

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017 – VI-3 Kart 163/15 (V)

Tenor:

1. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 15.10.2015 wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 02.09.2015, BK4-12-851 aufgehoben und die Bundesnetzagentur wird verpflichtet, den Antrag der Beschwerdeführerin vom 28.03.2012 zum Teilprojekt „Aufbau eines intelligenten Mess- und Steuersystems“ unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Beteiligten werden gegeneinander aufgehoben.
3. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... Euro festgesetzt.
4. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin ist Betreiberin eines regionalen Elektrizitätsverteilernetzes mit Sitz in Mit Schreiben vom 28.03.2012 (Bl. 1 ff. VV) beantragte sie bei der Bundesnetzagentur die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das Projekt „Umstrukturierung der Mess- und Zählrichtungen in Verbindung mit dem Aufbau eines intelligenten Mess- und Steuersystems“ gemäß § 23 Abs. 6 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Nr. 7 ARegV. Den Gegenstand dieses Antrags, die informationstechnische Erschließung von ca. ... intelligenten Messsystemen im Sinne des § 21c EnWG in ihrem Stromnetz, begrenzte diese mit Schreiben vom 03.09.2013 auf die streitgegenständliche Teilmaßnahme „Aufbau eines intelligenten Mess- und Steuersystems“, nachdem die Bundesnetzagentur erklärt hatte, dass die Kosten für die Errichtung der Messsysteme selbst über das Regulierungskonto gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV berücksichtigt würden.

Den gesetzlichen Anforderungen aus § 21 d Abs. 1 EnWG entsprechend, bestehen intelligente Messsysteme jeweils aus einem digitalen Stromzähler, welcher den tatsächlichen Stromverbrauch und die Nutzungsdauer widerspiegelt, und einer Kommunikationseinheit, dem so genannten Smart Meter Gateway. Die tatsächliche Herstellung der Send- und Empfangsfähigkeit der Messsysteme setzt ihre Einbindung in eine Kommunikationsinfrastruktur und damit die Existenz eines Kommunikationsweges zwischen den Messsystemen, der Netzleitstelle und den netztechnischen Anlagen voraus, die den Anforderungen des § 21 e EnWG entspricht. Zu diesem Zweck plant die Beschwerdeführerin mit der Maßnahme die Neuerrichtung einer modernen Glasfaserinfrastruktur mit IP-basierter Übertragungstechnik einschließlich Netzknoten, Kommunikationsanbindung, Backbone- / Accesstechnik, EDV-Infrastruktur beim grundzuständigen Messstellenbetreiber bzw. Netzbetreiber sowie eine Anpassung der organisatorischen und technischen Prozessabläufe. Die vorhandene, lediglich analoge Kommunikationsinfrastruktur ist technisch nicht dazu befähigt, den erforderlichen Kommunikationsweg zwischen den intelligenten Messsystemen und der Netzleitstelle sowie den netztechnischen Anlagen bereitzustellen. Die Anschaffungs-

und Herstellungskosten veranschlagte die Beschwerdeführerin bei Antragstellung mit ... Euro. Die erstmalige Aktivierung von Anlagen war für 2013 geplant, die vollständige Inbetriebnahme soll im Jahr 2018 erfolgen.

Mit Schreiben vom 21.03.2012 bestätigte das Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr des Freistaates Sachsen die Notwendigkeit der streitgegenständlichen Maßnahme zur Umsetzung der technischen Standards zur Gewährleistung der technischen Sicherheit des Netzes nach § 49 EnWG.

Nach zweimaliger Anhörung der Beschwerdeführerin und Stellungnahmen dieser lehnte die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 02.09.2015 den Antrag der Beschwerdeführerin auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das Teilprojekt „Aufbau eines intelligenten Mess- und Steuersystems“ endgültig ab. Zur Begründung führt sie aus, bei der dem Antrag zugrunde liegenden Investitionsmaßnahme handele es sich weder um eine Erweiterungs- noch um eine Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 ARegV. Die hier streitgegenständliche Maßnahme, der Bau eines Kommunikationsnetzes, trage weder zu einer physikalischen Verlängerung oder sonstigen Vergrößerung des betreffenden Elektrizitätsverteilernetzes noch zu einer Erhöhung von Kapazitäten im Verteilernetz der Beschwerdeführerin bei, stelle also keine Erweiterungsinvestition dar. Entgegen der Stellungnahme der Beschwerdeführerin komme es nicht darauf an, ob das nutzbare Kapazitätswolumen durch die Investitionsmaßnahme mittelbar erhöht werde oder nicht. Die Investitionsmaßnahme könne auch nicht als Umstrukturierungsinvestition eingeordnet werden. Bei der beantragten Investitionsmaßnahme handele es sich um einen Ersatz der bisherigen Kommunikationstechnik, die die Funktionen „Überwachen“ und „Steuern“ nicht erweitere. So beschreibe die Beschwerdeführerin selbst in ihrer Stellungnahme vom 18.06.2015, dass eine Nach- oder Mitnutzung bisher genutzter proprietär serieller Technologien schon aus Kompatibilitätsgründen entfalle und die Ablösung der klassischen Fernwirk- und Fernmesstechnik erfordere. Die mit der Maßnahme verbundene Änderung des Kommunikationssystems stelle daher lediglich eine Anpassung an den aktuellen Stand der Technik dar. Es liege somit auch keine erhebliche Funktionserweiterung des Netzes selbst vor, da mit der Maßnahme lediglich die Sekundärtechnik verbessert werde. Es sei grundsätzlich nicht auszuschließen, dass auch Sekundärtechnik erforderlich sein könne, um das Verteilernetz aufzubauen. Bei dem hier vorliegenden Projekt solle jedoch ein Nachrichtennetz losgelöst von einem Projekt im Elektrizitätsverteilernetz, also der Primärtechnik, installiert werden. Es sei damit auch losgelöst vom Elektrizitätsverteilernetz zu betrachten. Auch die weiteren Voraussetzungen des § 23 Abs. 6 ARegV lägen nicht vor.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde.

Sie meint, die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen gemäß § 23 Abs. 6 ARegV komme auch für Messstellenbetreiber in Betracht, soweit es sich um Investitionen eines Verteilernetzbetreibers handele, die als Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestition qualifiziert werden könnten. Es gelte der allgemeine Rechtsrahmen zur Regulierung der Netzentgelte gemäß Anreizregulierungs- und Stromnetzentgeltverordnung. Bei der mit dem Teilprojekt „Aufbau eines intelligenten Mess- und Steuersystems“ beabsichtigten Errichtung einer Kommunikationsinfrastruktur für die Weiterleitung der für die Netzsteuerung und Netzführung notwendigen Messdaten erfülle sie eine Pflicht aus § 21c ff EnWG, die den Netzbetreibern obliege. Zu Unrecht verweise die Bundesnetzagentur daher auf die Pflichten des grundzuständigen Messstellenbetreibers nach dem vorliegend nicht anwendbaren Messstellenbetriebsgesetz. Die Energieaufsichtsbehörde des Freistaates Sachsen bestätige in ihrem Schreiben zudem ausdrücklich, dass die streitgegenständliche Maßnahme der

„Gewährleistung der technischen Sicherheit im Sinne von § 49 EnWG“ diene. Die in § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG statuierte Grundpflicht zur Gewährleistung der technischen Sicherheit bei der Errichtung und dem Betrieb von Energieanlagen sei zudem Teil der Betreiberpflicht des Netzbetreibers. Mit dem beantragten Teilprojekt werde auch eine verbesserte Netzsteuerung bzw. -führung erreicht. Konkrete Umsetzungsmaßnahmen zur Erhöhung der Netzsteuerbarkeit seien bereits 2013 durch sie erfolgt.

Die Bundesnetzagentur könne sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Vorgaben des § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV zur Anwendung des Regulierungskontos seien vorrangig. § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV erfasse die sich aus einem Wechsel des Messstellenbetreibers oder Messdienstleisters ergebenden Auswirkungen. § 23 Abs. 6 ARegV diene – anders als § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV – der Privilegierung bestimmter Investitionen, deren Kosten abweichend von denen der grundsätzlichen Systematik der Anreizregulierung nicht erst in einer zukünftigen Regulierungsperiode weitergegeben, sondern zeitnah refinanziert werden sollten. Eine Ablehnung der vorliegenden Maßnahme mit der Begründung, § 23 Abs. 6 ARegV stelle keine Auffangregelung gegenüber § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV dar, würde daher den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen und die vom Ordnungsgeber erfolgte Zielsetzung unterlaufen. Wenn es tatsächlich richtig wäre, dass die beim Netzbetreiber entstehenden Kosten im Zusammenhang mit dem Messstellenbetrieb ausschließlich nach den Regelungen des § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV zu berücksichtigen seien, wäre die Bundesnetzagentur verpflichtet gewesen, auch hinsichtlich des streitgegenständlichen Teilprojektes die Einbeziehung der Kosten im Regulierungskonto zu bestätigen.

Die von der streitgegenständlichen Maßnahme umfasste Kommunikationsinfrastruktur sei als originäre Anlage des Elektrizitätsverteilernetzes einzuordnen. Dies folge bereits aus der Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 StromNEV und dem „Leitfaden für Unternehmen in eigener Zuständigkeit zur Berücksichtigung der Mitverlegung von Glasfaserkabeln oder Leerrohren für den Telekommunikationsbreitbandbetrieb im Rahmen notwendiger Verlegungen von Stromleitungen“ der Bundesnetzagentur vom 27.08.2012.

Aber auch bei der gebotenen funktionalen Betrachtung sei die Kommunikationsinfrastruktur ein integraler Bestandteil des Elektrizitätsverteilernetzes. Zwingende Voraussetzung für den in § 21 c EnWG vorgeschriebenen Einbau intelligenter Messsysteme sei deren Einbindung in eine zu dem Elektrizitätsverteilernetz gehörende Kommunikationsinfrastruktur. Die von den intelligenten Messsystemen erfassten Informationen könnten ohne die Bereitstellung eines Kommunikationsweges nicht an die Netzleitstelle übermittelt und Steuersignale nicht an netztechnische Anlagen übertragen werden. Die Umsetzung der Ziele der Energiewende setze eine Flexibilisierung der Stromversorgungsnetze voraus, welche erst durch eine flächendeckende Transparenz und Steuerbarkeit der Energieflüsse erreicht werde.

Die Zuordnung der Maßnahme zum Elektrizitätsverteilernetz scheitere auch nicht daran, dass damit zukünftig auch die Steuerung von Infrastruktureinrichtungen anderer Medien ermöglicht werden könne. In ihrem Schreiben vom 10.01.2014 habe sie darauf hingewiesen, dass eine mögliche Nutzung des Kommunikationsnetzes durch andere Sparten nicht vor Ablauf der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme zu erwarten sei.

Die alternative Erschließung der Messplätze und Steuerstellen durch die Nutzung eines Virtual Private Network (VPN) eines öffentlichen Telekommunikationsnetzbetreibers wäre mit erheblich höheren Kosten verbunden, fehleranfälliger und mit Blick auf die Datensicherheit und den Datenschutz weniger vorteilhaft. Die rein theoretische Möglichkeit

der Beauftragung eines Dritten sei zudem für die Frage der Zuordnung der von ihr geplanten Maßnahme zu ihrem Elektrizitätsverteilernetz ohne Aussagekraft.

Die von ihr beantragte Maßnahme „Aufbau eines intelligenten Mess- und Steuersystems“ sei auch als Umstrukturierungsmaßnahme zu qualifizieren.

Für die Frage der Genehmigungsfähigkeit sei es nicht entscheidend, ob es sich um Primär- oder Sekundärtechnik handle. Die Annahme der Bundesnetzagentur, der Verordnungsgeber habe zur Veranschaulichung des abstrakten Grundtatbestandes ausnahmslos auf Primärmaßnahmen abgestellt, sei unzutreffend. Gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 ARegV würden Investitionsmaßnahmen auch für Investitionen gewährt, die für den Einsatz des Leiterseil-Temperaturmonitorings und von Hochtemperatur-Leiteseilen erforderlich seien und damit für die Errichtung von Sekundärtechnik. In seinem Beschluss vom 17.12.2013 (EnVR 18 / 12) habe der Bundesgerichtshof schließlich festgestellt, dass auch die für den Einbau digitaler Schutzrelais in einem Umspannwerk notwendigen Investitionen als anerkennungsfähige Umstrukturierungsmaßnahmen gelten könnten.

Die von der streitgegenständlichen Maßnahme umfasste Neuerrichtung der Kommunikationsinfrastruktur stelle keine bloße Anpassung an den aktuellen Stand der Technik dar. Weit überwiegend werde durch die Maßnahme nicht eine bereits zuvor vorhandene Technik verbessert oder ersetzt, sondern erstmalig eine neue Technik mit vollständig neuen Funktionen eingeführt. Die Einbindung der ca. ... intelligenten Messsysteme in eine Kommunikationsinfrastruktur des Elektrizitätsverteilernetzes sei ohne die streitgegenständliche Maßnahme nicht möglich, da für einen Großteil der intelligenten Messsysteme noch gar keine Kommunikationsinfrastruktur vorhanden sei, in welche diese eingebunden werden könnten. Soweit eine Kommunikationsinfrastruktur bereits vorhanden sei, sei diese technisch bedingt nicht dazu in der Lage, die veränderten Anforderungen, welche aus dem Einbau der neuen Messsysteme entstünden, zu erfüllen. Durch die informationstechnische Erschließung der intelligenten Messsysteme könnten Netzzustände überhaupt erst anhand der zu übertragenden Messdaten erkannt, eingeschätzt und abgeändert werden. Die Fähigkeit der Messsysteme zur bidirektionalen Kommunikation sei derzeit nicht gegeben und in der bisher installierten Kommunikationsinfrastruktur, soweit eine solche überhaupt vorhanden sei, technisch auch nicht angelegt. Auch insoweit liege kein Austausch bestehender Komponenten vor.

Die von der Maßnahme umfasste informationstechnische Erschließung der ca. ... intelligenten Messsysteme führe auch zu einer Veränderung technischer Parameter, die für den Netzbetrieb erheblich seien. Die Maßnahme ermögliche eine zuvor nicht vorhandene Steuerungsfähigkeit des Netzes und führe zu einer Erhöhung des effektiv nutzbaren Kapazitätsvolumens des Elektrizitätsverteilernetzes, wodurch ein weitaus kapitalintensiverer, physischer Netzausbau vermieden werden könnte. Darüber hinaus eröffne sie völlig neue Möglichkeiten der Lastflusssteuerung, welche notwendig seien, um die aus der Energiewende resultierenden Anforderungen - wechselnde Lastverteilung aus dem überproportionalen Anstieg von Einspeisungen dezentraler Erzeugungsanlagen - zu erfüllen und trage dadurch zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit bei.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 02.09.2015, Az.: BK4-12-851, aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Antrag der Beschwerdeführerin vom

28.03.2012 zum Teilprojekt „Aufbau eines intelligenten Mess- und Steuersystems“ antragsgemäß zu genehmigen;

hilfsweise,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 02.09.2015, Az.: BK4-12-851, aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Antrag der Beschwerdeführerin vom 28.03.2012 zum Teilprojekt „Aufbau eines intelligenten Mess- und Steuersystems“ unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur verteidigt den angefochtenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe. Bei dem streitgegenständlichen Projekt handele es sich bereits nicht um eine gem. § 23 Abs. 6 ARegV erforderliche Investition in das Elektrizitätsverteilernetz der Beschwerdeführerin. § 23 Abs. 1 ARegV zeige, dass die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme eine Investition in das Verteilernetz des jeweiligen Netzbetreibers voraussetze. Die Beschwerdeführerin investiere indes in die für die Einbindung der Messsysteme erforderliche Kommunikationsinfrastruktur gem. §§ 21c, 21d EnWG a.F. und damit in ihrer Funktion als Messstellenbetreiberin gem. § 3 Abs. 1 MsbG. Aus § 2 Nr. 4 MsbG (§ 21b EnWG a.F.) werde deutlich, dass der Messstellenbetrieb nicht allein und unbedingt Aufgabe des Netzbetreibers sei. Auch die Energieaufsichtsbehörde Sachsen führe in ihrem Schreiben aus, dass das EnWG den Messstellenbetreiber zum Einbau von Messsystemen und in der Folge zum Aufbau von Informations- und Kommunikationsnetzen verpflichte. Die Beschwerdeführerin trage zudem selbst vor, dass die streitgegenständlichen Investitionen auch der Übertragung von Messdaten dienten. Es treffe zwar zu, dass das Messstellenbetriebsgesetz vorliegend keine Anwendung finde. Jedoch trennten auch §§ 21b ff EnWG zwischen dem Messstellenbetrieb und dem Netzbetrieb, da der Messstellenbetrieb auch durch Dritte durchgeführt werden könne.

Gegen die Genehmigungsfähigkeit spreche zudem, dass der Beschwerdeführerin auch für die Installation der Messsysteme, die durch die Maßnahme informationstechnisch erschlossen werden sollen, keine Investitionsmaßnahme genehmigt worden sei, sondern die Kosten für diese Maßnahmen bereits im Regulierungskonto gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV berücksichtigt worden seien. Bei der Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV handele es sich nach dem Willen des Verordnungsgebers um eine Sonderregelung zur Berücksichtigung der Kosten des Messstellenbetriebs, die dem Netzbetreiber entstünden. Soweit § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV nicht greife, sehe der Verordnungsgeber offensichtlich nicht die Notwendigkeit einer Sonderregelung, sondern es bleibe bei der normalen Refinanzierung über die Erlösobergrenze. Die Investitionsmaßnahme könne für diesen Teil auch nicht als Auffangregelung verstanden werden.

Durch die Ablehnung des Antrags auf Genehmigung der streitgegenständlichen Investitionsmaßnahme komme es auch nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung. Zutreffend sei zwar, dass § 23 Abs. 6 ARegV der Privilegierung bestimmter Investitionen diene, deren Kosten abweichend von der grundsätzlichen Systematik der Anreizregulierung nicht erst in einer zukünftigen Regulierungsperiode weitergegeben

werden sollen. Die Beschwerdeführerin übersehe indes, dass diese Privilegierung an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft sei, die vorliegend nicht erfüllt seien.

Nicht überzeugend sei das Vorbringen, es sei zwingende Voraussetzung, dass die intelligenten Messsysteme in eine zu dem Elektrizitätsverteilernetz gehörende Kommunikationsinfrastruktur eingebunden werden, die streitgegenständliche Kommunikationsinfrastruktur sei daher wesentlicher Bestandteil des Elektrizitätsverteilernetzes. In § 2 Nr. 7 MsbG werde das Kommunikationsnetz nicht näher spezifiziert, so dass sowohl ein öffentliches als auch ein privates Kommunikationsnetz infrage komme.

Auch Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 StromNEV treffe keine Aussage über die Netzzugehörigkeit der Kommunikationsinfrastruktur, die ein Netzbetreiber in seiner Funktion als Messstellenbetreiber zur Einbindung von intelligenten Messsystemen errichte. Der von der Beschwerdeführerin erwähnte Leitfadens sei nicht relevant, da es sich bei der streitgegenständlichen Maßnahme nicht um eine Mitverlegung von Breitbandanschlusskabeln zur Herstellung einer möglichst schnellen Breitbandversorgung handele, sondern um eine separate Investition in Sekundärtechnik zur Einbindung von intelligenten Messsystemen in ein Kommunikationsnetz.

Mittels des intelligenten Mess- und Steuersystems solle eine Steuerung aller Sparten des Unternehmens wie Strom, Gas, Fernwärme und Wasser sichergestellt werden. Dies spreche ebenfalls gegen eine Zuordnung des streitgegenständlichen Kommunikationsnetzes allein zum Elektrizitätsverteilernetz.

Zudem fehle es an der Voraussetzung einer Umstrukturierungsinvestition, da vorliegend isoliert Sekundärtechnik ausgebracht werde. Die streitgegenständliche Maßnahme diene nicht unmittelbar der Verteilung von Elektrizität oder dem Ausbau des Elektrizitätsverteilernetzes. Da der Regelbeispielkatalog des § 23 Abs. 1 S. 2 ARegV zur Veranschaulichung des abstrakten Grundtatbestandes allein auf Primärmaßnahmen abstelle, dürfe davon ausgegangen werden, dass der Verordnungsgeber mit der Einführung der Investitionsmaßnahme nicht den isolierten Rollout von Sekundärtechnik habe fördern wollen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Regelbeispiel des § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 ARegV. Die Verordnungsbegründung zu diesem Regelbeispiel zeige deutlich, dass zumindest ein starker Primärtechnikbezug gegeben sein müsse. Vorliegend führe die Maßnahme indes nicht in bedeutendem Umfang zu zusätzlichen Verbesserungen im Hinblick auf die Primärtechnik, denn es sei nicht ersichtlich, dass eine primärtechnische Maßnahme infolge der Netzoptimierung vermieden werden könne. Da schon für die Primärtechnik, die Installation der Messsysteme selbst, keine Investitionsmaßnahme genehmigt worden sei, könne erst Recht nicht isoliert für die Installation der Sekundärtechnik, durch die die Primärtechnik eingebunden werden solle, eine Genehmigung erfolgen.

In der von der Beschwerdeführerin zitierten BGH-Entscheidung (EnVR 18/12) habe der Bundesgerichtshof gerade offen gelassen, ob das dieser Entscheidung zu Grunde liegende Projekt überhaupt eine Umstrukturierungsinvestition darstelle und das Verfahren zur erneuten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurück verwiesen.

Schließlich führe die streitgegenständliche Maßnahme auch nicht zu einer Veränderung technischer Parameter, die für den Netzbetrieb erheblich seien. Es handele sich vielmehr um den Ersatz der bisherigen Kommunikationstechnik und die damit verbundenen technischen Verbesserungen. Nach den Angaben der Beschwerdeführerin solle eine analoge

Kommunikationsinfrastruktur durch die streitgegenständliche Maßnahme ersetzt bzw. ergänzt werden. Die Funktionen „Überwachen“ und „Steuern“ seien bereits mit der vorhandenen, lediglich analogen Kommunikationsinfrastruktur vorhanden gewesen. So habe die Beschwerdeführerin in ihrem Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme vorgetragen, dass sie ihr eigenes Telekommunikationsnetz (IKT) zur informationstechnischen Erschließung von ca. ... Messsystemen ausbaue. Soweit die Beschwerdeführerin auf vorher nicht gegebene Steuerungsmöglichkeiten hinweise, sei zu beachten, dass diese nicht aus der streitgegenständlichen Maßnahme selbst resultierten, sondern aus den von den neuen Messsystemen erfassten und übertragenen Messdaten, anhand derer Netzzustände erst erkannt und abgeschätzt werden könnten. Bei den von der Beschwerdeführerin angeführten, verbundenen technischen Verbesserungen handele es sich folglich um solche Verbesserungen, die mit einer Ersatzbeschaffung im Hinblick auf den weiterentwickelten Stand der Technik üblicherweise verbunden seien, nicht um zusätzliche Funktionen des Netzes selbst, denen eine gewisse eigenständige Bedeutung zukomme.

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

B.

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig und führt mit ihrem Hilfsantrag im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung der Entscheidung und zur Verpflichtung der Bundesnetzagentur, den Antrag vom 28.03.2012 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Mit rechtsfehlerhafter Begründung ist die Bundesnetzagentur in dem angegriffenen Beschluss davon ausgegangen, die streitgegenständliche Investitionsmaßnahme sei nicht gem. § 23 Abs. 6 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Nr. 7 ARegV genehmigungsfähig, weil sie losgelöst von dem Elektrizitätsverteilernetz zu betrachten sei und die Beschwerdeführerin nicht das Vorliegen einer Umstrukturierungsinvestition habe nachweisen können. Auch die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vorgebrachten Einwendungen der Bundesnetzagentur gegen die Anerkennungsfähigkeit tragen die angegriffene Entscheidung nicht. Da die Sache noch nicht spruchreif ist, wird die Bundesnetzagentur den Antrag unter weiterer Aufklärung der Frage, inwieweit eine Umstrukturierungs- oder eine Ersatzinvestition vorliegt, neu zu bescheiden haben.

I.

Gemäß § 23 Abs. 6 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Nr. 7 ARegV können Betreibern von Verteilernetzen Investitionsmaßnahmen durch die Regulierungsbehörde für die Durchführung von grundlegenden, mit erheblichen Kosten verbundenen Umstrukturierungsmaßnahmen genehmigt werden, die erforderlich sind, um die technischen Standards zur Gewährleistung der technischen Sicherheit des Netzes umzusetzen, die auf Grund einer behördlichen Anordnung nach § 49 Abs. 5 EnWG erforderlich werden oder deren Notwendigkeit von der nach Landesrecht zuständigen Behörde bestätigt wird.

Mit der Regelung des § 23 ARegV und der Genehmigungsfähigkeit von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen beabsichtigte der Ordnungsgeber für Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch für Verteilernetzbetreiber die Refinanzierungsmöglichkeiten für bestimmte Investitionen in die

Netzstruktur zu verbessern, weil auf diese Netzbetreiber zusätzliche Aufgaben zukommen. Investitionen, die lediglich dem Ersatz bestehender Anlagen dienen, sind hingegen im Rahmen des § 23 ARegV nicht genehmigungsfähig (BR-Drs. 417/07 v. 15.06.2007, S. 66 und 67). Denn die Refinanzierung von Ersatzinvestitionen gehört zum laufenden Geschäft der Netzbetreiber und ist nicht den neuen gesetzlichen Anforderungen geschuldet (BGH, Beschluss vom 17.12.2013, Az.: EnVR 18/12, Rn. 19 (juris) mit Verweis auf den Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30.06.2006, Rn. 596 ff).

1.

Entgegen der im Rahmen der Beschwerde erstmals geäußerten Auffassung der Bundesnetzagentur scheidet die Anerkennung der streitgegenständlichen Investition zur Einbindung von Messeinrichtungen in ein Kommunikationsnetz als Investitionsmaßnahme nicht daran, dass es sich nicht um eine Investition der Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Verteilernetzbetreiberin, sondern um eine Investition der Beschwerdeführerin in ihrer Funktion als Messstellenbetreiberin handelt.

Der Versuch der Bundesnetzagentur, die Trennung der Aufgabenbereiche des Messstellenbetreibers und des Netzbetreibers unter Verweis auf das Messstellenbetriebsgesetz zu begründen, überzeugt nicht. Zwar sind nach § 1 Nr. 3 MsbG der Messstellenbetrieb und der Netzbetrieb zu trennen. Der Messstellenbetrieb ist gem. § 3 Abs. 1 MsbG Aufgabe des grundzuständigen Messstellenbetreibers und nicht Aufgabe des Netzbetreibers, auch wenn er von einem Netzbetreiber durchgeführt wird (BT-Drs. 18/7555, S. 76) und umfasst gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 MsbG auch die Einbindung der Messsysteme in ein Kommunikationsnetz.

Das Messstellenbetriebsgesetz ist jedoch vorliegend noch nicht anwendbar, wovon auch die Bundesnetzagentur ausgeht. Die streitgegenständlichen Messsysteme genügen nicht den Vorgaben, die § 2 Nr. 7 MsbG an die intelligenten Messsysteme stellt. Auch sind nur BSI-zertifizierte Messsysteme intelligente Messsysteme im Sinne des Gesetzes (BT-Drs. 18/7555, S. 73). Diese Voraussetzung erfüllen die streitgegenständlichen Messsysteme nicht. Für die streitgegenständlichen Messsysteme verbleibt es daher bei den bisherigen Regelungen der §§ 21b ff EnWG. Gem. § 21 b Abs. 1 EnWG handelt es sich beim Messstellenbetrieb, zu dem gem. § 21b Abs. 2 S. 1 EnWG auch die Messung und Übermittlung der Daten an die Berechtigten gehört, im Grundsatz um Aufgaben des Netzbetreibers (Drozella in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, § 21b Rn. 2; Herzmann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage, § 21b Rn. 11). Zum Messstellenbetrieb zählen gemäß § 3 Nr. 26b EnWG der Einbau, der Betrieb und die Wartung von Messeinrichtungen und Messsystemen (vgl. Drozella in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, § 21b Rn. 16). Die Messung bezeichnet gemäß § 3 Nr. 26c EnWG die Ab- und Auslesung der Einrichtung sowie die Weitergabe der Daten an den Berechtigten. Auch die Installation einer Kommunikationsinfrastruktur, mit der die Ablesung und die automatisierte Weitergabe der Daten an die berechtigten Marktteilnehmer erfolgt, ist danach grundzuständige Aufgabe des Netzbetreibers.

Die Auffassung der Bundesnetzagentur, § 23 Abs. 6 ARegV sei nicht auf Verteilernetzbetreiber anwendbar, soweit sie die Aufgaben eines Messstellenbetreibers ausüben, überzeugt nicht. Dem Wortlaut des § 23 Abs. 6 ARegV lässt sich eine solche Einschränkung nicht entnehmen. Dieser verlangt lediglich, dass es sich um eine Umstrukturierungs- oder Erweiterungsinvestition eines Verteilernetzbetreibers handelt. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, da die Beschwerdeführerin als Verteilernetzbetreiberin

die ihr obliegenden Aufgaben des Messstellenbetriebs erfüllt. Die Einschränkung der Bundesnetzagentur auf Maßnahmen eines Verteilernetzbetreibers, soweit er diese nicht auch in seiner Funktion als Messstellenbetreiber ausübt, würde zu der Einführung eines weiteren, im Gesetz nicht vorgesehenen Tatbestandsmerkmals führen. Zusätzliche, im Wortlaut des § 23 Abs. 1 ARegV nicht vorgesehene Voraussetzungen, dürfen indes ausweislich der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.12.2013 (EnVR 18/12, Rn. 16, juris) nicht aufgestellt werden.

2.

Zu Unrecht verneint die Bundesnetzagentur die Genehmigungsfähigkeit der streitgegenständlichen Maßnahme als Investitionsmaßnahme auch mit der Begründung, dass es sich hierbei nicht um eine Investition in ein Verteilernetz handele. Die Beschwerdeführerin hat in diesem Zusammenhang unwidersprochen vorgetragen, dass sie zur Erhöhung der Netzsteuerbarkeit bereits seit 2013 ... aller von ihr betriebenen HS/MS-Umspannwerke, ... EEG-Einspeiseanlagen und ca. ... MS/NS Umspannstationen in das intelligente Mess- und Steuersystem eingebunden hat. Zur Messung der Spannungsqualität sind zusätzlich ... HS/MS-Umspannwerke mit insgesamt ... einzelnen Messstellen ausgerüstet worden. Diese messen die Spannungen und Ströme in den Transformatorblockeinspeisungen (Mittelspannung) sowie die Spannung auf der 110-kV Seite der Transformatoren. Auf Basis der gemessenen Spannung wird unter anderem eine automatische Qualitätsbewertung nach der für Netzbetreiber gültigen Norm DIN EN 50160 durchgeführt. Darüber hinaus sind die Geräte auch mit Störschreibern ausgerüstet worden, die bei der Fehleraufklärung und Bewertung zum Einsatz kommen. Weiterhin sind ... MS/NS Umspannstationen mit Messgeräten zur Erfassung der Spannungsqualität durch das intelligente Mess- und Steuersystem erschlossen worden. Diese Geräte haben zusätzlich eine Verbindung zum Prozessleitsystem, womit erste Wege zur messtechnischen Überwachung auch der NS-Netze beschrritten werden. Mit dem Projekt wird insgesamt eine verbesserte Netzsteuerung bzw. -führung erreicht. Diese ist notwendige Voraussetzung für die Durchführung von netzsteuernden Maßnahmen als Reaktion auf sich verändernde Lastflüsse. Die Investitionen dienen somit nicht nur der Übertragung von Messdaten, die Maßnahmen führen vielmehr auch zu einer deutlichen Erhöhung der Transparenz und Steuerbarkeit der Energieflüsse durch den Netzbetreiber. Die hierdurch verbesserte Lastflusssteuerung dient der allgemeinen Versorgungssicherheit. Mit der Investitionsmaßnahme erfüllt die Beschwerdeführerin daher auch ihre Grundpflicht als Netzbetreiberin zur Gewährleistung der technischen Sicherheit gem. § 49 Abs. 1 EnWG.

Die Einbindung der Messsysteme in eine Kommunikationsinfrastruktur ist darüber hinaus die grundlegende Voraussetzung für jede Interaktion in einem intelligenten Netz, ohne die sich die wesentlichen Ziele, die mit dem Einbau intelligenter Messsysteme national wie international angestrebt werden, nicht realisieren ließen (BR-Drs. 17/6072, S. 79). Um Anreize für diesen angestrebten intelligenten Aus- und Umbau der Netze zu setzen, dürfen Netzbetreiber hierbei wirtschaftlich nicht schlechter gestellt sein als bei einem konventionellen Netzausbau.

Dass die Kommunikationsinfrastruktur in der Zukunft möglicherweise auch der Steuerung von Infrastruktureinrichtungen anderer Medien dienen kann, steht der Genehmigungsfähigkeit der Investitionsmaßnahme ebenfalls nicht entgegen. Wie die Beschwerdeführerin unwidersprochen vorgetragen hat, ist eine mögliche Nutzung des Kommunikationsnetzes durch andere Sparten jedenfalls nicht vor Ablauf der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme geplant.

3.

Auch die weitere Begründung, der Beschwerdeführerin sei für die Installation der Messsysteme, die durch die streitgegenständliche Maßnahme informationstechnisch erschlossen werden sollen, ebenfalls keine Investitionsmaßnahme gemäß § 23 Abs. 6 ARegV genehmigt worden, sondern die Kosten für diese Maßnahme seien bereits im Regulierungskonto gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV berücksichtigt worden, rechtfertigt die Ablehnung der beantragten Investitionsmaßnahme nicht. § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV umfasst grundsätzlich alle Kostenpositionen, die im Zusammenhang mit dem Wechsel eines Messstellenbetreibers, dem verpflichtenden Einbau von intelligenten Zählern oder der verpflichtenden Änderung des Messintervalls beim Netzbetreiber stehen (BR-Drs. 568/08, S. 33).

Die Ansicht, bei der Regelung in § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV handele es sich um eine Sonderregelung für Kosten im Zusammenhang mit dem Messstellenbetrieb, die dem Netzbetreiber entstehen, sie schließe den Anwendungsbereich des § 23 Abs. 6 ARegV auch für die Errichtung eines Kommunikationsnetzes aus, überzeugt nicht. Sie widerspricht ebenfalls der Vorgabe des Bundesgerichtshofs, wonach der Tatbestand des § 23 Abs. 1 ARegV nicht durch zusätzliche, im Wortlaut der Vorschrift nicht angelegte weitere Voraussetzungen verschärft werden darf. Dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV lässt sich ein entsprechender Ausschluss nicht entnehmen.

Auch die Verordnungsbegründung macht keine Ausführungen dazu, dass die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV eine Anwendung des § 23 ARegV auf Kommunikationssysteme ausschließt. Nach dem Willen des Verordnungsgebers sollen von der Norm des § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV vorrangig die sich aus einem Wechsel des Messstellenbetreibers oder Messdienstleisters ergebenden Auswirkungen erfasst werden. Denn eine Änderung der Zahl der Anschlussnutzer, bei denen vom Netzbetreiber der Messstellenbetrieb oder die Messung durchgeführt wird, und die damit verbundenen Prozesse über eine längere Periode kann sowohl zu Minder- als auch zu Mehrkosten im Vergleich zu den zu Beginn einer Regulierungsperiode in den Erlösobergrenzen enthaltenen Ansätzen führen. Gleiches gilt für Mehr- oder Minderkosten, die sich im Laufe der Regulierungsperiode oder aus Maßnahmen des Netzbetreibers als Messstellenbetreiber nach § 21 b Abs. 3 a und b EnWG ergeben können (BR-Drs. 568/08 vom 08.08.2008, S. 32 f). Maßnahmen nach § 21 b Abs. 3 a und b EnWG a.F. waren der Einbau von leistungsfähigeren Messeinrichtungen bei Neubauten, größeren Renovierungen und nach dem Angebot solcher leistungsfähigeren Messeinrichtungen an Bestandskunden. Diese Norm ist mit dem Gesetz vom 26.07.2011 in dieser Form entfallen. Die Nachfolgeregelung befindet sich in § 21 c Abs. 1 EnWG n.F. § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV ist demnach so zu lesen, als ob er auf § 21 c Abs. 1 EnWG n.F. verweist (Hummel in Danner/Theobold, Energierecht, 92. EL März 2017, Rn. 49f). Die Errichtung eines Kommunikationssystems zur Einbindung der intelligenten Messsysteme fällt nach alledem nicht unter die Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV, ohne dass der Verordnungsgeber sich indes dazu geäußert hat, ob die über § 23 ARegV refinanziert werden kann.

Auch Sinn und Zweck der Regelung des § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV legen nicht die von der Bundesnetzagentur vertretene Auslegung nahe. § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV verfolgt einen völlig anderen Regelungszweck als § 23 ARegV. Durch das Instrument der Investitionsmaßnahme sollen die bei Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreibern aufgrund ihrer gesetzlichen Aufgaben im Rahmen der Anreizregulierung verursachten Kostensteigerungen privilegiert refinanziert werden. Für Verteilernetzbetreiber folgt eine vergleichbare kostenmäßige

Behandlung aus Absatz 6 für die dort genannten Fälle, in denen sie sich in vergleichbaren Situationen wie Übertragungsnetzbetreiber befinden. Diese unterschiedlichen Regelungsbereiche schließen es aus, § 5 Abs. 1 S. 3 ARegV als abschließende Sonderregelung gegenüber § 23 ARegV anzusehen.

4.

Die Bundesnetzagentur hat es in dem angegriffenen Beschluss unter Zugrundelegung einer falschen Tatsachengrundlage sowie eines unzutreffenden Begriffsverständnisses zu Unrecht abgelehnt, die streitgegenständliche Investitionsmaßnahme – jedenfalls teilweise – als Umstrukturierungsinvestitionen im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV anzuerkennen und zu genehmigen.

a)

Zutreffend geht die Bundesnetzagentur zwar zunächst davon aus, dass die streitgegenständliche Maßnahme nicht als Erweiterungsinvestition angesehen werden kann. Eine Erweiterungsinvestition setzt nach der einschlägigen Definition des Bundesgerichtshofs voraus, dass durch die Maßnahme das Netz vergrößert wird. Der Bundesgerichtshof stellt insoweit beispielhaft auf die Erhöhung der Leitungslänge oder die Steigerung der Übertragungskapazitäten ab (vgl. BGH, Beschluss v. 17.12.2013, EnVR 17/12). Die streitgegenständlichen Maßnahmen haben jedoch nicht zu einer Vergrößerung des Verteilnetzes geführt. Weder ist die Leitungslänge des Verteilnetzes erhöht noch ist die Übertragungskapazität vergrößert worden. Soweit sich durch die bessere Steuerungsfähigkeit das effektiv nutzbare Kapazitätswolumen erhöht, liegt dies allein daran, dass die Netzauslastung nun besser gesteuert werden kann. Das Transportmengenwolumen, auf das es allein ankommt, ändert sich indes tatsächlich nicht.

b)

Die Maßnahme ist indes - jedenfalls teilweise, wobei noch aufzuklären sein wird, in welchem Umfang - als Umstrukturierungsinvestition zu qualifizieren.

aa)

Entgegen der Ansicht der Beschlusskammer scheidet die Anerkennung der Errichtung eines Kommunikationssystems als Umstrukturierungsmaßnahme nicht bereits daran, dass es sich hierbei um ein isoliertes Rollout von Sekundärtechnik, losgelöst von einem Projekt im Elektrizitätsverteilernetz, mithin der Primärtechnik, handelt.

Mit dieser Argumentation verkennt die Bundesnetzagentur, dass eine Umstrukturierungsmaßnahme nur die Veränderung von technischen Parametern voraussetzt, die für den Betrieb des Netzes erheblich sind. Diese Definition beschränkt den Anwendungsbereich gerade nicht auf zum eigentlichen Übertragungsnetz gehörende, sondern erfasst sämtliche Parameter, die für den Betrieb des Netzes wesentlich sind. Dazu gehören auch Veränderungen der Sekundärtechnik. Auch eine Investition in die Sekundärtechnik ist zugleich eine Investition in das Verteilernetz, da dieses nicht ohne die notwendige Sekundärtechnik betrieben werden kann. Erfüllt eine Investition in die Sekundärtechnik die vom Bundesgerichtshof konkretisierten tatbestandlichen Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV, kann nicht durch das zusätzliche Erfordernis weiterer Tatbestandsmerkmale der Kreis der genehmigungsfähigen Maßnahmen begrenzt werden. Ein Wille des

Verordnungsgebers, nur Investitionen in die Primärtechnik privilegieren zu wollen, lässt sich § 23 ARegV nicht entnehmen. Mit den Regelbeispielen in § 23 Abs. 1 S. 2 ARegV stellt der Verordnungsgeber auch nicht nur auf die Primärtechnik ab. So werden gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 Investitionsmaßnahmen auch für Investitionen gewährt, die für den Einsatz des Leiterseil-Temperaturmonitorings und von Temperatur-Leiterseilen, also für die Errichtung von Sekundärtechnik, erforderlich sind. Unerheblich ist, dass die Verordnungsbegründung zu diesem Punkt einen starken Primärtechnikbezug aufweist – es wird eine Erweiterungsinvestition vermieden (BR-Drs. 417/07, S. 64) -. Der Verordnungsbegründung ist nicht der Wille des Verordnungsgebers zu entnehmen, den Anwendungsbereich des § 23 ARegV nur auf Primärmaßnahmen beschränken zu wollen. Auch der Regelung des § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 ARegV lässt sich keine Einschränkung allein auf Primärtechnik entnehmen. Umstrukturierungsmaßnahmen, die erforderlich sind, um die technischen Standards zur Gewährleistung der technischen Sicherheit des Netzes umzusetzen, können, wie der zukünftig immer stärker an Bedeutung gewinnende intelligente Aus- und Umbau der Netze zeigt, sowohl solche in die Primärtechnik als auch solche in die Sekundärtechnik sein.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass den Regelbeispielen des § 23 Abs. 1 S. 2 ARegV die Funktion zukommt, den Anwendungsbereich dieses Tatbestandes zu veranschaulichen und typische Konstellationen zu vereinfachen (BGH, Beschluss v. 17.12.2013, EnVR 18/12, Rn. 17 (juris)). Damit ist es nicht ausgeschlossen, Fallkonstellationen, die nicht die in den Regelbeispielen genannten Eigenschaften aufweisen, unter den Tatbestand des § 23 Abs. 1 ARegV zu subsumieren.

Alle Teile des Gesamtsystems – Hauptsache sowie Zubehör - dienen der nach § 49 Abs. 1 EnWG zu gewährleistenden technischen Sicherheit. Die Auffassung der Bundesnetzagentur verkennt, dass eine Investition in die reine Übertragungstechnik wie Freileitungen ohne die notwendige Sekundärtechnik sinnlos wäre. Alle Anlagen, die zum Betrieb des Netzes erforderlich sind, sind nach Sinn und Zweck der Vorschrift, Anreize für neue Investitionen zu schaffen, grundsätzlich genehmigungsfähig.

Die Auffassung der Bundesnetzagentur widerspricht zudem der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. In seiner Entscheidung vom 17.12.2013 (Az.: EnVR 18/12) hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass auch die für den Einbau digitaler Schutzrelais in einem Umspannwerk notwendigen Investitionen als anerkennungsfähige Umstrukturierungsmaßnahmen gelten können. Bei digitalen Schutzrelais handelt es sich um Schutzeinrichtungen und somit um Sekundärtechnik, die der Überlastfassung dient, mit denen in vermaschten Netzen eine hohe Selektivität erzielt werden kann (BGH, aaO, Rn. 42, 43 (juris)). Ebenso hat der Bundesgerichtshof in dem genannten Verfahren auch die für die Anpassung und Erweiterung einer digitalen Stationsleittechnik notwendigen Investitionen als grundsätzlich anerkennungsfähige Umstrukturierungsmaßnahme eingestuft (Rn. 44, 45, juris). Der Einwand der Bundesnetzagentur, der Bundesgerichtshof habe in seiner Entscheidung gerade offen gelassen, ob das dieser Entscheidung zugrundeliegende Projekt überhaupt eine Umstrukturierungsmaßnahme darstelle, überzeugt nicht. Denn der Bundesgerichtshof hat das Verfahren zur Aufklärung des Sachverhalts, ob die zusätzlichen Funktionen des digitalen Schutzrelais zu den Funktionen gehören, die nach einer Umrüstung auf digitale Schutztechnik üblicherweise zur Verfügung stehen, oder ob es sich um mit der Umstellung auf digitale Schutztechnik nicht zwingend verbundene Zusatzfunktionen handele, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen. Eine solche Zurückverweisung verbunden mit dem Auftrag der weiteren Aufklärung hätte indes von vornherein unterbleiben können, wenn die geplante Investition in die digitale Schutztechnik und damit in Sekundärtechnik nicht als Umstrukturierungsmaßnahme zu qualifizieren gewesen wäre.

bb)

Die Bundesnetzagentur kann die Ablehnung der Genehmigungsfähigkeit der streitgegenständlichen Maßnahme jedenfalls teilweise auch nicht mit Erfolg darauf stützen, dass sie sich in einer Anpassung an den aktuellen Stand der Technik erschöpft, die die Funktionen „Überwachen“ und Steuern“ nicht erweitert.

(1)

Die Neuerrichtung einer Kommunikationsinfrastruktur stellt grundsätzlich eine genehmigungsfähige Umstrukturierungsinvestition im Sinne des § 23 Abs. 1 ARegV dar.

Eine Investition ist als Umstrukturierungsinvestition anzusehen, wenn sie sich nicht im Austausch vorhandener Komponenten und damit zwangsläufig einhergehender Verbesserungen erschöpft, sondern jedenfalls auch zu einer nicht nur unbedeutenden Veränderung von sonstigen technischen Parametern führt, die für den Betrieb des Netzes erheblich sind (BGH, Beschluss v. 12.04.2016, EnVR 3/15, Rn. 25 (juris); Beschluss v. 17.12.2013, EnVR 18/12, Rn. 14 (juris)).

Die Bewertung einer Neuerrichtung einer Kommunikationsinfrastruktur setzt demgegenüber – anders als ein Austausch einer Kommunikationsinfrastruktur – nicht voraus, dass dadurch eine über die bloße Anpassung an den nunmehr geltenden Standard hinausgehende Funktionssteigerung für das bestehende Netz bewirkt wird.

Vom Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV sind lediglich Ersatzinvestitionen ausgenommen, nicht dagegen Umstrukturierungsinvestitionen, die zu einer Anpassung an den geltenden technischen Standard führen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist nur der bloße Austausch bereits vorhandener Komponenten von der Genehmigungsfähigkeit ausgeschlossen. Zur Ermöglichung einer eindeutigen Abgrenzung müssen die Wirkungen einer Investition nicht nur unbedeutend über diejenigen Wirkungen hinausgehen, die mit dem Austausch einer vorhandenen Komponente zwangsläufig verbunden sind. Eine Umstrukturierungsmaßnahme liegt danach nicht vor, wenn durch die Investition technische Verbesserungen erreicht werden, die mit einer Ersatzbeschaffung im Hinblick auf den weiterentwickelten Stand der Technik zwingend oder jedenfalls üblicherweise verbunden sind (BGH, Beschluss v. 12.04.2016, EnVR 3/15, Rn. 25).

Mit diesen Vorgaben lässt sich die nach Auffassung der Bundesnetzagentur gebotene Beschränkung der Genehmigungsfähigkeit auf Investitionen, mit denen zusätzliche Funktionen des Netzes mit gewisser eigenständiger Bedeutung geschaffen werden, die den geltenden technischen Standard übertreffen, nicht in Einklang bringen. So hält der BGH ausdrücklich jede Maßnahme für unter den Begriff der Umstrukturierungsmaßnahme subsumierungsfähig, die sich nicht in einem Austausch erschöpft, sondern mit der technische Parameter verändert werden, die für den Netzbetrieb erheblich sind; die qualitative Verbesserung wird in diesem Zusammenhang nur beispielhaft genannt. Die höchstrichterlichen Maßgaben zur Ausfüllung und Abgrenzung des Begriffs der Umstrukturierungsmaßnahme sind eindeutig. Soweit der Bundesgerichtshof verlangt, dass technische Parameter, die für den Netzbetrieb von erheblicher Bedeutung sind, geändert werden müssten, setzt dies nicht notwendig voraus, dass damit das Netz durch zusätzliche Funktionen über den geltenden Stand der Technik hinaus qualitativ verbessert wird. Vielmehr kann die Veränderung technischer Parameter von erheblicher Bedeutung für den Netzbetrieb

ohne weiteres auch Investitionen umfassen, die nicht zu einer Funktionserweiterung führen, weil sie eine bereits vorhandene und für den Netzbetrieb zentrale Funktion betreffen.

Bei Anwendung dieses Maßstabs kann die Entscheidung der Bundesnetzagentur insoweit keinen Bestand haben, als das Kommunikationssystem erst neu errichtet wird. Im Umfang der Neuerrichtung stellt sich diese Maßnahme damit nicht – auch nicht teilweise – allein deswegen als Ersatzinvestition dar, weil sie der bereits vorhandenen Funktion der Datenübertragung und -übermittlung dient. Die Abgrenzung zur Ersatzinvestition kann nicht mittels einer allein am Zweck der Maßnahme orientierten Bewertung erfolgen. Da Investitionen in einem bestehenden Netz regelmäßig im Hinblick auf eine für den Netzbetrieb erforderliche und jedenfalls im Kern bereits vorhandene Grundfunktion erfolgen und der Kreis dieser Grundfunktionen typischerweise nicht erweitert wird, ließe sich dann nahezu jede Maßnahme als Ersatzinvestition einordnen. Soweit nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs eine Ersatzinvestition vorliegt, wenn vorhandene Bestandteile des Netzes durch neue ersetzt werden, ist diese Vorgabe dahingehend zu verstehen, dass eine Ersatzinvestition den Austausch sachlich-technisch vorhandener Netzkomponenten durch neue Komponenten voraussetzt, wobei damit durchaus eine technische Umrüstung einhergehen kann. Nur für derartige Austauschmaßnahmen stellt sich die Frage, ob eine mit dem Austausch gegebenenfalls einhergehende Verbesserung untrennbare und zwangsläufige Folge des Ersatzes veralteter und/oder defekter durch neue, technisch verbesserte Komponenten ist.

Die Beschwerdeführerin trägt klar und unmissverständlich vor, dass für einen Großteil der ... intelligenten Messsysteme noch gar keine Kommunikationsinfrastruktur vorhanden sei, in welche diese eingebunden werden könnten. In der weit überwiegenden Anzahl der Fälle werde durch die streitgegenständliche Maßnahme erstmalig eine Kommunikationsinfrastruktur zur Einbindung der intelligenten Messsysteme geschaffen (S. 9 und 17 der Beschwerdebegründung, Bl. 80 und 88 GA). Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur setzt sich die Beschwerdeführerin mit diesem Vortrag auch nicht in Widerspruch zu ihren Erklärungen im Verwaltungsverfahren, ihr eigenes Telekommunikationsnetz (IKT) zur informationstechnischen Erschließung von ... Messsystemen ausbauen zu wollen (Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme vom 28.03.2012, Bl. 7 VV, sowie Stellungnahme vom 10.01.2014, Bl. 99 VV). Ein Ausbau kann auch eine erstmalige Teilerrichtung sein.

Im Umfang der Neuerrichtung ist daher eine Investitionsmaßnahme zu genehmigen. Durch die Neuerrichtung der Kommunikationsinfrastruktur zur Einbindung der Messsysteme werden technische Parameter geändert, die für den Netzbetrieb erheblich sind. Zwar handelt es sich bei der Kommunikationsinfrastruktur nicht unmittelbar um eine Eigenschaft des eigentlichen Verteilnetzes. Da – unstreitig – das Kommunikationsnetz zur Steuerung des Verteilnetzes eingesetzt wird, besteht jedoch ein funktionaler Zusammenhang zwischen Kommunikationsnetz und Verteilernetz.

Unklar ist indes, für wie viele der ... Messsysteme noch gar keine Kommunikationsinfrastruktur vorhanden gewesen ist. Dies wird die Bundesnetzagentur weiter aufzuklären haben.

(2)

Soweit bereits eine Kommunikationsinfrastruktur vorhanden war, ergibt sich, dass der Austausch des Kommunikationssystems jedenfalls teilweise auch als Ersatzbeschaffung anzusehen ist. Insoweit ist eine Abgrenzung zur Ersatzbeschaffung anhand der vom Bundesgerichtshof entwickelten Kriterien vorzunehmen. Danach kann die Erneuerung defekter oder veralteter Komponenten häufig wegen des zwischenzeitlich eingetretenen technischen Fortschritts zu gewissen Verbesserungen führen. Dies darf nach dem Konzept des Verordnungsgebers indes nicht dazu führen, dass der Austausch vorhandener Komponenten nicht oder nur unter besonders strengen Voraussetzungen als Umstrukturierungsmaßnahme angesehen wird. Vielmehr kann eine Maßnahme sowohl als Ersatzinvestitionen als auch als Erweiterungs- oder Umstrukturierungsinvestitionen zu qualifizieren sein. In diesen Fällen ist im Zusammenhang mit § 23 Abs. 1 ARegV nur ein prozentualer Anteil der Kosten berücksichtigungsfähig (BGH, Beschluss v. 17.12.2013, EnVR 18/12, Rn. 22ff).

Die Beschwerdeführerin trägt vor, soweit im Einzelfall eine Kommunikationsinfrastruktur bereits vorhanden sei, erschöpfte sich diese in der herkömmlichen analogen Kommunikationsinfrastruktur, welche sich vornehmlich einer Funkrundsteuerung bediene. Diese sei technisch nicht dazu befähigt, den erforderlichen Kommunikationsweg zwischen den intelligenten Messsystemen und der Netzleitstelle sowie den netztechnischen Anlagen bereitzustellen. Dies liege darin begründet, dass die herkömmliche Fernmeldetechnik lediglich dafür ausgelegt gewesen sei, die zentrale Leitwarte in die Lage zu versetzen, die unidirektionalen Lastflüsse von der Hoch- über die Mittel- zur Niederspannungsebene zu überwachen und zu steuern. Durch die streitgegenständliche Maßnahme werde erst eine sichere hochverfügbare und breitbandige IP-Kommunikation, die für die Einbindung intelligenter Messsysteme erforderlich ist, hergestellt. Die beantragte streitgegenständliche Maßnahme verfüge über die für die gesetzlich vorgeschriebene Einbindung notwendige Neuerrichtung einer modernen Glasfaser Infrastruktur mit IT-basierter Übertragungstechnik. Derartige Komponenten seien bisher nicht vorhanden und könnten durch die neu errichtete Kommunikationsinfrastruktur auch nicht ausgetauscht werden.

Auf Grundlage dieser Ausführungen lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob die mit dem Einbau einer Kommunikationsinfrastruktur eintretenden Wirkungen sich auf dasjenige beschränken, was mit dem Austausch der veralteten Komponenten einhergeht, oder ob die Maßnahme in nicht nur unbedeutendem Umfang zu zusätzlichen, darüber hinausgehenden Verbesserungen führt. In letztgenanntem Fall wären die Maßnahmen jedenfalls teilweise genehmigungsfähig.

Die Bundesnetzagentur wird daher aufzuklären haben, ob der Austausch der bisher verwendeten analogen Kommunikationsinfrastruktur, welche sich vornehmlich einer Funkrundsteuerung bediente, üblicherweise durch die nunmehr von der Beschwerdeführerin gewählte Technik, eine breitbandige IP-Kommunikation, erfolgt und ob die mit dem Einbau der IP-Technik im Streitfall eintretenden Wirkungen sich auf dasjenige beschränken, was mit dem Austausch des veralteten Kommunikationssystems in ein zur Einbindung intelligenter Messsysteme erforderliches neues Kommunikationssystem üblicherweise verbunden ist, oder ob das neue Kommunikationssystem Zusatzfunktionen aufweist, die mit der Umstellung auf ein Kommunikationssystem zur Einbindung intelligenter Messsysteme nicht zwingend oder zumindest üblicherweise verbunden sind. Soweit die zu ermittelnden Änderungen allein auf den seit der letzten Beschaffung eingetretenen technischen Fortschritt zurückzuführen sind, ist eine Umstrukturierungsinvestition zu verneinen. Soweit sie über das hinausgehen, was im Rahmen einer Ersatzinvestition ohnehin üblicherweise geschieht, sind die Investitionen in die Kommunikationsinfrastruktur – jedenfalls prozentual anteilig – als Umstrukturierungsinvestition zu genehmigen.

Bei dieser Abgrenzung wird die Bundesnetzagentur auch die Nutzungsdauer der bisherigen Kommunikationskomponenten zu berücksichtigen haben. Ist die Ersatzbeschaffung aus den im Gesetz vorgesehenen Gründen – Einbaupflicht gem. § 21d EnWG - vor Ablauf der gewöhnlichen Nutzungsdauer erforderlich geworden, liegt ein Verbesserungseffekt vor, der über die Wirkungen einer reinen Ersatzbeschaffung hinausgeht, weil er früher eintritt als bei einer Auswechslung nach Ablauf der nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen als üblich anzusehenden Nutzungsdauer (BGH, Beschluss v. 12.04.2016, EnVR 3/15, Rn. 26 ff). Bei der Ermittlung der berücksichtigungsfähigen Quote ist derjenige Anteil heranzuziehen, der dem Verhältnis zwischen dem bis zum Ende der gewöhnlichen Nutzungsdauer verbleibenden Zeitraum und der gesamten gewöhnlichen Nutzungsdauer entspricht (BGH, aaO, Rn. 28). Auch die Ermittlung der Quote kann der Bundesnetzagentur im Rahmen der anstehenden Neubescheidung unter Berücksichtigung der genannten Rechtsauffassung des Senats überlassen werden.

II.

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. Für den Teil der Maßnahme, der als Umstrukturierungsmaßnahme einzuordnen ist, wird die Bundesnetzagentur weiter aufzuklären haben, ob dieser mit erheblichen Kosten verbunden und erforderlich ist, um die technischen Standards zur Gewährleistung der technischen Sicherheit des Netzes umzusetzen, die aufgrund einer behördlichen Anordnung nach § 49 Abs. 5 des EnWG erforderlich werden oder deren Notwendigkeit von der nach Landesrecht zuständigen Behörde bestätigt worden ist.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

Auch wenn die Beschwerde im Ergebnis zu einer Aufhebung der Ausgangsentscheidung führt, erscheint eine Kostenaufhebung angemessen, weil der Hauptantrag der Beschwerdeführerin auf antragsgemäße Genehmigung der Investitionsmaßnahme „Aufbau eines intelligenten messe und Steuersystems“ nicht begründet ist und die vollständige Aufhebung auf Grundlage des Hilfsantrags nur deshalb erfolgt, weil die Höhe des genehmigungsfähigen Betrags auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellung nicht beurteilt werden kann.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Beschwerdeführerin bewertet der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung mit ... Euro (Kapitalkosten). Der Senat geht zugunsten der Beschwerdeführerin davon aus, dass im maßgeblichen Zeitpunkt der Klageeinreichung die Investitionskosten lediglich noch bei ... Euro lagen und sich ihre Angaben zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten in der Beschwerdebegründung (S. 20) auf den Antragszeitpunkt bezogen.

D.

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