und festzustellen. Indem die belangte Behörde dies nicht tue, verletzte sie im Übrigen auch ihre Verpflichtung zur Ermittlung der materiellen Wahrheit.

4. Kostenanpassungsfaktor

Die Beschwerdeführerin führt in Bezug auf den Kostenanpassungsfaktor aus, dass die Ausführungen im Bescheid V KOS [...] /12 nicht der Begründungspflicht nach § 58 Abs. 2 AVG genügen, da aus der Bescheidbegründung nicht hervorgehe, auf welche Entscheidungen der Regulierungskommission Bezug genommen werde. Außerdem bedingen die verwaltungsrechtlichen Rahmenbedingungen, dass grundsätzlich Rechtswirksamkeit der Vorzug vor Rechtsrichtigkeit zu geben sei, weshalb Gleichheitsüberlegungen keine Rolle spielen dürften, zumal auch die Regulierungskommission durch die Anhebung des Kostenanpassungsfaktors in den Verfahren R REM 01/11 bis 05/11 unterschiedliche Regelungen für zulässig hielt. Der bloße Verweis, dass für vergangene Regulierungsperioden der Produktivitätsfaktor von anderen Marktteilnehmern mit 3,5 % festgesetzt wurde, könne nicht das Argument tragen, dass eine Festsetzung des Produktivitätsfaktors der Beschwerdeführerin mit 2,5 % für die aktuelle Regulierungsperiode gegen Gleichheitsüberlegungen verstoße. Im Bescheid V KOS [...] /11 sei selbst die belangte Behörde davon ausgegangen, dass für die verbleibende Zeitspanne der zweiten Regulierungsperiode ein angepasster, genereller Produktivitätsfaktor in Höhe von 2,5 % p.a. herangezogen werde.

Als wesentlichstes Argument bezeichnet die Beschwerdeführerin jedoch den Eigentumseingriff und bringt Artikel 5 StGG und Artikel 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK vor. Sie erläutert, dass aus grundrechtlicher Sicht die bloße Feststellung eines generellen Produktivitätsfaktors unter bloßem Hinweis auf das Unterbleiben der Feststellung eines individuellen Effizienzwertes nicht ausreichend sei. Dieser Fehler der belangten Behörde sei umso augenscheinlicher, als sie wisse, dass die Netzbetreiber des Netzbereichs [...] äußerst unterschiedliche individuelle Effizienzwerte erreichen könnten. Dies sei auch der Grund, warum die Amtsparteien gegen den die Beschwerdeführerin betreffenden Bescheid V KOS [...] /11 keine Beschwerde erhoben hätten.

Die technische Argumentation der Beschwerdeführerin stützt sich auf die ländliche Struktur des Netzgebiets der Beschwerdeführerin und die Unterschiede zu den städtischen Unternehmen, die nur rund 25 % des Netzaufwands der Beschwerdeführerin hätten, wodurch ein Stadtnetz ca 3-mal mehr Abnehmer je Umspannstation versorgen könne. Auch der Personalaufwand sei bei Betreibern ländlicher Netze auf Grund der strukturellen und netztechnischen Gegebenheiten höher. Auch die Unterschiede zwischen städtischen Mehrspartenun-

ternehmen und „Nur-Stromnetzbetreibern“ seien in Bezug auf mögliche Synergien zu berücksichtigen.

Zusammenfassend führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Festsetzung des Kostenanpassungsfaktors von 3,5 % nur für jene Unternehmen gerechtfertigt sei, deren vorangegangene Kostenbescheide von den Amtsparteien beeinträchtigt worden seien. Die Festsetzung eines identen Produktivitätsfaktors und der pauschale Verweis auf das Diskriminierungsverbot seien nicht zulässig. Ebenso sei es unzulässig nur branchenweite Produktivitätssteigerungen abzubilden, da die beteiligten Unternehmen unterschiedlichste Effizienzniveaus aufwiesen. Es sei umso unberechtigter, als die Beschwerdeführerin im Wege der Ausgleichszahlungen auf Grund der SNT-VO 2012 (gemeint wohl: Systemnutzungs*entgelte*-Verordnung 2012, SNE-VO 2012) nochmals belastet werde, indem sie Transferleistungen an weniger effiziente Unternehmen, die weit höhere Einsparungspotenziale aufwiesen, leisten müsse.

Die Wirtschaftskammer Österreich führt in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde vom 8. November 2012 aus, dass sie im Sinne der Gleichbehandlung aller im Jahr 2011 neu geprüften Unternehmen davon ausgegangen sei, dass für alle diese Unternehmen im Zuge der Kostenermittlungsverfahren 2012 für die Tarifierungsperiode 2013 der Wert auf 3,5 % angehoben werde, was nun erfolgt sei. Aus diesem Grund wird angeregt, den Beschwerdeantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen und den Kostenanpassungsfaktor in Höhe von 3,5 % beizubehalten sowie die Kostenbasis nicht neu festzusetzen.

C. Feststellung, Beweiswürdigung, rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf dem schriftlichen Vorbringen der Beschwerdeführerin bzw sind amtsbekannt.

Die Grundsätze der Kostenermittlung werden in § 59 Abs. 1 EIWOG 2010 festgelegt. Die Bestimmung führt aus, dass die den Entgelten zugrunde liegenden Kosten dem Grundsatz der Kostenwahrheit zu entsprechen haben und differenziert nach Netzebenen zu ermitteln sind. Angemessene Kosten müssen dem Grund und der Höhe nach berücksichtigt werden. Der Netzsicherheit, der Versorgungssicherheit unter Berücksichtigung von Qualitätskriterien, der Marktintegration sowie der Energieeffizienz sind bei der Ermittlung der Kosten Rechnung zu tragen.

Es ist zulässig, der Bestimmung der Kosten eine Durchschnittsbetrachtung, die von einem rationell geführten, vergleichbaren Unternehmen ausgeht, zugrunde zu legen.

Investitionen sind in angemessener Weise ausgehend von den ursprünglichen Anschaffungskosten sowie den Finanzierungskosten zu berücksichtigen. Außerordentliche Aufwendungen oder Erträge können über einen mehrjährigen Zeitraum anteilig verteilt werden. Kosten, die bei einer effizienten Implementierung neuer Technologien entstehen, sind nach Maßgabe der beschriebenen Grundsätze und der Nutzung von Synergieeffekten angemess-

sen zu berücksichtigen. Die Finanzierungskosten haben gemäß § 60 EWOOG 2010 Eingang in die Kostenbasis zu finden.

Nachfolgend wird die Beschwerde bezüglich den Anmerkungen zu den den Entgelten zugrundeliegenden Kosten im Detail behandelt:

2. Zur Nichtberücksichtigung von Kosten

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass der Umstand des Wegfalles des Geschäftsbereiches „Stromhandel“ im nunmehrigen Verfahren zu berücksichtigen sei. Dazu ist seitens der zweitinstanzlichen Behörde festzuhalten, dass die zur Bescheiderstellung maßgebliche Datenbasis das Wirtschaftsjahr 2011 darstellt (als „Wirtschaftsjahr 2011“ ist hier jenes zu verstehen, welches im Kalenderjahr 2011 endet und kein Rumpfwirtschaftsjahr darstellt) und nicht das Kalenderjahr 2011. Sowohl sämtliche technischen und betriebswirtschaftlichen Daten als auch zum Beispiel der Wirtschaftsprüfungsbericht 2011 betreffen das Wirtschaftsjahr vom 1. Juli 2010 bis 30. Juni 2011. In diesem Zeitraum war die Sparte „Stromhandel“ noch vollumfänglich in der zugrunde liegenden Datenbasis enthalten. Gemäß Kaufvertrag betreffend die Elektrizitätsversorgung der Verkäuferin (mit Ausnahme der Kundenbeziehungen in [...]) zwischen der Beschwerdeführerin als Verkäuferin und [...] als Käuferin vom 28. April 2011 (nachfolgend: „Kaufvertrag“) wurde als Stichtag für die Übergabe bzw. Übernahme und somit für den Eigentumsübergang von den Vertragspartnern einvernehmlich der 1. Juli 2011, 00:00 Uhr vereinbart. Daher ist die Forderung der Beschwerdeführerin, unter Berücksichtigung der Abgabe des Geschäftsbereiches Stromhandel per 1. Juli 2011 die Kostenbasis festzustellen, nicht begründbar und systemwidrig. Erst die Daten des Erhebungsbogens 2012 als auch jene des Wirtschaftsprüfungsberichtes 2012 werden den Geschäftsbereich Stromhandel nicht mehr enthalten; diese sind dann in weiterer Folge im Zuge des Verfahrens im Jahr 2013 zu berücksichtigen. Eine ex-ante Berücksichtigung dieses Umstandes ist nicht vorgesehen, da sämtliche technischen und betriebswirtschaftlichen Daten der erstinstanzlichen Kostenfeststellung einheitlich für alle Stromnetzbetreiber auf den geprüften Werten des Wirtschaftsjahres 2011 aufsetzen und anderenfalls keine Konsistenz der Daten mehr gegeben wäre (vgl dazu unten Seite 14 und 15).

Abgesehen von der erwähnten, fehlenden Datenbasis zur Berücksichtigung im gegenständlichen Verfahren würde der Verkauf des Geschäftsbereiches Stromhandel nicht zwangsläufig eine Erhöhung der Netzkosten – wie in der Beschwerde ausgeführt – bewirken. Jene direkten Kosten des Geschäftsbereiches Stromhandel, die durch dessen Verkauf wegfallen würden, könnten ohnehin nicht zu einer Erhöhung der Netzkosten führen (weil nicht im Netz erfasst oder dem Netz zugeordnet), andererseits wären nur mehr jene verbleibenden allgemeinen Kosten Gegenstand der Angemessenheitsprüfung und Aufteilungsfrage, die zwischen Netz und Handel aufgrund eines Verteilungsschlüssels zugeordnet worden sind. Diesen allgemeinen Kosten wäre allerdings ein etwaiger Verkaufserlös gegenüberzustellen gewesen, welcher sich wiederum kostenmindernd auf den Netzbereich ausgewirkt hätte. In diesem Zusammenhang sei noch darauf hingewiesen, dass der Abschluss des Kaufvertrages zwar mit 28. April 2011 erfolgte, der Erlös aus dem Verkauf aber ebenfalls erst nach dem 30. Juni 2011 pagatorisch erfasst wurde. Aus diesem Grund ist eine Berücksichtigung dieses Um-

standes ebenfalls erst im Zuge des Verfahrens des Jahres 2013, dem die Daten aus dem Wirtschaftsjahr 2011/2012 zugrunde liegen werden, zu berücksichtigen. Insbesondere wird darauf Bedacht zu nehmen sein, inwieweit Erlösbestandteile aus dem Verkauf den allgemeinen Kosten des Unternehmens (vor Aufteilung auf die einzelnen Sparten) zugeordnet und dem Netzbereich gutgeschrieben wurden. Schlussendlich kann festgehalten werden, dass es sehr unwahrscheinlich ist, dass der Verkauf des Geschäftsbereiches Stromhandel zu einer erheblichen Kostenerhöhung geführt hätte, diese Beurteilung aber ohnehin zweitrangig ist, da hierzu die erforderliche Datenbasis erst im Folgeverfahren zur Verfügung stehen wird.

Der vorgebrachten Interpretation der Beschwerdeführerin in Bezug auf das VfGH-Erkenntnis [...] ist zu widersprechen. Eine genauere Analyse der Aussagen des VfGH in Zusammenschau mit dem zugrundeliegenden Regulierungssystem nach EIWOG 2010, ergibt, dass mit dem „*nächstfolgenden Verfahren*“, in dem die Gesetzwidrigkeit der Festlegung von Ausgleichszahlungen geltend gemacht werden kann, nur ein Verordnungsprüfungsverfahren nach Artikel 139 Bundes-Verfassungsgesetz gemeint sein kann. Sollte der Verfassungsgerichtshof in einem solchen Verfahren die Gesetzwidrigkeit dieser Feststellungen von Ausgleichszahlungen aussprechen, so sind die Mehr- oder Mindererlöse amtswegig im Rahmen des Regulierungskontos gemäß § 50 EIWOG 2010 zu berücksichtigen. Jede andere Interpretation – wie auch von der Beschwerdeführerin vorgebracht – würde den Zweck der Rechtskraft eines Bescheides (hier der Bescheid V KOS [...]/11) ad absurdum führen. Vergisst eine Partei einen V KOS-Bescheid anzufechten, könnte sie nach Ansicht der Beschwerdeführerin immer im nächsten Jahr die „Beschwerde“ nachholen. Dies ist dem Regulierungssystem des EIWOG 2010 (als auch § 9 Abs. 2 E-ControlG iVm AVG) keinesfalls zu unterstellen. Richtig ist, dass die Beschwerdeführerin jedenfalls die Gesetzeswidrigkeit im nächsten Verordnungsprüfungsverfahren und dann über das Regulierungskonto relevieren kann.

Hintergrund des Regulierungssystems ist, dass gemäß § 49 Abs. 2 EIWOG 2010 erforderlichenfalls Ausgleichszahlungen zwischen Netzbetreibern festgelegt werden. Das Erfordernis zur Festlegung von Ausgleichszahlungen ergibt sich aus der Zusammenfassung mehrerer Netzbetreiber in einen Netzbereich, in dem einheitliche Entgelte (Tarife) verordnet werden. Damit jeder Netzbetreiber letztendlich die ihm bescheidmäßig zuerkannten Kosten erhält (nämlich in den Verfahren V KOS), ist die Leistung von Ausgleichszahlungen zwischen den Netzbetreibern erforderlich. Der Ermessensspielraum der Behörde bei der Festsetzung der Höhe der Ausgleichszahlungen, sowie der Festlegung des Zahler- bzw. Empfängerkreises ist bereits durch die Festlegung der Kostenbasis per Bescheid erheblich eingeschränkt. Dieses Verständnis teilen auch die Erläuternden Bemerkungen zu § 13 SNE-VO 2012, wenn sie von einer Festlegung der Ausgleichszahlungen „*entsprechend den genannten Vorgaben und den Ergebnissen der Ermittlungsverfahren des Vorstands der E-Control hinsichtlich der Zielvorgaben, Kosten und des Mengengerüsts*“ sprechen. Die wesentlichen Aspekte der Festlegungen der Ausgleichszahlungen in den jeweiligen SNE-VO, nämlich deren Höhe sowie der Kreis der Berechtigten bzw. Verpflichteten, sind demnach durch Gesetz und Ermittlungsergebnisse des Bescheidverfahrens (V KOS) vorgezeichnet.

In Bezug auf die Benchmarkstudie wurde in der E-Mail vom 8. März 2013 darauf hingewiesen, dass individuell identifizierbare Ergebnisse nicht übermittelt werden können. Bei der Studie handelt es sich um eine von Österreichs Energie, der Branchenvertretung der Elektrizitätswirtschaft Österreichs, in Auftrag gegebenes Gutachten. Keine der bereitgestellten Unterlagen lässt einwandfreie Schlüsse auf die Effizienz der Beschwerdeführerin zu, die Erkenntnisse sind in allen Fällen anonymisiert. Insofern waren die von der Antragstellerin gelieferten Daten nicht zu verwerten und können keinesfalls für die Berechnung individueller Produktivitätsfaktoren herangezogen werden. Weitere Ausführungen zum Kostenanpassungsfaktor finden sich unter Punkt II.C.4.

In ihrer Stellungnahme vom 2. April 2013 führt die Beschwerdeführerin zu dem im Ergebnis der Beweisaufnahme zu diesem Beschwerdepunkt Festgestellten Folgendes aus:

Während sie der Feststellung beipflichtet, dass grundsätzlich der Zeitraum für die Feststellung der Kostenbasis 2013 der Zeitraum 1. Juli 2010 bis 30. Juni 2011 sei, würde das Vorliegen eines geprüften Jahresabschlusses für den Zeitraum 1. Juli 2011 bis 30. Juni 2012 die Behörde auf Grund der Notwendigkeit der Erforschung der materiellen Wahrheit verpflichten, diesen zu berücksichtigen. Sie verweist auf die Behördenpraxis und insbesondere auf den Bescheid [...], in dem die Integration der [...] kostenseitig bereits frühzeitig berücksichtigt worden sei. Von einem Fehlen der Datenbasis könne daher nicht ausgegangen werden. Über den Sachverhalt „Verkauf Stromhandelssparte“ sei darüber hinaus bereits im Bescheid V KOS [...] /11, der bereits in Rechtskraft erwachsen sei, abgesprochen worden.

In Bezug auf das VfGH-Erkenntnis [...] wird ausgeführt, dass die Interpretation der zweitinstanzlichen Behörde nicht geteilt werde, da es nach dieser nie zu einer unmittelbaren Betroffenheit eines Netzbetreibers in seinen subjektiven Rechten kommen könne und somit ein Individualantrag nie zulässig wäre.

Als weitere Informationen zur Benchmarking-Studie wird ein Gutachten vorgelegt, welches die Beschwerdeführerin als höchst effizient ausweise. Es sei nicht einzusehen, dass – laut Beschwerdeführerin unstrittigerweise nach wie vor anfallende – Kosten, die in der Vergangenheit auf Grund von Synergieeffekten dem Stromhandel zugeordnet wurden seien, und daher im Netz nicht berücksichtigt werden konnten, auch heute nicht im Netz anerkannt werden würden. Zusätzlich zur Nichtanerkennung von tatsächlich angefallenen Kosten werde auch die Anwendung eines erhöhten Kostenanpassungsfaktors in Höhe von 3,5 % abgelehnt.

Aus Sicht der zweitinstanzlichen Behörde ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf ihre Argumentation zur relevanten Datenbasis den Umstand verkennt, dass das Verfahren V KOS [...] /11 nicht Inhalt des gegenständlichen Verfahrens ist und daher diesbezüglich seitens der zweitinstanzlichen Behörde keine Aussage darüber bzw. über die erstinstanzliche Behördenpraxis getroffen werden kann.

Zudem wurde seitens der zweitinstanzlichen Behörde als Entgegnung zur Behauptung der Beschwerdeführerin, der Wegfall der Sparte Stromhandel würde zu einer Veränderung der Netzkostenbasis führen, detailliert ausgeführt, dass dies nicht zwangsläufig der Fall sein muss. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass, selbst wenn der Jahresabschluss 2012 als Grundlage herangezogen worden wäre, dies nicht zwangsläufig auch zu höheren anerkannten Kosten hätte führen müssen. Selbst wenn etwaige Kosten basierend auf dem Jahresabschluss 2012 dem Grunde nach anzuerkennen wären, würde dies nicht gleichzeitig bedeuten, diese Kosten auf Basis einer Durchschnittsbetrachtung der Höhe nach anzuerkennen (§ 59 Abs. 1 EIWOG 2010). Nachdem für die Kostenfeststellung grundsätzlich das Geschäftsjahr 2011 heranzuziehen ist, stellt sich diese Frage aber ohnehin nicht.

Im maßgeblichen Erhebungszeitraum V KOS [...] /12 waren weder der von einem Wirtschaftsprüfer geprüfte Jahresabschluss, noch die Erhebungsbogendaten für den Zeitraum von 1. Juli 2011 bis 30. Juni 2012 für die erstinstanzliche Behörde verfügbar. Sämtliche technischen und betriebswirtschaftlichen Daten der erstinstanzlichen Kostenfeststellung setzen einheitlich für alle Stromnetzbetreiber auf den geprüften Werten des Wirtschaftsjahres 2011 auf (Bericht über die Nachtragsprüfung gemäß § 268 Abs. 3 UGB datiert erst mit 4. Juni 2012, [...]), weshalb auch keine Berücksichtigung einzelner später bereitgestellter Daten im erstinstanzlichen Bescheid erfolgen konnte. Auch die Übermittlung eines Excel Files mit E-Mail vom 19. Februar 2013 an die zweitinstanzliche Behörde, welches die Gewinn- und Verlustrechnung der Beschwerdeführerin betreffend des Geschäftsjahres vom 1. Juli 2011 bis 30. Juni 2012 enthält, ist keinesfalls dazu geeignet, eine vollständige Datenbasis für die Bescheiderstellung darzustellen. Dies ist auch vor dem Hintergrund einer in sich konsistenten und vollständigen Datenbasis des Unternehmens und der Vergleichbarkeit aller Stromnetzbetreiber von besonderer Bedeutung.

Wie auch die Beschwerdeführerin in ihren Ausführungen zu Ausgleichszahlungen darstellt, sind bei der Festlegung der Systemnetznutzungsentgelte die Kosten aller Stromnetzbetreiber in einem Netzbereich zu berücksichtigen. Als Grundlage dafür kann – um wissenschaftlichen Standards zu entsprechen – nur eine einheitliche Datenbasis verwendet werden.

Mit E-Mail vom 11. Jänner 2013 wurden von der zweitinstanzlichen Behörde Unterlagen betreffend des Verkaufes der Sparte Stromhandel angefordert, da der Kaufvertrag mit 28. April 2011 datiert war und daher per Kaufvertragsdatum in den maßgeblichen Prüfungszeitraum fiel. In diesem Zusammenhang hat die zweitinstanzliche Behörde bereits darauf hingewiesen, dass der Abschluss des Kaufvertrages zwar mit 28. April 2011 erfolgte, der Erlös aus dem Verkauf aber ebenfalls erst nach dem 30. Juni 2011 pagatorisch erfasst wurde – dieser Umstand aber erst durch den Ermittlungsschritt der zweitinstanzlichen Behörde (durch E-Mail vom 11. Jänner 2013) bekannt wurde. Folgerichtig wurde daher dieser Ermittlungsschritt gesetzt, um eine etwaige Erfassung des Verkaufserlöses im geprüften Jahresabschluss per 30. Juni 2011 evaluieren zu können: mit dem bekanntem Ergebnis, dass dieser Verkaufserlös keine pagatorische Erfassung im gegenständlichen Jahresabschluss erfahren hat.

In Bezug auf das übermittelte Gutachten von [...] betreffend „Struktureigenschaften der [...]im Kontext des regulatorischen Benchmarkings“ ist darauf hinzuweisen, dass diesem keinerlei Relevanz in Bezug auf die Ermittlung eines generellen Abschlagfaktors beigemessen werden kann, da darin die individuelle Effizienz eines Unternehmens dargelegt wurde. Die im Gutachten durchgeführte Ausreißeranalyse ist zudem in der Fachliteratur umstritten und führt keinesfalls gemäß herrschender Lehre zu einem „hypereffizienten“ Unternehmen. Vielmehr handelt es sich hierbei lediglich um eine statistische Größe, welche bei der Beurteilung der Grundgesamtheit der Daten das Ergebnis verzerren würde und bei der Betrachtung somit ausscheidet. Das Ausscheiden aus der Grundgesamtheit bedingt allerdings, dass für diese einzelne, ausgeschiedene Größe kein weiterer Wertemaßstab anzuwenden ist, das heißt keine weitere Aussage betreffend der Effizienz etc. getroffen werden kann. Eine Bewertung gut/schlecht/indifferent etc. für diesen Ausreißer ist daher systembedingt nicht möglich. Insbesondere aus diesen angeführten Gründen ist daher der Schluss, durch die „hohe Effizienz“ (welche aber aufgrund der Ausreißereigenschaft statistisch nicht belegbar ist) seien nun durch Wegfall der Sparte Stromhandel höhere Kosten im Netz zu erwarten, ebenfalls nicht sachlich begründbar. Weitere Ausführungen zum Kostenanpassungsfaktor finden sich unter Punkt II.C.4.

Zum VfGH-Erkenntnis [...] führt die Beschwerdeführerin aus, dass sie die Auslegung der zweitinstanzlichen Behörde nicht teilt. Wenn die Beschwerdeführerin das VfGH-Erkenntnis [...] anders interpretiert, würde das die Rechtskraft eines Bescheides („formelle“ und „materielle“ Rechtskraft, Unwiederholbarkeit iSd § 68 Abs. 1, 2 bis 4 AVG, Verbindlichkeit iSd § 38 AVG, etc.) in Frage stellen. Laut Beschwerdeführerin könnte sie im darauffolgenden Jahr immer eine Beschwerde nachholen; dabei ignoriert sie Folgendes: Die Feststellung der Kostenbasis ist gemäß § 48 Abs. 1 EIWOG 2010 mit Bescheid festzustellen. Gegen diesen Bescheid kann nach § 9 Abs. 2 E-ControlG iVm AVG Beschwerde erhoben werden. Aufgrund der Anwendbarkeit des AVG (vgl dazu § 9 Abs. 2 letzter Satz E-ControlG) beträgt die Frist für die Erhebung einer Beschwerde zwei Wochen (§ 63 Abs. 5 AVG). Wird in dieser Frist keine Beschwerde eingebracht, wird der Bescheid rechtskräftig mit allen aus dieser Rechtskraft erwachsenden Wirkungen. Im gegenständlichen VfGH-Erkenntnis selbst wird auch schon die Zulässigkeit des Antrags verneint, da selbst bei Vorliegen der systemimmanenten Zeitverzögerung, wodurch die Differenzen zwischen Kostenfeststellungen und tatsächlichen Erlösen erst im nächsten Bescheidverfahren V KOS ausgeglichen werden können, nicht von Unzumutbarkeit iSd Artikel 139 letzter Satz B-VG gesprochen werden kann. Die Rechtsschutzinstrumente, die den Netzbetreibern im neu durch das EIWOG 2010 eingeführten Bescheidverfahren zur Verfügung gestellt werden (Regulierungskonto und Beschwerde nach § 9 Abs. 2 E-ControlG iVm AVG an die Regulierungskommission), werden damit als ausreichend beurteilt, um ihr Recht durchzusetzen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der von der Beschwerdeführerin geforderte Differenzbetrag auch nicht in diesem Verfahren anerkannt werden kann. Es konnten zwar neue Dokumente vorgelegt werden, die eine Neubewertung der Kostenbasis nötig machen könnten, auf Grund der dem Regulierungssystem zugrundeliegenden Periodisierung ist dies jedoch erst im nächsten Verfahren der erstinstanzlichen Behörde zu prüfen. Insofern hatte

die zweitinstanzliche Behörde ihre Beurteilung basierend auf Unterlagen, die gegenüber der Dokumentation der erstinstanzlichen Behörde keine neu hervorgekommenen Tatsachen enthielten, durchzuführen. Der Antrag war daher wegen entschiedener Sache zurückzuweisen (§ 68 Abs. 1 AVG), da sich weder am erheblichen Sachverhalt noch an der maßgeblichen Rechtslage etwas geändert hat.

3. Zu den Netzverlustkosten

Zur Ermittlung der materiellen Wahrheit in Bezug auf die Anerkennung der Netzverlustkosten hat die Behörde zweiter Instanz Unterlagen von der Beschwerdeführerin angefordert. Aus diesen geht hervor, dass jene „bestehenden“ Lieferverträge, auf die sich die Beschwerdeführerin in ihren Ausführungen zu den festgestellten Netzverlustkosten bezieht, seit 1. Juli 2011, 00:00 Uhr nicht mehr existent sind, da diese aufgelöst wurden. Mit dem Kaufvertrag vom 28. April 2011 wurde unter Punkt 5.2 Folgendes ausdrücklich vereinbart: „Die im folgenden aufgezählten Strombeschaffungsverträge der Verkäuferin mit der Käuferin [...] gelten zum Übergabe-/Übernahmestichtag gemäß Punkt 8.3 als aufgelöst: [...] Stromliefervertrag 2012 vom 28.01.2009 [...]“. In Punkt 8.3 des betreffenden Vertrages wird als Übergabe-/Übernahmestichtag der 1. Juli 2011, 00:00 Uhr vereinbart.

Zur Ermittlung eines angemessenen Netzverlustpreises wurde im Zusammenhang mit dem Stromliefervertrag zwischen der Beschwerdeführerin und [...] vom 28. Jänner 2009 (nachfolgend: Stromliefervertrag 2009) die Beschwerdeführerin am 7. Jänner 2013 per E-Mail aufgefordert, die Preisformel des Stromliefervertrages 2009 (Anlage „Stromliefervertrag 2009.pdf“ zur E-Mail vom 29. November 2012, Seite 4) offenzulegen, sodass jene Werte erkennbar sind, die für die entsprechende Berechnung des Netzverlustpreises herangezogen wurden (Preis-Mengengerüst). Dieser Aufforderung ist die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 16. Jänner 2013 nur insoweit nachgekommen, als der Durchschnittspreis der eingekauften Strommengen offengelegt wurde. Dieser Preis, in Höhe von [...], sei gemäß der Beschwerdeführerin zur Verrechnung gelangt.

Damit ist aus Sicht der Behörde zweiter Instanz die Verrechnung des Preises nicht gemäß Stromliefervertrag 2009 erfolgt, denn in diesem Fall hätte die Verrechnung gemäß der entsprechenden Indexformel (Seite 4 des Stromliefervertrag 2009) durchgeführt werden müssen und nicht nach einer einfachen Durchschnittspreisbetrachtung.

Die tatsächliche, derzeitige vertragliche Situation zwischen der Beschwerdeführerin als Einkäuferin von Netzverlustenergiemengen und [...] als Verkäuferin dieser Mengen wurde – obwohl mit Anforderungsliste vom 11. Jänner 2013 im ersten Punkt gefordert – nicht dargelegt.

Nachdem der Geschäftsbereich Stromhandel abgegeben wurde, der Stromliefervertrag 2009 aber sowohl den Einkauf von Strommengen für den Geschäftsbereich Stromhandel als auch für die zu beschaffenden Netzverlustmengen des Netzbereiches beinhaltet hat, wären ab dem Zeitpunkt des Verkaufes des Geschäftsbereiches Stromhandel auch die zugehörigen Strommengen vertraglich aufzuteilen gewesen.

Nachdem die Preise betreffend der Beschaffung von Netzverlustmengen auch schon mit Beginn der Einführung der ersten Anreizregulierungsperiode des Strombereiches im Jahr 2006 auf Basis von Marktpreisen ermittelt wurden, stellt die Tatsache einer Anpassung des verrechneten Preises für eingekaufte Netzverlustmengen keinen nicht vorgesehenen (und nicht vorhersehbaren) Eingriff in das Eigentumsrecht der Beschwerdeführerin dar. Vielmehr muss der Beschwerdeführerin zum Abschluss des Stromliefervertrages 2009 bereits bekannt gewesen sein, dass die gegenständlichen Preise auf Basis von Marktpreisen ermittelt werden und unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung festgesetzt werden können.

Zu Recht geht die Beschwerdeführerin davon aus, dass die Begründung des erstinstanzlichen Bescheides insofern unzureichend ist, als der Inhalt von erläuternden Bemerkungen (Erl Bem zu § 20 der Novelle 2011 zur Systemnutzungstarife-Verordnung 2010, kundgemacht im Amtsblatt zur Wiener Zeitung Nr. 248 am 23. Dezember 2010) nicht Grundlage für die Feststellung der Kosten sein kann. Vielmehr hat sich die Kostenermittlung an § 59 EIWOG 2010 zu orientieren, wonach angemessene Kosten zu berücksichtigen sind. Weiters ist die Bestimmung von Kosten unter Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung, die von einem rationell geführten, vergleichbaren Unternehmen ausgehen, zulässig. Darüber hinaus normiert § 45 Z 15 EIWOG 2010 ([...]; vgl dazu auch Art 25 Abs. 4 2009/72/EG, vormals Art 14 Abs. 5 RL 2003/54/EG), dass "*Energie, die zur Deckung von Energieverlusten*" im Verteilernetz verwendet wird, "*nach transparenten, nichtdiskriminierenden und marktorientierten Verfahren zu beschaffen*" ist. Ebenso hat der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der RL 2003/54/EG im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG, dBGBI. I S. 1970, 3621 idF dBGBI. I S. 2730 vom 20. Dezember 2012) die Vorgaben für die Verlustenergie präzisiert, wonach gemäß § 22 Abs. 1 EnWG "*Betreiber von Energieversorgungsnetzen [...] die Energie, welche sie zur Deckung von Verlusten und für den Ausgleich von Differenzen zwischen Ein- und Ausspeisung benötigen, nach transparenten, auch in Bezug auf verbundene oder assoziierte Unternehmen nichtdiskriminierenden und marktorientierten Verfahren zu beschaffen [haben].*" Im Verwaltungsverfahren BK6-08-006 hat die BNetzA (Beschlusskammer 6) entschieden, dass "Ausschreibungsgemeinschaften" erlaubt sind: "*Dies ermöglicht es insbesondere auch kleineren Netzbetreibern, trotz geringeren Verlustenergiebedarfs sowohl Kostenvorteile durch große Lose zu erzielen als auch die Beschaffung zeitlich zu diversifizieren*" (vgl Seite 26).

Aufgrund der oben zitierten, in Österreich geltenden gesetzlichen Bestimmungen ist Energie, die zur Deckung von Energieverlusten im Verteilernetz verwendet wird, nach transparenten, nichtdiskriminierenden und marktorientierten Verfahren zu beschaffen. Die Beschwerdeführerin hat weder ein derartiges Verfahren angestrebt, noch derzeit einen Vertrag auf Grundlage der gesetzlichen Erfordernisse – vielmehr beschafft die Beschwerdeführerin derzeit die Netzverlustenergie ohne vertragliche Grundlage. Ein rationell geführtes Unternehmen (§ 59 Abs. 1 EIWOG 2010) würde jedenfalls eine transparente, nichtdiskriminierende, marktorientierte Beschaffung (§ 45 Z 15 EIWOG 2010, [...]) anstreben, um ihre Netzverlustenergemengen zu decken. Da bereits seit August 2010 (Erl Bem zu § 20 SNT-VO 2010 Novelle 2011) ein derartiges Verfahren nach § 45 Z 15 EIWOG 2010 [...] besteht, durch das ca 80 %

der Netzverluste Österreichs abgedeckt werden (www.apg.at/de/markt/netzverluste), kann dieses Verfahren jedenfalls als Maßstab zur Angemessenheitsbeurteilung herangezogen werden. Bei der Kostenanerkennung ist zu prüfen, ob die durch den Netzbetreiber dargelegten Kosten sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach angemessen sind. Somit sind die Preise der gemeinsamen Beschaffung in der Höhe von EUR [...] als angemessen iSd § 59 Abs. 1 EIWOG 2010 zu qualifizieren, zumal auch andere rationell geführte, vergleichbare Unternehmen diese gemeinsame Netzverlustenergiebeschaffung nutzen.

In ihrer Stellungnahme vom 2. April 2013 führt die Beschwerdeführerin zu dem im Ergebnis der Beweisaufnahme zu diesem Beschwerdepunkt Festgestellten Folgendes aus:

Netzverlustbeschaffungen würden grundsätzlich mit großer Vorlaufzeit (zwei bis drei Jahre) durchgeführt werden. Es sei daher untunlich zumindest bis zum Beginn des Jahres 2014 (drei Jahre nach Inkrafttreten der SNT-VO 2010 Novelle 2011) in die Rechtsposition der [...] einzugreifen. Deshalb sei nicht die Tatsache relevant, dass der Stromliefervertrag im Kaufvertrag vom 28. April 2011 pro futuro aufgelöst worden sei, sondern welche Bestellungen davor von der Beschwerdeführerin getätigt worden seien. Die übermittelten Unterlagen würden darlegen, dass die relevanten Stromlieferverträge für das Wirtschaftsjahr 1. Juli 2010 bis 30. Juni 2011 schon in den Jahren 2007 und 2008 abgeschlossen worden seien. Vor dem 1. Juli 2011 bereits getätigte Bestellungen würden sehr wohl noch zur Ausführung gelangen.

Die getätigten Beschaffungsvorgänge würden die Gesamtstrommenge abbilden, also Netzverluste und Strom für den Weiterverkauf im Rahmen der Sparte Stromhandel (diese sei erst mit 1. Juli 2011 weggefallen). Kostenaufschlüsselungen würden die Kosten für Netzverlustenergie im Wirtschaftsjahr 2010/11 mit [...] ausweisen, wobei dieser Betrag auf Grund von Gebühren und internen Kosten für die Strombeschaffung höher sei als der im Stromliefervertrag angegebene Indexpreis.

Die Annahme, dass der Beschwerdeführerin zum Abschluss des Stromliefervertrags 2009 bekannt gewesen sein müsse, dass die Preise auf Basis von Marktpreisen zu ermitteln wären, sei eine Mutmaßung. Dass ex post ein anderer Marktpreis zu erzielen gewesen wäre, reiche nicht aus, die von der Beschwerdeführerin gewählte - betriebswirtschaftlichen Erfordernissen Genüge tuende - Vorgangsweise zu pönalisieren.

Auch sei die Vorhersehbarkeit eines Eigentumseingriffs irrelevant. Die Feststellung, dass die Beschwerdeführerin kein transparentes, nicht diskriminierendes und marktorientiertes Verfahren angestrebt habe, habe keinen Grund im Tatsächlichen. Auch die bloße Tatsache, dass es ein Verfahren zur gemeinsamen Netzverlustenergiebeschaffung gebe, stelle keinesfalls hinreichende Gründe dar, dass dieses Verfahren auch zur Angemessenheitsbeurteilung herangezogen werden könne.

Die Berücksichtigung von hypothetischen Netzverlusten würde außerdem § 6 Abs. 1 SNT-VO 2010 Novelle 2011 sowie § 53 Abs. 1 EIWOG 2010 widersprechen, weil darin keine ge-

setzliche Basis für eine gemeinsame Beschaffung oder eines behördlich festgesetzten Energiepreises zu sehen sei.

Zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist seitens der zweitinstanzlichen Behörde einerseits zu erwähnen, dass die gegenständlichen Stromlieferverträge, auf die sich die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Beschaffung der Netzverluste für das Jahr 2011 bezieht, einvernehmlich von [...] und der Beschwerdeführerin mit Abschluss des Kaufvertrages zwischen der Beschwerdeführerin als Verkäuferin und [...] als Käuferin vom 28. April 2011 aufgelöst wurden. Andererseits ist die Bindungswirkung bzw. die unbedingte Einhaltung bestehender Lieferverträge – wie von der Beschwerdeführerin behauptet wird – in Frage zu stellen, da sich die Beschwerdeführerin jedenfalls schon in dem für die Bescheiderstellung maßgeblichen Wirtschaftsjahr (beginnend vom 1. Juli 2010 bis 30. Juni 2011) nicht mehr an den Vertrag gehalten hat, erfolgte doch die Ermittlung des Netzverlustpreises für die beschafften Netzverlustenergiemengen nicht nach der im Vertrag enthaltenen Preisformel, sondern es sind laut Beschwerdeführerin vielmehr Durchschnittspreise zur Verrechnung gelangt (siehe dazu das Schreiben vom 29. Jänner 2013, Seite 2: „*Daraus ergibt sich ein durchschnittlicher Einkaufspreis (pro kWh): [...]*“; von der Beschwerdeführerin übermittelt per E-Mail ebenfalls am 29. Jänner 2013, sowie auch Seite 17 oben). Es ist nicht davon auszugehen, dass diese Vorgehensweise auch mit einem unabhängigen Drittunternehmen angewandt worden wäre (die [...] ist zu 27 % an [...] beteiligt; vgl auch § 59 Abs. 4 EIWOG 2010). Vielmehr würde ein Drittunternehmen eine Verrechnung auf Basis der vertraglich festgelegten Preisformel vornehmen und nicht aufgrund von Durchschnittswerten, die sich aus sämtlichen Rechnungen der [...] und der OeMAG (aus Ökostromzuweisung APG) für die beschafften „Handelsmengen“ ergeben (und somit keinen direkten Bezug zu den beschafften Netzverlustenergiemengen haben).

Die Durchschnittswerte wurden gemäß Schreiben vom 29. Jänner 2013, Seite 2 wie folgt ermittelt:

Zukauf [...]:

Summe aller [...] Rechnungen in kWh: [...]

Summe Rechnungen in EUR: [...]

Zukauf ÖMAG (ÖMAG)

Summe des zugekauften Ökostromes in kWh: [...]

Rechnungsbetrag in EUR: [...]

Daraus ergeben sich folgende Gesamtwerte:

Summe Stromeinkauf in kWh: [...]

Summe aller Rechnungen in EUR: [...]

Daraus ergibt sich ein durchschnittlicher Einkaufspreis

(pro kWh): EUR [...]

Somit ist festzuhalten, dass das vorliegende Geschäftsverhältnis einem Drittvergleich keinesfalls standhält.

Und selbst wenn die Bindungswirkung aus bestehenden Vertragsverpflichtungen gegeben wäre, ist daraus nicht gleichzeitig zu folgern, dass eine Kürzung der Kosten auf ein angemessenes Maß im Zuge einer Durchschnittsbetrachtung, welche von einem rationell geführten, vergleichbaren Unternehmen ausgeht, nicht zulässig wäre. Denn es sind auch Vergleiche mit anderen Unternehmen – vor allem mit anderen Netzbetreibern – zu berücksichtigen. Die ermittelten und anerkannten Kosten können somit von den durch die Netzbetreiber ausgewiesenen Kosten abweichen, falls diese nicht mit einem vergleichbaren und rationell geführten Unternehmen vereinbar sind (vgl dazu Erläuternde Bemerkungen zu § 59 Abs. 1 EI-WOG 2010). Jener Preis, der im Zuge der gemeinsamen Beschaffung von Netzverlustenergiemengen erreicht werden konnte, ist als Vergleichswert durchaus heranzuziehen, denn die gemeinsame Beschaffung entspricht einer rationellen Vorgehensweise (größere Einkaufsmenge, daher geringerer Preis; Nutzung von Synergien, da der Beschaffungsvorgang von einer zentralen Stelle aus durchgeführt wird, etc.) und auch vergleichbare Unternehmen haben an der Beschaffung teilgenommen. Zudem wurden rund 80 % der gesamten, in Österreich benötigten Netzverlustenergiemengen über diese gemeinsame Beschaffungsplattform abgewickelt. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls ein Vergleich mit jenen Unternehmen geboten, welche an der gemeinsamen Beschaffung teilgenommen haben. Bei der Durchschnittsbetrachtung orientieren sich die Entgelte somit zwar an den Vollkosten, Abschläge sind aber zulässig.

Wenn die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass die Berücksichtigung von „hypothetischen Netzverlusten“ dem § 53 Abs. 1 EIWOOG 2010 widersprechen würde, so ist dem zu erwidern, dass auch die zweitinstanzliche Behörde im Zuge der Kostenermittlung keinerlei Zwang für eine gemeinsame Beschaffung erblickt noch Energiepreise hiermit behördlich festsetzt, sondern angemessene Kosten unter Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung ermittelt. Die Beschwerdeführerin interpretiert darüber hinaus, dass § 53 Abs. 1 EIWOOG 2010 als gesetzliche Basis zur Feststellung der Kostenbasis dienen würde – dem ist nicht so, vielmehr kommen zur Feststellung der Kostenbasis die §§ 48 iVm 59 bis 61 EIWOOG 2010 zur Anwendung. Wenn die Beschwerdeführerin den § 53 Abs. 1 EIWOOG 2010 so auslegt, dass sich dieser nur auf eine transparente und diskriminierungsfreie Beschaffung bezieht und genau „*jene Kosten abgegolten*“ werden – ohne jegliche Angemessenheitsprüfung nach § 59 Abs. 1 EIWOOG 2010 durchzuführen –, so ist zu entgegnen, dass zB auch die Wortwendung für die Abgeltung von Netznutzungsentgelten (§ 52 EIWOOG 2010) derart ist, dass „*die Kosten*“ für eine bestimmte Tätigkeit „*abgegolten*“ werden; eine Angemessenheitsprüfung iSd § 59 Abs. 1 EIWOOG 2010 für die beim Netzbetreiber anfallenden Kosten ist aber trotz allem auch hier immer durch die Regulierungsbehörde vorzunehmen.

4. Zum Kostenanpassungsfaktor

Gesetzliche Grundlage für die Festlegung der Zielvorgaben ist § 59 Abs. 2 und 3 EIWOOG 2010. Zielvorgaben haben sich am Einsparungspotenzial der Unternehmen zu orientieren. Dabei sind die festgestellten Kosten sowohl um generelle Zielvorgaben, die sich an Produktivitätsentwicklungen orientieren, als auch um die netzbetreiberspezifische Teuerungsrate anzupassen. Individuelle Zielvorgaben können aufgrund der Effizienz der Netzbetreiber berücksichtigt werden. Die dabei anzuwendenden Methoden haben dem Stand der Wissen-

schaft zu entsprechen. Bei der Ermittlung der individuellen Zielvorgaben können neben einer Gesamtunternehmensbetrachtung bei sachlicher Vergleichbarkeit auch einzelne Teilprozesse herangezogen werden. Dabei ist sicherzustellen, dass Anreize bestehen, die Effizienz zu steigern und notwendige Investitionen angemessen durchführen zu können. Der Zeitraum zur Realisierung der Zielvorgaben kann durch die Regulierungsbehörde im jeweiligen Kostenbescheid in ein- oder mehrjährige Regulierungsperioden unterteilt werden. Zum Ende einer Regulierungsperiode können die unternehmensindividuellen Effizienzfortschritte einer Evaluierung unterzogen werden. Nach einer Regulierungsperiode kann neuerlich ein Effizienzvergleich oder ein alternatives dem Stand der Wissenschaft entsprechendes Regulierungssystem zur Ermittlung der Netznutzungsentgelte umgesetzt werden.

Diese Zielvorgaben werden über die Festlegung durch den Regulator von sogenannten Abschlagsfaktoren, oder X-Faktoren (aus dem Engl. „RPI-X“ Regulierung), erreicht. Dabei stellt der Abschlagsfaktor für die generellen Produktivitätssteigerungen (genereller X-Faktor – § 59 Abs. 2 Satz 2 EIWOG 2010 spricht von „genereller Zielvorgabe“) sicher, dass Effizienzsteigerungen, welche durch technologischen Fortschritt und die Ausnutzung von Skaleneffekten erreicht werden, berücksichtigt werden. Dazu wird unter anderem die branchenübliche Produktivitätsentwicklung, wie sie auch von nichtregulierten Unternehmen in vergleichbaren Branchen erreicht wird, berücksichtigt. Darüber hinaus kann ein individueller Abschlagsfaktor (individueller X-Faktor – § 59 Abs. 2 Satz 3 EIWOG 2010 spricht von „individueller Zielvorgabe“) auf Basis der unternehmensindividuellen Effizienz festgelegt werden. Dadurch soll erreicht werden, dass Unternehmen, welche zu Beginn der Regulierungsperiode relativ ineffizient waren, einen höheren Abschlagsfaktor haben als jene, bei denen dies nicht der Fall war. Die Tatsache, dass die erstinstanzliche Behörde nur generelle Zielvorgaben festgelegt hat, bezeichnet die Beschwerdeführerin als „Fehler“, weil der erstinstanzlichen Behörde die Effizienzunterschiede der steirischen Netzbetreiber sehr wohl bekannt seien. Tatsächlich verhält es sich jedoch genau umgekehrt, da die Berücksichtigung individueller Zielvorgaben *„aufgrund der Effizienz der Netzbetreiber“* erfolgen kann (!). Die dabei anzuwendenden Methoden haben dem Stand der Wissenschaft zu entsprechen (§ 59 Abs. 2 EIWOG 2010). Für Unternehmen, die erst im Jahr 2011 der Anreizregulierung unterworfen wurden – und somit gleich gelagerte Fälle darstellen –, hat die Regulierungskommission in ihren Verfahren R REM 2011 zu den individuellen Zielvorgaben bereits ausgesprochen, *„dass der Effizienzwert aufgrund der nicht vorhandenen (und nicht geprüften) Daten nach den Methoden, die dem Stand der Wissenschaft zu genügen haben, nicht berechnet werden könne und eine Anlehnung an andere Unternehmen für die Herleitung der relativen Effizienz methodisch unzulässig sei“*. Individuelle Zielvorgaben wurden daher auch nicht festgelegt. Auf eine Festlegung individueller Zielvorgaben muss daher auf Grund methodischer Überlegungen auch in diesem Verfahren abgesehen werden. Insofern ist auch der Verweis auf die ländliche Struktur des Netzbereiches der Beschwerdeführerin verfehlt, da die generellen Produktivitätssteigerungen strukturunspezifisch sind, sondern die Effizienzsteigerungen einer gesamten Branche – unter Berücksichtigung ihrer Heterogenität – darstellen.

Von der E-Control Kommission wurde mit der Systemnutzungstarifverordnung (SNT-VO) 2006, verlautbart im Amtsblatt zur Wiener Zeitung Nr. 240/2005, per 1. Jänner 2006 ein An-

reizregulierungssystem für Verteilnetzbetreiber eingeführt. Mit der SNT-VO 2010, verlautbart im Amtsblatt zur Wiener Zeitung Nr. 249/2009, wurde dieses System in eine zweite Regulierungsperiode, die von 1. Jänner 2010 bis 31. Dezember 2013 dauert, übernommen. Die gesamten acht Jahre von 1. Jänner 2006 bis 31. Dezember 2013 sind als achtjährige Anreizregulierungsperiode zu betrachten.

Der Zeitraum zur Realisierung der Zielvorgaben (Zielerreichungszeitraum) kann (muss aber nicht) durch die Regulierungsbehörde im jeweiligen Kostenbescheid in ein- oder mehrjährige Regulierungsperioden unterteilt werden. Die erstinstanzliche Behörde hat von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht und hat im Spruch betreffend „Kostenanpassungsfaktor“ weder in den Verfahren V KOS 2011 noch V KOS 2012 einen Zielerreichungszeitraum angegeben. Die erstinstanzliche Behörde erwähnt zwar vor dem Hintergrund des Systems der Anreizregulierung in der Begründung, dass der „Kostenanpassungsfaktor“ bis zum Ende der aktuellen Regulierungsperiode unverändert bleiben soll, jedoch wird das im Spruch in keiner Weise reflektiert. Vielmehr werden in (allen) KOS-Bescheiden 2012 (nun bereits zum zweiten Mal) die Zielvorgaben neu festgestellt (vgl dazu „Kostenermittlung 2012“: [http://www.e-control.at/portal/page/portal/medienbibliothek/recht/dokumente/pdfs/Bescheid-V-KOS-2012-neu-\(kleine-WV\)-anonymisiert.pdf](http://www.e-control.at/portal/page/portal/medienbibliothek/recht/dokumente/pdfs/Bescheid-V-KOS-2012-neu-(kleine-WV)-anonymisiert.pdf)), weshalb damit feststeht, dass die erstinstanzliche Behörde die Zielvorgaben jährlich feststellt. Ginge die erstinstanzliche Behörde – wie in ihrer Begründung beiläufig erwähnt – davon aus, dass der „Kostenanpassungsfaktor“ bis zum Ende der Regulierungsperiode gelte, hätte sie den „Kostenanpassungsfaktor“ nicht neuerlich feststellen müssen. Zudem hätte der Zielerreichungszeitraum iSd § 59 Abs. 3 Satz 1 EIWOG 2010 dann im Spruch Erwähnung finden müssen. Eine jährliche Festsetzung des Kostenanpassungsfaktors impliziert jedoch geradezu, dass die erste Instanz einjährige Zielerreichungsperioden vorsieht. Der Spruchpunkt betreffend „Kostenanpassungsfaktor“ in den Verfahren V KOS 2011 ist daher aus den soeben erwähnten Gründen in Rechtskraft ausschließlich für das Kalenderjahr 2012 erwachsen, weshalb er auch einer Neufestsetzung in den Verfahren V KOS 2012 für das Kalenderjahr 2013 zugänglich war. Der Spruchpunkt der erstinstanzlichen Behörde betreffend „Kostenanpassungsfaktor“ ist diesfalls aber nicht mit Rechtswidrigkeit behaftet, da sie von ihrem Ermessen gemäß § 59 Abs. 3 Satz 1 EIWOG 2010 in rechtskonformer Weise Gebrauch gemacht hat.

§ 60 AVG bestimmt, dass in der Bescheidbegründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen sind. In Bezug auf die Festsetzung des Kostenanpassungsfaktors hat die erstinstanzliche Behörde im Bescheid V KOS [...]/12 (Seiten 16 und 17) auf die Rechtsmittelentscheidungen der Regulierungskommission verwiesen und die Ergebnisse ihrer Analyse dieser Entscheidungen erläutert. Die Regulierungsbehörde, und damit auch die Regulierungskommission als Organ der Regulierungsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 E-Control-G, ist gemäß § 36 Abs. 4 E-ControlG dazu verpflichtet ihre Entscheidungen „*unter Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen auf der Homepage der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen*“. Die Entscheidungen R REM 01/11 bis 05/11, auf deren Grundlage die erste Instanz den Kostenanpassungsfaktor im Verfahren V KOS [...]/12 festgelegt hat, sind auf der Website der

E-Control unter <http://www.e-control.at/de/recht/entscheidungen/entscheidungen-regulierungskommission#2463> abrufbar. Ein Begründungsmangel führt nur dann zu einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, wenn er eine Überprüfung des angefochtenen Bescheides hindert, insbesondere, wenn dadurch die Partei des Verwaltungsverfahrens über die von der Behörde angestellten Erwägungen nicht unterrichtet und an der Verfolgung ihres Rechtsanspruches gehindert worden ist (VwGH 19. 2. 1991, 90/05/0096). In diesem Fall wurde jedoch auf die relevanten Entscheidungen, die öffentlich auf der Website für jedermann zugänglich sind, verwiesen, wodurch der Beschwerdeführerin (insbesondere auch auf Grund ihrer anwaltlichen Vertretung) die umfassende Begründung der Regulierungskommission in den Verfahren R REM 2011 zur Verfügung gestanden ist. Auch wenn die Beschwerdeführerin vorgibt, nicht zu wissen welche Entscheidungen der Regulierungskommission übernommen wurden, so zitiert sie doch in der Beschwerde selbst aus der Entscheidung R REM 04/11 (vgl. Seite 6). Da die Behörde erster Instanz nur auf „verallgemeinerungsfähige“ Überlegungen verweist, erscheint klar, dass es sich dabei um die Ausführungen zu den generellen Zielvorgaben handeln muss. Selbst wenn die Bescheidbegründung – nach Ansicht der Beschwerdeführerin – mangelhaft iSd AVG gewesen wäre, hätte die zweitinstanzliche Behörde in der Sache selbst zu entscheiden (§ 66 Abs. 4 AVG), dh sie hätte sich in gleicher Weise wie die Behörde erster Instanz zu befassen und den maßgeblichen Sachverhalt festzustellen und rechtlich zu beurteilen. Diesbezüglich verweist die Behörde zweiter Instanz auch in Bezug auf die Argumentation zum Erstrundeneffekt auf ihre Entscheidungen R REM 01/11 bis 05/11 (Punkt 2.3.2).

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Festsetzung des Effizienzsteigerungspotenzials mit 3,5 % eine Aushöhlung ihres Eigenkapitals zur Folge haben werde und daher einen Eingriff in das Eigentumsrecht gemäß Artikel 5 StGG und Artikel 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK darstelle. Nach ständiger Judikatur des VfGH verletzt ein Bescheid nur dann das Grundrecht der Unverletzlichkeit des Eigentums gemäß Artikel 5 StGG, wenn dieser ohne jede Rechtsgrundlage ergangen wäre oder auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage beruhte, oder wenn die Behörde bei Erlassung des Bescheides eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglicher Weise angewendet hätte (VfSlg. 12.100). Keiner dieser Eingriffe wurde durch den Bescheid der belangten Behörde vorgenommen, insbesondere eine denkunmögliche Anwendung der Rechtsgrundlage kann auf Grund der vorliegenden Begründung, selbst wenn diese vor allem in Form eines Verweises erfolgte, nicht angenommen werden.

Auf Grund der systematischen, wie auch gesetzlich vorgesehenen (§ 59 Abs. 2 EIWOG 2010: „Für die Ermittlung der Kosten sind Zielvorgaben zugrunde zu legen [...]“) Verknüpfung von Kosten und Zielvorgaben, hat einer Veränderungen der Höhe der Zielvorgaben auch Auswirkungen auf die festgestellten Kosten. Somit ist bei Beibehaltung des Wertes der Zielvorgaben in Höhe von 3,5 % auch eine Anpassung der Kostenbasis zu Gunsten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Um Rechtssicherheit bis zum Ende der Regulierungsperiode zu gewährleisten, wird die Zielvorgabe in Spruchpunkt 1. gemäß § 59 Abs. 3 Satz 1 EIWOG 2010 bis zum 31. Dezember 2013 festgestellt.

In ihrer Stellungnahme vom 2. April 2013 führt die Beschwerdeführerin zu dem im Ergebnis der Beweisaufnahme zu diesem Beschwerdepunkt Festgestellten aus, dass auch die Regulierungskommission – wie schon die erste Instanz – ihrer Begründungspflicht in Bezug auf die Festsetzung des Kostenanpassungsfaktors in Höhe von 3,5 % nicht nachkomme. Die jährliche Festsetzung des Kostenanpassungsfaktors sei unzulässig, da während einer Regulierungsperiode eine Neufestsetzung nicht vorgesehen sei. Erneut wird auf die Ergebnisse des der Stellungnahme beigelegten Kurzgutachtens verwiesen.

Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das Kurzgutachten von [...] keinen Zusammenhang mit der Feststellung eines generellen Abschlagsfaktors hat. Selbst wenn dieser Umstand außer Acht gelassen werden würde, handelt es sich bei der Untersuchung von [...] um ein freiwilliges Benchmarking im Auftrag der Vereinigung Österreichs Energie, dessen Datenbasis nicht geprüft werden kann. Würde man aber weiter im Sinne der Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass die Daten der von der Branche in Auftrag gegebenen Analyse sich mit geprüften, plausibilisierten Daten decken, so ist jedoch die Analyse von Kennzahlen lediglich als eine Vorstufe zum eigentlichen Benchmarking-Verfahren anzusehen. Das Kurzgutachten unterstreicht vielmehr die Notwendigkeit der Daten-Plausibilisierung im Zuge eines Benchmarking Verfahrens, um zu gewährleisten, dass Ausreißer mit nicht-geprüften oder unplausiblen Daten nicht das Ergebnis verzerren. Würde die Beschwerdeführerin aus diesen Gründen, von der Stichprobe entfernt werden, wäre die Beschwerdeführerin auch nicht Teil der eigentlichen Benchmarking Analyse und deshalb könnten keinesfalls Rückschlüsse über die etwaige relative Effizienz der Beschwerdeführerin geschlossen werden."

Für Unternehmen, die erst im Jahr 2011 der Anreizregulierung unterworfen wurden – und somit gleich gelagerte Fälle darstellen –, hat die Regulierungskommission in ihren Verfahren R REM 2011 zu den individuellen Zielvorgaben bereits ausgesprochen, „*dass der Effizienzwert aufgrund der nicht vorhandenen (und nicht geprüften) Daten nach den Methoden, die dem Stand der Wissenschaft zu genügen haben, nicht berechnet werden könne und eine Anlehnung an andere Unternehmen für die Herleitung der relativen Effizienz methodisch unzulässig sei*“. Individuelle Zielvorgaben wurden daher auch nicht festgelegt. Das Einsparungspotenzial setzte sich in den Verfahren R REM 2011 somit vielmehr aus dem angepassten generellen Produktivitätsfaktor von 3,5 % und einem individuellen Produktivitätsfaktor von 0,0 % zusammen. Auf eine Festlegung individueller Zielvorgaben muss daher auf Grund methodischer Überlegungen auch in diesem Verfahren abgesehen werden.

Zudem ist Hypereffizienz kein zulässiges Konzept im Rahmen der Produktionstheorie und darauf basierenden Effizienzberechnungen. Es ist zu betonen, dass MOLS und DEA lediglich die relative Effizienz der Unternehmen feststellen und niemals die absolute Effizienz. Kein Unternehmen kann in einer Benchmarking Analyse einen höheren Effizienzwert als 100% erreichen, und selbst dann ist nicht gewährleistet, dass durch eine Änderung der Stichprobe dieser Effizienzwert gleich bleiben würde, daher auch das Konzept der „relativen Effizienz“.

Wenn die Beschwerdeführerin der Ansicht ist, dass die Argumentation der zweitinstanzlichen Behörde nicht geeignet ist, die „Vorgangsweise der erstinstanzlichen Behörde zu rechtfertigen“, da die zweitinstanzliche Behörde schlichtweg alle Ausführungen der erstinstanzlichen Behörde wiederholt, unterliegt sie einem Irrtum: Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die zweitinstanzliche Behörde keinesfalls die Argumente der erstinstanzlichen Behörde wiederholt. Vielmehr geht sie auf ihre eigene Behördenpraxis der Verfahren R REM 2011 ein und verweist auf ihre eigene Argumentation ohne sie im Detail nochmals zu wiederholen (vgl dazu <http://www.e-control.at/de/recht/entscheidungen/entscheidungen-regulierungskommission#2463>). Denn selbst wenn die Bescheidbegründung der erstinstanzlichen Behörde mangelhaft iSd AVG gewesen wäre, hat doch die zweitinstanzliche Behörde in der Sache selbst zu entscheiden (§ 66 Abs. 4 AVG), dh sie hat sich in gleicher Weise wie die Behörde erster Instanz zu befassen und den maßgeblichen Sachverhalt festzustellen und rechtlich zu beurteilen. Diesbezüglich verweist die zweitinstanzliche Behörde auf ihre eigenen Entscheidungen R REM 01/11 bis 05/11 (Punkt 2.3.2; <http://www.e-control.at/de/recht/entscheidungen/entscheidungen-regulierungskommission#2463>).

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Den Legalparteien steht gemäß § 48 Abs. 2 EIVOG 2010 iVm Artikel 131 Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl I Nr. 01/1930 idF BGBl I Nr. 60/2011, nur die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof offen.

Eine Beschwerde bedarf der Unterschrift eines Rechtsanwaltes und ist mit **EUR 240,-** zu vergebühren.

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

Wien, am 24. April 2013

Der Vorsitzende der Regulierungskommission
Dr. Wolfgang Schramm

Ergeht als Bescheid an:

[...]

Vertreten durch:

[...]

Bundesarbeitskammer
[...]
Prinz-Eugen-Straße 20-22
1040 Wien

Wirtschaftskammer Österreich
[...]
Wiedner Hauptstraße 63
1045 Wien

per RSb

Ergeht zur Kenntnis an

Landwirtschaftskammer Österreich
[...]
Schauflegasse 6
1014 Wien

Österreichischer Gewerkschaftsbund
[...]
Johann-Böhm-Platz 1
1020 Wien

per RSb

Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft
Vorstand
Rudolfsplatz 13a
1010 Wien

im Haus