



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kühneweg und die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr auf die mündliche Verhandlung vom 10.04.2019

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

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21.02.2017 (Az. BK8-14/1846-31) wird aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Beschwerdeführerin werden der Bundesnetzagentur auferlegt.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

#### **Gründe:**

I.

Die Beschwerdeführerin mit Sitz in ... betreibt ein großes Stromverteilernetz. Sie ist unter anderem Teil eines Konsortiums, das ein Forschungsprojekt mit dem Titel „...“ durchführt. Ziel des vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit gemäß Zuwendungsbescheid vom ... geförderten Forschungsprojektes ist die Entwicklung von miteinander vernetzten Stromspeicherkapazitäten, die ähnlich dem Ansatz des Cloud Computing konzipiert sind („Energy Storage Cloud“). Die Beschwerdeführerin übernimmt in dem Forschungsprojekt die Feldtests.

Wegen der hierdurch entstandenen Kosten stellte die Beschwerdeführerin am 24.10.2014 bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Anerkennung von im Jahr 2013 angefallener Forschungs- und Entwicklungskosten in Höhe von ... Euro in der Erlösobergrenze für das Jahr 2015 gemäß § 25a ARegV (Anlage BF 3). Mit Schreiben vom 16.10.2015 (Anlage BF 4) beantragte sie sodann vorsorglich die Berücksichtigung der im Projekt angefallenen Ist-Kosten 2014 in Höhe von ... Euro. Im Rahmen des Anhörungsverfahrens nahm sie mit Schreiben vom 19.04.2016 (Anlage BF 5) zu den von der Bundesnetzagentur geäußerten Bedenken Stellung. Mit Schreiben vom 28.07.2016 (Anlage BF 6) meldete sie schließlich Ist-Kosten für das Jahr 2015 in Höhe von ... Euro zur Berücksichtigung an. Hilfsweise beantragte sie die Berücksichtigung des Kostenanteils nach § 25a Abs. 1 ARegV neu. Die angemeldeten Kosten umfassen jeweils zum einen Sachkosten, zum anderen die - hier streitgegenständlichen - Personalkosten eines Mitarbeiters, der schon zuvor im netzbezogenen Aufgabenbereich der Beschwerdeführerin tätig war und seit Herbst 2012 100 % seiner Arbeitskraft auf die Betreuung des Forschungsprojektes aufwendet. Die Personalkosten belaufen sich für das Jahr 2013 auf ... Euro und für das Jahr 2014 auf ... Euro.

Die Bundesnetzagentur hat den Antrag der Beschwerdeführerin auf Anerkennung von Forschungs- und Entwicklungskosten durch den angefochtenen Beschluss vom 21.02.2017, Az. BK8-14/1846-31 (Anlage BF 1), abgelehnt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass zwar die Voraussetzungen für die Genehmigung eines Aufschlags auf die Erlösobergrenze nach § 25a ARegV vorlägen, da die Beschwerdeführerin antragsbefugt sei, der Antrag rechtzeitig gestellt und es sich um ein Forschungs- und

Entwicklungsvorhaben im Rahmen der staatlichen Energieforschungsförderung handele. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen und Angaben im Antrag seien nach § 25a Abs. 3 S. 2 ARegV geeignet, die Kostenbasis zu prüfen. Die Personalkosten des Mitarbeiters, die zu 100 % in den Kosten des Forschungs- und Entwicklungsvorhabens enthalten seien, seien allerdings bereits im Basisjahr 2011 in der Kostenart Personalkosten enthalten gewesen, d.h. bereits im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze berücksichtigt worden. Diese Kosten seien im Rahmen des Forschungs- und Entwicklungsvorhabens lediglich umgewidmet worden und dürften nicht erneut als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten geltend gemacht werden.

Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Sachkosten, die in den Jahren 2013-2015 angefallen sind, hat die Bundesnetzagentur ein gesondertes Verwaltungsverfahren unter dem Az. BK8-16/1846-32 geführt. Dieses ist durch bestandskräftigen Beschluss vom 25.07.2018, mit dem die Bundesnetzagentur die beantragten Zuschläge für Sachkosten aus Forschung und Entwicklung für die Kalenderjahre 2015-2018 auf die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen antragsgemäß genehmigt hat, abgeschlossen worden.

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer am 24.03.2017 erhobenen und am 24.05.2017 begründeten Beschwerde gegen den Beschluss vom 21.02.2017 (BK8-14/1846-31). Der Senat hat der Beschwerdeführerin auf ihren Antrag vom 28.03.2017 durch Beschluss vom 26.04.2017 (Bl. 21 ff. GA) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Frist zur Einlegung der Beschwerde gewährt.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der beantragte Zuschlag zu gewähren sei. Die Personalkosten seien von § 25a ARegV erfasst und nicht bereits bei der Bestimmung der Erlösobergrenze berücksichtigt worden, da sie dort nicht als „Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben“ anerkannt worden seien. Gerade hierauf stelle der Verordnungswortlaut aber ab. Die Personalkosten seien auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Vorschrift anzuerkennen. § 25a ARegV ziele darauf ab, die im Zusammenhang mit den Forschungs- und Entwicklungsvorhaben verbundenen Kosten in der Erlösobergrenze abzubilden. Dem liefe es zuwider, wenn die unstrittig im Rahmen des Forschungsvorhabens angefallenen Kosten nicht anerkannt

würden. § 25a Abs. 2 S. 2 ARegV diene dem Ausschluss einer Doppelberücksichtigung von Kostenpositionen. Zu einer solchen komme es vorliegend aber gerade nicht. Denn bei der gebotenen Betrachtung der projektbezogenen Mehrkosten mache es keinen Unterschied, ob die Betreuung des Projektes durch einen Dienstleistungsvertrag, eine Neueinstellung eines Mitarbeiters oder eine Versetzung und Neubesetzung erfolge, da jeweils ein Mitarbeiter mehr mit der Betreuung des Projektes beschäftigt sei. Es könne nicht danach differenziert werden, wen der jeweilige Netzbetreiber für die Durchführung des Projektes einsetze, insbesondere könne dem Netzbetreiber der Einsatz eines erfahrenen eigenen Mitarbeiters nicht zum Nachteil gereichen und er gezwungen werden, auf externe Dienstleister zurückzugreifen, was regelmäßig teurer und mit dem Effizienzgebot nicht vereinbar sei. Dies würde der vom Gesetzgeber gewollten Verstärkung des Anreizes für Netzbetreiber zur Durchführung einer Forschungs- und Entwicklungstätigkeit entgegenstehen. Auch würde es dem Ziel der Regulierung zuwiderlaufen, wenn ein Netzbetreiber Effizienzgewinne wieder „abgeben“ müsse, indem er die überobligatorischen Projekte, für die er eigentlich eine anteilige Förderung nach der ARegV erhalten solle, jedenfalls bezogen auf die Personalkosten des Projekts vollständig selbst finanzieren, d.h. aus seinen Effizienzgewinnen zahlen müsse. Es stelle auch eine kaum überwindbare Hürde dar, wenn ein Netzbetreiber jeweils nachweisen müsse, dass sich die Personalkosten durch ein Forschungs- und Entwicklungsvorhaben erhöht hätten, da die tatsächliche Personenzahl und die Personalkosten in einem Unternehmen stets dem Zufall unterlägen und einzelne Mitarbeiter auch nur mit Stundenanteilen in Forschungs- und Entwicklungsvorhaben eingesetzt seien. Diesen Nachweisschwierigkeiten könne er nur durch den Einsatz externer Dienstleister oder den Einkauf neuer Mitarbeiter bei gleichbleibender oder steigender Mitarbeiterzahl im Netzbereich begegnen. Letztlich müsse in § 25a ARegV derselbe Prüfungsmaßstab angelegt werden wie durch den Projektträger ..., der sich lediglich die Stunden nachweisen lasse, ohne dass der konkrete Mitarbeiter zu benennen sei.

Eine Doppelanerkennung der Kosten sei jedenfalls durch die vorgenommene Neueinstellung eines Mitarbeiters ausgeschlossen. Der für das Forschungsprojekt eingesetzte Mitarbeiter S sei seit dem 01.01.2013 für das Projekt „...“ tätig worden. Zuvor sei er in der Gruppe „...“ für andere Tätigkeiten eingesetzt gewesen. Seine Stelle in der strategischen Netzplanung sei zum 01.12.2012 mit Herrn G besetzt worden. Dieser sei wiederum bis zum 30.09.2012 befristet als Trainee mit 19,5 Wochenstunden neben

der Erstellung seiner Abschlussarbeit eingestellt gewesen und diese Stelle sei aus-  
gelaufen. Er sei durch den neuen Vertrag zu erheblich anderen finanziellen Bedingungen  
eingestellt worden, um Herrn S zu ersetzen.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

unter Aufhebung des Beschlusses vom 21.02.2017 in dem Verwaltungsverfahren BK8-14/1846-31 die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur macht geltend, dass nach dem Wortlaut des § 25a ARegV eine Anerkennung der Kosten ausscheide, da diese schon im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze berücksichtigt worden seien. Dies entspreche dem Sinn und Zweck der Regelung, die nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers eine doppelte Berücksichtigung der Kosten ausschließen solle. Eine andere Betrachtung führe zu einem Fehlanreiz im Rahmen der Anreizregulierung. Der Netzbetreiber könne, wenn er Potenzial für Personaleinsparungen erkannt habe, freizusetzendes Personal schlicht für Projekte nach § 25a ARegV heranziehen und günstigeres Personal stattdessen im Netzbetrieb beschäftigen. Dies würde dazu führen, dass sowohl die Personalkosten des Basisjahrs als Bestandteil der beeinflussbaren Kosten fortgeführt würden und durch die anteilige Berücksichtigung im Rahmen von dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten zusätzliche Belastungen für die Netznutzer entstünden. Es komme deshalb nicht darauf an, ob der Netzbetreiber einen weiteren Mitarbeiter als Kompensation für die personelle Umstrukturierung im Laufe der Regulierungsperiode eingestellt habe. Wenn kein neuer Mitarbeiter eingestellt worden sei, sei eine zusätzliche Förderung über § 25a ARegV ohnehin nicht erforderlich. Der Ordnungsgeber habe mit der Einschränkung, dass Kosten nicht im Ausgangsniveau enthalten sein dürften, auf beträchtliche Zuordnungsprobleme reagiert, die mit Kosten für Forschung und Entwicklung im Zeitverlauf einhergingen. Diese Zuordnungsprobleme würden im vorliegenden

Fall besonders deutlich, da im Geschäftsbereich des Mutterunternehmens der Beschwerdeführerin, der ..., im Jahr 2011 in Summe ein Forschungsaufwand von ... Euro ausgewiesen sei, d.h. im Konzern Personal in erheblichem Umfang in der Forschung eingesetzt worden sei. Hiervon seien auf Basis eines Dienstleistungsvertrages Kosten in Höhe von ... Euro auf die Beschwerdeführerin verrechnet worden. Es sei aber außerordentlich schwierig, diese Kosten von den späteren Kosten für das streitgegenständliche Forschungs- und Entwicklungsvorhaben abzugrenzen. So sei es denkbar, dass ein entsprechend qualifizierter Mitarbeiter schon im Jahr 2011 beträchtliche Aufgaben im Forschungsbereich wahrgenommen habe und dieser später lediglich organisatorisch dem neuen Projekt umgewidmet werde.

Falls es gleichwohl darauf ankomme, ob im Netzbereich ein neuer Mitarbeiter zur Kompensation angestellt worden sei, so bedürfe der Sachverhalt weiterer Aufklärung. Die Beschwerdeführerin habe nicht vorgetragen, dass ihr aufgrund der Forschungs- und Entwicklungsmaßnahmen gegenüber dem Basisjahr höhere Kosten entstanden seien, was weiteren Vortrag - etwa zum Aufgabenbereich des neuen Mitarbeiters und zur Abgrenzung zum Aufgabenbereich des langjährigen Mitarbeiters - voraussetze. Die Beschwerdeführerin habe noch im Schreiben vom 11.12.2014 mitgeteilt, dass sie Personal, das sie aufgrund von Effizienzsteigerungsmaßnahmen im Netzbereich habe einsparen können, nun im Bereich des Forschungs- und Entwicklungsvorhabens einsetze (Bl. 102 VV). Von einer Neueinstellung sei erst im Schreiben vom 28.12.2015 die Rede gewesen (Bl 107 VV). Auch unter Berücksichtigung des nunmehrigen Vortrags der Beschwerdeführerin zum Einsatz der Mitarbeiter S und G lägen die Voraussetzungen des § 25a ARegV weiterhin nicht vor, da es auch danach zu Überschneidungen zwischen den im Ausgangsniveau enthaltenen Kosten und den dem beantragten Zuschlag zugrunde liegenden Kosten komme. Die Personalkosten dieser Mitarbeiter seien im Ausgangsniveau enthalten. Im Rahmen der Genehmigung des Zuschlags nach § 25a ARegV könne die Zuordnung und Abgrenzung dieser Kosten daher nicht unterbleiben. Soweit sie – wie hier – im Ausgangsniveau enthalten seien, sei der Zuschlag nach § 25a ARegV nicht zu genehmigen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, die Protokolle der Senatssitzungen sowie den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur Bezug genommen.

## II.

Die - nach Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Beschwerdefrist durch Beschluss vom 26.04.2018 - form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig. Sie ist auch begründet und führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung der Entscheidung und zur Verpflichtung der Bundesnetzagentur, die Anträge der Beschwerdeführerin vom 24.10.2014 und 16.10.2015 auf Einbeziehung eines Zuschlags für entstandene Personalkosten aus Forschung und Entwicklung in die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 11 Abs. 2 Nr. 12a ARegG unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

**1.** Gegenstand des angefochtenen Beschlusses und damit dieses Beschwerdeverfahrens sind die mit Schreiben vom 24.10.2014 und 16.10.2015 (Anlagen BF 3 und 4) geltend gemachten Ist-Kosten der Jahre 2013 und 2014, soweit sich diese auf die Personalkosten, konkret die Kosten des Mitarbeiters S, beziehen. Es ist im Verlauf des Beschwerdeverfahrens zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig geworden, dass die Genehmigung der Einbeziehung eines Zuschlags für Kosten aus Forschung und Entwicklung in die Erlösobergrenzen für die Jahre 2015 bis 2018, soweit sie sich auf Sachkosten bezieht, Gegenstand eines gesonderten, bestandskräftig abgeschlossenen Verwaltungsverfahrens war. Da der angefochtene Beschluss der Höhe nach ausschließlich auf die von der Beschwerdeführerin für die Kalenderjahre 2015 und 2016 beantragten Zuschläge auf die Erlösobergrenze Bezug nimmt, ist gleichzeitig klargestellt, dass nur über die diesbezüglichen Anträge der Beschwerdeführerin vom 24.10.2014 und 16.10.2015 entschieden worden ist.

**2.** Die Bundesnetzagentur hat es rechtsfehlerhaft abgelehnt, die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Personalkosten des Mitarbeiters S als Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben nach § 25a ARegV anzuerkennen. Der Berücksichtigung dieser Kosten im Rahmen des § 25a ARegV steht nicht entgegen, dass die entsprechenden Personalkosten als Kosten des allgemeinen Netzbetriebs im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze enthalten gewesen sind.

**2.1.** Nach § 25a Abs. 1 ARegV ist auf Antrag des Netzbetreibers von der Regulierungsbehörde ein Zuschlag für Kosten aus Forschung und Entwicklung in die Erlösobergrenze für das jeweilige Kalenderjahr einzubeziehen. Der einzubeziehende Zuschlag beträgt 50 Prozent der nach Absatz 2 berücksichtigungsfähigen Kosten des nicht öffentlich geförderten Anteils der Gesamtkosten des Forschungs- und Entwicklungsvorhabens, wie er sich aufgrund entsprechender Kostennachweise des Netzbetreibers ergibt. Kosten aus Forschungs- und Entwicklungsvorhaben nach § 25a ARegV sind dabei gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 12a ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten anzusetzen und fließen gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 2 ARegV mit einem Verzug von t-2 in die Erlösobergrenze ein. Nach § 25a Abs. 2 S. 2 ARegV sind Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben, die bereits bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen nach § 6 Abs. 1 und 2 ARegV berücksichtigt wurden, nicht berücksichtigungsfähig.

**2.2.** Aus dem Wortlaut des § 25a Abs. 2 S. 2 ARegV ergibt sich, dass es sich bei hiernach nicht berücksichtigungsfähigen Kosten um solche handeln muss, die bereits im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze, d.h. hier im Basisjahr für die zweite Regulierungsperiode 2011, als „Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben“ berücksichtigt wurden. Die ausdrückliche Bezugnahme auf „Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben“ und nicht lediglich auf „Kosten“ spricht dafür, dass es sich bereits im Basisjahr um dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 12a i.V.m. § 25a ARegV gehandelt haben muss. Personalkosten für eine Mitarbeiterstelle im „klassischen“ Netzbereich, wie sie im Jahr 2011 für den Mitarbeiter S angefallen sind, sind gerade keine Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben in diesem Sinne.

**2.3.** Dass auch der Verordnungsgeber ein solches Verständnis hatte, klingt in der Regierungsbegründung zum Verordnungsentwurf an. Dort werden als Beispiel für Forschungs- und Entwicklungskosten, die bereits bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus berücksichtigt wurden, die Kosten für Mitarbeiter, die das Forschungsprojekt betreuen, benannt (BR-Drs. 447/13, S. 20). Indem ausdrücklich ein Bezug zum Forschungsprojekt hergestellt wird, wird deutlich, dass nach der Vorstellung des Verordnungsgebers im Rahmen des § 25a Abs. 2 S. 2 ARegV nicht berücksichtigungsfähige Kosten solche



sind, die bereits im Basisjahr Forschungs- und Entwicklungsvorhaben zugeordnet waren.

**2.4.** Des Weiteren sprechen Sinn und Zweck des § 25a Abs. 2 S. 2 ARegV dagegen, Personalkosten von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben allein deshalb nicht als berücksichtigungsfähig anzusehen, weil Personalkosten desselben Mitarbeiters als Kosten des „klassischen“ Netzbetriebs im Basisjahr in die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenze eingeflossen sind.

**2.4.1.** § 25a Abs. 2 S. 2 ARegV dient dem Ausschluss einer doppelten Berücksichtigung von Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben (BR-Drs. 447/13, S. 20, s. auch Hummel in: Danner/Theobald, Energierecht, 99. EL, § 25a ARegV, Rn. 12, beck-online; Mohr in: BerlK-EnR, Band 3, 4. Aufl., § 25 a ARegV, Rn. 18). Es soll sichergestellt werden, dass nur *zusätzliche* Kosten anteilig in die Erlösobergrenze einfließen (Hummel in: Danner/Theobald, a.a.O.).

Zusätzliche Kosten können grundsätzlich unabhängig davon anfallen, ob die Personalkosten für ein Forschungs- und Entwicklungsvorhaben durch den Einsatz externer Dienstleister, durch neu eingestellte Mitarbeiter oder durch Mitarbeiter entstehen, die zuvor durch den Netzbetreiber im Rahmen des „klassischen“ Netzbetriebs beschäftigt worden sind. Denn wenn ein langjähriger Mitarbeiter eines Netzbetreibers seinen Tätigkeitsbereich im Netzbetrieb verlässt und in ein Forschungs- und Entwicklungsvorhaben wechselt, so wird im Netzbetrieb entweder eine Vakanz entstehen, die - wie hier von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - durch die Einstellung eines neuen Mitarbeiters mit damit verbundenen Mehrkosten zu füllen ist, oder aber die dem Netzbetrieb nicht mehr zur Verfügung stehende Arbeitskraft des Mitarbeiters wird durch eine Effizienzsteigerung kompensiert. In letzterem Fall entstehen dem Netzbetreiber durch das Forschungs- und Entwicklungsvorhaben ebenfalls Mehrkosten, denn dieser hätte - ohne Durchführung des konkreten Forschungs- und Entwicklungsvorhabens - die bestehenden internen Ineffizienzen heben können mit der Folge, dass die Personalkosten im Netzbereich gesunken und sein eigener Gewinn gestiegen wäre.

Dass dem Netzbetreiber im Einzelfall die Hebung von Ineffizienzen durch die Möglichkeit, eigenes Personal zu versetzen, erleichtert wird, ist dabei hinzunehmen. Tatsächlich ist - wie von der Bundesnetzagentur angeführt - denkbar, dass ein Netzbetreiber, der Potenzial für Personaleinsparungen erkennt, freizusetzendes Personal für Projekte nach § 25a ARegV heranzieht und günstigeres Personal stattdessen im Netzbetrieb beschäftigt. Damit liegt aber noch keine doppelte Berücksichtigung von Kosten i.S.d. § 25a Abs. 2 S. 2 ARegV vor und es hängt vom Zufall ab, ob sich ein solches Vorgehen in der wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung für den Netzbetreiber günstiger darstellt als etwa der Einsatz externer Dienstleister oder ähnlich erfahrener, neu einzustellender Mitarbeiter.

**2.4.2.** Dagegen, Personalkosten im aufgezeigten Kontext grundsätzlich nur dann als berücksichtigungsfähig anzusehen, wenn die Arbeitsleistung durch externe Dienstleister oder neu eingestellte Mitarbeiter erbracht wird, spricht auch, dass der Verordnungsgeber durch § 25a ARegV die bereits bestehenden Anreize für Netzbetreiber zur Durchführung von Forschungs- und Entwicklungstätigkeit verstärken wollte (BR-Drs. 447/13, S. 20). Dem würde es zuwiderlaufen, wenn die Netzbetreiber gezwungen würden, für neue Forschungs- und Entwicklungsvorhaben stets auf externe Dienstleister oder neu einzustellende Mitarbeiter zurückzugreifen, um deren Personalkosten im Rahmen eines Antrags nach § 25a ARegV erfolgreich geltend machen zu können. Denn der Einsatz bereits zuvor im Netzbetrieb eingesetzter Mitarbeiter bietet den Vorteil, dass ihm diese bekannt sind und er insbesondere auf im eigenen Unternehmen gewonnenes Erfahrungswissen zurückgreifen kann. Es wäre deshalb ein erheblicher Eingriff in die Entscheidungsbefugnis eines Netzbetreibers über die Durchführung eigener Forschungs- und Entwicklungsvorhaben, wenn ihm der Einsatz bestimmten Personals faktisch untersagt würde.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass gerade kein Interesse des Netzbetreibers besteht, die Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben zulasten der Netzkunden in die Höhe zu treiben. Das Gegenteil ist der Fall: Im Rahmen des § 25a ARegV sind nur 50 % des nicht geförderten Anteils der Gesamtkosten berücksichtigungsfähig, d.h. die weiteren 50 % unterfallen vollständig dem Kostenrisiko des Netzbetreibers.

**3.** Für die Neubescheidung ist Folgendes zu beachten:

Der Verordnungsgeber geht in der Begründung zu § 25a ARegV davon aus, dass bei Kosten, die in einem Basisjahr für Forschung und Entwicklung anfallen, der nicht öffentlich geförderte Anteil der Forschungs- und Entwicklungskosten in voller Höhe im Rahmen der Erlösobergrenze berücksichtigt werden kann (BR-Drs. 447/13, S. 20). Es besteht mithin kein Grund, Forschungs- und Entwicklungskosten, die im Laufe der einzelnen Jahre der Regulierungsperiode anfallen und die im Basisjahr für Forschung und Entwicklung angefallenen Kosten nicht übersteigen, durch einen Zuschlag auf die Erlösobergrenze als dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteil zu begünstigen. Anders ist dies, wenn zusätzliche Kosten entstehen.

Eine Berücksichtigung von Kosten von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn es zu einem Anstieg der Forschungs- und Entwicklungskosten gegenüber den bereits im Basisjahr, hier dem Jahr 2011, berücksichtigten Kosten von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben gekommen ist (so auch Hummel in: Danner/Theobald, a.a.O., § 25a ARegV, Rn. 14; Mohr in: BerlK-EnR, a.a.O., § 25a ARegV Rn. 18). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ergibt sich demgemäß die Berücksichtigungsfähigkeit der Personalkosten nicht bereits daraus, dass sie bei Bestimmung des Ausgangsniveaus, d.h. im Basisjahr 2011, das Projekt „...“ noch nicht betrieben hatte. Denn die Betrachtung, ob gegenüber den Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben des Basisjahrs berücksichtigungsfähige, zusätzliche Kosten für solche Vorhaben angefallen sind, kann immer nur gesamtkostenbezogen und nicht projektbezogen sein. So ist denkbar, dass etwa im Basisjahr durch ein anderes, zwischenzeitlich beendetes Projekt höhere Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben angefallen sind als nunmehr beantragt. Dann wären keine zusätzlichen, im Vergleich zu der Ermittlung des Ausgangsniveaus zusätzlichen Kosten durch Forschungs- und Entwicklungsvorhaben entstanden.

Es ist mithin erforderlich, für das Basisjahr die Kosten für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben vollständig zu ermitteln, um die allein berücksichtigungsfähigen Mehrkosten im Verhältnis hierzu im Rahmen eines Antrags nach § 25a ARegV identifizieren zu können, ohne dass es auf die genaue Kostenart (Personal- oder Sachkosten) ankommt. Diese Betrachtungsweise vermeidet auch die von der Bundesnetzagentur angesprochenen Zuordnungsschwierigkeiten, die ihre Grundlage darin finden, dass die

Kosten des Basisjahres - im vorliegenden Fall für die zweite Regulierungsperiode Strom die Kosten des Kalenderjahres 2011 - zwangsläufig nicht identisch sind mit den Kosten, wie sie für die Berechnung des Zuschlags nach § 25a ARegV betrachtet werden (vgl. Hummel in: Danner/Theobald, a.a.O.), hier für den Zuschlag zur Erlösobergrenze für das Kalenderjahr 2015 die Kosten des Kalenderjahres 2013 und für den Zuschlag zur Erlösobergrenze für das Kalenderjahr 2016 die Kosten des Kalenderjahres 2014. Die für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben konkret angefallenen Personal- und Sachkosten sind durch die Genehmigung im Rahmen der öffentlichen Förderung kostentechnisch eindeutig bestimmbar. So weist die Beschlusskammer 8 in ihren „Hinweise(n) für Netzbetreiber zur regulatorischen Umsetzung des § 25a ARegV – Forschungs- und Entwicklungskosten“ (Stand: 05.04.2016, abrufbar über bundesnetzagentur.de) ausdrücklich darauf hin, dass dem Wortlaut des § 25a Abs. 1 S. 2 ARegV folgend die aus den Jahresabschlüssen abgeleiteten und mit Zwischennachweis/Verwendungsnachweis auf Kostenbasis gegenüber dem Zuwendungsgeber nachgewiesenen Kosten auch von den Regulierungsbehörden zugrunde gelegt werden.

**4.** Nach alledem ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache von der Bundesnetzagentur neu zu bescheiden. Die Bundesnetzagentur wird den Sachverhalt im Hinblick auf die oben aufgezeigten Gesichtspunkte weiter aufzuklären haben.

### **III.**

**1.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Es entspricht der Billigkeit, der Bundesnetzagentur die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil sie im Beschwerdeverfahren unterlegen ist.

**2.** Die Festsetzung des Gegenstandswertes für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO und entspricht den antragsgegenständlichen, in den

Jahre 2013 und 2014 entstandenen Personalkosten, die die Bundesnetzagentur unwidersprochen für das Jahr 2013 mit ... Euro und für das Jahr 2014 mit ... Euro beziffert hat.

#### IV.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 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](http://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

Pastohr