

# TE Bvg Erkenntnis 2018/11/8 W219 2016983-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 08.11.2018

## Entscheidungsdatum

08.11.2018

## Norm

B-VG Art.133 Abs4

GWG 2011 §69 Abs1

GWG 2011 §72 Abs2

GWG 2011 §79

VwGVG §24 Abs3

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W219 2016983-1/13E

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 02.10.2014, GZ V KOS G 023/14, betreffend die Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben und des Mengengerüsts der XXXX gemäß § 69 GWG 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. 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 gemäß § 69 GWG 2011 betreffend die nunmehr beschwerdeführende Partei ein. Nach Durchführung des behördlichen Verfahrens sprach die belangte Behörde mit

dem angefochtenen Bescheid aus:

"1. Der Kostenanpassungsfaktor wird mit 5,30 % festgestellt.

2. Die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 72 Abs. 2 GWG 2011 für das Jahr 2015 werden wie folgt festgestellt (in TEUR):

Bild kann nicht dargestellt werden

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

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

4. Die Mengenbasis für den Bezug aus dem vorgelagerten Netz wird wie folgt festgestellt:

Bild kann nicht dargestellt werden

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

Aus der Begründung des bekämpften Bescheides geht hervor, dass die belangte Behörde im Zuge der Unterscheidung zwischen beeinflussbaren Kosten (nur auf diese wirken die Zielvorgaben gemäß § 79 Abs. 2 GWG) und nicht beeinflussbaren Kosten nur "vorgelagerte Netzkosten, die Gebrauchsabgabe, Eigenverbrauch bzw. Messdifferenzen" als nicht beeinflussbare Kosten anerkannt hat, nicht aber Personalkosten im Zusammenhang mit einer Ausgliederung.

2. Mit Schriftsatz vom 03.11.2014, der am 06.11.2014 bei der belangten Behörde einlangte, er hob die beschwerdeführende Partei die vorliegende Beschwerde.

Die Beschwerde beantragt, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass ein Teil der Personalkosten der beschwerdeführenden Partei unbeeinflussbare Kosten im Sinne von § 79 Abs. 6 Z 4 GWG 2011 darstellten, den Kostenanpassungsfaktor sowie die festgestellte Summe der Netzkosten unter Berücksichtigung des neu festgestellten Kostenanpassungsfaktors abzuändern. Diesbezüglich wird das Vorbringen einer früheren Beschwerde (nämlich gegen den Kostenbescheid für das Jahr 2014, beim BVwG protokolliert zu W219 2006168-1) wiederholt.

Außerdem wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

3. Die belangte Behörde legte dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde sowie den Verwaltungsakt mit Schreiben vom 08.01.2015 vor.

4. Das Bundesverwaltungsgericht machte mit Schreiben vom 15.06.2015 Beschwerdemitteilung an die Verfahrensparteien. Die belangte Behörde und die weiteren Verfahrensparteien erstatteten Stellungnahmen.

5. Mit Schreiben vom 18.10.2018 brachte die beschwerdeführende Partei vor, im Hinblick auf die Erörterung der auch hier maßgeblichen Fragen in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 27.06.2018 betreffend die Beschwerden desselben Unternehmens gegen Kostenbescheide aus dem Elektrizitätsbereich bestehet aus der Sicht der beschwerdeführenden Partei kein zusätzlicher Nutzen in der Durchführung einer weiteren Verhandlung. Der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung werde daher zurückgezogen.

6. Mit Schriftsätzen vom 29.10.2018 bzw. 30.10.2018 stimmten die weiteren Verfahrensparteien der Zurückziehung des Antrags auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch die beschwerdeführende Partei zu.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Das in Rede stehende Unternehmen der beschwerdeführenden Partei (Gas-Verteilernetzbetreiber) wurde zuerst als "Betrieb gewerblicher Art" unmittelbar von der Stadtgemeinde XXXX geführt, im Jahre 2001 jedoch mit seinen Mitarbeitern auf die beschwerdeführende Partei, eine juristische Person des Privatrechts, die von der Stadtgemeinde XXXX beherrscht wird, übertragen.

Die Übertragung ("Ausgliederung") erfolgte nicht aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung, sondern lediglich aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung: Die beschwerdeführende Partei hat das gesamte Personal des eingebrachten Teilbetriebs "Gasversorgung" 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 und den Schriftsätze der Verfahrensparteien im Beschwerdeverfahren und sind unstrittig.

3. Rechtlich folgt daraus:

3.1. Das Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011) lautet auszugsweise:

"Verfahren zur Festsetzung der Systemnutzungsentgelte

Feststellung der Kostenbasis

§ 69. (1) Die Regulierungsbehörde hat die Kosten, die Zielvorgaben und das Mengengerüst von Verteilernetzbetreibern von Amts wegen periodisch mit Bescheid festzustellen.

[...]

Grundsätze der Kosten- und Mengenermittlung

Kostenermittlung für Verteilernetzbetreiber

§ 79. (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 historischen 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. Die Kosten des Verteilernetzbetreibers für das Netznutzungsentgelt im Fernleitungsnetz gemäß § 74 sind als Kosten der Netzebene 1 zu berücksichtigen.

(2) Für die Ermittlung der Kosten sind Zielvorgaben zugrunde zu legen, die sich am Einsparungspotential der Unternehmen, der strukturellen Entwicklung der Versorgungsaufgabe und des Marktanteils im jeweiligen Netzgebiet 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 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 Erdgasunternehmen die Kosten des Netzbetreibers durch Verrechnungen, muss der Netzbetreiber diese Kosten ausreichend belegen. Auf Verlangen der Regulierungsbehörde hat das vertikal integrierte Erdgasunternehmen 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. für die Nutzung funktional verbundener Netze im Inland sowie für den Verteilergebietsmanager;
2. für Landesabgaben zur Nutzung öffentlichen Grundes (Gebrauchsabgabe);
3. zur Deckung von Netzverlusten auf Basis transparenter und diskriminierungsfreier Beschaffung;
4. aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Zuge von Ausgliederungen, welche dem Grunde nach zum Zeitpunkt der Vollliberalisierung des Erdgasmarktes mit 1. Oktober 2002 bestanden haben. Die näheren Kostenarten sind spätestens nach Ablauf von 3 Monaten ab Inkrafttreten dieses Gesetzes durch eine Verordnung der Regulierungskommission festzulegen.

[...]"

### 3.2. Zu Spruchpunkt A) Abweisung der Beschwerde

Zur Ermittlung der relativen Effizienz des Unternehmens der beschwerdeführenden Partei (und damit zur Bestimmung einer "individuellen Zielvorgabe" iSd § 79 Abs. 2 GWG 2011) hat die belangte Behörde im vorliegenden Verfahren zur bescheidmäßigen "Feststellung der Kostenbasis" ein sogenanntes "Benchmarking" durchgeführt. Gemäß § 79 Abs. 6 Satz 1 GWG 2011 wirken Zielvorgaben gemäß Abs. 2 ausschließlich auf die vom Unternehmen beeinflussbaren Kosten. Unbeeinflussbare Kosten sind im Zusammenhang mit einem "Benchmarking" und der Ermittlung und Anwendung einer (individuellen) Zielvorgabe also gewissermaßen auszuklammern.

Die beschwerdeführende Partei ist mit ihrem Begehr, die Personalkosten für das im Rahmen der Einbringung des "gewerblichen Unternehmens" (gemeint wohl: Betriebes gewerblicher Art) der Stadtgemeinde XXXX in die beschwerdeführende Partei 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 beschwerdeführende Partei 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 § 79 Abs. 6 Z 4 GWG 2011 eine gesetzliche Vorschrift gegeben, die dem Grunde nach zum Zeitpunkt der Vollliberalisierung des Erdgasmarktes (01.10.2002) 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, BGBI. 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, LGBI. 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 § 79 Abs. 6 Z 4 GWG 2011. Gewissermaßen hilfsweise bringt die Beschwerde darüber hinaus vor, die aus der Personalübernahme erwachsenden Mehrkosten wären auch dann unbeeinflussbare Kosten im Sinne des § 79 Abs. 6 Z 4 GWG 2011, wenn es keine gesetzliche Grundlage gäbe, zumal die u.a. in Z 4 leg.cit. vorgenommene Aufzählung nicht beeinflussbarer Kosten nur demonstrativ sei. Denn die beschwerdeführende Partei habe bei Abschluss des Personalübereinkommens 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 § 79 Abs. 6 GWG 2011 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 § 79 Abs. 6 GWG 2011 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 § 79 Abs. 6 Z 4 EIWOG 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:

§ 79 Abs. 6 Z 4 GWG 2011 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 01.10.2002 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 abzuweisen (so auch BVwG vom heutigen Tage, W219 2006168-1 und W219 2118882-1; vgl. weiters BVwG 27.09.2018, W157 2006170-1 ua; 27.09.2018, W219 2149246-1 zur gleichartigen Bestimmung des § 59 Abs. 6 Z 6 EIWOG 2010).

3.3. Eine mündliche Verhandlung konnte angesichts der Zurückziehung des Antrags der beschwerdeführenden Partei auf ihre Durchführung, der die anderen Verfahrensparteien zustimmten (vgl. § 24 Abs. 3 letzter Satz VwGVG), entfallen.

#### 3.4. Zu Spruchpunkt B) Zulässigkeit der Revision

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 wegen Fehlens von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs von der Lösung von Rechtsfragen abhängt, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt:

Zur Bestimmung des § 79 Abs. 6 Z 4 GWG 2011, die den Problemkreis der Anerkennung bestimmter Personalkosten im Zusammenhang mit einer Ausgliederung als unbeeinflussbare Kosten im Zuge der Ermittlung einer individuellen Zielvorgabe für die bescheidmäßige Feststellung der Kosten eines Gas-Verteilernetzbetreibers regelt, existiert keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs. Diese Bestimmung ist auch nicht als eindeutig (vgl. etwa VwGH

18.03.2015, Zl Ra 2015/04/0005) anzusehen (wenn auch der Wortlaut dieser Bestimmung die vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Auslegung nahelegt), sodass hier eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

#### **Schlagworte**

Ausgliederung, Berechnung, Entgeltfestlegung, Ermessensspielraum, Feststellungsbescheid, Feststellungsverfahren, Gutachten, Jahresabschluss, Kostenbestimmungsbescheid, Kostenersatz, Kostentragung, Mehraufwand, Nachvollziehbarkeit, Personalaufwand, Revision zulässig, Sachverständigengutachten, Vertragsverhältnis, Willenserklärung

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W219.2016983.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

19.02.2019

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)