

## OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

### BESCHLUSS

#### **In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache**

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht vR. und die Richterin am Oberlandesgericht A.

auf die mündliche Verhandlung vom 29. März 2012 **b e s c h l o s s e n** :

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird der Beschluss der Beschlusskammer 8 der gegnerischen Bundesnetzagentur vom 17. Oktober 2007 - BK 8-07/272 - aufgehoben.

Die Bundesnetzagentur hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen zu tragen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000 EUR festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Beschwerdeführerin ist eine regionale Gas- und Stromnetzbetreiberin und 100 %ige Tochtergesellschaft der B., von der sie auch die Stromverteilnetze gepachtet hat.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Festlegung der Beschlusskammer 8 der gegnerischen Bundesnetzagentur vom 17. Oktober 2007, die bestimmt, welche Preisindizes von den Netzbetreibern bei der Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Abs. 3 StromNEV in Anwendung zu bringen sind. Die Preisindizes sind in Anlage 1 zur Festlegung im Einzelnen aufgeführt, sie sind ausschließlich anlagengruppenspezifisch bestimmt. Gemäß Ziffer 2 der Festlegung finden sie auf alle Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 23a EnWG oder Verfahren im Rahmen der Anreizregulierung Anwendung, die das in 2006 abgelaufene oder ein früheres Geschäftsjahr zur Grundlage haben; lediglich bereits bestandskräftige Genehmigungsbescheide sind von der Geltung ausgenommen.

Zur Begründung der Festlegung hat die Beschlusskammer 8 ausgeführt, die Erfahrungen in der ersten Entgeltgenehmigungsrunde hätten gezeigt, dass die Netzbetreiber sehr unterschiedliche Indexreihen zur Anwendung brächten; zugleich habe eine Überprüfung der häufig herangezogenen Indexreihen ergeben, dass ihre Rückführung auf die maßgeblichen Fachserien 16 und 17 des Statistischen Bundesamtes Bedenken begegne. Die nur anlagengruppenbezogene Festlegung der Preisindizes hat sie damit begründet, dass für eine stärkere Differenzierung im Sinne einer Aufspaltung einzelner Anlagengruppen ein zwingendes Erfordernis nicht erkennbar sei; zudem hätte eine solche den Aufwand, den die Netzbetreiber hinsichtlich ihrer Kalkulation von Anschaffungs- und Herstellungskosten betreiben müssten, deutlich erhöht. Bei der Festlegung der einzelnen Preisindizes ist die Beschlusskammer ausweislich der Begründung ihres Beschlusses wie folgt vorgegangen: Bei den in Ziff. 6 der Beschlussbegründung aufgeführten Anlagengruppen hat sie jeweils eine Indexreihe des Statistischen Bundesamtes unverändert zugrunde gelegt. Für die übrigen Anlagengruppen hat sie hingegen Mischindizes gebildet, indem sie verschiedene Indexreihen

bzw. Subindizes des Statistischen Bundesamts zu einem anlagengruppenspezifischen Index verkettet hat. Die Mischindizes für die in Ziff. 7 der Beschlussbegründung aufgeführten Anlagengruppen umfassen Materialpreise und Löhne. Dies verlange eine variable Gewichtung der Löhne mit dem Ziel, eine Veränderung der Arbeitsproduktivität zu berücksichtigen. Zur Ermittlung der Arbeitsproduktivität, die nach ihrer Auffassung von den Indexreihen Fachserie 16 und Fachserie 17 nicht wieder gespiegelt werde, hat sie auf die vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Indexreihen für Lohnstückkosten verschiedener Wirtschaftsbereiche (Fachserie 18) zurückgegriffen. Da diese Fachserie lediglich bis 1970 zurückreicht, hat sie die von der Indexreihe nicht erfassten Werte für die Jahre von 1962 bis 1969 mittels einer Extrapolation bestimmt, der sie die durchschnittliche Änderungsrate der Lohnstückkosten in den Jahren 1970 bis 1992 von etwa 4 % zugrunde gelegt hat. In diesen Mischindex sind ausweislich Ziff. 12 2. Absatz die beiden Komponenten Lohn- und Materialpreis mit einem Faktor (x) für die angesetzte Arbeitsmenge (Faktor Lohn) und  $1 - x$  (Faktor Material) eingeflossen.

Mit ihrer Beschwerde vom 22. November 2007 gegen die ihr am 23. Oktober 2007 zugestellte Festlegung macht die Betroffene geltend, die Festlegung sei rechtswidrig und daher aufzuheben.

Die im angefochtenen Beschluss festgelegten Preisindizes beruhten nicht allein auf den Indexreihen der Fachserien 16 und 17 des Statistischen Bundesamtes. Die Beschlusskammer habe vielmehr auch Indexreihen der Fachserie 18 verwandt und damit verkannt, dass § 6 Abs. 3 Satz 2 StromNEV eine abschließende Regelung treffe. Dies folge schon aus dem eindeutigen Wortlaut von § 6 Abs. 3 Satz 2 StromNEV. Hätte der Normgeber eine Berücksichtigung der Fachserie 18 gewollt, hätte er dies ausdrücklich geregelt. Hätte er es den Regulierungsbehörden freistellen wollen, welche Fachserien sie verwenden, hätte er den expliziten Hinweis auf die Fachserien 16 und 17 unterlassen und generell auf die Indexreihen des Statistischen Bundesamtes verwiesen. Schließlich bestehe ein grundsätzlich qualitativer Unterschied zwischen den Fachserien 16 und 17 einerseits und der Fachserie 18 andererseits. Erstere enthielten anlagenspezifische Reihen und gingen damit von einer betriebswirtschaftlichen Sichtweise aus, die Fachserie 18 hingegen enthalte Daten einer volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung.

Außerdem würden die im angefochtenen Beschluss festgelegten Preisindizes keine sachgerechte Ermittlung der Tagesneuwerte gewährleisten, weil das Vorgehen der Beschlusskammer fehlerhaft sei. Sie habe eine unzulässige Vereinfachung vorgenommen, wenn sie für manche Anlagengruppen nur eine Indexreihe verwandt habe. Die alleinige Anwendung der Fachserie 17 als Indexreihe für Material sei nur gerechtfertigt, wenn Lohnkosten, die beim Einbau bereits betriebsbereit gelieferter Anlagegüter anfallen, von so untergeordneter Bedeutung seien, dass sie vernachlässigt werden könnten. Auch der Einbau etwa von „Ortsnetz-Transformatoren, Kabelverteilerschranken“ erfordere Arbeiten, die ihrerseits zu Lohnkosten, so etwa die Errichtung eines Fundaments, das Aufstellen und Vermessen, die Einbindungs- und Anschlussarbeiten an das Netz etc. führten. Dieses Beispiel zeige, dass die alleinige Anwendung der Fachserie 17 für viele Anlagengruppen nicht sachgerecht sei. Umgekehrt dürften in allen Anlagegruppen, deren Indizierung mittels Gewichtung von Indexreihen der Fachserien 16 und 17 vorgenommen worden ist, keine fertig montierten Wirtschaftsgüter enthalten sein, da diese Vorgehensweise ansonsten inkonsistent wäre. Ferner habe die Beschlusskammer bei den Anlagengruppen, für welche sie Mischindizes gebildet habe, die verwendeten Indexreihen nicht richtig gewichtet. Bei der Ermittlung der einzelnen Anteile habe sie teilweise auf Angaben einzelner Netzbetreiber zurückgegriffen und selbst darauf hingewiesen, dass deutliche Unterschiede in der Gewichtung bei den einzelnen Netzbetreibern bestünden und teilweise nur eine grobe Schätzung möglich gewesen sei. Zum Teil habe sie sogar auf Angaben eines einzigen Netzbetreibers zurückgegriffen. Das KPMG-Gutachten weise insoweit zu Recht darauf hin, dass die erheblichen Unterschiede die Frage aufwerfen, inwieweit die Angaben eines einzigen Netzbetreibers als allgemein gültig angesehen werden könnten und die darauf basierende Bildung eines bundeseinheitlichen Maßstabs als sachgerecht beurteilt werden könne. Insoweit sei die Beschlusskammer auch auf den geltenden Untersuchungsgrundsatz verwiesen; mit Hilfe von ihr ermittelter tatsächlicher Wägungsanteile hätte sie ihre Festlegung plausibilisieren können und müssen.

Des Weiteren habe sie unzulässiger Weise die Indexreihe „Löhne und Gehälter des Produzierenden Gewerbes“ als maßgebliche Indexreihe für den Lohnbestandteil bei Mischindizes verwandt. Dies sei nicht sachgerecht, denn die für die Herstellung einzelner Güter und Dienstleistungen aufgewendeten Arbeitsleistungen könnten dem

Produzierenden Gewerbe zugeordnet werden. Dieser Anteil gehe jedoch schon in die Ermittlung der Preisentwicklung für Material ein und sei damit bereits in Fachserie 17 berücksichtigt. Bei dem Lohnbestandteil der Anschaffungs- und Herstellungskosten der Anlagengüter fielen neben den typischen Bauleistungen eventuell Montagearbeiten an, die ebenfalls den Bauleistungen zugerechnet werden könnten. Für den Lohnkostenansatz seien daher Bauleistungspreise zu verwenden, für die auch geeignete Indizes in der Fachserie 16 bestünden.

Auch die Vorgehensweise der Beschlusskammer zur Berücksichtigung des Produktivitätsfortschritts sei fehlerhaft. Sie verkenne, dass der Produktivitätsfortschritt, der die Materialkomponente beim Bau von Netzanlagen betreffe, bereits in den Preisindizes der Fachserie 17 berücksichtigt sei. Unabhängig davon sei auch die von der Beschlusskammer durchgeführte Berechnung des Produktivitätsabschlags nicht sachgerecht. Dies folge zum einen schon aus dem Rückgriff auf die gesamtwirtschaftlichen Daten der Fachserie 18, zum anderen aber auch aus dem konkreten Vorgehen bei der Indexreihe „Lohnstückkosten des Produzierenden Gewerbes“. Diese verzeichne von 1970 bis 2004 ein durchschnittliches Produktivitätswachstum von 2,2 %. Da die Indexreihe lediglich bis 1970 zurückreiche, habe die Beschlusskammer die Werte für die Jahre 1962 bis 1969 mittels einer Extrapolation bestimmt. Dabei habe sie die durchschnittliche Änderungsrate der Lohnstückkosten in den Jahren 1970 bis 1992 auf von 4 % auf die zurückliegende Zeitperiode angewandt. Weshalb nicht die durchschnittliche Änderungsrate der Lohnstückkosten zwischen 1970 und 2004 von jährlich 2,2 % für die Extrapolation verwandt worden sei, erschließe sich nicht.

Des Weiteren habe die Beschlusskammer in einigen Punkten auf eine weitere Sachverhaltsermittlung verzichtet, obwohl sie hierzu nach dem im Energieverwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz verpflichtet gewesen wäre. So habe sie den gesetzlich nicht vorgesehenen Rückgriff auf die Fachserie 18 zur Berücksichtigung der Arbeitsproduktivität damit begründet, dass sie hierzu gezwungen gewesen sei, weil in den Konsultationsrunden von niemandem Daten zur Veränderung der Mengengerüste im Zeitverlauf vorgelegt worden seien. In einem solchen Fall hätte sie Sachverhaltsermittlungen durchführen müssen. Das gleiche gelte für die Ausführungen zu der Frage des Einflusses der Arbeitsproduktivität auf den Anlagenwiederbeschaffungswert. Auch insoweit habe die Beschlusskammer auf eine Überprüfung, einen Abgleich mit aktuellen Beschaffungsvorgängen, mangels verfüg-

barer Daten verzichtet, weil ihr auch im Rahmen der Konsultationen nicht in ausreichendem Umfang entsprechende Daten zur Verfügung gestellt worden seien. Zu Unrecht habe sie insoweit ihre Sachaufklärungspflichten vernachlässigt und von den ihr zur Verfügung stehenden Ermittlungsmöglichkeiten keinen Gebrauch gemacht. Schließlich habe sie sich bei der Ermittlung der Wägungsanteile für die Bildung von Mischindizes zu Unrecht und unter Verkennung ihrer umfassenden Sachaufklärungspflicht auf Angaben weniger Unternehmen, im Extremfall sogar nur eines einzigen der ca. 750 deutschen Stromnetzbetreiber gestützt. Dies sei umso fragwürdiger, als es sich gerade um besonders werthaltige Anlagengruppen handele.

Im Übrigen seien die im angefochtenen Beschluss festgelegten Preisindizes auch wirtschaftlich nicht sachgerecht, denn sie führten dazu, dass sich große Abweichungen zwischen den unter Anwendung der festgelegten Preisindizes ermittelten Tagesneuwerten und den tatsächlich aktuellen Wiederbeschaffungswerten ergeben. Sie – die Betroffene – habe eine Prüfung für einzelne konkrete Anlagen durchgeführt und dafür exemplarisch aus den wichtigen Anlagengruppen einzelne, nach physikalischen Gesichtspunkten abgrenzbare Anlagen ihres Anlagenbestands ausgewählt. Für diese Anlagen habe sie Tagesneuwerte unter Anwendung der festgelegten Preisindizes, Tagesneuwerte unter Anwendung der der Stromnetznutzungsentgeltgenehmigung vom 12. Dezember 2006 zugrunde gelegten WIBERA - Preisindizes und schließlich die tatsächlichen aktuellen Wiederbeschaffungswerte auf der Grundlage von Marktpreisen ermittelt. Als Ergebnis lasse sich festhalten, dass die tatsächlichen aktuellen Wiederbeschaffungswerte bei allen ausgewählten Beispielen deutlich über den unter Anwendung der festgelegten Preisindizes ermittelten Tagesneuwerten liegen. Die Differenz sei weiter bei relativ alten Anlagen größer als bei relativ neuen Anlagen, was bedeute, dass sich der Fehler zwischen indizierten Tagesneuwerten und tatsächlichen aktuellen Wiederbeschaffungswerten über die Jahre aufsummiere und nicht ausgleiche.

Sie beantragt,

den Beschluss der Beschlusskammer 8 der gegnerischen Bundesnetzagentur vom 17. Oktober 2007 – BK 8 – 07/272 – aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur bittet um Zurückweisung der Beschwerde. Sie meint, es fehle schon an einer materiellen Beschwer der Betroffenen. Im Übrigen verteidigt sie die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Beteiligten mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang, die Protokolle der Senatssitzungen mit den in Bezug genommenen Hinweisen, den Beweisbeschluss des Senats vom 4. März 2009 und das Gutachten der Mitarbeiter des Statistischen Bundesamts vom 10. März 2010 Bezug genommen, das diese in der Senatssitzung vom 29. März 2012 erläutert und ergänzt haben.

## **B.**

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung der von der Betroffenen angegriffenen Festlegung, denn die von der Beschlusskammer 8 entwickelten Indizes können eine sachgerechte Ermittlung der Tagesneuwerte nicht gewährleisten.

### **I.**

Die Anfechtungsbeschwerde ist zulässig, insbesondere fehlt es entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht an einer materiellen Beschwer der Betroffenen.

Die Preisindizes finden gem. Ziffer 2 der angegriffenen Festlegung „auf alle Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 23a EnWG oder Verfahren im Rahmen der Anreizregulierung Anwendung, die das im Jahr 2006 abgelaufene oder ein früheres Geschäftsjahr zur Grundlage haben.“ Betroffen ist daher zum einen die so genannte 2. Entgeltgenehmigungsrunde aus dem Jahre 2008 und zum anderen die Festlegung der Erlösobergrenzen für die erste Anreizregulierungsperiode. Bei einem Erfolg der Anfechtungsbeschwerde entfällt durch die Aufhebung der Festlegung die Grundlage für ihre Anwendung. Dies hat Einfluss nicht nur auf die § 23a EnWG-Genehmigungen aus dem Jahre 2008, sondern auch auf das Ausgangsniveau im Rahmen der Erlösobergrenzenfestlegung. Auch für letztere kommt es entscheidend darauf an, ob die zugrundeliegenden Preisindizes rechtsfehlerhaft sind, weil insoweit das Ausgangsniveau anzupassen ist. Ungeachtet dessen ist die Regelungswirkung aber auch weder inhaltlich noch zeitlich auf die in Ziffer 2 angeführten Verfahren be-

schränkt, denn die festgelegten Indizes müssen für die nachfolgenden Regulierungsperioden fortgeschrieben werden.

## II.

Zu Recht wenden sich die Netzbetreiber gegen die von der Beschlusskammer gebildeten Mischindizes. Mit ihnen ist eine sachgerechte Ermittlung von Tagesneuwerten schon deshalb nicht gewährleistet, weil weder die Einbindungs- und Montageleistungen der Anlagen und Anlagenteile mit Lohnindizes des Wirtschaftszweigs „Produzierendes Gewerbe“ der Fachserie 16 noch dabei erzielte Produktivitätsfortschritte durch einen in diesem Wirtschaftszweig verzeichneten Produktivitätsfortschritt repräsentativ abgebildet werden. Unabhängig davon hat die Beschlusskammer es auch rechtsfehlerhaft unterlassen, die so ermittelten Mischindizes auf ihre Plausibilität zu überprüfen. Die weiteren methodischen Einwände sind indessen unbegründet.

1. § 30 Abs. 2 Nr. 2 StromNEV ermächtigt die Regulierungsbehörde, Festlegungen zur Gewährleistung einer sachgerechten Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Abs. 3 StromNEV in Bezug auf die in Anwendung zu bringenden Preisindizes oder die den Preisindizes zugrundeliegenden Indexreihen und deren Gewichtung, die Bildung von Anlagengruppen sowie den zugrundezulegenden Zinssatz zu treffen.

Mit der Festlegung von Indexreihen ist naturgemäß ein Gestaltungsauftrag der Regulierungsbehörde verbunden, in dessen Rahmen die Regulierungsbehörde allerdings nicht völlig frei ist, sondern die ihr in § 6 Abs. 3 StromNEV vorgegebenen Kriterien zu beachten hat. Insbesondere kommt der Regulierungsbehörde dabei nicht ein nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu, denn die von der Rechtsprechung hierfür aufgestellten Voraussetzungen liegen nicht vor. Preisindizes für die Ermittlung der Tagesneuwerte sind hinreichend bestimmbar und können in ihren tatsächlichen Voraussetzungen gegebenenfalls durch Sachverständigengutachten geklärt werden (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 5.10.2010, EnVR 49/09, Rdnr. 8).

Die zu erstellenden Indexreihen sollen auf der Grundlage der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten eine sachgerechte Ermittlung der Tagesneuwerte, also des Wiederbeschaffungswerts für ein Anlagengut ermöglichen. Betroffen davon



sind die sog. Altanlagen, die vor dem 1.01.2006 aktiviert worden sind und für die das Prinzip der Nettosubstanzerhaltung gilt. Anders als das Prinzip der Realkapitalerhaltung berücksichtigt dieses Prinzip, das schon der VVII+ zugrundelag, die Inflation nicht im Rahmen des Eigenkapitalzinssatzes, sondern im Rahmen der Abschreibung. Der für die Altanlagen errechnete Tagesneuwert ist folglich maßgeblich für die Höhe ihrer kalkulatorischen Abschreibung und die insoweit anzusetzende Eigenkapitalverzinsung. Auf diese Weise soll den zwischenzeitlichen Preissteigerungseffekten Rechnung getragen und so die Investitionsfähigkeit der Netzbetreiber auch mit dem eigenfinanzierten Anteil ihres Netzanlagevermögens sichergestellt werden.

Bei der Festlegung von Preisindizes ist die Regulierungsbehörde daher verpflichtet, auf die in § 6 Abs. 3 StromNEV verwiesenen Fachserien 16 und 17 des Statistischen Bundesamts zurückzugreifen und die Preisindizes aus diesen Indexreihen dergestalt zu entwickeln, dass sie die Preisentwicklung der Anlagengüter des Netzbetriebs unter Berücksichtigung ihrer Zielsetzung bestmöglich abbilden.

Die Fachserie 16 stellt den Index der tariflichen Stundenlöhne und Monatsgehälter dar, die Fachserie 17 den Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte. Da ihre Indizes nicht auf das Sachanlagevermögen der Netzbetreiber zugeschnitten sind, ist zunächst zu klären, mit welchen dieser Indizes die Preisentwicklung der Anlagengüter - oder Anlagengruppen – bestmöglich abgebildet werden kann.

Bei einer Vielzahl von Anlagengütern kann der Tagesneuwert nur in der Weise sachgerecht ermittelt werden, dass neben den reinen Bezugskosten für Anlagen und Anlagenteile beim Hersteller auch – die nicht unerheblichen - Kosten anlässlich ihrer Einbindung vor Ort, also für die Montage der Netzteile, Erdarbeiten pp. berücksichtigt werden. In solchen Fällen sind geeignete, also die jeweilige Preisentwicklung repräsentativ abbildende Indizes auszuwählen und miteinander zu einem anlagen- oder anlagengruppenspezifischen Index zu „verketteten“. Dies erfordert zunächst eine sachgerechte Wägung von hierfür in Ansatz zu bringenden Anteilen und damit auch die Ermittlung der maßgeblichen Kostentreiber. Soweit es die Einbindungs- und Montageleistungen angeht, müssen diese über einen repräsentativen Index der tariflichen Stundenlöhne und Monatsgehälter aus der Fachserie 16 abgebildet werden. Schließlich muss der sich so aus den vorhandenen Indexreihen des Statistischen Bundes-

amts neu zu entwickelnde Mischindex einen Tagesneuwert ergeben, der die technische Entwicklung berücksichtigt. Die Fachserie 17 trägt dem Rechnung, weil bei der Ermittlung der reinen Preissteigerung für ein gewerbliches Produkt die für die Höhe des Preises maßgeblichen preisbestimmenden Faktoren solange wie möglich konstant gehalten und insbesondere Qualitätsverbesserungen daher folgerichtig eliminiert werden (s. die Erläuterungen des Statistischen Bundesamts zum Index der Erzeugerpreise). Anders verhält es sich dagegen bei der Fachserie 16, die allein die Steigerung der Lohnkosten wiedergibt und daher naturgemäß keine Aussage darüber trifft, inwieweit ein Produktionsfortschritt und damit die technische Entwicklung dazu geführt hat, dass sich die zur Herstellung einer Produkteinheit benötigte Arbeitszeit verringert hat. Da die Fachserie 16 Produktivitätsfortschritte bei der Erbringung von Arbeitsleistungen nicht berücksichtigt, § 6 Abs. 3 StromNEV aber die Berücksichtigung der technischen Entwicklung fordert, musste die Regulierungsbehörde daher bei der Verkettung prüfen, ob die maßgeblichen Leistungen einen relevanten und damit berücksichtigungswerten Produktivitätsfortschritt erfahren haben und sie diesbezüglich auf geeignete Informationsquellen zurückgreifen oder sich Informationen mit Hilfe der ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten beschaffen kann, um ihn bestmöglich und damit sachgerecht abzubilden.

2. Vor diesem Hintergrund haben die die Bildung von Mischindizes betreffenden Rügen der Betroffenen ganz überwiegend Erfolg.

2.1. Ohne Erfolg rügt die Betroffene allerdings, dass die Beschlusskammer entsprechend Ziffer 14 ihrer Festlegung für die Wägung, d.h. die Bestimmung der prozentualen Anteile der einzelnen heranzuziehenden Indizes am Gesamtindex auf Informationen der Verbände und Netzbetreiber zurückgegriffen und sodann bei der Bestimmung der prozentualen Anteile zum Teil nur eine grobe Schätzung vorgenommen hat.

2.1.1. Gemäß § 68 Abs. 1 EnWG, der § 57 GWB und § 128 TKG nachgebildet ist, kann die Regulierungsbehörde alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind. Subsidiär findet § 24 VwVfG Anwendung, der sie grundsätzlich verpflichtet, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln. Dabei steht es im Ermessen der Regulierungsbehörde, welche Ermittlungsmaßnahmen sie wählt. Grenze ist

der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, so dass unter sachgerechtem und rationellem Einsatz der zur Verfügung stehenden Mittel diejenigen Maßnahmen zu treffen sind, die der Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts gerecht werden und erfahrungsgemäß Erfolg haben können (Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., 2010, Rdnr. 3 zu § 68). Die Bundesnetzagentur hat – wie sie in der angegriffenen Entscheidung ausgeführt und in der Beschwerdeerwiderung noch vertieft hat – zunächst alle ihr zur Verfügung stehenden Datenquellen genutzt, um die Mischindizes für die Anlagengruppen zu entwickeln, bei denen sich der Tagesneuwert nicht nur unter Zugrundelegung eines Preisindex des Statistischen Bundesamts bestimmen lässt. Um eine sachgerechte Wägung der Indexreihen vornehmen zu können, hat sie – . . . - dabei in erster Linie auf die Daten und Informationen zurückgegriffen, die ihr von den Verbänden und Netzbetreibern zur Verfügung gestellt wurden. Wie sie ausgeführt hat, beschränkten sich die Auswertungen, die im Rahmen der Konsultation von den Netzbetreibern eingereicht worden sind, auf die werthaltigsten Anlagegruppen; im Übrigen hat sie eine Schätzung vorgenommen.

Diese Verfahrensweise begegnet im Grundsatz keinen Bedenken. Art und Umfang der Ermittlungstätigkeit richten sich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da die Gestaltung des Verfahrens im (Verfahrens-) Ermessen der Behörde steht (§ 10 Satz 2 VwVfG; Kallerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. A., 2008, Rdnr. 36 zu § 24). Die Ermittlungen müssen angemessen sein, und zwar im Hinblick auf Art, Umfang, Zeit, Auswahl der Mittel und Belastung für den Betroffenen und die Allgemeinheit. Ob eine kostspielige oder zeitraubende Ermittlungstätigkeit angebracht ist, hängt von der Wichtigkeit des öffentlichen Interesses an der Verwaltungsmaßnahme ab. Dabei hat eine Abwägung zwischen dem öffentlichen und privaten Interesse an einer schnellen Erledigung und dem an einer gründlichen und vollständigen Tatsachenbeschaffung zu erfolgen. In diese Abwägung ist auch das in § 10 Satz 2 VwVfG verankerte Beschleunigungsgebot einzustellen. Je schwerwiegender die Rechtsfolgen der Entscheidung sind, umso eingehender muss die Ermittlung sein. Andererseits aber muss der Verwaltungsaufwand noch sinnvoll eingesetzt werden. Nicht zuzumuten sind der Behörde wahllos zeitraubende, kaum Aussicht auf Erfolg bietende Nachforschungen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit der der Verwaltungspraktikabilität zwingt nicht zur „pfenniggenauen“ Ermittlung; es darf auch pauschalisiert werden. Soweit weitere Ermittlungen nur mit unvertretbarem Aufwand möglich

sind, ist eine Schätzung aufgrund gesicherter Erfahrungssätze möglich. Als Schätzung wird verstanden, dass der angenommene Sachverhalt der wahrscheinlichste ist. Sie kommt v.a. bei der Annahme von Quantitäten und Wertschätzungen in Betracht (Kallerhoff, a.a.O., Rdnr. 38 zu § 24).

Angesichts dessen ist es nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur mit Hilfe der Informationen zu den Wägungsanteilen, die ihr im Rahmen der Konsultation von den Netzbetreibern zur Verfügung gestellt worden sind, diese bestimmt und im Rahmen dessen teilweise grobe Schätzungen vorgenommen hat. Dies stellt einen Ermittlungsfehler nicht dar. Pauschalierungen und damit Schätzungen auf der Grundlage der hier vorliegenden gesicherten Erfahrungssätze sind nicht zu beanstanden, wenn weitere Ermittlungen nur mit unvertretbarem Aufwand möglich sind und die Regulierungsbehörde daher auf die Informationen zurückgreift, welche die Netzbetreiber und ihre Verbände zur Verfügung gestellt haben. Die mit ihnen einhergehende Unsicherheit erfordert es indessen - wie noch ausgeführt wird -, die erzielten Ergebnisse mit besonderer Sorgfalt zu verproben, also einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.

2.1.2. Nichts anderes gilt daher, soweit die Betroffene konkret die Ermittlung der Wägungsanteile bezüglich der Anlagengruppen der erdverlegten Kabel, der Freileitungen 110 – 380 kV und der 380/220/110/30/10 kV-Stationen beanstandet.

2.1.2.1. Dass die Beschlusskammer sich bei der Frage, wie Arbeitskosten im Bereich der Nieder- und Mittelspannungskabel aufzuteilen und den Aufwendungen für den Bezug von Kabeln zuzuordnen seien, u.a. auf Daten gestützt hat, die ihr von einem Netzbetreiber zur Verfügung gestellt worden sind, ist nicht zu beanstanden.

Die Beschlusskammer ist - wie sie schon in der Festlegung selbst ausgeführt und in der ihrer Beschwerdeerwiderung als Anlage BG 2 beigefügten Dokumentation noch vertieft hat - bei der Bestimmung der Wägungsanteile wie folgt vorgegangen: sie hat zunächst die abgestimmten Branchenvorschläge der Verbände C. und D. herangezogen. Da bei dem Branchenvorschlag des D. eine Aufteilung des Erdkabels in Material- und Lohnkomponente fehlte und die Komponente Oberflächenwiederherstellung vernachlässigt wurde, hat sie dieses Wägungsschema in zwei Schritten in ver-

gleichbare Komponenten überführt. Im ersten Schritt hat sie den 40 %igen Anteil „Leitungsgraben ausheben“ mit Hilfe einer Tabelle des Statistischen Bundesamts in einen Anteil Leitungsgraben und Oberfläche aufgeteilt. Im zweiten Schritt – den die Betroffene letztlich beanstandet - hat sie sodann die Gesamtleistung Erdkabel mit Hilfe der Kostenaufstellung des Netzbetreibers X. in die Anteile Material (74 %) und Montage bzw. Verlegung (26 %) aufgeteilt. Durch diese Zusatzinformationen konnte der D.-Vorschlag in die zum C.-Vorschlag korrespondierenden Positionen überführt werden. Letztlich sind daraufhin die beiden Vorschläge zusammengefasst worden, indem für das verwendete Wägungsschema der Mittelwert gebildet wurde (s. nur S. 51 ff. der Dokumentation für die Anlagengruppe III.2.2.). Ein Ermittlungsdefizit ist damit schon nicht feststellbar, die Beschlusskammer hat vielmehr gerade alles unternommen, um auch den D.-Vorschlag für die Mittelwertbildung nutzen zu können und dabei auf die detaillierte Kostenaufstellung zurückgegriffen, die ihr einer der vier großen Netzbetreiber zur Verfügung gestellt hatte. Von daher konnte sie auch davon ausgehen, dass diese Zahlen repräsentativ sind.

2.1.2.2. Gleiches gilt für den Einwand betreffend die Anlagengruppe III.1.1.1 - der Freileitungen 110 – 380 kV (Ziffer 16 der Beschlussbegründung) -, bei der die Beschlusskammer die von ihr vorgeschlagenen Wägungsanteile an die Praxisauswertung eines Netzbetreibers angepasst hat.

Die Beschlusskammer hat - wie sie schon in der Festlegung selbst ausgeführt und in der ihrer Beschwerdeerwiderung als Anlage BG 2 beigefügten Dokumentation noch vertieft hat - bei der Bestimmung der Wägungsanteile die Kritik des Netzbetreibers Y. aus der Stellungnahme vom 8.6.2007 berücksichtigt und daher die Indexreihe für Isolatoren mit 2 % - statt 5 % -, die für den Beton der Fundamente sowie für das Ausheben des Grabens jeweils mit 1,5 % - statt 15 % bzw. 5 % - und die für Türme und Gittermasten mit 45 % - statt 25 % - in die Wägung einbezogen. Als nicht sachgerecht hat sie lediglich die zusätzlich angeregte Verwendung eines Indexes zur Berücksichtigung der Rohstoffpreisentwicklung für Stahl – für die Bewehrung der Fundamente - angesehen, weil diese schon durch den Index für Gittermasten abgebildet wird. Angesichts der Tatsache, dass es sich um die Kritik eines der vier großen Netzbetreiber handelt, konnte sie auch insoweit davon ausgehen, dass die Zahlen repräsentativ sind.

2.1.2.3. Nichts anderes gilt schließlich für die Anlagengruppe III.2.3.(1) – der 380/220/110/30/10 kV-Stationen (Ziffer 17 der Beschlussbegründung) -. Bei diesen hat die Beschlusskammer - wie sie schon in der Festlegung selbst ausgeführt und in der ihrer Beschwerdeerwiderung als Anlage BG 2 beigefügten Dokumentation noch vertieft hat - auf die Kritik des überregionalen Netzbetreibers X. in seiner 2. Stellungnahme vom 13. Juli 2007 zum einen auch die notwendigen Bauleistungen – mit 35 % - und zum anderen auch die Preisentwicklung von Transformatoren als betriebsnotwendige Gerätschaften einer Umspannstation – mit weiteren 10 % - berücksichtigt. Auch hier konnte sie angesichts der Tatsache, dass es sich um die Kritik eines der vier großen Netzbetreiber handelt, davon ausgehen, dass die Zahlen repräsentativ sind.

2.2. Zu Recht wendet die Betroffene sich allerdings dagegen, dass die Bundesnetzagentur bei den von ihr gebildeten Mischindizes für die Einbindungs- und Montageleistungen der Anlagen und Anlagenteile Lohnindizes des hoch aggregierten Wirtschaftszweigs „Produzierendes Gewerbe“ der Fachserie 16 verwandt hat. Dass die Beschlusskammer im Zuge der Bildung von Mischindizes nicht weiter ermittelt hat, welche Unternehmen die vor Ort anfallenden Einbindungs- und Montageleistungen der Netzanlagen und -anlagenteile regelmäßig durchführen bzw. in der Vergangenheit durchgeführt haben, sondern statt dessen hinsichtlich der Lohnentwicklung auf die hoch aggregierten statistischen Daten des Wirtschaftszweigs des „Produzierenden Gewerbes“ zurückgegriffen hat, rügt die Betroffene mit Recht. Schon durch die damit zugrunde gelegte Lohnentwicklung wird nicht gewährleistet, dass die Einbindungs- und Montageleistungen im Netzanlagenbau repräsentativ und damit sachgerecht abgebildet werden.

2.2.1. Die Anwendung der Indexreihe „Löhne und Gehälter des Produzierenden Gewerbes“ hat die Beschlusskammer in dem angegriffenen Beschluss damit gerechtfertigt, dass Arbeitskräfte dieses Gewerbes die Montage der Anlagegüter ausführen. Weder das Baugewerbe noch das Verarbeitende Gewerbe bildeten den Wirtschaftsbereich für die in Frage stehenden Arbeitsleistungen vollständig ab. Ein Elektroinstallateur könne dem verarbeitenden Gewerbe, dem Dienstleistungsbereich oder dem Baugewerbe zugeordnet werden. Desweiteren seien Installationsarbeiten insbeson-

dere in der Vergangenheit auch von Energieversorgungsunternehmen selbst beziehungsweise anderen Energieversorgungsunternehmen durchgeführt worden. Diese Leistungen seien somit der Branche der Energie- und Wasserversorgung zuzuordnen. Dem lag zugrunde, dass die Beschlusskammer im Rahmen des Konsultationsverfahrens weder belastbare Informationen dazu gewonnen hatte, von welchen Unternehmen die Einbindungs- und Montagearbeiten durchgeführt wurden und werden, noch zu den Produktivitätsveränderungen im Zeitablauf. Wie den Verwaltungsvorgängen zu entnehmen ist, ist die Frage, welche Indexreihen die Lohnentwicklung der Einbindungs- und Montagearbeiten repräsentativ abbilden, wie auch ihr Produktivitätsfortschritt im Verlaufe des Konsultationsverfahrens vehement diskutiert worden. In dem Festlegungsentwurf vom 18.05.2007 hatte die Beschlusskammer zunächst primär bei den Netzanlagengruppen der Freileitungen und Kabel den Index der tariflichen Stundenlöhne der Energie- (und Wasser-)versorgung in Ansatz gebracht. Auf die im Rahmen der Konsultation von Netzbetreibern und Verbänden geäußerte Kritik hin, dass Einbindungs- und Montageleistungen auch bei weiteren Anlagengütern anfielen und die Arbeiten in der Regel nicht von den Energieversorgern selbst, sondern durch Dritte durchgeführt würden, hat sie sodann unter dem 21.09.2007 einen überarbeiteten Entwurf vorgelegt. Dieser enthielt entsprechende Mischindizes auch bei anderen Anlagegruppen, wobei sie hinsichtlich des Lohnanteils aller Mischindizes nun auf den höher aggregierten Index der tariflichen Stundenlöhne und Gehälter des Produzierenden Gewerbes zurückgegriffen und diese - erstmals - um einen Produktivitätsfortschritt dieses Wirtschaftszweigs bereinigt hatte. Dagegen wandten sich zahlreiche Netzbetreiber und Verbände in ihren Stellungnahmen, die sie innerhalb der ihnen (nur) bis zum 2.10.2007 gewährten Stellungnahmefrist eingereicht hatten. Sie kritisierten einheitlich, dass die Arbeitsleistungen typischerweise dem Baugewerbe zuzuordnen seien und ganz überwiegend Unternehmen dieses Gewerbes die Arbeiten auch durchführten. Da dieser Wirtschaftszweig indessen nur mit ca. 10 % in den höher aggregierten und vom Verarbeitenden Gewerbe dominierten Index der „Löhne und Gehälter des Produzierenden Gewerbes“ einfließe, sei die Lohnentwicklung des Produzierenden Gewerbes nicht repräsentativ. Zudem bedürfe der neue methodische Ansatz eines Praxisabgleichs. Wie der Vorsitzende der Beschlusskammer 9, Direktor E., im Rahmen des Senatstermins näher erläutert hat, haben die Beschlusskammern 8 und 9 im Rahmen der Konsultation bei den Verbänden der Energiewirtschaft und repräsentativen Netzbetreibern lediglich Recherchen zu den Wägungsan-

teilen für Lohn und Material sowie etwa hinsichtlich der Zusammensetzung einzelner Mischindizes durchgeführt. Sie sind jedoch trotz der diesbezüglichen Einwände der Frage, welchen Wirtschaftszweigen die Unternehmen zuzuordnen sind, die die fraglichen Einbindungs- und Montagearbeiten in der Vergangenheit durchgeführt haben, nicht weiter nachgegangen und haben damit nicht weiter aufgeklärt, welcher Index der Fachserie 16 die Lohnkosten repräsentativ abbildet. Der Umstand, dass historische Daten in erheblichem Umfang hätten abgefragt und ausgewertet werden müssen, sprach - wie der Vorsitzende der Beschlusskammer 9 in der Senatssitzung erläutert hat - aus ihrer Sicht dagegen.

2.2.2. Dass die Bundesnetzagentur von der weiteren Aufklärung des Sachverhalts damit aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und Verwaltungspraktikabilität abgesehen hat, rechtfertigt den Rückgriff auf die Lohnentwicklung des hoch aggregierten Wirtschaftszweigs des Produzierenden Gewerbes nicht.

Allerdings wird - wie die Sachverständigen des Statistischen Bundesamts in ihrem Gutachten ausgeführt haben - ein solcher Rückgriff auf höher aggregierte Reihen von dem sog. Auskunftsdienst ihrer Behörde dann empfohlen, wenn ein Tarifindex nicht alle relevanten Unternehmen abdeckt, so dass es zu einer Untererfassung der relevanten Unternehmen kommen würde. Den Erläuterungen des Sachverständigen F. in der Senatssitzung war indes zu entnehmen, dass diese – unverbindliche und unter den Vorbehalt des konkreten Verwendungszwecks gestellte – Empfehlung anders gelagerte Sachverhalte betrifft. Bei den an sie gerichteten Anfragen geht es in der Regel darum, im Rahmen von Vertragsgestaltungen an einen geeigneten Index, etwa zur Wertsicherung anzuknüpfen. Kann der Vertragsinhalt in einem solchen Fall nicht eindeutig einem Wirtschaftszweig, für den ein Index vorliegt, zugeordnet werden, so geht die Empfehlung dahin, den höherrangigen Index zu verwenden. Eine solche Empfehlung kann indessen schon im Grundsatz nicht für den Bereich der Eingriffsverwaltung gelten. Anders als bei einer Vertragsgestaltung stehen sich Behörde und von einer Festlegung Betroffener nicht gleichberechtigt, sondern im Verhältnis der Über-/Unterordnung gegenüber.

Der Rückgriff auf die statistischen Daten des Produzierenden Gewerbes führt auch nicht zu einer repräsentativen Abbildung der Lohnentwicklung. Als hoch aggregierter



Wirtschaftszweig umfasst das Produzierende Gewerbe in der Abgrenzung der amtlichen Statistik die Industrie und das Produzierende Handwerk, dazu gehören die Teilbereiche Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden, Verarbeitendes Gewerbe, Energie- und Wasserversorgung sowie Baugewerbe, wobei das Verarbeitende Gewerbe - mit 80 % (nach der Erhebung im Jahre 2008) bzw. 76 % (im Jahre 1995) - die bedeutendste Rolle spielt. In die Lohnentwicklung dieses Wirtschaftsabschnitts - Verarbeitendes Gewerbe - fließen wiederum das Ernährungsgewerbe und die Tabakverarbeitung, das Textil- und Bekleidungsgewerbe, das Ledergewerbe, das Holzgewerbe, das Papier-, Verlags- und Druckgewerbe, Kokerei, Mineralölverarbeitung, die Herstellung von chemischen Erzeugnissen, von Gummi- und Kunststoffwaren, von Keramik, von Möbeln, Schmuck, Musikinstrumenten, Büromaschinen, DV-Geräten und Einrichtungen, von Geräten der Elektrizitätserzeugung und -verteilung sowie von Metallerzeugnissen, die Metallerzeugung und -bearbeitung, das Glasgewerbe sowie – mit einem ganz erheblichen Anteil - der Maschinen- und Fahrzeugbau ein. Wie in der Senatssitzung anhand der – nachstehend wiedergegebenen - graphischen Darstellungen eines betroffenen Netzbetreibers mit den Beteiligten erörtert, ist damit bei 67 % der Wirtschaftsbereiche, die in den Wirtschaftszweig Produzierendes Gewerbe eingehen, eine Sachnähe zu den Einbindungs- und Montageleistungen nicht ersichtlich, so dass in erheblichem Ausmaß sachfremde Lohnentwicklungen in ihre Abbildung einfließen.

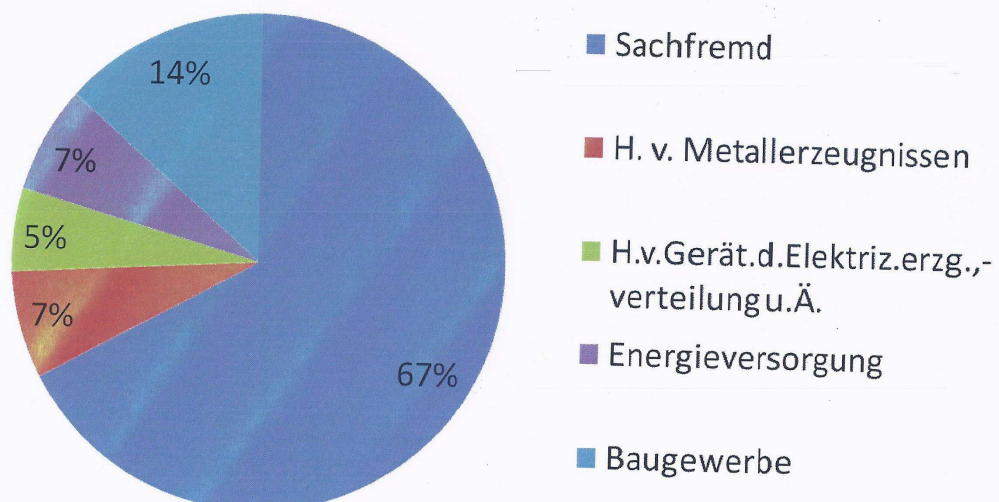
Als sachfremd erachtet auch der Senat die Wirtschaftszweige

### "Sachfremde" Wirtschaftszweige/Branchen Produzierendes Gewerbe

- Bergbau u. Gewinnung von Steinen u. Erden
- Ernährungsgewerbe und Tabakverarbeitung
- Textil- und Bekleidungs-gewerbe
- Ledergewerbe
- Holzgewerbe (ohne H. v. Möbeln)
- Papier-, Verlags- und Druckgewerbe
- Kokerei, Mineralölverarbeitung, H. v. Brutstoffen
- H. v. chemischen Erzeugnissen
- H. v. Gummi- und Kunststoffwaren
- Glasgewerbe, H. v. Keramik, Verarb. v. Steinen u. Erden
- Metallerzeugung und -bearbeitung
- Maschinenbau
- H. v. Büromasch., DV-Gerät. u.-Einrichtungen
- Rundfunk- u. Nachrichtentechnik
- Medizin-, Mess-, Steuertechnik, Optik, H. v. Uhren
- Fahrzeugbau
- H. v. Möbeln, Schmuck, Musikinstr. usw; Recycling
- Wasserversorgung

Sie gehen mit einem Anteil von 67 % in die maßgeblichen Daten der Fachserien für den hoch aggregierten Wirtschaftszweig „Produzierendes Gewerbe“ ein.

### Zusammensetzung des Produzierenden Gewerbes (Bruttowertschöpfung, 2005)



Herstellung von Metallerzeugnissen: 7%

Herstellung von Geräten d. Elektrizitätserzeugung,-verteilung u.ä.: 5%

Energieversorgung: 7%

Baugewerbe: 14%

→ Sachfremd: 67%

2.2.3. Ob das Unterlassen der weiteren Aufklärung in der Sache zu beanstanden ist und daher einen Verfahrensfehler begründet, bedarf keiner Entscheidung.

Eine weitere Aufklärung wäre allerdings – wie die Anhörung der Sachverständigen im Senatstermin ergeben hat – mit einigem personellen und zeitlichen Aufwand verbunden gewesen. In der Vergangenheit sind solche Arbeiten – wie den Stellungnahmen der Netzbetreiber und Verbänden im Verwaltungsverfahren zu entnehmen ist - in nicht unerheblichem Umfang auch von den Netzbetreibern selbst und nicht von Unternehmen des Baugewerbes durchgeführt worden. Der Anteil der Fremdleistungen hat sich indessen im Laufe der Zeit zu Lasten der Eigenleistungen verschoben. Von daher hätten Ermittlungen sich auf einen erheblichen Zeitraum – im Strombereich bis zu 50 Jahren, im Gasbereich sogar bis zu 65 Jahren - und eine repräsentative Auswahl an Netzbetreibern erstrecken müssen, um zu repräsentativen Ergebnissen zu führen. Hinzu kommt der Umstand, dass bei einem solchen Zeitraum fraglich ist, ob dieser bei den einzelnen Unternehmen noch dokumentiert ist. Angesichts dessen mag es vertretbar sein und keinen Verfahrensfehler begründen, dass die Beschlusskammer den Versuch einer weiteren Aufklärung nicht unternommen hat. Für sie hätte allerdings gesprochen, dass der Versuch einer zumindest stichprobenartigen Erhebung der Beschlusskammer eine gesicherte Datengrundlage und damit bessere Erkenntnisse für eine zuverlässige Einschätzung hätte verschaffen können, mit Hilfe welcher Daten die um einen etwaigen Produktivitätsfortschritt bereinigte Lohnentwicklung repräsentativ abgebildet werden kann. Wie auch die Sachverständigen schon in ihrem schriftlichen Gutachten ausgeführt haben, hätten Informationen über die quantitative Bedeutung der in der Vergangenheit am Netzanlagenbau beteiligt gewesenen Unternehmen es der Beschlusskammer ermöglicht, einen Tarifindex aus den relevanten und damit repräsentativen Wirtschaftszweigen zu konstruieren, der die Lohnentwicklung zuverlässig(er) abgebildet hätte. Dafür, dass derartige Ermitt-

lungen nicht von vorneherein aussichtslos gewesen wären, sprechen die Recherchen, welche das Institut für Wirtschaftsstudien Basel GmbH im Rahmen seiner Studie „Preisindizes für das schweizerische Netz“ getätigt hat. Sie haben rund 240 Abrechnungen aus einer Zeitspanne von den 1960er- Jahren bis ins erste Jahrzehnt, die auch verschiedene geographische Gegebenheiten abdeckten, ausgewertet, um u.a. die Wägungsanteile zu ermitteln (Studie, S. 19).

In der Sache hat das Unterlassen einer möglichen Aufklärung zur quantitativen Bedeutung der einzelnen Wirtschaftszweige bei den Einbindungs- und Montageleistungen zur Folge, dass die Bundesnetzagentur auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen hätte abwägen müssen, mit Hilfe welches der in Betracht kommenden Lohnindizes die Lohnentwicklung bestmöglich abgebildet werden kann. Dabei war auch zu berücksichtigen, dass die unterbliebene Aufklärung nicht ohne weiteres zu Lasten der Netzbetreiber gehen darf, da die Regulierungsbehörde im Bereich der Eingriffsverwaltung die materielle Beweislast und damit das Risiko der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts trägt (Hanebeck., a.a.O., Rdnr. 6 f. zu § 68; BerlKommEnR/Paul, 2. A., 2010, Rdnr. 5 ff. zu § 68; Zeidler in Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2011, Kapitel 47, Rdnr. 10 ff.; ebenso: Schneider in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. A., 2011, Rdnr. 19 f. zu § 57 GWB; Kallerhoff, a.a.O., Rdnr. 55 zu § 24). Bei der Unsicherheit der Datengrundlage hätte es nahegelegen, den Lohnindex zugrunde zu legen, der nach heutigem Stand die Lohnentwicklung am repräsentativsten abbildet und damit sachgerecht ist, zumal der Index für die Zukunft fortgeschrieben wird. Das dürfte der Index der Löhne und Gehälter des Baugewerbes sein. Für ihn spricht nicht nur, dass diese Installations- und Montagearbeiten typischerweise dem Baugewerbe zuzuordnen sind, sondern sie – nach dem Vorbringen der Netzbetreiber - jedenfalls heute tatsächlich auch überwiegend von Bauunternehmen durchgeführt werden. Auch hat die Bundesnetzagentur im Übrigen – soweit nämlich vorhanden - auf Indizes für Bauleistungen abgestellt, also auf die Indizes für Bauleistungspreise, die „die Entwicklung der Preise für den konventionell gefertigten Neubau ausgewählter Bauwerksarten des Hoch- und Tiefbaus sowie für Instandhaltungsmaßnahmen an Wohngebäuden darstellen“. Dort werden u.a. die Preisentwicklungen im „Straßenbau“, bei „Brücken im Straßenbau“ und bei „Ortskanälen“ aufgeführt, für entsprechende Tiefbauarbeiten hat die Beschlusskammer daher die Bauleistungsindizes verwandt. Bewertungskonsistent wäre

es aus der Sicht des Senats daher gewesen, auch bei den übrigen Einbindungs- und Montageleistungen auf das Baugewerbe abzustellen. Entsprechend wurde auch in der Studie „Preisindizes für das schweizerische elektrische Netz“ (April 2010) verfahren, die das Institut für Wirtschaftsstudien Basel GmbH im Auftrag der Eidgenössischen Elektrizitätskommission durchgeführt hat. Die Studie hatte zum Ziel, für die Rückindexierung von Elementen des schweizerischen Elektrizitätsnetzes repräsentative Indexreihen zu entwickeln. Ausgangslage ist dort, dass die Anschaffungswerte aufgrund unvollständiger historischer Investitionskosten durch Rückindizierung der aktuellen Wiederbeschaffungspreise berechnet werden. Das Institut hat es als sachgerecht angesehen, für den Arbeitsanteil der „Erschließung der Baustelle, des Transports, der Montage und der Projektierung“ etwa bei Freileitungen, Kabelleitungen, Unterwerken und Transformatoren den schweizerischen Lohnindex Baugewerbe anzusetzen. Schließlich spricht für seine Verwendung auch, dass – wie noch ausgeführt werden wird - Produktivitätsfortschritte der maßgeblichen Leistungen sachgerecht nur durch statistische Daten des für sie spezifischen Wirtschaftszweigs abgebildet werden können.

2.3. Mit Erfolg wendet sich die Betroffene auch dagegen, dass die Beschlusskammer einen Produktivitätsfortschritt bei den Einbindungs- und Montagearbeiten berücksichtigt hat, indem sie die Lohnkosten um die Arbeitsproduktivität des Produzierenden Gewerbes bereinigt hat. Auch für Produktivitätsveränderungen bei den Einbindungs- und Montageleistungen des Netzanlagenbaus sind die in der Fachserie 18 enthaltenen statistischen Daten des Produzierenden Gewerbes nicht repräsentativ; sie werden nicht sachgerecht abgebildet.

2.3.1. Fehl geht allerdings die Rüge, die Beschlusskammer sei nach § 6 Abs. 3 Satz 2 StromNEV schon im Grundsatz nicht befugt gewesen, auf die Fachserie 18 des Statistischen Bundesamts zurückzugreifen, um einen Produktivitätsfortschritt im Herstellungsprozess zu berücksichtigen.

Grundsätzlich ist es sachgerecht, gestiegene Lohnkosten und Produktivitätsfortschritte in ihren saldierten Auswirkungen zu betrachten. Bei der Verkettung von Mischindizes ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Kosten der Montage durch eine verbesserte Technologie im Vergleich zu den Materialkosten an Gewicht verlieren.

Derartige Produktivitätsfortschritte, die bei der Erstellung von Netzanlagen erzielt worden sind, können durch eine kontinuierliche Anpassung der Wägungsanteile berücksichtigt werden. Eine andere Möglichkeit ist es, die Produktivitätsentwicklung durch einen offiziell ausgewiesenen Index abzubilden und mit seiner Hilfe den Lohnindex zu korrigieren. Wie die Beschlusskammer in der angegriffenen Festlegung ausgeführt hat, hatte sie im Rahmen der Konsultation keine Daten zur Veränderung der Mengengerüste im Zeitverlauf erhalten und daher auf statistische Daten der Fachserie 18 des Statistischen Bundesamts zurückgegriffen, um auf diese Weise die Veränderung der Wägungsanteile durch Produktivitätsfortschritte abzubilden.

Der Rückgriff auf statistische Daten der Fachserie 18 ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Die Fachserie 16 gibt allein die Steigerung der Lohnkosten wieder und trifft daher naturgemäß keine Aussage darüber, inwieweit der Produktionsfortschritt und damit die technische Entwicklung dazu geführt hat, dass sich die zur Herstellung einer Produkteinheit benötigte Arbeitszeit verringert hat. Da § 6 Abs. 3 StromNEV aber die Berücksichtigung der technischen Entwicklung fordert, musste die Regulierungsbehörde auf andere Informationsquellen zurückgreifen oder sich diese Informationen mit Hilfe der ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten beschaffen. Von daher begegnet der Rückgriff auf die Fachserie 18 keinen grundsätzlichen Bedenken. Er ändert nichts daran, dass die von der Bundesnetzagentur entwickelten Indexreihen auf den Fachserien 16 und 17 beruhen, denn durch ihn sind die Lohnkosten der Fachserie 16 lediglich modifiziert worden.

2.3.2. Indessen ist der Rückgriff auf die Daten zur Arbeitsproduktivität des Produzierenden Gewerbes nicht sachgerecht, weil diese für einen Produktivitätsfortschritt bei der Herstellung von Netzanlagen nicht repräsentativ sind. Die Beschlusskammer hat pauschal den von ihr ermittelten durchschnittlichen Produktivitätsfortschritt aller Branchen des Produzierenden Gewerbes von 2,2 % p.a. auf die beim Leitungsbau anfallenden Arbeiten, die Einbindungs- und Montageleistungen vor Ort, übertragen. In der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung und damit der Fachserie 18 werden – wie der Sachverständige G. in der Senatssitzung näher erläutert hat - nur das Verarbeitende Gewerbe, die Energie- und Wasserversorgung und das Baugewerbe mit Einzelwerten ausgewiesen. Dabei liegt die Arbeitsproduktivität im Baugewerbe mit 0,1 % p.a. deutlich unter den Werten der übrigen Wirtschaftszweige, die des Verar-

beitenden Gewerbes liegt bei 2,5 %, die der Energie- und Wasserversorgung bei 3,1 % p.a.. Von dem Verarbeitenden Gewerbe wird – wie schon ausgeführt - auch der Maschinen- und Fahrzeugbau und die Computerindustrie erfasst, die durch technologischen Fortschritt und die Substitution menschlicher Arbeitskraft in den vergangenen Jahrzehnten erhebliche Produktivitätsfortschritte aufweisen konnten.

Durch den Rückgriff auf solche allgemeinen Daten zur Arbeitsproduktivität des Produzierenden Gewerbes werden sektorspezifische Eigenheiten nicht berücksichtigt. Sie können daher einen etwaigen Produktivitätsfortschritt bei der Erstellung von Netzanlagen nicht repräsentativ abbilden. Auch die Gutachter des Instituts für Wirtschaftsstudien Basel GmbH haben einen solchen daher im Rahmen der Studie „Preisindizes für das schweizerische elektrische Netz“ (April 2010) zur Bemessung der Produktivitätsentwicklung abgelehnt (Studie, S. 5, 18, 40).

Mit der höheren Produktivitätssteigerung von 3,1 % p.a. in der Branche der Energie- und Wasserversorgung lässt sich der angenommene Produktivitätsfortschritt nicht stützen. Dieser Wachstumssatz betrifft die leitungsgebundene Energiewirtschaft in toto, d.h. ihre gesamten Versorgungsleistungen von der Energiegewinnung über die Verteilung bis zum Vertrieb. Produktivitätsfortschritte in dem gesamten Bereich aber lassen einen Rückschluss weder auf solche im Bereich des Netzanlagenbaus noch auf solche im Bereich der fraglichen Einbindungs- und Montageleistungen zu.

Nichts anderes gilt für die ebenfalls höhere Produktivitätssteigerung in der Elektrobranche, die mit der Herstellung von elektrotechnischen Anlagen befasst ist (3,3 %). Dass ein „bedeutender Systemlieferant für die schlüsselfertige Installation von Strom- und Rohrleitungsnetzen“ dieser Branche zuzuordnen ist, lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass bei der Montage und dem Aufstellen der Netze entsprechende Produktivitätsfortschritte zu verzeichnen sind.

Ohne Erfolg verweist die Bundesnetzagentur schließlich auf einzelne technologische Neuerungen im Bereich des Netzanlagenbaus. Insbesondere mit neuen Verfahren der Rohrverlegung, etwa mittels Einpflugtechnik lässt sich die Annahme einer Produktivitätssteigerung von 2,2 % p.a. nicht stützen. Unabhängig davon, dass es diese nach Angaben der Netzbetreiber schon seit den 1960er Jahren gibt und diese Tech-

nik auch nur in ländlichen Gegenden zum Einsatz kommen kann, sind die dabei anfallenden Arbeiten auch nicht einschlägig. Letztere hat die Beschlusskammern vornehmlich mit den spezifischen Bauleistungsindizes erfasst („Leitungsgraben ausheben“), sie unterfallen daher nicht den „Einbindungs- und Montageleistungen vor Ort“. Auch das weiter angeführte „Zählersetzen in Neuanlagen“ betrifft nur eine technische Neuerung – den Sicherheitskontaktuniversalstecker -, die nicht repräsentativ für die zu erbringenden Arbeitsleistungen ist. Die angeführten Beispiele sprechen daher dafür, dass der Produktivitätsfaktor – wie auch von den Gutachtern der Studie „Preisindizes für das schweizerische elektrische Netz“ (April 2010) für die Erstellung von Kabel- und Freileitungen angenommen – als gering einzustufen ist (Studie, S. 4, 17).

2.3.3. Bei dieser Sachlage führt die gebotene Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände dazu, dass der Produktivitätsfortschritt der Einbindungs- und Montagearbeiten vor Ort hier allenfalls durch einen Rückgriff auf die statistischen Daten zur Arbeitsproduktivität des Baugewerbes hätte repräsentativ und damit sachgerecht abgebildet werden können. Der Umstand, dass es sich um Arbeiten handelt, die vornehmlich von Unternehmen des Baugewerbes durchgeführt werden, spricht aus Sicht des Senats für eine tätigkeitsbezogene Betrachtung und damit dafür, sich dem Produktivitätsfortschritt durch die Verwendung der Arbeitsproduktivität dieses Wirtschaftszweigs – mit 0,1 % p.a. - plausibel anzunähern. Die Verwendung des Lohnindex des Baugewerbes und seine Bereinigung um den entsprechenden Produktivitätsfortschritt hätte die Lohnentwicklung der Einbindungs- und Montagearbeiten nicht nur repräsentativer, sondern auch den Netzbetreibern günstiger abgebildet. Wie in der Senatssitzung mit den Beteiligten erörtert, stellt sich die Lohnentwicklung im Produzierenden Gewerbe zwar im Zeitverlauf etwas günstiger dar als im Baugewerbe, denn letztere liegt leicht unter der des Produzierenden Gewerbes. Indessen dreht sich dieses Verhältnis bei einer Bereinigung um den Produktivitätsfortschritt um. Die deutlich höhere Produktivitätsentwicklung im Produzierenden Gewerbe führt dazu, dass – wie der Sachverständige G. im Senatstermin bestätigt hat - die um sie bereinigte Lohnentwicklung deutlich unter der entsprechenden des Baugewerbes liegt. Diese Einschätzung, die der Sachverständige im Senatstermin auf der Grundlage einer überschlägigen Rechnung vorgenommen hat, ist durch die nachträglich vorgenommene und zu den Akten gereichte Berechnung der Sachverständigen bestätigt worden; die durchschnittliche jährliche Wachstumsrate der bereinigten Tariflöhne im



Baugewerbe liegt um etwa 2 Prozentpunkte über den vergleichbaren Werten des Produzierenden Gewerbes.

Alternativ dazu hätte die Bundesnetzagentur – wie die schweizerischen Gutachter – aber auch historische Abrechnungen auswerten können, um einen Produktivitätsfortschritt unmittelbar mit Hilfe der so ermittelten Veränderung der Wägungsanteile abzubilden (Studie, S. 19).

2.4. Zu Recht beanstandet die Betroffene schließlich auch, dass die Beschlusskammer die von ihr gebildeten Mischindizes nicht verprobt, also einer Plausibilitätskontrolle unterzogen hat. Entgegen der Auffassung der Beschlusskammer schied eine Plausibilisierung nicht schon deshalb aus, weil etwa der von den Netzbetreibern geforderte Abgleich mit aktuellen Beschaffungsvorgängen angesichts des technischen Fortschritts, der sich in einer neu errichteten Anlage widerspiegelt, nur eingeschränkt aussagekräftig wäre.

Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme ist es bei einer Verkettung von Indizes vielmehr unerlässlich, die gefundenen Indizes bzw. die sich aus ihnen ergebende durchschnittliche jährliche Teuerung überschlägig daraufhin zu überprüfen, ob sie überhaupt plausibel, also annehmbar, einleuchtend und nachvollziehbar sind oder völlig außerhalb eines solchen Rahmens liegen. Ziel einer Plausibilitätskontrolle ist es, eine ggfs. vorhandene offensichtliche Unrichtigkeit zu erkennen, die Richtigkeit eines Werts oder Ergebnisses kann und soll nicht verifiziert werden. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei den mit Hilfe der Indizes zu ermittelnden Tagesneuwerten um synthetische Tagesneuwerte handelt, insbesondere aber auch mit Blick auf das fehlende Datenmaterial war sie vorliegend zwingend geboten. Gerade weil die Beschlusskammer im Zuge der Zuordnung der Einbindungs- und Montagearbeiten zu einem Lohnindex und der Abbildung des Produktivitätsfortschritts bei dem Bau von Netzanlagen von Ermittlungen abgesehen und mangels sektorspezifischer Daten auf hochaggregierte statistische Daten zurückgegriffen hat, hätte es einer Plausibilisierung bedurft. Sie ist unabhängig davon immer dann schon notwendig, wenn Preisentwicklungen von Gütern mangels spezifischer Indexreihen durch die Verkettung von (Material- und Lohn-)Indizes abgebildet werden, da die Datengrundlage in solchen Fällen unsicher ist. Je höher der Aggregations- und damit

der Abstraktionsgrad der herangezogenen statistischen Daten ist, desto strenger müssen die Anforderungen an eine Plausibilitätskontrolle sein.

Die Sachverständigen G. und H. haben im Rahmen ihrer Anhörung bestätigt, dass aus statistischer Sicht eine Plausibilisierung der Ergebnisse gerade bei Entscheidungen unter Unsicherheit über die tatsächlich gegebenen Verhältnisse unentbehrlich ist. Wie der Sachverständige G. erläutert hat, gibt es vielfältige Methoden der Plausibilisierung. Eine solche kann entweder „endogen“ durchgeführt werden, etwa durch Sensitivitätsanalysen oder „exogen“, durch Vergleiche mit anderen Indikatoren, so etwa mit Baupreisindizes oder den Erzeugerpreisindizes gewerblicher Produkte in geeigneter Abgrenzung. Auch internationale Vergleiche ähnlicher Sachverhalte sind für eine Plausibilisierung geeignet. Dass Möglichkeiten der Plausibilisierung für vergleichbare Sachverhalte zur Verfügung stehen und angewandt werden, ist auch der Studie „Preisindizes für das schweizerische elektrische Netz“ (April 2010) zu entnehmen, die das Institut für Wirtschaftsstudien Basel GmbH im Auftrag der Eidgenössischen Elektrizitätskommission durchgeführt hat. Die Robustheit der von ihm entwickelten Indexreihen hat es u.a. mit Hilfe einer Sensitivitätsanalyse getestet, bei der die Zusammensetzung der verwandten Warenkörbe bzw. die zugrunde liegenden Indizes verändert und diese Auswirkungen analysiert worden sind. Eine solche Analyse zeigt - wie der Sachverständige H. näher ausgeführt hat - bei verketteten Indizes das Spektrum möglicher Ergebnisse auf und kann damit wertvolle Hinweise darauf geben, an welchen Stellen es „sich lohnt“, mehr Aufmerksamkeit und Aufwand zu verwenden, etwa um die Ergebnisse zu verfeinern bzw. besser abzusichern. Eine weitere sinnvolle Überprüfung des methodischen Vorgehens kann erfolgen – so der Sachverständige H. weiter -, indem man eine entwickelte Methodik auf solche Teilkomponenten anwendet, für die Baupreisindizes vorliegen, so etwa für die Gewerke „Graben ausheben“ oder „Beton der Fundamente“. Für diese Teilkomponenten können die betrachteten Einflussgrößen, Material, Lohn und Produktivitätsindikatoren identifiziert, durch geeignete Indizes hinterlegt, Gewichte ermittelt und die erzielten Ergebnisse den Baupreisindizes gegenüber gestellt werden. Schließlich hat er als weitere Plausibilisierungsmöglichkeit den auch in der Studie des schweizerischen Instituts für Wirtschaftsstudien angeführten Abgleich der konstruierten Preisentwicklung mit der „Realität“ angeführt, bei dem im Rahmen von Fallstudien z.B. aus historischen Unterlagen die tatsächlichen Anschaffungskosten ermittelt und nach einer

Qualitätsanpassung den konstruierten Preisentwicklungen gegenüber gestellt werden.

3. Ohne Erfolg wendet die Betroffene sich indessen im Übrigen dagegen, dass die Beschlusskammer für manche Anlagengruppen nur eine Indexreihe verwandt hat. Gestützt auf das Gutachten der KPMG aus Februar 2008 rügt sie, dass die alleinige Anwendung der Fachserie 17 für viele Anlagengruppen nicht sachgerecht sei, wie etwa das Beispiel der Anlagengruppe III.2.5 „Ortsnetz-Transformatoren, Kabelverteilerschränke“ zeige. Auch der Einbau solcher Anlagen erfordere Arbeiten, wie z.B. die Errichtung eines Fundaments, das Aufstellen und Vermessen, die Einbindungs- und Anschlussarbeiten an das Netz etc., die ihrerseits zu Lohnkosten führten.

Grundsätzlich ist es nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur bei der Aufstellung von Indizes, die eine gewisse Pauschalierung und Vereinheitlichung naturgemäß mit sich bringen, Lohnkosten vernachlässigt, wenn diese einen maßgeblichen Kostentreiber nicht darstellen und ihre Berücksichtigung daher nicht sachgerecht ist. Dass insbesondere bei der o.g. Anlagengruppe eine repräsentative Abbildung der Preisentwicklung die Berücksichtigung von Lohnkosten erfordert und diese zu einer den Netzbetreibern günstigeren Indexierung geführt hätte, zeigt die Betroffene indes nicht auf.

### **C.**

**1.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG. Da die Beschwerde ganz überwiegend Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, dass die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Betroffenen die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten hat.

**2.** Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der betroffenen Netzbetreiber an einer Aufhebung der Festlegung bemisst der Senat – wie mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörtert – jeweils pauschal auf 50.000 €. Soweit die Festlegung sich wirtschaftlich auf die Höhe der gemäß § 23a EnWG genehmigten Entgelte und die nach der ARegV festgelegten Erlösbergrenzen aus-

wirkt, ist dies erst im Rahmen der Beschwerden gegen diese individuellen Entscheidungen zu berücksichtigen.

#### **D.**

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

#### Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

**L.**

**vR.**

**A.**