



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 23/16

Verkündet am:  
17. Oktober 2017  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

SW Kiel Netz GmbH

ARegV § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9

- a) Als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV sind nur solche Personalzusatzkosten anzusehen, die beim Netzbetreiber entstehen. Hierfür ist erforderlich, dass die Kostenbelastung für den Netzbetreiber auf einer betrieblichen oder tariflichen Vereinbarung beruht und dass sich die Kosten für den Netzbetreiber selbst als Kosten aus Lohnzusatz- oder Versorgungsleistungen darstellen (Bestätigung von BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2016 - EnVR 27/15, RdE 2017, 80 - Infracore GmbH).
- b) Der danach erforderliche Zusammenhang zwischen einer betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung und einer Kostenbelastung des Netzbetreibers liegt auch dann vor, wenn der Netzbetreiber die Kosten aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungs- oder Personalüberleitungsvertrags zu tragen hat.

BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2017 - EnVR 23/16 - OLG Schleswig

ECLI:DE:BGH:2017:171017BENVR23.16.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 2017 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Grüneberg, Dr. Bacher, Sunder und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden gegen den Beschluss des Kartellsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 10. März 2016 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des jeweiligen Gegners tragen die Betroffene drei Viertel und die Bundesnetzagentur ein Viertel. Von den Gerichtskosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens tragen die Betroffene zwei Drittel und die Bundesnetzagentur ein Drittel.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird für den Zeitraum bis 30. August 2017 auf 11 Millionen Euro und für die Zeit danach auf 5,2 Millionen Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1           A. Die Betroffene betreibt ein Gasverteilnetz, das sie von ihrer alleinigen Gesellschafterin gepachtet hat. Diese stellt auf der Grundlage eines Personalüberleitungsvertrags zugleich einen großen Teil der bei der Betroffenen beschäftigten Mitarbeiter.
  
- 2           Mit Beschluss vom 25. April 2014 hat die Bundesnetzagentur die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode niedriger als von der Betroffenen begehrt festgesetzt. Das Beschwerdegericht hat den Bescheid aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Betroffene zu mehreren Punkten neu zu bescheiden. Die weitergehende Beschwerde der Betroffenen hat es zurückgewiesen. Diese Entscheidung greifen beide Beteiligten mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde an.
  
- 3           Die Betroffene wendet sich gegen den Ansatz eines passiven Bilanzausgleichspostens und gegen die Nichtberücksichtigung von Forderungen gegen die Betroffene in der Bilanz der Verpächterin. Die Bundesnetzagentur wendet sich dagegen, dass das Beschwerdegericht bestimmte Personalkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile angesehen hat.
  
- 4           Hinsichtlich anderer, zunächst ebenfalls mit der Rechtsbeschwerde angegriffener Punkte, zu denen das Beschwerdegericht überwiegend eine der Betroffenen günstige Entscheidung getroffen hat, verfolgen die Beteiligten ihr ursprüngliches Begehren im Hinblick auf zwischenzeitlich ergangene Entscheidungen des Senats nicht weiter. Dies betrifft die Höhe des berücksichtigten Umlaufvermögens, die Verzinsung des Abzugskapitals, die Berücksichtigung von Rückstellungen für das Regulierungskonto und die Bestimmung der kalkulatorischen Gewerbesteuer nach der so genannten Im-Hundert-Rechnung.

5 B. Die zulässigen Rechtsmittel bleiben ohne Erfolg.

6 I. Die von der Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 23. August 2016  
ausgesprochene Rücknahme des angefochtenen Bescheids hat nicht zu einer  
Erledigung geführt. Der angefochtene Bescheid bleibt jedenfalls so lange wirk-  
sam, bis die Rücknahmeentscheidung Bestandskraft erlangt. Diese Vorausset-  
zung ist bislang nicht eingetreten, weil die Betroffene die Rücknahmeentschei-  
dung ebenfalls angefochten hat.

7 II. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung, soweit für das  
Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen wie folgt be-  
gründet:

8 Die Einordnung des passiven Bilanzausgleichspostens als zinslos zur  
Verfügung stehendes Kapital im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 5  
GasNEV sei nicht zu beanstanden. In dieser Position seien Beträge beziffert,  
die das Aktivvermögen der Verpächterin deckten und nicht verzinslich seien.  
Dem entsprechend habe der Bundesgerichtshof die Ansatzfähigkeit von passi-  
ven Rechnungsabgrenzungsposten als Abzugskapital bereits ausdrücklich an-  
erkannt.

9 Ebenfalls nicht zu beanstanden sei die Nichtberücksichtigung von Forde-  
rungen gegen die Betroffene im Umlaufvermögen der Verpächterin. Dass die  
entsprechenden Verbindlichkeiten bei der Betroffenen vollständig als Abzugs-  
kapital in Ansatz gebracht würden, reiche nicht aus, um die Forderungen bei  
der Verpächterin als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen einzuordnen. Es  
bedürfe vielmehr stets des Nachweises, dass die entsprechenden Verbindlich-  
keiten kurzfristig getilgt werden müssten. Daran fehle es im Streitfall.

10 Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur seien hingegen be-  
stimmte Kosten, die die Betroffene aufgrund des Personalüberleitungsvertrags

für die bei ihr tätigen, aber bei der Verpächterin angestellten Mitarbeiter trage, als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile zu bewerten. Zwar betreffen die einschlägigen Regelungen in § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9, 10 und 11 ARegV grundsätzlich nur Kosten für Mitarbeiter, die in einem unmittelbaren Beschäftigungsverhältnis zum Netzbetreiber stünden. Eine am Regelungszweck der Vorschriften orientierte Auslegung spreche aber dafür, sie auch auf Kosten für Mitarbeiter anzuwenden, die aufgrund einer Arbeitnehmerüberlassung für den Netzbetreiber tätig seien. Diese Konstellation liege im Streitfall vor.

11 III. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

12 1. Zu Recht hat das Beschwerdegericht die Berücksichtigung eines passiven Bilanzausgleichspostens beim Abzugskapital der Verpächterin als rechtmäßig angesehen.

13 a) Als Abzugskapital ist gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 GasNEV das zinslos zur Verfügung stehende Kapital zu behandeln. Hierzu gehören gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 GasNEV neben den in Nr. 1 bis 4 der genannten Vorschrift aufgezählten Positionen auch sonstige Verbindlichkeiten, soweit die Mittel dem Betreiber von Gasversorgungsnetzen zinslos zur Verfügung stehen.

14 b) Rechtsfehlerfrei ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass es sich bei einem passiven Bilanzausgleichsposten, der darauf beruht, dass ein Versorgungsunternehmen getrennte Bilanzen für einzelne Tätigkeitsbereiche aufzustellen hat, um eine Verbindlichkeit im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 GasNEV handelt.

15 aa) Nach dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen der Beteiligten sind Bilanzausgleichsposten zu bilden, wenn sich bei der Erstellung einer Bilanz für einen einzelnen Tätigkeitsbereich unterschiedliche Werte auf der Aktiv- und der Passivseite ergeben.

- 16 Eine solche Differenz kann auftreten, weil Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten, die mehrere Tätigkeitsbereiche betreffen, typischerweise nach unterschiedlichen Maßstäben auf die einzelnen Bereiche zu verteilen sind. Ein passiver Ausgleichsposten ist zu bilden, wenn die Summe der einem Tätigkeitsbereich zugeordneten Aktiva die Summe der ihm zugeordneten Passiva übersteigt.
- 17 bb) Hieraus ergibt sich, dass ein passiver Bilanzausgleichsposten als Verbindlichkeit im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 GasNEV anzusehen ist.
- 18 Entgegen der Auffassung der Betroffenen sind als Verbindlichkeit im Sinne dieser Vorschrift nicht nur Forderungen anzusehen, die einem Dritten gegen das Versorgungsunternehmen zustehen. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift fällt darunter vielmehr auch eine kalkulatorische Passivposition, die sich daraus ergibt, dass das Unternehmen in verschiedenen Bereichen tätig ist und aufgrund energiewirtschaftsrechtlicher Vorgaben für einzelne Tätigkeitsbereiche gesonderte Bilanzen erstellt.
- 19 Die Aufzählung in § 7 Abs. 2 Satz 2 GasNEV dient der Konkretisierung des in § 7 Abs. 2 Satz 1 GasNEV normierten Grundsatzes, wonach zinslos zur Verfügung stehendes Kapital grundsätzlich als Abzugskapital zu behandeln ist. § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 bildet den letzten Punkt dieser Aufzählung und ist als Auffangtatbestand ausgestaltet. Diese Funktion ist bei der Auslegung des danach maßgeblichen Begriffs "sonstige Verbindlichkeiten" zu berücksichtigen. Deshalb kommt der Frage, ob es sich um eine Verbindlichkeit im Rechtssinne handelt, keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Maßgeblich ist vielmehr, ob es sich um eine Position handelt, in der sich eine (zinslose) Überlassung von Kapital durch Dritte widerspiegelt. Diese Voraussetzung ist in der im Streitfall zu beurteilenden Konstellation erfüllt.

Wenn sich in einer Bilanz für einen einzelnen Tätigkeitsbereich aufgrund der oben geschilderten Zusammenhänge ein Überschuss der Aktiva über die Passiva ergibt, bedeutet dies wirtschaftlich, dass einem Teil des eingesetzten Vermögens Passivpositionen gegenüber stehen, die einem anderen Tätigkeitsbereich zuzuordnen sind. Diese Konstellation ist im Zusammenhang mit § 7 Abs. 2 GasNEV gleich zu behandeln wie eine Überlassung von Vermögensgegenständen durch Dritte. Zwar handelt es sich, wie die Betroffene im Ansatz zutreffend geltend macht, um Vermögen desselben Rechtsträgers, so dass keine Forderung im Rechtssinne entstehen kann. Die Aufstellung einer Bilanz für einen einzelnen Tätigkeitsbereich dient aber gerade dem Zweck, die Vermögenslage für diesen Bereich unabhängig von der Tätigkeit in anderen Bereichen zu bewerten. Die Abdeckung von Vermögenswerten durch Passivpositionen aus einem anderen Bereich muss deshalb gleich behandelt werden wie eine Abdeckung von Vermögenswerten durch Mittel, die von einem Dritten zur Verfügung gestellt wurden. Nach dem oben aufgezeigten Sinn und Zweck der Vorschrift ist eine solche Passivposition deshalb als Verbindlichkeit im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 GasNEV anzusehen.

21 cc) Aus der Rechtsprechung des Senats zur Berücksichtigung von aktiven Rechnungsabgrenzungsposten ergibt sich entgegen der Auffassung der Betroffenen keine abweichende Beurteilung.

22 Der Senat hat entschieden, dass aktive Rechnungsabgrenzungsposten nicht als Eigenkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 StromNEV anzusehen sind (BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 39/07, RdE 2008, 323 Rn. 44 - Vattenfall). Hieraus kann für die Behandlung von Passivpositionen schon deshalb nichts hergeleitet werden, weil für aktive und passive Rechnungsabgrenzungsposten unterschiedliche Regeln gelten. Erhaltene Vorauszahlungen und Anzahlungen von Kunden, die zur Bildung von passiven Rechnungsabgrenzungsposten führen können, sind nach der ausdrücklichen Regelung in § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GasNEV als Abzugskapital anzusetzen. Auf diesen Unter-

schied hat der Senat bereits in der zitierten Entscheidung ausdrücklich hingewiesen.

- 23                   Vor diesem Hintergrund bedarf es im Streitfall nicht der Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen aktive Bilanzausgleichsposten als Eigenkapital im Sinne von § 7 Abs. 1 GasNEV anzusehen sind. Ebenso wie bei Rechnungsabgrenzungsposten könnten aus der Beantwortung dieser Frage keine Rückschlüsse für die Behandlung von passiven Bilanzausgleichsposten gezogen werden, weil § 7 Abs. 2 GasNEV für diese eine eigenständige Regelung enthält.
- 24                   c) Rechtsfehlerfrei ist das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der zu beurteilende passive Bilanzausgleichsposten Mittel repräsentiert, die dem Versorgungsunternehmen zinslos zur Verfügung stehen.
- 25                   Entgegen der Auffassung der Betroffenen steht dieser Beurteilung nicht entgegen, dass es sich bei dem Ausgleichsposten um einen reinen Bilanzansatz handelt, dem keine konkreten Vermögenswerte zugeordnet sind. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Betroffene über Aktiva verfügt, für deren Aufbringung kein Eigenkapital eingesetzt werden muss und keine Zinsen zu entrichten sind.
- 26                   d) Entgegen der Auffassung der Betroffenen hat die Berücksichtigung als Abzugsposten nicht zwingend zur Folge, dass der Wert des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens entsprechend höher anzusetzen ist.
- 27                   Nach der Rechtsprechung des Senats kann ein hohes Abzugskapital zwar dazu führen, dass mehr an Umlaufvermögen vorgehalten werden muss (BGH, Beschluss vom 3. März 2009 - EnVR 79/07, RdE 2010, 19 Rn. 33 - SWU Netze). Die Betriebsnotwendigkeit eines höheren Umlaufvermögens ergibt sich aber nicht schon aus dem Vorhandensein von Abzugskapital. Sie ist vielmehr

im Einzelfall zu prüfen (BGH RdE 2010, 19 Rn. 33 - SWU-Netze, Beschluss vom 7. April 2009 - EnVR 6/08, RdE 2010, 25 Rn. 45 - Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar).

28                    Konkreter Vortrag der Betroffenen, aus dem sich die Betriebsnotwendigkeit im Streitfall ergibt, ist mit der Rechtsbeschwerde nicht aufgezeigt.

29                    2. Ebenfalls zu Recht hat das Beschwerdegericht entschieden, dass Forderungen der Verpächterin gegen die Betroffene und andere mit ihr verbundene Unternehmen nicht als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen zu berücksichtigen sind.

30                    a) Entgegen der Auffassung der Betroffenen ergibt sich die Berücksichtigungsfähigkeit auch in diesem Zusammenhang nicht schon aus dem Umstand, dass die betreffenden Forderungen bei der Betroffenen als Abzugskapital angesetzt worden sind.

31                    Die Rechtsprechung des Senats, wonach die Wertansätze von Aktiva und Passiva grundsätzlich denselben zeitlichen Vorgaben zu unterwerfen sind (BGH, Beschluss vom 23. Juni 2009 - EnVR 76/07 Rn. 13), ist hierbei nicht einschlägig. Im Streitfall geht es weder um unterschiedliche zeitliche Vorgaben noch um sonstige Abweichungen im Bewertungsmaßstab, sondern um die Frage, inwieweit die sich aus der Bilanz ergebenden Werte bei der Bestimmung des zu verzinsenden Eigenkapitals und des Abzugskapitals zu berücksichtigen sind. Hierfür gelten gemäß § 7 Abs. 1 und 2 GasNEV jeweils unterschiedliche Regeln. Insbesondere darf Vermögen gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GasNEV nur insoweit berücksichtigt werden, als es betriebsnotwendig ist.

32                    Wie bereits oben dargelegt wurde, stellt der Umstand, dass hohes Abzugskapital vorhanden ist, keinen hinreichenden Grund dar, um die Betriebsnotwendigkeit zu bejahen. Für den Fall, dass eine zum Umlaufvermögen des

Verpächters gehörende Forderung zugleich als Abzugskapital auf Seiten des Pächters zu berücksichtigen ist, gilt nichts anderes.

33           Ob eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dann zu bejahen wäre, wenn die Regulierungsbehörde die pauschale Bemessung des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens auf Seiten des Verpächters und des Pächters nach unterschiedlichen Regeln vornimmt (in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. November 2015 - 3 Kart 94/14, juris Rn. 60), bedarf keiner Entscheidung. Im Streitfall hat die Bundesnetzagentur - anders als in dem vom Oberlandesgericht Düsseldorf entschiedenen Fall - als betriebsnotwendiges Umlaufvermögen sowohl bei der Verpächterin als auch bei der Betroffenen jeweils ein Zwölftel der anererkennungsfähigen Netzkosten angesetzt. Damit fehlt es an der Heranziehung unterschiedlicher Maßstäbe.

34           Dass diese Handhabung aus Sicht der Bundesnetzagentur auf einem Versehen beruht, ist unerheblich. Für die Beurteilung des angefochtenen Bescheids ist ausschließlich von Bedeutung, welchen Maßstab die Bundesnetzagentur tatsächlich angewendet hat.

35           b) Entgegen der Auffassung der Betroffenen ergibt sich aus § 4 Abs. 5 GasNEV keine abweichende Beurteilung.

36           Nach § 4 Abs. 5 Satz 1 GasNEV können Betreiber von Gasversorgungsnetzen Kosten oder Kostenbestandteile, die auf Grund einer Überlassung betriebsnotwendiger Anlagegüter durch Dritte anfallen, nur in der Höhe ansetzen, wie sie anfielen, wenn der Betreiber Eigentümer der Anlagen wäre.

37           Hieraus ergibt sich, wie der Senat bereits entschieden hat, lediglich, 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 aber lediglich punktuellen Charakter und ändert

nichts daran, dass die Vermögenssphären von Netzeigentümer und Netzbetreiber grundsätzlich getrennt zu betrachten sind (BGH, Beschluss vom 25. April 2017 - EnVR 57/15 Rn. 45 - SWL Verteilungsnetzgesellschaft mbH).

38           Entgegen der Auffassung der Betroffenen darf die nach § 4 Abs. 5 Satz 1 GasNEV relevante Obergrenze deshalb nicht in der Weise bestimmt werden, dass die Vermögenssphären von Netzeigentümer und Netzbetreiber hypothetisch zusammengelegt werden. Bei den nach § 4 Abs. 5 Satz 1 GasNEV relevanten Kosten, die anfielen, wenn der Netzbetreiber Eigentümer der Anlagen wäre, handelt es sich zwar notwendig um hypothetische Werte, weil Netzbetreiber und Netzeigentümer in den betroffenen Fällen gerade nicht identisch sind. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, dass die Kostenbetrachtung vollständig losgelöst von der tatsächlichen Kostensituation erfolgen darf. Soweit dies möglich ist, sind die hypothetischen Kosten, die dem Betreiber als Eigentümer entstehen würden, vielmehr anhand der tatsächlichen Kostensituation zu ermitteln. Hierfür bilden die Kosten des Netzeigentümers einen geeigneten Maßstab. Eine weitergehende Abstraktion durch hypothetische Zusammenlegung der Vermögenssphären von Eigentümer und Betreiber würde demgegenüber darauf hinauslaufen, dass die tatsächliche Situation in weitem Umfang unberücksichtigt bliebe und rein fiktive Werte herangezogen würden. Dies ist mit der Zielsetzung von § 4 Abs. 5 Satz 1 GasNEV nicht vereinbar.

39           c) Hinsichtlich der Forderungen der Verpächterin gegen andere verbundene Unternehmen, auf die die Betroffene ihren Angriff hilfsweise stützen will, gilt nichts Abweichendes. Auch insoweit begründen weder die Existenz solcher Forderungen noch der Umstand, dass sie beim Schuldner als Abzugskapital angesetzt werden, deren Betriebsnotwendigkeit.

40

3. Zu Recht hat das Beschwerdegericht ferner entschieden, dass die geltend gemachten Personalkosten für Mitarbeiter, die der Betroffenen von der Verpächterin überlassen werden, nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9, 10 und 11 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile anzusehen sind.

41 a) Wie der Senat an anderer Stelle entschieden und näher begründet hat, setzt § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV voraus, dass die in Rede stehenden Kosten beim Netzbetreiber entstehen (BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2016 - EnVR 27/15, RdE 2017, 80 Rn. 8 ff. - Infracore GmbH).

42 b) Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur 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.

43 § 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, wie der Senat an anderer Stelle entschieden und näher begründet hat, dass zwischen der Vereinbarung und der Kostenbelastung des Netzbetreibers ein rechtlicher Zusammenhang bestehen muss (BGH RdE 2017, 80 Rn. 20 f. - Infracore GmbH).

44 § 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 Rechts-

grund 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.

45           c) Die von der Bundesnetzagentur aufgezeigte Entstehungsgeschichte der am 17. September 2017 in Kraft getretenen Fassung von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

46           In den Materialien zu der geänderten Fassung, in der als maßgeblicher Stichtag anstelle des 31. Dezember 2008 nunmehr der 31. Dezember 2016 festgelegt worden ist, wird allerdings ausgeführt, die Neuregelung weite den Bestandsschutz von geltenden kollektivarbeitsrechtlichen Vereinbarungen von Versorgungsleistungen der beim Netzbetreiber direkt angestellten Mitarbeiter aus. Dem mag zu entnehmen sein, dass der Verordnungsgeber bei der Änderung davon ausging, die Vorschrift sei nur für Arbeitnehmer anwendbar, die ein Arbeitsverhältnis mit dem Netzbetreiber haben. Hieraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass der Verordnungsgeber insoweit eine inhaltliche Änderung gegenüber der früheren Rechtslage herbeiführen wollte. Er hat sich vielmehr auf eine Modifikation des Stichtags beschränkt und die Regelung im Übrigen unverändert gelassen.

47           Für die ursprünglich geltende Fassung von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV können, wie der Senat bereits an anderer Stelle dargelegt hat, aus deren Entstehungsgeschichte keine eindeutigen Schlussfolgerungen gezogen werden (BGH RdE 2017, 80 Rn. 11 ff. - Infracore GmbH). Angesichts dessen kommt dem Zweck der Vorschrift ausschlaggebende Bedeutung zu. Dieser setzt aus den oben aufgezeigten Gründen nicht zwingend ein Arbeitsverhältnis mit dem Netzbetreiber voraus. Vielmehr reicht es aus, wenn zwischen der betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung und der Kostenbelastung für den Netzbetreiber ein rechtlicher Zusammenhang besteht. Für die neue Fas-

sung gilt mangels einer inhaltlichen Änderung durch den Verordnungsgeber nichts anderes.

48 d) Der danach erforderliche, aber auch ausreichende Zusammenhang zwischen der betrieblichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung und der Kostenbelastung für den Netzbetreiber ist, wie das Beschwerdegericht im Anschluss an das Oberlandesgericht Düsseldorf (RdE 2015, 371, juris Rn. 33 f.) zu Recht entschieden hat, 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.

49 Bei wirtschaftlicher Betrachtung entstehen die Kosten für den Netzbetreiber in dieser Konstellation - 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 Arbeitgeber 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.

50 e) Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur führt dieses Ergebnis nicht zu einer dem Zweck von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV widersprechenden Wettbewerbsverzerrung.

51 Die Einordnung von Personalkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile führt allerdings dazu, dass diese - entsprechend der Vorgabe aus § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG - nicht in den Effizienzvergleich einbezogen werden. Dies schließt es aber nicht aus, bei Kosten für Lohnzusatz- und Versorgungs-

leistungen zu differenzieren zwischen Kosten, die aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungs- oder Personalüberleitungsvertrags vom Netzbetreiber zu tragen sind, und Kosten, die in die Kalkulation des nach anderen Kriterien bemessenen Entgelts für eine vom Netzbetreiber in Anspruch genommene Dienstleistung eingeflossen sind. Diese Differenzierung ist vielmehr durch § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV vorgegeben, der Kosten der in Rede stehenden Art unter bestimmten, typisierten Voraussetzungen als dauerhaft nicht beeinflussbar einordnet.

52 f) Im Streitfall hat die Betroffene nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts aufgrund des Personalüberleitungsvertrags die geltend gemachten Personalzusatzkosten für die überlassenen Mitarbeiter in voller Höhe zu tragen.

53 Diese Feststellungen sind nicht mit Verfahrensrügen angegriffen. Sie bilden deshalb den Ausgangspunkt für die rechtliche Überprüfung in der Rechtsbeschwerdeinstanz.

54 Vor diesem Hintergrund fallen die im Streitfall zu beurteilenden Kosten aus den oben dargelegten Gründen - anders als bei einem Dienstleistungsvertrag - unter den Tatbestand von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV.

55 g) Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur hängt die Entscheidung über die Rechtsbeschwerde weder von der Frage ab, ob die Betroffene im Hinblick auf die bestehenden Verpflichtungen Rückstellungen gebildet und diese als Abzugskapital angesetzt hat, noch davon, ob und inwieweit die Betroffene hierzu verpflichtet ist.

56 Sollte die Betroffene die Bildung solcher Rückstellungen entgegen bilanzrechtlichen Vorschriften unterlassen haben, hätte dies allenfalls zur Folge, dass die für die Bestimmung des Ausgangsniveaus maßgeblichen Kosten im

Rahmen der gebotenen Neubescheidung auch insoweit zu korrigieren sind. Auf die Einordnung von Personalkosten als dauerhaft nicht beeinflussbar im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV hätte ein diesbezüglicher Verstoß hingegen keine Auswirkungen.

57            Sollte die Betroffene nicht zur Bildung von Rückstellungen verpflichtet sein, ergäbe sich hieraus entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht, dass es an einer vollständigen Kostenübernahme durch den Netzbetreiber fehlt. Ob und in welchem Umfang ein Netzbetreiber für Personalkosten der bei ihm angestellten Mitarbeiter Rückstellungen zu bilden hat, ist eine Frage des Einzelfalls. Aus dem Umstand, dass ein Netzbetreiber für Personalkosten von Mitarbeitern, die aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungs- oder Personalüberleitungsvertrags für ihn tätig sind, im Einzelfall keine Rückstellungen zu bilden hat, kann deshalb nicht abgeleitet werden, dass es an einer die Anwendung von § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV rechtfertigenden Kostenbelastung fehlt.

58            h) Zu Recht hat das Beschwerdegericht entschieden, dass für die geltend gemachten Kosten für Betriebs- und Personalratstätigkeit (§ 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 ARegV) sowie für Berufsausbildung, Weiterbildung und Kindertagesstätten (§ 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 ARegV) im Ergebnis nichts anderes gilt.

59            Die dafür einschlägigen Vorschriften in § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 und 11 ARegV stellen nur auf die jeweilige Kostenart ab. Ebenso wie bei § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 ARegV ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang, dass nur Kosten erfasst sind, die der Netzbetreiber zu tragen hat. Die rechtliche Grundlage, aus der sich diese Pflicht ergibt, ist indes auch nach diesen Vorschriften grundsätzlich nicht ausschlaggebend.

60

Im Streitfall sind diese Kosten mithin ebenfalls als dauerhaft nicht beeinflussbar anzusehen, weil sie aufgrund des Personalüberleitungsvertrags von der Betroffenen zu tragen sind.

61 IV. Damit erweisen sich beide Rechtsbeschwerden im noch anhängigen Umfang als unbegründet.

62 Die Bundesnetzagentur hat die Betroffene deshalb, wie vom Beschwerdegericht angeordnet, zu folgenden Punkten neu zu bescheiden:

- Korrektur des Abzugskapitals wegen Rückstellungen, die auf die Stromsparte entfallen;
- Anerkennung der Personalkosten der übergeleiteten Mitarbeiter als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten, einschließlich der Neuberechnung des Effizienzwerts.

63 Soweit das Beschwerdegericht die Bundesnetzagentur hinsichtlich weiterer Punkte zur Neubescheidung verpflichtet hat, ist seine Entscheidung durch Rücknahme der Beschwerde wirkungslos geworden.

64 V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 und 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

65 1. Obwohl beide Rechtsbeschwerden erfolglos geblieben sind, bedarf die Kostenentscheidung für die Beschwerdeinstanz der Abänderung.

66 Anlass dazu besteht zum einen, weil die vom Beschwerdegericht festgelegte Kostenquote nach dem plausiblen und unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Betroffenen nicht den Quoten entspricht, mit denen die Beteilig-

ten in der Beschwerdeinstanz unterlegen sind, und zum anderen, weil die Betroffene von ihrem mit der Beschwerde geltend gemachten Begehren teilweise auch insoweit Abstand genommen hat, als sie in der Beschwerdeinstanz obsiegt hat, was als teilweise Rücknahme der Beschwerde mit entsprechender Kostenfolge anzusehen ist.

67 Bei Berücksichtigung dieser beiden Umstände hat die Betroffene drei Viertel der in der Beschwerdeinstanz angefallenen Kosten zu tragen, weil sie mit ihrem ursprünglich geltend gemachten Begehren in entsprechender Höhe unterlegen ist.

68 2. In der Rechtsbeschwerdeinstanz ist die Betroffene bezogen auf die in den Rechtsmittelbegründungen geltend gemachten Streitpunkte - deren Wert für die Gerichtsgebühren maßgeblich ist - zu zwei Drittel und bezogen auf die nach der teilweisen Bereinigung des Streits verbliebenen Punkte - deren Wert für die Terminsgebühr maßgeblich ist - zu einem Drittel unterlegen.

69

Vor diesem Hintergrund hat die Betroffene von den gerichtlichen Kosten dieser Instanz zwei Drittel zu tragen. Hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten ist hingegen eine Kostenaufhebung angemessen, weil sich die Unterliegensquoten vor und nach der teilweisen Bereinigung im Ergebnis ausgleichen.

Limperg

Grüneberg

Bacher

Sunder

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Schleswig, Entscheidung vom 10.03.2016 - 16 Kart 3/14 -