



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 109/18

Verkündet am:
12. November 2019
Zöller
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Dortmunder Netz GmbH

StromNEV § 6 Abs. 5 und 6

Aus dem in § 6 Abs. 5 und 6 StromNEV normierten Kontinuitätsgebot ergibt sich, dass ein Netzbetreiber bei der Abschreibung von Anlagegütern an die Restwerte und Nutzungsdauern gebunden ist, die die Regulierungsbehörde in einem bestandskräftigen Bescheid über die Genehmigung von Netzentgelten oder die Festlegung von Erlösobergrenzen für eine frühere Regulierungsperiode zugrunde gelegt hat.

StromNEV § 4 Abs. 5 Satz 1

Nach § 4 Abs. 5 Satz 1 StromNEV ist eine punktuelle Korrektur erforderlich, soweit bestimmte Kosten auf Seiten des Netzbetreibers nicht oder in geringerer Höhe angefallen wären, wenn er Eigentümer der Anlagen wäre. Dieser Regelungsmechanismus lässt es nicht zu, die beim Netzbetreiber angefallenen Kosten mit Rücksicht auf das Pachtverhältnis in einzelnen Positionen nach oben zu korrigieren.

ARegV § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9

Kosten aus betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen fallen nur dann unter den Tatbestand von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV, wenn sie sich für den Netzbetreiber als eigene Personalzusatzkosten darstellen. Hieran fehlt es bei der Inanspruchnahme von Leistungen eines anderen Unternehmens aufgrund eines Dienstleistungsvertrags auch dann, wenn das Dienstleistungsentgelt nach erbrachten Stunden berechnet und das pro Stunde zu zahlende Entgelt im Wege eines Vollkostenverrechnungsansatzes ohne Gewinnaufschläge kalkuliert wird.

BGH, Beschluss vom 12. November 2019 - EnVR 109/18 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2019:121119BENV109.18.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Bacher, Dr. Schoppmeyer und Dr. Tolkmitt sowie die Richterin Dr. Linder

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. September 2018 wird zurückgewiesen.

Auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur wird der genannte Beschluss aufgehoben, soweit darin zum Nachteil der Bundesnetzagentur entschieden worden ist.

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12. November 2015 wird in vollem Umfang zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten der Beschwerde- und der Rechtsbeschwerdeinstanz einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 30 Millionen Euro festgesetzt.

Gründe:

1 A. Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz.

2 Im Jahr 2011 war die alleinige Gesellschafterin der Betroffenen zugleich Eigentümerin des Netzes und Arbeitgeberin der meisten im Netzbetrieb tätigen Mitarbeiter; die Betroffene war Pächterin. Im Zuge einer Umstrukturierung im Gesellschafterbestand übernahm die Betroffene im Jahr 2015 einen Teil der Mitarbeiter und der zum Netzbetrieb gehörenden Vermögensgegenstände.

3 Mit Beschluss vom 12. November 2015 legte die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode niedriger als von der Betroffenen begehrt fest.

4 Mit ihrer auf Festsetzung höherer Obergrenzen, hilfsweise auf Neubescheidung gerichteten Beschwerde hat sich die Betroffene unter anderem gegen die angesetzten Restwerte für das Sachanlagevermögen der Verpächterin, gegen die Berücksichtigung von Verbindlichkeiten gegenüber der Verpächterin bei der Bestimmung des Eigenkapitals und gegen die Nichtberücksichtigung von Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gewandt.

5 Das Beschwerdegericht hat die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Personalzusatzkosten zur Neubescheidung verpflichtet und die weitergehende Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wenden sich beide Beteiligten mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde. Die Bundesnetzagentur strebt die vollständige Zurückweisung der Beschwerde an, die Betroffene die zusätzliche Verpflichtung zur Neubescheidung hinsichtlich der Restwerte und der Verbindlichkeiten gegenüber der Verpächterin.

6 B. Beide Rechtsmittel sind zulässig. Nur dasjenige der Bundesnetz-
agentur ist begründet.

7 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung, soweit für die
Rechtsbeschwerdeinstanz noch relevant, im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Zu Recht habe die Bundesnetzagentur für die Altanlagen der Verpächte-
rin die kalkulatorischen Restwerte aus der letzten Entgeltgenehmigung nach
§ 23a EnWG fortgeschrieben. Die Betroffene dürfe nicht geltend machen, die
damals zugrunde gelegten Nutzungsdauern seien fehlerhaft bestimmt worden.
Aus der Netzentgeltgenehmigung ergebe sich der Wille der Regulierungsbe-
hörde, die Restwerte auch für zukünftige Regulierungsperioden festzuschrei-
ben. Diese Festlegung reiche über den Genehmigungszeitraum hinaus. Die
Betroffene sei daran gebunden, weil sie die Genehmigung nicht mit Rechtsmit-
teln angefochten habe. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach
das Ergebnis der nach § 6 Abs. 2 ARegV a.F. maßgeblichen Kostenprüfung an
in der Zwischenzeit ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen
sei, führe nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Voraussetzung für eine sol-
che Anpassung sei, dass sich eine der Kostenprüfung zugrundeliegende
Rechtsauffassung als unzutreffend erweise. Im Streitfall strebe die Betroffene
hingegen eine abweichende Bewertung einer tatsächlichen Frage an.

9 Ebenfalls zu Recht habe die Bundesnetzagentur die kalkulatorische
Eigenkapitalverzinsung auf der Grundlage einer getrennten Kostenprüfung bei
Netzbetreiber, Verpächter und Dienstleistungsbeauftragtem ermittelt. Einer
konsolidierten Betrachtung, wie sie die Betroffene anstrebe, habe der Bundes-
gerichtshof für Gasnetze eine Absage erteilt. Diese Entscheidungen seien auf
Stromnetze übertragbar.

10 Mit Erfolg wende sich die Betroffene gegen die Nichtberücksichtigung
von Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei ausschlaggebend, ob die Kosten beim Netzbetreiber entstünden. Diese Voraussetzung könne auch dann erfüllt sein, wenn der Netzbetreiber Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen an Bedienstete aufgrund einer Vereinbarung mit Dritten zu tragen habe, zum Beispiel aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags. Die von der Betroffenen abgeschlossenen Dienstleistungsverträge seien bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung mit einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vergleichbar. Der Betroffenen seien danach die tatsächlich entstandenen Personalkosten für die relevanten Tätigkeitsfelder in Rechnung gestellt worden, und zwar im Wege eines Vollkostenverrechnungsansatzes ohne Gewinnaufschläge. Dass die Verträge zumindest teilweise Dienstleistungen im Strom- und Gasbereich erfassten und insofern eine Kostenverteilung im Wege der Schlüsselung erfolge, sei unerheblich. Daraus resultierende Ungenauigkeiten ließen sich auch bei spartenübergreifenden Netzbetreibern mit eigenen Mitarbeitern nicht vermeiden. Dass die Bundesnetzagentur nach Schluss der mündlichen Verhandlung eine Vollkostenverrechnung bestritten habe, gebe keinen Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Die Betroffene habe bereits in ihrer Beschwerdebegründung vorgetragen, das Entgelt für die Inanspruchnahme von Mitarbeitern werde im Wege eines Vollkostenverrechnungssatzes ermittelt.

11 II. Diese Beurteilung hält den mit der Rechtsbeschwerde vorgetragene
Angriffen der Betroffenen stand, nicht aber denjenigen der Bundesnetzagentur.

12 1. Zu Recht ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass
für die Bewertung des Sachanlagevermögens die in der letzten Entgeltgeneh-
migung gemäß § 23a EnWG vom 5. Februar 2008 zugrunde gelegten Restwer-
te und Nutzungsdauern heranzuziehen sind.

- 13 a) Wie die Betroffene im Ansatz zu Recht geltend macht, bezieht sich die materielle Bindungswirkung eines Verwaltungsakts allerdings grundsätzlich nur auf den getroffenen Regelungsausspruch, also den Tenor, nicht aber auf die diesen Ausspruch tragenden Gründe (vgl. etwa BVerwGE 159, 148 Rn. 13).
- 14 Ausgehend von diesem allgemeinen Grundsatz wäre eine Bindungswirkung im Streitfall ausgeschlossen. Die Ausführungen zu Restwert und Nutzungsdauer gehören zwar zu den tragenden Gründen der Genehmigung vom 5. Februar 2008. Der Tenor des Bescheids verhält sich dazu aber nicht.
- 15 b) Zu Recht hat das Beschwerdegericht aber entschieden, dass sich eine Bindung an die in der Genehmigung vom 5. Februar 2008 zugrunde gelegten Restwerte und Nutzungsdauern aus dem in § 6 Abs. 5 und 6 StromNEV normierten Grundsatz der Kontinuität ergibt.
- 16 aa) Hinsichtlich der anzusetzenden Nutzungsdauern - die zwischen den Beteiligten für den Zeitraum seit Inkrafttreten der Stromnetzentgeltverordnung im Jahr 2005 nicht in Streit stehen - ergibt sich diese Bindungswirkung aus § 6 Abs. 5 Satz 2 StromNEV.
- 17 (1) Nach § 6 Abs. 5 Satz 1 StromNEV sind die kalkulatorischen Abschreibungen jährlich auf Grundlage der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern nach Anlage 1 der Verordnung vorzunehmen. Die jeweils für eine Anlage in Anwendung gebrachte Nutzungsdauer ist gemäß § 6 Abs. 5 Satz 2 StromNEV unverändert zu lassen.
- 18 Das damit normierte Kontinuitätsgebot gilt nicht nur in Bezug auf eine vom Netzbetreiber selbst in Ansatz gebrachte Nutzungsdauer. Nach dem Sinn und Zweck von § 6 Abs. 5 Satz 2 StromNEV ist der Netzbetreiber vielmehr auch dann gebunden, wenn die Regulierungsbehörde im Rahmen einer Entgeltgenehmigung oder einer Festlegung der Erlösobergrenzen die geltend gemachten

Kosten nur auf der Grundlage einer von den Vorstellungen des Netzbetreibers abweichenden Nutzungsdauer anerkennt. Auch in diesem Fall bringt der Netzbetreiber im Ergebnis Kosten in Ansatz, die ausgehend von einer bestimmten Nutzungsdauer berechnet wurden. Daran muss er sich nach § 6 Abs. 5 Satz 2 StromNEV für spätere Jahre festhalten lassen, wenn die Entscheidung der Regulierungsbehörde Bestandskraft erlangt hat.

19 (2) Die von der Betroffenen in anderem Zusammenhang herangezogene Übergangsregelung in § 32 Abs. 1 StromNEV (in der bis 28. Juni 2018 geltenden Fassung: § 32 Abs. 3 StromNEV) sieht insoweit nichts Abweichendes vor.

20 § 32 Abs. 1 StromNEV betrifft lediglich die Bestimmung der kalkulatorischen Restwerte für die erstmalige Ermittlung der Netzentgelte nach den Vorschriften der Verordnung und ordnet insoweit grundsätzlich die Heranziehung der in der Vergangenheit tatsächlich zugrunde gelegten Nutzungsdauern an. Für nachfolgende Zeiträume verbleibt es hingegen bei den in § 6 Abs. 5 Satz 1 StromNEV vorgeschriebenen Nutzungsdauern und bei dem in § 6 Abs. 5 Satz 2 StromNEV normierten Grundsatz der Kontinuität.

21 Dies bedeutet, dass der Netzbetreiber nach Bestandskraft der Entscheidung auch an diejenigen Werte gebunden ist, die die Regulierungsbehörde auf der Grundlage von § 32 Abs. 1 StromNEV bestimmt hat. Auch insoweit ist ihm mithin der Einwand versagt, die Bestimmung sei fehlerhaft erfolgt.

22 bb) Hinsichtlich der angesetzten Restwerte ergibt sich ein entsprechendes Kontinuitätsgebot aus § 6 Abs. 6 StromNEV.

23 (1) Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, steht die Wertermittlung unter dem Verbot des Wiederauflebens kalkulatorischer Restwerte. Dies ergibt sich aus § 6 Abs. 6 Satz 1 StromNEV, wonach der kalkulatorische Restwert eines Anlageguts nach Ablauf des ursprünglich angesetzten

Abschreibungszeitraums Null betragen muss, und aus § 6 Abs. 6 Satz 2 StromNEV, wonach ein Wiederaufleben kalkulatorischer Restwerte unzulässig ist.

24 Mit diesen Vorgaben ist es grundsätzlich nicht vereinbar, einen für einen früheren Zeitpunkt angesetzten Restwert später nach oben zu korrigieren. Eine solche Korrektur hätte zur Folge, dass eine bereits in die Kostenermittlung eingeflossene kalkulatorische Abschreibung erneut vorgenommen und damit insgesamt mehr als der ursprünglich angesetzte Wert abgeschrieben werden könnte. Dies käme im Ergebnis einer Abschreibung unter den Wert Null gleich, die nach § 6 Abs. 6 Satz 1 StromNEV gerade ausgeschlossen ist.

25 Auch in diesem Zusammenhang besteht die Bindungswirkung unabhängig davon, ob der früher angesetzte Restwert mit den Angaben des Netzbetreibers übereinstimmt oder ob er dadurch zustande gekommen ist, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen einer Entgeltgenehmigung oder einer Festlegung der Erlösobergrenzen die geltend gemachten Kosten nur auf der Grundlage eines geringeren Restwerts anerkannt hat. In beiden Fällen kommt mit dem Ansatz des für die Kostenberechnung maßgeblichen Restwerts zum Ausdruck, dass die Differenz zwischen den Anschaffungs- oder Herstellungskosten und dem herangezogenen Restwert bereits in der Vergangenheit kostenwirksam geworden ist. Daran muss sich der Netzbetreiber gemäß § 6 Abs. 6 Satz 2 StromNEV festhalten lassen.

26 (2) Die Übergangsregelung in § 32 Abs. 1 StromNEV führt für den Streitfall auch insoweit nicht zu einem abweichenden Ergebnis.

27 Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Bundesnetzagentur diese Vorschrift bei der Genehmigung vom 5. Februar 2008 oder bei der dieser vorausgegangenen ersten Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG vom 4. April 2007 zutreffend angewendet hat. Selbst wenn diese Frage zu verneinen wäre, ergä-

be sich daraus nicht die Befugnis, die in der Genehmigung vom 5. Februar 2008 angesetzten Restwerte und Nutzungsdauern abweichend von § 6 Abs. 5 und 6 StromNEV nachträglich zu ändern.

28 § 32 Abs. 1 StromNEV regelt lediglich die Bestimmung der Restwerte beim Übergang von einer nach anderen Grundsätzen erfolgten Kostenberechnung zu der Kostenberechnung nach den Vorschriften der Stromnetzentgeltverordnung. Für die nach dieser Maßgabe ermittelten Restwerte verbleibt es hingegen bei dem in § 6 Abs. 5 und 6 StromNEV normierten Prinzip der Kontinuität.

29 Der von der Betroffenen als übergangen gerügte Vortrag, die von der Bundesnetzagentur anlässlich der Genehmigung vom 5. Februar 2008 vorgenommene pauschale Kürzung der Restwerte sei durch § 32 Abs. 1 StromNEV nicht gedeckt, weil es dort nicht um die erstmalige Ermittlung der Netzentgelte im Sinne dieser Vorschrift gegangen sei, ist vor diesem Hintergrund nicht entscheidungserheblich. Ausschlaggebend ist auch insoweit, dass die Betroffene nach § 6 Abs. 6 Satz 2 StromNEV gehindert ist, den damals angesetzten Wert nachträglich zu erhöhen.

30 cc) Eine Sonderkonstellation, in der eine Korrektur ausnahmsweise geboten ist, liegt im Streitfall nicht vor.

31 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats zu der für die erste Regulierungsperiode geltenden Übergangsvorschrift in der bis 16. September 2016 geltenden Fassung von § 6 Abs. 2 ARegV ist das grundsätzlich maßgebliche Ergebnis der letzten Kostenprüfung zu korrigieren, soweit es mit nachfolgend ergangener höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht in Einklang steht (BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 - EnVR 48/10, RdE 2011, 308 Rn. 9 ff. - EnBW Regional AG).

- 32 Ob und in welchem Umfang dieser Grundsatz auch für die nach § 6 Abs. 5 und 6 StromNEV grundsätzlich gebotene Übernahme von früher herangezogenen Restwerten und Nutzungsdauern gilt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Die von der Betroffenen im Streitfall geltend gemachten Fehler bei der Bestimmung der Restwerte in der Genehmigung vom 5. Februar 2008 beruhen, wie das Beschwerdegericht zu Recht entschieden hat, nicht auf einer Abweichung von höchstrichterlicher Rechtsprechung. Sie betreffen lediglich die Anwendung von § 32 Abs. 3 StromNEV a.F. auf einen konkreten Einzelfall. Solche Fehler ermöglichen auch im Zusammenhang mit § 6 Abs. 2 ARegV a.F. keine Korrektur der maßgeblichen Werte (BGH, Beschluss vom 6. November 2012 - EnVR 101/10, RdE 2013, 174 Rn. 20 - E.ON Hanse AG). Im vorliegenden Zusammenhang gilt insoweit nichts Anderes.
- 33 (2) Dass die für die Bestimmung der Tagesneuwerte von Altanlagen gemäß § 6 Abs. 3 StromNEV maßgeblichen Indexreihen zumindest für die ersten beiden Regulierungsperioden unterschiedlich waren und dass die Tagesneuwerte für jede Regulierungsperiode gesondert zu bilden sind, ist für die Beurteilung des Streitfalls ebenfalls unerheblich.
- 34 Die in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StromNEV für den eigenfinanzierten Anteil von Altanlagen im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 3 StromNEV vorgesehene Bildung von Tagesneuwerten kann zwar zu unterschiedlichen Wertansätzen für die einzelnen Regulierungsperioden führen, wenn sich die maßgeblichen Indexreihen ändern oder die darin erfasste Geldentwertung weiter vorangeschritten ist. Hierbei handelt es sich aber um eine Ausnahme von dem in § 6 Abs. 5 und 6 StromNEV normierten Prinzip, die grundsätzlich nicht auf andere Tatbestände erweitert werden darf.

35 (3) Aus dem Umstand, dass gemäß § 7 Abs. 6 Satz 1 StromNEV die Zinssätze für jede Regulierungsperiode gesondert festzusetzen sind, ergeben sich für den Streitfall schon deshalb keine relevanten Schlussfolgerungen, weil es keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Wert des Vermögens und dem darauf anzuwendenden Zinssatz gibt.

36 2. Ebenfalls zu Recht hat das Beschwerdegericht im Zusammenhang mit § 4 Abs. 5 StromNEV die von der Betroffenen geforderte konsolidierte Betrachtung abgelehnt und die Verbindlichkeiten der Betroffenen gegenüber der Verpächterin bei der Berechnung des Eigenkapitals berücksichtigt.

37 a) Nach § 4 Abs. 5 Satz 1 StromNEV dürfen Kosten oder Kostenbestandteile, die auf Grund einer Überlassung betriebsnotwendiger Anlagegüter anfallen, nur in der Höhe als Kosten anerkannt werden, wie sie anfielen, wenn der Betreiber Eigentümer der Anlagen wäre.

38 Hieraus ergibt sich, wie der Senat in Zusammenhang mit der inhaltsgleichen Regelung in § 4 Abs. 5 Satz 1 GasNEV bereits mehrfach entschieden hat, dass die Kosten, die anfielen, wenn der Betreiber zugleich Eigentümer wäre, eine Obergrenze für die Höhe der berücksichtigungsfähigen Kosten bilden. Eine daraus resultierende Korrektur hat lediglich punktuellen Charakter und ändert nichts daran, dass die Vermögenssphären von Netzeigentümer und Netzbetreiber grundsätzlich getrennt zu betrachten sind (BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2017 - EnVR 23/16, RdE 2018, 77 Rn. 37 - SW Kiel Netz GmbH).

39 Dem entsprechend hat es das Beschwerdegericht zu Recht gebilligt, dass die Bundesnetzagentur Vermögensgüter und Verbindlichkeiten der Betroffenen und der Verpächterin grundsätzlich getrennt betrachtet hat.

40 b) Entgegen der Auffassung der Betroffenen ergibt sich aus dem aufgezeigten Grundsatz nicht, dass Forderungen der Verpächterin gegen die Betroffene im Wege einer Konsolidierung außer Acht zu lassen oder zwingend auf beiden Seiten zu berücksichtigen sind.

41 Wie der Senat ebenfalls bereits entschieden hat, führt der Umstand, dass Verbindlichkeiten des Netzbetreibers gegenüber dem Verpächter auf Seiten des Netzbetreibers als Abzugskapital berücksichtigt worden sind, nicht dazu, dass die betreffenden Forderungen auf Seiten des Verpächters zwingend als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen anzuerkennen sind (BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2017 - EnVR 23/16, RdE 2018, 77 Rn. 29 ff. - SW Kiel Netz GmbH).

42 Daraus ergibt sich, dass Forderungen der genannten Art nicht zu "konsolidieren", sondern entsprechend dem aufgezeigten Grundsatz bei der Ermittlung der Kosten des Netzbetreibers und des Verpächters jeweils gesondert zu berücksichtigen und zu beurteilen sind.

43 c) Entgegen der Auffassung der Betroffenen ergibt sich aus dem Gebot einer punktuellen Korrektur keine abweichende Beurteilung.

44 Eine punktuelle Korrektur ist nach der aufgezeigten Rechtsprechung des Senats erforderlich, soweit bestimmte Kosten auf Seiten des Netzbetreibers nicht oder in geringerer Höhe angefallen wären, wenn er Eigentümer der Anlagen wäre. Eine solche Korrektur trägt dem Umstand Rechnung, dass § 4 Abs. 5 Satz 1 StromNEV die zuletzt genannten Kosten als Obergrenze festlegt. Sie hat punktuellen Charakter, weil grundsätzlich die Kostensituation des Netzbetreibers maßgeblich ist und die auf dieser Grundlage ermittelten Kosten gegebenenfalls nur im Hinblick auf die in § 4 Abs. 5 StromNEV definierte Obergrenze zu reduzieren sind. Dieser Regelungsmechanismus lässt es nicht zu, die beim

Netzbetreiber angefallenen Kosten mit Rücksicht auf das Pachtverhältnis in einzelnen Positionen nach oben zu korrigieren.

45 Im Streitfall würde die von der Betroffenen angestrebte Konsolidierung von Verbindlichkeiten gegenüber der Verpächterin dazu führen, dass sich für die Betroffene eine höhere Obergrenze ergäbe. Dies gilt unabhängig davon, ob die in Rede stehenden Verbindlichkeiten unberücksichtigt bleiben oder auf beiden Seiten der Bilanz in Ansatz gebracht werden. Eine solche Korrektur nach oben ist mit § 4 Abs. 5 StromNEV nicht vereinbar.

46 d) Aus der für Dienstleistungen geltenden Regelung in § 4 Abs. 5a StromNEV ergibt sich ebenfalls keine abweichende Beurteilung.

47 Nach § 4 Abs. 5a Satz 2 StromNEV darf der Netzbetreiber Kosten oder Kostenbestandteile, die aus der Erbringung von Dienstleistungen durch ein mit ihm verbundenes Unternehmen entstanden sind, maximal in der Höhe ansetzen, wie sie beim Dienstleister nach den Regeln der Stromnetzentgeltverordnung und gegebenenfalls nach § 6 Abs. 2 ARegV tatsächlich angefallen sind.

48 Diese Regelung weicht zwar insoweit von § 4 Abs. 5 ARegV ab, als der Vergleichsmaßstab nicht durch fiktive Kosten des Netzbetreibers definiert wird, sondern durch tatsächliche Kosten des Dienstleisters. Beiden Regelungen ist aber gemeinsam, dass die beim Netzbetreiber angefallenen Kosten gegebenenfalls auf eine Obergrenze zu reduzieren sind. Aus dem systematischen Vergleich der beiden Vorschriften kann deshalb nicht abgeleitet werden, dass im Zusammenhang mit § 4 Abs. 5 ARegV eine Konsolidierung oder eine Korrektur einzelner Kostenpositionen zugunsten des Netzbetreibers vorzunehmen wäre.

49 3. Rechtsfehlerhaft hat das Beschwerdegericht hingegen die geltend gemachten Personalzusatzkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile angesehen.

- 50 a) Zu den gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile geltenden Kosten aus betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen gehören nach der Rechtsprechung des Senats nur solche Personalzusatzkosten, die bei dem Netzbetreiber selbst entstehen (BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2016 - EnVR 27/15, RdE 2017, 80 Rn. 8 ff. - Infracost GmbH).
- 51 Hierfür genügt es nicht, dass Kosten dieser Art in irgendeiner Weise an den Netzbetreiber weitergegeben werden. Vielmehr ist erforderlich, dass die Kostenbelastung für den Netzbetreiber selbst auf einer betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung beruht und dass sich die Kosten für den Netzbetreiber selbst als Kosten aus Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen darstellen (BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2016 - EnVR 27/15, RdE 2017, 80 Rn. 20 - Infracost GmbH). An der zuletzt genannten Voraussetzung fehlt es, wenn der Netzbetreiber aufgrund von Dienstleistungsverträgen ein Entgelt zu zahlen hat, in dessen Kalkulation Personalzusatzkosten eingeflossen sind (BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2016 - EnVR 27/15, RdE 2017, 80 Rn. 42 - Infracost GmbH).
- 52 Der danach erforderliche Zusammenhang zwischen den Kosten des Netzbetreibers und einer betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung kann auch dann bestehen, wenn der Netzbetreiber an der Vereinbarung nicht als Vertragspartei beteiligt ist. Es reicht 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 (BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2017 - EnVR 23/16, RdE 2018, 77 Rn. 44 - SW Kiel Netz GmbH). Er liegt zum Beispiel auch dann vor, 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. Oktober 2017 - EnVR 23/16, RdE 2018, 77 Rn. 48 - SW Kiel Netz GmbH).

53 b) Die im Streitfall zu beurteilenden Kosten fallen nicht unter den Tatbestand von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV, weil sie sich für die Betroffene nicht als eigene Personalzusatzkosten darstellen.

54 aa) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts bezieht die Betroffene von mit ihr verbundenen Unternehmen verschiedene mit dem Netzbetrieb verbundene Leistungen auf der Grundlage von Dienstleistungsverträgen. Die Abrechnung der erbrachten Leistungen erfolgt, soweit es um Personalkosten geht, durch Stundenauskontierung. Das pro Stunde zu zahlende Entgelt wird im Wege eines Vollkostenverrechnungsansatzes ohne Gewinnaufschläge kalkuliert.

55 Hieraus ergibt sich zwar, wie das Beschwerdegericht im Ansatz zutreffend gesehen hat, dass die Betroffene Personalzusatzkosten, die bei den Dienstleistern entstehen, im wirtschaftlichen Ergebnis zu tragen hat. Dies reicht nach der aufgezeigten Rechtsprechung für eine Subsumtion unter § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV aber nicht aus. Vielmehr ist erforderlich, dass es sich auch für die Betroffene um Personalkosten handelt. Daran fehlt es im Streitfall, weil das von der Betroffenen zu zahlende Entgelt nicht an die Überlassung oder Beschäftigung von Arbeitnehmern anknüpft, sondern an die Erbringung von Dienstleistungen durch ein anderes Unternehmen.

56 bb) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts führt der Umstand, dass die Dienstleistungsverträge im Ergebnis zu einer vergleichbaren wirtschaftlichen Belastung führen wie ein Arbeitnehmerüberlassungs- oder Personalüberleitungsvertrag, nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

57

Wie der Senat bereits entschieden hat, erfasst § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV nicht jede Kostenbelastung, die wirtschaftlich auf eine betriebliche oder tarifvertragliche Regelung über Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen zurückzuführen ist, sondern nur eigene Personalkosten des Netzbetreibers.

58 Diese Differenzierung zwischen Personalkosten und Kosten für Dienstleistungen ist mit höherrangigem Recht vereinbar (BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2017 - EnVR 23/16, RdE 2018, 77 Rn. 44 - SW Kiel Netz GmbH). Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass sich aus betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarungen längerfristige Bindungen ergeben können, denen sich ein Netzbetreiber, der davon betroffene Arbeitnehmer einsetzt, nicht ohne weiteres entziehen kann, während Kosten, die dem Netzbetreiber für die Inanspruchnahme von Dienstleistungen entstehen, auch dann nicht zu einer in vergleichbarer Weise unumgänglichen Belastung führen, wenn die Leistungen von einem verbundenen Unternehmen erbracht werden.

59 cc) Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist unerheblich, ob das Entgelt für die Dienstleistungen anhand bestimmter Tätigkeiten oder Leistungen oder anhand der aufgewendeten Mitarbeiterstunden bestimmt wird.

60 Eine Abrechnung anhand erbrachter Stunden mag eine höhere Gewähr dafür bieten, dass die dem Dienstleister entstehenden Personalkosten weitgehend unverändert an den Netzbetreiber weitergegeben werden. Sie ändert aber nichts daran, dass dem Netzbetreiber keine eigenen Personalkosten entstehen, sondern er lediglich Dienstleistungen eines anderen Unternehmens in Anspruch nimmt. Damit fehlt es an einer nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV zwingend erforderlichen Voraussetzung.

61 dd) Entgegen der Auffassung der Betroffenen ergibt sich aus § 1 Abs.1 Satz 2 und Abs. 2 BetrVG keine abweichende Rechtsfolge.

62

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Betroffene und die mit ihr verbundenen Dienstleister einen gemeinsamen Betrieb im Sinne der genannten Vorschriften unterhalten. Wenn die Frage zu bejahen wäre, hätte dies lediglich zur Folge, dass ein gemeinsamer Betriebsrat zu wählen ist und die sich aus dem Gesetz ergebenden Befugnisse wahrnehmen darf. Für die im Streitfall maßgebliche Frage, ob die in Rede stehenden Kosten für die Betroffene als Personalzusatzkosten anzusehen sind, hätte dies keine Konsequenzen. Diese Kosten werden nicht durch die Wahl oder Tätigkeit eines Betriebsrats bestimmt, sondern durch die Vereinbarungen, auf deren Grundlage die Betroffene die betreffenden Leistungen bezieht. Diese Verträge sind auch dann als Dienstleistungsverträge zu qualifizieren, wenn die Voraussetzungen von § 1 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 BetrVG erfüllt sind.

63 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG.

Meier-Beck

Bacher

Schoppmeyer

Tolkmitt

Linder

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 12.09.2018 - VI-3 Kart 210/15 [V] -