

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/3/8 W179 2141902-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.03.2019

## Entscheidungsdatum

08.03.2019

## Norm

B-VG Art.133 Abs4

E-ControlG §7 Abs1

EIWOG §48 Abs1

EIWOG §51 Abs2

EIWOG §59

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W179 2141902-1/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. iur. Eduard Hartwig PAULUS als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX GmbH, vertreten durch Schneider;S Rechtsanwalts-KG in 1010 Wien, Ebendorferstraße 10/6b, gegen den Bescheid des Vorstandes der Energie-Control Austria Österreichische Gesellschaft für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft mit beschränkter Haftung vom XXXX, GZ XXXX, betreffend die Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben und des Mengengerüsts der XXXX GmbH, (Legalparteien: 1. Wirtschaftskammer Österreich, 1045 Wien, Wiedner Hauptstraße 63, 2. Bundesarbeitskammer, 1040 Wien, Prinz-Eugenstraße 20-22), nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am XXXX,

SPRUCH

A) beschlossen:

Das Ermittlungsverfahren wird geschlossen.

B) zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

C) Revision:

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. Gegenstand dieses Verfahrens ist ausschließlich, inwieweit die von der belangten Behörde im Zuge des Benchmarkings angewandte Ausreißeranalyse dem Stand der Wissenschaft iSd § 59 Abs 2 Satz 4 EIWOG 2010 entspricht, und wären, falls dies nicht zuträfe, die Spruchpunkte 1. und 2. des angefochtenen Bescheides auf dem Boden einer allenfalls anderen Gutachtensmethode neu festzulegen.

2. Mit dem angefochtenen Bescheid sprach die belangte Behörde in einem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Feststellung der Kosten, der Zielvorgaben und des Mengengerüsts des Elektrizitätswerks der XXXX GmbH gemäß § 7 Abs 1 Energie-Control-Gesetz (E-ControlG), BGBl I Nr 110/2010 idFBGBl I Nr 174/2013, iVm § 48 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl I Nr 110/2010 idFBGBl I Nr 174/2013, - nach Verständigung der Parteien über das (vorläufige) Ermittlungsergebnis sowie Gewährung des rechtlichen Gehörs zum Konsultationsdokument zur Methodik der Kostenermittlung und Regulierungssystematik für die dritte Regulierungsperiode - ua Nachstehendes aus:

"1. Der Kostenanpassungsfaktor wird mit XXXX % festgestellt.

2. Die Kosten für das Systemnutzungsentgelt gemäß § 51 Abs. 2 EIWOG 2010 für das Jahr XXXX werden wie folgt festgestellt (in TEUR):

Bild kann nicht dargestellt werden

3. (...)

4. (...)

5. (...)

6. (...)"

3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, ficht ausschließlich die Spruchpunkte 1. und 2. desselben wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und falscher rechtlicher Beurteilung an; dies mit dem Begehren, das Bundesverwaltungsgericht möge 1.) eine mündliche Verhandlung durchführen, 2.) in der Sache selbst entscheiden und Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides insofern abändern, als der Kostenanpassungsfaktor mit einem Wert, der jedenfalls weniger als XXXX % beträgt, festgestellt werde, sowie die in dessen Spruchpunkt 2. festgestellte Summe Netzkosten\_XXXX unter Berücksichtigung des neu festgestellten Kostenanpassungsfaktor gleichermaßen neu festlegen. 3.) In eventu werde der Antrag gestellt, den angefochtenen Bescheid gemäß § 28 Abs 3 VwGVG mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

Die Beschwerde rügt ausschließlich die behördlich angewandte Gutachtensmethode und fordert eine sogenannte differenzierte (zweistufige) Ausreißeranalyse im Zuge des Benchmarkings. Das für die Beschwerdeführerin von der XXXX GmbH anlässlich der Beschwerde gegen den zur Rechtsmittelwerberin erlassenen "Erstkostenbescheid der dritten Regulierungsperiode" vom XXXX, GZXXXX, (nachfolgend: Erstkostenbescheid) erstattete Gutachten vom XXXX wird der vorliegenden Beschwerde als integrierender Bestandteil beigegeben.

4. Mit Schreiben vom XXXX legt die belangte Behörde ihren Verwaltungsakt ohne weitere Ausführungen vor.

5. In der Folge bestellt das Bundesverwaltungsgericht in bei ihm (auch in der hier erkennenden Gerichtsabteilung) gleichermaßen anhängigen Beschwerdeverfahren, die von anderen Elektrizitätsunternehmen als der Rechtsmittelwerberin (jedoch vom selben Rechtsanwalt vertreten) geführt werden, einen Amtssachverständigen, und beauftragte diesen, zu den vom Rechtsvertreter (hier wie dort) im Rahmen eines Privatgutachtens aufgeworfenen Fragen zur behördlich angewandten Gutachtensmethode ein "Übergutachten" zu erstatten, welches dieser mit Datum XXXX unter dem Titel "Ausreißeranalysen im Rahmen der Kostenfeststellung für Stromnetzbetreiber" erstattet.

6. Nach Vorliegen dieses Gutachtens zur anzuwendenden Gutachtensmethode führt das Bundesverwaltungsgericht eine ausführliche Beschwerdeverhandlung in Anwesenheit aller Parteien ab, wobei den dazu fristgerecht ergangenen Ladungen ua das besagte "Amtssachverständigengutachten" in anonymisierter Form als Beweismittel beigegeben wurde.

6.1. Der geladene Verfasser des "Amtssachverständigengutachtens" wird in der Verhandlung mit verfahrensleitendem Beschluss (vergleiche die zugehörige Niederschrift) ebenso diesem Rechtsmittelverfahren als Amtssachverständiger beigezogen, immerhin hält die Rechtsmittelwerberin auf Nachfrage ihre Rüge der behördlich angewandten Methode weiterhin aufrecht, und werden in der Folge der nun beigezogene Amtssachverständige sowie der Privatsachverständige der XXXX GmbH als Auskunftsperson der Beschwerdeführerin eingehend (im sachverständigen Diskurs) einvernommen.

6.2. Die Beschwerdeführerin legt in der Verhandlung erstmals ein hiergerichtlich und den anderen Parteien bereits (aus anderen Verfahren) bekanntes Kurzgutachten der XXXX AG (vom XXXX mit dem Titel "Umgang mit heterogenen Unternehmen und Ausreißern in einer Effizienzanalyse - Kurzgutachten im Auftrag der betroffenen Beschwerdeführer") vor. Da die belangte Behörde auf dieses Kurzgutachten in anderen Verfahren mittels Stellungnahme (von dessen Inhalt das erkennende Gericht, die Legalparteien und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ebenso bereits Kenntnis haben) replizierte, dazu in diesem Beschwerdeverfahren mangels Vorlage des besagten Kurzgutachtens jedoch noch keine Gelegenheit hatte, wird der zuständigen Behörde hiergerichtlich die Möglichkeit eröffnet, die besagte Stellungnahme dem Gericht und allen Parteien (direkt) binnen zwei Wochen nachzureichen, wobei alle Parteien auf eine Äußerung zu derselben ausdrücklich verzichten.

Im Gegenzug wird der Beschwerdeführerin binnen gleicher Frist die Gelegenheit eingeräumt, eine allen Parteien bereits bekannte, jedoch in diesem Verfahren noch nicht vorgelegte Graphik nachzureichen. Auch hier verzichten alle Parteien auf eine Stellungnahme zu dieser.

Alle Parteien erklären, dass keine Beweisanträge mehr offen sind, und verzichten auf eine zweite Tagsatzung.

7. Die Beschwerdeführerin reicht die besagte Graphik sowie die belangte Behörde die angekündigte Stellungnahme binnen aufrechter Frist nach.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1. Für die Beschwerdeführerin wurde im Zuge des Benchmarkings der ersten (!) Regulierungsperiode ein Effizienzgrad von XXXX % festgestellt und hat die Beschwerdeführerin den ihr damals vorgegebenen Kostenpfad in der zweiten Periode XXXX. Im Zuge des hier relevanten Benchmarkingverfahrens der dritten Regulierungsperiode wurde für die Rechtsmittelwerberin hingegen ein Effizienzgrad von XXXX % festgestellt.

2. Die im angefochtenen Bescheid 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).

3. Die Regulierungssystematik, welche als Beilage zum angefochten Bescheid 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). In diesen Konsultationsprozess waren neben XXXX und der XXXX GmbH auch im Wege der Stellungnahmemöglichkeit zum ersten Konsultationspapier während des Zeitraumes XXXX alle betroffenen Unternehmen eingebunden (vgl Regulierungssystematik S 4 u S 66ff).

4. Dem mit den Ladungen zur gegenständlichen Beschwerdeverhandlung in anonymisierter Form mitausgesandten und damit auch in dieses Verfahren als Beweismittel eingeführten "Amtssachverständigengutachten" (vom XXXX; Titel: "Ausreißeranalysen im Rahmen der Kostenfeststellung für Stromnetzbetreiber") lagen folgende hiergerichtliche Fragen an den Verfasser desselben, der in der Folge auch diesem Rechtsmittelverfahren als Amtssachverständiger beigezogen wurde, zu Grunde:

"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 GmbH geforderte Methode dar. Was sind die entscheidenden Unterschiede?

Frage 3: Entsprech 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?

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?

Frage 5: Setzen Sie sich mit der Einschätzung im vorgelegten XXXX-Gutachten (z.B. zu [Name eines Unternehmens]) 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."

5. 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 XXXX Seite 20f).

6. Die von der beschwerdeführenden Partei auf Basis des Gutachtens der XXXX GmbH geforderte Verwendung einer "differenzierte[n] Ausreißeranalyse" entspricht nicht dem Stand der Wissenschaft (vgl Gutachten des Amtssachverständigen vom XXXX Seite 22).

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

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

9. Die beiden aktuellen Mitglieder des Vorstandes der E-Control GmbH wurden vom "Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft" [in Entsprechung des Bundesministeriengesetzes 1986 idF BGBl I Nr 11/2014] mit Wirkung vom XXXX in ihre Funktion bestellt und waren diese somit bereits zum Ausfertigungsdatum des angefochtenen Bescheides (XXXX) und damit zum Zeitpunkt dessen Erlassung gegenüber den einzelnen Parteien im Amt.

Hiergerichtlich und allen Parteien dieses Beschwerdeverfahrens (der Rechtsmittelwerberin jedenfalls über ihren Rechtsvertreter) ist bekannt, dass in einer Vielzahl beim Bundesverwaltungsgericht anhängiger Beschwerden, die sich gegen zeitlich spätere vom selben Vorstand erlassenen Kostenbescheiden wenden, die Zuständigkeit desselben sowie die relative Unbefangenheit eines seiner Mitglieder insoweit in Zweifel gezogen werden, als besagtes Vorstandsmitglieder behaupteter Weise für die Dauer seiner Funktion in der E-Control GmbH beim XXXX als dort für Energierechtsangelegenheiten zuständiger Beamter karenziert, sowie dieser früher für ein näher bestimmtes Energieunternehmen beruflich tätig gewesen sein soll.

## 2. Beweiswürdigung:

1. Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde Einsicht genommen in den Akt der belangten Behörde und in den Gerichtsakt; insbesondere in den angefochtenen Bescheid samt beiliegender Regulierungssystematik für die dritte Regulierungsperiode der Stromverteilernetzbetreiber, die erhobene Beschwerde samt Anlagen, alle eingebrachten Schriftsätze, ua in das Gutachten der XXXX GmbH vom XXXX, in das besagte "Amtssachverständigengutachten" als Beweismittel, in das Kurzgutachten der XXXX AG vom XXXX und zugehöriger behördlich nachgereichter Stellungnahme, sowie in die nachgelieferte Vortragsunterlage der XXXX GmbH vom XXXX. Schließlich wurde eine ausführliche Beschwerdeverhandlung in Anwesenheit des auch für dieses Verfahren beigezogenen Amtssachverständigen und eines Privatsachverständigen der XXXX GmbH als Auskunftsperson der Beschwerdeführerin sowie unter Beteiligung aller Parteien abgeführt.

2. Die getroffenen Feststellungen erschließen sich zweifelsfrei aus der Aktenlage und der hiergerichtlichen Verhandlungsniederschrift (zumal teilweise in den Feststellungen auf das konkret herangezogene Beweismittel bereits hingewiesen wurde.)

Im Einzelnen ist nachstehend näher zu erwägen:

3. Die festgestellten Effizienzgrade der Beschwerdeführerin in der ersten als auch in der dritten Regulierungsperiode beruhen auf der Angabe der Beschwerdeführerin und decken sich mit der Aktenlage, auch hat die Behörde diesen Angaben nicht widersprochen, sowie ist die XXXX des in der ersten Regulierungsperiode vorgegebenen Kostenpfades durch die Beschwerdeführerin in der Folge unstrittig; so gibt auch die belangte Behörde in der Beschwerdeverhandlung an, dass die Rechtsmittelwerberin in der zweiten Regulierungsperiode

XXXX.

4. Für die Feststellungen zur Kostenermittlung und zu den Zielvorgaben hat das Bundesverwaltungsgericht insbesondere das vom Amtssachverständigen in anderen hiergerichtlichen Beschwerdeverfahren (zu den dargestellten auch hier maßgeblichen Fragen) erstattete Gutachten "Ausreißeranalysen im Rahmen der Kostenfeststellung für Stromnetzbetreiber" vom XXXX als Beweismittel herangezogen.

Dieses Gutachten setzt sich mit der von der XXXX GmbH geforderten Methode sowie der von der Behörde angewandten Methode wissenschaftlich fundiert auseinander und ist jenes in sich schlüssig, nachvollziehbar und im Ergebnis (auch vor dem Hintergrund der mündlichen Verhandlung) ebenso überzeugend. Zudem hat die Beschwerdeführerin im Zuge der Beiziehung des Amtssachverständigen dessen wissenschaftliche Sachkunde nicht in Frage gestellt (wenngleich sie sich dazu enthalten hat.)

Hingegen gelang es dem Privatsachverständigen nicht, das erkennende Gericht von der von der Beschwerdeführerin geforderten Methode zu überzeugen, noch das als Beweismittel eingeführte Gutachten des Amtssachverständigen zu erschüttern:

4.1. So vermochte der Amtssachverständige während der Beschwerdeverhandlung im sachverständigen Diskurs mehr zu überzeugen, insbesondere konnte er alle - von der Beschwerdeführerin und der belangten Behörde - an ihn gerichteten Fragen ad hoc ohne Nachdenkpause, nachvollziehbar und von erkennbarer Sachkunde getragen beantworten; in einen "argumentativen Notstand" oder in die Lage, sich erst eine "passende Antwort" überlegen zu müssen, kam er nie. Alle Antworten waren äußerst (!) strukturiert und auf die jeweilige Frage "zugeschnitten".

4.2. Der Privatsachverständige hingegen machte zumeist mehr allgemeine (weitwendige) Angaben und "griff" das Gutachten des Amtssachverständigen nicht unter Angabe der exakt zitierbaren Stelle an (zB: "Auf Seite abc steht yxz, das kann nicht stimmen, weil..."), was von einer Gutachterskritik jedoch zu erwarten gewesen wäre.

4.3. Insbesondere stellte der Privatsachverständige die Verwendung der Kennzahl "Cook's Distance" außer Streit und erklärte, dass diese nicht der Kern des Gutachtensstreits sei, was auch der Amtssachverständige so bestätigte, immerhin gehe aus seiner Darstellung beider Methoden hervor, dass beide Verfahrensseiten diese Kennzahl akzeptieren. Damit kann jedoch dahingestellt bleiben, wer diese nun im Rahmen des genannten Konsultationsprozesses eingeführt hat.

4.4. Soweit der Privatsachverständige zur Angabe des Amtssachverständigen, es gebe keine Pflicht, alle möglichen Indikatoren zu nutzen, ausführte, der Amtssachverständige wiederlege damit etwas, was XXXX nie vorgebracht habe, stellte er zwar einen weiteren Punkt außer Streit, konnte er damit jedoch gleichermaßen das vorliegende Gutachten des Amtssachverständigen nicht erschüttern.

4.5. Zum Vorwurf, der von Behörde verwendete Schwellenwert sei selbst nicht objektiv, blieb der Privatsachverständige jedwede Ausführungen dazu schuldig, zumal auch über den nicht unberechtigten Hinweis der Wirtschaftskammer Österreichs zu erwägen ist, dass ex ante festgelegte Schwellenwerte jedenfalls Garant dafür sind, willkürliches (späteres) Nachjustieren zum Erhalt eines gewünschten Ergebnisses hintanzuhalten.

Damit übereinstimmend führte auch der Amtssachverständigen nachvollziehbar aus, gerade weiche Schwellenwerte implizierten die substantielle Gefahr einer bewussten oder unbewussten Manipulation der Ergebnisse durch verzerrende Ergebnisinterpretationen auf den Boden subjektiver Ansichten und Wünsche.

Inwieweit das Procedere der geforderten sogenannten differenzierten Ausreißeranalyse nachvollziehbar und eindeutig

reproduzierbar ist, was sowohl vom Amtssachverständigen als auch von der belangten Behörde maßgeblich bestritten wird, blieb die Beschwerdeführerin in der Verhandlung im Detail schuldig und zog sich auf die allgemeine Behauptung zurück, die Transparenz sei jedenfalls gegeben; gerade dies ist jedoch auch für das Bundesverwaltungsgericht so nicht hinreichend erkennbar, weswegen schon deshalb die geforderte differenzierte Ausreißeranalyse nicht geeignet erscheint. (Zumal der Amtssachverständige nicht unrichtigerweise darauf hinwies, dass diese auch von den betroffenen Unternehmen nicht mehr nachvollzogen werden könnte.)

4.6. Der privatsachverständige Versuch, dem Gutachten des Amtssachverständigen einen Widerspruch zumessen zu wollen, geht ebenfalls in Leere, wies dieser doch richtigerweise in Beantwortung der aufgeworfenen Frage daraufhin, dass er sowohl für die Methode der belangten Behörde als auch derjenigen der XXXX GmbH und damit für beide Methoden eine zukünftige Erweiterung vorgeschlagen hat.

4.7. Hinsichtlich des allgemeinen Vorwurfes, der Amtssachverständige nenne (gemeint wohl: bewusst) keine Quellen, die gegen die Wissenschaftlichkeit der behördlichen Methode sprechen würden, blieb der Privatsachverständige (wie im Übrigen auch der Rechtsvertreter) dazu jedwede konkrete und damit (für den Amtssachverständigen, das Gericht und alle anderen Parteien) überprüfbare, angeblich unterschlagene Quellenangabe schuldig. Soweit der Privatsachverständige in diesem Zusammenhang allgemein das Fehlen wissenschaftlicher Quellen des Gutachtens des Amtssachverständigen rügte, konterte dieser einleuchtend, dass die von ihm untersuchten Schriftstücke ja selbst bereits genügend Quellen aufweisen und er somit diese nur mehr an den notwendigen Stellen zu ergänzen hatte. Dieser Antwort hatte der Privatsachverständige hinsichtlich der behaupteten fehlenden Quellen nichts (Konkretes) entgegenzusetzen.

4.8. Zur Feststellung, dass die Überprüfung der Ausgangsdaten, also der in das Benchmarking einbezogenen Unternehmen, im Hinblick auf deren Homogenität bzw Heterogenität maßgeblich Teil der Datenanalyse im Zuge der Erstellung der Regulierungssystematik war, ist beweismäßig festzuhalten, dies ergibt sich zum einen - deckend mit den Ausführungen des Amtssachverständigen - aufgrund der diesbezüglichen Ausführungen in der Regulierungssystematik (vgl Seite 4ff und insbesondere Seite 31ff), hat sich die belangte Behörde doch bereits dort mit der Frage, ob die Unternehmen vergleichbar sind, befasst hat. Zum anderen bestätigt dies auch der Privatsachverständige, wenn er ausführt, diese Aussage stimme formal bei enger Auslegung. So ist eben die Überprüfung für das Anwenden mathematisch-statistischer Methoden insbesondere auch in Hinblick auf Homogenität oder Heterogenität der Ausgangsdaten Teil der erfolgten Datenanalyse.

4.9. Zur nachgereichten Graphik, die die Aussage des Privatsachverständigen stützen soll, dass die geforderte differenzierte Ausreißeranalyse nicht zwangsläufig zur Identifikation von zusätzlichen Ausreißern führt, ist ergänzend auszuführen, diese Entscheidung stützt sich nicht darauf, dass dies so wäre.

4.10. Soweit der Privatsachverständige über weite Strecken der Verhandlung die unterschiedliche Marktsituation zwischen Österreich und Deutschland herauszuarbeiten sucht (die XXXX GmbH hat dem Deckblatt ihres Gutachtens zur Folge Ihre Anschrift in XXXX), ist ihm mit der belangten Behörde (der er in der Verhandlung in diesem Punkte nicht widerspricht) richtigerweise entgegenzuhalten, dass in Deutschland eine zweistufige Ausreißeranalyse über eine vorgelagerte Dominanzanalyse vorgesehen ist, was sich aus den eindeutigen gesetzlichen Vorgaben über die anzuwendenden Methoden und den - ebenso ex ante (!) - determinierten Schwellenwerten gemäß der deutschen Anreizregulierungsverordnung ergibt, dort jedoch keine differenzierte Ausreißeranalyse mit weichen Schwellenwerten und unbestimmter verfahrensübergreifender Würdigung, wie von der Beschwerdeführerin gewünscht, vorgesehen ist. Wohingegen § 59 Abs 2 EWOOG 2010 eben "lediglich" von den anzuwendenden Methoden, die dem Stand der Wissenschaft zu entsprechen haben, spricht, somit der belangten Behörde in der Wahl der Methode Ermessen einräumt.

5. Das Gutachten der XXXX AG vom XXXX, welches keine explizit ausgeführte Alternative zu der von der belangten Behörde verwendeten Methode vorschlägt, was aus dem Gutachten selbst resultiert, beschränkt sich im Ergebnis darauf, festzuhalten, dass der Vorschlag der XXXX GmbH "[...] in die richtige Richtung [geht]" (vgl Gutachten der XXXX AG Seiten 5 und 19), und ist damit nicht geeignet, das Gutachten des Amtssachverständigen und dessen schlüssigen Ausführungen in der Beschwerdeverhandlung zu erschüttern.

6. Die Bestellung der aktuellen Mitglieder des Vorstandes der E-Control GmbH durch den Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft mit Wirkung vom XXXX sowie der behauptete Vorwurf der Befangenheit gegen

eines der beiden und der unrichtigen Zusammensetzung der belangten Behörde ist gerichts- und branchenbekannt. Das genannte Beststellungsdatum ist zudem auf der "Homepage" der E-Control GmbH veröffentlicht.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und ist zulässig.

#### 3.1. Rechtsnormen:

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des EIWOG 2010, BGBl I Nr 110/2010, lauten wortwörtlich:

##### "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 gemäß § 9 Abs. 2 E-Control-Gesetz sowie in weiterer Folge an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 131 B-VG erheben."

##### "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 Voll liberalisierung 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) Beschluss:

1. In der Beschwerdeverhandlung erklärten alle Parteien, dass keine Beweisanträge mehr offen sind und verzichteten auf eine 2. Tagsatzung. Allerdings konnte das Ermittlungsverfahren noch nicht geschlossen werden, um der Behörde bzw der Beschwerdeführerin, wie dargestellt, zu ermöglichen, eine allen Beteiligten bekannte Graphik und Stellungnahme (unter allseitigem Verzicht auf Gegenstellungen zu diesen) auch in dieses Verfahren einzuführen, weshalb das Ermittlungsverfahren nun nach § 17 VwGVG iVm § 39 Abs 3 AVG mit Beschluss zu schließen ist.

3.3. Zu Spruchpunkt B) Erkenntnis:

a) Befangenheit eines Mitglieds und Unzuständigkeit des Vorstandes der E-Control GmbH:

2. Der Vorstand der Energie-Control Austria Österreichische Gesellschaft für die Regulierung in der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft mit beschränkter Haftung (nachstehend: E-Control GmbH) als belangte Behörde ist ein Kollegialorgan, welches ausweislich § 6 Abs 1 E-Control-Gesetz aus zwei Mitgliedern besteht, die wiederum [in der damaligen Fassung des Bundesministerengesetzes 1986, konkret: BGBl Nr 76/1986 idF BGBl I Nr 3/2009] vom "Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend" für die Dauer von 5 Jahren nach Abs 2 leg cit bestellt werden.

Wie dargestellt wurden die beiden aktuellen Mitglieder des Vorstandes der E-Control GmbH mit Wirkung vom XXXX vom "Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft" [und damit in Entsprechung des Bundesministerengesetzes 1986 idF BGBl I Nr 11/2014] in ihre Funktion bestellt und waren diese somit bereits zum Ausfertigungsdatum des angefochtenen Bescheides (XXXX) und damit zum Zeitpunkt seiner Erlassung gegenüber den einzelnen Parteien im Amt.

3. Keine der Parteien moniert aufgrund der konkreten Zusammensetzung des Vorstandes der E-Control GmbH dessen Unzuständigkeit oder die Befangenheit eines der beiden Mitglieder zum genannten Zeitpunkt, noch wurden in der



mündlichen Beschwerdeverhandlung dazu Beweisanträge gestellt, vielmehr verzichteten die Parteien auf eine zweite Tagsatzung.

Allerdings kommt das Bundesverwaltungsgericht nicht umhin, sich zu diesen Fragen "amtswegig" zu äußern, immerhin werden in anderen hiergerichtlichen Beschwerdeverfahren (bei teilweiser Parteienidentität) zu späteren, jedoch vom selben Vorstand erlassenen Kostenbescheiden die Zuständigkeit desselben und die relative Unbefangenheit eines seiner Mitglieder insoweit in Zweifel gezogen, als besagtes Vorstandsmitglied behaupteter Weise für die Dauer seiner Funktion in der E-Control GmbH beim XXXX als dort für Energierechtsangelegenheiten zuständiger Beamter karenziert, sowie dieser früher für ein näher bestimmtes Energieunternehmen beruflich tätig gewesen sein soll, und sind diese Vorwürfe auch branchenbekannt:

3.1. Die E-Control GmbH hat bei Durchführung ihrer Verfahren gemäß § 36 Abs 1 E-Control Gesetz das AVG (soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist) anzuwenden, weswegen die Befangenheitsregeln des § 7 AVG zur Befangenheit von Verwaltungsorganen zur Anwendung gelangen:

3.1.1. Die ausschließlichen (objektiven) Befangenheitsgründen des § 7 Abs 1 Z 1, Z 2 und Z 4 leg cit liegen keinesfalls vor (und wurde dies auch in den späteren Beschwerdeverfahren nicht gerügt).

3.1.2. Soweit die relative Befangenheit des § 7 Abs 1 Z 3 AVG (Anschein einer Befangenheit) in besagten späteren Verfahren ins Treffen geführt wird, kann dies aus nachstehenden Gründen nicht erfolgsversprechend sein:

Auf dem Boden der ständigen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beseitigt eine Mitwirkung eines allenfalls befangenen Organs keineswegs die Zuständigkeit oder die richtige Zusammensetzung einer Kollegialbehörde (vgl Hengstschläger/Leeb, AVG, Manz Kommentar, erster Teilband (zweite Ausgabe), § 7 Rz 20), vielmehr kann dies lediglich einen Verfahrensmangel vermitteln, der im Beschwerdewege anfechtbar ist, dies allerdings nur dann mit Erfolg (!), wenn Bedenken gegen die sachliche Richtigkeit des Bescheides bestehen (vgl Hengstschläger/Leeb aaO, Rz 22).

Letzteres kann aufgrund systematischer Überlegungen zum EIWOG 2010 und zur Regulierungssystematik (hier der dritten Regulierungsperiode) schon deswegen nicht gegeben sein, weil der zum jeweiligen Unternehmen erlassene Erstkostenbescheid der betroffenen Regulierungsperiode (vorliegend der Bescheid vom XXXX, GZ XXXX) in den Folgejahren (derselben Regulierungsperiode) lediglich im Wege des Kostenpfades fortgeschrieben und angepasst wird (vgl gegenständlich ua Seite 8 des angefochtenen Bescheides); allerdings der Erstkostenbescheid (für das Jahr XXXX) und die beiden nächsten Folgebescheide (für die Jahre XXXX und XXXX), damit alle Vorjahresbescheide zum hier angefochtenen Bescheid, noch in gänzlich - anderer (!) - Vorstandszusammensetzung erlassen wurden.

Da der den angefochtenen Bescheid erlassende Vorstand in seiner zu beurteilenden Konstellation damit lediglich den Kostenpfad des Erstkostenbescheides, welcher noch (wie die beiden Folgekostenbescheide) von zwei gänzlich anderen Organwaltern als Vorstandsmitglieder gefertigt wurde, - wie auch systematisch vorgesehen - fortschreibt, hatte die Änderung der Zusammensetzung des Vorstandes keinen Einfluss (!) auf die behördliche Vorgehensweise und sachliche Richtigkeit des angefochtenen Bescheides.

(Im Übrigen ist auch das Gebot des § 6 Abs 4 E-Control-Gesetz nicht verletzt, verwirklicht doch der behauptete Sachverhalt das (aktive) Ausüben einer Tätigkeit iSd Abs 4 leg cit nicht.)

Aus alledem folgt, dass selbst bei Wahrunterstellung des späteren Vorbringens im vorliegenden Fall kein wesentlicher Verfahrensmangel zu erblicken ist.

Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass Verwaltungsgerichte wie ehemals die Berufungsbehörden durch eine ausreichend begründete Sachentscheidung einen (hier jedoch nicht) gegebenen wesentlichen Verfahrensfehler wegen Befangenheit eines Mitgliedes einer Kollegialbehörde sanieren können (vgl VwGH 30.01.2018, Ro 2017/08/0036), sind doch die Verwaltungsgerichte grundsätzlich zu Entscheidung in der Sache verpflichtet und mit Kognitionsbefugnis ausgestattet.

3.2. Soweit wie branchenbekannt in den späteren Verfahren (bei teilweiser Parteienidentität) die Zuständigkeit der belangten Behörde bzw deren richtigen Zusammensetzung wegen der behaupteten Karenzierung und früherer Tätigkeit eines der beiden Vorstandsmitglieder vor dem Hintergrund des § 5 Abs 2 E-Control-Gesetz insbesondere auf dem Boden der unionsrechtlichen Vorgaben gerügt wird, kann das Bundesverwaltungsgericht eine Vergleichbarkeit der gerügten Konstellation zum zugrunde liegenden Sachstand der Entscheidung des EuGH zur Österreichischen

Datenschutzkommission (EuGH 16. 10. 2012, Rs C-614/10) oder zu der in deren Lichte ergangenen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 15. 12. 2014, 2013/04/0108; 23. 11. 2016, Ro 2016/04/0013) nicht erblicken. Denn das in Zweifel gezogene Vorstandsmitglied übte - bei Wahrunterstellung der später gerügten Karenzierung - im Zeitpunkt der Bescheiderlassung keine (aktive) Funktion oder Tätigkeit wie in den beschriebenen Fällen aus und war somit seinerzeit nicht in Doppelfunktion tätig. Ferner spricht gegen die Annahme, besagtes Vorstandsmitglied habe - im konkreten Beschwerdefall - nicht unabhängig von Marktinteressen gehandelt, bereits die dargestellte "bloße" Fortschreibung des Kostenpfades des Erstkostenbescheides des früheren Vorstandes, weshalb im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides der Vorstand der E-Control GmbH nicht als unzuständige bzw unrichtig zusammengesetzte Behörde zu werten ist.

b) Zur Wissenschaftlichkeit der behördlich angewandten Methode:

4. Gegenstand dieses Verfahrens ist ausschließlich, inwieweit die von der belangten Behörde im Zuge des Benchmarkings angewandte Ausreißeranalyse dem Stand der Wissenschaft iSd § 59 Abs 2 Satz 4 EIWOG 2010 entspricht, und wären, falls dies nicht zuträfe, die Spruchpunkte 1. und 2. des angefochtenen Bescheides auf dem Boden einer allenfalls anderen Gutachtensmethode neu festzulegen.

5. Soweit die Beschwerdeführerin zunächst die Erweiterung des in das Benchmarking einbezogenen Kreises um (nun auch kleinere) Unternehmen in der dritten Regulierungsperiode in Relation zur ersten Regulierungsperiode rügt, ist ihr mit der belangten Behörde, wie bereits in der Beschwerdeverhandlung erfolgt, entgegenzuhalten, dass diese Erweiterung auf die zwischen den genannten Regulierungsperioden erfolgte Kundmachung des EIWOG 2010, BGBl I Nr 110/2010 (vgl § 48 Abs 1 leg cit; arg: "von Netzbetreibern mit einer jährlichen Abgabemenge an Entnehmer von mehr als 50 GWh im Kalenderjahr 2008") [Hervorhebung BVwG], und damit auf den dortigen gesetzlichen Auftrag, an den die belangte Behörde im Wege des Legalitätsprinzips gebunden ist, zurückzuführen ist. (Zumal der genannten Novelle wie gezeigt ein ausführlicher Konsultationsprozess, eben zur dritten Regulierungsperiode, unter Einbindung der betroffenen Unternehmen, der Branchenvertretern als auch der XXXX GmbH vorausging.)

Dementsprechend hat die Rechtsmittelwerberin in der Beschwerdeverhandlung ihr Vorbringen dahingegen spezifiziert, dass sie sich nicht (mehr) gegen die Erweiterung des einbezogenen Kreises um (aus ihrer Sicht) kleinere Unternehmen wendet, vielmehr hätte aufgrund dieser gesetzlich vorgegebenen Erweiterung nicht die behördlich angewandte Ausreißeranalyse, sondern die von ihr geforderte sogenannte differenzierte Ausreißeranalyse zur Anwendung kommen müssen.

6. Das EIWOG 2010 schreibt der belangten Behörde keine feste Methode zur Festsetzung der Kosten vor, vielmehr räumt ihr § 59 leg cit ein weites Ermessen in der Wahl der Methode unter der Einschränkung, dass diese dem Stand der Wissenschaft zu entsprechen hat, ein.

Deshalb hätte die Rechtsmittelwerberin nachweisen müssen, dass der Behörde ein Auswahlermessensfehler unterlaufen ist, oder sie ihr Ermessen nicht nachvollziehbar begründet hat (vgl zur Begründungspflicht VwGH 18.11.2014, ZI 2012/05/0092).

6.1. Bereits in der Regulierungssystematik zur dritten Regulierungsperiode, die dem angefochtenen Bescheiden beiliegt und Teil der Bescheidbegründung ist, hat die belangte Behörde ausführlich unter Abwägung der auch hier von XXXX vorgebrachten Argumente (sowie zur Frage der Heterogenität bzw Homogenität der Ausgangsdaten) nachvollziehbar begründet, warum sie sich - nach eingehender Konsultation mit Branchenvertretern und Experten - für eine bestimmte Kombination von Benchmarkingmodellen und die Ausreißeranalyse anhand der Methode "Cook's Distance" mit - ex ante - vordefinierten Schwellenwerten entschieden hat. Insbesondere seien für das Benchmarking neben der Sachgerechtigkeit des Analyseverfahrens auch Objektivität und Transparenz wesentliche Elemente, was maßgeblich durch eine ex ante determinierte Methode zur Ausreißeridentifikation auf Basis vordefinierter Schwellenwerte sichergestellt werde.

Ein Begründungsmangel des getroffenen Ermessen liegt somit keinesfalls vor, was im Übrigen so auch von der Rechtsmittelwerberin nicht behauptet wird.

6.2. Zur Frage, inwieweit die behördlich gewählte Gutachtensmethode dem (im Zeitpunkt der Bescheiderlassung geltenden) Stand der Wissenschaft entsprach, hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Vielzahl von (auch in der erkennenden Gerichtsabteilung) anhängigen Beschwerdeverfahren zu den dargestellten Fragen ein

Amtssachverständigengutachten erstattet lassen und es nun auch in dieses Beschwerdeverfahren als Beweismittel eingeführt. Ergebnis dieses Gutachtens wie auch der zu diesem (sehr ausführlich, auch zur Frage der Heterogenität bzw Homogenität der Daten) abgeführten Beschwerdeverhandlung ist, dass die von der Behörde gewählte Methode jedenfalls dem (damaligen Stand) der Wissenschaft entsprach (vgl die Beweiswürdigung), sodass die Behörde ihr Auswahlermessen zur Methode der Festlegung individueller Zielvorgaben im Sinne des Gesetzes geübt hat.

In diesem Zusammenhang ist nochmals (in Übereinstimmung mit der Wirtschaftskammer Österreichs, dem Amtssachverständigen und der belangten Behörde) draufhinzuweisen, dass die von der Rechtsmittelwerberin vorgeschlagene Methode einer sogenannten differenzierten Ausreißeranalyse mit weichen Schwellenwerten und verfahrensübergreifender Würdigung nicht transparent und insbesondere anfällig für (zumindest unbewusste) Modifikation der Ergebnisse - ex post - ist.

Auch könnte diese nachjustierende Methode durch alle betroffenen (ins Benchmarking einbezogenen) Unternehmen berechtigterweise wegen willkürlicher Ermessensausübung angefochten werden, würde doch jedes Unternehmen eine andere (für sie selbst günstigere) ex post Vorgehensweise (unbestreitbar) einfordern. Auch deshalb ist einer ex ante Methode jedenfalls der Vorzug zu geben.

7. Im Ergebnis war somit die Beschwerde auf dem Boden des § 59 Abs 2 dritter und vierter Satz EIWOG 2010 als unbegründet abzuweisen.

4. Zu Spruchpunkt C) Revision:

8. 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.

Vorliegend war die Rechtsfrage zu beantworten, inwieweit die behördlich angewandte Methode der Festlegung der individuellen Zielvorgaben dem Stand der Wissenschaft im Zeitpunkt der Bescheiderlassung entsprach und die belangte Behörde ihr diesbezügliches Auswahlermessen im Sinne des Gesetzes (hier des § 59 Abs 2 dritter und vierter Satz EIWOG 2010) geübt hat.

Nach 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 beantwortet wird.

Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (zB VwGH 28.05.2014, ZI Ro 2014/07/0053).

Zu den im Zusammenhang mit der Ermittlung der relativen Effizienz des Unternehmens der beschwerdeführenden Partei im Rahmen eines "Benchmarking"-Prozesses und insbesondere der Ausreißeranalyse aufgeworfenen Fragen ist festzuhalten, dass die Rechtmäßigkeit der Vorgangsweise der belangten Behörde anhand der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Ermessensspielraum gemäß § 59 EIWOG (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 Verwaltungsgerichtshofes vorgezeichnet (vgl etwa VwGH 06.07.2016, Ro 2016/08/0012; 28.03.2017, Ro 2016/09/0009).

Zur Rechtsfrage der relativen Befangenheit eines der Mitglieder des Vorstandes der E-Control GmbH und der daraus resultierenden unrichtigen Zusammensetzung der belangten Behörde ist wie aufgezeigt in stRsp höchstgerichtlich bereits geklärt, dass der Anschein einer Befangenheit "lediglich" ein Verfahrensfehler ist, der bei sachlicher Richtigkeit der Entscheidung nicht als wesentlich zu klassifizieren ist, und zudem durch eine ausreichend begründete Sachentscheidung des zuständigen Verwaltungsgerichts geheilt wird (vgl VwGH 30.01.2018, Ro 2017/08/0036), zudem ist eindeutig keine vergleichbare Konstellation zu den im Lichte der Entscheidung des EuGH 16. 10. 2012, Rs C-614/10 (Datenschutzkommission), ergangenen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 15. 12. 2014, 2013/04/0108; 23. 11. 2016, Ro 2016/04/0013) gegeben.

Es liegen somit keine Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung vor.

#### **Schlagworte**

Amtssachverständiger, Berechnung, Ermessen, Ermessensausübung,

Feststellungsbescheid, Feststellungsverfahren, Gutachten,  
Kostenbestimmungsbescheid, mündliche Verhandlung,  
Nachvollziehbarkeit, Objektivität, Privatgutachten,  
Sachverständigengutachten, Transparenz

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W179.2141902.1.00

**Zuletzt aktualisiert am**

13.06.2019

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)