jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/9/27 W219 2149246-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 27.09.2018

Entscheidungsdatum

27.09.2018

Norm

AVG §52
AVG §53
B-VG Art.133 Abs4
ElWOG §48 Abs1
ElWOG §51 Abs2
ElWOG §59
VwGVG §17
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W219 2149246-1/23E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. Walter TOLAR über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch SchneideR's Rechtsanwalts KG, Ebendorferstraße 10/6b, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Vorstands der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) vom 03.10.2014, GZ V KOS 023/14, betreffend die Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben und des Mengengerüstes der XXXX gemäß § 48 ElWOG 2010 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.06.2018 zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1.1. Mit Beschluss vom 21.02.2014 leitete der Vorstand der E-Control (im Folgenden: belangte Behörde) ein Verfahren zur Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben sowie des Mengengerüsts gem. § 48 Elektrizitätswirtschaft- und -organisationsgesetz 2010 (ElWOG 2010) betreffend die nunmehrige beschwerdeführende Partei ein. Nach Durchführung des behördlichen Verfahrens sprach die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid (im Folgenden: Kostenbescheid 2015) aus wie folgt:

"1. Der Kostenanpassungsfaktor wird mit 4,365 % festgestellt.

2. Die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 51 Abs. 2 ElWOG 2010 für das Jahr 2014 werden wir folgt festgestellt (in TEUR):

Bild kann nicht dargestellt werden

3. Die Kosten für Netzverluste für das Jahr 2014 werden wie folgt festgestellt:

Bild kann nicht dargestellt werden

4. Das der Entgeltermittlung für die Netznutzung und Netzverluste zu Grunde zu legende Mengengerüst wird wie folgt festgestellt:

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

5. Die Mengenbasis für den Bezug aus dem vorgelagerten Netz sowie für zusätzliche vorgelagerte Netzkosten wird wie folgt festgestellt:

Bild kann nicht dargestellt werden

6. Die von den festgestellten Kosten und Werten abweichenden Anträge werden abgewiesen."

1.2. Mit Schriftsatz vom 03.11.2014 erhob die beschwerdeführende Partei die vorliegende Beschwerde.

Die Beschwerde bringt vor, dass die Festlegung des Kostenanpassungsfaktors unrichtig sei und dass die Personalkosten für das im Rahmen der Einbringung des Betriebs gewerblicher Art der Stadtgemeinde XXXX in die beschwerdeführende Partei übernommene Personal als unbeeinflussbare Kosten anzuerkennen seien.

Begründend führt die Beschwerde betreffend den Kostenanpassungsfaktor und die Personalkosten aus, beim Bundesverwaltungsgericht sei gegen den Bescheid aus dem Vorjahr unter der GZ W157 2006170-1 ein Beschwerdeverfahren anhängig. Zur Begründung der vorliegenden Beschwerde wird in der Folge das Vorbringen der genannten Beschwerde wörtlich wiederholt.

1.3. Die belangte Behörde legte dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde sowie den Verwaltungsakt mit Schreiben vom 19.12.2014 vor.

1.4. Im Folgenden werden die weiteren wesentlichen Verfahrensschritte zusammengefasst:

Mit Schreiben vom 26.05.2017 teilte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien des Beschwerdeverfahrens mit, dass in Aussicht genommen sei, XXXX , Mitarbeiter der Abteilung Volkswirtschaft der E-Control, als Amtssachverständigen aus dem Bereich der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft dem gegenständlichen Verfahren insbesondere zwecks Beantwortung von Fragen zum Thema "Ausreißeranalyse" beizuziehen.

XXXX legte auf eine entsprechende Aufforderung des BVwG hin am 02.06.2017 einen Lebenslauf vor, aus dem sich der Abschluss einschlägiger wissenschaftlicher Studienrichtungen samt Promotion, die mehrjährige Tätigkeit als Universitätsassistent und mehrere anschließende Tätigkeiten in Beratungsunternehmen im Bereich des Energiewesens ergeben. Die Tätigkeit als Mitarbeiter der E-Control hatte im Mai 2016 begonnen.

Die beschwerdeführende Partei erstattete am 12.06.2017 eine Stellungnahme, in der sie sich gegen die Beiziehung von XXXX als Amtssachverständigen aussprach und (neuerlich) beantragte, die XXXX als Sachverständige zu bestellen. Aus dem Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.05.2017 gehe nicht hervor, ob das Bundesverwaltungsgericht bei der Auswahl des Amtssachverständigen mit der gebotenen Sorgfalt die Qualifikation und das Vorliegen etwaiger Befangenheitsgründe von XXXX untersucht hat, sodass der Anschein der Voreingenommenheit dieser Person in keiner

Weise entkräftet sei. Außerdem könnte im vorliegenden Fall keine Einzelperson als Amtssachverständiger bestellt werden, weil eine Einzelperson als solche nicht über die notwendige Expertise verfüge, wie sie in großen Beratungsunternehmen vorhanden sei.

Mit Beschluss vom 07.09.2017 zog das Bundesverwaltungsgericht Dr. Clemens Wagner-Bruschek den gegenständlichen Beschwerdeverfahren als Amtssachverständigen bei (vgl. zu den rechtlichen Erwägungen Pkt. II.3.2.1.) und erteilte den Gutachtensauftrag, mit welchem es dem Amtssachverständigen die Beantwortung folgender Fragen auftrug:

-

Frage 1: Was ist der Zweck der sogenannten "Ausreißeranalyse" im Zusammenhang mit der Feststellung der Kosten von Stromnetzbetreibern?

-

Frage 2: Stellen Sie einerseits die von der E-Control verwendete Methode der "Ausreißeranalyse" und andererseits die von der beschwerdeführenden Gesellschaft unter Bezugnahme auf die gutachterlichen Ausführungen der XXXX geforderte Methode dar. Was sind die entscheidenden Unterschiede?

-

Frage 3: Entsprach die von der E-Control angewendete Methode der "Ausreißeranalyse" einerseits und die von der beschwerdeführenden Gesellschaft geforderte Methode andererseits dem bei Bescheiderlassung aktuellen Stand der Wissenschaft? Setzen Sie sich mit der Einschätzung im vorgelegten XXXX (z.B. zu XXXX , S. 30) auseinander, dass das von der belangten Behörde beim für die dritte Regulierungsperiode durchgeführten Benchmarking zur Ausreißeranalyse angewendete Verfahren nicht dem Stand der Wissenschaft entspricht, da es wesentliche Grundprinzipien einer angemessenen Ausreißeranalyse missachtet.

-

Frage 4: Kann die Einbeziehung einer größeren Zahl neuer Unternehmen (von geringer Größe) in das Benchmarking-Verfahren dazu führen, dass es zu erheblichen Verschiebungen in den Benchmarking-Grenzen kommt? Birgt die Einbeziehung zusätzlicher (v.a. kleinerer) Unternehmen die Gefahr der Verfälschung von Benchmarking-Ergebnissen, weil bei diesen (relativ kleinen) Unternehmen spezifische Strukturen bestehen können?

Am 20.12.2017 übermittelte der Amtssachverständige dem Bundesverwaltungsgericht ein mit selbem Tag datiertes Gutachten ("Ausreißeranalysen im Rahmen der Kostenfeststellung für Stromnetzbetreiber"), welches das Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 02.02.2018 an die Verfahrensparteien übermittelte.

Am 19.03.2018 übermittelte die beschwerdeführende Partei eine Stellungnahme zum Gutachten des Amtssachverständigen inklusive einer "kritischen Würdigung" der XXXX und kündigte die Übermittlung eines Gutachtens der XXXX an, welches sie am 25.04.2018 vorlegte ("Umgang mit heterogenen Unternehmen und Ausreißern in einer Effizienzanalyse"). Die XXXX kommt zum Ergebnis, dass die von der XXXX geforderte Methode "in die richtige Richtung geh[e]".

2. Am 27.06.2018 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Es nahmen Vertreter aller Parteien und der Amtssachverständige an der Verhandlung teil. Für die beschwerdeführende Partei war auch ein Mitarbeiter der XXXX als Privatgutachter anwesend.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Zur Kostenermittlung (Effizienzvergleich, Ausreißeranalyse) und den Zielvorgaben (Kostenanpassungsfaktor):

Die in den angefochten Bescheiden verwendete Effizienzvergleichsmethode (Benchmarkingmodell) zur Festlegung des Kostenanpassungsfaktors basiert auf der Regulierungssystematik und wird für alle Stromverteilernetzbetreiber Österreichs, welche eine Abgabemenge von über 50 GWh im Jahr 2008 verzeichnen konnten, verwendet. Dies trifft auf die beschwerdeführende Partei zu (vgl. Regulierungssystematik S. 9 und S. 138f).

Die von der belangten Behörde auf Basis der Regulierungssystematik verwendete Methode zur Ausreißeranalyse "Cook's Distance" entspricht dem Stand der Wissenschaft (vgl. Gutachten des Amtssachverständigen vom 20.12.2017 S.

20f sowie Gutachtenserläuterung in der Beschwerdeverhandlung vom 27.06.2018).

Die Regulierungssystematik, welche als Beilage zu den angefochtenen Bescheiden Teil der Bescheidbegründung ist, stellt eine einheitliche Vorgehensweise der belangten Behörde im Rahmen ihrer Ermessensentscheidungen gegenüber den betroffenen Unternehmen sicher. Die belangte Behörde hat sich - zum Zweck der Erstellung der Regulierungssystematik - mit der Auswahl des Benchmarkingmodells und der Methode zur Ausreißeranalyse mit Branchenvertretern aus der Elektrizitätswirtschaft und deren Experten im Rahmen eines transparenten Konsultationsprozesses eingehend auseinandergesetzt (vgl. Regulierungssystematik S. 4 und 66ff). Teil der Datenanalyse im Zuge der Erstellung der Regulierungssystematik war die Überprüfung der Ausgangsdaten, also der in das Benchmarking einbezogenen Unternehmen, im Hinblick auf deren Homogenität bzw. Heterogenität (vgl. Regulierungssystematik S. 4ff, 31ff und Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom 27.06.2018 S. 8). In diesen Konsultationsprozess waren auch die beschwerdeführende Partei sowie die XXXX eingebunden (vgl. Regulierungssystematik S. 66ff).

Die von der beschwerdeführenden Partei auf Basis des Gutachtens der XXXX vom 31.10.2014 geforderte Verwendung einer "differenzierte[n] Ausreißeranalyse" entspricht nicht dem Stand der Wissenschaft (vgl. Gutachten des Amtssachverständigen vom 20.12.2017 S. 22 sowie Gutachtenserläuterung in der Beschwerdeverhandlung vom 27.06.2018).

Das Gutachten der XXXX vom 25.04.2018 schlägt keine explizit ausgeführte Alternative zu der von der belangten Behörde verwendeten Methode vor.

Vor diesem Hintergrund sieht das Bundesverwaltungsgericht den von der belangten Behörde für die beschwerdeführende Partei ermittelten gewichteten Effizienzwert als bestätigt an.

1.2. Zu den Personalkosten:

Die beschwerdeführende Partei hat das gesamte Personal der eingebrachten Geschäftsbereiche aus dem Betrieb gewerblicher Art der Stadtgemeinde XXXX mit Einbringungsvertrag und Personalübereinkommen vom 06.09.2001 übernommen. Mitübernommen wurde auch die Verpflichtung zur Tragung der mit diesem Personal zusammenhängenden Kosten.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen beruhen auf den Verwaltungsakten, der Regulierungssystematik, den schriftlichen Äußerungen und Stellungnahmen der Verfahrensparteien im Beschwerdeverfahren und ihrem mündlichen Vorbringen in der Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 27.06.2018 sowie dem Gutachten des Amtssachverständigen vom 20.12.2017 und seinen Erläuterungen dazu in der Beschwerdeverhandlung (teilweise wurde in den Feststellungen auf das konkret herangezogene Beweismittel bereits hingewiesen, vgl. Pkt. II.1.1.).

Für die Feststellungen zur Kostenermittlung und zu den Zielvorgaben hat das Bundesverwaltungsgericht insbesondere das Gutachten des Amtssachverständigen vom 20.12.2017 als Beweismittel herangezogen. Der Gutachtenserläuterung in der Beschwerdeverhandlung vom 27.06.2018 und den präsentierten Ergebnissen des Gutachtens des Amtssachverständigen wurde von den Vertretern der beschwerdeführenden Partei sowie ihrem Privatgutachter nicht entgegengetreten. Das Gutachten sowie die Erklärungen zu den im Gutachtensauftrag gestellten Fragen in der Beschwerdeverhandlung haben das erkennende Gericht aufgrund der detailreichen und durch viele Verweise auf Literatur und Quellen untermauerten Ausführungen des Amtssachverständigen sowie seiner hohen fachlichen Expertise überzeugt. Insbesondere die Ausführungen zur Frage, ob die von der belangten Behörde angewendete Methode der Ausreißeranalyse einerseits und die von der beschwerdeführenden Partei geforderte Methode ("differenzierte Ausreißeranalyse") andererseits dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen, sind nachvollziehbar und im Ergebnis überzeugend.

Zur Feststellung, dass die Überprüfung der Ausgangsdaten, also der in das Benchmarking einbezogenen Unternehmen, im Hinblick auf deren Homogenität bzw. Heterogenität Teil der Datenanalyse im Zuge der Erstellung der Regulierungssystematik war, ist beweiswürdigend ergänzend festzuhalten, dass die beschwerdeführende Partei in der mündlichen Beschwerdeverhandlung am 27.06.2018 den Amtssachverständigen um seine Einschätzung ersucht - und diese Frage damit erstmalig aufgeworfen - hat, ob er sicher sein könne, dass "nur zulässigerweise als homogen betrachtete Unternehmen im Benchmarking [...] enthalten [seien]" (vgl. Niederschrift der Beschwerdeverhandlung vom

27.06.2018 S. 8). Das Bundesverwaltungsgericht teilt die vom Amtssachverständigen vertretene Ansicht, dass - aufgrund der diesbezüglichen Ausführungen in der Regulierungssystematik (vgl. S. 4ff und insbesondere S. 31ff) - die belangte Behörde sich mit der Frage, ob die Unternehmen vergleichbar sind, im Rahmen des Konsultationsprozesses befasst hat:

Die Überprüfung für das Anwenden mathematisch-statistischer Methoden insbesondere auch in Hinblick auf Homogenität oder Heterogenität der Ausgangsdaten ist Teil der erfolgten Datenanalyse.

Die Feststellung, dass das Gutachten der XXXX vom 25.04.2018 keine explizit ausgeführte Alternative zu der von der belangten Behörde verwendeten Methode vorschlägt resultiert aus dem Gutachten selbst, welches sich im Ergebnis darauf beschränkt, festzuhalten, dass das Gutachten der XXXX vom 31.10.2014 " [...] in die richtige Richtung [geht]" (vgl. Gutachten der XXXX S. 5 und 19).

Die zu den Personalkosten getroffenen Feststellungen sind unstrittig.

3. Rechtlich folgt daraus:

3.1. § 48 ElWOG 2010 lautet:

"Feststellung der Kostenbasis

§ 48. (1) Die Regulierungsbehörde hat die Kosten, die Zielvorgaben und das Mengengerüst von Netzbetreibern mit einer jährlichen Abgabemenge an Entnehmer von mehr als 50 GWh im Kalenderjahr 2008 von Amts wegen periodisch mit Bescheid festzustellen. Die Kosten und das Mengengerüst der übrigen Netzbetreiber können von Amts wegen mit Bescheid festgestellt werden.

(2) Der Wirtschaftskammer Österreich, der Landwirtschaftskammer Österreich, der Bundesarbeitskammer und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund ist vor Abschluss des Ermittlungsverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Regulierungsbehörde hat deren Vertretern Auskünfte zu geben und Einsicht in den Verfahrensakt zu gewähren. Wirtschaftlich sensible Informationen, von denen die Vertreter bei der Ausübung ihrer Einsichtsrechte Kenntnis erlangen, sind vertraulich zu behandeln. Die Wirtschaftskammer Österreich sowie die Bundesarbeitskammer können gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde gemäß Abs. 1 wegen Verletzung der in § 59 bis § 61 geregelten Vorgaben Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht sowie in weiterer Folge gemäß Art. 133 B-VG Revision an den Verwaltungsgerichtshof erheben."

§ 59 ElWOG 2010 lautet:

"Kostenermittlung

§ 59. (1) Die den Entgelten zugrunde liegenden Kosten haben dem Grundsatz der Kostenwahrheit zu entsprechen und sind differenziert nach Netzebenen zu ermitteln. Dem Grunde und der Höhe nach angemessene Kosten sind zu berücksichtigen. Der Netzsicherheit, der Versorgungssicherheit unter Berücksichtigung von Qualitätskriterien, der Marktintegration sowie der Energieeffizienz ist Rechnung zu tragen. Die Bestimmung der Kosten unter Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung, die von einem rationell geführten, vergleichbaren Unternehmen ausgeht, ist zulässig. 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. Die bei einer effizienten Implementierung neuer Technologien entstehenden Kosten sind in den Entgelten unter Berücksichtigung der beschriebenen Grundsätze und der Nutzung von Synergieeffekten angemessen zu berücksichtigen. Internationale Transaktionen und Verträge für den Transport von Energie gemäß § 113 Abs. 1 sind bei der Kostenermittlung zu berücksichtigen.

(2) Für die Ermittlung der Kosten sind Zielvorgaben zugrunde zu legen, die sich am Einsparungspotential der Unternehmen 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 sicher zu stellen, dass für die Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber Anreize bestehen, die Effizienz zu steigern und notwendige Investitionen angemessen durchführen zu können.

(3) Der Zeitraum zur Realisierung der Zielvorgaben (Zielerreichungszeitraum) 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.

(4) Beeinflusst das vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen die Kosten des Netzbetreibers durch Verrechnungen, muss der Netzbetreiber diese Kosten ausreichend belegen. Auf Verlangen der Regulierungsbehörde hat das vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen die Kalkulationsgrundlage für die Verrechnungen vorzulegen.

(5) Zur Abdeckung der netzbetreiberspezifischen Teuerungsrate ist ein Netzbetreiberpreisindex zu berücksichtigen. Dieser setzt sich aus veröffentlichten Teilindices zusammen, die die durchschnittliche Kostenstruktur der Netzbetreiber repräsentieren.

(6) Zielvorgaben gemäß Abs. 2 sowie die netzbetreiberspezifische Teuerungsrate gemäß Abs. 5 wirken ausschließlich auf die vom Unternehmen beeinflussbaren Kosten. Nicht beeinflussbare Kosten sind insbesondere Kosten:

1. die mit der Umsetzung von Maßnahmen entstehen, die auf Grund von Netzentwicklungsplänen von der Regulierungsbehörde genehmigt worden sind;

2. für die Nutzung funktional verbundener Netze im Inland;

3. zur Deckung von Netzverlusten auf Basis transparenter und diskriminierungsfreier Beschaffung;

4. für die Bereitstellung von Primär- und Sekundärregelung auf Basis transparenter und diskriminierungsfreier Beschaffung;

5. für Landesabgaben zur Nutzung öffentlichen Grundes (Gebrauchsabgabe);

6. aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Zuge von Ausgliederungen, welche dem Grunde nach zum Zeitpunkt der Vollliberalisierung des Elektrizitätsmarktes mit 1. Oktober 2001 bestanden haben. Die näheren Kostenarten sind spätestens nach Ablauf von 3 Monaten ab Inkrafttreten dieses Gesetzes durch eine Verordnung der Regulierungskommission festzulegen.

(7) Die Kosten für die Bestimmung der Netzverlust- und Netznutzungsentgelte sind bezogen auf die jeweiligen Netzebenen auf Basis der festgestellten Gesamtkosten abzüglich vereinnahmter Messentgelte, Entgelte für sonstige Leistungen sowie der anteiligen Auflösung von passivierten Netzbereitstellungs- und Netzzutrittsentgelten sowie unter angemessener Berücksichtigung etwaiger Erlöse aus grenzüberschreitenden Transporten zu ermitteln. Die festgestellten Gesamtkosten sind um vereinnahmte Förderungen und Beihilfen zu reduzieren.

(8) Sofern die angewandte Regulierungssystematik für ein- oder mehrjährige Regulierungsperioden gemäß Abs. 1 bis Abs. 6 einen Zeitverzug in der Abgeltung durch die Systemnutzungsentgelte bewirkt, können entsprechende Differenzbeträge im Rahmen des Jahresabschlusses aktiviert werden bzw. sind diese im Rahmen des Jahresabschlusses als Rückstellung zu passivieren. Die Bewertung der Posten richtet sich nach den geltenden Rechnungslegungsvorschriften."

3.2. Zu Spruchpunkt A)

3.2.1. Zur Bestellung des Amtssachverständigen und der Abweisung der diesbezüglichen Anträge der beschwerdeführenden Partei:

Im vorliegenden Fall wendet sich die Beschwerde insbesondere gegen die von der belangten Behörde angewendete Methode der sog. "Ausreißeranalyse" im Zusammenhang mit dem vorgenommenen Benchmarking und verweist auf Gutachten der XXXX .

Werden von den Parteien Gutachten anderer Sachverständiger oder andere sachverständige Stellungnahmen vorgelegt, so sind diese erforderlichenfalls einer Überprüfung durch amtliche bzw. nichtamtliche Sachverständige als Hilfsorgan des Verwaltungsgerichts im Sinne des § 52 AVG zu unterziehen ("Plausibilitätsprüfung" - vgl. zuletzt VwGH 06.07.2016, Ro 2016/08/0012, mwN).

Im vorliegenden Fall war somit zur Gewährleistung eines mängelfreien Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht, insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit der Plausibilitätsprüfung des auf

sachverständige Stellungnahmen gestützten Vorbringens der beschwerdeführenden Partei im Zusammenhang mit der vorgenommenen sog. "Ausreißeranalyse", die Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachbereich der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft notwendig.

Gemäß §§ 52 und 53 AVG iVm§ 17 VwGVG sind bei Notwendigkeit der Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen beizuziehen; nur wenn Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist, kann die Behörde andere geeignete Personen als Sachverständige (nichtamtliche Sachverständige) heranziehen (§ 52 Abs. 2 AVG).

Mit verfahrensleitendem, gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG iVm§ 25a Abs. 3 VwGG nicht abgesondert anfechtbarem Beschluss vom 07.09.2017 zog das Bundesverwaltungsgericht aus den genannten Gründen dem gegenständlichen Beschwerdeverfahren einen Amtssachverständigen bei und erteilte ihm den Gutachtensauftrag (vgl. Pkt. I.1.4.).

Der Amtssachverständige hatte dem Bundesverwaltungsgericht - vor der Beiziehung - einen Lebenslauf vorgelegt, aus dem sich der Abschluss einschlägiger wissenschaftlicher Studienrichtungen samt Promotion, die mehrjährige Tätigkeit als Universitätsassistent und mehrere anschließende Tätigkeiten in Beratungsunternehmen im Bereich des Energiewesens ergeben hatten. An seiner fachlichen Qualifikation - und damit an seiner Eignung als Sachverständiger - bestand daher für das Bundesverwaltungsgericht kein Zweifel. Die Tätigkeit als Mitarbeiter der E-Control hatte der Amtssachverständige im Mai 2016 begonnen, das heißt jedenfalls nach Erlassung des bekämpften Bescheides. Schon deshalb liegt eine Befangenheit nicht vor (vgl. zu den Voraussetzungen z.B. VwGH 28.03.2017, Ro 2016/09/0009 mwN).

Dem Antrag der beschwerdeführenden Partei, die XXXX - auf deren gutachterliche Ausführungen sich das Beschwerdevorbringen stützt - als Sachverständige in den vorliegenden Beschwerdeverfahren zu bestellen, war schon deshalb nicht zu folgen, weil der Verwaltungsgerichtshof eine Prüfung der Plausibilität eines von einer Partei vorgelegten Gutachtens durch einen anderen Sachverständigen verlangt ("Plausibilitätsprüfung" - vgl. zuletzt VwGH 06.07.2016, Ro 2016/08/0012, mwN).

3.2.2. Zur Kostenermittlung (Effizienzvergleich, Ausreißeranalyse) und den Zielvorgaben (Kostenanpassungsfaktor):

Gemäß § 48 ElWOG 2010 hat die Regulierungsbehörde die Kosten, die Zielvorgaben und das Mengengerüst von Netzanbietern mit einer jährlichen Abgabemenge an Entnehmer von mehr als 50 GWh im Kalenderjahr 2008 mit Bescheid festzustellen, wobei die Kosten gemäß § 59 Abs. 1 ElWOG 2010 dem Grundsatz der Kostenwahrheit zu entsprechen haben und differenziert nach Netzebenen zu ermitteln sind. Die dem Grunde und der Höhe nach angemessenen Kosten sind zu berücksichtigen, wobei als Ausgangspunkt geprüfte Jahresabschlüsse heranzuziehen sind. Es sind (im Rahmen der Umlageberechnung) nur jene Kosten über Netzentgelte zu verrechnen, die ursächlich mit der Netztätigkeit verbunden sind; dadurch wird dem Grundsatz der Kostenwahrheit entsprochen. Im Rahmen der Kostenermittlung kann die Regulierungsbehörde durch allgemeine Angemessenheitsüberlegungen von den im Jahresbericht des Unternehmens dargelegten Kosten abgehen (vgl. die Erläuterungen zur RV, 994 BlgNR, XXIV. GP, 19 f). Gemäß § 59 Abs. 2 ElWOG 2010 sind für die Ermittlung der Kosten Zielvorgaben zugrunde zu legen, die sich am Einsparungspotential der Unternehmen orientieren. Dabei sind die festgestellten Kosten sowohl um generelle Zielvorgaben, die sich an Produktivitätsentwicklungen orientieren, als auch um die netzbetreiberspezifische Teuerungsrate anzupassen. Für die im vorliegenden Zusammenhang aufgeworfene Frage ist die weitere gesetzliche Anordnung entscheidend, dass individuelle Zielvorgaben aufgrund der Effizienz der Netzbetreiber berücksichtigt werden können. Die dabei anzuwendenden Methoden haben dem Stand der Wissenschaft zu entsprechen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 18.11.2014, Zl. 2012/05/0092, ausgesprochen: "Der Behörde ist somit ein weiter Ermessensspielraum in Bezug auf die Festsetzung der Kosten eingeräumt (K. Oberndorfer, Das neue Systemnutzungsentgelte-Regime nach dem ElWOG 2010, ZTR 2011, 4), weshalb die von der Behörde getroffene Ermessensentscheidung in einer Weise zu begründen ist, die es dem Verwaltungsgerichtshof ermöglicht zu prüfen, ob die Behörde das Ermessen im Sinne des Gesetzes ausgeübt hat."

Wenn nun die Beschwerde vorbringt, dass die von der belangten Behörde durchgeführte Ausreißeranalyse im Rahmen des Benchmarking-Verfahrens den besonderen Risiken der Einbeziehung einer großen Zahl neuer, relativ kleiner Unternehmen in das Benchmarking-Verfahren nicht gerecht werde und die beschwerdeführende Partei auf Basis einer "differenzierte[n] Ausreißeranalyse" die Feststellung des Kostenanpassungsfaktors mit einem Wert von 1,25 % fordert, so ist dem zu entgegnen:

In der Regulierungssystematik, die die belangte Behörde allen betroffenen Unternehmen gegenüber als Richtschnur für ihre Ermessensausübung heranzieht und die den angefochtenen Bescheiden als Teil der Bescheidbegründung beiliegt, ist auf S. 66ff nach einer Erklärung der Ziele und Verfahren zur Klassifizierung von Ausreißern und nach einer Auseinandersetzung mit den von der XXXX vorgebrachten und in den vorliegenden Beschwerden wiederholten Argumenten ausgeführt, warum sich die belangte Behörde - nach eingehender Konsultation mit Branchenvertretern und Experten - für eine bestimmte Kombination von Benchmarkingmodellen und die Ausreißeranalyse anhand der Methode "Cook's Distance" mit vordefinierten Schwellenwerten entschieden hat: Insbesondere seien für das Benchmarking neben der Sachgerechtigkeit des Analyseverfahrens auch Objektivität und Transparenz wesentliche Elemente; es sei daher konsequent, wenn von Seiten der belangten Behörde ex ante determinierte Methoden zur Ausreißeridentifikation auf Basis vordefinierter Schwellenwerte zur Anwendung gebracht werden.

Bereits in der Regulierungssystematik, die den angefochtenen Bescheiden beiliegt und Teil der Bescheidbegründung ist, hat die belangte Behörde also nachvollziehbar begründet, warum sie sich für eine bestimmte Vorgehensweise entschieden hat, mit der sie ihr Ermessen ausübt. Das Bundesverwaltungsgericht hat darüber hinaus jedoch die behördliche Vorgehensweise betreffend den Effizienzvergleich hinsichtlich der Methode zur Ausreißeranalyse "Cook's Distance" durch konkrete Fragestellungen an einen Amtssachverständigen einer Prüfung unterzogen, welche ergeben hat, dass die von der belangten Behörde gewählte Methode dem Stand der Technik entspricht (vgl. Pkt. II.1.1.). Für das Bundesverwaltungsgericht besteht daher kein Zweifel, dass die belangte Behörde das Ermessen betreffend die Berücksichtigung individueller Zielvorgaben im Sinne des - in diesem Fall allein verbindlichen - § 59 Abs. 2 3. und 4. Satz ElWOG 2010 geübt hat. Es ist der beschwerdeführenden Partei weder durch Vorlage des Gutachtens der XXXX vom 17.10.2014 noch durch das ergänzende Gutachten der XXXX vom 25.04.2018 noch durch ihr Vorbringen in der mündlichen Beschwerdeverhandlung am 27.06.2018 gelungen, ein willkürliches bzw. den Ermessensspielraum überschreitendes Verhalten der belangten Behörde aufzuzeigen. Das Gutachten des Amtssachverständigen hat mit der klaren Aussage betreffend den Stand der Technik für das Bundesverwaltungsgericht zweifelsfrei ergeben, dass das von der belangten Behörde gewählte Vorgehen § 59 Abs. 2 ElWOG 2010 nicht widerspricht.

Was das (erstmalige) Vorbringen der beschwerdeführenden Partei in der Beschwerdeverhandlung vom 27.06.2018 hinsichtlich der Homogenität der in das Benchmarking einbezogenen Unternehmen betrifft, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Überzeugung gelangt, dass die belangte Behörde sich damit im Rahmen des Konsultationsprozesses für die Regulierungssystematik umfassend auseinandergesetzt hat, da die Überprüfung für das Anwenden mathematisch-statistischer Methoden insbesondere auch in Hinblick auf Homogenität oder Heterogenität der Ausgangsdaten als Teil der erfolgten Datenanalyse zu sehen ist (vgl. dazu die Beweiswürdigung in Pkt. II.2.). Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dass der belangten Behörde auch in diesem Zusammenhang jedenfalls keine § 59 Abs. 2 ElWOG 2010 verletzende Ermessensüberschreitung vorzuwerfen ist, weil sie ihr Vorgehen in der Regulierungssystematik, welche einen Teil der Bescheidbegründung darstellt, nachvollziehbar begründet hat.

Aus den genannten Gründen war die Beschwerde abzuweisen, soweit sie eine Ermessensüberschreitung durch die von der belangten Behörde im Rahmen der Kostenermittlung und der Berechnung des Kostenanpassungsfaktors angewendeten mathematisch-statistischen Methoden behauptet.

3.2.3. Zu den Personalkosten:

Die beschwerdeführende Partei ist mit ihrem Begehren, die Personalkosten für das im Rahmen der Einbringung des "gewerblichen Unternehmens" (gemeint wohl: Betriebes gewerblicher Art) der Stadtgemeinde XXXX in die XXXX übernommene Personal als unbeeinflussbare Kosten anzuerkennen, nicht im Recht:

Die beschwerdeführenden Partei bringt zusammengefasst vor, die Übernahme der Personals des Betriebs gewerblicher Art der Stadtgemeinde XXXX durch die XXXX sei zwar im Wege von Verträgen (nämlich des "Einbringungsvertrages" und des "Personalübereinkommens", jeweils vom 06.09.2001) erfolgt, allerdings habe es dafür sehr wohl im Sinne des § 59 Abs. 6 Z 6 ElWOG 2010 eine gesetzliche Vorschrift gegeben, die dem Grunde nach zum Zeitpunkt der Vollliberalisierung des Elektrizitätsmarktes (01.10.2001) bereits bestand. Diese gesetzliche Vorschrift sieht die Beschwerde in der Richtlinie 2001/23/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen. Das österreichische Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993, das zur Umsetzung der genannten Richtlinie bzw. deren Vorgängerrichtlinie dienen hätte sollen, habe zu diesem Zeitpunkt

Arbeitsverhältnisse zu Gemeinden von seinem Anwendungsbereich ausgenommen, sodass Österreich insoweit bis zur Schaffung entsprechender Landesgesetze (hier: Steiermärkisches Gemeindebediensteten-Zuweisungsgesetz, LGBl. Nr. 54/2003) mit der Richtlinienumsetzung säumig und die genannte Richtlinie unmittelbar anwendbar gewesen sei. Das Personalübereinkommen vom 06.09.2001 sei somit in Umsetzung zwingender Anordnungen der genannten Richtlinie abgeschlossen worden. Die Personalkosten seien daher, soweit sie ihren Ursprung in der Zeit vor der Vollliberalisierung hätten, unbeeinflussbare Kosten im Sinne des § 59 Abs. 6 Z 6 ElWOG 2010. Gewissermaßen hilfsweise bringt die Beschwerde darüber hinaus zum einen vor, der Wortlaut des § 59 Abs. 6 Z 6 ElWOG 2010 sei gar nicht zwingend dahin auszulegen, dass die gesetzliche Vorschrift im Zusammenhang mit der Ausgliederung zum Zeitpunkt der Vollliberalisierung bestehen müsse; vielmehr beziehe sich "dieser Nebensatz viel eher auf die nicht beeinflussbaren Kosten [...], die zu diesem Zeitpunkt bestehen mussten." Zum anderen wird gewissermaßen hilfsweise vorgebracht, die aus der Personalübernahme erwachsenden Mehrkosten wären auch dann unbeeinflussbare Kosten im Sinne des § 59 Abs. 6 ElWOG 2010, wenn es keine gesetzliche Grundlage gäbe, zumal die u.a. in Z 6 leg.cit. vorgenommene Aufzählung nicht beeinflussbarer Kosten nur demonstrativ sei. Denn die beschwerdeführende Partei habe bei Abschluss des Personalüberinkommens de facto keinen Spielraum gehabt. Ohne Übernahme aller Dienstnehmer hätte die Stadtgemeinde die Ausgliederung nicht vorgenommen.

Dem entgegnet die belangte Behörde in ihrer Äußerung zur Beschwerde, den in§ 59 Abs. 6 ElWOG 2010 demonstrativ genannten Positionen von nicht beeinflussbaren Kosten sei gemeinsam, dass sich sowohl der Anfall als auch das Ausmaß der Kosten dem Einflussbereich des Netzbetreibers entziehe. Der Begriff der nicht beeinflussbaren Kosten sei tendenziell restriktiv zu interpretieren, weil sonst die vom Gesetzgeber präzise definierten Tatbestände entwertet würden. Vertragliche Vereinbarungen seien grundsätzlich beeinflussbar, sodass aus Verträgen resultierende Kosten grundsätzlich nicht unter § 59 Abs. 6 ElWOG 2010 fielen. Kosten könnten nur dann als nicht beeinflussbar angesehen werden, wenn die Kosten unabhängig von einer Willenserklärung des betroffenen Unternehmens entstanden seien (oder diese Willenserklärung weit vor der Liberalisierung abgeschlossen worden sei) und das Unternehmen über keinerlei Ermessensspielraum im Hinblick auf das Entstehen und das Ausmaß der anfallenden Kosten verfüge. Die von der Beschwerde ins Treffen geführte Richtlinie stelle keine gesetzliche Vorschrift iSd § 59 Abs. 6 Z 6 ElWOG 2010 dar, da sie keine spezifische Ausgliederungsvorschrift sei und schon gar nicht im Zuge einer Ausgliederung des Unternehmens der beschwerdeführenden Partei erlassen worden sei. In der Richtlinie finde keine Zuweisung von Dienstnehmern an die beschwerdeführende Partei, wie sie etwa das Wiener Stadtwerke-Zuweisungsgesetz vorsehe, statt. Das hier in Rede stehende Personalübereinkommen beruhe auf einer Willensübereinkunft zwischen der Stadtgemeinde XXXX und der beschwerdeführenden Partei, deren Anteile zu 65 % der Stadtgemeinde gehörten.

Das Bundesverwaltungsgericht schließt sich im Ergebnis der Sichtweise der belangten Behörde an:

§ 59 Abs. 6 Z 6 ElWOG 2010 stellt zwar - wie die Beschwerde und die belangte Behörde gleichermaßen vorbringen - eine Position in einer nur demonstrativen Aufzählung von Arten von Kosten, die für die Zwecke der Tarifierung als unbeeinflussbar zu gelten haben, dar. Allerdings lässt die Bestimmung nach der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts aufgrund ihrer systematischen Stellung die Anordnung des Gesetzgebers erkennen, dass es im Zusammenhang mit der Frage, ob Kosten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit "Ausgliederungen" von Netzbetreibern stehen, als unbeeinflussbar gelten sollen, genau darauf ankommt, ob diese Kosten aufgrund einer Verpflichtung nach einem Gesetz anfallen, das spezielle Regelungen über diesen Ausgliederungsvorgang trifft und das am 01.10.2001 bestanden hat, oder nicht. Dass eine ohne spezielle gesetzliche Regelung erfolgte Ausgliederung zum genannten Zeitpunkt bereits Kosten verursacht hat, genügt - entgegen der hilfsweise von der Beschwerde vertretenen Auslegung dieser Bestimmung - nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts eindeutig nicht, um diese Kosten nach dieser Bestimmung als unbeeinflussbar anzusehen. Im vorliegenden Fall war es zum genannten Zeitpunkt zwar zu einer "Ausgliederung" gekommen, da das Unternehmen der beschwerdeführenden Partei zuvor als "Betrieb gewerblicher Art" unmittelbar von einer Gebietskörperschaft geführt und im Jahre 2001 mit seinen Mitarbeitern auf die beschwerdeführende Partei, eine juristische Person des Privatrechts, die von dieser Gebietskörperschaft beherrscht wird, übertragen wurde. Die Ausgliederung an sich erfolgte allerdings - auch nach dem Beschwerdevorbringen - nicht aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung, sondern lediglich aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung. Die von der Beschwerde ins Treffen geführte EU-Richtlinie sieht zwar gewisse Pflichten des Übernehmers eines Betriebes vor, die -

wie viele andere gesetzliche, etwa gesellschafts- oder arbeitsrechtliche Regelungen - auch in Fällen von "Ausgliederungen" anwendbar sein mögen; die Richtlinie ist allerdings eindeutig keine spezielle, verpflichtende Regelung der hier in Rede stehenden Ausgliederung.

Daher war die Beschwerde auch insoweit abzuweisen, als sie sich gegen die Nichtanerkennung der in Rede stehenden Personalkosten als unbeeinflussbare Kosten wendet.

3.3. Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt, oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich behandelt wird.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil sie im folgenden Umfang wegen Fehlens von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs von der Lösung von Rechtsfragen abhängt, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt:

Zu den im Zusammenhang mit der Ermittlung der relativen Effizienz des Unternehmens der beschwerdeführenden Partei im Rahmen eines "Benchmarking"-Prozesses und insbesondere der sogenannten "Ausreißeranalyse" aufgeworfenen Fragen ist festzuhalten, dass die Rechtmäßigkeit der Vorgangsweise der belangten Behörde anhand der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zum Ermessensspielraum gemäß § 59 ElWOG (VwGH 18.11.2014, 2012/05/0092) bestätigt werden konnte. Die verfahrensrechtliche Vorgangsweise des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf die Bestellung eines Amtssachverständigen ist durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vorgezeichnet (vgl. etwa VwGH 06.07.2016, Ro 2016/08/0012; 28.03.2017, Ro 2016/09/0009). Hier liegen also keine Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung vor.

Was die angestrebte Anerkennung bestimmter Personalkosten im Zusammenhang mit einer Ausgliederung als unbeeinflussbare Kosten betrifft, ist allerdings festzuhalten, dass zur Bestimmung des § 59 Abs. 6 Z 6 ElWOG 2010, die diesen Problemkreis regelt, keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vorliegt und dass diese Bestimmung auch nicht als eindeutig (vgl. etwa VwGH 18.03.2015, Zl Ra 2015/04/0005) anzusehen ist (wenn auch der Wortlaut dieser Bestimmung die vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Auslegung nahelegt), sodass hier eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

Schlagworte

Amtssachverständiger, Ausgliederung, Berechnung, Entgeltfestlegung, Entgeltkontrolle, Ermessen, Ermessensspielraum, Ermessensübung, Feststellungsbescheid, Feststellungsverfahren, Gutachten, Jahresabschluss, Kostenbestimmungsbescheid, Kostenersatz, Kostentragung, Kostenverzeichnis, mündliche Verhandlung, Nachvollziehbarkeit, Objektivität, Personalaufwand, Plausibilität, Privatgutachten, Revision zulässig, Sachverständigenbestellung, Sachverständigengutachten, Transparenz, Vergleich, Vertragsverhältnis

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W219.2149246.1.00

Zuletzt aktualisiert am

06.02.2019

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at