

**VI-5 Kart 3/14 (V)**



Verkündet laut Protokoll am 18. Mai 2015  
Schröter, Justizsekretärin (b)  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

# OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

## BESCHLUSS

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

**J. GmbH,**

Betroffene und **Beschwerdeführerin,**

g e g e n

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen – als **Landesregulierungsbehörde** -, vertreten durch seinen Minister Garrelt Duin, Berger Allee 25, 40213 Düsseldorf,

**Beschwerdegegnerin,**

weiter beteiligt:

**Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen**, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Jochen Homann, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

hat der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht van Rossum, den Richter am Oberlandesgericht Tischner und die Richterin am Oberlandesgericht Kampshoff

auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 2015

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde der Betroffenen vom 23. April 2014 gegen den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 21. März 2014 – VB 4-38-20/1.1 – wird zurückgewiesen.

Die Betroffene hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Landesregulierungsbehörde sowie der beteiligten Bundesnetzagentur zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf x € festgesetzt.

### **Gründe:**

I.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode (Jahre 2013 bis 2017) durch die Landesregulierungsbehörde. Die Verfahrensbeteiligten streiten darüber, ob bei der Festlegung auch Personalzusatzkosten für solche Mitarbeiter gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile des Netzbetreibers anzuerkennen sind, die bei konzernverbundenen Dienstleistern beschäftigt sind.

Die Betroffene (vormals T. GmbH) betreibt seit 2005 als 100%-ige Tochtergesellschaft der Stadtwerke B. Aktiengesellschaft (T.) Gasverteilernetze in B., N. und T.. Die T. ist in die Energieversorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH B. (E.V.A.), einer 100%-igen Tochter der Stadt B., eingegliedert und beschäftigte im Geschäftsjahr 2013 im Bereich Energieversorgung 655 Mitarbeiter. Zu der Konzernstruktur gehören weitere Beteiligungsgesellschaften der E.V.A. und Tochtergesellschaften der T. selbst.

Die Betroffene wurde 2004 im Rahmen des Unbundling gegründet und ist als schlanke Netzgesellschaft konzipiert, die sich im sog. Pacht- und Dienstleistungsmodell konzernverbundener Dienstleister bedient. Zu diesem Zweck bestehen Dienstleistungsverträge mit der T. und deren Tochtergesellschaft F. GmbH (Anlagenkonvolut BF 6). Die Betroffene selbst beschäftigt aktuell lediglich 31 Mitarbeiter.

Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens übermittelte die Betroffene erforderliche Daten und Informationen; dabei füllte sie auch einen von der Landesregulierungsbehörde elektronisch bereitgestellten „Erhebungsbogen zur Überleitung der Gesamtkosten zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen nach § 11 Abs. 2 ARegV“ aus. Dieser wies - entsprechend der von der Landesregulierungsbehörde vertretenen und mit der Beschwerde infrage gestellten Rechtsauffassung – lediglich eine Spalte für die durch eigene Mitarbeiter resultierenden Personalzusatzkosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen auf. Diese gab die Betroffene mit x € an (Anlage BF 3, Erhebungsbogen Spalte 27).

Die Betroffene erhielt Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Festlegung zu äußern. In ihren Stellungnahmen rügte sie u. a., dass die Landesregulierungsbehörde zu Unrecht die Anerkennung von Personalzusatzkosten für die Mitarbeiter konzernverbundener Unternehmen als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile verweigere, die dienstleistend für sie tätig seien.

Mit dem angegriffenen Bescheid vom 21. März 2014 (Anlage BF 2) hat die Landesregulierungsbehörde die Erlösobergrenzen der Betroffenen festgelegt, wobei sie einen Effizienzwert von x % zugrunde legte. Personalzusatzkosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen erkannte sie – nur für die unmittelbar bei der Betroffenen beschäftigten Mitarbeiter - in Höhe von x € als dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteil im Sinne von § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV an. Zur Erläuterung wird in dem Bescheid auf Seite 14 f. ausgeführt:

„Diesbezüglich geht die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen davon aus, dass von dieser Regelung nur jene Mitarbeiter erfasst werden, die auf Grundlage eines Arbeitsvertrages direkt bei dem Netzbetreiber tätig sind.

Da die Überleitung von Arbeitnehmern auf den rechtlich selbstständigen Netzbetreiber zum 31.12.2008 aus den verschiedensten Gründen noch nicht vollständig abgeschlossen war, wurde für die erste Regulierungsperiode eine Übergangsregelung akzeptiert. Es war danach zulässig, die Kosten für betrieblich und tarifvertraglich geregelte Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen von Mitarbeitern als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile auszuweisen, die noch nicht unmittelbar beim Netzbetreiber beschäftigt waren, deren Tätigkeit aber ausschließlich für den jeweiligen Netzbetreiber erfolgte und deren endgültige Überleitung in ein arbeitsvertragliches Beschäftigungsverhältnis beim Netzbetreiber angestrebt war. Wollte der Netzbetreiber von dieser Übergangsregelung Gebrauch machen, so hatte er nachvollziehbar darzulegen und zu quantifizieren, welche Mitarbeiter ausschließlich für das Netz tätig waren und bis zum Abschluss der ersten Regulierungsperiode auf den Netzbetreiber im oben genannten Sinne übergeleitet werden sollten.

Mit Beginn der zweiten Regulierungsperiode werden daher nur noch die Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen derjenigen Mitarbeiter als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9-11 ARegV berücksichtigt, die unmittelbar beim Netzbetreiber tätig sind...“

Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer fristgerecht eingelegten und begründeten (Bl. 46 ff. GA) Beschwerde.

Sie macht geltend, der Bescheid sei rechtswidrig, soweit die Landesregulierungsbehörde lediglich Personalzusatzkosten für direkt bei ihr beschäftigte Mitarbeiter als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile anerkenne. Darin liege eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung des nach dem EnWG zulässigen Pacht- und Dienstleistungsmodells, die zu dessen wirtschaftlicher Entwertung führe. Tatsächlich seien insgesamt x € für „direkt dem Netzbetrieb zurechenbare“ Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile anzuerkennen, nämlich x € für Mitarbeiter der F. GmbH sowie weitere x € für Mitarbeiter der T., die ihre Dienstleistungen ausschließlich für den Netzbetrieb erbrachten. Maßgeblich müsse nach Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck der Vorschrift sein, dass „die Personalzusatzkosten“ durch „für das Netz“ tätige Mitarbeiter entstünden, die zudem im Konzern einheitlichen betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen unterfielen. Dass der sachliche Anwendungsbereich „zumindest offen formuliert“ sei, zeige sich darin, dass die Landesregulierungsbehörde selbst in der ersten Regulierungsperiode Personalzusatzkosten auch für solche Mitarbeiter als dauerhaft nicht beeinflussbar anerkannt habe, die bei verbundenen Dienstleistern beschäftigt gewesen seien. Nach ihrer sonstigen Regulierungspraxis fordere die Landesregulierungsbehörde für die

Anerkennungsfähigkeit von Kostenanteilen als dauerhaft nicht beeinflussbar nicht die „rein buchhalterische“ Zuordnung zur Gewinn- und Verlustrechnung des Netzbetreibers, sondern erachte den Netzbezug als ausreichend, wie die Behandlung von Erlösen aus Baukostenzuschüssen und Kosten im Zusammenhang mit Investitionsmaßnahmen zeige. Der mit § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV vom Verordnungsgeber bezweckte Bestandsschutz für das zum Stichtag bestehende soziale Niveau müsse auch für die im Konzern mit der Betroffenen verbundenen Unternehmen gelten, deren Mitarbeiter Dienstleistungen für den Netzbetrieb erbringen. Diese seien wie die Betroffene an die vor dem 31. Dezember 2008 - konzernweit - geschlossenen tarifvertraglichen und betrieblichen Vereinbarungen gebunden. Die Rechtsauffassung der Landesregulierungsbehörde führe zu einer systemwidrigen Verzerrung des Effizienzwertes und verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil sie eine sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der schlanken Netzgesellschaft darstelle.

Die Betroffene beantragt,

den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 21. März 2014 - VB4-38-20/1.1 - aufzuheben und die Landesregulierungsbehörde zu verpflichten, die Erlösobergrenzen der zweiten Regulierungsperiode (Jahre 2013 bis 2017) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bestimmen.

Die Landesregulierungsbehörde beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angefochtenen Bescheid unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe.

Die beteiligte Bundesnetzagentur schließt sich den Ausführungen der Landesregulierungsbehörde an.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den in der Senatssitzung mit den Beteiligten erörterten Gründen in der Sache keinen Erfolg. Die Landesregulierungsbehörde hat die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode im Einklang mit den Vorgaben der ARegV festgelegt.

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde zulässig (§§ 75 Abs. 1, 78, 83 Abs. 4 EnWG). Die Betroffene ist auch beschwerdebefugt, da sie geltend macht, durch die Festsetzung der Erlösobergrenzen in ihren wirtschaftlichen Interessen beschwert zu sein.

In der Sache hat die Beschwerde indessen keinen Erfolg.

Ohne Erfolg wendet sich die Betroffene dagegen, dass die Landesregulierungsbehörde bei der Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode lediglich solche Personalzusatzkosten aus vor dem 31. Dezember 2008 abgeschlossenen betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen als dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteil anerkannt hat, die für Mitarbeiter anfallen, die in einem unmittelbaren Beschäftigungsverhältnis zu der Betroffenen stehen.

Der Einwand, darüber hinaus seien auch Personalzusatzkosten für Mitarbeiter der T. und der F. GmbH „direkt dem Netzbetrieb zurechenbar“ und demzufolge gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile der Betroffenen zu fingieren, geht fehl.

Bedient sich ein Netzbetreiber – wie vorliegend die Betroffene - im sog. Pacht- und Dienstleistungsmodell konzernverbundener Dienstleister, hat dies zur Folge, dass die in Streit stehenden Personalaufwendungen für dienstleistend tätige Mitarbeiter nicht ihm entstehen; sie können daher im Rahmen der Anreizregulierung als solche keine Anerkennung finden. Die bei der Betroffenen anfallenden Dienstleistungskosten stellen gegenüber den von § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV vorausgesetzten Kosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen ein aliud dar. Insbesondere ist es nach den verfassungsrechtlichen

Vorgaben nicht geboten, § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV erweiternd auszulegen und auf die bei der Betroffenen anfallenden Dienstleistungskosten anzuwenden.

1.

Rechtsgrundlage für die angegriffene Festlegung ist § 21a Abs. 2 S. 1 EnWG. Danach erfolgt die Anreizregulierung durch Vorgabe von Obergrenzen für die Höhe der Netzzugangsentgelte oder für die Gesamterlöse aus Netzzugangsentgelten, die innerhalb einer Regulierungsperiode erzielt werden dürfen. Hierbei sind Effizienzvorgaben zu berücksichtigen. Diese dürfen sich nach § 21a Abs. 4 S. 6 EnWG nur auf beeinflussbare Kostenanteile beziehen (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378, 379 Rn. 11 – „Stadtwerke Konstanz GmbH“). Der Netzbetreiber soll nur für die Kostenanteile verantwortlich sein, auf die er zu irgendeinem Zeitpunkt maßgeblich Einfluss nehmen konnte (vgl. Meyer/Paulus in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 11 Rn. 47). § 11 Abs. 2 ARegV beinhaltet eine abschließende Aufzählung der Kosten, die als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten sollen mit der Folge, dass sie dem Effizienzvergleich entzogen sind und der Netzbetreiber die von der Regulierungsbehörde bestimmte Erlösobergrenze - und auch seine Entgelte - autonom bei einer Kostenänderung innerhalb der Regulierungsperiode entsprechend § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 3, S. 4 ARegV anpassen kann (vgl. OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschlüsse vom 21.07.2010, VI-3 Kart 184/09 (V) Rn. 93 und vom 12.01.2011, VI-3 Kart 185/09 (V) Rn. 57, jeweils zitiert aus juris = RdE 2011, 100 ff.). Bei der Unterscheidung zwischen beeinflussbaren und nicht beeinflussbaren Kostenanteilen handelt es sich – wie der Wortlaut der Norm zeigt - um eine gesetzliche Fiktion, die auf § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 7 EnWG beruht. Danach ist der Verordnungsgeber ermächtigt, Regelungen dazu zu treffen, „welche Kostenanteile dauerhaft oder vorübergehend als nicht beeinflussbar gelten“. Die von ihm im Katalog des Abs. 2 definierten Kostenanteile *gelten* als weder der Art noch der Höhe nach beeinflussbar; es handelt sich dabei um eine abschließende Aufzählung und nicht um bloße Regelbeispiele, denn eine entsprechende Öffnungsklausel fehlt (Meyer/Paulus, a.a.O., § 11 Rn. 53 ff. m.w.N.).

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Kostenanteil nicht beeinflussbarer Kosten an dem Gesamtentgelt auf Grundlage der tatsächlichen Kosten nach § 21 Abs. 2 EnWG zu ermitteln (BGH, Beschluss vom 09.07.2013, EnVR 37/11 Rn. 9, NVwZ-RR

2014, 71 f. – „KNS“ mit Hinweis auf BT-Drucks. 15/5268, S. 120). Danach ist der Problematik, ob Personalaufwendungen seitens konzernverbundener Unternehmen wie solche des Netzbetreibers angesehen werden können, zunächst die Frage der Zuordnung dieser Kosten zum Netzbetreiber überhaupt logisch vorgelagert; die Vorschrift setzt entsprechende eigene Kosten des Netzbetreibers voraus (so auch Meyer/Paulus in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 11 Rn. 88; Büdenbender, Rechtsfragen des § 11 Abs. 2 Nr. 9 ARegV für die Netzentgeltregulierung, 2014, S. 45, 66). Ausgangspunkt der Kostenbetrachtung gemäß § 6 Abs. 1 ARegV sind die nach den Vorgaben der StromNEV bzw. GasNEV ermittelten Gesamtkosten des betroffenen Unternehmens (vgl. Meyer/Paulus in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 11 Rn. 52; Ruge in: Schneider/ Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 18 Rn. 18). Diese ergeben sich aus dessen bilanzieller sowie der kalkulatorischen Rechnung (vgl. Schütz/Schütte in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 4 StromNEV/GasNEV Rn. 24). Die bei einem Unternehmen anfallenden Personalzusatzkosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen stellen insoweit bilanzielle Kosten dar, denn sie ergeben sich als Teil des Personalaufwands gemäß § 275 Abs. 2 Nr. 6 HGB unmittelbar aus der Gewinn- und Verlustrechnung, in der die Gesellschaft ihre Kosten für Löhne und Gehälter sowie soziale Abgaben und Versorgungsleistungen in der Gewinn- und Verlustrechnung, nach Kostenblöcken gesondert, auszuweisen hat.

2.

In Bezug auf solche Mitarbeiter, die lediglich dienstleistend für den Netzbetreiber tätig sind, scheidet danach eine Anerkennung der in Streit stehenden Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV schon deshalb aus, weil der Betroffenen die Kosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen für diese tatsächlich nicht zugeordnet werden können.

Die Ansicht der Betroffenen, maßgeblich für die Anerkennungsfähigkeit der in Streit stehenden Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile sei ihr „Netzbezug“, vermag nicht zu überzeugen; auf ihre Ausführungen zur Regulierungspraxis bei der kalkulatorischen Auflösung von Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 13 ARegV) sowie Kosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV) kommt es daher nicht an. Perso-



nalaufwand entsteht bei der Betroffenen ausschließlich für die originär bei ihr beschäftigten Mitarbeiter. Gegenüber den dienstleistend für sie tätigen Mitarbeitern erbringt sie weder Lohnleistungen im Sinne der Gegenleistung für die von den Arbeitnehmern erbrachte Arbeitsleistung (§§ 611 Abs. 1, 320 ff. BGB), noch unterliegt sie im Verhältnis zu diesen Mitarbeitern betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarungen, infolge derer sie (jenseits der Lohnzahlung) sonstige Leistungen an diese Mitarbeiter zu erbringen hätte. Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen für diese Mitarbeiter erbringt der jeweilige Arbeitgeber, d. h. vorliegend die T. sowie die - nur mittelbar konzernrechtlich mit der Betroffenen verbundene - F. GmbH. Infolgedessen sind die entsprechenden arbeitgeberseitigen Kosten - wie in der Beschwerdebegründung bestätigt wird - auch nicht als Personalaufwand in der Bilanz der Betroffenen ausgewiesen, sondern in der der jeweils dienstleistenden und als tatsächlicher Arbeitgeber fungierenden Konzerngesellschaft. Erlöse aus der kalkulatorischen Auflösung von Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 13 ARegV) sowie Kosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV) unterscheiden sich im übrigen - über den unmittelbaren Netzbezug hinaus - dadurch von den hier in Rede stehenden Personalzusatzkosten, dass sie faktisch unbeeinflussbar bzw. betriebsnotwendig sind, während der Personalaufwand eines Unternehmens einschließlich der Zusatzleistungen vielfältig gestaltbar und veränderlich ist.

Entscheidet sich ein Netzbetreiber bewusst gegen das Modell der großen Netzgesellschaft und dafür, im Dienstleistungsmodell im Einklang mit § 7a Abs. 2 Nr. 1 EnWG nur eine vergleichsweise kleine Zahl von Mitarbeitern selbst zu beschäftigen, kann er daher bei der Ermittlung der unternehmensindividuellen Kosten nicht für sich einfordern, beim Ansatz der Personalzusatzkosten fiktiv so behandelt zu werden, als betriebe er eine „große Netzgesellschaft“, um in entsprechendem Umfang in den Genuss der „Rechtswohltat der Bewertung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten“ (Büdenbender aaO S. 6) zu gelangen. Personalaufwendungen seitens anderer konzernverbundener Unternehmen können für den betroffenen Netzbetreiber im Rahmen der Anreizregulierung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten keine Anerkennung finden, denn Ausgangspunkt für die Bestimmung der Erlösobergrenzen im System der Anreizregulierung ist die individuelle Kostensituation des einzelnen Netzbetreibers. Im Einklang damit sieht § 4 Abs. 1 S. 1 ARegV vor, dass „die Obergrenzen

der zulässigen Gesamterlöse eines Netzbetreibers aus den Netzentgelten...“ bestimmt werden. Ebenso hat die Fixierung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten unter Anwendung des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV grundsätzlich unternehmensindividuell zu erfolgen. Das Recht der Anreizregulierung ist nicht konzernbezogen, sondern einzel-unternehmensbezogen ausgestaltet (so auch Büdenbender aaO S. 44).

Ebenso wie bei der Fallkonstellation, dass in einem Konzern mehrere Verteilnetzbetreiber, z.B. in geografischer Abgrenzung, nebeneinander mit Zugehörigkeit zu demselben Konzern tätig werden (vgl. hierzu Büdenbender aaO), ist daher auch dann eine einzel-unternehmensbezogene Betrachtung vorzunehmen, wenn ein Netzbetreiber – wie hier – die Tätigkeit als Strom- und Gasverteiler-netzbetreiber von der vormals integrierten Gesellschaft im Pacht- und Dienstleistungsmodell übernommen hat.

3.

Desweiteren scheidet die Anerkennung der in Streit stehenden Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbar deshalb aus, weil die bei der Betroffenen anfallenden Kosten als Dienstleistungskosten gegenüber den Kosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen ein aliud darstellen, das nicht von § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV erfasst wird.

§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV gilt nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nur für Kosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen, die vor Einführung der Anreizregulierungsverordnung abgeschlossen worden sind (so auch Hummel in: Danner/ Theobald, Energierecht, Stand: Dezember 2012, § 11 ARegV Rn. 66; Elert/Speier in: PwC (Hrsg.), Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, 3. Aufl., S. 490; Blumenthal-Barby/Doms, IR 2009, 252, 254; für eine Ergänzung des Wortlauts plädierend: Trümner/Lerch, Ansatzpunkte für eine Novellierung der Anreizregulierungsverordnung, Mai 2010, S. 20f., Lerch/Weinbrenner, Ansatzpunkte für eine Novellierung der Anreizregulierungsverordnung, August 2014, S. 21). Die Vorschrift setzt somit exakt bestimmte arbeitgeberseitige Kosten für Personal und ein – vom Ordnungsgeber für schutzwürdig erachtetes - Vertrauen der an den Ver-

einbarungen beteiligten Tarifvertragsparteien voraus (vgl. Meyer/Paulus in: Holznaegel/Schütz, ARegV, § 11 Rn. 85 ff.).

Die bei der Betroffenen anfallenden Kosten resultieren demgegenüber aus zwischen ihr und den jeweiligen Konzernunternehmen abgeschlossenen, im Beschwerdeverfahren als Anlagenkonvolut BF 6 überreichten Dienstleistungsvereinbarungen, die die an die konzernverbundenen Dienstleister zu entrichtenden Dienstleistungsentgelte regeln. Danach hat die Betroffene an die T. für die Inanspruchnahme technischer Dienstleistungen - aufgelistet nach „Dienstleistungsmodulen“ - „Pauschalpreise“ oder „Preise je Mengeneinheit“ (§ 10 des technischen Dienstleistungsvertrags vom 27.04.2009) zu entrichten; für die Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Bereich des Mess- und Zählwesens hat sie die in einer Preisliste geregelten leistungsbezogenen Jahreseinzelpreise oder Jahrespauschalen zu zahlen (§ 6 des technischen Dienstleistungsvertrags zum Mess- und Zählwesen vom 27.04.2009). Verändert sich das „Mengengerüst“ um mehr als 5 % nach oben oder unten, können beide Unternehmen die Neuverhandlung der betroffenen Preise verlangen (Preisverzeichnis zum technischen Dienstleistungsvertrag zum Mess- und Zählwesen S. 3). Davon hat die T. – wie sich exemplarisch aus ihrem Schreiben an die Betroffene vom 10.02.2010 ergibt – Gebrauch gemacht und mit der Betroffenen neue Preise für den Zeitraum ab 2010 ausgehandelt. Ähnlich werden der Betroffenen „über die Systematik von Einheitspreisen und Mengen“ die von der F. GmbH bezogenen, in „Leistungspakete“ aufgelisteten Dienstleistungen in Rechnung gestellt (vgl. Präambel zum Leistungsverzeichnis der F. GmbH vom 28./27.10.2008). Auch insoweit sieht Ziffer 1 der Preisliste vor, dass die Preise auf dem jeweils angegebenen „Mengengerüst“ basieren; verändert sich dieses um mehr als 5 % nach oben oder unten, kann jedes Unternehmen die Neuverhandlung der betroffenen Preise verlangen.

Die bei der Betroffenen anfallenden Dienstleistungskosten unterscheiden sich damit von den in § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV geregelten Kosten nicht nur hinsichtlich der Rechtsqualität der kostenauslösenden Vereinbarung, sondern auch hinsichtlich der an dieser beteiligten Vertragspartner sowie ihres Regelungsgegenstands. Auch kaufmännisch handelt es sich um Dienstleistungs- und nicht Personalkosten (so zutreffend Bundesnetzagentur, Evaluierungsbericht vom 25.01.2015, S. 328). Insbesondere besteht ein qualitativer Unterschied darin, dass die Dienstleistungsentgelte

grundsätzlich frei ausgehandelt werden und für die Betroffene schon im Ansatz keine vergleichbare betriebliche oder tarifvertragliche Bindungswirkung in Bezug auf die entsandten Mitarbeiter besteht. Danach ist es rechtlich unerheblich, ob bzw. in welchem Umfang das vereinbarte Dienstleistungsentgelt den anfallenden Personalaufwendungen für die entsandten Mitarbeiter entspricht. Auf die umfangreichen Ausführungen der Betroffenen zur Auslegung des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV kommt es nicht mehr entscheidend an; vielmehr wird diese Bewertung anhand des Wortlauts mit Blick auf die weiteren Auslegungskriterien bestätigt.

Dienstleistungskosten stellen – wie sämtliche Personalkosten - in der Anreizregulierung grundsätzlich beeinflussbare Kosten dar, denn sowohl die Lohnhöhe als auch die absolute Zahl der eingesetzten Mitarbeiter für eine definierte Aufgabe sind beeinflussbar. Der Katalog des § 11 Abs. 2 ARegV erfasst allerdings teilweise auch tatsächlich beeinflussbare Kosten, wenn und soweit sie nach dem Willen des Ordnungsgebers aus rechts- und interessenpolitischen Gründen als dauerhaft nicht beeinflussbar fingiert werden. U. a. werden so in § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV Kosten aus vor dem 31. Dezember 2008 begründeten betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten zugeordnet. Der Ordnungsgeber will dadurch dem Kostensenkungsdruck entgegenwirken, der für die Netzbetreiber dadurch entsteht, dass nach den Vorgaben der Anreizregulierung Personal- und Personalzusatzkosten - grundsätzlich - in den beeinflussbaren Kostenanteil einbezogen werden. Den Netzbetreibern soll insoweit im Hinblick auf die vor der Einführung der ARegV begründeten Vereinbarungen Bestandsschutz gewährt und der soziale Frieden in ihren Unternehmen bewahrt werden (vgl. Hummel in: Danner/Theobald, Energierecht, ARegV, § 11 Rn. 62; Meyer/Paulus in: Holznapel/Schütz, ARegV, § 11 Rn. 85; Trümner/Weinbrenner, ZNER 2010, 367, 372; Targan/Wagenfeld, N&R 2010, 131, 133; Mückl, VersorgW 2012, 283, 284; Lerch/Weinbrenner, Neue Ansatzpunkte für eine Novellierung der Anreizregulierungsverordnung, 2014, S. 12). Durch die zeitliche Grenze soll verhindert werden, dass durch Vereinbarungen während der Anreizregulierung neue Kosten geschaffen werden, die nicht dem Effizienzvergleich unterfallen (vgl. Hummel in: Danner/Theobald, Energierecht, ARegV, § 11 Rn. 62).

Über den eng umrissenen Anwendungsbereich der Bestandsschutzvorschrift des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV hinaus besteht weder Anlass noch eine rechtliche Grundlage dafür, im Wege einer erweiternden Auslegung aus der Vergangenheit herührende überhöhte Kosten auf den Netznutzer abzuwälzen (vgl. Säcker, Wettbewerbskonforme Methoden der Regulierung von Nutzungsentgelten, S. 8, Vortrag vom 04.04.2013, [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de)). Nach der Systematik des § 21a Abs. 4 EnWG sollen sich die Effizienzvorgaben auf beeinflussbare Kostenanteile beziehen, um Anreize für eine effiziente Leistungserbringung zu setzen; hingegen sollen jene Kostenanteile von den Effizienzvorgaben ausgenommen sein, bei denen es dem Netzbetreiber objektiv nicht möglich ist, Effizienzvorgaben zu erfüllen, da der Kostenanteil von ihm nicht durch eigene Anstrengungen beeinflusst werden kann (BT-Drs. 15/5268 S. 120). Hingegen sind Personalzusatzkosten von unternehmensfremden Dienstleistern schon faktisch nicht (beeinflussbare) Kosten des Netzbetreibers; seine eigenen sind für ihn grundsätzlich beeinflussbar, werden aber vom Verordnungsgeber als dauerhaft nicht beeinflussbar fingiert. Darüber hinaus besteht kein Anlass, auch Personalzusatzkosten unternehmensfremder Dienstleister als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile des Netzbetreibers zu fingieren. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV stellt insoweit eine Ausnahmeregelung dar, die sich ausweislich der Verordnungsmaterialien als abschließend versteht.

Insbesondere stehen Sinn und Zweck der Vorschrift der geforderten erweiternden Auslegung entgegen. Ziel der Anreizregulierung ist es, die Netzbetreiber zum Abbau von Ineffizienzen zu veranlassen. Infolgedessen sind Effizienzvorgaben auf alle beeinflussbaren Kostenanteile zu erstrecken, um alle möglichen Rationalisierungspotenziale aufzudecken. Dem widerspräche es, die bei der Betroffenen anfallenden, faktisch beeinflussbaren Kosten der Dienstleistung und etwaige daraus resultierende Personalzusatzkosten des Dienstleisters – im Wege einer erweiternden Auslegung - zu den nicht beeinflussbaren Kostenanteilen zu zählen und dadurch zugleich etwaige Ineffizienzen des Netzbetreibers zulasten der Netznutzer für die Zukunft festzuschreiben (vgl. Bundesnetzagentur, Bericht zur Einführung der Anreizregulierungsverordnung vom 30.06.2006, Ziff. 75). § 11 Abs. 2 ARegV dient in diesem Zusammenhang dazu, im Sinne einer Verbesserung der Rechtssicherheit im einzelnen festzulegen, welche Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbar gelten (so auch Büdenbender, aaO, S. 5), denn die Funktionsfähigkeit des

Anreizregulierungssystems verlangt, dass der Effizienzvergleich einen bundesweit einheitlichen Regulierungsmaßstab vorgibt (vgl. Bundesnetzagentur, Bericht zur Einführung der Anreizregulierungsverordnung vom 30.06.2006, Ziff. 153).

Diese Wertung steht im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, die mit der ARegV erkennbar aufgegriffen wurde (so zutreffend schon Bundesnetzagentur, Bericht zur Einführung der ARegV vom 30.06.2006, Ziff. 77 ff.). Bereits seit 1958 war Energieversorgungsunternehmen durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ein Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung verboten. Insoweit hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes mit Beschluss vom 31.05.1972 zur Missbrauchskontrolle von Strompreisen zwischen nicht beeinflussbaren marktstrukturellen Einflussgrößen auf den Energiepreis und beeinflussbaren unternehmensstrukturellen Kostenelementen unterschieden und ausgeführt, dass es für die Beurteilung, ob Stromabgabepreise einen Missbrauch im Sinne des § 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB darstellen, nicht auf Umstände ankomme, die ihre Ursache in der individuellen Unternehmensstruktur des Versorgungsunternehmens haben (BGH, Beschluss vom 31.05.1972, KVR 2/71, BGHZ 59, 42-51, Rn. 22 – „Stromtarif“). Aus der Betriebsstruktur resultierende Unterschiede dürften als beeinflussbare unternehmensstrukturelle Kostenelemente nicht zu Lasten des Verbrauchers gehen (vgl. BGH aaO). An dieser Rechtsprechung hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes mit Beschluss vom 28.06.2005 ausdrücklich festgehalten und wiederholt, dass „individuelle, allein auf eine unternehmerische Entscheidung zurück gehende Umstände“ außer Betracht bleiben müssen, vielmehr allein strukturelle Gegebenheiten, die jeden Anbieter treffen und von ihm bei seiner Entgeltgestaltung beachtet werden müssen, eine Verteuerung rechtfertigen können (BGH, Beschluss vom 28.06.2005, KVR 17/04, BGHZ 163, 282-296, Rn. 27 - „Stadwerke Mainz“). Individuelle, der Unternehmenssphäre zuzuordnende Umstände stellen somit auch diesen zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht entwickelten Rechtsgedanken zufolge grundsätzlich beeinflussbare Kostenanteile dar, die dem Effizienzvergleich unterworfen sein müssen. Nur in dem in § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV vorgesehenen Ausmaß lässt der Ordnungsgeber eine Ausnahme davon zu.

Auch nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben ist § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV nicht erweiternd auf die bei der Betroffenen anfallenden Dienstleistungskosten anzuwenden.

Zur Umsetzung der 2005 eingeführten Entflechtungsvorgaben haben sich auf der Ebene der Verteilernetzbetreiber neben dem Pacht- oder Dienstleistungsmodell verschiedene, jeweils zulässige Modelle herausgebildet, deren Vor- und Nachteile in der Literatur diskutiert werden (vgl. Westermann/Otto, VersW 2013, 257 ff.; Mückl, VersW 2013, 61 ff.; Baur/Hampel, RdE 2011, 385 ff.; Blumenthal-Barby/Doms, IR 2009, 252 ff.; Theobald in: Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Aufl., S. 347 ff.; vgl. auch die Gemeinsamen Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu den Entflechtungsbestimmungen in §§ 6-10 EnWG vom 01.03.2006 und 21.10.2008 sowie Leitfaden für Stromverteiler-netzbetreiber „Große Netzgesellschaft“ 2011). Da für die Betroffene in Umsetzung der europäischen Vorgaben (RL 2003/54/EG und 2003/55/EG vom 26.06.2003, RL 2009/72/EG und 2009/73/EG vom 13.07.2009) keine Pflicht zur Wahl des Modells einer schlanken Netzgesellschaft, gepaart mit einem umfangreichen Dienstleistungspaket innerhalb des vertikal integrierten Unternehmens besteht, ist ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht ersichtlich.

Zwar haben sich bei erstmaliger Umsetzung der rechtlichen Entflechtung nach § 7 EnWG viele Energieversorgungsunternehmen (zunächst) für die Variante des Verpachtungsmodells in Form einer so genannten schlanken Netzgesellschaft entschieden. Ein Motiv mag dabei auch der Effizienz Gesichtspunkt gewesen sein, anstelle der Beschäftigung eines großen eigenen Mitarbeiterstammes flexibel auf externes Personal zurückgreifen und auslastungsabhängig auf Dienstleistungskostenbasis abrechnen zu können. Pachtmodelle sind dadurch gekennzeichnet, dass die Netzgesellschaft regelmäßig ausschließlich mit demjenigen Personal ausgestattet wird, welches für die Wahrnehmung aller für einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb wesentlichen Kernaufgaben im Sinne von § 7a Abs. 2 Nr. 1 EnWG unverzichtbar ist. Daneben gab und gibt es aber auch Pachtmodelle, in denen zugleich das Personal überwiegend beim Netzbetreiber angestellt ist, jedoch das Eigentum an den Netzen bei der Muttergesellschaft verbleibt (vgl. Westermann/Otto, VersW 2013, 257). Inzwischen wird ein Trend zur Abkehr vom Pachtmodell und zur breiten Netzgesellschaft

beobachtet, der auch auf andere Gründe – das Risiko der negativen Eigenkapitalverzinsung in der Netzgesellschaft sowie der Reduzierung der EK-Verzinsung durch erhöhtes Abzugskapital – zurückgeführt wird (vgl. die Darstellung von Otto, Regulatorisch optimierte Aufstellung von Verteilnetzbetreibern, S. 20, [www.ruhr-unibochum.de](http://www.ruhr-unibochum.de); Westermann/Otto, VersW 2013, 257). Darin zeigt sich, dass das vorliegend von der Betroffenen gewählte Unternehmensmodell keineswegs zwingend ist, sondern ihrer freien unternehmerischen Entscheidung obliegt. Ebenso wäre es ihr – wie mit der in der ersten Regulierungsperiode praktizierten Übergangsregelung vorgesehen – grundsätzlich möglich, Mitarbeiter konzernverbundener Dienstleister in ein originäres arbeitsvertragliches Beschäftigungsverhältnis in ihr Unternehmen überzuleiten. Ein Fall des § 613a BGB läge insoweit nicht vor; auslastungsabhängig könnten übergeleitete Mitarbeiter zudem an konzernverbundene Unternehmen ausgeliehen werden. Der Vorsitzende der 9. Beschlusskammer der Bundesnetzagentur hat dazu in der Senatssitzung ausgeführt, dass eine Vielzahl von Netzbetreibern eben dieses Modell praktiziert.

Bei der von der Betroffenen gerügten „Ungleichbehandlung“ gegenüber einer großen Netzgesellschaft handelt es sich um einen mittelbaren Rechtsreflex, der in sachlicher Hinsicht daraus resultieren mag, dass sich Unternehmen mit hohen nicht beeinflussbaren Kostenblöcken im Rahmen des Effizienzvergleichs – nach dem Grundkonzept der Anreizregulierung – methodisch bedingt besser stellen. Ob die Betroffene allerdings beim Effizienzvergleich tatsächlich schlechter gestellt ist, ist fraglich. Die von ihr aufgestellte Behauptung würde voraussetzen, dass es für die Kostenbetrachtung keinen Unterschied macht, ob Mitarbeiter bei ihr oder bei den Dienstleistungsgesellschaften beschäftigt sind. Der Senat geht indessen – wie in der Senatssitzung mit den Beteiligten auch erörtert worden ist - davon aus, dass mit dem „Outsourcen“ von Dienstleistungen ein Effizienzgewinn verbunden ist.

Ein Anlass, die Betroffene als schlanke Netzgesellschaft durch erweiternde Auslegung der Vorschrift des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV zu privilegieren, besteht nach alledem nicht. Es käme vielmehr einem „Rosinenpicken“ gleich, die Betroffene im Rahmen der beeinflussbaren Kosten beim Ansatz der allgemeinen Personalkosten als „schlanke Netzgesellschaft“, hingegen in Bezug auf die dauerhaft nicht beein-



flussbaren Kosten bei einem Teil der Zusatzvergütungen als „große Netzgesellschaft“ zu behandeln.

Vor diesem Hintergrund ist für die von der Betroffenen begehrte Berücksichtigung der Lohnzusatzkosten für solche Mitarbeiter der Konzerngesellschaften, die dienstleistend für sie tätig sind, kein Raum. Ihre Einwendungen stellen letztlich eine Kritik am Verordnungsgeber dar. Der mit der Beschwerde angegriffene Bescheid erweist sich nach alledem als rechtmäßig.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG. Da die Beschwerde keinen Erfolg hat, hat die Betroffene die Gerichtskosten zu tragen und der gegnerischen Landesregulierungsbehörde die notwendigen Auslagen zu erstatten. Des Weiteren entspricht es nach dem Verfahrensausgang billigem Ermessen, ihr die notwendigen Auslagen der beteiligten Bundesnetzagentur aufzuerlegen, die sich aktiv an dem Beschwerdeverfahren beteiligt und dabei den zutreffenden Standpunkt der Landesregulierungsbehörde eingenommen hat.

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 an einer höheren Festsetzung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode bemisst der Senat ihren Angaben entsprechend mit x €.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat.

#### 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).

van Rossum

Tischner

Kampshoff