



**E-CONTROL**

R REM 16/12

PA [...] /13

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 16/12, gegen den Bescheid des Vorstands der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) vom [...] beschlossen:

## I. Spruch

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. Begründung

### A. Verfahrensablauf

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

### *„I. Spruch*

1. *Der Kostenanpassungsfaktor wird mit 3,50 % festgestellt.*
2. *Die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 51 Abs. 2 EIWOG 2010 werden wie folgt festgestellt (in TEUR):*  
[...]
3. *Die Kosten für Netzverluste werden wie folgt festgestellt:*  
[...]
4. *Das der Entgeltermittlung für die Netznutzung und Netzverluste zu Grunde zu legende Mengengerüst wird wie folgt festgestellt:*  
[...]
5. *Die Mengenbasis für den Bezug aus dem vorgelagerten Netz sowie für zusätzliche vorgelagerte Netzkosten wird wie folgt festgestellt:*  
[...]
6. *Die von den festgestellten Kosten und Werten abweichenden Anträge werden abgewiesen.“*

Gegen diesen Bescheid erhob die [...] (Beschwerdeführerin), vertreten durch [...], mit Schriftsatz vom 14. 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. Februar 2013 wurde das Ergebnis der Beweisaufnahme zur Kenntnis- und Stellungnahme an die Beschwerdeführerin sowie die in § 48 Abs. 2 EIWOG 2010 genannten Organisationen übermittelt (§ 48 Abs. 2 EIWOG 2010, § 45 Abs. 3 AVG). Gleichzeitig erhielt die Beschwerdeführerin auch die Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich vom 8. November 2012. Die Beschwerdeführerin hat am 25. Februar 2013 zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen. Die Wirtschaftskammer Österreich informierte am selben Tag, dass sie keine Anmerkungen zu dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe.

## **B. Ausführungen der Beschwerdeführerin**

Die Beschwerdeführerin beantragt Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheids so abzuändern, dass der Kostenanpassungsfaktor mit 2,5 % festgestellt wird und demzufolge Spruchpunkt 2. so abgeändert wird, dass die in diesem Punkt festgesetzten Kosten unter Berücksichtigung eines Kostenanpassungsfaktors von 2,5 % berechnet werden.

Die Beschwerdeführerin erläutert, dass ihr Bescheid im V KOS 2011-Verfahren bereits in Rechtskraft erwachsen sei, wodurch ein Kostenanpassungsfaktor in Höhe von 2,5 % p.a. bis zum Beginn der neuen Regulierungsperiode 2014 festgelegt worden sei. Sie sei Partei in keinem Verfahren gewesen, das zu den Rechtsmittelentscheidungen 2011 (R REM 01/11 bis 05/11) geführt habe. Daher hätten sie keine Kenntnis über die Begründung, die zu der Erhöhung des Kostenanpassungsfaktors auf 3,5 % geführt habe, mit Ausnahme von Verweisen auf die Argumentation der Regulierungskommission, Studien, den Erstrundeneffekt und die Notwendigkeit der Gleichbehandlung. Eine solche Bescheidbegründung genüge keinesfalls den Anforderungen des AVG. Auf Grund der mangelnden Bescheidbegründung sei es der Beschwerdeführerin nicht möglich die Argumente zu entkräften, die zur Festsetzung des Kostenanpassungsfaktors in der Höhe von 3,5 % geführt haben. Sie führt jedoch an, dass das Argument des Erstrundeneffekts auf Grund der bereits seit 10 Jahren bestehenden Regulierungstätigkeit nicht zutreffen könne.

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. Sie weist außerdem darauf hin, dass die Entscheidungen der Regulierungskommission auf der Homepage der Energie-Control Austria veröffentlicht werden und somit die Entscheidungsgrundlagen für das Unternehmen zugänglich gewesen sei-

en. Aus diesem Grund wird angeregt, den Beschwerdeantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen und der 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.

#### **2. Zur Beschwerde**

Gesetzliche Grundlage für die Festlegung der Zielvorgaben ist § 59 Abs. 2 und 3 EIWOG 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 Wissenschaft 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.

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.

In Bezug auf die Höhe des Kostenanpassungsfaktors bei jenen Unternehmen, die auf Grund ihrer Größe erst im Jahr 2011 zum ersten Mal der Anreizregulierung unterlagen, kann zur weiteren Begründung auch auf die Situation in Deutschland verwiesen werden, wo in § 24 der Anreizregulierungsverordnung vom 29. Oktober 2007 (dBGBl. I. S. 2730, idF 20. Dezember 2012) für kleine Netzbetreiber die Möglichkeit eines vereinfachten Verfahrens geregelt ist. In diesem vereinfachten Verfahren entfällt der Effizienzvergleich und es wird pauschal in der ersten Regulierungsperiode ein Effizienzwert von 87,5 % festgelegt, in der zweiten Regulierungsperiode der Mittelwert aus den geprüften Unternehmen. Das ergäbe umgelegt auf Österreich einen Kostenanpassungsfaktor von 3,6 % bzw. 3,4 % bei einer Durchschnittsbetrachtung. Dies liegt nahe an dem von der Regulierungskommission in den Verfahren R REM 2011 festgesetzten Prozentsatz von 3,5 %. Einerseits ist daher davon auszugehen, dass besonders für kleine Netzbetreiber ein entsprechender Abschlag zu rechtfertigen ist, andererseits kann die Festsetzung des Kostenanpassungsfaktors für den Zeitraum bis 31. Dezember 2013 als „vereinfachtes Verfahren“ beurteilt werden, da – wie in den Entscheidungen zu R REM 01/11 bis 05/11 (Punkt 2.3.1) ausgeführt – eine nachträgliche Effizienzanalyse methodisch nicht zulässig gewesen wäre.

In der Stellungnahme vom 25. Februar 2013 zeigt die Beschwerdeführerin keine Überraschung über die Beibehaltung der Höhe des Kostenanpassungsfaktors sowie die positive Reaktion der Wirtschaftskammer Österreich dazu. Die Beschwerdeführerin hat jedoch zu keinem Zeitpunkt neuen Vorbringen gemacht, die eine Neu-Bewertung der in den Rechtsmittelentscheidungen R REM 2011 basierend auf einer umfassenden volkswirtschaftlichen Analyse (vgl. Punkte 2. und 4.) getroffenen Feststellungen notwendig machen würden, weshalb der Antrag auf Feststellung der Zielvorgaben mit 2,5 % abzuweisen war.

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 KOS 2011 noch 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 jedoch 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 gem § 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 erste Instanz im Bescheid [...] (Seiten 12 und 13) 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 [...] getroffen 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. 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).

In ihrer Stellungnahme vom 25. Februar 2011 wird dazu ausgeführt, dass dem Rechtsvertreter vorliegende Informationen aus dem Verfahren eines bestimmten Mandanten aus Grün-

den des Anwaltsgeheimnisses nicht einem anderen Mandanten offengelegt werden können. Ungeachtet bestehender anwaltlicher Verpflichtungen Mandanten gegenüber, wäre es dem anwaltlichen Vertreter jedoch unbenommen gewesen, die Homepage der E-Control zu konsultieren.

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 eine Veränderung 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.

### 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 EIWOG 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 220,-** zu vergebühren.

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

Wien, am 13. März 2013

Der Vorsitzende der Regulierungskommission  
Dr. Wolfgang Schramm

Ergeht als Bescheid an:

Beschwerdeführerin:

[...]

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