



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 22.06.2022 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr und den Richter am Oberlandesgericht Orlik

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

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 01.07.2021 (...) wird insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ die Genehmigung als Investitionsmaßnahme abgelehnt worden ist. Die Bundesnetzagentur wird verpflichtet, den Antrag der Beschwerdeführerin vom 31.03.2017 in Gestalt des Änderungsantrags vom 30.06.2020 hinsichtlich dieser Teilmaßnahme unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen außergerichtlichen Auslagen der Verfahrensbeteiligten trägt die Bundesnetzagentur.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin, Betreiberin eines Elektrizitätsübertragungsnetzes, wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen die (teilweise) Ablehnung ihres Antrags auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 1 ARegV hinsichtlich der Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ aus dem (Gesamt-)Projekt „Maßnahmenpaket 203_1: Umsetzung Sicherungskonzept“ (ursprünglich: „Nationale kritische Infrastruktur“). Die streitgegenständliche Teilmaßnahme zielt auf eine Verstärkung der Objektschutzinfrastruktur gegenüber terroristischen Anschlägen bei acht als nationale kritische Infrastruktur (NKI) eingestuften Umspannwerken (UW) der Beschwerdeführerin.

Das (Gesamt-)Projekt ist Bestandteil einer im Jahr 2011 gestarteten Initiative zum Schutz nationaler kritischer Infrastruktur vor namentlich terroristischen Anschlägen. In diesem Kontext führten die Beschwerdeführerin und die anderen Übertragungsnetzbetreiber – in enger Abstimmung mit dem Bundesministerium des Inneren und für Heimat (BMI) sowie dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) unter Beteiligung des Bundesamts für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK), des Bundeskriminalamts (BKA) und der Bundesnetzagentur – auf Basis vom BBK vorgegebener Gefährdungs- und Einwirkungsszenarien verschiedene, immer weiter spezifizierte Analysen und Untersuchungen durch, die zunächst darauf abzielten, die konkret als nationale kritische Infrastruktur einzustufenden Anlagen und Anlagenkomponenten der Übertragungsnetze zu ermitteln, deren Störung oder Zerstörung erhebliche Auswirkungen auf die Stromversorgung in der Bundesrepublik Deutschland haben kann. Daran anknüpfend erarbeiteten die Übertragungsnetzbetreiber sodann Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen, um diese Netzinfrastruktur gegen entsprechende Angriffe abzusichern. Die Untersuchungen und Analysen wurden bis Ende 2019 abgeschlossen. Die finalen Sicherheitskonzepte der einzelnen Übertragungsnetzbetreiber sowie ein gemeinsamer Bericht nebst gemeinsamem Sicherungskonzept (4-ÜNB-Sicherungskonzept) wurden Ende Juni 2020 vorgelegt.

Die Analysen und Berichte wurden seitens des im BMWi zuständigen Staatssekretärs Y mit Schreiben vom 22.10.2020 (Anlage BF 5) auch im Namen des BMI abgenommen. In dem Schreiben wurde das im Rahmen der Makroanalyse untersuchte Szenario als weiterhin aktuell und eine Erhöhung des Schutz- bzw. Sicherheitsniveaus als ausdrücklich erwünscht bezeichnet. Insbesondere wurde die vorgeschlagene Maßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ für bestehende Umspannwerke ausdrücklich als zum Schutz dieser Anlagen geeignet und erforderlich qualifiziert und eine möglichst zügige Umsetzung angeregt bzw. gefordert. Hinsichtlich der Kostentragung wurde auf die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur und die dafür vorgesehenen Verwaltungsverfahren verwiesen.

Die Beschwerdeführerin hatte bereits am 31.03.2017 während des noch laufenden (Analyse-)Prozesses einen Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme gemäß § 23 Abs. 1 ARegV für das Projekt „Maßnahmenpaket 203_1: „Nationale kritische Infrastruktur“ (Anlage BF 2) gestellt. Diesen hat sie mit Änderungsantrag vom 30.06.2020 (Anlage BF 3) auf Basis ihres eigenen Sicherungskonzepts sowie des 4-ÜNB-Sicherungskonzepts inhaltlich konkretisiert und dabei zudem die Umbenennung des Projekts in „Maßnahmenpaket 203_1: Umsetzung Sicherungskonzept“ beantragt. Folgende Maßnahmen sollten ausweislich des (Änderungs-)Antrags der Beschwerdeführerin umgesetzt werden:

Maßnahme	Betroffene Standorte	Schätzung der Anschaffungs- und Herstellungskosten in Euro
Objektschutz/Anlagenhärtung	UW B, D, E, F_N, F_S, G, K und W	ca. 44 Mio.
Zusätzlicher 380/220-kV-Transformator, inkl. Errichtung der erforderlichen 380-kV und 220-kV Schaltfelder	UW B	ca. 12 Mio.
Vorbereitung für Autarkes mobiles Umspannwerk (AMU)	UW G, E, F_S	ca. 3 Mio.

AMU-Beschaffung	Beschaffung von 2 AMU	ca. 50 Mio.
AMU-Lager, inkl. Objektschutz	Errichtung eines Lagers für 2 AMU	ca. 10 Mio.
Gesamt		ca. 119 Mio.

Die streitgegenständliche Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ beinhaltet präventive Maßnahmen zum Schutz der in den Umspannwerken eingesetzten Primär- und Sekundärtechnik unter Berücksichtigung des von den Bundesbehörden vorgegebenen Bedrohungsszenarios und der besonderen Anforderungen an NKI-Standorten. Dies betrifft einerseits bauliche Härtungsmaßnahmen zur Erhöhung der physischen Widerstandsfähigkeit und andererseits die Installation von Systemen zur Detektion und Alarmverifikation schadhafter Handlungen an Anlagenteilen und Bauwerken. Das Vordringen zur kritischen Infrastruktur soll verhindert, jedenfalls erschwert bzw. verzögert und zugleich aufgedeckt werden. Dies soll unter anderem mittels eines neuen Anlagenzauns, eines Untergrabungs-, Übersteig- und Anfahrerschutzes, mit Kameraüberwachungs- und Videotechnik, der Installation von Zutrittssystemen (elektronische Schließung) sowie einer Erhöhung der Einbruchsklassen von Fenstern und Türen in den Gebäuden erreicht werden. Die an den betroffenen Standorten vorhandene Objektschutzinfrastruktur soll dabei teilweise ersetzt werden. Der projektspezifische Ersatzanteil gemäß § 23b Abs. 2b ARegV wurde von der Beschwerdeführerin mit 0,77 % veranschlagt.

Die Bundesnetzagentur hat mit Beschluss vom 01.07.2021 (...) den Antrag der Beschwerdeführerin – mit Ausnahme der Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ – gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV genehmigt.

Die Ablehnung der Teilmaßnahme hat sie damit begründet, dass es sich dabei weder um eine Erweiterungs- noch um eine Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 ARegV handele. Es werde weder die physikalische Netzlänge vergrößert noch ein größeres Kapazitäts- bzw. Transportmengen volumen geschaffen, weshalb keine Erweiterungsinvestition vorläge. Die Erhöhung des Schutzniveaus in Gestalt der beantragten baulichen Härtungsmaßnahmen sowie der Systeme zur Detektion und Verifikation schadhafter Handlungen an Anlagenteilen und Bauwerken führe auch zu keiner Veränderung von für den Netzbetrieb erheblichen technischen Parametern, so

dass die Teilmaßnahme auch nicht als Umstrukturierungsinvestition „im Netz“ genehmigungsfähig sei. Mit ihr gehe auch keine Funktionserweiterung des Netzes einher. Die Erhöhung der Verfügbarkeit bzw. der Resilienz bereits bestehender Netzbetriebsmittel sei keine in diesem Sinne eigenständige Funktion. Wirkung, Funktion und Einsatz der betroffenen Umspannwerke blieben im Hinblick auf die Erfüllung der Transportaufgabe auch nach der Umsetzung der Härtungsmaßnahmen unverändert. Es fehle an einem unmittelbaren Bezug zur Transportfunktion des Netzes. Die Zutritts-, Zugangs- und Zugriffsbeschränkungen stellten keine für den Betrieb des Netzes zwingend notwendigen Parameter dar.

Die gesetzliche Vorgabe zum sicheren Betrieb des Netzes verpflichte die Netzbetreiber überdies, angemessene Sicherungsmaßnahmen zum Schutz der Anlagen auch vor mutwilligen Angriffen Dritter zu ergreifen. Dies gelte umso mehr, wenn – so wie vorliegend – kritische Infrastruktur betroffen sei. In diesem Fall träfen einen Betreiber höhere bzw. besondere Anforderungen mit der Folge, dass die notwendigen Schutz- und Sicherungsmaßnahmen zum Kernbereich seines Aufgabenumfangs zählten und als Standardaufgabe einzustufen seien. Auch der Umstand, dass das BMWi die vorgeschlagenen Maßnahmen als erforderlich im Sinne der Sicherheitskonzepte betrachtet habe, führe nicht zu einer Anerkennung als Umstrukturierungsmaßnahme im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV.

Die abgelehnte Teilmaßnahme sei auch aus Gründen der Refinanzierung nicht genehmigungsbedürftig. Die entsprechenden Investitionen könnten über das normale Ausgangsniveau der Erlösobergrenze der Anreizregulierung refinanziert werden. Das gemeinsame Sicherungskonzept führe überdies dazu, dass bei allen Übertragungsnetzbetreibern bei entsprechenden Anlagen das gleiche Sicherungsniveau angestrebt werde und es insoweit zu keiner Diskriminierung zwischen den Netzbetreibern und zu keinen Nachteilen im Effizienzvergleich kommen dürfte. Für die Umsetzung der Maßnahmen bzw. die Pflicht der Antragstellerin zum sicheren Betrieb ihres Netzes komme es im Übrigen nicht darauf an, über welches Refinanzierungsinstrument Kosten im Rahmen der Anreizregulierung anerkannt würden.

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen die Ablehnung der Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“. Sie macht geltend, die Bundesnetzagentur habe ihren Antrag hinsichtlich der Teilmaßnahme zu Unrecht zurückgewiesen. Es handele sich um eine Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1

ARegV. Darunter könne jede für den Netzbetrieb erhebliche Maßnahme fallen, solange durch sie nur – so wie hier – für den Netzbetrieb wesentliche technische Parameter geändert würden. Dazu zähle auch der im Streitfall betroffene Aspekt der Versorgungssicherheit als überragendes Schutzgut des Energiewirtschaftsgesetzes (vgl. § 1 Abs. 1 EnWG). Zu einer ausfallsicheren Energieversorgung gehöre auch eine hinreichende Absicherung der Netze gegen Eingriffe Dritter. Diesem Zweck diene die abgelehnte Teilmaßnahme. Durch sie werde das Risiko erheblich verringert, dass es durch Sabotageaktionen bzw. physische Attacken auf die in besonderem Maße schutzbedürftigen Umspannwerke zu Einschränkungen des Netzbetriebs und damit der Versorgungssicherheit komme.

Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur sei die Genehmigungsfähigkeit von Investitionsmaßnahmen im Rahmen des § 23 Abs. 1 ARegV auch nicht auf Maßnahmen „im Netz“ beschränkt; dies sei dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Entscheidend sei allein das hier zu bejahende Bestehen eines funktionalen Bezugs zur Transportaufgabe des Netzes. Eine Beschränkung auf Schutzmaßnahmen „im Netz“ wäre zudem weniger effektiv, würde mehrere „Schutzwälle“ außer Acht und die Bedrohung physisch näher an die Schutzobjekte herankommen lassen. Das Schutzgut der Versorgungssicherheit erfordere vielmehr auch die Anerkennung und Einbeziehung effizienter Schutzmaßnahmen „außerhalb des Netzes“ in den Begriff der Umstrukturierungsmaßnahme. Unabhängig davon führten die streitgegenständlichen Sicherungsmaßnahmen auch zu einer qualitativen Verbesserung der Netzbeschaffenheit, indem sie die Güte und Verfügbarkeit einer sicheren Netzinfrastruktur verbesserten und damit die Versorgungssicherheit erhöhten.

Es handele sich auch nicht nur um eine nicht genehmigungsfähige Ersatzbeschaffung. Vielmehr solle durch die streitgegenständliche Teilmaßnahme ein im Verhältnis zum Ist-Zustand neues, qualitativ deutlich erhöhtes Schutz- und Sicherheitsniveau in Bezug auf die Umspannwerke realisiert werden, das ihrer Einstufung als nationale kritische Infrastruktur, den von den Sicherheitsbehörden identifizierten Bedrohungsszenarien und den daraus abgeleiteten Impact- und Makroanalysen Rechnung trage. Es werde ein über eine Grundsicherung von Netzanlagen deutlich hinausgehendes, auf behördlichen Vorgaben beruhendes Schutzniveau erreicht. Durch die zusätzlich zu installierenden bzw. in ihrer Funktion erweiterten Betriebsmittel werde der bisherige Schutz der Versorgungssicherheit vollständig umstrukturiert und der von den Sicherheitsbehörden identifizierten Bedrohungssituation angepasst.

Das BMWi habe eine sicherheitsrelevante Bedrohungslage erkannt und besondere Anforderungen an den Schutz der Anlagen definiert bzw. die Umsetzung bestimmter Sicherheitsmaßnahmen zur Erhöhung des Schutzniveaus angeordnet. Zwar gehöre der Schutz der eigenen Anlagen vor mutwilligen Angriffen Dritter grundsätzlich zu den Standardaufgaben eines jeden Unternehmens, doch sei diese allgemeine Pflicht durch die Vorgaben des BMWi vorliegend nicht nur konkretisiert, sondern in dem beantragten Ausmaß behördlicherseits vorgegeben worden. Insbesondere sei der Bedarf überhaupt erst vom BBK identifiziert worden. Das zugrunde gelegte Bedrohungsszenario sei sehr spezifisch gewesen und hätte von ihr wie den übrigen Übertragungsnetzbetreibern nicht selbst erschlossen werden können. Es zeige eine Ausrichtung auf Anschläge mit möglicherweise terroristischem Hintergrund. Deren Abwehr könne überdies nicht Aufgabe der Übertragungsnetzbetreiber sein.

Fehl gehe auch das gegen die Anerkennung als Umstrukturierungsinvestition angeführte Argument der Bundesnetzagentur, die streitgegenständliche Teilmaßnahme bewirke keine Funktionserweiterung des Netzes. Abzustellen sei insoweit auf den Soll- und nicht auf den Ist-Zustand. Die Teilmaßnahme erhöhe die Resilienz der Umspannwerke gegenüber äußeren Einwirkungen im Interesse der Anlagen- und Versorgungssicherheit, was als relevante Funktionserweiterung zu qualifizieren sei. Eine hohe Anlagenverfügbarkeit sei – wie auch die Bundesnetzagentur einräume – für einen sicheren Netzbetrieb erforderlich. Es handele sich um eine Ausprägung der von den Netzbetreibern gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG zu gewährleistenden Sicherheit der Energieversorgung. Die vorliegende Konstellation unterscheide sich insoweit nicht von Investitionsmaßnahmen, die einem „Schwarzfall“ vorbeugen bzw. die (n-1)-Sicherheit eines Netzsystems gewährleisten sollten und als Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 ARegV anerkannt würden.

Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur bestehe auch der erforderliche funktionale Zusammenhang zum Netzbetrieb. Die Teilmaßnahme betreffe die Sicherheit von neuralgischen Netzkomponenten. Damit sei ein funktionaler Bezug zur Transportaufgabe gegeben. Der sichere, störungsfreie Betrieb der Umspannwerke sei unmittelbarer Bestandteil ihrer Transportaufgabe, die durch die geforderten Nachrüstungen besser erfüllt werden könne. Da den streitgegenständlichen Sicherungsmaßnahmen eine „Notfalleinsatzfunktion“ zukomme, sei maßgeblicher Bezugspunkt für die Frage des Bestehens eines funktionalen Zusammenhangs zum Netzbetrieb der Notfalleintritt, d.h. die Realisierung des zugrunde gelegten Bedrohungsszenarios. Die mit der neuen

Objektschutzinfrastruktur versehenen Umspannwerke setzten ihren Betrieb aus netz-technischer Sicht daher gerade nicht unverändert fort. Das Netz befände sich aufgrund der von der Teilmaßnahme umfassten Schutzvorkehrungen vielmehr in einem höhergradig abgesicherten Zustand und sei infolgedessen in der Lage, Eingriffen von außen effektiver zu trotzen.

Darüber hinaus sei die streitgegenständliche Teilmaßnahme zumindest mittelbar aufgrund Sachzusammenhangs als genehmigungsfähige Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 ARegV zu qualifizieren, weil das Anlagensicherheitskonzept einen integralen Bestandteil des Gesamtkonzepts der NKI-Sicherheit darstelle. Überdies verursache dieser ganzheitliche Ansatz die volkswirtschaftlich geringsten Kosten. Es drohe dadurch auch keine „uferlose Ausdehnung“ des Begriffs der Umstrukturierungsinvestition, da ein Sachzusammenhang nicht schon bei jeder untergeordneten, nur nachrangig der Versorgungssicherheit dienenden Maßnahme zu bejahen sei und die von der streitgegenständlichen Teilmaßnahme umfassten Sicherungsmaßnahmen insofern deutlich über das von den §§ 11, 49 EnWG verlangte Maß hinausgingen.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den streitgegenständlichen Beschluss vom 01.07.2021 (...) im Umfang der Teilablehnung aufzuheben und die Beschwerdegegnerin insoweit zu verpflichten, ihren Antrag vom 31.03.2017 in Gestalt des Änderungsantrags vom 30.06.2020 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung der Gründe. Die Ablehnung der Genehmigung für die Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ sei zu Recht erfolgt.

Insbesondere sei die Teilmaßnahme – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht schon deswegen als Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 ARegV zu klassifizieren, weil es sich nicht um eine schlichte Ersatzinvestition handele.

Der Zweck der normativen Beschränkung der Genehmigungsfähigkeit auf Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen erschöpfe sich nicht darin, allein Ersatzinvestitionen aus dem Kreis der genehmigungsfähigen Maßnahmen auszugrenzen und somit sämtliche Maßnahmen, die keine Ersatzinvestitionen darstellten, als genehmigungsfähige Erweiterungs- oder Umstrukturierungsmaßnahmen anzuerkennen. Vielmehr müsse es darüber hinaus bei einer Erweiterungsinvestition zu einer Vergrößerung des Netzes und bei einer Umstrukturierungsinvestition zu einer nicht unbedeutenden Veränderung sonstiger für den Netzbetrieb erheblicher technischer Parameter kommen; beides sei hier nicht gegeben. Für die allein in Betracht kommende Anerkennung als Umstrukturierungsinvestition fehle es der Teilmaßnahme insbesondere an dem notwendigen funktionalen Bezug zum Netzbetrieb bzw. zur Transportaufgabe. Aus dem gleichen Grund scheide auch eine Einstufung als Maßnahme der technischen Sicherheit im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV aus, weil der Begriff der Umstrukturierungsinvestition im Regelbeispiel des § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV nicht anders auszulegen sei als in § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV.

§ 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV spreche von „Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze“ und unterscheide somit hinsichtlich des Netzbezugs nicht zwischen Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen. Entscheidend für die Genehmigungsfähigkeit einer Maßnahme sei, dass es sich um eine Investition „in das Netz“ handele, d.h. dass sie in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Funktionalität des Netzes stehe. Während Erweiterungsinvestitionen Maßnahmen erfassten, die durch einen quantitativen Ausbau der Netzinfrastruktur einem steigenden Transportbedarf begegneten, bildeten Umstrukturierungsinvestitionen strukturell-qualitative Veränderungen des Netzes ab, die sich auf die Transportfunktion des Netzes auswirkten und diese erhöhten oder verbesserten. Diese Aspekte seien bei der streitgegenständlichen Teilmaßnahme zur Verbesserung des Objektschutzes der Umspannwerke gegenüber äußeren, namentlich terroristischen Angriffen nicht betroffen.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin seien auch nicht alle Maßnahmen, die in irgendeiner Art und Weise der Versorgungssicherheit dienten, per se als für den Netzbetrieb erhebliche technische Parameter einzustufen, so dass deren Veränderung immer eine Umstrukturierungsinvestition darstellte. Vielmehr müssten sich die Maßnahmen immer auf eine (Netz-)Komponente beziehen, die einen funktionalen Bezug zur Transportaufgabe des Netzes habe, woran es vorliegend fehle. Denn der primäre

Zweck der streitgegenständlichen Teilmaßnahme bestehe darin, ein unbefugtes Eindringen in die Umspannwerke und mögliche Angriffe auf diese Anlagen zu verhindern. Ohne die vorgesehenen Schutzmaßnahmen drohe auch nicht direkt ein Ausfall wesentlicher Netzkomponenten; dazu bedürfe es vielmehr weiterer Zwischenschritte. Der erforderliche unmittelbare Netzbezug könne auch nicht durch das Abstellen auf den Soll-Zustand hergestellt werden. Durch das Erfordernis der „Erheblichkeit für den Netzbetrieb“ werde der Kreis der genehmigungsfähigen Umstrukturierungsinvestitionen vielmehr auf Maßnahmen beschränkt, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Funktionalität des Netzes stünden. Etwas anderes folge auch nicht aus der von der Beschwerdeführerin für ihre Rechtsansicht zitierten Entscheidung des Senats vom 28.02.2018 (VI-3 Kart 136/16 [V], Juris Rn. 32 ff., 37 ff.), wo unter anderem zur Gewährleistung der (n-1)-Sicherheit dienende Betriebsmittel wie Verdichter, Sammelschienen und Schaltfelder als Erweiterungsinvestitionen im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV anerkannt worden seien, weil diese – im Gegensatz zu den hier streitgegenständlichen Objektschutzmaßnahmen – gerade in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Funktionalität des Netzes stünden.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sei die streitgegenständliche Teilmaßnahme auch nicht aufgrund Sachzusammenhangs als genehmigungsfähige Umstrukturierungsinvestition anzuerkennen. Würde man Maßnahmen allein aufgrund ihres Sachzusammenhangs mit genehmigungsfähigen Teilmaßnahmen als zu genehmigende Umstrukturierungsinvestition einstufen, käme es zu einer nicht mit dem Willen des Ordnungsgebers korrespondierenden erheblichen Erweiterung des Kreises der gemäß § 23 Abs. 1 ARegV genehmigungsfähigen Investitionsmaßnahmen. Dies widerspräche dem Charakter der Investitionsmaßnahme als Privilegierungsinstrument, das als Ausnahme zur Regelfinanzierung konzipiert sei.

Die Beschwerdeführerin habe den Schutz der Umspannwerke auch nicht aufgrund behördlicher bzw. ministerieller Vorgaben vorzunehmen. Der Schutz der eigenen Anlagen auch vor mutwilligen Angriffen Dritter gehöre vielmehr zu den Standardaufgaben eines jeden Unternehmers. Zwar gälten bei Netzbetreibern besondere Anforderungen, die jedoch bei Betreibern kritischer Infrastruktur – so wie hier – ebenfalls vom Kernbereich des Aufgabenumfangs umfasst seien. Der Umstand, dass das BMWi die Maßnahme als erforderlich im Sinne der Sicherheitskonzepte bewertet habe, führe insoweit zu keiner anderen Bewertung bzw. nicht zu einer Einordnung der Teilmaßnahme als

Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV.

Unzutreffend sei auch die Darstellung der Beschwerdeführerin, aufgrund der Abnahme der Sicherungskonzepte durch das BMWi scheide eine Refinanzierung über das Ausgangsniveau aus. Zunächst sei festzuhalten, dass sich das BMWi in dem Schreiben des Staatssekretärs Y vom 22.10.2020 (Anlage BF 5) zur Kostenanerkennung überhaupt nicht geäußert, sondern insoweit auf die einschlägigen Verwaltungsverfahren verwiesen habe. Des Weiteren habe die zuständige Beschlusskammer auf Seite 7 des angegriffenen Beschlusses ausdrücklich konstatiert, dass die Kosten für derartige Sicherungsmaßnahmen im Ausgangsniveau grundsätzlich berücksichtigungsfähig seien und daher ab der nächsten Regulierungsperiode zu Rückflüssen über die Erlösobergrenze führen könnten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Verfahrensbeteiligten gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 22.06.2022 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 01.07.2021 (...) hat in der Sache Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und insoweit zur Verpflichtung der Bundesnetzagentur, den Antrag der Beschwerdeführerin vom 31.03.2017 in der Fassung des Änderungsantrags vom 30.06.2020 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

I. Die Beschwerde ist zulässig.

Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist als Verpflichtungsbeschwerde gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, § 78 Abs. 1, Abs. 3, § 83 Abs. 4 EnWG statthaft. Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihr gegen die Ablehnung der Genehmigung für die Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ im Rahmen der beantragten Investitionsmaßnahme „Maßnahmenpaket 203_1: Umsetzung Sicherungskonzept“ (ursprünglich: „Nationale kritische Infrastruktur“) und begehrt insoweit die Neubescheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats.

II. Die Beschwerde ist begründet.

Die Bundesnetzagentur hat es aufgrund eines unzutreffenden Begriffsverständnisses rechtsfehlerhaft abgelehnt, die Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ jedenfalls teilweise unter Ansatz eines Ersatzanteils als notwendige Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV anzuerkennen und zu genehmigen.

1. Die Regelungen der Anreizregulierungsverordnung finden auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 02.09.2021 (C-718/18, Juris Rn. 112 ff.) weiterhin Anwendung. Sie sind allerdings angesichts der durch das Unionsrecht geforderten Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur von externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen, wo auch immer möglich und bis zu der den Gerichten durch den Willen des nationalen Gesetzgebers gezogenen Grenze, im Sinne einer Gewährleistung und Sicherung dieser Unabhängigkeit auszulegen. Eine gerichtliche Überprüfung erfolgt im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschl. v. 08.10.2019 – EnVR 58/18, Juris Rn. 60 ff. – Normativer Regulierungsrahmen) daher im Grundsatz nur noch in Bezug auf den nach diesen Maßstäben fortgeltenden nationalen Regulierungsrahmen sowie anhand unionsrechtlicher Vorgaben (vgl. BGH, Beschl. v. 26.10.2021 – EnVR 17/20, Juris 13 ff. – Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor II; v. 09.11.2021 – EnVR 36/20, Juris Rn. 11 – Genehmigung der Investitionsmaßnahme; v. 07.12.2021 – EnVR 22/21, Juris Rn. 8 f.; Senat, Beschl. v. 16.03.2022 – VI-3 Kart 53/19 [V], Juris Rn. 77, 85; v. 23.03.2022 – VI-3 Kart 25/21 [V], Juris Rn. 93).

2. Die streitgegenständliche Teilmaßnahme zur Verbesserung des Objektschutzes und der Anlagensicherheit von acht als nationale kritische Infrastruktur eingestuften Umspannwerken der Beschwerdeführerin stellt eine zumindest teilweise genehmigungsfähige Umstrukturierungsinvestition in die Übertragungsnetze gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV dar.

a) Dabei kann dahinstehen, welche Fassung des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV für die Beurteilung des Streitfalls maßgeblich ist.

Bei einer Verpflichtungsbeschwerde – so wie hier – ist für die Beschwerdeentscheidung an sich grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung des Beschwerdegerichts abzustellen (Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, 4. Aufl., § 83 EnWG Rn. 23; BeckOK EnWG/van Rossum, 2. Ed. 01.03.2022, § 83 Rn. 31 m.w.N.; vgl. auch BGH, Beschl. v.

04.10.1983 – KVR 2/82, Juris Rn. 23 – Elbe Wochenblatt II; v. 20.04.2010 – KVR 1/09, Juris Rn. 35 – Phonak/GN Store, P). Die Frage nach dem anzuwendenden Recht beantwortet sich indes primär nach dem materiellen Recht, soweit sich diesem, z.B. in Gestalt einer Übergangsregelung, eine Aussage hierzu entnehmen lässt (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.05.1982 – 7 C 42/80, Juris Rn. 12 ff.; v. 17.09.1987 – 7 C 15/85, Juris Rn. 10 m.w.N.; ebenso BGH, Beschl. v. 09.11.2021 – EnVR 36/20, Juris Rn. 18; vgl. auch BeckOK EnWG/van Rossum, a.a.O., § 83 Rn. 31). Hieran gemessen dürfte sich die Rechtmäßigkeit der Ablehnung der Genehmigung für die streitgegenständliche Teilmaßnahme an sich nach der zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung geltenden Fassung des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV vom 27.07.2021 beurteilen. Das materielle Recht, namentlich die Übergangsregelungen in §§ 34 ff. ARegV, insbesondere die Absätze 7, 7a und 11 des § 34 ARegV, treffen für die hier in Rede stehende Teilmaßnahme keine (abweichende) Bestimmung.

Im Ergebnis kann die Frage nach der im Streitfall anwendbaren Fassung des § 23 Abs. 1 ARegV jedoch offenbleiben. Zwar ist die Regelung seit ihrem Inkrafttreten mehrfach geändert worden. Die für die Beurteilung des Streitfalls relevanten Tatbestandsvoraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV sind von diesen Änderungen indes nicht betroffen gewesen (vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – EnVR 18/12, Juris Rn. 9 f.; v. 12.07.2016 – EnVR 10/15, Juris Rn. 13 f.).

b) Die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen gemäß § 23 Abs. 1 ARegV eröffnet dem Netzbetreiber die Möglichkeit, die Kosten bestimmter Maßnahmen früher in die Festlegung der Erlösobergrenze einfließen zu lassen, als dies nach den allgemeinen Bestimmungen in §§ 4 ff. ARegV möglich wäre. Für die Netzbetreiber hat dies den Vorteil, dass diese Kosten zu einem früheren Zeitpunkt in die Entgeltkalkulation einfließen und damit wieder erwirtschaftet werden können (BGH, a.a.O., Rn. 12 ff., 27 – Genehmigung der Investitionsmaßnahme; BGH, Beschl. v. 14.07.2015 – EnVR 6/14, Juris Rn. 10 ff.; Bacher, WM 2021, Sonderbeilage Nr. 1, 1 [12]).

aa) Für die Festlegung der Erlösobergrenze sind grundsätzlich die Kosten maßgeblich, die in dem nach § 6 Abs. 1 ARegV relevanten Basisjahr angefallen sind. Dies ist, sofern sich das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr deckt, das drittletzte Kalenderjahr vor Beginn der Regulierungsperiode. Danach können die Kosten einer Investitionsmaßnahme frühestens in der jeweils nächsten Regulierungsperiode berücksichtigt werden, und selbst dies wäre nur möglich, soweit die Kosten spätestens zwei Jahre

vor Beginn dieser Periode angefallen sind (vgl. BGH, Beschl. v. 14.07.2015 – EnVR 6/14, Juris Rn. 11 – GASCADE Gastransport GmbH; BGH, a.a.O., Rn. 13 – Genehmigung der Investitionsmaßnahme).

Um eine frühere Berücksichtigung zu ermöglichen, sieht § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV vor, dass Kosten genehmigter Investitionsmaßnahmen, die gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV als nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten, bei der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze zu berücksichtigen sind (BGH, a.a.O., Rn. 12 – GASCADE Gastransport GmbH; BGH, a.a.O., Rn. 14 – Genehmigung der Investitionsmaßnahme).

bb) Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV genehmigt die Bundesnetzagentur Investitionsmaßnahmen für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze, soweit diese Investitionen zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 ARegV notwendig sind.

c) Die abgelehnte Teilmaßnahme „Verstärkung von Objektschutzmaßnahmen“ stellt jedenfalls in Teilen eine notwendige Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV dar.

aa) Eine Investitionsmaßnahme ist als Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition nach § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV anzusehen, wenn sie sich nicht im Austausch bereits vorhandener Komponenten und damit zwangsläufig einhergehenden Verbesserungen erschöpft, sondern jedenfalls auch zu einer nicht nur unbedeutenden Vergrößerung des Netzes oder zu einer nicht nur unbedeutenden Veränderung von sonstigen technischen Parametern führt, die für den Betrieb des Netzes erheblich sind (BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – EnVR 18/12, Juris Rn. 32 – 50Hertz Transmission GmbH; v. 12.04.2016 – EnVR 3/15, Juris Rn. 10 – Mitteldeutsche Netzgesellschaft Gas mbH; v. 12.07.2016 – EnVR 10/15, Juris Rn. 15).

Unter den Begriff der Erweiterungsinvestition ist grundsätzlich jede Maßnahme zu fassen, mit der das Netz in quantitativer oder in qualitativer Hinsicht vergrößert wird, sei es durch Erhöhung der Leitungslänge, sei es durch Steigerung der Übertragungskapazität. Unter den Begriff der Umstrukturierungsinvestition fallen demgegenüber Maßnahmen, mit denen technische Parameter geändert werden, die für den Netzbetrieb erheblich sind, wozu etwa qualitative Verbesserungen der Netzbeschaffenheit zählen

(BGH, a.a.O., Rn. 13 f. – 50Hertz Transmission GmbH; BGH, Beschl. v. 29.01.2019 – EnVR 47/17, Juris Rn. 26 – Umstrukturierungsmaßnahme). Eine Erweiterung liegt danach vor, wenn sich die Maßnahme im Wesentlichen darin erschöpft, den Umfang oder die Übertragungskapazität zu vergrößern. Bei einer Umstrukturierung steht demgegenüber eine Veränderung anderer technischer Parameter wie der Qualität, der Verfügbarkeit oder sonstiger Aspekte der Versorgungssicherheit im Vordergrund (BGH, a.a.O., Rn. 27 – Umstrukturierungsmaßnahme).

bb) Die streitgegenständliche Teilmaßnahme stellt sich nicht schon deswegen als zu genehmigende Umstrukturierungsinvestition dar, weil sie sich nicht in einer Ersatzbeschaffung im Sinne eines bloßen Austauschs bereits vorhandener Objektschutzrichtungen erschöpft.

Zwar sind reine Ersatzbeschaffungen (dazu sogleich noch näher unter hh)) nicht als Investitionsmaßnahmen genehmigungsfähig (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 66 f.; BGH, a.a.O., Rn. 19, 32 f. – 50Hertz Transmission GmbH). Daraus folgt jedoch nicht im Umkehrschluss, dass sämtliche über eine reine Ersatzbeschaffung hinausgehenden Investitionen automatisch zumindest anteilig als Umstrukturierungs- oder Erweiterungsmaßnahme genehmigungsfähig wären. Vielmehr müssen auch diese entweder zu einer Erweiterung des Netzes oder zu einer nicht unbedeutenden Veränderung sonstiger für den Betrieb des Netzes erheblicher Parameter führen (so für Neubeschaffungen Senat, Beschl. v. 24.03.2021 – VI-3 Kart 221/20 [V], unter B. II. 1.1. [n.v.]).

cc) Die Bundesnetzagentur hat die streitgegenständliche Teilmaßnahme zum Objektschutz und zur Anlagensicherheit auch zu Recht nicht als Erweiterungsinvestition eingeordnet (vgl. Beschlussausfertigung [BA], S. 6 – Anlage BF 1). Denn mit ihr wird weder die physikalische Netzlänge vergrößert noch ein größeres Kapazitäts- oder Transportmengenvolumen geschaffen (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 26 – Umstrukturierungsmaßnahme).

dd) Zu Unrecht hat die Bundesnetzagentur der Teilmaßnahme jedoch die zumindest teilweise Anerkennung als Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV versagt.

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Senats sind als Umstrukturierungsinvestitionen Maßnahmen anzusehen, die – in Abgrenzung zu den auf Vergrößerung der Leitungslänge oder der Übertragungskapazität gerichteten Erweite-

rungsinvestitionen – zu einer Veränderung von sonstigen für den Netzbetrieb erheblichen technischen Parametern führen. Dazu zählen etwa qualitative Verbesserungen der Netzbeschaffenheit, der Verfügbarkeit oder sonstiger Aspekte der Versorgungssicherheit (BGH, a.a.O., Rn. 26 f., 32 f. m.w.N. – Umstrukturierungsmaßnahme; Senat, Beschl. v. 24.03.2021 – VI-3 Kart 221/20 [V], unter B. II. 1. vor 1.1. [n.v.]). Bei den beispielhaft genannten Aspekten handelt es sich um keine abschließende Aufzählung, weshalb auch andere Parameter die erforderliche erhebliche Bedeutung für den Netzbetrieb aufweisen können. Gemeinsames und maßgebliches Merkmal aller benannten Parameter ist dabei nach der Rechtsprechung des Senats das Bestehen eines funktionalen Bezugs zur Transportfunktion des Netzes (Senat, Beschl. v. 30.09.2020 – VI-3 Kart 706/19 [V], BeckRS 2020, 51385 Rn. 19 f., 27; v. 24.03.2021 – VI-3 Kart 221/20 [V], unter B. II. 1.2. [n.v.]).

Der Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV ist dabei nicht auf die zum eigentlichen Übertragungsnetz gehörenden Komponenten (Primärtechnik) beschränkt, sondern erfasst sämtliche für den Betrieb des Netzes wesentlichen Parameter, da eine Umstrukturierungsmaßnahme nur die Veränderung von für den Betrieb des Netzes erheblichen technischen Parametern voraussetzt. Daher können auch Investitionen in die Sekundärtechnik darunterfallen, weil die eigentliche Netzinfrastruktur nicht ohne die notwendige Sekundärtechnik betrieben werden kann (Senat, Beschl. v. 15.11.2017 – VI-3 Kart 60/16 [V], Juris Rn. 36 ff.; v. 24.03.2021 – VI-3 Kart 221/20 [V], unter B. II. 1.2. m.w.N. [n.v.]).

Auch Schadensminderungs- oder -verhütungsmaßnahmen, wie etwa die Anschaffung von Reservebetriebsmitteln (z.B. eines Ersatztransformators), können als genehmigungsfähige Umstrukturierungsmaßnahmen anzusehen sein. Der Wortlaut des § 23 Abs. 1 ARegV schließt ihre Einbeziehung in die Investitionsmaßnahme nicht aus, weil sich ihm nichts dafür entnehmen lässt, dass von der Vorschrift nur für den Betrieb in störungsfreien Zeiten notwendige Maßnahmen erfasst werden sollen (BGH, Beschl. v. 12.07.2016 – EnVR 10/15, Juris Rn. 19, 31; vorgehend Senat, Beschl. v. 14.01.2015 – VI-3 Kart 70/13 [V], Juris Rn. 24 ff.).

(2) Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben stellt sich die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die streitgegenständliche Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ nicht zumindest teilweise als Umstrukturierungsinvestition zu qualifizieren, als rechts-

fehlerhaft dar. Die Teilmaßnahme betrifft – in Gestalt der Versorgungssicherheit – einen sonstigen für den Betrieb des Netzes erheblichen Parameter mit einem hinreichenden funktionalen Zusammenhang zur eigentlichen Transportaufgabe.

(a) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt sich die Genehmigungsfähigkeit der streitgegenständlichen Investition nicht aus dem Regelbeispiel in § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV. Maßnahmen des Objektschutzes und der Anlagenhärtung fallen nicht unter den Begriff der technischen Sicherheit.

Den in § 23 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 9 ARegV genannten Regelbeispielen kommt die Funktion zu, den Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV zu veranschaulichen und die Rechtsanwendung in typischen Konstellationen zu vereinfachen (BGH, Beschl. v. 12.07.2016 – EnVR 10/15, Juris Rn. 15; BGH, a.a.O., Rn. 13 m.w.N. – Umstrukturierungsmaßnahme). Nach dem Regelbeispiel in Nr. 7 sind auch mit erheblichen Kosten verbundene Umstrukturierungsmaßnahmen als Investitionsmaßnahmen genehmigungsfähig, wenn sie zur Gewährleistung der technischen Sicherheit des Netzes erforderlich sind und auf einer landesbehördlichen Anordnung nach § 49 Abs. 5 EnWG oder der landesbehördlichen Bestätigung des Erfordernisses beruhen.

Das Regelbeispiel bezieht sich nach seinem eindeutigen Wortlaut allein auf die technische Sicherheit des Netzes (vgl. auch Hansen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 23 ARegV Rn. 42). Der besondere Regelungsgehalt des § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV besteht darin, die Voraussetzungen zu konkretisieren, unter denen eine Umstrukturierungsmaßnahme aufgrund des mit ihr angestrebten Ziels, die technische Sicherheit nach § 49 Abs. 1 EnWG zu gewährleisten, als genehmigungsfähig anzusehen ist. Während § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV insoweit nur abstrakte Zielsetzungen wie die Stabilität des Gesamtsystems und den bedarfsgerechten Ausbau der Energieversorgungsnetze nennt, wird dies in § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV dahin konkretisiert, dass die technische Sicherheit des Netzes betroffen und zugleich die Notwendigkeit der Maßnahme durch behördliche Anordnung oder Bestätigung dokumentiert sein muss (BGH, a.a.O., Rn. 16 f. – Mitteldeutsche Netzgesellschaft Gas mbH).

§ 49 Abs. 1 Satz 1 EnWG bestimmt, dass Energieanlagen (vgl. § 3 Nr. 15 EnWG) so zu errichten und zu betreiben sind, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist. Dies ist der Fall, wenn Schäden für Personen und Sachen mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden können (BT-Drs. 13/7274, S. 14; Sä-

cker/König, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 49 EnWG Rn. 17; Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 49 Rn. 4 f.; Görisch, in: Kment, EnWG, 1. Aufl., § 49 Rn. 6; BeckOK EnWG/Strobel, a.a.O., § 49 Rn. 10). Bei der technischen Sicherheit geht es mithin um die Minimierung des vom Betrieb einer Energieanlage ausgehenden Schadensrisikos für Menschen und Sachen (vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 14). Dieser Aspekt wird bei der hier in Rede stehenden Teilmaßnahme zum Schutz der Umspannwerke vor namentlich terroristischen Attacken jedoch nicht tangiert (vgl. auch Huerkamp, RdE 2016, 280 [282]).

Diese Auslegung wird auch durch die Entstehungsgeschichte des § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV bestätigt. So erfolgte die Aufnahme des Regelbeispiels in den Tatbestandskatalog ausweislich der Verordnungsbegründung insbesondere deswegen, damit umfangreiche Maßnahmenprogramme zur Verbesserung der technischen Sicherheit der Elektrizitäts- und Gasnetze wie z.B. der Maststahlsanierung (Thomasstahl) und der Graugussrehabilitation von Gasleitungen im Rahmen von Investitionsbudgets berücksichtigt werden konnten (BR-Drs. 417/07 (Beschl.) v. 21.09.2007, S. 12 f. [Begründung Nr. 21]; Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer, in: Holznagel/Schütz, Anreizregulierungsrecht, 2. Aufl., § 23 ARegV Rn. 110; Hansen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 23 ARegV Rn. 42; vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 21 f. – Mitteldeutsche Netzgesellschaft Gas mbH).

(b) Die streitgegenständliche Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ berührt jedoch die Versorgungssicherheit. Maßnahmen zur Verbesserung der Versorgungssicherheit können – wie bereits erwähnt – unter bestimmten Voraussetzungen als Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV zu qualifizieren sein (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 26 f., 33 – Umstrukturierungsmaßnahme). Dies ist hier der Fall.

(aa) Bisher hat sich weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene eine einheitliche Definition der Versorgungssicherheit durchgesetzt (Theobald, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 114. EL Januar 2022, § 1 EnWG Rn. 17). Üblicherweise wird darunter jedenfalls die Ermöglichung und Gewährleistung einer der Nachfrage bzw. dem Nutzungsbedarf der Abnehmer gerecht werdende, zuverlässige und möglichst unterbrechungsfreie Versorgung mit Strom bzw. Gas verstanden (vgl. Hellermann/Hermes, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 1 Rn. 26; Sötebier, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 11 Rn. 24; BeckOK EnWG/Winkler, a.a.O., § 1 Rn. 16 f.; Tüngler, in:

Kment, a.a.O., § 11 Rn. 36; Görisch, in: Kment, a.a.O., § 49 Rn. 1; Theobald, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 1 EnWG Rn. 17; van Rienen/Wasser, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 49 EnWG Rn. 11; Säcker, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 1 EnWG Rn. 5, 15). Dieser Faktor der Versorgungssicherheit stellt zugleich einen Teilaspekt des in § 1 Abs. 1 EnWG unter anderem als Gesetzeszweck festgelegten Ziels einer möglichst sicheren Versorgung der Allgemeinheit mit Energie dar (BT-Drs. 13/7274, S. 13 f.; Theobald, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 1 EnWG Rn. 13; Kment, in: Kment, a.a.O., § 1 Rn. 4; Huerkamp, RdE 2016, 280 [282]).

§ 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG verpflichtet die Betreiber von Energieversorgungsnetzen, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz (vgl. § 3 Nr. 16 EnWG) diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten, bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist. Das Gebot der Sicherheit der Energieversorgungsnetze in § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG ist dabei eine wesentliche Voraussetzung für die in § 1 Abs. 1 EnWG geforderte sichere Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas (BeckOK EnWG/Knauff, a.a.O., § 11 Rn. 17). Unter den Begriff der „Sicherheit“ in § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG fällt daher neben der technischen Anlagensicherheit auch der Aspekt der Versorgungssicherheit (Sötebier, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 11 Rn. 23 ff.; BeckOK EnWG/Knauff, a.a.O., § 11 Rn. 17; Huerkamp, RdE 2016, 280 [282]; vgl. auch Theobald, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 11 EnWG Rn. 13 ff.; abweichend König, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 11 EnWG Rn. 20, der den Begriff der „Sicherheit“ wegen des in § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG zusätzlich genannten Begriffs der „Zuverlässigkeit“ ausschließlich auf die technische Anlagensicherheit bezieht und die Versorgungssicherheit vom Begriff der „Zuverlässigkeit“ umfasst sieht).

§ 12 Abs. 1 Satz 1 EnWG verpflichtet darüber hinaus speziell die Übertragungsnetzbetreiber, mit dem Betrieb und der Bereitstellung ihrer Übertragungsnetze im nationalen und internationalen Verbund zu einem sicheren und zuverlässigen Elektrizitätsversorgungssystem in ihrer Regelzone und damit zu einer sicheren Energieversorgung beizutragen. Die Norm konkretisiert insoweit bereichsspezifisch die für alle Netzbetreiber geltenden Anforderungen aus § 11 EnWG für die Betreiber von Übertragungsnetzen (vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 56; BeckOK EnWG/Knauff, a.a.O., § 12 Rn. 1 f.; Theobald, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 12 EnWG Rn. 3).

§ 13 EnWG stattet hierzu die Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen der ihnen zukommenden Systemverantwortung in einem gestuften System mit den erforderlichen Maßnahmen aus, um Gefährdungen und Störungen der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Gesamtsystems der Elektrizitätsversorgung zu vermeiden oder zu beseitigen. Die Norm konkretisiert die in den §§ 11, 12 EnWG umrissenen Aufgaben und Rechte der Übertragungsnetzbetreiber zur Gewährleistung der Systemsicherheit in ihrer Regelzone (BT-Drs. 15/3917, S. 56 f.; Sötebier, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 13 Rn. 1; ferner Tüngler, in: Kment, a.a.O., § 13 Rn. 1 ff.). § 13 EnWG soll die Versorgungssicherheit des Elektrizitätsversorgungssystems sicherstellen und regelt, welche Netzsicherheitsmaßnahmen die Übertragungsnetzbetreiber hierzu ergreifen dürfen und müssen (BeckOK EnWG/Assmann, a.a.O., § 13 Rn. 1, 11).

(bb) Zur Gewährleistung einer sicheren Versorgung wird nach – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung auch die Vorsorge gezählt, die Energieanlagen durch entsprechende betriebliche Schutzvorkehrungen vor Beschädigungen und anderen äußeren Beeinträchtigungen zu schützen, weil ansonsten eine sichere und zuverlässige Energieversorgung nicht gewährleistet ist (vgl. König, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 11 EnWG Rn. 22; BeckOK EnWG/Winkler, a.a.O., § 1 Rn. 17; wohl auch Huerkamp, RdE 2016, 280 [282]).

Ferner umfasst das Gebot der Sicherheit der Energieversorgungsnetze und damit der Versorgungssicherheit auch die Fähigkeit des Netzes, durch Vorhaltung einer angemessenen Netzstruktur die Versorgung auch bei Problemfällen bzw. Störungen zu gewährleisten (sog. Ausfallsicherheit oder Systemstabilität; Huerkamp, RdE 2016, 280 [282]; vgl. auch Theobald, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 11 EnWG Rn. 15), insbesondere durch die grundsätzliche Einhaltung des sog. (n-1)-Kriteriums beim Bau sowie Betrieb. Das heißt, dass das Versorgungsnetz den Ausfall eines Betriebsmittels, etwa einer Stromleitung, eines Transformators oder eines Kraftwerks, zu kompensieren in der Lage sein muss (BT-Drs. 16/10491, S. 9; Tüngler, in: Kment, a.a.O., § 11 Rn. 36; BeckOK EnWG/Knauff, a.a.O., § 11 Rn. 17; Säcker, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 1 EnWG Rn. 5; Hellermann/Hermes, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 1 Rn. 26). Dementsprechend ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass die Beschaffung und Installation von Reservebetriebsmitteln, etwa eines zweiten 150/380-kV-Transformators in einem Umspannwerk, als genehmigungsfähige Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 5 ARegV anzusehen sein kann, obgleich das Reservebetriebsmittel für die Netzanbindung und den Netzbetrieb

in störungsfreien Zeiten nicht erforderlich ist, sondern mit ihm lediglich ein Ausfall des originären Betriebsmittels im Wartungs- oder Störfall überbrückt werden soll (BGH, Beschl. v. 12.07.2016 – EnVR 10/15, Juris Rn. 12 ff., 29 ff.; vorgehend Senat, Beschl. v. 14.01.2015 – VI-3 Kart 70/13 [V], Juris Rn. 17 ff.). Der Senat erachtet im Einzelfall sogar über das (n-1)-Kriterium hinausgehende Investitionsmaßnahmen für genehmigungsfähig, wenn ein Netz auch unter Einhaltung des (n-1)-Kriteriums ausnahmsweise eine sichere und zuverlässige Versorgung dauerhaft nicht gewährleistet, sondern ein störungsfreier Netzbetrieb zuverlässig nur mit darüberhinausgehenden Reserven und Betriebsmitteln sichergestellt werden kann (vgl. Senat, Beschl. v. 28.02.2018 – VI-3 Kart 136/16 [V], Juris Rn. 27 ff., 41 ff.).

(cc) Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben lassen sich auch durch physische bzw. terroristische Angriffe auf die Netzinfrastruktur verursachte Beeinträchtigungen und Störungen der Energieversorgung dem Aspekt der Versorgungssicherheit zuordnen (vgl. auch BT-Drs. 17/6072, S. 46; so im Ansatz auch Huerkamp, RdE 2016, 280 [282]), so dass Maßnahmen, die – wie die streitgegenständliche Teilmaßnahme – physische Angriffe von außen auf die entsprechenden Netzassets verhindern bzw. zumindest erschweren und damit das Risiko dadurch bedingter Beeinträchtigungen der Energieversorgung reduzieren sollen, einen wichtigen Beitrag zur Versorgungssicherheit im Sinne einer stets ausreichenden und möglichst unterbrechungsfreien Versorgung der Allgemeinheit mit Energie leisten und daher als Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV einzustufen sind (zum erforderlichen funktionalen Bezug zur Transportaufgabe sogleich unter (dd)).

Es handelt sich bei der streitgegenständlichen Teilmaßnahme um eine in technischer Hinsicht für den regulären Betrieb nicht erforderliche Maßnahme zur Schadensverhütung bzw. -minderung, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – wie ausgeführt (s.o. B. II. 2. c) dd) (1)) – im Grundsatz ebenfalls vom Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV umfasst ist (vgl. BGH, Beschl. v. 12.07.2016 – EnVR 10/15, Juris Rn. 19, 31). Dass die Teilmaßnahme lediglich die Aufrechterhaltung des Status quo, d.h. den unterbrechungs- bzw. störungsfreien Betrieb, sicherstellen soll, hindert ihre Anerkennung als genehmigungsfähige Umstrukturierungsinvestition nicht. Dies trifft vielmehr auch auf Reservebetriebsmittel zu, ohne dass dieser Aspekt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ihrer Einstufung als genehmigungsfähige Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV entgegenstehe.

Des Weiteren bedarf es in diesem Kontext keiner Entscheidung der (Streit-)Frage, ob das Energiewirtschaftsgesetz mit den namentlich in § 1 Abs. 1, § 11 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 12 Abs. 1 Satz 1 EnWG enthaltenen Bezugnahmen auf eine „sichere“ Versorgung, das „sichere“ Netz bzw. ein „sicheres“ Elektrizitätsversorgungssystem überhaupt eine ausreichende und hinreichend eindeutige gesetzliche Grundlage für eine Verpflichtung der Netzbetreiber zur Eigensicherung ihrer Assets gegen terroristische Angriffe enthält (bejahend König, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 11 EnWG Rn. 22; BeckOK EnWG/Winkler/Kelly, a.a.O., § 12g Rn. 1; Posser, in: Kment, a.a.O., § 12g Rn. 2 m.w.N.; vgl. auch BT-Drs. 17/6072, S. 46; ablehnend Huerkamp, RdE 2016, 280 [281 ff.]; BeckOK EnWG/Knauff, a.a.O., § 11 Rn. 17). Denn das Bestehen einer expliziten normativen Verpflichtung ist keine (Tatbestands-)Voraussetzung für die Einstufung einer Maßnahme als Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV. Ausreichend für die Anerkennung der streitgegenständlichen Teilmaßnahme als genehmigungsfähige Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV ist vielmehr, dass die von der Beschwerdeführerin insoweit geplanten Maßnahmen zum Schutz der als kritische Infrastruktur eingestufteten Umspannwerke unstreitig geeignet und erforderlich sind, um diese im Interesse der Sicherheit der Stromversorgung gegen terroristische Bedrohungen abzusichern. Dementsprechend ist durch Staatssekretär Y in seinem Schreiben vom 22.10.2020 (dort S. 3 – Anlage BF 5) namens des BMWi sowie des BMI auch eine möglichst zügige Umsetzung der Maßnahmen (unter anderem „Objektschutz/Anlagenhärtung“) ange-regt, wenn nicht mittelbar sogar gefordert worden.

Unabhängig davon spricht im Streitfall überdies einiges für das Bestehen einer norma-tiven Verpflichtung der Netzbetreiber zur Eigensicherung ihrer Assets auch gegen ter-roristische Angriffe und Bedrohungen: So hat der Gesetzgeber im Rahmen der im Jahr 2011 erfolgten Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des § 12g EnWG zum Schutz europäisch kritischer Anlagen in der Gesetzesbegründung geäußert, dass der gesetzliche Auftrag für den Betrieb eines si-cheren Netzes grundsätzlich auch einen adäquaten Schutz vor terroristischen An-schlägen umfasse (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 46, 71; dagegen Huerkamp, RdE 2016, 280 [283 ff.]). § 12g EnWG dient der Umsetzung der im Rahmen des „Europäische[n] Programm[s] für den Schutz kritischer Infrastrukturen (EPSKI)“ erlassenen EKI-RL (Richtlinie 2008/114/EG des Rates über die Ermittlung und Ausweisung europäisch

kritischer Infrastrukturen und Bewertung der Notwendigkeit, ihren Schutz zu verbessern) für den Bereich der Stromversorgung (BeckOK EnWG/Winkler/Kelly, a.a.O., § 12g Rn. 1).

Auch die Ergänzung des § 11 EnWG um die Absätze 1a bis 1c, wonach der Betrieb eines sicheren Energieversorgungsnetzes bzw. einer Energieanlage insbesondere auch einen angemessenen Schutz gegen Bedrohungen für Telekommunikations- und elektronische Datenverarbeitungssysteme, die für einen sicheren Netzbetrieb notwendig sind, umfasst, spricht für diese Sichtweise (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 66; BT-Drs. 18/4096, S. 33; König, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 11 EnWG Rn. 21, 87 ff., 93 ff., 101 ff.; dagegen Huerkamp, RdE 2016, 280 [283]).

(dd) Der nach der Rechtsprechung des Senats erforderliche funktionale Bezug der Investitionsmaßnahme zur Transportaufgabe bzw. Transportfunktion des Netzes (Senat, Beschl. v. 30.09.2020 – VI-3 Kart 706/19 [V], BeckRS 2020, 51385 Rn. 19 f.; v. 24.03.2021 – VI-3 Kart 221/20 [V], unter B. II. 1.2. [n.v.]) besteht bei der streitgegenständlichen Teilmaßnahme darin, dass durch die hiervon umfassten (Schutz-)Maßnahmen die Resilienz der Umspannwerke als für die Gewährleistung einer sicheren und unterbrechungsfreien Stromversorgung wesentlicher Netzkomponenten gegenüber äußeren Angriffen erhöht wird. Die Beschwerdeführerin hat insoweit zu Recht darauf verwiesen, dass Umspannwerke als Dreh- und Angelpunkte der Stromversorgung neuralgische Punkte darstellen. Sie verbinden Stromleitungen miteinander, transformieren Strom auf verschiedene Spannungsebenen und leiten ihn weiter. Ferner werden mit ihnen die Strom- und Spannungswerte in den Leitungen überwacht und gesteuert, da die Spannung in den Leitungen stets möglichst konstant bleiben muss.

Dass die Teilmaßnahme als solche nicht unmittelbar die für den Transport und die Verteilung der Energie notwendige Infrastruktur (Primär- oder Sekundärtechnik) betrifft, ist – entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur – im Streitfall unschädlich. Ausreichend ist insofern, dass sich die Teilmaßnahme auf die für den Transport und die Verteilung wesentliche Netzinfrastuktur in Gestalt der Umspannwerke bezieht, indem sie deren Widerstandsfähigkeit gegenüber terroristischen Angriffen unter Berücksichtigung des von den Bundesbehörden vorgegebenen Bedrohungsszenarios und damit die potentielle Verfügbarkeit der Umspannwerke erhöht. Dies begründet einen hinreichenden Zusammenhang zur Funktion der Umspannwerke und damit zur Transportaufgabe (vgl. auch Senat, Beschl. v. 15.11.2017 – VI-3 Kart 60/16 [V], Juris

Rn. 36 ff., 49 ff. bezogen auf den Aufbau eines Prozessdatennetzes für das Übertragungsnetz). Dies gilt jedenfalls dann, wenn es – so wie hier – darum geht, im Einvernehmen mit BMWi, BMI und den Sicherheitsbehörden ein über den allgemeinen Objektschutz von Netzbetriebsmitteln hinausgehendes Sicherheitskonzept zur Reaktion auf terroristische Angriffe zu realisieren.

Soweit der Senat in seinen jüngeren Entscheidungen die Genehmigungsfähigkeit einer Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition vom Vorliegen eines unmittelbaren Zusammenhangs mit der Funktionalität des Netzes abhängig gemacht hat, der nur bei Betroffenheit von Netzkomponenten gegeben sei, die einen funktionalen Bezug zur Transportaufgabe aufwiesen (vgl. Senat, Beschl. v. 24.03.2021 – VI-3 Kart 221/20 [V], unter B. II. 1.2. [n.v.] zu einer Abgasreinigungsanlage für eine Verdichterstation; ferner Senat, Beschl. v. 30.09.2020 – VI-3 Kart 706/19 [V], BeckRS 2020, 51385 Rn. 19 f. zur Verlängerung einer 380-kV-Freileitung bis zum Standort des Kunden nebst Zubau eines 380/30-kV-Transformators und eines 380-kV-Schaltfelds), steht diese Rechtsprechung der Einstufung der streitgegenständlichen Teilmaßnahme als Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV nicht entgegen. Zwar beinhaltet die Teilmaßnahme – wie ausgeführt – weder eine Investition in die Primär- noch in die für die Erfüllung der Transportfunktion notwendige Sekundärtechnik. Jedoch werden durch sie die für den Netzbetrieb notwendigen Anlagen(-bestandteile) in Gestalt der benannten Umspannwerke besser und effektiver vor äußeren, namentlich terroristischen Angriffen geschützt. Hierdurch wird die Verfügbarkeit und Ausfallsicherheit dieser essentiellen Netzkomponenten gestärkt, was sich wiederum positiv auf die Transportfunktion des Netzes sowie die Versorgungssicherheit auswirkt, die dadurch erhöht bzw. verbessert werden. Dieser mittelbare Zusammenhang ist im Streitfall ausreichend, weshalb die streitgegenständliche Teilmaßnahme nach Auffassung des Senats – anders als die Abgasreinigung einer Verdichterstation oder die Verlängerung einer 380-kV-Freileitung bis zum Standort des Kunden nebst Zubau eines entsprechenden Transformators und Schaltfelds – als genehmigungsfähige Investitionsmaßnahme im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV zu qualifizieren ist. Denn diese Maßnahmen (Abgasreinigung, Leitungsverlängerung) hatten für die Funktionsfähigkeit des Netzes keinerlei relevante Bedeutung bzw. wiesen nicht einmal einen mittelbaren Bezug zur Transportfunktion des Netzes als solches auf mit dem Ziel und der Wirkung, diese zu erhöhen oder zu verbessern. Vorliegend kommt hinzu, dass ein Ausfall oder

eine Störung in einem der als nationale kritische Infrastruktur eingestuften Umspannwerke der Beschwerdeführerin erhebliche Auswirkungen für die Elektrizitätsversorgung und damit die Versorgungssicherheit hätte. Vor diesem Hintergrund ist aus Sicht des Senats hier ein hinreichender funktionaler Bezug zur Transport- bzw. Versorgungsaufgabe zu bejahen.

Entgegen der Befürchtung der Bundesnetzagentur läuft damit auch die vom Verordnungsgeber mit der Schaffung des § 23 ARegV intendierte Privilegierung von Investitionsmaßnahmen als Ausnahme von der Regelfinanzierung über die Erlösobergrenze nicht leer, weil eben nicht jede Investitionsmaßnahme, die sich nicht in einer Ersatzbeschaffung erschöpft, genehmigungsfähig ist, sondern zusätzlich die Voraussetzungen einer Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition erfüllt sein müssen und diese überdies zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig sein muss (vgl. auch BGH, a.a.O., Rn. 27 ff. – 50Hertz Transmission GmbH; dazu sogleich noch unter ff)).

Dass die von der streitgegenständlichen Teilmaßnahme erfassten Investitionen zur Verstärkung des Objektschutzes und zur Anlagensicherheit nicht unmittelbar im regulären (ungestörten) Netzbetrieb ihre Wirkung entfalten, sondern erst beim Versuch der Beschädigung oder Zerstörung von Anlagenkomponenten, ist dabei ohne Belang. Die Situation ist mit der Anschaffung und Vorhaltung von Reservebetriebsmitteln vergleichbar, die genehmigungsfähige Investitionsmaßnahmen im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV sein können (s.o. B. II. 2. c) dd) (1)). Auch diese werden nicht sofort und dauerhaft im regulären Netzbetrieb genutzt, sondern lediglich situativ im Störfall oder bei Beschädigung entsprechender Anlagenkomponenten, wobei sich dieses Risiko möglicherweise nie realisiert. Dies gilt in entsprechender Weise für die von der streitgegenständlichen Teilmaßnahme erfassten Investitionen, die ihre volle Wirkung und ihren funktionalen Bezug zur Transport- bzw. Versorgungsaufgabe erst dann entfalten, wenn Dritte versuchen sollten, die erfassten Umspannwerke oder Teile von diesen zu beschädigen oder zu zerstören. Für diese Eventualität sollen die Investitionen getätigt und umgesetzt werden, um so die Verfügbarkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu sichern und die Versorgungssicherheit zu erhöhen.

(ee) Letztlich sprechen auch der Sinn und Zweck der Regelung in § 23 Abs. 1 ARegV für das hier vertretene weite Verständnis des Transportbezugs.

§ 23 Abs. 1 ARegV trägt nach der Verordnungsbegründung dem Umstand Rechnung, dass Übertragungs- und Fernleitungsnetze aufgrund technischer Gegebenheiten und gesetzlicher Vorgaben eine Sonderrolle einnehmen, weil ihnen zusätzliche Aufgaben zukommen. Die Genehmigung von Investitionsbudgets bzw. Investitionsmaßnahmen soll die aufgrund dieser Anforderungen notwendigen Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze erleichtern. Die Beschränkung auf Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen dient dem Zweck, bloße Ersatzinvestitionen aus dem Kreis der genehmigungsfähigen Maßnahmen auszuschließen, wobei die notwendige Abgrenzung zwischen Ersatzinvestitionen und Erweiterungs- oder Umstrukturierungsmaßnahmen anhand einer prozentualen Aufteilung des Investitionsvorhabens erfolgen kann (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 66 f.; BGH, a.a.O., Rn. 19 – 50Hertz Transmission GmbH). Ziel dieser Regelung soll es unter anderem sein, Investitionsanreize für die notwendigen Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze zu schaffen (Senat, Beschl. v. 11.04.2011 – VI-3 Kart 276/09 [V], Juris Rn. 61; v. 15.11.2017 – VI-3 Kart 60/16 [V], Juris Rn. 41; Hansen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 23 ARegV Rn. 1 f.; Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer, in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 23 ARegV Rn. 40).

Zur Erreichung dieses Zwecks ist es erforderlich, aber auch ausreichend, solche Investitionen aus dem Kreis der genehmigungsfähigen Maßnahmen auszuschließen, mit denen lediglich vorhandene Bestandteile des Netzes durch neue ersetzt werden, ohne dass es zu einer Vergrößerung oder einer sonstigen strukturell-qualitativen Veränderung von erheblichen technischen Parametern kommt (BGH, a.a.O., Rn. 20 – 50Hertz Transmission GmbH). Es erscheint jedoch auch unter diesem Aspekt weder erforderlich noch sachgerecht, ausschließlich solche Investitionsmaßnahmen als genehmigungsfähig anzusehen, die sich unmittelbar auf technische Netzbetriebsmittel bzw. Netzkomponenten beziehen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Bundesnetzagentur in der angegriffenen Entscheidung die nicht streitgegenständliche Teilmaßnahme „AMU-Lager inklusive Objektschutz“ als Umstrukturierungsinvestition eingeordnet und genehmigt hat (vgl. BA, S. 5 – Anlage BF 1). Dabei handelt es sich ausweislich des Änderungsantrags vom 30.03.2020 (dort S. 3 – Anlage BF 3) um die Errichtung eines Lagers für zwei im Rahmen des Sicherheitskonzepts zu beschaffende autarke mobile Umspannwerke (AMU) nebst Maßnahmen zum Objektschutz (Umzäunung etc.) im Umfang von ca. 10

Mio. Euro. Ein relevanter Unterschied zur abgelehnten Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ ist insoweit nicht ersichtlich. Auch bei der genehmigten Teilmaßnahme „AMU-Lager inklusive Objektschutz“ fehlt es an dem von der Bundesnetzagentur für die streitgegenständliche Teilmaßnahme geforderten unmittelbaren Bezug zur Transportfunktion des Netzes. Die Bundesnetzagentur handelt und argumentiert insoweit daher inkonsequent und widersprüchlich.

(ff) Der Umstand, dass nach Auffassung der Bundesnetzagentur der Schutz der wesentlichen Netzinfrastruktur vor mutwilligen Angriffen Dritter, einschließlich terroristischer Attacken, bei Betreibern kritischer Infrastruktur von der allgemeinen gesetzlichen Vorgabe zum sicheren Betrieb des Netzes umfasst ist (vgl. BA, S. 6 – Anlage BF 1), führt insoweit ebenfalls zu keiner abweichenden Bewertung.

Selbst wenn dem so wäre, wofür einiges spricht (s.o. B. II. 2. c) dd) (2) (b) (cc)), schließt dies nicht aus, Maßnahmen des Objekt- und Anlagenschutzes unter bestimmten Voraussetzungen als Umstrukturierungsinvestitionen zu qualifizieren, weil es sich hierbei um keinen Ausschlussgrund für die Einstufung einer Maßnahme als genehmigungsfähige Umstrukturierungs- oder Erweiterungsinvestition handelt. Nach der Verordnungsbegründung trägt die Regelung in § 23 Abs. 1 ARegV – wie soeben ausgeführt – dem Umstand Rechnung, dass die Betreiber von Übertragungs- und Fernleitungsnetzen aufgrund gesetzlicher Anforderungen in erheblichem Umfang zusätzliche, kosten-trächtige Aufgaben wahrzunehmen haben, zu deren Durchführung sie durch die sie wirtschaftlich privilegierende Regelung in § 23 Abs. 1 ARegV angehalten werden sollen (BR-Drs. 417/07, S. 66 f.), indem die dafür anfallenden Kosten zu einem früheren Zeitpunkt in die Entgeltkalkulation einfließen und damit wieder erwirtschaftet werden können. Dieser Zweck wird auch und gerade dann gewahrt, wenn die in Rede stehende Investitionsmaßnahme einer gesetzlichen Verpflichtung entspricht. Es besteht jedenfalls kein Anlass, einer solchen Maßnahme allein deswegen die Anerkennung als Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV zu versagen. Denn der Grund für die über § 23 ARegV erfolgende Durchbrechung des Budgetprinzips über die Anerkennung von Investitionsmaßnahmen liegt gerade in der Sonderrolle und den damit verbundenen zusätzlichen Aufgaben der Übertragungsnetzbetreiber sowie den damit einhergehenden, bei ihnen anfallenden Kosten (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 66 f.).

(gg) Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen kann dahinstehen, ob die streitgegenständliche Teilmaßnahme – entsprechend der Auffassung der Beschwerdeführerin – aufgrund eines untrennbaren Sachzusammenhangs zu den genehmigten netzbezogenen Teilmaßnahmen (z.B. AMU) bzw. als integraler Bestandteil des Gesamtkonzepts, das nur im Falle der gemeinsamen Durchführung seine notwendigerweise volle Wirkung entfalten könne, mittelbar als Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV einzustufen und anzuerkennen ist.

Dagegen spricht, dass es (auch) bei der notwendigen Abgrenzung nicht genehmigungsfähiger Ersatzinvestitionen von dem Grunde nach genehmigungsfähigen Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestitionen auf den konkreten Gegenstand der Investitionsmaßnahme ankommt. Soweit nämlich Investitionen sowohl dem Ersatz vorhandener Komponenten als auch einer Erweiterung oder Umstrukturierung dienen, ist nur ein prozentualer Anteil der Kosten berücksichtigungsfähig (BGH, a.a.O., Rn. 32 ff. – 50HertzTransmission GmbH; BGH, a.a.O., Rn. 22 ff. – Mitteldeutsche Netzgesellschaft Gas mbH; vgl. auch BR-Drs. 417/07, S. 66 f.).

Entsprechendes gilt für die Frage, ob es sich bei einer Investition gemäß § 23 Abs. 6 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV um eine Erweiterungs- oder eine Umstrukturierungsmaßnahme handelt (BGH, a.a.O., Rn. 27 f., 36 – Umstrukturierungsmaßnahme), da die Genehmigung von Investitionen für Erweiterungsmaßnahmen nach dieser Bestimmung nicht vorgesehen ist (BGH, a.a.O., Rn. 19 f. – Umstrukturierungsmaßnahme). Für die Frage, ob eine konkrete Investitionsmaßnahme überhaupt als Umstrukturierung zu qualifizieren ist, dürfte angesichts dessen letztlich nicht anderes zu gelten haben.

hh) Bei der streitgegenständlichen Teilmaßnahme handelt es sich auch nicht nur um einen bloßen Austausch bereits vorhandener Komponenten und damit um eine nicht genehmigungsfähige reine Ersatzbeschaffung.

(1) Ersatzmaßnahmen, die sich im Austausch bereits vorhandener Komponenten und damit zwangsläufig einhergehenden Verbesserungen erschöpfen, sind – wie bereits erwähnt (s.o. B. II. 2. c) bb)) – nicht als Investitionsmaßnahme genehmigungsfähig (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 66 f.), weil sie seit jeher zum laufenden Geschäftsbetrieb der Netzbetreiber gehören (BGH, a.a.O., Rn. 19 – 50Hertz Transmission GmbH). Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen einer Umstrukturierungs- und einer Ersatzmaß-

nahme ist nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs eine netz- und keine netzbetreiberbezogene Betrachtung. Um eine klare Abgrenzung zu ermöglichen, müssen die Wirkungen der Investition nicht nur unbedeutend über diejenigen Wirkungen hinausgehen, die mit dem Austausch einer vorhandenen Komponente zwangsläufig verbunden sind; ihnen muss eine gewisse eigenständige Bedeutung zukommen, was in bestimmten Fällen eine wertende Betrachtung erfordern kann, in die alle für den Einzelfall relevanten Umstände einzufließen haben (BGH, a.a.O., Rn. 32 f. – 50Hertz Transmission GmbH; Senat, Beschl. v. 15.11.2017 – VI-3 Kart 60/16 [V], Juris Rn. 44). Technische Verbesserungen, die mit einer Ersatzbeschaffung im Hinblick auf den weiterentwickelten Stand der Technik notwendigerweise verbunden sind, reichen jedenfalls nicht aus, um eine Umstrukturierungsmaßnahme zu bejahen (BGH, a.a.O., Rn. 43 ff. – 50Hertz Transmission GmbH; BGH, a.a.O., Rn. 25 – Mitteldeutsche Netzgesellschaft Gas mbH; Senat, Beschl. v. 15.11.2017 – VI-3 Kart 60/16 [V], Juris Rn. 44, 51).

Bei einer Ersatzbeschaffung, die – so wie hier – aus besonderen Gründen vor Ablauf der betriebswirtschaftlich als üblich anzusehenden Nutzungsdauer erfolgt, ist dies anders zu beurteilen, weil der Verbesserungseffekt insoweit früher eintritt und damit über eine reine Ersatzbeschaffung hinausgeht (BGH, a.a.O., Rn. 28 – Mitteldeutsche Netzgesellschaft Gas mbH). Nach der allgemeinen Zielsetzung des § 23 Abs. 1 ARegV ist eine Investition nämlich auch dann genehmigungsfähig, wenn sie sowohl als Ersatzinvestition als auch als Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition zu qualifizieren ist mit der Folge, dass insoweit ein prozentualer Anteil der Kosten berücksichtigungsfähig ist (BR-Drs. 417/07, S. 67; BGH, a.a.O., Rn. 23 – 50Hertz Transmission GmbH; BGH, a.a.O., Rn. 22 – Mitteldeutsche Netzgesellschaft Gas mbH; vgl. auch Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer, in: Holzner/Schütz, a.a.O., § 23 ARegV Rn. 81).

(2) Nach diesen Maßgaben handelt es sich bei der streitgegenständlichen Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ nicht um einen bloßen Austausch bereits vorhandener Komponenten mit den damit zwangsläufig verbundenen Verbesserungen.

Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beschwerdeführerin werden im Rahmen der Teilmaßnahme nicht nur bereits vorhandene Objektschutzkomponenten ausgetauscht und durch neuere, dem Stand der Technik entsprechende ersetzt. Vielmehr erfolgt eine Anpassung im Sinne einer (qualitativen) Anhebung des bisherigen Schutzniveaus der Umspannwerke nach Maßgabe der von den Sicherheitsbehörden identifizierten Bedrohungssituation, indem einerseits Komponenten mit neuen

Funktionalitäten (z.B. Kamertechnik, Untergrabungsschutz) hinzugefügt und andererseits bislang vorhandene Schutzkomponenten gegen solche mit einer höheren Schutz- bzw. Widerstandsklasse ausgetauscht werden.

(3) Inwieweit im Hinblick darauf, dass an den betroffenen Standorten in gewissem Umfang bereits Vorrichtungen zum Schutz der Umspannwerke vorhanden sind, die im Rahmen der Investitionsmaßnahme teilweise ersetzt werden, zu Lasten der Beschwerdeführerin gemäß § 23 Abs. 2b ARegV ein projektspezifischer Ersatzanteil in Ansatz zu bringen ist (eingehend hierzu Hansen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 23 ARegV Rn. 61 ff.), wird die Bundesnetzagentur im Rahmen der Neubescheidung zu beurteilen haben (dazu sogleich noch unter d)). Die Beschlusskammer hat diese Frage in dem angegriffenen Beschluss offengelassen (vgl. BA, S. 8 – Anlage BF 1). Die Beschwerdeführerin hatte in ihrem Änderungsantrag vom 30.06.2020 (dort S. 3 f. – Anlage BF 3) den projektspezifischen Ersatzanteil nach seinerzeitigem Planungsstand mit 0,77 % angegeben.

ff) Die streitgegenständliche Teilmaßnahme erweist sich auch als notwendig im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV.

(1) Nach der genannten Vorschrift ist nicht jede Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition genehmigungsfähig. Dies bemisst sich vielmehr danach, sofern – so wie hier – keines der in Satz 2 des § 23 Abs. 1 ARegV genannten Regelbeispiele erfüllt ist, ob die Investition zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG erforderlich ist (Hansen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 23 ARegV Rn. 24). Bei der erforderlichen Prüfung der Notwendigkeit für einen der drei genannten Zwecke kann insbesondere von Bedeutung sein, ob konkrete Änderungen der Versorgungs- oder Transportaufgabe oder sonstiger Anforderungen an das Netz eingetreten sind, die die in Rede stehende Maßnahme als erforderlich erscheinen lassen; dass sich die Maßnahme unter irgendwelchen Gesichtspunkten als zweckmäßig darstellt, ist nicht genügend (BGH, a.a.O., Rn. 31 – 50HertzTransmission GmbH; Hummel, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 23 EnWG Rn. 23).

(2) Die Teilmaßnahme „Objektschutz/Anlagenhärtung“ ist – ebenso wie die von der zuständigen Beschlusskammer in der angegriffenen Entscheidung genehmigten Teil-

projekte „Vorbereitung für Autarkes mobiles Umspannwerk (AMU)“, „AMU-Beschaffung“ und „AMU-Lager inklusive Objektschutz“ (vgl. BA, S. 7 f. – Anlage BF 1) – für die Stabilität des Gesamtsystems erforderlich.

(a) Unter Stabilität des Gesamtsystems ist die Zuverlässigkeit bzw. Sicherheit des Gesamtsystems als zusammenhängendes Gebilde interagierender Netze zu verstehen. Dies wird insbesondere bei Rückwirkungen aus Netzen Dritter auf die Netzsituation des Antragstellers, aber auch bei Änderungen technischer Standards angenommen (Senat, Beschl. v. 24.03.2021 – VI-3 Kart 221/20 [V], unter B. II. 3.1. [n.v.]; Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer, in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 23 ARegV Rn. 83). Allerdings ist die Genehmigungsfähigkeit von Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestitionen nach der Senatsrechtsprechung insoweit nicht auf Maßnahmen beschränkt, die infolge von Rückwirkungen anderer Netze notwendig werden, weil dem Begriff „Gesamtsystem“ kein feststehender netztechnischer Bedeutungsgehalt zukommt, sondern im allgemeinen Sprachgebrauch unter „Gesamtsystem“ eine Gesamtheit von Elementen – nicht zwingend gleichartiger Natur – zu verstehen ist, die in ihrer Funktion und Wirkung aufeinander abgestimmt sind. „Stabil“ ist ein Gesamtsystem nach dem allgemeinen Sprachverständnis, wenn es bei einer äußeren Störung dieser entgegenwirken kann und danach wieder in seinen Gleichgewichtszustand zurückfindet (Senat, Beschl. v. 15.11.2017 – VI-3 Kart 60/16 [V], Juris Rn. 61 f.).

(b) Die Beschwerdeführerin hat hinreichend dargelegt, dass die streitgegenständliche Teilmaßnahme geeignet und erforderlich ist, die Resilienz der Umspannwerke und damit des Gesamtsystems gegenüber physischen Angriffen Dritter nach Maßgabe der den Sicherheitskonzepten zugrunde liegenden Bedrohungsszenarien der Sicherheitsbehörden auf die als kritisch eingestufte Netzinfrastruktur zu erhöhen. Die in Rede stehenden Schutzvorkehrungen verringern das Risiko einer dadurch bedingten Beeinträchtigung der Stromversorgung und haben damit zugleich unmittelbare Auswirkungen für die benachbarten Netze und das Gesamtsystem.

d) Die Sache war vor dem Hintergrund der noch zu treffenden Entscheidung über den Ansatz eines Ersatzanteils nach § 23 Abs. 2b ARegV noch nicht zur Entscheidung reif, weshalb die Bundesnetzagentur – entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerin – in analoger Anwendung des § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO (lediglich) zu einer Neubewertung des Antrags in Bezug auf das nicht genehmigte Teilprojekt unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats zu verpflichten war. Dieses Vorgehen

entspricht der bisherigen Senatsübung (Senat, Beschl. v. 14.01.2015 – VI-3 Kart 70/13 [V], Juris Rn. 18; v. 12.07.2017 – VI-3 Kart 163/15 [V], Juris Rn. 32 f., 69; v. 15.11.2017 – VI-3 Kart 60/16 [V], Juris Rn. 31 f., 56; vgl. auch BeckOK EnWG/van Rossum, a.a.O., § 83 Rn. 30 ff.; BeckOK VwGO/Decker, 60. Ed. 01.01.2022, § 113 Rn. 73 f. m.w.N.).

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

II. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren ist nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten auf ... Euro festgesetzt worden (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO). Den Maßstab für die Bestimmung des Gegenstandswerts bildete dabei die im Rahmen einer Vergleichsbetrachtung mit und ohne Genehmigung der streitgegenständlichen Teilmaßnahme zu ermittelnde Verbesserung der Erlössituation (vgl. Senat, Beschl. v. 15.11.2017 – VI-3 Kart 60/16 [V], Juris Rn. 65).

D.

Die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung war zuzulassen, weil die streitgegenständlichen Fragen, namentlich die Qualifizierung von Objektschutzmaßnahmen als Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV, 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. Auf die Pflicht zur elektronischen Einreichung durch professionelle Einreicher/innen ab dem 01.01.2022 durch das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013, das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017 und das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer

Vorschriften vom 05.10.2021 wird hingewiesen. Die elektronische Form wird durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und auf einem zugelassenen elektronischen Übermittlungsweg gemäß § 4 Abs. 1 der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERRV) oder von ihr selbst auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht wird. Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und Übermittlungswegen sowie zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der ERRV in der jeweils gültigen Fassung. 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 Rechtsbeschwerde 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

Pastohr

Orlik