



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 13.06.2018 durch die Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kühneweg und die Richterin am Oberlandesgericht Klein Reesink

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

Auf die Beschwerde der Betroffenen vom 14.12.2015 wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12.11.2015, BK 8-12/1880-11 aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Betroffene unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zur Anerkennung von Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten einschließlich der Neuberechnung des Effizienzwerts neu zu bescheiden. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Beteiligten tragen die Betroffene zu 70 % und die Bundesnetzagentur zu 30 %.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz in Alleinige Gesellschafterin der Betroffenen ist die ... (im Folgenden: A). Gesellschafter der A sind die ... (im Folgenden: B) sowie die ... (im Folgenden: C). Der Gesellschaftsvertrag der A war wegen der Beteiligung der C ... auf den 31.12.2015 befristet. Die Betroffene beschäftigte im Jahr 2011 ... eigene Mitarbeiter, weil sie nach Inkrafttreten der Entflechtungsvorgaben des EnWG zunächst nur die sog. „schlanke Netzpachtgesellschaft“ umsetzte, bei der das Netzeigentum bei ihrer Muttergesellschaft, der A, verblieb und an die Betroffene verpachtet wurde. Im Zuge einer im Jahr 2015 erfolgten Umstrukturierung wurden im Netzbetrieb tätige Mitarbeiter auf die Betroffene übergeleitet sowie die Vermögensgegenstände des Netzbetriebs teilweise auf die Betroffene übertragen.

Die Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur leitete gegenüber der Betroffenen im Mai 2013 von Amts wegen ein Verfahren zur Bestimmung der Erlösbergrenzen nach § 4 Abs. 1 und 2 ARegV ein. Hierbei führte die Beschlusskammer gemäß § 6 Abs. 1 ARegV eine Kostenprüfung zur Ermittlung des Ausgangsniveaus durch und erhob die erforderlichen Kostendaten des Netzbetreibers. Mit Schreiben vom 11.09.2013 teilte die Beschlusskammer der Betroffenen ein Ausgangsniveau in Höhe von ... Euro mit, nachdem der Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden war.

Mit Beschluss vom 12.11.2015 legte die Bundesnetzagentur die Erlösbergrenzen für die zweite Regulierungsperiode Strom (2014 bis 2018) niedriger als von der Betroffenen begehrt fest. Die vorgenommenen Kürzungen betreffen verschiedene Positionen im Rahmen der von der Betroffenen geltend gemachten aufwandsgleichen und kalkulatorischen Kosten im Ausgangsniveau. Den Effizienzwert der Betroffenen legte die Beschlusskammer mit 93,18 % fest.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Betroffenen. Sie macht im Einzelnen Folgendes geltend:

I. Zulässigkeit

Der mit dem Antrag zu 1. geltend gemachte Vornahmeantrag sei zulässig. Die Erlösobergrenzenfestlegung sei teilbar. Spruchreife sei ebenfalls gegeben, da die Betroffene die Höhe der angestrebten Erlösobergrenzen detailliert, konkret und nachvollziehbar beziffert habe, so dass der erkennende Senat lediglich über die zu Grunde liegenden Rechtsfragen zu entscheiden habe. Der Hauptantrag als Vornahmeantrag sei auch deshalb zulässig, weil der Bundesgerichtshof von einer rechnerischen und rechtlichen Teilbarkeit der Erlösobergrenzenfestlegung ausgehe. Der Hilfsantrag zu 2 sei statthaft, sofern sie mit den Streitgegenständen der Restwerte des Sachanlagevermögens, Basisjahrinvestitionen, Fiktion von Pensionsrückstellungen, Bezugsgröße für das Umlaufvermögen und Aufwendungen für Wartung und Instandhaltung obsiege. Der Hilfsantrag zu 3 sei statthaft, sofern sie mit den Streitgegenständen der Restwerte des Sachanlagevermögens, Basisjahrinvestitionen, Fiktion von Finanzanlagevermögen als Deckungsvermögen zu den Pensionsrückstellungen, Bezugsgröße für das Umlaufvermögen und Aufwendungen für Wartung und Instandhaltung obsiege. Der Antrag zu 4 sei statthaft, wenn sie mit den Streitgegenständen der Restwerte des Sachanlagevermögens, Basisjahrinvestitionen, Fiktion von Pensionsrückstellungen und Aufwendungen für Wartung und Instandhaltung obsiege. Der Antrag zu 5 sei statthaft, sofern sie mit den Streitgegenständen der Restwerte des Sachanlagevermögens, Basisjahrinvestitionen, Fiktion von Finanzanlagevermögen als Deckungsvermögen zu den Pensionsrückstellungen und Aufwendungen für Wartung und Instandhaltung obsiege.

II. Begründetheit

Die Betroffene ist der Ansicht, die Beschlusskammer habe die aufwandsgleichen und die kalkulatorischen Kosten im Ausgangsniveau zur Bestimmung der Erlösobergrenze sowie den Effizienzwert rechtswidrig ermittelt.

1. Kürzung der Restwerte des Sachanlagevermögens der Verpächterin

Die Bundesnetzagentur habe zu Unrecht die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens der Altanlagen der Verpächterin zu Anschaffungs- und Herstellungskosten um ... Euro (Jahresanfangsbestand) bzw. um ... Euro (Jahresendbestand) gekürzt. Des Wei-

teren habe die Bundesnetzagentur zu Unrecht die Restwerte des Sachanlagevermögens der Altanlagen der Verpächterin zu Tagesneuwerten um ... Euro (Jahresanfangsbestand) bzw. um ... Euro (Jahresendbestand) gekürzt.

Die Beschlusskammer habe dabei die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten des Basisjahrs 2006 mit den zum damaligen Zeitpunkt gewählten Zugangsjahren und Zuordnungen zu den jeweiligen Anlagengruppen, wie sie im Rahmen des Beschlusses über die Genehmigung der Netzentgelte gemäß § 23a EnWG vom 05.02.2008 (BK 8-07/164) geprüft und festgestellt worden seien, unverändert fortgeführt. Dies habe bei der Verpächterin zu zu niedrigen kalkulatorischen Abschreibungen, zu einer zu niedrigen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und zu einer zu niedrigen kalkulatorischen Gewerbesteuer und damit für die Betroffene mittelbar zu gekürzten Aufwendungen für überlassene Infrastruktur geführt.

Die Bundesnetzagentur greife zu Unrecht auf den Beschluss vom 05.02.2008 zurück. Dieser enthalte pauschale Kürzungen der beantragten Restwerte des Sachanlagevermögens zu Anschaffungs- und Herstellungskosten, die die Bundesnetzagentur vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Bundesnetzagentur und der Netzbetreiber zu den ansetzbaren Nutzungsdauern während des Zeitraums der Stromtarifbildung nach der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt.) vorgenommen habe. Für die streitgegenständliche Festlegung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode habe die Bundesnetzagentur die in ihrem Beschluss vom 05.02.2008 ermittelten Restwerte des Sachanlagevermögens zu Anschaffungs- und Herstellungskosten fortgeschrieben. Die Restwerte des Sachanlagevermögens zu Tagesneuwerten seien auf der Grundlage der so ermittelten Restwerte zu Anschaffungs- und Herstellungskosten und den anwendbaren Preisindizes ebenfalls zu niedrig gebildet worden. Für den Zeitraum der Stromtarifbildung nach der BTOElt. seien entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur betriebsgewöhnliche Nutzungsdauern nach Anlage 1 zur StromNEV anzusetzen.

Im angefochtenen Beschluss gehe die Bundesnetzagentur fälschlicherweise davon aus, dass sie im Rahmen der angefochtenen Festlegung an die Feststellungen des Beschlusses vom 05.02.2008 gebunden sei. Für die 2. Regulierungsperiode fehle es aber an einer dem § 6 Abs. 2 ARegV a.F. entsprechenden Regelung. Auch ergebe sich aus der Begründung des Beschlusses vom 05.02.2008 keine Bindungswirkung. Eine Fortwirkung der zu-

vor bestandskräftig anerkannten Restwerte des Altanlagevermögens zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten sei nicht gegeben, da die damalige Kürzung auf einen Pauschalrestwert rechtswidrig gewesen sei. Im Streitfall herrsche keine Unsicherheit über die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, sondern nur darüber, welche Nutzungsdauern in dem Zeitraum der Stromtarifbildung nach der BTOElt. von der Stromtarifgenehmigungsbehörde Nordrhein-Westfalen zugrunde gelegt worden seien. Dies sei von der Regulierungsbehörde zu ermitteln. Gelingt der Nachweis nicht, seien für den Zeitraum der Stromtarifbildung nach der BTOElt. betriebsgewöhnliche Nutzungsdauern nach Anlage 1 zur StromNEV anzusetzen. Dabei ergäben sich um ... Euro höhere Pachtkosten und insoweit ein höheres Ausgangsniveau der Betroffenen. Insgesamt führe die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur bei der Bewertung des Sachanlagevermögens zu einer rechtswidrigen Kürzung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode in Höhe von ... Euro.

2. Bezugsgröße bei der Ermittlung des Umlaufvermögens

Die Bundesnetzagentur habe rechtswidrig Kürzungen bei dem Umlaufvermögen der Betroffenen vorgenommen. Sachangemessen sei es, das betriebsnotwendige Umlaufvermögen mit einem Anteil von 1/12 des Jahresumsatzes zu bemessen. Die Anerkennungsfähigkeit der Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sowie des Kassenbestands ergebe sich aufgrund der Kennzahlen der Deutschen Bundesbank. Bei im Wettbewerb stehenden Unternehmen könne davon ausgegangen werden, dass diese effizient wirtschafteten und dass die liquiden Mittel bzw. Forderungen somit effizient eingesetzt und betriebsnotwendig seien. Die Bundesnetzagentur stelle indes rechtswidrig bei der Bezugsgröße für die Kürzungen des Umlaufvermögens auf die anerkannten Netzkosten ab. Durch die fehlerhafte Heranziehung der anerkannten Netzkosten als Bezugsgröße für das Umlaufvermögen ergäben sich für die zweite Regulierungsperiode insgesamt um ... Euro zu niedrige Erlösobergrenzen.

3. Verzinsung „negativen Kapitals“

Die Verwendung des für das unter 40 % liegende Eigenkapital festgelegten Zinssatzes für Neuanlagen von 9,05 % für das negative Kapital sei rechtswidrig.

Aus den beim Umlaufvermögen der Betroffenen durch die Bundesnetzagentur vorgenommenen Kürzungen ergebe sich für die Betroffene ein negatives Kapital. Dieses sei nach

der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2009 (EnVR 79/09) zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden, jedoch müsse auch nach der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs das negative Kapital für das Kostenniveau insgesamt neutral bleiben. Dies bedeute, dass die Eigenkapitalverzinsung des Netzbetreibers bei einer entkonsolidierten Betrachtung trotz negativen Kapitals – insgesamt – nicht geringer ausfallen dürfe, als sie bei – alternativer – konsolidierter Betrachtung ausfiele, also wenn der Netzeigentümer selbst Netzbetreiber wäre. Eine geringere Eigenkapitalverzinsung ergebe sich aber bereits daraus, dass die Bundesnetzagentur den Zinssatz für Neuanlagen von 9,05 % auf das negative Kapital anwende. Die Anwendung dieses Zinssatzes könne unter dem Gesichtspunkt der Kostenneutralität nicht richtig sein, da das positive Eigenkapital auch nicht einheitlich mit 9,05 % verzinst werde, sondern bei Altanlagen mit nur 7,14 % und bei dem über der höchstzulässigen Eigenkapitalquote von 40 % liegenden Eigenkapital sogar nur mit 3,98 %. Durch die einheitliche Verwendung des Zinssatzes von 9,05 % ergebe sich im Pachtmodell eine niedrigere Eigenkapitalverzinsung als im Netzeigentumsmodell. Um die fehlende Kostenneutralität festzustellen, sei eine konsolidierte Berechnung der Vermögens- und Kapitalwerte von Netzbetreiber und Netzeigentümer durchzuführen und das sich hiernach ergebende niedrigere Eigenkapital einheitlich mit den Zinssätzen für Alt- und Neuanlagen für das überschießende Eigenkapital zu verzinsen. Diese konsolidierte Berechnung sei mit der entkonsolidierten Berechnung von Netzbetreiber und Verpächter abzugleichen. Auch der Bundesgerichtshof gehe in seiner neueren Rechtsprechung (Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15) davon aus, dass den maßgeblichen Ausgangspunkt für die Berechnung die Kosten des Netzbetreibers bildeten und diese um diejenigen Bestandteile zu bereinigen seien, die bei einem nicht entflochtenen Netzbetreiber nicht anfielen. Diese Bereinigung stelle lediglich eine punktuelle Korrektur dar. Im Ergebnis sei die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung der Betroffenen bei der entkonsolidierten Betrachtung um ... Euro und die kalkulatorische Gewerbesteuer um ... Euro geringer, was nicht zulässig sei.

Hilfsweise werde der Zinssatz für das überschießende Eigenkapital i.H.v. 3,98 % geltend gemacht wie ihn auch das Schleswig-Holsteinsche Oberlandesgericht anerkenne. Das Ausgangsniveau der Betroffenen würde sich bei Anwendung dieses Zinssatzes in Summe um ... Euro erhöhen.

4. Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer

Die Bundesnetzagentur habe außerdem die kalkulatorische Gewerbesteuer unter Verstoß gegen § 8 StromNEV, § 21 Abs. 2 EnWG fehlerhaft berechnet, indem sie eine „Vom-Hundert“-Rechnung vorgenommen habe.

5. Nichtberücksichtigung von Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenbestandteile

Die Betroffene meint, die Bundesnetzagentur habe der Erlösbergrenzenfestlegung einen falschen Effizienzwert zugrunde gelegt. Der Effizienzwert sei zu niedrig, da die Bundesnetzagentur nicht sämtliche Kosten für Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV zuordne.

Mit Beginn der zweiten Regulierungsperiode habe die Bundesnetzagentur nur noch die Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen derjenigen Mitarbeiter als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV anerkannt, die kraft Anstellungsvertrags bei dem Netzbetreiber tätig seien, was bei der Betroffenen jedoch nur teilweise der Fall gewesen sei. Die Betroffene habe ursprünglich nur ... Mitarbeiter kraft direkten Arbeitsvertrags beschäftigt, da sie nach Inkrafttreten der Entflechtungsvorgaben des EnWG zunächst nur die so genannte „schlanke Netzpachtgesellschaft“ habe umsetzen können. Das bis zur Umstrukturierung im Jahr 2015 für die im Netzbereich tätigen Mitarbeiter der A gezahlte Entgelt habe auf dem vor dem 31.12.2008 abgeschlossenen Tarifvertrag Versorgungsbetriebe (TV-V) beruht. Die A habe an die Betroffene ein Entgelt im Wege der Stundenauskontierung weiterberechnet. Somit seien die Stunden, die die Mitarbeiter für den Netzbetrieb tätig gewesen seien, personenbezogen erfasst worden. Dieses Entgelt, das pro Stunde für die Mitarbeiter von der Betroffenen gezahlt worden sei, sei im Wege eines Vollkostenverrechnungssatzes ermittelt worden, so dass auch alle Kosten aus Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen in dem gezahlten Entgelt enthalten gewesen seien. Es seien dabei nur die tatsächlich entstandenen Kosten ohne Gewinnaufschläge weiterberechnet worden. Diese Vorgehensweise beruhe auf den vertraglichen Vereinbarungen zwischen der A und der Betroffenen über die Erbringung von Dienstleistungen durch die A an die Betroffene. Da die A nur den eigenen Aufwand an die Betroffene weiterberechnet und keine Gewinnaufschläge eingepreist habe, wäre die hypothetische Eigenleistungserbringung durch den Netzbetreiber nicht günstiger gewesen, sondern auf gleichem Kostenniveau geblieben. In der Folge sei es also gleichgültig, ob es sich um die Kosten für Lohnzusatz- und

Versorgungsleistungen der bei der Betroffenen unmittelbar angestellten Mitarbeiter oder um Kosten für Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen der A handele. Entscheidend sei, dass die Betroffene die Kosten in dem streitigen Zeitraum 01.01.2011 bis zum 31.12.2011 getragen habe.

Die Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur überzeuge nach Auslegung des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV nicht. Der Wortlaut, der historische und systematische Zusammenhang sowie der Sinn und Zweck der Norm sprächen gegen das Erfordernis einer arbeitsvertraglichen Bindung an den Netzbetreiber.

Da die Bundesnetzagentur die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile rechtsfehlerhaft ermittelt habe, seien die für die Betroffene festgelegten Erlösobergrenzen entsprechend zu ändern. Darüber hinaus müsse der Effizienzwert von der Bundesnetzagentur neu berechnet werden, weil rechtswidrig dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile in den Effizienzvergleich eingeflossen seien und die Bundesnetzagentur dadurch für die Betroffene einen zu niedrigen Effizienzwert ermittelt habe. Hätte die Bundesnetzagentur die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile in Höhe von insgesamt ... Euro ebenfalls von den Gesamtkosten abgezogen, hätte sie für die Betroffene einen Effizienzwert von ... % anstelle von 93,18 % ermittelt, was zusammen mit der Anerkennung der Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile zu höheren Erlösobergrenzen für die gesamte zweite Regulierungsperiode i.H.v. ... Euro geführt hätte.

Die Betroffene hatte ursprünglich auch die Nichtberücksichtigung von Basisjahrinvestitionen im Anfangsbestand des Anlagevermögens der Betroffenen und der Verpächterin, die Fiktion von Pensionsrückstellungen im Abzugskapital der Verpächterin sowie die Kürzung der Aufwendungen der Betroffenen für durch Dritte erbrachte Leistungen angegriffen. Bezüglich dieser Streitpunkte haben die Beteiligten das Beschwerdeverfahren aber nach Abschluss eines Vergleichsvertrags übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Betroffene beantragt,

1. die Bundesnetzagentur unter Abänderung ihres Beschlusses vom 12.11.2015, Az. BK8-12/1880-11 zu verpflichten, die festgelegten Erlösobergrenzen für die Jahre 2014 bis 2018 jeweils wie folgt zu erhöhen:

- zum 01.01.2014 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2015 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2016 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2017 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro sowie
 - zum 01.01.2018 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
2. hilfsweise zum Antrag zu 1, die Bundesnetzagentur unter Abänderung ihres Beschlusses vom 12.11.2015, Az. BK8-12/1880-11 zu verpflichten, die festgelegten Erlösobergrenzen für die Jahre 2014 bis 2018 jeweils wie folgt zu erhöhen:
- zum 01.01.2014 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2015 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2016 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2017 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro sowie
 - zum 01.01.2018 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
3. hilfsweise zu den Anträgen zu 1 und 2, die Bundesnetzagentur unter Abänderung ihres Beschlusses vom 12.11.2015, Az. BK8-12/1880-11 zu verpflichten, die festgelegten Erlösobergrenzen für die Jahre 2014 bis 2018 jeweils wie folgt zu erhöhen:
- zum 01.01.2014 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2015 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2016 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2017 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro sowie
 - zum 01.01.2018 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
4. hilfsweise zu den Anträgen zu 1, 2 und 3, die Bundesnetzagentur unter Abänderung ihres Beschlusses vom 12.11.2015, Az. BK8-12/1880-11 zu verpflichten, die festgelegten Erlösobergrenzen für die Jahre 2014 bis 2018 jeweils wie folgt zu erhöhen:
- zum 01.01.2014 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2015 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2016 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
 - zum 01.01.2017 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro sowie
 - zum 01.01.2018 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
5. hilfsweise zu den Anträgen zu 1, 2, 3 und 4, die Bundesnetzagentur unter Abänderung ihres Beschlusses vom 12.11.2015, Az. BK8-

12/1880-11 zu verpflichten, die festgelegten Erlösobergrenzen für die Jahre 2014 bis 2018 jeweils wie folgt zu erhöhen:

- zum 01.01.2014 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
- zum 01.01.2015 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
- zum 01.01.2016 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,
- zum 01.01.2017 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro sowie
- zum 01.01.2018 von ... Euro um ... Euro auf ... Euro,

6. hilfsweise zu den Anträgen zu 1 bis 5, die Bundesnetzagentur unter Abänderung ihres Beschlusses vom 12.11.2015, Az. BK8–12/1880-11 zu verpflichten, die Höhe der festgelegten Erlösobergrenzen für die Jahre 2014 bis 2018 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden,
7. hilfsweise zu den Anträgen zu 1 bis 6, den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12.11.2015, Az. BK8-12/1880–11 aufzuheben und die Bundesnetzagentur analog § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO zu verpflichten, eine Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der angefochtene Beschluss sei rechtmäßig und verletze die Betroffene nicht in ihren Rechten.

I. Zulässigkeit

Der angekündigte Hauptantrag sei bereits unstatthaft. Bereits die Annahme der Betroffenen, der Erlösobergrenzenbescheid sei rechnerisch und rechtlich teilbar, sei unzutreffend. Ändere sich ein Kostenbestandteil, sei die gesamte Erlösobergrenze anhand der Regulierungsformel neu zu berechnen. Denn die verschiedenen Kostenbestandteile beeinflussten sich gegenseitig. Nur wenn die Neuberechnung dem erkennenden Senat möglich sei, liege Spruchreife vor. Im Streitfall sei die Neuberechnung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode dem Senat – auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Betroffenen – nicht möglich. Somit sei – im Falle des Obsiegens der Betroffenen in einem

oder in mehreren Punkten – allein eine vollumfängliche Aufhebung des angegriffenen Bescheids unter Verpflichtung zur Neubescheidung angezeigt.

II. Begründetheit

Die Beschwerde sei auch unbegründet.

1. Kalkulatorische Restwerte der Altanlagen der Verpächterin

In der Kostenprüfung für die Entgeltgenehmigung des Jahres 2008 habe sich herausgestellt, dass wesentlich kürzere Nutzungsdauern zum Tragen gekommen seien, als bisher hilfsweise im Rahmen der Vermutungsregel nach § 32 Abs. 3 S. 3 StromNEV angenommen worden seien. Im Zuge der Kostenprüfung seien demnach die angesetzten kalkulatorischen Abschreibungen in den Tarifgenehmigungsverfahren der Vorgängergesellschaften selbst mit den bei der Bundesnetzagentur angegebenen originären Anschaffungs- und Herstellungskosten abgeglichen worden. Im Ergebnis sei eine entsprechende Kürzung des Anlagevermögens umgesetzt worden, um sicherzustellen, dass keine Anschaffungs- und Herstellungskosten des Sachanlagevermögens vom Netznutzer mehrfach refinanziert würden. Die umgesetzte Kürzung im Beschluss BK8-07/164 sei zum damaligen Zeitpunkt von der Betroffenen akzeptiert und nicht beklagt worden. Soweit die Betroffene in diesem Zusammenhang eine fehlende Bindungswirkung des Beschlusses BK8-07/164 einwende, verkenne sie, dass es sich bei der in Rede stehenden Position um die Ermittlung der Restwerte der Altanlagen, also Anlagegüter, die vor dem 01.01.2006 aktiviert worden seien, handele. Aufgrund des in § 6 Abs. 6 StromNEV verankerten Verbots der Abschreibung unter Null sei eine vergangenheitsbezogene Betrachtung hinsichtlich der zuvor im Rahmen der Netzentgeltgenehmigung bzw. Erlösobergrenzenfestlegung anerkannten Restwerte geboten. Eine Anknüpfung an diese Werte ergebe sich auch aus § 6 Abs. 5 S. 2 StromNEV, wonach die jeweils für eine Anlage in Anwendung gebrachte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer für die Restdauer ihrer kalkulatorischen Abschreibung unverändert zu lassen sei.

2. Bezugsgröße bei der Ermittlung des Umlaufvermögens

Die vorgenommene Kürzung des Umlaufvermögens sei rechtmäßig. Die Betroffene habe weder im Verwaltungsverfahren noch im Rahmen der Beschwerdebegründung den ihr obliegenden Nachweis der Betriebsnotwendigkeit eines höheren Umlaufvermögens erbracht. Insofern sei sie durch die Anerkennung eines pauschalen Betrags als Umlaufvermögen

nicht beschwert. Ihr Ansatz, auf die anererkennungsfähigen Netzkosten und nicht auf die Umsatzerlöse als Bezugsgröße für die 1/12-Kürzung abzustellen, sei korrekt.

3. Verzinsung „negativen Kapitals“

Es liege keine rechtswidrige Benachteiligung von Pachtmodellen vor. § 4 Abs. 5 StromNEV erfordere keine Kostenneutralität in dem Sinne, dass der Netzbetreiber und Pächter so gestellt werden müsse, als sei er Eigentümer der Anlagen. Die Kosten des integrierten Netzbetreibers stellten lediglich eine Obergrenze für die beim pachtenden Netzbetreiber zu berücksichtigenden Kosten dar. Sinn und Zweck der Regelungen des § 4 Abs. 5 und 5a StromNEV sei es, Kostenerhöhungen auszuschließen, die aus der unternehmerischen Entscheidung für ein Pachtmodell folgten. Maßgeblich sei, dass die Überlassung von Netzbestandteilen nicht zu überhöhten Netzentgelten führen dürfe. Die von der Betroffenen geforderte konsolidierte Betrachtung sei demgegenüber nicht angezeigt. Der angewendete Zinssatz sei nicht zu beanstanden.

4. Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer

Die kalkulatorische Gewerbesteuer habe sie im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berechnet.

5. Nichtberücksichtigung von Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenbestandteile

Entgegen der Ansicht der Betroffenen seien nur die Personalzusatzkosten (aus vor dem 31.12.2008 abgeschlossenen betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen) von denjenigen Mitarbeitern als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV anzuerkennen, die unmittelbar beim Netzbetreiber angestellt seien bzw. im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassungs- oder Personalüberleitungsverträgen für diesen tätig seien. Die Katalogkosten des § 11 Abs. 2 ARegV stellten einen Ausschnitt aus den Gesamtkosten des Netzbetreibers dar. Sie setzten damit grundsätzlich eigene Kosten des Netzbetreibers voraus. Die Anreizregulierung sei nicht konzernbezogen, sondern einzelunternehmensbezogen ausgestaltet. Bei den hier in Rede stehenden Kosten handele es sich um Personalzusatzkosten, die bei dem beauftragten Dienstleister als Arbeitgeber des eingesetzten Personals entstünden. Demgegenüber entrichte der Netzbetreiber ein wettbewerblich ausgehandeltes Dienstleistungsentgelt, das er in seiner Gewinn- und Verlustrechnung nicht als Personalkosten, sondern als Dienstleistungskosten auswei-

se. Auch der Bundesgerichtshof stelle in seiner Rechtsprechung maßgeblich darauf ab, ob Mitarbeiter wie eigene Angestellte des Netzbetreibers eingesetzt und bezahlt würden. Dies sei bei einem Dienstleistungsvertrag, bei dem die Vereinbarung nicht an die Überlassung konkreter Arbeitnehmer anknüpfe, sondern bei der die Erbringung einzelner Dienstleistungen im Vordergrund stehe, nicht der Fall. Es bestehe keine zu eigenen Arbeitnehmern vergleichbare Bindung, denn diese Mitarbeiter würden jeweils nur stundenweise im Netzbetrieb tätig.

Mit Schriftsatz vom 06.08.2018 hat die Bundesnetzagentur zudem erstmals vorgetragen, im Streitfall finde keine Vollkostenverrechnung statt. Es seien seitens der Betroffenen auch nicht alle Verträge vorgelegt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Parteien mit Anlagen, die Protokolle der Senatssitzungen vom 12.07.2017 und 13.06.2018 und den beigezogenen Verwaltungsvorgang Bezug genommen.

B.

I. Zulässigkeit der Beschwerde

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist mit den Anträgen zu 1 bis 5, mit denen die Betroffene unter Abänderung des angegriffenen Beschlusses die Festlegung konkreter anderer Erlösbergrenzen begehrt, unzulässig. Der Hilfsantrag zu 6, mit dem die Betroffene eine Neubescheidung unter Abänderung des angegriffenen Beschlusses geltend macht, ist ebenfalls unzulässig. Der Hilfsantrag zu 7 ist hingegen zulässig.

1. Das mit den Vornahmeanträgen zu 1 bis 5 verbundene beschränkte Änderungsbegehren, wonach der angegriffene Bescheid dahingehend geändert werden soll, dass bestimmte höhere als die festgesetzten Erlösbergrenzen festgelegt werden, ist nicht statthaft.

a) Der Senat hat mit Beschluss vom 23.09.2015 (VI-3 Kart 113/13 (V), Rn. 45 ff. juris) festgestellt, dass eine Teilaufhebung einer Erlösbergrenzenfestlegung nicht zulässig ist. In dem Verfahren hatte der Senat über einen Antrag zu entscheiden, eine Erlösbergrenzenfestlegung insoweit aufzuheben, als keine höheren als die im angegriffenen Bescheid

bezeichneten Erlösobergrenzen festgelegt wurden und insofern die Bundesnetzagentur zu verpflichten, über die Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen neu zu entscheiden. An dieser Entscheidung hält der Senat fest. Sie ist auf die im Streitfall begehrte Änderung und Festsetzung bestimmter erhöhter Erlösobergrenzen übertragbar. Die Änderung eines bestimmten Teils eines Verwaltungsakts ist nichts anderes als eine Teilaufhebung verbunden mit einer Neubescheidung über diesen Teil. Diese ist im Rahmen der Erlösobergrenzenfestlegung nicht zulässig.

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 (vgl. Riese in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 33. Ergänzungslieferung, § 113 Rn. 13 ff.). 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, Rn. 29 juris - E.ON Hanse AG; Beschluss vom 14.04.2015, EnVR 16/14, Rn. 14). Diese stellen lediglich die Berechnungsgrundlage für die Erlösobergrenze dar. Eine Teilanfechtung ist jedoch nur hinsichtlich des Verfügungssatzes, nicht hinsichtlich der einzelnen Berechnungselemente zulässig (Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 33. Ergänzungslieferung, § 42 Rn. 14).

Auch eine lediglich dem Betrag nach beschränkte Teilaufhebung kommt 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, Rn. 24 f. juris; BFH, Beschluss vom 23.10.1989, GrS 2/87, Rn. 42 juris). 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 Verbindungsent-

gelt 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).

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, 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.

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. juris - E.ON Hanse AG). Der Bundesgerichtshof hat unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bun-

des Verwaltungsgerichts 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. juris - E.ON Hanse AG; Beschluss vom 14.04.2015, EnVR 16/14, Rn. 21 juris). Eine abschließende Entscheidung zur Zulässigkeit eines dem Betrag nach beschränkten Beschwerdebegehrens gegen eine Erlösobergrenzenfestsetzung hat er hingegen nicht getroffen.

b) Im Übrigen ist der Vornahmeantrag auch mangels Spruchreife unstatthaft. Auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Betroffenen ist es dem Senat nicht möglich, die Neuberechnung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode durch die Betroffene nachzuvollziehen. Die Bundesnetzagentur führt die Berechnungen der Erlösobergrenzen mit Hilfe eines speziell programmierten Prüftools durch.

2. Mangels Teilbarkeit ist auch der Antrag zu 6 unstatthaft. Denn die Abänderung eines Verwaltungsakts scheidet insgesamt aus, wenn dieser nicht teilbar ist. Dann kommt nur die Aufhebung und Neubescheidung in Betracht.

3. Der hilfsweise gestellte Antrag auf umfassende Aufhebung des angegriffenen Bescheids und Verpflichtung zur Neubescheidung (Antrag zu 7) ist zulässig, insbesondere ist dieser als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Bescheidungsbeschwerde statthaft, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 4 EnWG.

II. Begründetheit

Die Beschwerde ist begründet, soweit sie sich gegen die fehlerhafte Nichtberücksichtigung von Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenbestandteile richtet. Im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Kürzung der Restwerte des Sachanlagevermögens der Verpächterin

Die Rüge der Betroffenen, die Bundesnetzagentur habe bei den kalkulatorischen Restwerten der Altanlagen der Verpächterin zu Unrecht die Werte aus der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG vom 05.02.2008 (BK 8-07/164) fortgeschrieben, obwohl dort für den

Zeitraum der Stromtarifbildung nach der BTOElt. falsche Nutzungsdauern angesetzt worden seien, hat keinen Erfolg.

a) Aus dem Wortlaut des Beschlusses vom 05.02.2008 (Anlage BF 8, dort S. 39) ergibt sich nicht, dass zwischen den Beteiligten zum damaligen Zeitpunkt Uneinigkeit über die anzusetzenden Nutzungsdauern bestand. Dort führt die Beschlusskammer aus, für die Berechnung des Sachanlagevermögens der Betroffenen würden die gleichen Nutzungsdauerannahmen zugrunde gelegt wie für die Rechtsvorgängerin und kalkulatorische Sonderabschreibungen der Rechtsvorgängerin berücksichtigt. Unter Berücksichtigung dieser Nutzungsdauern ergebe sich ein kalkulatorischer Restwert der Altanlagen auf Basis historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten in Höhe von ... Euro. Ausweislich des Bescheids vom 05.02.2008 sollten die sich danach ergebenden Anschaffungs- und Herstellungskosten auch für künftige Regulierungsperioden zugrunde gelegt werden. Die Bundesnetzagentur hat ihre damalige Vorgehensweise im vorliegenden Beschwerdeverfahren allerdings dahingehend erläutert, in der Kostenprüfung für die Entgeltgenehmigung des Jahres 2008 habe sich herausgestellt, dass bei der Betroffenen wesentlich kürzere Nutzungsdauern zum Tragen gekommen seien, als bisher hilfsweise im Rahmen der Vermutungsregel nach § 32 Abs. 3 Satz 3 StromNEV angenommen worden sei. Im Zuge der Kostenprüfung seien demnach die angesetzten kalkulatorischen Abschreibungen in den Tarifgenehmigungsverfahren der Vorgängergesellschaften selbst mit den bei der Bundesnetzagentur angegebenen originären Anschaffungs- und Herstellungskosten abgeglichen worden. Im Ergebnis sei eine entsprechende Kürzung des Anlagevermögens umgesetzt worden um sicherzustellen, dass keine Anschaffungs- und Herstellungskosten des Sachanlagevermögens vom Netznutzer mehrfach refinanziert worden seien. Danach wurden im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens für die zweite Netzentgeltgenehmigungsrunde zwischen den Beteiligten auch die anzusetzenden Nutzungsdauern diskutiert. Die Ansätze aus der Netzentgeltgenehmigung für das Jahr 2008 hat die Bundesnetzagentur für die erste Regulierungsperiode verwendet und für die Ermittlung des Ausgangsniveaus für die zweite Regulierungsbehörde fortgeschrieben.

b) Die Betroffene kann sich im Rahmen ihrer Beschwerde gegen die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode nicht mehr mit Erfolg auf die Fehlerhaftigkeit der im Bescheid aus dem Jahr 2008 angesetzten und seitdem fortgeschriebenen Nutzungsdauern berufen, weil sie es im Rahmen der § 23a EnWG-Entgeltgenehmigung, bei der zuletzt eine

Kostenprüfung erfolgte, hingenommen hat, dass die dort im Einzelnen angegebenen Restbuchwerte in Ansatz gebracht wurden. Daran muss sie sich, ungeachtet einer etwaigen Bestandskraft der letzten Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG, schon mit Blick auf eine Kontinuität der im Rahmen der Abschreibungen notwendigen Ansätze festhalten lassen (vgl. Senat, Beschluss vom 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15, S. 40; sowie 5. Kartellsenat des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2017, VI-5 Kart 17/15 (V), Rn. 62 juris).

So sollen die §§ 6 und 32 Abs. 1 StromNEV (§ 32 Abs. 3 StromNEV a.F.) ihrem Sinn und Zweck nach eine langfristige Grundlage in Bezug auf die kalkulatorische Betrachtung des Sachanlagevermögens schaffen. Dem entspricht die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur im Rahmen der Kostenprüfung für die letzte Netzentgeltgenehmigungsrunde nach § 23a EnWG. Es erfolgte eine Bewertung der Restwerte der Altanlagen unter Berücksichtigung der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie der in der Vergangenheit angesetzten Nutzungsdauern, also die Bewertung eines historischen Sachverhalts, der nicht bei jeder behördlichen Prüfung erneut zur Disposition stehen sollte. Ausgehend von den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten erfolgen die kalkulatorischen Abschreibungen, die zu den kalkulatorischen Restwerten führen. Die Restwertermittlung steht unter dem Verbot des Wiederauflebens kalkulatorischer Restwerte (§ 6 StromNEV). Der Netznutzer soll nur einmal die Anschaffungskosten des Sachanlagevermögens zurückerstatten.

Im Streitfall ergibt sich der Wille der Regulierungsbehörde zur Festschreibung der Restwerte des Sachanlagevermögens auch für zukünftige Regulierungsperioden unmittelbar aus der Netzentgeltgenehmigung vom 05.02.2008. Dort heißt es ausdrücklich, dass die konkret in Bezug genommene Aufstellung der Anschaffungs- und Herstellungskosten in Anlage 3 zukünftigen Regulierungsperioden zugrunde gelegt werden soll (vgl. Netzentgeltgenehmigung BK8-07/164, S. 39, Anlage BF 8). Die Wirkung der damaligen Netzentgeltgenehmigung, die hinsichtlich der Betrachtung der kalkulatorischen Abschreibungen keine Einschränkungen bezogen auf das Jahr 2008 enthält, reicht nach dem eindeutigen Willen der Bundesnetzagentur entsprechend der verordnungsrechtlichen Konzeption über den bloßen Genehmigungszeitraum 2008 hinaus. Durch diesen Beschluss sollte die Thematik Sachanlagevermögen/Nutzungsdauern für die Betroffene erkennbar auf eine langfristige Basis gestellt werden. Die Betroffene musste aufgrund der in der Netzentgeltgenehmigung gewählten Formulierungen davon ausgehen, dass die dort festgestellten

Sachanlagewerte als Basis auch für die Vermögensbewertung in zukünftigen Regulierungsperioden dienen würden. Hätte die Betroffene die Rechtswidrigkeit der in der Netzentgeltgenehmigung festgestellten Sachanlagewerte geltend machen wollen, hätte sie Beschwerde gegen die Netzentgeltgenehmigung einlegen können.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen besteht kein Widerspruch zwischen Tenorziffer 2 des Entscheidungssatzes der Festlegung vom 05.02.2008, der die Netzentgeltgenehmigung bis zum 31.12.2008 befristet, und der zitierten Passage, wonach die festgestellten Anschaffungs- und Herstellungskosten für zukünftige Regulierungsperioden übernommen werden sollen. Durch Tenorziffer 2 werden Netzentgelte in bestimmter Höhe befristet bis zum 31.12.2008 genehmigt. Darüber hinaus ergibt sich aus der Passage zur Weitergeltung der Anschaffungs- und Herstellungskosten für zukünftige Regulierungsperioden bei objektiver Würdigung für die Betroffene als Empfängerin der Festlegung jedoch eindeutig ein diesbezüglicher Regelungswille der Bundesnetzagentur.

Durch das Absehen von einer Beschwerde gegen die Netzentgeltgenehmigung für das Jahr 2008 hat die Betroffene zum Ausdruck gebracht, dass sie die im Beschluss getroffenen Restwertannahmen auch in späteren Perioden gegen sich gelten lassen wird. Unerheblich ist, ob – wie von der Bundesnetzagentur behauptet – im Zuge der Besprechungen zur Netzentgeltgenehmigung eine ausdrückliche Verständigung zwischen Bundesnetzagentur und Betroffener dahingehend stattgefunden hat, dass künftigen Regulierungsperioden die nach der bestandskräftigen Entgeltgenehmigung für das Jahr 2008 festgesetzten kalkulatorischen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu Grunde zu legen seien.

c) Die Betroffene kann sich nicht mit Erfolg auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berufen, wonach das Ergebnis der nach § 6 Abs. 2 ARegV a.F. maßgeblichen Kostenprüfung bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus für die Festlegung der Erlösobergrenzen zu korrigieren ist, soweit es mit der hierzu in der Zwischenzeit ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Einklang steht (vgl. nur BGH, Beschluss vom 28.06.2011, EnVR 48/10, Rn. 9 ff. juris - EnBW Regional AG; Beschluss vom 06.11.2012, EnVR 101/10, Rn. 16 juris - E.ON Hanse AG). Die Anpassung an später ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung soll verhindern, dass eine rechtswidrige Regulierungspraxis bei der Umstellung der Netzentgeltregulierung auf die Methode der Anreizregulierung fortgeschrieben wird. Danach ist eine Anpassung geboten, wenn eine gerichtliche

Entscheidung, zu der das Ergebnis der Kostenprüfung in Widerspruch steht, erst nach der Festlegung der Erlösobergrenzen ergangen ist oder wenn sich erst im Verfahren zur Überprüfung dieser Festlegung ergibt, dass die der Kostenprüfung zugrunde liegende Regulierungspraxis rechtswidrig war. Entscheidende Voraussetzung ist stets, dass sich eine der Kostenprüfung zugrunde liegende Rechtsauffassung als unzutreffend erweist (BGH, Beschluss vom 16.12.2014, EnVR 54/13, Rn. 16 juris - Festlegung Tagesneuwerte II; Beschluss vom 06.11.2012, EnVR 101/10, Rn. 18 juris - E.ON Hanse AG).

Darum geht es vorliegend nicht. Die in der Netzentgeltgenehmigung aus dem Jahr 2008 vorgenommene Bewertung des Sachanlagevermögens hat sich nicht aufgrund einer nachträglich ergangenen Rechtsprechung, insbesondere nicht aufgrund des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 25.09.2008, EnVR 81/07 – REWAG - als rechtswidrig herausgestellt. Vielmehr war bei der Bewertung des Sachanlagevermögens der Betroffenen im Vorfeld der Netzentgeltgenehmigung ein komplexer Sachverhalt aufzuklären, bei dem es insbesondere um die tatsächliche Frage ging, welche Abschreibungen durch die Rechtsvorgängerin der Betroffenen bei den einzelnen Anlagegütern bereits vorgenommen worden waren, um eine Abschreibung unter Null und damit eine mehrfache Refinanzierung der Anlagegüter zu verhindern. Die Betroffene hat nach den – insoweit unwidersprochenen – Ausführungen der Bundesnetzagentur im Prüfungsprozess von August 2007 bis Januar 2008 aktiv die Auseinandersetzung zum Thema „Sachanlagevermögen“ geführt. Die Kürzungsgründe waren ihr im Einzelnen bekannt und sie hat zu ihnen Stellung genommen. Die von der Rechtsvorgängerin verwendeten Nutzungszeiträume wurden beibehalten.

Unter Berücksichtigung dieses Umstandes ergab sich auch im Rahmen der Kostenprüfung für die streitgegenständlichen Erlösobergrenzen kein Anlass für die Bundesnetzagentur zu weiteren Ermittlungen bezüglich der angesetzten Restbuchwerte. Die Betroffene hat im Verwaltungsverfahren zwar die Restwerte beantragt, die sich ohne die Kürzungen aus dem Beschluss vom 05.02.2008 ergeben würden. Zu der in der Anhörung vom 08.05.2013 (dort S. 62, Anlage BF 2) angekündigten Kürzung entsprechend der Restbuchwerte des Beschlusses vom 05.02.2008 hat sie in ihrer Stellungnahme vom 29.05.2013 (dort S. 4, Anlage BF 6) aber lediglich ausgeführt, die Restwertermittlung im Genehmigungsantrag sei unter Heranziehung der Nutzungsdauern der Anlage 1 zur StromNEV erfolgt. Die bei der Rechtsvorgängerin hinterlegten Nutzungsdauern seien auch im Rahmen der Stromtarifbildung nach BTOElt. vollumfänglich angewandt worden. Da ausweislich des Beschlusses

ses vom 05.02.2008 die Nutzungsdauern der Rechtsvorgängerin der Betroffenen aber unverändert übernommen wurden, bestand für die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Stellungnahme der Betroffenen weder der Anlass noch die Pflicht, die in der Anhörung angegebenen Restwerte entsprechend dem Antrag der Betroffenen zu erhöhen oder die Betroffene auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 25.09.2008 (EnVR 81/07) hinzuweisen, zumal die gekürzten Werte aus der Netzentgeltgenehmigung vom 05.02.2008 auch schon in der ersten Regulierungsperiode zugrunde gelegt worden waren. Auch findet sich in der weiteren Korrespondenz zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur im Vorfeld der streitgegenständlichen Erlösobergrenzenfestlegung kein Hinweis darauf, dass die Betroffene eine Neubewertung des Altanlagevermögens für angezeigt hielt. Dabei hätte es der Betroffenen obliegen, im Einzelnen und nachvollziehbar darzulegen, aus welchem Grund die Kürzung der Restbuchwerte aus dem Jahr 2008 von ihr nicht mehr akzeptiert wurde. Zwar ist für die zweite Regulierungsperiode das Ausgangsniveau nach § 6 Abs. 1 ARegV durch eine Kostenprüfung nach §§ 4 ff. StromNEV von der Regulierungsbehörde von Amts wegen durchzuführen. Dennoch treffen den Netzbetreiber diesbezüglich nach § 27 ARegV Mitwirkungspflichten, die den Umfang der Amtsermittlungspflichten begrenzen (vgl. BGH, Beschluss vom 28.06.2011, EnVR 48/10, Rn. 86 - EnBW Regional AG).

d) Die Kürzung der beantragten Restwerte im Wege der Fortschreibung der Werte aus der Entgeltgenehmigung vom 05.02.2008 erweist sich auch nicht unter Berücksichtigung der von der Betroffenen zitierten Rechtsprechung des Senats (Beschlüsse vom 11.07.2007, VI-3 Kart 17/07 (V), Rn. 30 juris; vom 24.10.2007, VI-3 Kart 26/07 (V), Rn. 39 ff. juris und vom 16.04.2008, VI-3 Kart 78/07 (V), Rn. 55 juris) als rechtswidrig. Diese ist vorliegend schon nicht einschlägig, da die dortige Betroffene, die die tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten eines übernommenen Netzteils nicht ermitteln konnte, eine Rückindizierung im Einverständnis der Regulierungsbehörde vorgenommen hatte und lediglich beauftragt wurde, dass die Regulierungsbehörde die danach ermittelten Werte ohne nähere Begründung pauschal gekürzt hatte. Den Entscheidungen lässt sich nicht entnehmen, dass eine Kürzung der Anschaffungs- und Herstellungskosten für übernommene Netzanlagen von vornherein nur in Betracht kommt, wenn die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten nicht bekannt sind und nur dann das Rückindizierungsverfahren zur Ermittlung der Anschaffungs- und Herstellungskosten anzuwenden ist (vgl. auch insoweit 5. Kartellsenat des OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 63 juris).

2. Bezugsgröße bei der Ermittlung des Umlaufvermögens

Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist die pauschale Kürzung des Umlaufvermögens auf ein Zwölftel der anerkannten Netzkosten nicht zu beanstanden.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Korrektur der Bilanzwerte des Umlaufvermögens nach dem Maßstab der Betriebsnotwendigkeit vorzunehmen. Die Umstände, aus denen sich die Betriebsnotwendigkeit ergibt, hat der Netzbetreiber im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten darzulegen und zu beweisen (BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 14 juris; Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 26/14, Rn. 20 juris m.w.N.). Gelingt ihm dies nicht, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Wert des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens des Netzbetreibers höher ist als der von der Bundesnetzagentur angesetzte Betrag und es fehlt an einer Beschwer (BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 16 juris).

b) So liegt der Fall hier. Unter Beachtung der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze begegnet es keinen Bedenken, dass die Bundesnetzagentur nicht nur die liquiden Mittel, sondern auch den Forderungsbestand als Bestandteil des Umlaufvermögens auf 1/12 gekürzt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 13 juris). Gleiches gilt für den Umstand, dass die Bundesnetzagentur als Bezugsgröße für die Bestimmung des Pauschalwerts auf die anerkannten Netzkosten und nicht auf die Umsatzerlöse zurückgreift (vgl. BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 15 f. juris; Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 26/14, Rn. 21 juris). Angesichts des Umstands, dass der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung ausdrücklich darauf hinweist, dass die dortige Beschwerdeführerin durch den Ansatz von 1/12 der anerkannten Netzkosten nicht beschwert sei, ist die frühere Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 11.11.2015, VI-3 Kart 94/14, Rn. 57 juris) überholt. Die Betroffene hat ungeachtet des von der Bundesnetzagentur gewählten Pauschalansatzes ihr Umlaufvermögen im Einzelnen aufzuschlüsseln und dessen Betriebsnotwendigkeit aufzuzeigen.

Den erforderlichen Nachweis für die Betriebsnotwendigkeit eines höheren Umlaufvermögens hat die Betroffene nicht erbracht. Auch hat sie keine hinreichenden Anhaltspunkte für die beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens vorgetragen. Der Verweis der Betroffenen auf die Kennzahlen der Deutschen Bundesbank ist unergiebig. Zwar kön-

nen diese einen Anhaltspunkt dafür bieten, wieviel Umlaufvermögen durchschnittlich bei im Wettbewerb befindlichen Unternehmen vorgehalten wird. Eine zwingende Schlussfolgerung dahingehend, dass Umlaufvermögen in entsprechender Höhe im Rahmen der Ausgangsniveausermittlung anzuerkennen ist, lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Denn das in § 7 Abs. 1 Nr. 4 StromNEV verankerte Kriterium der Betriebsnotwendigkeit ergibt sich nicht aus Durchschnittswerten. Vielmehr verlangt es eine unternehmensindividuelle Prüfung der seitens des Netzbetreibers vorgelegten Nachweise.

3. Verzinsung „negativen Kapitals“

Die Rüge der Betroffenen hinsichtlich der Methodik der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung greift nicht durch. Insbesondere führt die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur, die zunächst eine getrennte Kostenprüfung bei Netzbetreiber, Eigentümer des Netzes (Verpächter) und Dienstleistungsbeauftragten durchführt, nicht zu einer rechtswidrigen Benachteiligung der Betroffenen. Eine konsolidierte Betrachtung, die nach Ansicht der Betroffenen dazu führen müsste, dass für die Betroffene mindestens die Eigenkapitalverzinsung anzuerkennen wäre, wie sich bei einer konsolidierten Betrachtung der Vermögens- und Kapitalwerte der Betroffenen und der Verpächterin ergäbe, ist nicht geboten (vgl. BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 32 ff. juris - SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH -; sowie vorhergehend Senat, Beschlüsse vom 11.11. 2015, VI-3 Kart 16/13 (V), Rn. 111 ff. juris, VI-3 Kart 117/14, Rn. 35 ff. juris und VI-3 Kart 94/14, Rn. 73 ff. juris, jeweils für den Gasbereich). Die Entscheidungen sind auf den Bereich der Stromversorgung übertragbar.

a) In der zitierten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof der von der Betroffenen im Streitfall geforderten konsolidierten Betrachtung eine Absage erteilt. Er hat ausgeführt, nach § 4 Abs. 5 GasNEV dürfe ein Netzbetreiber für die Überlassung von Anlagegütern durch Dritte höchstens diejenigen Kosten ansetzen, die anfielen, wenn er Eigentümer der Anlagen wäre. Damit solle verhindert werden, dass insbesondere innerhalb eines Konzerns durch die Vereinbarung überhöhter Pachtzinsen für den Netznutzer höhere Netzentgelte entstehen (BGH, a.a.O., Rn 34 juris). In Verpachtungsfällen habe hierzu eine kalkulatorische Berechnung sowohl beim Verpächter als auch beim Pächter stattzufinden. Ergebe sich dabei beim Pächter eine höhere Obergrenze für die Netzkosten als beim Verpächter, müsse die anzusetzende Pacht so weit reduziert werden, dass diese Differenz nicht mehr auftrete (BGH, a.a.O. Rn. 35 juris). Darüber hinaus sei zu gewährleisten, dass

Abzugskapital im Sinne von § 7 Abs. 2 GasNEV beim Netzbetreiber in voller Höhe angesetzt werde. Wenn das betriebsnotwendige Eigenkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2 GasNEV beim Netzbetreiber aufgrund der Gebrauchsüberlassung niedriger sei als das Abzugskapital, sei für die kalkulatorische Verzinsung des Eigenkapitals deshalb ein negativer Wert anzusetzen (BGH, a.a.O., Rn 36 juris). Der Senat habe zwar an anderer Stelle (BGH, Beschluss vom 03.03.2009, EnVR 79/07 – SWU Netze -, Rn. 45 juris) ausgeführt, ein von der Verzinsung des negativen Eigenkapitals abweichendes Ergebnis träte auch dann nicht ein, wenn das überschießende Abzugskapital alternativ bei dem Netzeigentümer in Ansatz gebracht würde, weil letzteres zu einer Reduzierung des berücksichtigungsfähigen Pachtzinses führen würde. Der Entscheidung könne aber nicht entnommen werden, dass die Berücksichtigung von Abzugskapital auf Seiten des Netzbetreibers stets nur in dem Umfang zu einer Reduzierung der Eigenkapitalverzinsung führen dürfe, der anfele, wenn der Netzeigentümer das Netz selbst betreiben würde (BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15 - SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH -, Rn. 42 juris). Nach § 4 Abs. 5 GasNEV könne sich aus den Kosten des Netzeigentümers zwar eine Obergrenze für die berücksichtigungsfähigen Kosten auf Seiten des Netzbetreibers ergeben. Den maßgeblichen Ausgangspunkt für die Berechnung bildeten dennoch die Kosten des Netzbetreibers. Diese seien nur um diejenigen Bestandteile zu bereinigen, die nicht anfielen, wenn der Netzbetreiber Eigentümer des gesamten betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre. Diese Bereinigung stelle lediglich eine punktuelle Korrektur dar und ändere nichts daran, dass die Vermögenssphären von Netzeigentümer und Netzbetreiber grundsätzlich getrennt zu betrachten seien (BGH, a.a.O., Rn. 45).

Soweit die Betroffene unter Verweis auf die letztgenannte Formulierung des Bundesgerichtshofs meint, hieraus ergebe sich, dass solche Bestandteile der Passiva der Betroffenen zu eliminieren seien, die nicht anfielen, wenn die Betroffene Eigentümerin des gesamten betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre und die Dienstleistungen selbst erbracht hätte, folgt der Senat dem nicht. Die vom Bundesgerichtshof als „punktuelle Korrektur“ bezeichnete Bereinigung ist im Zusammenhang mit seinen vorherigen Ausführungen zu verstehen, die die Obergrenzenregelung des § 4 Abs. 5 GasNEV insgesamt betreffen. Diese bezeichnet er als „punktuelle Korrektur“. Entgegen der Ansicht der Betroffenen spricht bereits der Umstand, dass der Bundesgerichtshof die entkonsolidierte Betrachtungsweise der Bundesnetzagentur ausdrücklich gebilligt hat, gegen die Eliminierung solcher Bestandteile der Passiva der Betroffenen, die nicht anfielen, wenn die Betroffene Eigentümerin des

gesamten betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre und die Dienstleistungen selbst erbracht hätte. Denn hierdurch würde zumindest insoweit eine konsolidierte Betrachtungsweise vorgenommen.

b) Der Senat folgt dem Bundesgerichtshof auch, soweit er den von der Bundesnetzagentur für die Verzinsung negativen Eigenkapitals angewendeten Zinssatz für Neuanlagen gebilligt hat (BGH, a.a.O., Rn. 37 juris). Mangels ausdrücklicher Vorgaben sei der Zinssatz mit Rücksicht auf den Zweck zu bestimmen, dem der Ansatz von negativem Eigenkapital diene (BGH, a.a.O., Rn. 38 juris). Ausgehend von der oben aufgezeigten Zwecksetzung des § 4 Abs. 5 GasNEV müsse der Zinssatz für das negative Eigenkapital so bemessen sein, dass sich die Eigenkapitalverzinsung des Netzbetreibers aufgrund des Abzugskapitals mindestens um den Betrag verringere, der sich ergäbe, wenn er Eigentümer des betriebsnotwendigen Anlagevermögens wäre (BGH, a.a.O., Rn. 39 juris).

Allein eine Verzinsung mit dem in § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV vorgesehenen Zinssatz für die zum Eigenkapital gehörenden Neuanlagen stehe mit dem Zweck des § 4 Abs. 5 GasNEV in Einklang (BGH, a.a.O., Rn. 48 juris). Die entsprechende Anwendung von § 7 Abs. 4 Satz 1 GasNEV folge der Systematik und dem Zweck von § 7 GasNEV, weil der darin vorgesehene Zinssatz nach der Konzeption des Ordnungsgebers für die Verzinsung von Eigenkapital grundsätzlich maßgeblich sei (BGH, a.a.O., Rn. 51 juris). Der Zinssatz für Neuanlagen sei derjenige Zinssatz, der der gesetzlichen Vorgabe einer angemessenen Verzinsung unter Berücksichtigung der mit dem Netzbetrieb verbundenen unternehmerischen Wagnisse grundsätzlich entspreche. Die Zinssätze für den überschießenden Anteil des Eigenkapitals und für Altanlagen beträfen demgegenüber Ausnahmekonstellationen und könnten deshalb nur dann herangezogen werden, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt seien oder zumindest eine damit vergleichbare Konstellation vorliege (BGH, a.a.O., Rn. 52 juris). Eine Ausnahmekonstellation, die zur Heranziehung eines anderen Zinssatzes führen könnte, liege in der hier zu beurteilenden Situation nicht vor. Der in § 7 Abs. 7 GasNEV vorgesehene Zinssatz sei gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 GasNEV anzusetzen, soweit das Eigenkapital einen Anteil von 40 % des Gesamtwerts des betriebsnotwendigen Vermögens übersteige. Damit trage der Ordnungsgeber dem Umstand Rechnung, dass es nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht sinnvoll erscheine, wenn Unternehmen langfristig eine Eigenkapitalquote von mehr als 40% aufwiesen (BGH, a.a.O., Rn. 54 juris m.w.N). Auf negatives Eigenkapital lasse sich diese Erwägung nicht

übertragen. Der Ansatz eines negativen Werts für das Eigenkapital sei nicht die Folge einer Finanzierung durch Fremdkapital oder gar einer Überschuldung des Netzbetreibers, sondern lediglich ein rechnerisches Hilfsmittel, um zu gewährleisten, dass das Vorhandensein von Abzugskapital im Sinne von § 7 Abs. 2 GasNEV zu einer Verringerung der ansetzbaren Kosten führe (BGH, a.a.O., Rn. 55 juris).

4. Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer

Die Bundesnetzagentur hat die kalkulatorische Gewerbesteuer auf der Grundlage der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und damit im Wege der sogenannten „Vom-Hundert“-Rechnung zutreffend ermittelt.

Wie der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 10.11.2015 (EnVR 26/14, Rn. 40 ff. juris - Stadtwerke Freudenstadt II) entschieden hat, kommt eine zusätzliche Bereinigung der Eigenkapitalverzinsung um die Gewerbesteuer („Im-Hundert“-Rechnung) nicht in Betracht, weil für die Berechnung der kalkulatorischen Gewerbesteuer auf eine rein fiktive Bemessungsgrundlage, die kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 GasNEV, abzustellen ist. Dass aufgrund dessen die Eigenkapitalverzinsung tatsächlich nicht in vollem Umfang erhalten bleibt, ist zwangsläufige Folge des rein kalkulatorischen Berechnungsansatzes. Eine Kostenneutralität ist hingegen nicht herzustellen (BGH, Beschluss vom 10.11.2015, EnVR 26/14, Rn. 46 juris). Mit den gegen diese Rechtsprechung erhobenen Einwendungen hat sich der Bundesgerichtshof befasst und diese abgelehnt (BGH, Beschluss vom 25.04.2017, EnVR 57/15, Rn. 58 ff. juris - SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH). Dem folgt der Senat.

5. Nichtberücksichtigung von Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenbestandteile

Dagegen wendet sich die Betroffene mit Erfolg gegen die Nichtberücksichtigung von Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile. Die von der Betroffenen geltend gemachten Personalzusatzkosten sind als dauerhaft nicht beeinflussbar einzustufen mit der Folge, dass auch der Effizienzwert der Betroffenen neu zu berechnen ist.

Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Personalzusatzkosten (aus vor dem 31.12.2008 abgeschlossenen betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen) von denjenigen Mitarbeitern, die nicht unmittelbar beim Netzbetreiber angestellt sind, als dau-

erhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV einzuordnen sind, hat der Bundesgerichtshof sich in seinen Entscheidungen vom 17.10.2017 (EnVR 23/16, Rn. 41 ff. juris - SW Kiel Netz GmbH) und vom 18.10.2016 (EnVR 27/15, Rn. 8 ff. juris - Infrawest GmbH) geäußert. Danach setzt die Vorschrift voraus, dass die in Rede stehenden Kosten beim Netzbetreiber entstehen. Allerdings ergibt sich daraus nicht zwingend, dass der Netzbetreiber an der betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung, auf der die Kosten beruhen, beteiligt sein muss oder dass zwischen ihm und den Mitarbeitern, die die Leistungen erhalten, ein Arbeitsvertrag bestehen muss. Der nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV erforderliche Zusammenhang ist vielmehr auch dann gegeben, wenn der Netzbetreiber Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen an Bedienstete aufgrund einer Vereinbarung mit Dritten, insbesondere mit dem originär zur Leistung verpflichteten Arbeitgeber, zu tragen hat. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV knüpft allerdings insoweit an rechtliche Beziehungen an, als die Kosten auf einer betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung beruhen müssen. Daraus ergibt sich, dass zwischen der Vereinbarung und der Kostenbelastung des Netzbetreibers ein rechtlicher Zusammenhang bestehen muss (BGH, Beschluss vom 18.10.2016, EnVR 27/15, Rn. 20 f. juris - Infrawest GmbH). § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV schreibt indes nicht zwingend vor, dass der Netzbetreiber an der betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung als Vertragspartei beteiligt sein muss. Vielmehr reicht es aus, wenn der Netzbetreiber die auf der Vereinbarung beruhenden Kosten aus einem anderen Rechtsgrund zu tragen hat und sie sich für ihn als Kosten für Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen darstellen. Ob ein solcher Zusammenhang besteht, ist anhand der wirtschaftlichen Verhältnisse zu beurteilen, weil § 11 Abs. 2 ARegV grundsätzlich an diese anknüpft (BGH, Beschluss vom 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 44 juris - SW Kiel Netz GmbH). Der danach erforderliche, aber auch ausreichende Zusammenhang zwischen der betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung und der Kostenbelastung für den Netzbetreiber ist auch dann gegeben, wenn der Netzbetreiber Arbeitnehmer einsetzt, die ihm von einem anderen Rechtsträger im Rahmen eines Arbeitnehmerüberlassungs- oder Personalüberleitungsvertrags zur Verfügung gestellt werden, und der Netzbetreiber sich verpflichtet, alle für diese Arbeitnehmer anfallenden Kosten zu übernehmen (BGH, Beschluss vom 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 48 juris - SW Kiel Netz GmbH). In dieser Konstellation entstehen bei wirtschaftlicher Betrachtung die Kosten für den Netzbetreiber - ebenso wie beim Einsatz eigener Arbeitnehmer - nicht für die Inanspruchnahme einer fremden Dienstleistung, sondern für die Inanspruchnahme der Arbeitsleistung von Bediensteten. Dass der Netzbetreiber für diese Bediensteten nicht als Arbeit-

geber fungiert und dass er ihnen gegenüber nicht unmittelbar durch die betriebliche oder tarifvertragliche Vereinbarung gebunden ist, auf der die Kostenbelastung beruht, ist nur für die rechtliche Einordnung von Bedeutung, die nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV insoweit nicht ausschlaggebend ist (BGH, Beschluss vom 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 49 juris - SW Kiel Netz GmbH).

Der Auffassung des Bundesgerichtshofs ist zu folgen. Dies führt im Streitfall dazu, dass die streitgegenständlichen Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV zu behandeln sind und in der Folge eine Bereinigung des Effizienzwerts erforderlich wird. Zwar liegt hier, anders als in den vom Bundesgerichtshof (Beschluss vom 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 41 ff. juris – SW Kiel Netz GmbH) und dem Senat (Beschluss vom 25.03.2015, VI-3 Kart 116/14 (V), Rn. 32 ff. juris) entschiedenen Fallkonstellationen, kein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vor. Bei der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung handelt es sich bei den streitgegenständlichen Dienstleistungsverträgen aber um mit der Arbeitnehmerüberlassung vergleichbare Verträge.

Dem steht nicht entgegen, dass die von der Betroffenen vorgelegten, abgeschlossenen Verträge über kaufmännische Dienstleistungen und Verwaltungsaufgaben für den Gas- und Strombereich (Anlage BF 14), Abrechnung und Messung der Netznutzung Gas und Strom (Anlage BF 15), Netzplanung Strom (Anlage BF 16) und Zähl- und Messwesen Strom (Anlage BF 17) ausdrücklich als Dienstleistungsverträge bezeichnet sind und bestimmte zu erbringende Dienstleistungen den Vertragsgegenstand bilden. Denn die Entgeltregelungen der vorgelegten Verträge sind ihrer inhaltlichen Gestaltung nach hinsichtlich der für den Netzbetreiber entstehenden Kosten mit Arbeitnehmerüberlassungs- oder Personalüberleitungsverträgen vergleichbar. Auch bei letztgenannten Verträgen werden die betroffenen Arbeitnehmer teilweise flexibel in weiteren Unternehmen und nicht ausschließlich für einen Auftraggeber tätig. Im Streitfall fand eine Zuordnung bestimmter Mitarbeiter zur netzwirtschaftlichen Tätigkeit der Betroffenen nicht statt, allerdings erfolgte die Abrechnung der erbrachten Leistungen im Wege der Stundenauskontierung. Ausweislich der von der Betroffenen vorgelegten Dienstleistungsverträge wurden der Betroffenen die tatsächlich entstandenen Kosten für die betroffenen Tätigkeitsfelder in Rechnung gestellt. Dies galt für Material- wie für Personalkosten. Das Entgelt, das pro Stunde für die Mitarbeiter von der Betroffenen gezahlt wurde, wurde nach dem zu berücksichtigenden Vortrag

der Betroffenen im Wege eines Vollkostenverrechnungsansatzes ohne Gewinnaufschläge weiterberechnet, so dass die Betroffene auch die anteiligen Personalzusatzkosten der A zu tragen hatte. Unerheblich ist insofern, dass die Verträge zumindest teilweise Dienstleistungen im Strom- und Gasbereich erfassen und insofern eine Kostenverteilung im Wege der Schlüsselung erfolgte. Zwar sind auch nach dem Vortrag der Betroffenen, gewisse Ungenauigkeiten möglich, die dadurch entstehen, dass die Mitarbeiter auch für andere Sparten oder verbundene Unternehmen tätig sind. Diese lassen sich jedoch auch bei spartenübergreifenden Netzbetreibern, die eigene Mitarbeiter beschäftigen, nicht vermeiden. Auch insofern ist zumindest teilweise die Berücksichtigung anteiliger Personalzusatzkosten nur im Wege der Schlüsselung möglich, ohne dass deswegen eine Berücksichtigung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenposition in Frage gestellt wird. Die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 17.10.2017, EnVR 23/16, Rn. 41 ff. juris - SW Kiel Netz GmbH) erforderliche Vergleichbarkeit unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist demnach gegeben, auch wenn es an einer mit unmittelbar angestellten Mitarbeitern vergleichbaren Bindung an die Betroffene fehlt.

Soweit die Bundesnetzagentur erstmals nach Schluss der mündlichen Verhandlung vom 13.06.2018 mit Schriftsatz vom 06.08.2018 bestritten hat, dass im Streitfall eine Vollkostenverrechnung vorlag und vorgetragen hat, dass seitens der Beschwerdeführerin nicht alle Verträge vorgelegt worden seien und beispielsweise der nicht vorgelegte „Dienstleistungsvertrag Datenschutz“ eine Pauschalvergütungsregelung auf Stundenbasis enthalte, ist dieses Vorbringen nicht berücksichtigungsfähig. Dies gilt auch für das Vorbringen, es sei unklar, ob die vom Dienstleister an die Betroffene weiterberechneten Personalkosten auch Personalkosten eines Drittunternehmens beinhalteten, sowie für den Vortrag, die Kosten für erbrachte Leistungen seien anhand von Durchschnittswerten pauschal hochgerechnet worden, indem z.B. für einzelne Dienstleistungen durchschnittliche Mitarbeiterkosten ermittelt und mit der Anzahl der im Netz der Betroffenen tätigen Mitarbeiter multipliziert worden seien. Ist die mündliche Verhandlung geschlossen, so sind weitere Ermittlungen des Gerichts und weiteres Vorbringen der Beteiligten, sofern diesen nicht eine Schriftsatzfrist gemäß § 173 S. 1 VwGO, § 283 ZPO eingeräumt war, nur zulässig und für das Gericht nur beachtlich, wenn vorher die mündliche Verhandlung gemäß § 104 Abs. 3 S. 2 VwGO durch das Gericht wiedereröffnet wird (W.-R. Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl., § 104 Rn. 10). Die Entscheidung über die Wiedereröffnung ist dabei in das Ermessen des Gerichts gestellt.

Gründe für eine Wiederöffnung der mündlichen Verhandlung liegen indes nicht vor. Sie ergeben sich insbesondere nicht aus der Verpflichtung des Gerichts, den Sachverhalt umfassend aufzuklären (§ 82 Abs. 1 EnWG, § 86 Abs. 1 VwGO). Zwar ist zwingend wiederzueröffnen, wenn nachgereichte Schriftsätze und Unterlagen aufdecken, dass das Gericht den Sachverhalt bisher nicht ausreichend aufgeklärt hatte (sog. "verfrühter Verhandlungsschluß", vgl. BVerwG, Urteil vom 01.03.1995, 8 C 36/92, Rn. 34 juris). Dies ist jedoch nicht der Fall.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts findet die Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts ihre Grenze dort, wo das Klagevorbringen keinen tatsächlichen Anlass zu weiterer Sachaufklärung bietet (BVerwG, Beschluss vom 19.03.1991, Rn. 5 juris m.w.N.). Ein solcher Anlass bestand im Streitfall nicht. Die Betroffene hatte bereits in der Beschwerdebegründung vom 17.06.2016 (dort S. 88) vorgetragen, das Entgelt für die Inanspruchnahme von Mitarbeitern der A werde im Wege eines Vollkostenverrechnungssatzes ermittelt, sodass auch alle Lohnzusatzkosten aus betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen in dem Entgelt enthalten seien. Dem hat die Bundesnetzagentur auch nicht widersprochen, nachdem die Betroffene mit Schriftsatz vom 19.03.2018 umfänglich zum Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17.10.2017 (EnVR 23/16) und den sich – ihrer Ansicht nach – ergebenden Schlussfolgerungen für den Streitfall Stellung genommen hatte. Die Betroffene machte in diesem Schriftsatz deutlich, dass insbesondere aufgrund der Vollkostenverrechnung im Rahmen der streitgegenständlichen Dienstleistungsverträge ihrer Ansicht nach eine Vergleichbarkeit mit der von der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fallgestaltung vorläge und erläuterte die Weiterberechnung im Wege der Stundenkontierung näher. Die Bundesnetzagentur ist diesem Vorbringen vor Schluss der mündlichen Verhandlung in tatsächlicher Hinsicht nicht entgegen getreten, sondern hat nur ausgeführt, eine Weiterberechnung unter Stundenauskontierung spräche eher dagegen, dass der Streitfall mit der Fallgestaltung in der zitierten Entscheidung vergleichbar sei. Schließlich hat die Bundesnetzagentur auch im Rahmen der ausführlichen Erörterung dieses Angriffspunktes im Rahmen der öffentlichen Verhandlung vom 13.06.2018 weder den Umstand der Vollkostenverrechnung bestritten noch auf von der Betroffenen nicht vorgelegte Dienstleistungsverträge hingewiesen. Sie hat auch nicht dargetan, dass sie sich zu den

vom Senat vorgetragenen ausführlichen Hinweisen im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht äußern könne und daher eine Schriftsatzfrist benötige.

C.

I. Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gem. § 90 S. 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Unter Berücksichtigung der Angaben der Betroffenen (Anlage BF 11) zum wirtschaftlichen Wert der einzelnen Angriffspunkte sowie den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten zu der hinsichtlich der erledigten Angriffspunkte getroffenen Kostenregelung haben die Betroffene die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu 70 % und die Bundesnetzagentur zu 30 % zu tragen.

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen bewertet der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung unter Berücksichtigung der Angaben der Beteiligten mit ... Euro. Für die Bewertung der einzelnen Angriffspunkte hat der Senat die Angaben der Betroffenen (Anlage BF 11) zugrunde gelegt, denen die Bundesnetzagentur nicht widersprochen hat.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienen (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 und 2 EnWG).

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 Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein

oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. 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).

Frister

Dr. Kühneweg

Klein Reesink