



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., den Richter am Oberlandesgericht Dr. E. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 2015

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

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur vom 14.11.2013 (BK 9-11/8182) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der der Bundesnetzagentur entstandenen notwendigen Auslagen trägt die Betroffene.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Betroffene, eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der B. AG, betreibt seit 2007 ein Gasverteilernetz, welches sie von der B. AG gepachtet bzw. für das Netzgebiet M. untergepachtet hat.

Die Betroffene ist eine sog. schlanke Netzgesellschaft. Das bei ihr eingesetzte Personal ist bis auf x Arbeitnehmer mit Leitungsaufgaben und Letztentscheidungsbefugnissen nicht unmittelbar bei der Betroffenen arbeitsvertraglich gebunden, sondern bei der B. AG. x Mitarbeiterkapazitäten (Vollzeit, Stand 31.12.2010) sind auf der Grundlage des zwischen der Betroffenen und der B. AG geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags vom 11.12.2009 für die Betroffene abgestellt. Daneben werden der Betroffenen weitere Mitarbeiterkapazitäten auf der Grundlage diverser mit der B. AG geschlossener Verträge zur Verfügung gestellt. Im Einzelnen handelt es sich um einen Netzbetriebsführungsvertrag, einen Geschäftsbesorgungsvertrag zu Messstellenbetriebs- und Messdienstleistungen sowie einen Dienstleistungsvertrag über die Erfüllung aller Aufgaben kaufmännischer, rechtlicher und sonstiger Art, die für die Verwaltung der Gesellschaft der Betroffenen erforderlich sind.

Nach § 5 des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages hat die Betroffene an die B. AG für die überlassenen Arbeitnehmer einen monatlichen Pauschalpreis (Festpreis) als Vergütung zu zahlen. Nicht enthalten sind etwaige Kosten für geleistete Mehrarbeit, Überstunden, Dienstreisen, Fortbildungsmaßnahmen etc., welche jeweils zum 01.04. des Folgejahres gesondert abgerechnet werden. Der Pauschalpreis enthält nach § 5 Abs. 2 des Vertrages alles, „was zur ordnungsgemäßen, vollständigen und termingerechten Ausführung der Leistungen notwendig ist sowie alle Kosten, die zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen der Verleiherin anfallen“, einschließlich der „Überlassung von IT-Arbeitsplätzen, Standardbüromaterialien und – räumen“. Nach § 5 Abs. 3 wird die monatliche Vergütung jährlich auf ihre Angemessenheit überprüft und ist sodann mit Wirkung ab dem 01.04. eines jeden Jahres für die Zukunft anzupassen. Dabei werden die Selbstkosten der Verleiherin zugrunde gelegt. Diese sind auch Grundlage der in den weiteren Verträgen geregelten Entgelte, bei denen es sich jeweils um jährliche Pauschalvergütungen handelt, die einen jährlichen Pauschalbetrag für Personalaufwand als Vergütungsbestandteil enthalten (vgl. § 5 des

Netzbetriebsführungsvertrages (Anlage 2 zu dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Bericht nach § 28 GasNEV, Bl. 111ff VV); § 5 des Geschäftsbesorgungsvertrages zu Messstellenbetriebs- und Messdienstleistungen (Anlage 3 zu dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Bericht nach § 28 GasNEV, Bl. 122ff VV) sowie § 5 des Dienstleistungsvertrages (Anlage 4 zu dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Bericht nach § 28 GasNEV, Bl. 129ff VV)). Nach dem Vortrag der Betroffenen in der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2015 enthalten die vertraglich vereinbarten Pauschalvergütungen 1:1 die Kosten, die den B. AG als Personalkosten einschließlich der Personalzusatzkosten entstehen, wobei prognostisch abgeschätzt werde, welcher Mitarbeiterbedarf in der kommenden Periode benötigt werde.

Grundlage für die originär bei der B. AG entstehenden Personalzusatzkosten für die der Betroffenen zur Verfügung gestellten Arbeitnehmer sind zwei Tarifverträge (Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit vom 05.05.1998, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag Nr. 2 vom 20.06.2000, Tarifvertrag Versorgungsbetriebe (TV-V) vom 05.10.2000 in der Fassung des 7. Änderungstarifvertrages vom 27.01.2010), verschiedene Betriebsvereinbarungen und betriebliche Vorgaben gemäß dem Organisationshandbuch („betriebliche Mitbenutzung privateigener Kraftfahrzeuge“, 24.03.2010). Die Regelungen des Organisationshandbuchs wurden im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahrens durch Beschluss des Vorstandes der B. AG getroffen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlagen Bf. 3 und 4 verwiesen.

Mit dem angegriffenen Bescheid vom 14.11.2013 setzte die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen der Betroffenen für die zweite Regulierungsperiode (2013 bis 2017) niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Dabei legte sie bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Bestimmung der kalkulatorischen Abschreibungen des eigenfinanzierten Anteils der Altanlagen die in § 6a GasNEV verordneten Indexreihen zugrunde. Die von der Bundesnetzagentur unter dem 26.10.2011 festgelegten und von der Betroffenen mit gesonderter Beschwerde (VI-3 Kart 217/11 (V)) angegriffenen Preisindizes (BK9-11/602) wendete die Bundesnetzagentur nicht an.

Die von der Betroffenen für sämtliche der bei ihr unmittelbar und mittelbar tätigen Mitarbeiter als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile geltend gemachten Personalzusatzkosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen in Höhe von € ... (vgl. Bl. 3126 VV) erkannte die Bundesnetzagentur nur in Bezug auf die ei-

genen Mitarbeiter der Betroffenen als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten an. Die diesbezüglich von der Betroffenen geltend gemachten Kosten von € ... kürzte sie dabei um die Kosten für die Mitbenutzung privater Kraftfahrzeuge und Sonderzuwendungen nach den Vorgaben des Organisationshandbuchs in Höhe von € ... auf € ... (vgl. Anlage 4 zum angegriffenen Beschluss, Zeile 35). Die Kürzung begründete sie damit, dass den Kosten keine vor dem 31.12.2009 abgeschlossene Betriebsvereinbarung oder Tarifvereinbarung zugrunde liege. Die bei der Dienstleisterin der Betroffenen, der B. AG, aus der Arbeitnehmerüberlassung sowie aufgrund der Dienstleistungen im Bereich Netzbetriebsführung, Administration und Messwesen anfallenden Personalzusatzkosten erkannte die Bundesnetzagentur insgesamt nicht als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten an. Zur Begründung führte sie aus, dass nur Mitarbeiter, die auf Grundlage eines Arbeitsvertrages direkt bei dem Netzbetreiber tätig seien, von der Regelung des § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV erfasst würden. Ferner lehnte die Bundesnetzagentur eine Anerkennung der bei der B. AG anfallenden und von der Betroffenen anteilig geltend gemachten Kosten für die Betriebsratstätigkeit (€ ...) bzw. für die Berufsausbildung und Weiterbildung im Unternehmen (€ ...) sowohl für die abgestellten als auch für die unmittelbar bei der Betroffenen angestellten Mitarbeiter, welche die Betroffene im Rahmen eines Hilfsantrags anteilig mit € ... (§ 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 ARegV) und € ... (§ 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 ARegV) beziffert hatte (vgl. Bl. 3127 VV), als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten ab.

Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde.

Die Betroffene ist der Ansicht, der auf Neubescheidung unter nur teilweiser Aufhebung des angegriffenen Beschlusses gerichtete Beschwerdeantrag zu 1. sei zulässig. Ihr Ziel sei es, eine höhere als die in dem streitgegenständlichen Beschluss festgelegte Erlösobergrenze zu erreichen. Soweit die Bundesnetzagentur in dem angegriffenen Bescheid zugunsten der Betroffenen eine Erlösobergrenze festgelegt habe, werde dieser Bescheid daher nicht angegriffen. In diesem Umfang erwachse der Bescheid in Bestandskraft mit der Folge, dass im Falle einer Verpflichtung zur Neubescheidung die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen nicht im Wege der „Verböserung“ absenken dürfe. Insoweit sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von einer Teilbarkeit der Festlegung der Erlösobergrenzen auszugehen. Dies

entspreche auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf eine Entgeltgenehmigung auf Grundlage des TKG.

Die im Rahmen der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 GasNEV bei der Bestimmung der Tagesneuwerte gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GasNEV erfolgende Anwendung der in § 6a GasNEV verordneten Indexreihen sei rechtswidrig, da die Regelung des § 6a GasNEV ihrerseits nichtig sei. Die Anwendung der Indexreihen nach § 6a GasNEV führten bei ihr selbst im Vergleich zu den bisher von der Bundesnetzagentur im Wege der Festlegung vorgegebenen Indexreihen zu einer Verschlechterung im Umfang von € .../Jahr.

Die Nichtigkeit der Regelung des § 6a GasNEV ergebe sich bereits aus einem Begründungsmangel der Verordnung, da der Verordnungsgeber bei der Festlegung der Indexierung für die einzelnen Anlagengruppen die eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nicht nachvollziehbar offengelegt habe. Damit genüge die Verordnungsbegründung nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wonach die Begründung eine effektive gerichtliche Kontrolle ermöglichen solle. Anhand der Begründung müsse geprüft werden können, ob der Verordnungsgeber bei der Vorgabe der Indexreihen nach § 6a Abs. 2 Nr. 2 GasNEV ein im Grundsatz taugliches Berechnungsverfahren gewählt habe, ob er die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt und schließlich, ob er sich in allen Berechnungsschritten mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb dieses gewählten Verfahrens und dessen Strukturprinzipien im Rahmen des Vertretbaren bewegt habe. Die Begründung des Verordnungsgebers halte diesen Maßstäben nicht stand. Es bleibe vollständig offen, warum der Verordnungsgeber von einer Geeignetheit des Bauleistungsindex „Ortskanäle“ für die in § 6a Abs. 1 Nr. 2 GasNEV genannten Anlagengruppen ausgegangen sei.

Darüber hinaus folge die Nichtigkeit von § 6a Abs. 1 Nr. 2 GasNEV auch aus der fehlenden Sachgerechtigkeit der Indexreihen. Nach § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG i.V.m. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie nach § 21 Abs. 1, 1. Var. EnWG müsse die Indexierung angemessen sein. Angemessen sei aber nur eine sachgerechte Indexierung, die der Senat in seinen Entscheidungen vom 06.06.2012 bezüglich der ersten Festlegung Preisindizes in Bezug genommen habe. Der erkennende Senat habe in seinen Beschlüssen vom 06.06.2012 moniert, dass die Beschlusskammer im Zuge der Bildung von Mischindizes hinsichtlich der Lohnentwicklung ohne weitere Ermitt-

lungen auf die hoch aggregierten statistischen Daten des Wirtschaftszweigs des „Produzierenden Gewerbes“ zurückgegriffen habe. Nunmehr lege der Verordnungsgeber in § 6a Abs. 1 Nr. 2 GasNEV mit der Indexreihe „Ortskanäle, Bauleistungen am Bauwerk (Tiefbau)“ eine nochmals höher aggregierte Indexreihe zugrunde. Dass der Verordnungsgeber entsprechend der Vorgabe des Senats geprüft habe, ob die vorgesehene Indexreihe, die dem Abwasserbereich zuzuordnen sei, den tatsächlich bei der jeweiligen Anlagengruppe anfallenden Arbeiten entspreche oder ob sie sachfremde Zweige enthalte, sei nicht ersichtlich. Es sei auch nicht ersichtlich, auf welcher Basis die Mischindizes für die Anlagengruppe Stahlrohre mit einem Auslegungsdruck von mindestens 16 bar gebildet worden seien und warum eine adäquatere Abbildung der Preisentwicklung durch Mischindizes nur für diese Anlagengruppe gelten solle. Es fehle auch an einer nach der Rechtsprechung des Senats erforderlichen Plausibilitätskontrolle der Indexreihen durch den Verordnungsgeber. Gegen die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Plausibilitätskontrolle bestünden durchgreifende Einwände. Es sei fraglich, ob der Vergleichsmaßstab der Preisentwicklung des Nettoanlagevermögens der Energieversorgung, die auch Gasspeicher und Kraftwerke umfasse, sachgerecht sei. Auf welcher Basis die Gewichtungsfaktoren der bestimmenden Indexreihen „Ortskanäle“, „Gewerbliche Bürogebäude“ und „Erzeugerpreisindex“ gewählt worden seien, sei nicht dargelegt.

Zu Unrecht habe die Bundesnetzagentur es abgelehnt, die bei der B. AG als konzernverbundener Dienstleisterin der Betroffenen entstehenden Kosten aus Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen (Personalzusatzkosten) als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile im Sinne des § 11 Abs. 2 Nr. 9 ARegV anzuerkennen. Die Vorschrift des § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV sei dahingehend auszulegen, dass Personalzusatzkosten von Arbeitnehmern, die bei konzernerneigenen Dienstleistern des Netzbetreibers entstünden, als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile anzusehen seien. Der Wortlaut der Vorschrift enthalte keinen Zusatz, der auf Vereinbarungen mit dem Netzbetreiber abstelle. Der verwendete Begriff „betrieblich“ sei lediglich im Sinne von „den Betrieb betreffend“ und „zum Betrieb gehörend“ zu verstehen und zielle auf eine sachliche Eingrenzung der Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen, nicht aber auf eine Eingrenzung im Hinblick auf das Subjekt der verpflichteten Rechtspersönlichkeit ab.

Diese Sichtweise werde auch durch eine historische Auslegung gestützt. Den in der ursprünglichen Entwurfsfassung noch enthaltenen Bezug zum Netzbetreiber habe der Verordnungsgeber im weiteren Verfahren gestrichen. Hinzu komme, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung ein Großteil der der Regulierung unterfallenden Verteilernetzbetreiber vor der Einführung der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung nach § 7 Abs. 3 EnWG a. F. bis zum 01.07.2007 als integriertes Energieversorgungsunternehmen organisiert gewesen sei. Wäre die Vorschrift in dem von der Bundesnetzagentur beanspruchten Sinn auszulegen, wäre nur die absolute Minderheit der der Regulierung unterfallenden Verteilernetzbetreiber in den Genuss der weniger strengen Regulierung der Personalzusatzkosten gekommen. Dies könne dem Verordnungsgeber nicht unterstellt werden, zumal die Zulässigkeit einer derartigen Regelung unter dem Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG zweifelhaft wäre.

Auch die systematische Auslegung spreche für die Anerkennung der Personalzusatzkosten aus einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten. Die entflechtungsrechtlichen Vorschriften des EnWG enthielten keine Vorgaben, die eine sog. „kleine Netzgesellschaft“ für Verteilernetzbetreiber als gesetzgeberisch nicht gewollt erscheinen ließen. Das Fehlen einer § 10a EnWG entsprechenden Regelung für Verteilernetzbetreiber zeige, dass der Gesetzgeber den Verteilernetzbetreibern die Wahlfreiheit habe belassen wollen. Vor diesem Hintergrund dürfe § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV nicht in einem Sinn ausgelegt werden, der einen § 10a EnWG vergleichbaren Zustand mittelbar, nämlich im Wege regulatorischen Drucks, durchsetze. Durch die Nichtanerkennung der bei dem konzernverbundenen Dienstleister anfallenden Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten flössen diese in den Kostenblock der beeinflussbaren Kosten ein mit der Folge, dass der Effizienzwert des betroffenen Netzbetreibers allein deswegen schlechter ausfalle, weil er in der Organisationsform des kleinen Netzbetreibers agiere.

§ 4 Abs. 5a GasNEV, der lediglich eine höhenmäßige Begrenzung der bei einem Dritten anfallenden Kosten vorsehe, jedoch keine unterschiedliche Behandlung der Kosten je nach dem Ort ihrer Entstehung vorschreibe, streite ebenfalls für die Anerkennung von Lohnzusatz- bzw. Versorgungsleistungen, die bei einer Konzerngesellschaft entstünden.

Auch unter teleologischen Gesichtspunkten spreche nichts für die Sichtweise der Bundesnetzagentur. Sinn der in § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV getroffenen Regelung sei es, den in den ehemals integrierten Unternehmen einmal erreichten „Sozialstandard“ im Sinne der Beschäftigten zu erhalten. Die im Rahmen der Tarifautonomie erzielten Regelungen sollten nicht durch den Druck der Kostenregulierung unterlaufen werden. Dieser Zielsetzung widerspreche jedoch die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur. Dieser stehe nach Sinn und Zweck der Regelung auch keine „Absenkungsbefugnis“ zu. Weder das EnWG noch die ARegV ermächtige die Bundesnetzagentur, „Übergangszeiträume“ im Hinblick auf den Wechsel zur großen Netzgesellschaft vorzusehen.

Die Interpretation der Bundesnetzagentur sei im Hinblick auf ihre eigene Verwaltungspraxis im Rahmen der Behandlung von Baukostenzuschüssen nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 13 ARegV inkonsistent. Bei den bei der Verpächterin anfallenden Baukostenzuschüssen gehe die Bundesnetzagentur davon aus, dass es ausreichend sei, dass die Zuschüsse wegen des Betriebs des Gasverteilernetzes anfielen. Dann könne für andere Kostenpositionen im Rahmen des § 11 Abs. 2 ARegV nichts anderes gelten.

Auch im Übrigen lägen die Voraussetzungen für die Anerkennung der entstandenen Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV vor. Dies gelte insbesondere auch für die sich aus dem Organisationshandbuch ergebenden Zahlungen wegen der „betrieblichen Mitbenutzung privateigener Kraftfahrzeuge“ (Wegstreckenentschädigung), die bereits in der Fassung der Organisationshandbuchs-Regelung vom 01.01.1983 vorgesehen gewesen seien. Da die Verfahrensregelung im Rahmen des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahrens durch den Vorstand getroffen und nach Durchführung entsprechenden Schriftverkehrs mit dem Betriebsrat von diesem gebilligt worden sei, seien die insoweit entstehenden Kosten nicht anders zu behandeln als wäre die betroffene Regelung im Wege einer Betriebsvereinbarung zustande gekommen.

Auch hinsichtlich der für die ihr überlassenen Arbeitnehmer anfallenden Kosten für die im gesetzlichen Rahmen ausgeübte Betriebs- und Personalratstätigkeit, Berufsausbildung und Weiterbildung im Unternehmen sowie Kindertagesstätten für Kinder der im Netzbereich beschäftigten Betriebsangehörigen gelte, dass sie gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 und 11 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten anzu-

erkennen seien. Der Ordnungsgeber habe mit der Verwendung des Begriffs „Unternehmen“ in § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 ARegV zum Ausdruck gebracht, dass es auf ein unmittelbares Entstehen der Kosten bei dem Netzbetreiber gerade nicht ankomme. Im Rahmen des EnWG werde der Begriff des Unternehmens weit i.S.d. Konzernverbundes verstanden, wie § 10b Abs. 1 Satz 1 EnWG zeige.

In jedem Fall sei zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur selbst solche Kosten, die in Bezug auf das bei der Betroffenen selbst angestellte Personal angefallen sei, nicht anerkannt habe. Es handle sich um die (geschlüsselten) Kosten des Gesamtbetriebsrats sowie um die Kosten für die Berufsbildung und Weiterbildung, die in Bezug auf Leitungspersonal der Betroffenen anzuerkennen seien.

Soweit die Betroffene mit der Beschwerde ursprünglich auch die Anwendung der Eigenkapitalzinssätze der Festlegung BK4-11/304 bei der Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung gerügt hat, hat sie diesen Beschwerdepunkt in der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2015 zurückgenommen.

Die Betroffene beantragt,

1. den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 14.11.2013 insoweit aufzuheben, als mit dem Bescheid keine höheren als in der Anlage A.1 dieses Bescheides bezeichneten Erlösobergrenzen festgelegt wurden und insofern die Bundesnetzagentur zu verpflichten, über die Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen im Bereich Gas für die zweite Anreizregulierungsperiode gemäß Ziffer 1 des Bescheidtenors unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden;
2. hilfsweise: die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des Bescheids vom 14.11.2013 zu verpflichten, über die Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen im Bereich Gas für die zweite Anreizregulierungsperiode gemäß Ziffer 1 des Bescheidtenors unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, der Beschwerdeantrag zu Ziffer 1 sei bereits unstatthaft. Der Tenor der Entscheidung enthalte ausschließlich das Endergebnis, die einzelnen in die Regulierungsformel eingesetzten Komponenten würden nicht gesondert aufgeführt. Eine Teilbarkeit des Tenors sei nicht gegeben. Insofern komme auch keine betragsmäßige Beschränkung der Beschwerde in Betracht.

Die Neuregelung des § 6a GasNEV zu den Indexreihen sei nicht wegen Begründungsmangels nichtig. Die Verordnungsbegründung beschreibe die Ausgangslage sowie Inhalt und Zielsetzung der Neuregelung ausführlich.

Die in § 6a GasNEV vorgegebenen Preisindizes zur Ermittlung von Tagesneuwerten seien – auch im Hinblick auf die Rechtsprechung zu den seitens der Bundesnetzagentur festgelegten Preisindizes – sachgerecht und rechtmäßig. Insbesondere seien die gemäß § 6a GasNEV zu verwendenden Indexreihen ausreichend differenziert. Der Verordnungsgeber habe bei der Ausgestaltung der Norm den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum ausgefüllt. Ein Verstoß gegen § 21 Abs. 2 EnWG oder die Rechtsprechung des erkennenden Senats zu der ersten Festlegung Preisindizes der Bundesnetzagentur liege nicht vor. Die Neuregelung des § 6a GasNEV treffe inhaltlich völlig andere Vorgaben als die frühere Festlegung der Bundesnetzagentur, so dass sich die Rechtsprechung ohnehin in weiten Teilen nicht auf die neue Regelung übertragen lasse.

Die Tatsache, dass spezifischere Indexreihen in der Regel vom Statistischen Bundesamt nicht über längere Zeiträume fortgeschrieben würden, führe im Ergebnis dazu, dass auf allgemeine Indexreihen des Statistischen Bundesamtes zurückgegriffen werden müsse. Andernfalls liefe die Vorgabe differenzierterer Indexreihen in der GasNEV leer bzw. müsste die Bundesnetzagentur in diesen Fällen neu entscheiden, welche Indexreihen sachgerecht und stattdessen zu berücksichtigen wären. Zudem müssten die neuen Indexreihen mit den ursprünglichen Indexreihen verkettet werden, wodurch Brüche in der Darstellung der Preisentwicklung entstehen könnten. Die Berücksichtigung von spezifischen Indexreihen führe ferner dazu, dass eine Vielzahl von Annahmen zu treffen sei, insbesondere Annahmen hinsichtlich der Wahl der Indexreihe sowie der Gewichtung der Teilkomponenten. Diese Ermittlungen seien mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.

Der Index „Ortskanäle“ erfasse ausschließlich die Lohnentwicklung im Rohrleitungsbau und damit die Entwicklungen des Baugewerbes. Ein Rückgriff auf die spezifische Preisentwicklung im Gasrohrleitungsbau sei mangels vorhandener Indizes nicht möglich. Aus diesem Grund müssten zwangsläufig Indexreihen herangezogen werden, die auch die Preisentwicklung sachfremder Güter berücksichtigten. Pauschalisierungen und Unschärfen bei der Ermittlung von Tagesneuwerten seien somit unumgänglich. Der Ordnungsgeber habe durch die Verdichtung auf wenige, allgemeine Indexreihen eine praktikable und transparente Ermittlung von kalkulatorischen Restwerten und Abschreibungen zu Tagesneuwerten ermöglichen wollen. Dabei habe er bewusst auf die Bildung von Mischindexreihen verzichtet, für die eine Vielzahl von Annahmen getroffen werden müsse. Lediglich bei der Indexreihe, die die Preisentwicklung für die Stahlrohre mit einem Auslegungsdruck von mindestens 16bar darstelle, sei ein Mischindex aus dem Materialindex „Stahlrohre“ und dem Index „Ortskanäle“ gebildet worden (§ 6a Abs. 1 Nr. 3 GasNEV), um so den Stahlanteil bei Fernleitungsrohren adäquater abbilden zu können.

Die Plausibilisierungsrechnung, die bereits Gegenstand des Verfahrens zur Verordnungsänderung gewesen sei, zeige, dass bei Betrachtung eines langen Zeitraums die Anwendung der vorgegebenen Indexreihen zu plausiblen Ergebnissen führe und die wesentlichen Preiseinflussfaktoren berücksichtige. Auch hier gebe es keine spezifische Indexreihe, weshalb auf das Nettoanlagevermögen der Energieversorgung als Vergleichsmaßstab abgestellt worden sei. Dass die Plausibilitätskontrolle nicht Einzug in die Verordnungsbegründung gefunden habe, sei unschädlich.

Personalzusatzkosten i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV seien nur diejenigen, die für unmittelbar beim Netzbetreiber angestellte Mitarbeiter anfielen. Dies ergebe die Auslegung der Vorschrift. Bei isolierter Betrachtung des Wortlauts des § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV ergäben sich zwar keine Anhaltspunkte, für welche Gruppen von Arbeitnehmern die Regelung gelten solle. Aus § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 ARegV lasse sich jedoch durch die Beschränkung auf das „Unternehmen“ und die „Betriebsangehörigen“ auf das Erfordernis eines direkten Anstellungsverhältnisses schließen.

Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergebe sich nichts Gegenteiliges. In der Endfassung der Regelung sei lediglich der Stichtag für das Bestehen der Vereinbarungen geändert und eine sprachliche Straffung der Vorschrift vorgenommen worden.

Die systematische Auslegung bestätige ihre Sichtweise. Nach § 4 Abs. 1 ARegV werde die Erlösobergrenze „eines Netzbetreibers [...] nach Maßgabe der §§ 5 bis 16 [...] bestimmt“. Auch die Zuordnung in § 11 ARegV nehme entsprechend nur Kosten und Erlöse des Netzbetreibers in den Blick.

Obgleich die Personalzusatzkosten von Netzbetreibern im Rahmen von Gehaltsverhandlungen entscheidend beeinflussbar seien, habe sich der Verordnungsgeber dafür entschieden, eine bestimmte, zeitlich und sachlich eng umgrenzte Gruppe von tatsächlich beeinflussbaren Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbar von den Effizienzvorgaben auszunehmen. Die Einbeziehung von Kosten, die nicht beim Netzbetreiber, sondern bei Dritten entstünden, wäre ein systematischer Bruch, den der Verordnungsgeber ausdrücklich im Wortlaut verankert hätte. Zudem zähle § 11 Abs. 2 ARegV die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile abschließend auf, so dass kein Raum für die Anerkennung weiterer Kostenbestandteile als nicht beeinflussbar bleibe.

Ein Wertungswiderspruch im Hinblick auf die Vorschriften des EnWG zur Entflechtung ergebe sich nicht. Zwar erlaubten die Regelungen des EnWG verschiedene Modelle zur Umsetzung der Entflechtungsvorgaben. Die Schlussfolgerung, dass sich jedes dieser Modelle in der Entgeltregulierung als gleich wirtschaftlich darstellen müsse, sei jedoch unzutreffend.

Schließlich stünde auch der Sinn und Zweck der Vorschrift der Sichtweise der Betroffenen entgegen. Die mit der Vorschrift bezweckte Sicherung des sozialen Friedens beim Netzbetreiber, der die Vorgaben der Anreizregulierung umsetzen müsse, komme nicht zum Tragen, wenn die betroffenen Arbeitnehmer nicht beim Netzbetreiber, sondern in einem anderen Unternehmen angestellt seien. Diese unterlägen einem Wettbewerbsdruck, der nicht aus der Anreizregulierung herrühre. Das Abstellen auf den in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Personalaufwand sei dagegen transparent und führe zu der gebotenen einheitlichen Anerkennungspraxis.

Eine Anerkennung von Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten würde im Verhältnis zwischen den „schlanken“ Netzbetreibern in integrierten und nicht integrierten Unternehmen zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Ein Netzbetreiber, der nicht über eine Konzernmutter verfüge und Dienstleistungen auf dem freien

Markt einkaufen müsse, müsse diese Kosten als beeinflussbare Kosten gelten lassen, was im Zweifel einen schlechteren Effizienzwert zur Folge habe.

Die sich aus der Mitbenutzung privater Kraftfahrzeuge und Sonderzuwendungen aus dem Organisationshandbuch ergebenden Kosten in Höhe von € ... beruhen nicht auf einer vor dem 31.12.2008 abgeschlossenen Betriebsvereinbarung oder Tarifvereinbarung und seien daher nicht anerkennungsfähig.

Die ausschließlich beim Dienstleister angefallenen und an die Betroffene weiterverrechneten Kosten für die Betriebsratstätigkeit, der Berufsausbildung und Weiterbildung im Unternehmen und von Betriebskindertagesstätten seien nicht als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10, Nr. 11 ARegV anerkennungsfähig.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

B.

Die Beschwerde der Betroffenen ist im Hauptantrag (Antrag zu 1.) unzulässig. Der Hilfsantrag (Antrag zu 2.) ist zwar zulässig, er hat jedoch aus den mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung im Einzelnen erörterten Gründen in der Sache keinen Erfolg.

I.

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist im Hauptantrag zu 1., mit dem die Betroffene eine Neubescheidung unter nur teilweiser Aufhebung des angegriffenen Beschlusses begehrt, unzulässig. Der Hilfsantrag zu 2. ist hingegen zulässig.

1. Das mit dem Neubescheidungsantrag zu 1. verbundene beschränkte Aufhebungsbegehren, wonach der angegriffene Bescheid nur insoweit aufgehoben werden soll, als keine höheren als die festgesetzten Erlösbergrenzen festgelegt worden sind, ist nicht statthaft.

1.1 Eine Teilaufhebung setzt wie die Teilanfechtung die Teilbarkeit des Inhalts des Verwaltungsakts voraus. Zulässig sind Teilanfechtungen hinsichtlich aller objektiv abgrenzbaren und bezeichnenbaren Teile eines Verwaltungsakts, die auch als gesonderte Streitgegenstände bestehen könnten und deshalb isoliert aufhebbar sind (Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl., § 42 RN 21). Dies ist bei den einzelnen über die Regulierungsformel nach Anlage 1 zu § 7 ARegV in die Erlösobergrenzen einfließenden Kostenbestandteilen und Kalkulationsgrundlagen nicht der Fall (BGH, Beschluss vom 06.11.2012, EnVR 101/10, juris RN 29 – E.ON Hanse AG; Beschluss vom 14.04.2015, EnVR 16/14, RN 14 zur Erlösobergrenzenfestsetzung; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.10.2007, VI-3 Kart 8/07, juris RN 114 zur Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG). Diese stellen lediglich die Berechnungsgrundlage für die Erlösobergrenze dar. Eine Teilanfechtung ist jedoch nur hinsichtlich des Verfügungssatzes, nicht hinsichtlich der einzelnen Berechnungselemente zulässig (Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl., § 42 RN 21; Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 42 RN 14; Gerhardt in Schoch/Schneider/Bier, § 113 VwGO RN 33).

1.2. Auch eine lediglich dem Betrag nach beschränkte Teilaufhebung kommt vorliegend nicht in Betracht.

Bei Verwaltungsakten, die einen Geldbetrag festsetzen oder eine darauf bezogene Feststellung treffen, kann die Anfechtung zwar grundsätzlich auf einen bestimmten Teilbetrag beschränkt werden. So ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesfinanzhofs anerkannt, dass die Anfechtung eines Steuerbescheides auf einen Teil des festgesetzten Steuerbetrages beschränkt werden kann (BVerwG, Urteil vom 26.04.1974, VII C 30.72, juris RN 24 f.; BFH, Beschluss vom 23.10.1989 – GrS 2/87, BFHE 159,4, juris RN 42). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gilt dies auch für regulierungsbehördliche Entgeltgenehmigungen für Terminierungen in Mobilfunknetze (vgl. BVerwG, Urteil vom 01.04.2015; 6 C 36.13, RN 15). In dem entschiedenen Fall hat das Bundesverwaltungsgericht die Teilanfechtungsbeschwerde, mit der begehrt worden war, den Beschluss der Bundesnetzagentur insoweit aufzuheben, als dort ein Verbindungsentgelt für die Terminierung in einem bestimmten Netz von mehr als 7,92 Cent/Minute (nämlich mit 8,80 Cent/Minute) genehmigt worden ist, für zulässig erachtet. Dass nicht feststellbar sei, ob der nicht aufgehobene Teil von der Bundesnetzagentur mit der fraglichen Entgelthöhe erlassen worden wäre, stehe der auf einen bestimmten Betrag beschränkten Teilaufhebung nicht entgegen. Diese habe lediglich

zur Folge, dass die Höhe des bestehengebliebenen Teils des Entgelts wegen der insoweit eingetretenen Bestandskraft der Entgeltgenehmigung bei dem Erlass der neuen Genehmigung nicht unterschritten werden dürfe. (BVerwG, Urteil vom 01.04.2015; 6 C 36.13, RN 15).

1.3. Nach Auffassung des Senats sind diese Grundsätze jedoch nicht auf die Beschwerde gegen die Bestimmung der Erlösobergrenzen übertragbar. Eine betragsmäßige Teilbarkeit im Hinblick auf den unangefochten festgesetzten Betrag ist nicht möglich. Denn die im Verfügungssatz festgesetzten Erlösobergrenzen sind das Ergebnis der Anwendung der Regulierungsformel nach § 7 ARegV i.V.m. Anlage 1. Sie stellen eine rechnerische Einheit dar. Demgegenüber bilden die darin einfließenden Kostenbestandteile und Berechnungsgrundlagen, wie ausgeführt, keine eigenen Streitgegenstände, so dass eine Festsetzung der Erlösobergrenzen nur einheitlich möglich ist (vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.01.2010, 202 EnWG 3/09, juris RN 98). Vor diesem Hintergrund kann der von der Bundesnetzagentur nach Auffassung der Betroffenen zu niedrig ermittelte Erlösobergrenzenbetrag nicht als Teil oder Sockel des Ergebnisses der Regulierungsformel selbständig bestehen bleiben. Denn andernfalls wäre die Bundesnetzagentur aufgrund der durch die Teilaufhebung eintretenden Bestandskraft der Höhe nach verpflichtet, die Erlösobergrenzen unabhängig von dem Ergebnis der angewendeten Regulierungsformel zumindest in der dem angegriffenen Bescheid entsprechenden Höhe, quasi als garantierten Mindestbetrag, festzusetzen. Völlig unklar wäre in diesem Fall jedoch, wie sich die einzelnen Kostenbestandteile zusammensetzten mit der Folge, dass auch Unsicherheiten über den Umfang nachfolgender Anpassungen der Erlösobergrenze nach § 4 ARegV bestünden. Insbesondere bei der Anpassung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten wäre offen, auf welchem Betrag die geänderten Kosten aufsetzen sollen, wenn die Erlösobergrenzen letztlich ergebnisorientiert festgesetzt werden müssten.

1.4. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Betroffenen zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 06.11.2012, EnVR 101/10, RN 31 ff. – E.ON Hanse AG). Der Bundesgerichtshof hat unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesfinanzhofs zur Beschränkung der Anfechtung eines Steuerbescheids auf einen Teil des festgesetzten Steuerbetrages lediglich ausgeführt, dass die angewendeten Grundsätze auf die Anfechtung der Bestimmung von Erlösobergrenzen nach § 4 ARegV übertragbar sein

dürften (BGH, Beschluss vom 06.11.2012, EnVR 101/10, RN 31 ff. – E.ON Hanse AG; Beschluss vom 14.04.2015, EnVR 16/14, RN 21). Eine abschließende Entscheidung zur Zulässigkeit eines dem Betrag nach beschränkten Beschwerdebegehrens gegen eine Erlösobergrenzenfestsetzung hat er hingegen nicht getroffen. Seine Ausführungen beziehen sich darüber hinaus ausschließlich auf die prozessuale Möglichkeit der Beschränkung des Beschwerdeangriffs im Hinblick auf eine Verpflichtungsbeschwerde und nicht auf die Statthaftigkeit einer Teilaufhebung. Denn Gegenstand des dem Bundesgerichtshofs vorliegenden Falles war in diesem Zusammenhang allein die prozessuale Frage, ob der auf die Erhöhung der Erlösobergrenzen gerichtete Beschwerdeantrag auf einen bestimmten Betrag begrenzt war und daher eine nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist erfolgende Beschwerdeerweiterung, die über diesen Betrag hinausgeht, unzulässig ist. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass die Anwendung der Grundsätze der Teilanfechtung auf die Bestimmung von Erlösobergrenzen nach § 4 ARegV zur Folge hätte, dass der Netzbetreiber sein Begehren dahin einschränken kann, die festgesetzte Erlösobergrenze nur um einen bestimmten Betrag zu erhöhen und die Entscheidung der Regulierungsbehörde insoweit bestandskräftig wird, als eine weitere Erhöhung der Obergrenze über diesen Betrag hinaus abgelehnt worden ist. Der Bundesgerichtshof bezieht eine etwaige Teilbarkeit der Erlösobergrenze mithin nur auf den von der Bundesnetzagentur abgelehnten und daher nicht in den Festsetzungsbetrag einbezogenen Anteil. Von einer Teilbarkeit und einer dadurch eintretenden Bestandskraft der Festlegung im Übrigen, d.h. der bereits festgesetzten Beträge, geht er hingegen nicht aus. Nach seinen Ausführungen könnte ein Beschwerdeführer, der seinen Beschwerdeantrag auf Verpflichtung bzw. Neubescheidung prozessual auf einen bestimmten Betrag beschränkt hat, nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist lediglich keine über den ursprünglich beantragten Betrag hinausgehende Erhöhung der Erlösobergrenzen geltend machen. Es wäre ihm aber in dieser Konstellation nicht verwehrt, das dem Betrag nach beschränkte Begehren nachträglich auf andere tatsächliche Gesichtspunkte zu stützen (BGH, Beschluss vom 06.11.2012, EnVR 101/10, RN 33). Damit geht auch der Bundesgerichtshof davon aus, dass einzelne Elemente des Sachverhalts nicht in Bestandskraft erwachsen. Somit scheidet aber auch eine Teilaufhebung der Höhe nach aus, weil die Festlegung der Erlösobergrenze sich als Ergebnis der Anwendung der Regulierungsformel darstellt.

2. Der hilfsweise gestellte Antrag auf umfassende Aufhebung des angegriffenen Bescheids und Verpflichtung zur Neubescheidung (Antrag zu 2.) ist zulässig, insbesondere ist dieser als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde statthaft, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 4 EnWG.

II.

Die Beschwerde der Betroffenen ist aus den mit den Verfahrensbeteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen unbegründet. Die für die zweite Regulierungsperiode festgelegten Erlösobergrenzen sind nicht zu beanstanden. Die Rügen der Betroffenen haben keinen Erfolg.

1. Indexreihen

Die Rüge der Betroffenen, die Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV sei rechtswidrig, weil die Vorschrift des § 6a GasNEV bezüglich der anzuwendenden Indexreihen ihrerseits nichtig sei, ist unbegründet. Ihre gegen § 6a GasNEV gerichteten Rügen gehen fehl.

1.1. Bei der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen des eigenfinanzierten Anteils der Altanlagen sind die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 GasNEV auf Tagesneuwerte zum jeweiligen Bewertungszeitpunkt umzurechnen. Insoweit hat der Verordnungsgeber mit Wirkung vom 01.01.2013 (§ 32 Abs. 7 GasNEV) durch die Änderungsverordnung vom 31.07.2013 in § 6 Abs. 3 Satz 2 GasNEV bestimmt, dass die Umrechnung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der betriebsnotwendigen Anlagengüter auf Tagesneuwerte zum jeweiligen Stichtag unter Verwendung von Indexreihen des Statistischen Bundesamts nach Maßgabe des § 6a GasNEV erfolgt. Die von der Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur nach § 30 Abs. 2 Nr. 2 GasNEV i.V.m. § 29 Abs. 2 EnWG am 26.10.2011 bundeseinheitlich festgelegten, anlagengruppenspezifischen Preisindizes (BK9-11/602) waren aufgrund dessen nicht mehr heranzuziehen.

§ 6a Abs. 1 GasNEV sieht die Anwendung folgender vier Indexreihen der Fachserie 17 des Statistischen Bundesamts vor:

- für die Anlagengruppen I.2 Grundstücksanlagen, I.3 Betriebsgebäude, I.4 Verwaltungsgebäude, III.8 Gebäude, Verkehrswege und V.9 Gebäude (Mess-, Regel- und Zähleranlagen):
die Indexreihe Gewerbliche Betriebsgebäude, Bauleistungen am Bauwerk, ohne Umsatzsteuer (Statist. Bundesamt FS 17, Preisindizes für die Bauwirtschaft);
- für die Anlagengruppen Rohrleitungen und Hausanschlussleitungen IV.1.1 Stahlleitungen PE ummantelt, IV.1.2 Stahlleitungen kathodisch geschützt, IV.1.3 Stahlleitungen bituminiert, IV.2 Grauguss (>DN 150), IV.3 Duktiler Guss, IV.4 Polyethylen (PE-HD) und IV.5 Polyvinylchlorid (PVC), der Anlage 1 sofern die Anlagengruppen IV.1.1. – 1.3 nicht für den Gastransport mit einem Druck größer als 16 bar ausgelegt sind:
die Indexreihe Ortskanäle, Bauleistungen am Bauwerk (Tiefbau), ohne Umsatzsteuer (Statist. Bundesamt FS 17, Preisindizes für die Bauwirtschaft);
- soweit die Stahlleitungen der Anlagengruppen IV.1.1 (Stahlleitungen PE ummantelt), IV.1.2 (Stahlleitungen kathodisch geschützt) und IV.1.3 (Stahlleitungen bituminiert) für den Gastransport mit einem Druck größer als 16 bar ausgelegt sind:
Die Indexreihe Ortskanäle, Bauleistungen am Bauwerk (Tiefbau), ohne Umsatzsteuer (Statist. Bundesamt FS 17, Preisindizes für die Bauwirtschaft) mit einem Anteil von 60 % und die Indexreihe Stahlrohre, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücke aus Eisen und Stahl (FS 17, Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte) mit einem Anteil von 40 %;
- für alle übrigen Anlagengruppen – mit Ausnahme der Anlagengruppe I.1 Grundstücke – gilt der Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte gesamt (Statist. Bundesamt, FS 17).

Sofern diese Indexreihen nicht für den notwendigen Zeitraum der Vergangenheit verfügbar sind, bestimmt § 6a Abs. 2 GasNEV, dass die dort im Einzelnen aufgeführten Ersatzindexreihen der Fachserie 17 – aus den Preisindizes für die Bauwirtschaft bzw. dem Index Erzeugerpreise gewerblicher Produkte - heranzuziehen und mit den in § 6a Abs. 1 GasNEV genannten Indexreihen zu verketten sind.

1.2. Die Anwendung der in § 6a Abs. 1 Nr. 2 GasNEV genannten Indexreihen im Rahmen der Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen führt nicht zur Rechtswidrigkeit der festgesetzten Erlösobergrenzen in dem angegriffenen Bescheid. Die Regelung ist weder wegen eines Begründungsmangels noch angesichts der Rügen

der Betroffenen wegen fehlender Sachgerechtigkeit materiell rechtswidrig und damit nichtig.

1.2.1. Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Regelung des § 6a GasNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.06.2012, VI-3 Kart 14/14 (V), S. 39 BA). Verstößt eine untergesetzliche Rechtsnorm gegen höherrangiges Recht und ist daher nichtig, führt dies dazu, dass das Gericht die Norm in diesem Rechtsstreit nicht anwendet, wobei die Entscheidung allerdings nur inter partes wirkt (vgl. nur: Sommermann in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Art. 20 RN 272; Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl., Art. 20 RN 41). Dass die Regelung des § 6a Abs. 1 Nr. 2 GasNEV materiell rechtswidrig und damit nichtig ist, kann der Senat jedoch nicht feststellen. Die von der Betroffenen vorgebrachten Rügen greifen nicht durch.

1.2.2. § 6a GasNEV ist nicht wegen eines Begründungsmangels in Bezug auf die Regelung in § 6a Abs. 1 Nr. 2 GasNEV nichtig.

Ob eine Rechtsverordnung einer verfassungsrechtlichen Begründungspflicht unterliegt, ist bereits umstritten (vgl. Remmert in: Maunz-Dürig, GG, Band V, Art. 54-85, 70. EL Dezember 2013, RN 131 mit zahlreichen Literaturnachweisen in Fußnote 6). Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG sieht lediglich vor, dass der Verordnungsgeber die konkreten Normen, auf die sich die Rechtsverordnung stützt, in der Verordnung anzugeben hat (Zitiergebot). Darüber hinaus enthält Art 80 GG keine konkreten Vorgaben zu etwaigen Begründungspflichten. Ob sich eine Begründungspflicht aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG oder im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG herleiten lässt (so Brenner in: v.Mangoldt/Klein, GG, Band 2, 6. Aufl., Art. 80 RN 64; Mann in: Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 80 RN 32), kann letztlich dahinstehen, weil die Verordnungsänderung eine Begründung enthält. Diese genügt den Anforderungen im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes und auf die Eingriffstiefe der Regelung für die betroffenen Netzbetreiber. Ihr lässt sich insbesondere der Grund für die Auswahl gerade des Bauleistungsindex „Ortskanäle“ für die in § 6a Abs. 1 Nr. 2 genannten Anlagengruppen entnehmen.

Der Verordnungsgeber hat sowohl in der Problem- und Zielbeschreibung als auch in der Begründung im Allgemeinen Teil unter Ziffer I. „Zielsetzung und wesentlicher In-

halt“ als auch in der konkreten Begründung zu § 6a GasNEV dargelegt, was ihn veranlasst hat, von den nach § 6 Abs. 3 GasNEV a.F. vorgesehenen anlagengruppenspezifischen Indexreihen abzusehen und statt dessen auf allgemeine Indexreihen zurückzugreifen. Ferner ergibt sich aus der Begründung, warum er den Bauleistungsexindex „Ortskanäle“ für geeignet hielt. Insoweit hat er ausgeführt, dass die Vorgabe anlagengruppenspezifischer Indexreihen zu erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten geführt habe, da durch die erforderliche Differenzierung erheblich größere Unschärfen und Unsicherheiten eingetreten seien, als dies bei einer Verwendung allgemeiner Indexreihen der Fall gewesen wäre. Dies hat er dahingehend erläutert, dass die bisher notwendige Differenzierung der zu verwendenden Indexreihen nur durch die Kombination verschiedener spezifischer Reihen habe erreicht werden können. Diese Bildung von Mischindizes habe jedoch dazu geführt, dass Annahmen hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Indexreihen zu treffen gewesen seien. Ferner hätten die spezifischen Reihen des Statistischen Bundesamtes nicht hinreichend weit in die Vergangenheit zurückgereicht, so dass für verschiedene Zeiträume Indexreihen mit einer unterschiedlichen Güterzusammensetzung hätten verknüpft werden müssen. Durch die nunmehrige Anwendung einiger wesentlicher, übergeordneter Indexreihen, die die entscheidenden Preiseinflüsse abbildeten, werde der Rückgriff auf eine Vielzahl von Einzelreihen und Mischindizes in der Regel entbehrlich (BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2014, S. 1, 4, 11). In der Begründung der Ordnungsänderung zu § 6a GasNEV hat er ergänzend ausgeführt, dass die verwendeten Indexreihen zu differenziert und damit nicht praxistauglich genug gewesen seien. Da spezifische Preisentwicklungen von Strom- und Gasanlagegütern vom Statistischen Bundesamt bisher nicht oder nicht ausreichend lange in die Vergangenheit erfasst worden seien, sei eine eindeutige Zuordnung der Indexreihen des Statistischen Bundesamtes zu Preisentwicklungen in den Netzen der Strom- und Gasversorgung mithin ausgeschlossen. Erneut weist der Ordnungsgeber im Einzelnen auf die mit einer kleinteiligeren Differenzierung der Preisindizes verbundenen Schwierigkeiten hin, die einer besseren Treffsicherheit bei der Abbildung der Preisentwicklung des Anlagevermögens der Netzbetreiber entgegenstünden (BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, S. 17 f. zu § 6a GasNEV sowie S. 14 f. zu § 6a StromNEV). Vor dem Hintergrund, dass die von der Bundesnetzagentur sehr differenziert festgelegten Indexreihen gerade aus diesem Grund der gerichtlichen Kontrolle nicht standgehalten haben (vgl. nur: OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss vom 06.06.2012, VI-3 Kart 269/07 (V); BGH, Be-

schluss vom 12.11.2013, EnVR 33/12 - Festlegung Tagesneuwerte), waren weitere Darlegungen dazu entbehrlich.

Die Auswahl des Bauleistungsindex „Ortskanäle“ hat der Verordnungsgeber damit begründet, dass dieser die allgemeine Preisentwicklung von Rohr- und Hausanschlussleitungen – sachgerecht – abbilde, weil dieser insbesondere die spezifische Lohnentwicklung im einschlägigen Tiefbaugewerbe etwa für Erdarbeiten und Oberflächenwiederherstellung, Rohrverlegung und -montage über spezielle Subindizes erfasse (BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, a.a.O.). Diese Angaben reichen für eine gerichtliche Kontrolle und damit für die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes der betroffenen Netzbetreiber aus. Anders als in der von der Betroffenen zum Umfang der Begründungspflicht zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Harz IV-Regelsätzen nach dem SGB II (BVerfGE, Urteil vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175ff) sowie in der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Nordrhein-Westfalen zu den in § 24 des Gesetzes zur Landesentwicklung normierten Schwellenwerten für Verkaufsflächen (Urteil vom 26.08.2009, VerfGH 18/08, NVwZ 2009, 1287f.) konnten weitere Berechnungen schon deshalb nicht erfolgen und von daher auch nicht offengelegt werden, weil der Preisindex nicht etwa auf Berechnungen oder Bewertungen des Verordnungsgebers beruht, sondern von dem Statistischen Bundesamt veröffentlicht wird und im Rahmen des § 6a Abs. 1 Nr. 2 GasNEV unverändert Anwendung findet. Es kann daher nachvollzogen werden, ob dieser für einen langen Zeitraum zur Verfügung steht und welche Subindizes mit welchen Wägungsanteilen Berücksichtigung finden. Eine ausdrückliche Nennung war schon deswegen nicht erforderlich, weil – wie sich aus der Verordnungsbegründung ergibt – die Wägungsanteile im Zeitablauf Änderungen unterworfen sind.

Der Verordnungsgeber hat ferner begründet, warum er für Gasleitungen, die für Druckbereiche größer als 16 bar ausgelegt werden, nicht ausschließlich auf die Indexreihe Ortskanäle zurückgegriffen hat. Er hat darauf hingewiesen, dass für diese Gasleitungen nur Stahlleitungen verwendet werden dürfen, die besonderen Anforderungen an ihre Belastbarkeit genügen müssen. Um die sich von anderen Rohrleitungen unterscheidende Preisentwicklung der Stahlleitungen sachgerecht und transparent abzubilden, hat der Verordnungsgeber für sie einen Mischindex gebildet, der neben dem Bauleistungsindex „Ortskanäle“ (60 %) zu 40 % den Erzeugerpreisindex

„Stahlrohre, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücke aus Eisen und Stahl“ enthält. Eine Begründung für diese Gewichtung hat der Verordnungsgeber zwar nicht angegeben. Wie sich aus den entsprechenden Ausführungen zur Änderung der Indexreihen in § 6a StromNEV ergibt (vgl. BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, S. 14, 15), hat der Verordnungsgeber sich auf die bei der Regulierungsbehörde vorliegenden Erkenntnisse, die sich aus dem letzten Festlegungsverfahren zu den Preisindizes in der Vergangenheit ergeben haben und durch die Regulierungsbehörde plausibilisiert wurden, gestützt. Dass dies nicht ausdrücklich im Rahmen der Begründung des § 6a GasNEV erwähnt worden ist, muss als Redaktionsversehen gewertet werden. Der gerichtlichen Kontrolle steht dieser Umstand nicht entgegen.

1.2.3. Die mit der Neuregelung des § 6a GasNEV vorgegebenen Indexreihen sind auch nicht unter Zugrundelegung der Vorgaben in der Entscheidung des erkennenden Senats vom 06.06.2012, VI-3 Kart 269/07 (V), als materiell sachwidrig anzusehen.

1.2.3.1. Entgegen der Ansicht der Betroffenen lassen sich die Grundsätze dieser Entscheidung nicht ohne weiteres auf die in § 6a GasNEV vorgeschriebenen Indexreihen übertragen. Die nunmehr in § 6a GasNEV vorgeschriebenen Indexreihen unterliegen einer anderen Methodik als die nach § 6 GasNEV a.F. zu bildenden Indexreihen.

Gegenstand der genannten sowie weiterer Entscheidungen des Senats waren die von der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der §§ 6 GasNEV/StromNEV a.F. im Wege der Festlegung für den Strom- und Gasbereich gebildeten Indexreihen. Die Beschlusskammern hatten bei ihren Festlegungen dem Umstand, dass spezifische Preisentwicklungen von Strom- und Gasanlagegütern vom Statistischen Bundesamt bisher nicht oder nicht ausreichend lange in die Vergangenheit erfasst worden sind, dergestalt Rechnung getragen, dass sie selbst für die Preisentwicklung der Anlagegüter der Netzbetreiber und damit für die einzelnen Anlagengruppen differenzierte Mischindexreihen entwickelt hatten. Dabei hatten sie die Preisentwicklung der im Netzanlagenbau entstehenden Lohn- und Montageleistungen durch einen Rückgriff auf die Lohnindizes des Wirtschaftszweiges „Produzierendes Gewerbe“ der Fachserie 16 abgebildet und diese – vor der Verkettung mit daneben gewählten Materialindizes - noch um einen Produktivitätsfortschritt des Produzierenden Gewerbes bereinigt, den sie mit Hilfe der in der Fachserie 18 enthaltenen statistischen Daten ermit-

telt hatten. In diesem Zusammenhang hatte der Senat beanstandet, dass durch die Anwendung der Lohnindizes des hoch aggregierten Wirtschaftszweigs „Produzierendes Gewerbe“ der Fachserie 16 die Einbindungs- und Montageleistungen im Netzanlagenbau nicht repräsentativ und damit sachgerecht abgebildet werden, weil darin in erheblichem Ausmaß sachfremde Lohnentwicklungen – zu 67 % - berücksichtigt werden. Dass die Bundesnetzagentur aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und Verwaltungspraktikabilität nicht aufgeklärt habe, welchem Wirtschaftszweig Einbindungs- und Montageleistungen zuzuordnen seien, habe zur Folge haben müssen, dass die Bundesnetzagentur auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen hätte abwägen müssen, mit Hilfe welches der in Betracht kommenden Lohnindizes die Lohnentwicklung bestmöglich hätte abgebildet werden können. Dabei hätte es nahegelegen, den Lohnindex für das Baugewerbe zugrunde zu legen, da Installations- und Montagearbeiten typischerweise dem Baugewerbe zuzuordnen seien und nach dem Vorbringen der Netzbetreiber tatsächlich auch überwiegend von Bauunternehmen durchgeführt würden. Die Bundesnetzagentur habe darüber hinaus auch im Übrigen, soweit vorhanden, auf Bauindizes abgestellt.

Der Senat hatte ferner beanstandet, dass die bei den Einbindungs- und Montageleistungen des Netzanlagenbaus erzielten Produktivitätsfortschritte durch die in der Fachserie 18 enthaltenen statistischen Daten des Produzierenden Gewerbes nicht repräsentativ abgebildet würden. Schließlich hatte der Senat an der Vorgehensweise der Beschlusskammern kritisiert, dass diese das Ergebnis ihrer sehr differenzierten Methodik, die an viele verschiedene Annahmen anknüpfte und zwangsläufig Preisentwicklungen anderer Wirtschaftszweige berücksichtigte, nicht abschließend plausibilisiert hatte.

Mit § 6a GasNEV hat der Ordnungsgeber vor dem Hintergrund der gerichtlichen Kontrolle und Kritik an dieser Methodik hingegen für die Anlagengruppen an wenige Indexreihen angeknüpft, wobei er diese – soweit es um Netzanlagenbau im engeren Sinne geht - vornehmlich aus den Bauleistungsindizes der Fachserie 17 gewählt hat. Da diese schon für den jeweiligen Index die Preisentwicklung der Lohn- und Materialkomponente erfassen, bedurfte es insoweit schon keiner ergänzenden Hinzuziehung von Lohnindizes der Fachserie 16 und damit auch nicht der Berücksichtigung eines mit Hilfe der Fachserie 18 ermittelten Produktivitätsfortschritts sowie der Ermittlung der jeweiligen Wägungsanteile. Bei den übrigen Anlagegruppen, bei denen die

Lohn- und Montageleistungen nicht von ausschlaggebender Bedeutung sind, hat er auf die Preisentwicklung gewerblicher Produkte und damit auf die Erzeugerpreisindizes der Fachserie 17 abgestellt.

1.2.3.2. Zu Unrecht rügt die Betroffene, dass die Indexreihe „Ortskanäle, Bauleistungen am Bauwerk (Tiefbau)“ auch sachfremde Zweige enthält. Da spezifische Preisentwicklungen von Strom- und Gasanlagegütern vom Statistischen Bundesamt bisher nicht oder nicht ausreichend lange in die Vergangenheit erfasst worden sind, ist – wie der Verordnungsgeber festgehalten hat – eine eindeutige Zuordnung der Indexreihen des Statistischen Bundesamts zu Preisentwicklungen in den Netzen der Strom- und Gasversorgung ausgeschlossen. Vor diesem Hintergrund kommt entweder nur ausgehend von den vorhandenen Preisindizes die Bildung differenzierter Preisindizes oder die Anwendung allgemeiner Indexreihen in Betracht. Wie die vor dem Senat geführten Beschwerdeverfahren zu den behördlich festgelegten Preisindizes ergeben haben, kann durch eine sehr kleinteilige Differenzierung der Preisindizes die Abbildung der Preisentwicklung des Anlagevermögens der Netzbetreiber nicht besser gewährleistet werden, weil einzelne spezifische Indexreihen in großem Umfang zu Mischindizes zusammengeführt bzw. einzelne Baumaßnahmen voneinander separiert werden müssen. Hinzu kommt, dass sehr spezifische Indexreihen auch nicht weit genug in die Vergangenheit zurückreichen, so dass wiederum für verschiedene Zeiträume Indexreihen mit einer unterschiedlichen Güterzusammensetzung miteinander verkettet werden müssen. Da das Statistische Bundesamt lediglich die aktuellen Indexreihen veröffentlicht, ist auch deshalb eine einfache Zurückverfolgung der Preiseinflüsse über die notwendigen langen Zeiträume erheblich erschwert (vgl. nur: BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, S. 17 f. und 14 f. zu § 6a GasNEV und § 6a StromNEV).

Vor diesem Hintergrund hat der Verordnungsgeber sich – plausibel und nachvollziehbar – für eine praktikable und transparente Ermittlung von kalkulatorischen Restwerten und Abschreibungen zu Tagesneuwerten durch eine Verdichtung auf wenige, allgemeine Indexreihen entschieden. Dabei hat er sich – wie oben angeführt – auf Indexreihen der Fachserie 17 konzentriert, durch die über Preisindizes für die Bauwirtschaft die Preisentwicklung von konkreten Bauleistungen am Bauwerk und über den Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte deren Preisentwicklung repräsentativ abgebildet wird. Durch den Bauleistungsindex „Ortskanäle“ wird die

allgemeine Preisentwicklung von Rohr- und Hausanschlussleitungen sachgerecht abgebildet, da dieser – als einziger Index - insbesondere die spezifische Lohnentwicklung im einschlägigen Tiefbaugewerbe etwa für Erdarbeiten und Oberflächenwiederherstellung, Rohrverlegung und -montage über spezielle Subindizes erfasst (BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, a.a.O.). Wie mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung erörtert, setzt sich der Bauleistungsindex „Ortskanäle“ zusammen aus den Subindizes Erdarbeiten, Verbauarbeiten, Entwässerungskanalarbeiten, Verkehrswegebau (jeweils „Oberbausch.ohne Bindem.“, „Oberbausch. mit hydr. Binde.“, „Oberbausch aus Asphalt“ bzw. „Pflaster, Platten, Einfass.“), Mauerarbeiten, Betonarbeiten und Abdichtungsarbeiten. Neben dem Bauleistungsindex „Ortskanäle“ werden im Rahmen der Preisindizes für Neubauten in konventioneller Bauart, Ingenieurbau, auch die Preisentwicklungen im „Straßenbau“ sowie „Brücken im Straßenbau“ aufgeführt. Diese enthalten zwar ebenfalls entsprechende Subindizes, allerdings in einer anderen Gewichtung. So weist insbesondere der Subindex „Entwässerungskanalarbeiten“ jeweils eine erheblich geringere Gewichtung auf. Außerdem enthalten die beiden Preisindizes zusätzlich sachfremde Gewerke, wie z.B. Maler und Lackierarbeiten (Beschichtungen) oder Gerüstbauarbeiten (vgl. nur Preisindizes für die Bauwirtschaft, November 2013, Bundesamt für Statistik, sowie Preisindizes für die Bauwirtschaft, November 2014, Bundesamt für Statistik, jeweils abrufbar unter www.destatis.de). Vor diesem Hintergrund ist der Bauleistungsindex „Ortskanäle“ der sachgerechte Index, um die Preisentwicklung der relevanten Tiefbauarbeiten abzubilden (vgl. auch BR-Drs. 447/13 vom 29.05.2013, S. 14 zu § 6a StromNEV in Bezug auf die Lohnentwicklung im Hochbau, die auch z.B. tapezieren umfasst). Anders als die vom Senat in den Entscheidungen zu den Preisindizes beanstandeten Lohnindizes des Wirtschaftszweigs „Produzierendes Gewerbe der Fachserie 16“ kann auch nicht festgestellt werden, dass die Subindizes keine oder überwiegend keine Sachnähe zu den Anlagen Rohr- und Hausanschlussleitungen aufweisen, weswegen sich der Verordnungsgeber auch nicht zu Abhilfemaßnahmen veranlasst sehen musste.

Anderes gilt nur für Gasleitungen, die für Druckbereiche größer als 16 bar ausgelegt werden, da für sie besondere Anforderungen an Material und Sicherheit gelten, was sich auch auf die Preisentwicklung auswirken kann. Der Index „Ortskanäle“ berücksichtigt den Stahlanteil bei Fernleitungsrohren jedoch nicht angemessen. Um die sich von anderen Rohrleitungen unterscheidende Preisentwicklung der vorgeschriebenen Stahlleitungen sachgerecht und transparent abzubilden, hat der Verordnungsgeber

für sie einen Mischindex gebildet, der neben dem Bauleistungsindex „Ortskanäle“ zu 40 % den Erzeugerpreisindex „Stahlrohre, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücke aus Eisen und Stahl“ enthält.

1.2.3.3. Dass die vorgegebenen Indexreihen zu plausiblen Ergebnissen führen, hat der Verordnungsgeber durch eine Plausibilisierungsrechnung sichergestellt. Zwar geht aus der Verordnungsbegründung zu § 6a GasNEV nicht ausdrücklich hervor, dass eine Plausibilisierung vorgenommen worden ist. Die Bundesnetzagentur hat jedoch klargestellt, dass die von ihr in der Beschwerdeerwiderung beschriebene Plausibilitätsrechnung bereits Gegenstand im Verfahren zur Verwaltungsänderung war. Dem ist die Betroffene nicht mehr entgegen getreten. Dafür, dass eine Kontrolle stattgefunden hat, spricht auch, dass der Verordnungsgeber sich in Bezug auf die Gewichtung der Mischindizes im Strombereich ausdrücklich auf die von der Regulierungsbehörde vorgenommene Plausibilitätskontrolle berufen hat. (BR-DRs. 447/13 vom 29.05.2013, S. 15). Insoweit stellt sich der unterbliebene Hinweis als Redaktionsversehen dar.

Wie die Bundesnetzagentur schriftsätzlich und ergänzend in der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2015 ausgeführt hat, ist die Plausibilisierung durch einen Preisindex erfolgt, der die Preisentwicklung des Nettoanlagevermögens der Energieversorgung – insoweit hat sie ihre schriftsätzliche Angabe „Energiewirtschaft“ im Senatstermin korrigiert - abbildet, wobei das Anlagevermögen den gesamten Bestand an produzierten Vermögensgütern der Energieversorgung, d.h. von der Erschließung bis zur Verteilung an den Kunden umfasst. In der mündlichen Verhandlung hat die Bundesnetzagentur eingehend erläutert, dass eine spezifischere Indexreihe nicht existiert. Mangels näherer Aufschlüsselung der Indexreihe könne diese auch nicht unterteilt oder gewichtet werden, so dass der Bereich Verteilernetz nicht separierbar sei. Angesichts dessen ist der Rückgriff auf den Preisindex Energieversorgung nicht zu beanstanden, da dieser im Vergleich zu den anderen vorhandenen Indizes die größte Sachnähe zum Gasverteilernetz aufweist. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass der Index auch Gasspeicher und Kraftwerke umfasst. Auch die Betroffene hat keinen geeigneteren Index zu benennen vermocht.

Der Preisindex wurde aus dem Quotienten des vom Statistischen Bundesamt in der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung (FS 18, Reihe 1.4) veröffentlichten Nettoanlagevermögens zu Wiederbeschaffungspreisen und des Nettoanlagevermögens zu

konstanten Preisen gebildet. Die entsprechenden Unterlagen des statistischen Bundesamts hat die Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung zur Veranschaulichung vorgelegt und erläutert. Der Preisindex wurde mit einer aus den Indexreihen des § 6a GasNEV gebildeten Indexreihe verglichen, welche die Indexreihen „Ortskanäle“ (mit 82 %), „Gewerbliche Betriebsgebäude“ (mit 3 %) – bei den in der Beschwerdeerwiderung genannten „Bürogebäude(n)“ handelt es sich um einen Schreibfehler - und „Erzeugerpreisindex“ (mit 15 %) enthält. Soweit die Betroffene rügt, es sei nicht dargelegt, auf welcher Basis die Gewichtung der bestimmenden Indexreihen gewählt worden seien, kann dem nicht gefolgt werden. Die Bundesnetzagentur hat sowohl auf Seite 7 der Beschwerdeerwiderung (Bl. 128 d. A.) als auch im Senatstermin dargelegt, dass die Gewichtung der Indexreihen anhand ihres Anteils am gesamten Anlagevermögen aller Gasnetzbetreiber im Basisjahr 2010 vorgenommen wurde. Dabei hat sich beispielsweise ergeben, dass der Anteil Rohranlagen am Gesamtanlagevermögen 82 % beträgt.

Diese Plausibilisierung hat – wie das von der Bundesnetzagentur eingereichte Schaubild verdeutlicht – gezeigt, dass die Indexreihen bei Betrachtung eines langen Zeitraums die wesentlichen Preiseinflussfaktoren berücksichtigen und sie somit zu plausiblen Ergebnissen führen. Soweit es den Mischindex Stahlrohrleitungen von mindestens 16 bar angeht, haben die weiter durchgeführten Sensitivitätsanalysen, bei denen dieser Index mit Variationen in der Gewichtung berücksichtigt worden ist, gezeigt, dass der Verlauf der Indexreihe stabil ist.

2. Personalzusatzkosten

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsbehörde Personalzusatzkosten, die für die nicht unmittelbar bei der Betroffenen angestellten Mitarbeiter anfallen, nicht als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten i.S.d. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV anerkannt hat. Dasselbe gilt für die Nichtanerkennung der Kosten für Betriebs- und Personalratstätigkeit i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 ARegV und für die Berufsausbildung und Weiterbildung im Unternehmen und von Betriebskindertagesstätten i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 ARegV. Schließlich hat auch die Rüge der Betroffenen in Bezug auf die Kürzung der für die eigenen Mitarbeiter geltend gemachten Kosten für

die Mitbenutzung privater Kraftfahrzeuge und Sonderzuwendungen nach den Vorgaben des Organisationshandbuchs in Höhe von € ... keinen Erfolg.

2.1 Personalzusatzkosten nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV für mittelbar beschäftigte Mitarbeiter

Personalzusatzkosten für nicht unmittelbar bei der Betroffenen arbeitsvertraglich gebundene Mitarbeiter fallen nicht unter § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV. Diese Kosten stellen ein aliud da, die nach der Systematik sowie dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV erfasst werden. Die bei der Betroffenen aufgrund der mit der B. AG geschlossenen Verträge anfallenden Kosten sind auch nicht mit Personalkosten für angestellte Arbeitnehmer strukturell vergleichbar, so dass kein Anlass besteht, diese ausnahmsweise wie Personalzusatzkosten nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV zu behandeln.

2.1.1. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV sieht vor, dass Kosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen, soweit diese in der Zeit vor dem 31.12.2008 abgeschlossen worden sind, als dauerhaft nicht beeinflussbar gelten. Darunter fallen jedoch grundsätzlich nur Personalzusatzkosten für unmittelbar bei dem Netzbetreiber angestelltes Personal. Dies ergibt sich anhand der Auslegung der Vorschrift.

2.1.1.1. Der Wortlaut der Vorschrift verhält sich allerdings nicht ausdrücklich zu der streitgegenständlichen Frage, ob die Anerkennung von Lohnzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten voraussetzt, dass diese für eigene Arbeitnehmer des Netzbetreibers entstehen. Die Formulierung „Kosten für Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen“ ist bezüglich des konkret gewählten Beschäftigungsmodells neutral und schließt Kosten, die ein Netzbetreiber durch Vereinbarung übernommen hat, nicht von vornherein aus dem Anwendungsbereich aus. Die Norm enthält keinen Zusatz oder Verweis auf das Bestehen einer eigenen arbeitsvertraglichen Bindung und beschränkt sich nicht auf Kosten für diejenigen Leistungen, die an die Arbeitgeberbereitschaft anknüpfen (OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss vom 25.03.2015, VI-3 Kart 116/14, S. 11 BA).

2.1.1.2. Auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift lässt sich nicht eindeutig herleiten, ob nicht originär beim Netzbetreiber anfallende Personalzusatzkosten vom

Anwendungsbereich der Vorschrift umfasst sein sollen oder nicht. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV lautete in der Fassung des Entwurfs vom 4. April 2007 noch wie folgt:

„Als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten Kosten und Erlöse aus [...] betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen, soweit die hieraus abgeleiteten Ansprüche gegen den Netzbetreiber, die vor dem 31. Dezember 2006 entstanden und im Rahmen der Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a des Energiewirtschaftsgesetzes anerkannt worden sind.“

Der in dieser Fassung noch vorhandene Bezug zum Netzbetreiber ist nicht in die schließlich in Kraft getretene Fassung des § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV übernommen worden. Daraus lässt sich jedoch nicht zwingend der Schluss ziehen, dass der Verordnungsgeber Personalzusatzkosten von nicht unmittelbar bei dem Netzbetreiber angestellten Arbeitnehmern in den Anwendungsbereich der Regelung einschließen wollte. Denn die Norm ist insgesamt sprachlich anders gefasst worden. Es wird nur noch auf den Abschluss der Vereinbarungen, nicht jedoch auf die daraus hergeleiteten Ansprüche abgestellt, so dass auch die Notwendigkeit der Nennung des Anspruchsgegners entbehrlich geworden ist.

2.1.1.3. Systematische Erwägungen sprechen jedoch eindeutig dafür, dass von der Vorschrift nur solche Personalzusatzkosten umfasst werden, die unmittelbar arbeitsvertraglich beim Netzbetreiber entstehen, nicht jedoch solche, die im Rahmen von Dienstleistungskosten oder pauschaliert im Wege der Arbeitnehmerüberlassung weitergereicht werden.

§ 11 Abs. 2 ARegV beinhaltet eine abschließende Aufzählung der Kosten, die als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten sollen mit der Folge, dass sie den Effizienzvorgaben entzogen sind und der Netzbetreiber die von der Regulierungsbehörde bestimmte Erlösobergrenze autonom bei einer Kostenänderung innerhalb der Regulierungsperiode entsprechend § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 3, Satz 4 ARegV anpassen kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.07.2010, VI-3 Kart 184/09 (V), Beschluss vom 12.01.2011, VI-3 Kart 185/09 (V)). Der Verordnungsgeber hat damit von der Ermächtigung in § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 7 EnWG Gebrauch gemacht, wonach er Regelungen dazu treffen kann, welche Kostenanteile als dauerhaft oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten.

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, mit Hinweis auf BT-Drucks. 15/5268, S. 120). § 11 Abs. 2 EnWG setzt damit grundsätzlich eigene Kosten des Netzbetreibers voraus (OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss vom 25.03.2015, VI-3 Kart 116/14 (V), S. 10 BA; 5. Kartellsenat, Beschlüsse vom 18.05.2015, VI-5 Kart 3/14 (V), S. 8 BA; VI- 5 Kart 6/14 (V), S. 8 BA; 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 bilanzielle Kosten dar. 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. Ein bloßer „Netzbezug“ der Kosten externer Dienstleister reicht daher nicht aus. (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18.05.2015, VI-5 Kart 3/14 (V), S. 8 BA; VI- 5 Kart 6/14 (V), S. 8 BA).

In Bezug auf solche Mitarbeiter, die lediglich dienstleistend bzw. im Wege der Arbeitnehmerüberlassung für den Netzbetreiber tätig sind, scheidet danach eine Anerkennung der in Streit stehenden Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV schon deshalb aus, weil bei der Betroffenen die Kosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen als solche tatsächlich nicht entstehen. Eigener Personalaufwand entsteht bei der Betroffenen ausschließlich für die originär bei ihr beschäftigten Mitarbeiter. Gegenüber den ihr überlassenen oder bei ihr dienstleistend tätigen Arbeitnehmern 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 die B. AG. Infolgedessen sind die entsprechenden arbeitgeberseitigen Kosten auch nicht als Personalaufwand in der Bilanz der Betroffenen ausgewiesen, sondern in der der B. AG als tatsächliche Arbeitgeberin.

Soweit die Betroffene in diesem Zusammenhang auf die Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur bei den Baukostenzuschüssen verweist, ergibt sich nichts anderes. Erlöse aus der kalkulatorischen Auflösung von Netzanschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 13 ARegV) unterscheiden sich – 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 (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18.05.2015, VI-5 Kart 3/14 (V), S. 8 BA; VI- 5 Kart 6/14 (V), S. 10 BA). Die Entscheidung des Ordnungsgebers, Kosten der Betriebs- und Personalratstätigkeit, der Berufsausbildung und Weiterbildung im Unternehmen sowie von Betriebstagesstätten für Kinder der im Netzbereich beschäftigten Betriebsangehörigen als dauerhaft nicht beeinflussbar zu fingieren (vgl. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10, und Nr. 11), rechtfertigt ebenfalls keine abweichende Bewertung. Auch diese Ausnahmeregelungen setzen zunächst entsprechende eigene Kosten des Netzbetreibers voraus (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.05.2015, VI- 5 Kart 6/14 (V), S. 10 BA; Meyer/Paulus in: Holznapel/Schütz, ARegV, § 11 RN 89, 90). Schließlich kann auch aus § 4 Abs. 5a GasNEV nichts Gegenteiliges hergeleitet werden. Dort wird die Ansatzfähigkeit von Kosten oder Kostenbestandteilen, die auf Grund von Dienstleistungen durch Dritte anfallen, im Hinblick auf ihre Höhe dahingehend begrenzt, dass ein Ansatz nur soweit erfolgen kann, als die Kosten auch bei eigener Leistungserbringung angefallen wären. Die Regelung bezieht sich damit auf eine höhenmäßige Begrenzung, nicht jedoch auf ihre Einordnung als beeinflussbare oder nicht beeinflussbare Kostenanteile. Dass die Kosten als beeinflussbare Kosten anerkannt werden können, steht allerdings außer Frage. Von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV werden sie hingegen nicht erfasst. Hinsichtlich der Rechtsqualität der die Kosten auslösenden Vereinbarung wird in § 4 Abs. 5 a EnWG ausdrücklich auf Dienstleistungen und gerade nicht auf Kosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen abgestellt.

2.1.1.4. Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen ebenfalls dagegen, die von der Beschwerdeführerin im Rahmen der vereinbarten Dienstleistungs- und Arbeitnehmerüberlassungsentgelte zu tragenden Personalzusatzkosten in der zweiten Regulierungsperiode als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten zu berücksichtigen.

Die Vorschrift des § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV dient dem Bestandsschutz des Ende 2008 bestehenden sozialen Niveaus. Dem Ordnungsgeber ging es darum, den mit Beginn der Anreizregulierung entstehenden Kostensenkungsdruck erst mit zeitlicher Verzögerung von einem Jahr auf bestehende betriebliche und tarifvertragliche Vereinbarungen wirken zu lassen und somit den sozialen Frieden im Unternehmen zu bewahren (vgl. Meyer/Paulus, in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 11, RN 85). Denn in der Sache handelt es sich bei Lohnzusatzkosten nicht um dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten. Vielmehr fingiert der Ordnungsgeber in § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV, dass Kosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen, die vor dem Beginn der Anreizregulierung getroffen worden waren, dauerhaft nicht beeinflussbar sind, um 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, 81. EL Juli 2014, § 11 ARegV RN 62; Meyer/Paulus in: Holznagel/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). Damit handelt es sich bei § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV nicht in erster Linie um eine – in der Anreizregulierung systemfremde – Arbeitnehmerschutzvorschrift, sondern die Regelung dient in erster Linie dem sachgerechten Interessenausgleich zwischen den Belangen der Netzbetreiber und der Netznutzer. Daraus resultieren lediglich reflexmäßige Schutzwirkungen auch zugunsten der im Netzbereich beschäftigten Arbeitnehmer (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.03.2015, VI-3 Kart 116/14 (V), S. 13 BA). Personalzusatzkosten von unternehmensfremden Dienstleistern beruhen für den Netzbetreiber jedoch nicht auf betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen. Insofern besteht auch kein Bedürfnis für den mit der Vorschrift bezweckten Bestandsschutz. Denn nur wenn die Netzgesell-

schaft selbst derartige Verpflichtungen vor dem Stichtag eingegangen ist, wird sie dadurch in ihrem Spielraum eingeschränkt, sich aus diesen Vereinbarungen wieder lösen und die daraus entstehenden Kosten reduzieren zu können. Dagegen ergibt sich eine unmittelbar aus der Tarifautonomie folgende Beschränkung nicht aus den mit einer konzerneigenen Gesellschaft, vorliegend der B. AG, geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungs- und Dienstleistungsverträgen. Die darin vereinbarten Entgelte werden grundsätzlich frei ausgehandelt und erzeugen für die Betroffene schon im Ansatz keine vergleichbare betriebliche oder tarifvertragliche Bindungswirkung in Bezug auf die zur Verfügung gestellten Mitarbeiter. Vor diesem Hintergrund besteht auch kein Anlass, aus der Vergangenheit herrührende überhöhte Kosten im Wege einer erweiternden Auslegung über den eng umrissenen Anwendungsbereich der Bestandsschutzvorschrift des § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV hinaus auf den Netznutzer abzuwälzen (vgl. Säcker, Wettbewerbskonforme Methoden der Regulierung von Nutzungsentgelten, S. 8, Vortrag vom 04.04.2013, www.bundesnetzagentur.de). Soweit der Senat in der Entscheidung vom 25.03.2015, VI-3 Kart 116/14 (V), dennoch die Einordnung von Kosten aus einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten für zulässig erachtet hat, beruhte dies auf der besonderen Fallkonstellation. Daraus folgt jedoch nicht, dass Personalzusatzkosten auch in anderen Überlassungskonstellationen als dauerhaft nicht beeinflussbar anzuerkennen sind, worauf der Senat in der Entscheidung ausdrücklich hingewiesen hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.03.2015, VI-3 Kart 116/14 (V), S. 10, 21f. BA).

2.1.1.5. Die Einbeziehung von nicht beim Netzbetreiber entstandenen Personalzusatzkosten würde auch dem mit der Anreizregulierung verfolgten Ziel, die Netzbetreiber zum Abbau von Ineffizienzen zu veranlassen, widersprechen. 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 Arbeitnehmerüberlassung und 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 zu Lasten der Netznutzer für die Zukunft festzuschreiben (vgl. Bundesnetzagentur, Bericht zur Einführung der Anreizregulierungsverordnung vom 30.06.2006, Ziff. 75). Dies gilt vorliegend insbesondere auch für die Kosten der Arbeitnehmer-

überlassung, da es sich bei diesen – wie nachfolgend noch ausgeführt wird – nicht um strukturell vergleichbare Kosten handelt.

2.1.1.6. Die bei der Betroffenen anfallenden Vergütungs- und Dienstleistungskosten sind auch nicht mit Blick auf die Entflechtungsregelungen als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV anzuerkennen.

Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, die Verteilernetze betreiben, sind mit Inkrafttreten des EnWG 2005 verpflichtet, ihren Netzbetrieb operationell, informatorisch, buchhalterisch und seit dem 01.07.2007 auch rechtlich unabhängig von den anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung, Erzeugung und Verteilung zu gestalten. Zur Umsetzung der 2005 eingeführten Entflechtungsvorgaben haben sich auf der Ebene der Verteilernetzbetreiber neben dem Pacht- oder Dienstleistungsmodell (sog. schlanke Netzgesellschaft) 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 Stromverteilernetzbetreiber „Große Netzgesellschaft“ (2011)). Insofern besteht 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. Vielmehr ist es dem Netzbetreiber überlassen, in welcher gesellschaftsrechtlichen Rechtsform er den Netzbetrieb organisiert. Dabei sehen die Entflechtungsvorschriften – mit Ausnahme für das Leitungspersonal nach § 7 a Abs. 2 Nr. 1 EnWG – keine Vorgaben zur Ausstattung des Netzbetriebs mit eigenem, arbeitsvertraglich gebundenem Personal vor. Aus der Zulässigkeit der Gründung einer schlanken Netzgesellschaft folgt jedoch nicht, dass auch die Kosten für das auf der Basis von Dienstleistungsverträgen oder aufgrund Arbeitnehmerüberlassung tätige Personal zwingend als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten anerkannt werden müssen. Denn für die Wahl des Modells der schlanken Netzgesellschaft kann es vielfältige Motive geben. Ein Motiv mag dabei in der Vergangenheit der Effizienzgesichtspunkt

gewesen sein, anstelle der Beschäftigung eines großen eigenen Mitarbeiterstammes flexibel auf externes Personal zurückgreifen und auslastungsabhängig auf Dienstleistungskostenbasis abrechnen zu können. Inzwischen wird jedoch ein Trend zur Abkehr vom Pachtmodell hin 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-uni-bochum.de; Westermann/Otto, VersW 2013, 257). Daran zeigt sich, dass das vorliegend von der Betroffenen gewählte Unternehmensmodell keineswegs zwingend ist, sondern ihrer freien unternehmerischen Entscheidung obliegt. 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 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, a.a.O., S. 6) zu gelangen. Eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber der großen Netzgesellschaft liegt mithin nicht vor. Personalaufwendungen seitens anderer konzernverbundener Unternehmen können für den betroffenen Netzbetreiber im Rahmen der Anreizregulierung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten grundsätzlich 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 Satz 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 Satz 1 Nr. 9 ARegV grundsätzlich unternehmensindividuell zu erfolgen. Das Recht der Anreizregulierung ist nicht konzernbezogen, sondern einzelunternehmensbezogen ausgestaltet (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18.05.2015, VI-5 Kart 3/14 (V), S. 9f BA; VI- 5 Kart 6/14 (V), S. 10f. BA; so auch Büdenbender, a.a.O., S. 44). Soweit der Senat in der Entscheidung vom 25.03.2015, VI-3 Kart 116/14 (V), dennoch die Einordnung von Kosten aus einem Arbeitnehmer-

überlassungsvertrag als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten für zulässig erachtet hat, beruhte dies – wie ausgeführt - auf der besonderen Fallkonstellation.

2.1.2. Eine Gleichsetzung der bei der Betroffenen über das für die Arbeitnehmerüberlassung und die Inanspruchnahme von Dienstleistungen vereinbarte Entgelt zu zahlenden Personalzusatzkosten ist auch nicht aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles geboten. Die streitgegenständlichen Kosten sind nicht mit den Kosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV strukturell vergleichbar. Insoweit unterscheidet sich die hier vorliegende Vertragssituation von der der Entscheidung des Senats vom 25.03.2015 zugrunde liegenden Konstellation, bei der eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung als Folge der Umsetzung der Entflechtungsvorgaben vereinbart worden war, wobei die Arbeitnehmer umfassend in den Betrieb des Netzbetreibers eingegliedert worden sind und der Netzbetreiber die arbeitgeberseitig exakt bestimmten Personalkosten vollständig eins-zu-eins - ohne Pauschalierung oder Gewinnaufschlag - übernommen hat. In dieser besonderen Fallkonstellation hat der Senat aufgrund einer am Normzweck sowie an systematischen Erwägungen orientierten Auslegung der Vorschrift ausnahmsweise eine strukturelle Vergleichbarkeit der Kosten angenommen und vor diesem Hintergrund die Anerkennung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten bejaht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.03.2015, VI-3 Kart 116/14 (V)).

Eine solche strukturelle Vergleichbarkeit ist hier jedoch nicht gegeben. Die bei der Betroffenen anfallenden Kosten beruhen auf den zwischen ihr und der B. AG geschlossenen Verträgen, nämlich dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vom 11.12.2009, dem Netzbetriebsführungsvertrag, dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu Messstellenbetriebs- und Messdienstleistungen sowie dem Dienstleistungsvertrag über die Erfüllung aller Aufgaben kaufmännischer, rechtlicher und sonstiger Art, die für die Verwaltung der Gesellschaft der Betroffenen erforderlich sind. Danach hat die Betroffene an die B. AG jeweils ein pauschales Entgelt und gerade nicht exakt bestimmte arbeitgeberseitige Kosten zu entrichten. So hat die Betroffene nach § 5 des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages für die überlassenen Arbeitnehmer einen monatlichen Pauschalpreis (Festpreis) als Vergütung zu zahlen, der mit Ausnahme der gesondert zu berechnenden Kosten für geleistete Mehrarbeit, Überstunden, Dienstreisen, Fortbildungsmaßnahmen etc., alles, was zur ordnungsgemäßen, vollständi-

gen und termingerechten Ausführung der Leistungen notwendig ist, enthält, einschließlich der Kosten für die Überlassung von IT-Arbeitsplätzen, Standardbüromaterialien und Büroräumen. Eine Anpassung der Vergütung erfolgt nach § 5 Abs. 3 jeweils zum 01.04. eines jeden Jahres für die Zukunft. Insofern unterscheidet sich der hier streitgegenständliche Arbeitnehmerüberlassungsvertrag von demjenigen, der der Entscheidung des Senats vom 25.03.2015 im Verfahren VI- 3 Kart 116/14 (V) zugrunde lag. Daran ändert auch nichts, dass Grundlage der Berechnung der Pauschalvergütung die der B. AG selbst entstandenen Personalkosten sind. Wie die Betroffene in der mündlichen Verhandlung näher erläutert hat, wird bei der Ermittlung der Pauschalvergütung zwar einerseits auf die für eine Mitarbeiterkapazität tatsächlich entstehenden Ist-Kosten abgestellt, andererseits aber prognostisch abgeschätzt, welcher Mitarbeiterbedarf in der kommenden Periode bei der Betroffenen benötigt wird. Damit handelt es sich letztlich um Planwerte und nicht um die Durchreichung der tatsächlichen Personalzusatzkosten, wie es in dem vom Senat entschiedenen Fall praktiziert wurde. Die Betroffene ist nicht faktisch in derselben Situation wie die eigentliche Arbeitgeberin, vielmehr ähnelt ihre vertragliche Konstellation herkömmlichen Dienstverträgen, die – wie bereits ausgeführt – grundsätzlich nicht unter § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV fallen.

Auch die zwischen der Betroffenen und der B. AG geschlossenen weiteren Verträge sehen für die Inanspruchnahme der jeweiligen Dienstleistungen lediglich jährliche Pauschalvergütungen vor, in denen der Personalaufwand als jährlicher Pauschalbetrag als Vergütungsbestandteil mitenthalten ist (vgl. § 5 des Netzbetriebsführungsvertrages (Anlage 2 zu dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Bericht nach § 28 GasNEV, Bl. 111ff VV); § 5 des Geschäftsbesorgungsvertrages zu Messstellenbetriebs- und Messdienstleistungen (Anlage 3 zum im Verwaltungsverfahren vorgelegten Bericht nach § 28 GasNEV, Bl. 122ff VV) sowie § 5 des Dienstleistungsvertrages (Anlage 4 zu dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Bericht nach § 28 GasNEV, Bl. 129ff VV)). Die bei der Betroffenen anfallenden Dienstleistungskosten unterscheiden sich damit von den in § 11 Abs. 2 Satz 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 Dienstleis-

tungsentgelte grundsätzlich frei ausgehandelt werden und für die Betroffene schon im Ansatz keine vergleichbare betriebliche oder tarifvertragliche Bindungswirkung in Bezug auf die entsandten Mitarbeiter besteht (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18.05.2015, VI-5 Kart 3/14 (V), S. 12 BA; VI- 5 Kart 6/14 (V), S. 12 BA). Vor diesem Hintergrund ist es rechtlich unerheblich, dass die Pauschalvergütungen auf Selbstkostenbasis der B. AG ermittelt worden sind und anhand der im Verwaltungsverfahren vorgelegten Dienstleister-Bögen abgeglichen werden könnten.

2.2. Personalzusatzkosten nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV für unmittelbar beschäftigte Mitarbeiter

Ohne Erfolg wendet sich die Betroffene auch gegen die Kürzung der geltend gemachten Personalzusatzkosten für die Mitbenutzung privater Kraftfahrzeuge und Sonderzuwendungen nach den Vorgaben des Organisationshandbuchs in Höhe von € ... für die unmittelbar bei ihr angestellten Mitarbeiter.

§ 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV erfasst nur solche Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen, die auf betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen beruhen, die vor dem 31.12.2008 abgeschlossen worden sind. Vor diesem Hintergrund hat die Bundesnetzagentur – wie sich aus den Verwaltungsvorgängen ergibt (Bl. 2997, 3127 VV) – die Kosten, die sich nach den Vorgaben des Organisationshandbuch „Betriebliche Nutzung privateigener Kraftfahrzeuge“ mit der Begründung, das Organisationshandbuch stelle keine Betriebsvereinbarung dar und enthalte auch keine Unterschriften zwischen den Parteien, abgelehnt.

Eine Definition der Begriffe „betriebliche und tarifvertragliche Vereinbarungen“ kann der Vorschrift nicht entnommen werden. Mit „tarifvertragliche Vereinbarung“ ist jedoch unzweifelhaft der Begriff „Tarifvertrag“ gemeint (Büdenbender, a.a.O., S.15; Mückl, *VersorgW* 2012, 283, 286). Tarifverträge sind nach § 2 Abs. 1 TVG Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden oder zwischen Gewerkschaften und einzelnen Unternehmen zur Regelung ihrer Rechte und Pflichten und zur Festsetzung von arbeitsrechtlichen Normen. Was unter dem Begriff „betriebliche Vereinbarungen“ zu verstehen ist, ist hingegen umstritten. Zum Teil wird hierbei eine enge Auslegung herangezogen und diese nur als Betriebsvereinbarungen verstanden, zum Teil werden darunter auch die Einheitsregelung, Gesamtzusage und betriebliche Übung subsumiert (so Mückl, *VersorgW* 2012, 283, 287; Büdenbender,

a.a.O., S. 17f.; vgl. allg. zum Meinungsstand Trümner/Weinbrenner, ZNER 2010, 367, 368). Die Bundesnetzagentur legt den Begriff „betriebliche Vereinbarung“ unter Rückgriff auf das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) als „Betriebsvereinbarung“ aus und erfasst damit nur kollektivarbeitsrechtliche Vereinbarungen, nicht aber besondere Boni oder Gratifikationen, einseitige Zusagen der Geschäftsführung auf Basis von betriebsinternen Richtlinien oder Regelungen aus Personalhandbüchern (vgl. Bundesnetzagentur, Evaluierungsbericht vom 25.01.2015, S. 328). Auch der Bundesgerichtshof hat den Begriff Betriebsvereinbarung in seiner Entscheidung zur Bedeutung des § 11 Abs. 2 Nr. 9 ARegV für den Netzübergang nach § 26 ARegV als Synonym für den Begriff „betriebliche Vereinbarung“ verwendet (BGH, Beschluss vom 30.04.2013, EnVR 22/12, RN 30 a.E. – Regionalwerk Bodensee GmbH & Co. KG). Auch wenn der Bundesgerichtshof die Gleichsetzung der betrieblichen Vereinbarung mit der Betriebsvereinbarung nicht weiter problematisiert hat, ergibt sich eine solche anhand der Auslegung der Vorschrift.

Zwar enthält der Wortlaut der Regelung, wie ausgeführt, keine ausdrückliche Definition des Begriffs. Auch aus der Verordnungsbegründung ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte zu dessen Verständnis. Wie sich jedoch aus der Verwendung des Begriffs „tarifvertragliche Vereinbarung“ ergibt, hat der Verordnungsgeber eine attributive Ausdrucksweise gewählt. So ist mit „tarifvertragliche Vereinbarung“ unzweifelhaft „Tarifvertrag“ gemeint. Übertragen auf die „betriebliche Vereinbarung“ ist mithin die „Betriebsvereinbarung“ gemeint. Für ein erweitertes Verständnis des Begriffs besteht auch angesichts des beschränkten Geltungsbereichs eines Tarifvertrages kein Bedürfnis (a.A. Büdenbender, a.a.O., S. 18). Tarifvertragliche Vereinbarungen gelten unmittelbar zwar nur für die Gewerkschaftsangehörigen. In der Regel behandeln tarifgebundene Arbeitgeber aber alle Arbeitnehmer eines Betriebes unabhängig von deren tatsächlichen Tarifbindung zur Wahrung des Betriebsfriedens nach den Regeln des Tarifvertrags. Dies geschieht kraft Bezugnahme auf den Tarifvertrag. Eine solche Bezugnahme erfolgt aber nicht zwangsläufig durch eine betriebliche Vereinbarung, also beispielsweise kraft betrieblicher Übung, sondern im Regelfall durch eine Gleichstellungsabrede im Individualarbeitsvertrag (BAG, Urteil vom 17.04.2002, 5 AZR 89/01). Vor diesem Hintergrund bedarf es im Hinblick auf die Anwendung „tarifvertraglicher Vereinbarungen“ i.S.d. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV auf Nicht-Gewerkschaftsmitglieder nicht einer erweiternden Auslegung des Begriffs „betriebli-

che Vereinbarung“, vielmehr fallen arbeitsvertragliche Inbezugnahmen tariflicher Regelungen unmittelbar unter den Begriff „tarifvertragliche Vereinbarung“ (vgl. auch Mückl, *VersorgW* 2012, 283, 286; Hummel in: Danner/Theobald, *Energierrecht*, 81. EL, § 11 ARegV RN 62a).

Durch die gleichzeitige Nennung der „tarifvertraglichen Vereinbarungen“ neben der „betrieblichen Vereinbarung“ hat der Ordnungsgeber ferner deutlich gemacht, dass er mit der „betrieblichen Vereinbarung“ ein gleichwertiges kollektives Instrument gemeint hat. Denn nur insoweit liegt eine vergleichbare Bindungswirkung für den Arbeitgeber vor, die er beim Netzbetreiber als schutzwürdig angesehen hat. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV soll dem Umstand Rechnung tragen, dass die Netzbetreiber an Tarifverträge und betriebliche Vereinbarungen gebunden sind und diese Bindung angesichts der in der Regel bestehenden Nachbindung bzw. Nachwirkung selbst bei einer Kündigung dieser Vereinbarungen fortbesteht (Trümmer/Weinbrenner, *ZNER* 2010, 367, 372; Mückl, *VersorgW* 2012, 283, 284). Eine vergleichbare normative Bindungswirkung und insbesondere Nachbindungswirkung wie dem Tarifvertrag (vgl. §§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 5 TVG) kommt nach § 77 Abs. 6 BetrVG jedoch nur der Betriebsvereinbarung zu. Bei dieser handelt es sich um einen schriftlichen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, der nicht nur Rechte und Pflichten der Betriebsparteien begründet, sondern auch verbindliche Normen für alle Arbeitnehmer eines Betriebes formuliert. Erforderlich für das Zustandekommen sind übereinstimmende Beschlüsse von Arbeitgeber und Betriebsrat, die schriftliche Niederlegung sowie die Unterschrift von Arbeitgeber und dem Betriebsratsvorsitzenden auf einer Urkunde. Die Betriebsvereinbarung gilt für die Arbeitnehmer – ebenso wie der Tarifvertrag - normativ und zwingend. Werden Arbeitnehmern durch die Betriebsvereinbarung Rechte eingeräumt, so ist ein Verzicht auf sie nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig. Die Verwirkung dieser Rechte ist ausgeschlossen (§ 77 Abs. 4 BetrVG). Im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung, wozu insbesondere Fragen der betrieblichen Lohngestaltung i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gehören, wirkt sie selbst im Falle ihrer Beendigung nach (§ 77 Abs. 6 BetrVG). Eine derartige Bindungswirkung besteht bei sonstigen arbeitsrechtlichen Vereinbarungen mit kollektivem Bezug hingegen nicht. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf solche Vereinbarungen kommt angesichts des Ausnahmecharakters der Regelung, Netzbetreibern im Hinblick auf – grundsätzlich beeinflussbare - Kosten aus Personalzusatz- und Versorgungsleistungen Bestandsschutz zu gewähren, daher nicht in Betracht. Bei diesen

Vereinbarungen handelt es sich lediglich um eine besondere Form der Begründung individualvertraglicher Pflichten, von denen der Arbeitgeber zwar – wie bei der Gesamtzusage, der Einheitsregelung sowie der betrieblichen Übung – nur aufgrund einer Änderungskündigung abrücken kann, sofern die Gewährung der Vorteile nicht ausdrücklich widerrufen ist. Insoweit besteht jedoch kein Unterschied zu sonstigen individualrechtlich vereinbarten Begünstigungen. Auch diese können vom Arbeitgeber nicht einseitig aufgehoben werden, sondern bedürfen einer Änderungskündigung. Individualvereinbarungen sind jedoch von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV, der ausdrücklich nur „betriebliche und tarifvertragliche Vereinbarungen“ in Bezug nimmt, nicht erfasst (Meyer/Paulus, in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 11 RN 87).

Nichts anderes gilt für die hier streitigen Verpflichtungen aus dem Organisationshandbuch. Diesem kommt nicht die Rechtsqualität einer Betriebsvereinbarung zu. Grundsätzlich dienen Organisationshandbücher der gegliederten Zusammenfassung der allgemein gültigen organisatorischen Regelungen und Vorschriften im Unternehmen. Wie die Betroffene im Verwaltungsverfahren mit Schreiben vom 25.01.2013 (Bl. 3128 VV) vorgetragen hat, ist die Verfahrensregelung „Betriebliche Mitbenutzung privateigener Kraftfahrzeuge“ auch gerade deswegen nicht als Betriebsvereinbarung, sondern als OHB-Verfahrensregelung verfasst worden, weil viele ihrer Inhalte auch einer Arbeitsanweisung gleichkommen. Soweit den Mitarbeitern individualrechtliche Ansprüche eingeräumt werden, handelt es sich bei dem hier streitgegenständlichen Organisationshandbuch um eine besondere Form der Begründung individualvertraglicher Pflichten. Individualvereinbarungen sind jedoch, wie ausgeführt, – unabhängig von der Beteiligung des Betriebsrats - von § 11 Abs. 2 Satz 1 ARegV nicht erfasst.

2.3. Kosten nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10, 11 ARegV

Schließlich hat die Bundesnetzagentur auch die bei der B. AG anfallenden und von der Betroffenen anteilig geltend gemachten Kosten für die im gesetzlichen Rahmen ausgeübte Betriebs- und Personalratstätigkeit nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 ARegV sowie die Kosten der Berufsausbildung und Weiterbildung im Unternehmen i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 ARegV für die ihr zur Verfügung gestellten sowie eigenen Mitarbeiter nicht als dauerhaft beeinflussbare Kosten anerkannt.

2.3.1. Kosten der Betriebsrats Tätigkeit sind diejenigen Kosten, die dem Netzbetreiber aus der Tätigkeit des Betriebsrates, einschließlich eines Gesamtbetriebsrates und Konzernbetriebsrates, entstehen. Zu den Kosten gehören insbesondere die Personalkosten der Betriebsratsmitglieder, soweit diese wegen Betriebsrats Tätigkeit nicht ihrer eigentlichen Arbeit nachgehen können (§ 37 Abs. 2 BetrVG) oder zum Ausgleich für außerhalb der Arbeitszeit stattfindende Betriebsrats Tätigkeit Arbeitsbefreiung erhalten (§ 37 Abs. 3 BetrVG) sowie die Personalkosten vollständig freigestellter Betriebsratsmitglieder (§ 38 BetrVG). Ferner gehören hierzu die vom Arbeitgeber übernommenen Kosten des Betriebsrates (§ 40 Abs. 1 BetrVG) und die Kosten von Sachleistungen des Arbeitgebers an den Betriebsrat (§ 40 Abs. 2 BetrVG), wie das Zurverfügungstellen von Bürofläche (Hummel in: Danner/Theobald, Energierecht, 81. EL Juli 2014; § 11 ARegV RN 69).

Privilegiert sind nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 ARegV ferner die Kosten aus der Berufsausbildung und Weiterbildung im Unternehmen und von Betriebskindergärten für Kinder der im Netzbereich beschäftigten Betriebsangehörigen. Maßgebend sind nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin bei ihr die Kosten der Aus- und Weiterbildung (vgl. Bl. 3127 VV, Bl. 95 GA). Die Berufsausbildung ist in § 1 Abs. 3 des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) näher bestimmt und dort in Teil 2 Kap. 1 ausführlich geregelt. Kosten des Netzbetreibers für die Berufsausbildung sind insbesondere die Auszubildendenvergütungen, die Personalkosten der als Ausbilder eingesetzten Arbeitnehmer, soweit diese als solche tätig sind, die Sachkosten, z.B. für Lehrwerkstätten sowie die Kosten der Ausbildungsverwaltung (Hummel in: Danner/Theobald, Energierecht, 81. EL Juli 2014; § 11 ARegV RN 71f.). Der Begriff der Weiterbildung im Unternehmen ist gesetzlich nicht definiert. Hierunter fallen alle Maßnahmen, die der Vertiefung, Erweiterung oder Erneuerung von Kenntnissen, Fähigkeiten und Fertigkeiten der Arbeitnehmer und der Organe des Netzbetreibers dienen. Dies können betriebsinterne und externe Maßnahmen sein. Erfasst sind insbesondere die Personalkosten der Teilnehmer, soweit diese auf den Zeitraum der Weiterbildung entfallen, sowie die Teilnahmegebühren bei externen Maßnahmen (Hummel in: Danner/Theobald, Energierecht, 81. EL Juli 2014; § 11 ARegV RN 73).

2.3.2. Erfasst sind von § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 und 11 ARegV - wie bei Nr. 9 - allerdings nur die eigenen Kosten des Netzbetreibers (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.05.2015, VI-5 Kart 6/14 (V), S. 10 BA; Meyer/Paulus in: Holznagel/Schütz,

ARegV, § 11 RN 89, 90). Zwar nimmt der Wortlaut der Vorschriften nicht ausdrücklich Bezug auf eine Betriebs- und Personalratstätigkeit bzw. Aus- und Weiterbildung bei dem Netzbetreiber. Auch kann der in § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 ARegV verwendete Begriff des „Unternehmens“ sowohl in einem engeren als auch in einem weiteren Sinne verstanden werden. Allerdings gilt auch hier, wie schon bei Nr. 9, dass Ausgangspunkt der Kostenbetrachtung gemäß § 6 Abs. 1 ARegV die nach den Vorgaben der GasNEV ermittelten Gesamtkosten des betroffenen Netzbetreibers sind, wobei sich die Kosten aus der Gewinn- und Verlustrechnung ergeben. Insofern muss es sich um eigenen Personalaufwand des Netzbetreibers handeln. Dies ist bei den der B. AG entstandenen Kosten nicht der Fall, weswegen sie auch nicht im Rahmen des § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10, 11 ARegV Berücksichtigung finden können. Die geltend gemachten Kosten sind auch nicht strukturell vergleichbar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.03.2015, VI- 3 Kart 116/14 (V), S. 23 BA). Es handelt sich nicht um exakt bestimmte arbeitgeberseitige Kosten, vielmehr hat die Betroffene aufgrund der mit der B. AG geschlossenen Verträge jeweils pauschale Entgelte/Vergütungen zu zahlen, in denen die geltend gemachten Kosten pauschaliert enthalten sind. Dementsprechend hat die Betroffene die Kosten auch nur anteilig weiterverrechnet. Dies gilt auch für die ... bei ihr unmittelbar angestellten Mitarbeiter, für die sie ... der für die abgestellten sowie unmittelbar bei der Betroffenen angestellten Mitarbeiter entstandenen Gesamtkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten geltend gemacht hat (Bl. 2902, 3127 VV). Auch diese Kosten sind nicht unmittelbar bei ihr entstanden, vielmehr hat sie diese lediglich weitergeschlüsselt.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG.

II. Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat bereits im Termin vom 24.06.2015 nach den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten auf € ... festgesetzt (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO).

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 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 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

L.

Dr. E.

A.