



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 19.02.2020 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Webler

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

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Beschwerdeführerin ist Betreiberin eines Elektrizitätsübertragungsnetzes mit Sitz in .... Mit Schreiben vom 29.03.2018 beantragte sie für das Projekt ... mit einem Investitionsvolumen in Höhe von ... Euro die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme bis zum Ablauf der 4. Regulierungsperiode. Bei der streitgegenständlichen Investitionsmaßnahme handelt es sich um eine Umstrukturierungsinvestition in das Übertragungsnetz der Beschwerdeführerin. Sie dient der Optimierung bzw. Verbesserung der Nutzung des vorhandenen 380-kV-Übertragungsnetzes zwischen ... und .... Die Maßnahme umfasst die Errichtung von... Phasenschiebetransformatoren und die Erweiterung des Umspannwerks ... sowie eine 380-kV-Leitungsanpassung zwecks Einbindung der Transformatoren in die entsprechenden Stromkreise.

Die Maßnahme wurde als eine sogenannte Ad-Hoc-Maßnahme in den Netzentwicklungsplan (NEP) 2017-2030 als notwendige Ausbaumaßnahme bestätigt. Als erforderlicher Zeitpunkt der Inbetriebnahme wurde hierbei das Jahr 2023 ermittelt. Auch im aktuellen NEP 2019-2020 ist die Maßnahme weiterhin - mit Inbetriebnahmezeitpunkt 2023 – bestätigt.

Im Hinblick auf die Genehmigungsdauer sah der Leitfaden der Bundesnetzagentur zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV aus dem Jahr 2017 folgendes vor (Seite 14, Abschnitt 5):

„Die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme ist bis zum Ende der Regulierungsperiode, in der das Investitionsprojekt abgeschlossen wird, zu erteilen. Das Investitionsprojekt gilt als abgeschlossen, wenn die wesentlichen Szenariobedingungen, die dem Investitionsantrag zugrunde liegen, eingetreten sind. Sofern der Projektabschluss erst nach dem Basisjahr für die folgende Regulierungsperiode i.S.d. § 6 Abs. 1 S. 3 ARegV liegt, ist die Investitionsmaßnahme bis zum Ende der folgenden Regulierungsperiode zu genehmigen.“

Entsprechende Genehmigungen hatte die Bundesnetzagentur der Beschwerdeführerin und anderen Übertragungsnetzbetreibern in der Vergangenheit bewilligt.

Auf Nachfrage der Bundesnetzagentur reichte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11.01.2019 weitere Informationen nach und teilte mit, dass sie nunmehr von einer Inbetriebnahme des Projekts im Jahr 2024 ausgehe.

Mit Schreiben vom 17.01.2019 übersandte die Bundesnetzagentur einen Beschlussentwurf, der die Befristung der Genehmigung der Investitionsmaßnahme bis zum 31.12.2023 sowie die Ablehnung des Antrages im Hinblick auf die beantragte 380-kV-Leitungsanpassung vorsah. Insoweit wies sie zugleich daraufhin, dass diese Teilmaßnahme mittels eines Änderungsersuchens beantragt werden könne, sobald sich die entsprechenden technischen Erfordernisse konkretisiert hätten. Hiermit erklärte sich die Beschwerdeführerin einverstanden.

Mit dem streitgegenständlichen Beschluss vom 05.02.2019 hat die Bundesnetzagentur die beantragte Genehmigung erteilt, diese aber wie angekündigt bis zum Ende der 3. Regulierungsperiode, dem 31.12.2023, befristet. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, dass die Genehmigungsdauer im Regelfall auf eine Regulierungsperiode zu beschränken sei. Da es sich bei dem Instrument der Investitionsmaßnahme um eine Ausnahmeregelung vom generellen Budgetprinzip handele, sei über die Dauer der Genehmigung im Interesse der Allgemeinheit restriktiv zu entscheiden. Der Verordnungsgeber sei bei der Einführung der Investitionsmaßnahmen davon ausgegangen, dass Investitionsmaßnahmen zunächst nur für eine Regulierungsperiode genehmigt würden und die entsprechenden Kosten spätestens in der zweiten Regulierungsperiode dem Effizienzvergleich unterlägen. Zum Schutz der Interessen der Verbraucher bleibe es damit bei einer zügigen Effizienzkontrolle. Ein berechtigtes Interesse oder gar schützenswertes Vertrauen der Beschwerdeführerin auf die Gewährung eines über den 31.12.2023 hinausgehenden Genehmigungszeitraums sei nicht erkennbar. Die Erfahrung aus vergangenen Jahren habe gezeigt, dass durch die bisherige Genehmigungspraxis keine Beschleunigungsanreize gesetzt worden seien. Eine Fortentwicklung der bisherigen Verwaltungspraxis sei verhältnismäßig und geboten. Das Interesse der Allgemeinheit an einer preisgünstigen Energieversorgung überwiege die Interessen der Beschwerdeführerin an einer großzügigen Ausschöpfung des durch § 23 ARegV gezogenen Rahmens für die Befristung der Genehmigungsdauer.

Im Nachgang zu der Entscheidung trat zum 22.03.2019 eine Änderung der Anreizregulierungsverordnung in Kraft. Insbesondere wurde der Regelungsinhalt des § 23 ARegV dahingehend modifiziert, dass die Genehmigungen der Bundesnetzagentur bis

zum Ende der Regulierungsperioden zu befristen sind, in denen der jeweilige Antrag gestellt worden ist (Abs. 1 S. 4). Nur sofern ein Antrag erst nach dem Basisjahr für die folgende Regulierungsperiode gestellt wird, ist die Genehmigung bis zum Ende dieser folgenden Regulierungsperiode zu befristen (Abs. 1 S. 5). In Anlehnung an die neue Regelung änderte die Bundesnetzagentur ihren Leitfaden zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV (Leitfaden 2019). Der Leitfaden 2019 bestimmt, dass die Genehmigungsdauer zunächst nur für eine Regulierungsperiode zu erteilen ist. Wird die Genehmigung für eine darüberhinausgehende Dauer beantragt, soll der Antrag in der Regel insoweit abgelehnt werden.

Mit ihrer Beschwerde richtet sich die Beschwerdeführerin gegen die in dem angefochtenen Beschluss ausgesprochene Befristung. Sie macht geltend, dass sie einen Anspruch auf antragsgemäße Erteilung der Genehmigung bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode habe und nicht auf einen Neuantrag zu verweisen sei. Der Statthaftigkeit der Beschwerde stehe entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur die zum 22.03.2019 in Kraft getretene Übergangsregelung des § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV nicht entgegen. Da die Vorschrift allein Investitionsmaßnahmen von Übertragungsnetzbetreibern, nicht aber auch die von Fernleitungsnetzbetreibern erfasse, liege ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG vor. Fernleitungsnetzbetreiber befänden sich insbesondere in Bezug auf die Finanzierung anstehender Investitionen in einer vergleichbaren Position wie Übertragungsnetzbetreiber. Beide bräuchten Planungssicherheit und müssten in der Lage sein, Investoren für ihre Netze zu finden bzw. finanzielle Mittel für Investitionen in ihre Netze zu beschaffen. Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung sei nicht ersichtlich. Darüber hinaus verstoße die Regelung in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV auch gegen das im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rückwirkungsverbot. Vorliegend handele es sich um einen Fall der sogenannten „echten Rückwirkung“, da die Übergangsregelung in einen abgeschlossenen, der Vergangenheit angehörenden Sachverhalt eingreife. Maßgebend sei nicht, ob die Baumaßnahme beendet sei, sondern vielmehr der Umstand, dass der Übertragungsnetzbetreiber eine Finanz- und Investitionsplanung erstellt und sein Vorgehen – insbesondere die Finanzierung der Maßnahme – daran ausgerichtet habe. Durch die Verkürzung des Genehmigungszeitraums werde die gesamte Finanzplanung hinfällig. Daneben stelle auch die Genehmigung selbst einen abgeschlossenen Sachverhalt dar. Jedenfalls beinhalte die Regelung eine unzulässige „unechte“ Rückwirkung. Die Übertragungsnetzbetreiber hätten nicht mit so einem Eingriff in ihre Rechte rechnen

müssen, weshalb die Regelung in den Vertrauensschutz der Betroffenen unzulässig eingreife. Der Ordnungsgeber sei jedenfalls verpflichtet gewesen, eine angemessene Übergangsregelung zu schaffen.

Letztlich greife die Regelung in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV im vorliegenden Fall ohnehin nicht ein, da die Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt seien. Die Regelung setze voraus, dass eine Investitionsmaßnahme eines Übertragungsnetzbetreibers vor dem 22.03.2019 über die 3. Regulierungsperiode hinaus beantragt oder genehmigt worden sei. Weitere Voraussetzung sei, dass die Maßnahme bis zum 21.03.2019 über die 3. Regulierungsperiode hinaus genehmigt worden sei. An dieser Tatbestandsvoraussetzung fehle es im Streitfall, denn die Bundesnetzagentur habe die beantragte Genehmigung gerade nicht über die 3. Regulierungsperiode hinaus erteilt. Die Bundesnetzagentur verkenne daher auch, dass sie sich im Falle einer Neubescheidung nicht auf § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV stützen könne.

Auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen seien gegeben, insbesondere sei sie beschwerdebefugt und es bestehe ein Rechtsschutzbedürfnis. Dieses entfalle nicht im Hinblick auf die Möglichkeit eines Neuantrags.

Die Beschwerde sei auch begründet. Es sei schon mit dem Charakter der Genehmigung als einer gebundenen Entscheidung unvereinbar, dass die Genehmigung von vornherein auf eine Regulierungsperiode befristet werde, sofern ein Antrag für mehrere Regulierungsperioden gestellt sei. Der Regelung des § 23 ARegV a.F. sei keine Einschränkung bezüglich der Genehmigungs- bzw. Befristungsdauer zu entnehmen. Gegen eine Befristung der Genehmigung bis zum Ende der jeweiligen Regulierungsperiode sprächen zudem auch systematische Erwägungen. Schließlich stehe eine von der Kostenwirksamkeit und betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern losgelöste Befristung einer Genehmigung von Investitionsmaßnahmen auch dem Sinn und Zweck des § 23 ARegV a.F. entgegen. Diese hätten sich daran zu orientieren, wann eine beantragte Investitionsmaßnahme abgeschlossen sei. Schließlich stehe einer Beschränkung der Befristung auf eine Regulierungsperiode entgegen, dass dann keine vollständige Refinanzierbarkeit der Maßnahme gewährleistet sei.

Der Anspruch auf die Genehmigung der Investitionsmaßnahme bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode folge ferner aufgrund der Bindungswirkung des Leitfadens 2017 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und den Grundsätzen der Selbstbindung der Ver-

waltung. Der Leitfaden 2017 der Bundesnetzagentur entfalte insoweit Bindungswirkung, als dass die Bundesnetzagentur nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz und aus Gründen des Vertrauensschutzes gegenüber einem Antragsteller nicht von einer gegenüber anderen Unternehmen in vergleichbaren Fällen ausgeübten Verwaltungspraxis zu seinen Ungunsten abweichen dürfe. In ihrer bisherigen Genehmigungspraxis habe sich die Bundesnetzagentur an den Vorgaben des Leitfadens 2017 orientiert. Bei Anwendung der Vorgaben des Leitfadens sei das streitgegenständliche Projekt bis zum Ende der folgenden Regulierungsperiode zu genehmigen, so dass die Bundesnetzagentur in Widerspruch zu den Vorgaben des Leitfadens und in Abweichung zur bisherigen Genehmigungspraxis über die Befristung entschieden habe. Die Bundesnetzagentur sei auch im Streitfall den Vorgaben des Leitfadens 2017 unterworfen und an der Beschränkung der Genehmigungsdauer gehindert gewesen. Aufgrund der vorliegenden Verwaltungsvorschriften sei das der Bundesnetzagentur eingeräumte Ermessen näher ausgestaltet und auf Null reduziert. Von der Selbstbindung durch den Leitfaden könne die Bundesnetzagentur nur abweichen, wenn es hierfür sachgerechte Gründe gäbe. Dies sei nicht der Fall. Soweit die Bundesnetzagentur die Änderung ihrer Verwaltungspraxis damit begründet habe, die Erfahrungen der vergangenen Jahre hätten gezeigt, dass die Genehmigungspraxis keine Beschleunigungsanreize gesetzt habe, handele es sich bereits um eine unsubstantiierte Behauptung, die mit Nichtwissen bestritten werde. Zudem habe die zuständige Beschlusskammer bislang akzeptiert, dass es theoretisch im Einzelfall einen solchen Anreiz geben könne, was im Einzelfall einen Widerruf der Genehmigung hätte rechtfertigen können. Jetzt stelle sie alle Netzbetreiber unter Generalverdacht und ändere ihre Verwaltungspraxis ohne sachlichen Grund vor dem Hintergrund der neuen und auf viele Fälle, so auch auf den vorliegenden Fall, nicht anwendbaren Regelung des § 23 Abs. 1 S. 4 ARegV. Es sei willkürlich und rechtswidrig, einen im März 2018 gestellten Antrag bis 2019 unbearbeitet zu lassen, um sich dann auf eine Ende 2018 geänderte Verwaltungspraxis zu berufen. Eine Änderung der Verwaltungspraxis könne nur für die Zukunft erfolgen, müsse auf sachgerechten Erwägungen beruhen und allgemein für alle vergleichbaren Fälle erfolgen. Die Bundesnetzagentur hätte zudem die Beachtung dieser Vorgaben in den Beschlussgründen darlegen müssen. Daran fehle es in dem angegriffenen Bescheid.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter Abänderung von Ziffer 2. des Beschlusses vom 05.02.2019 - Az. BK4-18-027 - die Genehmigung der Investitionsmaßnahme bis zum 31.12.2028 zu befristen;
2. hilfsweise, den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 05.02.2019 - Az. BK4-18-027 - aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter der Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Es sei angesichts der Übergangsregelung in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV, wonach der Genehmigungszeitraum in der streitgegenständlichen Konstellation ohnehin mit Ablauf der 3. Regulierungsperiode ende, bereits fraglich, ob der auf eine Befristung bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode gerichtete Antrag der Beschwerdeführerin statthaft sei. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin verstoße diese Bestimmung nicht gegen Verfassungsrecht. Die Beschränkung ausschließlich auf Übertragungsnetzbetreiber sei mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Übertragungsnetzbetreibern und Fernleitungsnetzbetreibern kämen unterschiedliche Aufgaben und damit auch eine unterschiedliche Bedeutung im Rahmen der Energiewende zu. Für die Energiewende sei insbesondere der zügige Ausbau der Netze im Strombereich maßgebend. Entsprechend sei auch in anderen Vorschriften aus dem Energierecht eine Differenzierung zwischen Übertragungsnetzbetreibern und Fernleitungsnetzbetreibern vorgenommen worden. Auch ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot aus Art 20 Abs. 3 GG liege nicht vor. Vorliegend handele es sich um einen Fall der sogenannten „unechten“ Rückwirkung, die verfassungsrechtlich geboten und zulässig sei. Entgegenstehende Vertrauens Gesichtspunkte seien nicht ersichtlich. Die Regelung in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV sei zudem auf den Streitfall anwendbar. Das Verständnis der Beschwerdeführerin sei unzutreffend. Aus der Formulierung „beantragt oder genehmigt“ folge, dass die Regelung auch für vor dem 22.03.2019 beantragte, aber noch nicht bzw. nicht für einen längeren Zeitraum genehmigte Investitionsmaßnahmen gelten solle.

Jedenfalls sei die Beschwerde unbegründet. Die streitgegenständliche Genehmigung sei rechtsfehlerfrei zunächst auf eine Regulierungsperiode beschränkt erteilt worden. Das ihr hinsichtlich der Befristung der Genehmigung zustehende Ermessen habe sie fehlerfrei ausgeübt.

Die Beschwerdeführerin habe keinen Anspruch auf eine Genehmigung bis zum 31.12.2028 unmittelbar aus § 23 Abs. 1 und 3 ARegV a.F.. Bei der Entscheidung über eine beantragte Investitionsmaßnahme handele es sich zwar um eine gebundene Entscheidung, dies gelte jedoch nicht bei der Entscheidung über die Befristung der Genehmigung. Insoweit handele es sich um eine Nebenbestimmung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 ARegV in Verbindung mit § 36 VwVfG, die zu dem genehmigten Antrag hinzutrete. Bei der Bemessung der Dauer einer Befristung der Genehmigung stehe ihr ein Ermessensspielraum zu. Die Beschränkung der Genehmigungsdauer auf eine Regulierungsperiode sei rechtsfehlerfrei erfolgt. Die Befristung zum 31.12.2023 sei zudem nicht abschließend. Aus dem angefochtenen Beschluss werde hinreichend deutlich, dass die Möglichkeit eines Neuantrages bestehe.

Aus § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV a.F., wonach ein Antrag für mehrere Regulierungsperioden gestellt werden könne, ergebe sich im Umkehrschluss, dass der Verordnungsgeber die Erteilung der Genehmigung für die Zeitdauer einer Regulierungsperiode als Regelfall angesehen habe. Auch aus systematischen Erwägungen folge nicht, dass eine Beschränkung der Genehmigungsdauer auf eine Regulierungsperiode unzulässig sei. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin widerspreche eine von der Kostenwirksamkeit und betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer losgelöste Befristung nicht dem Sinn und Zweck des § 23 ARegV a.F.. Insbesondere sei nicht zutreffend, dass bei einer Befristung nur bis zum 31.12.2023 eine Refinanzierbarkeit der Maßnahme nicht gewährleistet sei. Vielmehr könnten die nach dem Basisjahr aus den Investitionen entstehenden Jahreskosten der Jahre 2022 und 2023 über die bestehende Genehmigung abgerechnet werden. Für die nach dem Basisjahr aktivierten Anlagengüter und die aus den Vorjahren fortgeführten Anlagen im Bau sei für den Zeitraum ab dem 01.01.2024 zum 31.03.2028 ein erneuter Antrag nach § 23 ARegV mit erstmaliger Kostenwirksamkeit bezogen auf die Nachfolgemeßnahme zum 01.01.2024 möglich. Damit sei gewährleistet, dass sämtliche Investitionen nach dem Basisjahr über die bestehende Genehmigung bzw. den nachfolgenden Neuantrag berücksichtigt würden.



Der geltend gemachte Anspruch ergebe sich auch nicht aus einer Bindungswirkung ihres Leitfadens. Eine hierauf beruhende Regulierungspraxis könne zwar nach dem Gleichbehandlungsgebot bzw. aus Vertrauensschutzgesichtspunkten eine Bindung begründen. Eine solche gelte aber nicht uneingeschränkt für die Zukunft, sondern könne mit Wirkung ex nunc aus sachlichen Gründen geändert werden. Dementsprechend habe sie Ende 2018 beschlossen, in Abkehr von ihrer bisherigen Genehmigungspraxis die Dauer aller zukünftig zu erteilenden Genehmigungen von Investitionsmaßnahmen auf eine Regulierungsperiode zu beschränken. Grund für die Änderung der Genehmigungspraxis sei, dass - was die Beschwerdeführerin mit Nichtwissen bestreitet - die Erfahrungen der vergangenen Jahre gezeigt hätten, dass durch die bisherige Genehmigungspraxis kein Anreiz für eine Beschleunigung des Abschlusses eines Projektes gesetzt worden sei. Sie habe in den vergangenen Jahren vermehrt festgestellt, dass die Projektplanung von Investitionsmaßnahmen so ausgerichtet worden sei, dass eine Finalisierung des Projekts erst nach dem Ende des Basisjahrs erfolgt sei. Dies habe dazu geführt, dass eine Genehmigung einer Investitionsmaßnahme insgesamt, also einschließlich der bereits im Anlagevermögen aktivierten Anlagengüter, für eine weitere Regulierungsperiode fortgegolten habe und damit auch die Kosten der bereits im Anlagevermögen aktivierten Anlagengüter weiterhin dem Effizienzvergleich entzogen worden seien. Darüber hinaus stellten auch die wachsende Bedeutung der Strom- und Gasnetze für die Energiewende und der nur stockende Netzausbau „veränderte Umstände“ dar, die die Änderung der Verwaltungspraxis rechtfertigten. Hinsichtlich der sich bei der früheren Verwaltungspraxis ergebenden „Übererlöse“ bestehe kein Vertrauensschutz zugunsten der Beschwerdeführerin. Sie könne und dürfe nicht darauf vertrauen, dass Investitionen noch über mehrere Regulierungsperioden eine bessere Refinanzierung erführen, obwohl sie längst in die Erlösobergrenze hätten überführt werden können. Das Instrument der Investitionsmaßnahmengenehmigung solle lediglich für eine verlustfreie Überführung von nach einem Basisjahr anfallenden Kosten in die Erlösobergrenze sorgen, diese Vorteile sollten aber zeitlich begrenzt werden. Ansonsten ergäben sich Fehlanreize, in Realisierung befindliche Projekte ohne sachlichen Grund über ein Basisjahr hinaus zu verzögern oder von vornherein möglichst großzügige Zeitpläne anzusetzen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung vom 19.02.2020 Bezug genommen.

## **B.**

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

**I.** Die form- und fristgemäß eingelegte Beschwerde ist als Verpflichtungsbeschwerde gemäß §§ 75 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 78 Abs. 1, Abs. 3, 83 Abs. 4 EnWG statthaft. Ob der begehrten Befristung bis zum 31.12.2028 die in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV enthaltene Vorgabe zum Genehmigungszeitraum entgegen steht, ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Statthaftigkeit.

Auch das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin ist zu bejahen. Es entfällt nicht deswegen, weil sie einen Neuantrag stellen kann. Unabhängig von der hier nicht entscheidungsrelevanten Frage, ob die Verlängerung der Befristung Gegenstand eines Neuantrags – so nach Auffassung der Bundesnetzagentur – oder eines Folgeantrags sein müsste, ergäben sich nach dem nachvollziehbaren Vorbringen der Beschwerdeführerin im Falle der antragsgemäßen Genehmigung der Befristung bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode wirtschaftliche Vorteile im Vergleich zu einer eventuellen späteren Verlängerung. Es steht auch unter Würdigung des diesbezüglichen Vortrags der Bundesnetzagentur nicht fest, dass ein Neuantrag eine einfachere, kostengünstigere und gleich effektive Möglichkeit wäre, dem Begehren der Beschwerdeführerin Rechnung zu tragen.

**II.** Die Beschwerde ist unbegründet. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Anspruch auf die Erteilung der beantragten Genehmigung bis zum 31.12.2028 noch auf Neubescheidung ihres Antrags.

**1.** Ein Anspruch auf die Genehmigung der Investitionsmaßnahme bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode ergibt sich nicht unmittelbar aus § 23 Abs. 1 und 3 ARegV a.F. und wird auch nicht durch die Bindungswirkung des Leitfadens 2017 in Verbindung mit den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung begründet.

**1.1.** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist der Vorschrift des § 23 ARegV a.F. nicht zu entnehmen, dass die Bundesnetzagentur die Befristung am Zeitpunkt des Abschlusses der Investitionsmaßnahme hätte orientieren und eine Befristung bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode vornehmen müssen.

Bei der Anordnung der Befristung der Genehmigung der Investitionsmaßnahme handelt es sich nicht um eine Inhaltsbestimmung, sondern um eine Nebenbestimmung i.S.d. § 36 Abs. 2 VwVfG ist (vgl. Senat, Beschl. v. 02.03.2011, VI-3 Kart 253/09 (V), Rn.155 ff. (juris)). Soweit § 23 Abs. 1 ARegV einen gebundenen Anspruch der Antragsteller auf Erteilung einer Genehmigung ihrer Investitionsmaßnahmen bei Vorliegen der Voraussetzungen bestimmt, gilt dies nur für das „ob“ der Erteilung, nicht indessen für die Entscheidung über die Dauer der erteilten Genehmigung.

Eine Beschränkung der Genehmigung auf eine Regulierungsperiode, wie sie die Bundesnetzagentur mit der angefochtenen Entscheidung vorgenommen hat, steht mit dem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn und Zweck des § 23 ARegV a.F. in Einklang.

Dem Wortlaut des § 23 ARegV a.F. lässt sich weder entnehmen, dass eine Investitionsmaßnahme zeitlich zu befristen ist, noch ergeben sich Kriterien für die Bemessung der Genehmigungsdauer. Daraus folgt indes nicht, dass Genehmigungen nach § 23 ARegV a.F. zwingend bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode zu bewilligen sind, in der die Maßnahme abgeschlossen ist. Aus § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV a.F., wonach ein Antrag für mehrere Regulierungsperioden gestellt werden kann, ergibt sich vielmehr im Wege des Umkehrschlusses, dass der Ordnungsgeber die Erteilung der Genehmigung für die Zeitdauer **einer** Regulierungsperiode als Regelfall angesehen hat. Ansonsten käme dieser Regelung keinerlei inhaltliche Bedeutung zu, denn für die Beantragung eines Investitionsbudgets reicht es aus, dass dieses in der Regulierungsperiode, in der auch der Antrag gestellt wird, überhaupt kostenwirksam wird (vgl. Senat, Beschl. v. 02.03.2011, VI-3 Kart 253/09, Rn. 157 (juris)). Fehl geht auch die Auffassung der Beschwerde, wonach es sich bei § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV a.F. nur um eine Bestimmung für die Art und Weise der Antragstellung und nicht für die Art und Weise der behördlichen Genehmigung handele. Wäre die Genehmigungsdauer an Kostenwirksamkeit oder der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer zu orientieren, wäre eine nur die Form und den Inhalt des Antrags betreffende Vorgabe, dass dieser für eine oder mehrere Regulierungsperioden gestellt werden kann, weitgehend überflüssig.

Die systematischen Erwägungen der Beschwerdeführerin führen nicht zu einer anderen Bewertung. Soweit die Beschwerdeführerin darauf verweist, dass § 23 Abs. 2a ARegV a.F. von „Genehmigungsdauer“ und nicht von „Regulierungsperiode“ spreche, lässt dies durchaus den Schluss zu, dass die Genehmigungsdauer auch einen längeren Zeitraum als eine Regulierungsperiode umfassen kann. Die Schlussfolgerung, dass die Beschränkung auf eine Regulierungsperiode unzulässig ist, rechtfertigt diese Formulierung indes nicht. Auch unter der Geltung des § 23 Abs. 1 S. 4 ARegV, der nunmehr eine Befristung der Genehmigung bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode, in der ein Antrag gestellt wird, ausdrücklich vorsieht, ist in § 23 Abs. 2 a ARegV weiterhin die Rede von den „in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer ... entstandenen Kosten“. Somit lassen sich aus § 23 Abs. 2a ARegV keine Rückschlüsse auf die Genehmigungsdauer ziehen.

Auch der Sinn und Zweck des § 23 ARegV a.F. steht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin einer Beschränkung der Genehmigung auf eine Regulierungsperiode nicht entgegen. Durch die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen sollen Investitionsanreize für notwendig werdende Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen geschaffen werden (vgl. BR-Drs. vom 15.06.2007, S. 66f.). Durch die Möglichkeit der frühzeitigen Beantragung der Genehmigung der Investitionsmaßnahme vor Eintritt der Kostenwirksamkeit erhält der Netzbetreiber bereits vor Durchführung seines Projekts Planungssicherheit darüber, ob und in welchem Umfang er mit der Genehmigung eines Investitionsbudgets rechnen kann. Ferner gibt ihm die Genehmigung die Sicherheit, dass die Kosten anerkannt und durch Abschreibungen zurückverdient werden können. Diese Sicherheit wird für die gesamte Nutzungsdauer der Anlagen des Investitionsprojekts gewährleistet. Während der Geltungsdauer der Genehmigung von Investitionsmaßnahmen gelten diese als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile, soweit sie im Einklang mit dem Genehmigungsinhalt stehen. Die genehmigten Investitionsmaßnahmen führen als nicht beeinflussbarer Kostenanteil zu einer Anpassung der Erlösobergrenze und sind – da sich Effizienzvorgaben nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil beziehen dürfen - der Effizienzkontrolle entzogen. Nach dem Ablauf der Genehmigung fließen die der Maßnahme zugrunde liegende Kosten als beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kosten in das Ausgangsniveau für die Festsetzung der Erlösobergrenze der nächsten Regulierungsperiode ein. Zwar unterliegen sie dann dem Effizienzvergleich. Dies entspricht aber dem Sinn und Zweck der Anreizregulierung sowie den Vorgaben in §§ 21 Abs. 2, 21a EnWG, die Netzbetreiber

durch eine Abwendung von der kostenorientierten Entgeltregulierung zu effizientem Leistungsverhalten zu bewegen. Davon umfasst sind auch Investitionsentscheidungen (vgl. Senat, Beschl. v. 02.03.2011, VI-3 Kart 253/09, Rn. 160 (juris)).

Sowohl im Hinblick auf den verfolgten Zweck als auch auf das dafür eingesetzte Instrumentarium unterscheiden sich § 23 ARegV a.F. und die Neufassung des § 23 ARegV, in der eine Befristung der Genehmigung auf eine Regulierungsperiode nunmehr ausdrücklich vorgesehen ist, nicht. Schon dies steht der Annahme entgegen, dass nur mittels Befristung einer Investitionsmaßnahme bis zu ihrem Abschluss dem Zweck des § 23 ARegV a.F. hinreichend Rechnung getragen werden kann. Die Refinanzierbarkeit einer Investitionsmaßnahme ist nicht nur dann gewährleistet, wenn die Genehmigung schon bei Antragstellung bis zum Ende der Regulierungsperiode, in der die Maßnahme abgeschlossen wird, befristet wird. Während Anlagengüter der genehmigten Investitionsmaßnahme, die bis zum 31.12. des nächsten Basisjahres im Anlagevermögen aktiviert wurden, im Ausgangsniveau der darauffolgenden Regulierungsperiode berücksichtigt werden, ist für Anlagengüter, die bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Anlagenvermögen aktiviert wurden, eine Verlängerung mittels eines Folge- oder gegebenenfalls ein Neuantrag möglich. Etwaige nachaktivierte Kosten werden dadurch berücksichtigt, dass der Netzbetreiber die Verlängerung der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme beantragt oder die Investitionsmaßnahme angepasst wird. Um dem Sinn und Zweck des § 23 ARegV Rechnung zu tragen bedarf es damit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zwingend einer Genehmigung der Investitionsmaßnahme bis zu deren Abschluss.

**1.2.** Ein Anspruch auf eine antragsgemäße Befristung der Genehmigung bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode lässt sich auch nicht auf die Bindungswirkung des Leitfadens 2017 stützen.

Zwar sah dieser die Erteilung der Genehmigung bis zum Ende der folgenden Regulierungsperiode vor, wenn der Projektabschluss erst nach dem Basisjahr für die folgende Regulierungsperiode lag. Unstreitig hat die Bundesnetzagentur ihre Genehmigungspraxis in der Vergangenheit auch entsprechend dieser Vorgaben ausgeübt und in Fällen, in denen das Investitionsprojekt erst nach dem Basisjahr abgeschlossen werden sollte, die Investitionsmaßnahme bis zum Ende der nachfolgenden Regulierungsperiode genehmigt. Für das vorliegende Investitionsprojekt ist die Inbetriebnahme und damit der Eintritt der Szenariobedingungen frühestens im Jahr 2023 und damit nach dem

für die 4. Regulierungsperiode geltenden Basisjahr 2021 vorgesehen, so dass nach den Vorgaben des Leitfadens und der bisherigen Regulierungspraxis die Genehmigung auf das Ende der 4. Regulierungsperiode befristet worden wäre.

Allerdings entfaltet ein Leitfaden nicht die Bindungswirkung einer bestandskräftigen Festlegung, sondern kann nur eine Bindung der Regulierungsbehörde nach dem Gleichbehandlungsgebot bzw. aus Vertrauensschutzgesichtspunkten begründen (vgl. BGH, Beschl. v. 17.07.2018, EnVR 12/17, Rn. 26 (juris); Senat, Beschl. v. 18.01.2017, VI-3 Kart 148/15 (V), Rn. 68 (juris)). So darf die Regulierungsbehörde gegenüber einem Antragsteller, der sich auf eine gegenüber anderen Unternehmen in vergleichbaren Fällen geübte Verwaltungspraxis beruft, davon nicht zu seinen Ungunsten abweichen (vgl. BGH, Beschl. v. 23.06.2009, EnVR 19/09). Dass die Bundesnetzagentur in vergleichbaren Fallgestaltungen eine Befristung bis zum Ende der folgenden Regulierungsperiode gewährt hat, so dass die Beschwerdeführerin nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verlangen könnte, unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten genauso gestellt zu werden, kann nicht festgestellt werden.

Auch aus Vertrauensschutzgesichtspunkten ergibt sich keine Verpflichtung der Bundesnetzagentur, ihre bisherige Regulierungspraxis zu Gunsten der Beschwerdeführerin unverändert fortzusetzen und in Umsetzung der Vorgaben des Leitfadens 2017 die beantragte Befristung zu bewilligen. Da eine Änderung der Verwaltungspraxis, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist, mit Wirkung ex nunc möglich ist (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 40, Rn. 43; BVerwG, Beschl. v. 20.03.1973, I WB 217.72), ist ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass die Verwaltungspraxis für die Zukunft beibehalten wird, grundsätzlich nicht anzuerkennen (vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, Rn. 125).

Die Umstellung der Regulierungspraxis hat die Bundesnetzagentur mit sachgerechten Erwägungen begründet. Die Darstellung in den Beschlussgründen, wonach die bisherige Genehmigungspraxis zu dem Fehlanreiz geführt habe, die Projektplanung so auszurichten, dass die Genehmigung der gesamten Investitionsmaßnahme für eine weitere Regulierungsperiode erteilt wird, ist plausibel und nachvollziehbar. Dieser Befund beruht ausweislich der Beschlussgründe auf den Beobachtungen der Bundesnetzagentur über die vergangenen Jahre. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin handelt es sich auch nicht um lediglich unsubstantiierte Behauptungen, sondern um

die konkrete Beschreibung der von der Genehmigungspraxis ausgehenden regulatorischen Wirkung und deren Folgen. Die Änderung der Regulierungspraxis stellt sich auch nicht deswegen als willkürlich dar, weil sie auf einem „Generalverdacht“ gegen die Netzbetreiber beruht, wie die Beschwerdeführerin vorträgt. Den Ausführungen der Bundesnetzagentur ist zu entnehmen, dass Anlass für die Änderung der Regulierungspraxis nicht nur eine rein theoretisch mögliche Anreizwirkung der bisherigen Genehmigungspraxis war, sondern konkrete Erfahrungen mit einer darauf ausgerichteten tatsächlichen Projektplanung. Die auf der Beobachtung der Folgen der Genehmigungspraxis und damit auf tatsächlicher Grundlage vorgenommene Neubewertung der Anreizwirkung stellt sich als eine Änderung der Umstände dar, die eine Umstellung der Regulierungspraxis sachlich zu rechtfertigen vermag. Die Umstellung der Befristung auf eine Regulierungsperiode ist von § 23 ARegV a.F. gedeckt und nach der Neufassung der Vorschrift in § 23 Abs. 1 S. 4 ARegV ausdrücklich vorgesehen.

**2.** Der hilfsweise gestellte Antrag bleibt ebenfalls ohne Erfolg. Zwar hat die Bundesnetzagentur ihre bisherige, durch den Leitfaden 2017 vorgegebene Verwaltungspraxis gegenüber der Beschwerdeführerin rechtsfehlerhaft abgeändert. Gleichwohl folgt daraus kein Anspruch auf eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Neubewertung, denn auch im Rahmen einer Neubewertung könnte angesichts der Übergangsregelung in § 34 Abs. 11 ARegV die Genehmigung nicht bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode befristet werden.

**2.1.** Auch wenn die im Beschluss genannten Gesichtspunkte eine Änderung der Regulierungspraxis im Grundsatz rechtfertigen, geht aus den Beschlussgründen nicht hervor, dass die weiteren Voraussetzungen für eine wirksame Änderung der Regulierungspraxis vorliegen.

Die Bundesnetzagentur ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG bei der Änderung ihrer Ermessenspraxis an die allgemeinen Rechtsgrundsätze wie etwa an das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Willkürverbot oder die im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit oder des Vertrauensschutzes gebunden (vgl. Hess.VGH, Urteil v. 07.12.2010, 11 A 2758/09, Rn. 52 ff. m.w.N. (juris)). Danach ist im Rahmen der Umstellung einer Regulierungspraxis insbesondere sicherzustellen, dass die Änderung für die Betroffenen gleichzeitig umgesetzt und es in zeitlicher Hinsicht zu keiner willkürlichen Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte kommt. Eine solche Ungleich-

behandlung kann insbesondere dann eintreten, wenn für die Umstellung einer Genehmigungspraxis - ohne eine Ankündigung und ohne eine Übergangsregelung - der Zeitpunkt der Entscheidung seitens der Behörde und nicht der Zeitpunkt des Eingangs der hierzu gestellten Anträge der Betroffenen maßgebend ist. Zeitgleich gestellte Anträge könnten dann - je nach Bearbeitungszeitpunkt - nach den Maßstäben der alten oder der neuen Regulierungspraxis entschieden werden. Um dem Willkürverbot Rechnung zu tragen, ist eine solche Ungleichbehandlung zu vermeiden.

Die Berufung der Bundesnetzagentur auf die geänderte Genehmigungspraxis genügt diesen Anforderungen nicht. Nach ihren Angaben wurde die Genehmigungspraxis zum Ende des Jahres 2018 umgestellt und wurden ab diesem Zeitpunkt beantragte Genehmigungen nicht mehr über eine Regulierungsperiode hinausgehend erteilt.

Den Beschlussgründen ist nicht zu entnehmen, bis zu welchem Zeitpunkt die Bundesnetzagentur ihre bisherige Genehmigungspraxis aufrechterhalten hat, unter welchen Gesichtspunkten der „Stichtag“ zur Änderung der Genehmigungspraxis gewählt worden ist und ob es eine Übergangsregelung bzw. eine vorherige Ankündigung gab. Insbesondere verhält sich die Bundesnetzagentur in ihrer Entscheidung auch nicht zu der Frage, ob Anträge nach § 23 Abs. 1 ARegV chronologisch nach ihrem Eingang bei der Bundesnetzagentur bearbeitet worden sind. Andernfalls bestünde nämlich durchaus die Gefahr, dass zeitlich „ältere“ Anträge der neuen Genehmigungspraxis unterfallen, während zeitlich „jüngere“ Anträge noch nach der bisherigen Genehmigungspraxis entschieden worden und damit ohne sachlichen Grund ungleich behandelt worden sind. Aus den Gründen des Beschlusses wird ebenso wenig wie aus den Einlassungen der Bundesnetzagentur im Beschwerdeverfahren deutlich, dass die gleichförmige Behandlung zeitlich gleich gelagerter Anträge verfahrensrechtlich sichergestellt war. Insbesondere ist nicht auszuschließen, dass bei zeitnaher Entscheidung über den streitgegenständlichen Antrag vom 29.03.2018, der mithin mehrere Monate vor der Änderung der Genehmigungspraxis gestellt worden war, die Genehmigung antragsgemäß befristet worden wäre. Da der angefochtene Beschluss zu der Frage, ob eine gleichmäßige und willkürfreie Umsetzung der Änderung der Regulierungspraxis insbesondere durch sachgerechte Stichtagsregelungen gewährleistet ist, keine Angaben enthält, hat die Bundesnetzagentur das ihr im Hinblick auf die Bestimmung der Befristung zustehende Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt.



**2.2.** Dies führt indes nicht dazu, dass die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung verpflichtet wird.

Auch wenn die Bundesnetzagentur im Rahmen einer Neubescheidung zu der Bewertung gelangen würde, dass der Beschwerdeführerin die begehrte Befristung wegen der andauernden Bindungswirkung des Leitfadens 2017 bei rechtsfehlerfreier Sachbehandlung zum Zeitpunkt der Beschlussfassung hätte gewährt werden müssen, wäre sie durch die Vorgaben in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV gehindert, durch einen neuen Bescheid die Genehmigung über den 31.12.2023 hinaus bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode zu befristen.

**2.2.1.** § 34 Abs. 11 S. 1 ARegV bestimmt, dass für alle Genehmigungen von Investitionsmaßnahmen, die nach Inkrafttreten der Änderung der Anreizregulierungsverordnung, also nach dem 22.03.2019 beantragt werden, die Befristungsdauer gemäß § 23 Abs. 1 S. 4, S. 5 ARegV gilt. Für Genehmigungen, die vor dem Inkrafttreten der Änderungsverordnung von Übertragungsnetzbetreibern beantragt und auch bereits seitens der Bundesnetzagentur über die 3. Regulierungsperiode hinausgehend genehmigt worden sind, endet nach Satz 3 der Genehmigungszeitraum gleichwohl mit Ablauf der 3. Regulierungsperiode. Aus Satz 3 folgt zugleich, dass Genehmigungen von Investitionsmaßnahmen, die vor Inkrafttreten der Änderungsverordnung über die 3. Regulierungsperiode hinaus beantragt worden waren, über die die Bundesnetzagentur aber erst nach Inkrafttreten der Änderungsverordnung entscheidet, ebenfalls auf das Ende der 3. Regulierungsperiode zu befristen sind.

Das entgegenstehende Verständnis der Beschwerdeführerin, wonach § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV nur eine Verkürzung des Genehmigungszeitraums auf das Ende der 3. Regulierungsperiode für bis zum 21.03.2019 über diesen Zeitpunkt darüber hinausgehende Genehmigungen anordne, geht fehl. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Satzes 3 der Vorschrift werden zwei Alternativen geregelt. Erfasst werden sowohl die Antragstellung als auch die Genehmigungserteilung vor dem Stichtag. Die erste Alternative liefe indes ins Leere, wenn – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – eine bis zum 21.03.2019 erteilte und über die 3. Regulierungsperiode hinausgehende Genehmigung zwingend wäre. Jede Genehmigung, die bis zum 21.03.2019 erteilt wurde, ist zuvor beantragt worden, so dass für die in der Vorschrift ausdrücklich aufgenommene Alternative der Antragstellung vor dem Stichtag kein Anwendungsbereich verbliebe. Der letzte Halbsatz des Satzes 3 ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass er eine

klarstellende Einschränkung im Hinblick auf die 2. Alternative des 1. Halbsatzes enthält. Bereits die Einleitung durch die Formulierung „sofern“ deutet darauf hin, dass nur für Investitionsmaßnahmen, die bis zum 21.03.2019 für einen längeren Zeitraum als das Ende der 3. Regulierungsperiode erteilt worden waren, der Genehmigungszeitraum beschränkt wird. Für Genehmigungen, die von vornherein bis zum Ende der 3. Regulierungsperiode befristet waren, scheidet eine Verkürzung des Genehmigungszeitraums von vornherein aus.

Bei Zugrundelegung des Verständnisses der Beschwerdeführerin käme es zudem zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von bis zum 21.03.2019 erteilten und den zwar beantragten aber noch nicht beschiedenen Genehmigungen. Während der Genehmigungszeitraum einer über die 3. Regulierungsperiode hinaus genehmigten Investitionsmaßnahme gemäß § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV mit Ablauf des 31.12.2023 enden würde, könnten bis zum Stichtag beantragte aber noch nicht genehmigte Investitionsmaßnahmen – auch im Rahmen einer Neubescheidung – noch bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode befristet werden. Eine solche Ungleichbehandlung bereits beantragter Genehmigungen von Übertragungsnetzbetreibern war vom Verordnungsgeber nicht beabsichtigt. Ziel der Änderungsverordnung war es vielmehr, dass alle von Übertragungsnetzbetreibern über die 3. Regulierungsperiode hinausgehend beantragten und ggf. auch bereits entsprechend erteilten Genehmigungen zum Ende der 3. Regulierungsperiode einheitlich auslaufen (vgl. BR-Drs 13/19, S. 11, 24 f.). Da die Beschwerdeführerin eine Übertragungsnetzbetreiberin ist und die streitgegenständliche Genehmigung am 29.03.2018 und damit vor dem Inkrafttreten der Änderung der Anreizregulierungsverordnung erstmalig beantragt hat, greift vorliegend § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV. Selbst bei Aufhebung der angefochtenen Entscheidung wäre die Bundesnetzagentur gehindert, der Beschwerdeführerin die beantragte Genehmigung über das Ende der 3. Regulierungsperiode hinaus zu erteilen. Die Beschwerdeführerin wäre damit nicht anders gestellt, als mit der streitgegenständlichen Entscheidung.

Die Beschwerdeführerin wird dadurch nicht schlechter gestellt, als sie bei einer ermesensfehlerfreien Entscheidung der Bundesnetzagentur gestanden hätte. Auch wenn die Bundesnetzagentur die Genehmigung antragsgemäß bis zum Ende der 4. Regulierungsperiode erteilt hätte, liefe die Genehmigung kraft der gesetzlichen Vorgabe des § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV zum Ende der 3. Regulierungsperiode aus.

**2.2.2.** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin verstößt die Übergangsregelung in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV auch nicht gegen geltendes Verfassungsrecht.

**2.2.2.1.** Bei § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV handelt es sich zwar um eine Änderung der Verordnung, die sich auf bereits beantragte und auch erteilte Genehmigungen der Übertragungsnetzbetreiber auswirkt und damit rückwirkenden Charakter aufweist. Die Regelung verletzt jedoch nicht das im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rückwirkungsverbot.

Für die Frage, ob und wieweit das Vertrauen in eine bestehende Gesetzeslage gegenüber Verschlechterungen schutzwürdig ist, ist zwischen der echten und der unechten Rückwirkung zu unterscheiden. Eine echte Rückwirkung, die grundsätzlich unzulässig ist, liegt dann vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in bereits abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift. Wird dagegen auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte bzw. Rechtsbeziehungen für die Zukunft eingewirkt, so handelt es sich um eine unechte Rückwirkung, die grundsätzlich zulässig ist (vgl. BVerfGE 11, 139 ff. (145 f.); BVerfGE 103, 392 ff. (403); Grzeszick, in: Maunz/Dürig GG-Kommentar 88. EL, August 2019, Art. 20 Rn. 72 ff.).

Eine echte Rückwirkung scheidet im Streitfall aus, denn die Regelung des § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV führt zur Verkürzung eines schon begonnenen aber noch nicht abgeschlossenen Genehmigungszeitraums. Indem die Regelung auf einen laufenden Genehmigungszeitraum einwirkt, entfaltet sie insofern Rückwirkung, als der Tatbestand, an den die Rechtsfolge anknüpft – der durch die Genehmigungsentscheidung in Gang gesetzte Genehmigungszeitraum - in der Vergangenheit liegt. Da der Genehmigungszeitraum noch nicht beendet ist, ordnet die Regelung aber keine Rechtsfolgen für einen abgewickelten oder abgeschlossenen Tatbestand an. Ohne Erfolg wendet die Beschwerdeführerin dagegen ein, dass für die Frage, ob ein in der Vergangenheit abgeschlossener Sachverhalt vorliege, nicht auf den Genehmigungszeitraum, sondern auf die bereits zum Zeitpunkt der Genehmigung abgeschlossene Finanzplanung abzustellen sei. Gegen dieses Verständnis spricht bereits, dass die in Rede stehende Übergangsvorschrift die vorgesehenen Rechtsfolgen nicht an die Finanzplanung anknüpft, sondern auf die durch die Befristungsentscheidung bestimmte Genehmigungsdauer einwirkt. Auch wenn die Finanzplanung in der Praxis regelmäßig zum Zeitpunkt der Genehmigung abgeschlossen sein mag, kommt es darauf weder für die Entscheidung

über die Genehmigungsfähigkeit noch für die Bestimmung des Genehmigungszeitraums an.

Die durch die Verkürzung der Genehmigungsdauer vorliegende „unechte“ Rückwirkung einer Norm ist grundsätzlich zulässig. Einschränkungen dieses Grundsatzes ergeben sich, sofern eine Güterabwägung ergibt, dass das Vertrauen des Bürgers auf die bestehende Rechtslage den Vorrang verdient. Dies ist dann der Fall, wenn die Rückwirkung einer Regelung sich für die Erreichung des Gemeinwohlzwecks als nicht verhältnismäßig erweist, also zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen des Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzesgebers überwiegen (vgl. BVerfGE 30, 392 ff. (404); 97, 378 ff. (389); 103, 392 ff. (403); 109, 96 ff. (122); Greszick a.a.O. Rn. 88 f.).

Diese Einschränkungen greifen im Streitfall nicht ein. Die Regelung in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV erweist sich für die Erreichung des Gemeinwohlzwecks als geeignet und erforderlich. Ausweislich der Begründung der Änderung der Anreizregulierungsverordnung soll mit der Verkürzung der Dauer bereits erteilter Genehmigungen ein Anreiz gesetzt werden, die betroffenen Investitionsmaßnahmen einem zügigen Abschluss zuzuführen, um eine zügige Umsetzung der für die Energiewende notwendigen Maßnahmen im Netzbereich zu erreichen (vgl. BR-Drucks. 13/19, S. 24 f.). Das Forcieren eines zügigen Netzausbaus für eine schnellere Umsetzung der Energiewende ist ein legitimer Zweck im Sinne des Gemeinwohls. Die Verkürzung der Genehmigungsdauer dient diesem Ziel. Es entsteht ein Anreiz, eine Maßnahme bis zum Ende der 3. Regulierungsperiode abzuschließen, weil es anderenfalls erforderlich wird, einen Folgeantrag zu stellen und die Gründe darzulegen, die einem Abschluss der Maßnahme entgegenstanden. Damit ist die Regelung im Hinblick auf den verfolgten Zweck geeignet und erforderlich. Letztlich stehen auch die Bestandsinteressen der betroffenen Übertragungsnetzbetreiber diesem Ergebnis nicht entgegen. Für das Gewicht des Bestands- und Vertrauensschutzes kommt es auf die betroffenen, in der Regel grundrechtlich geschützten Rechtsgüter und die Intensität der Nachteile an (vgl. Greszick, a.a.O. Rn. 90 f.). Mit der Regelung sind keine so intensiven Nachteile verbunden, dass ihr aus Gründen des Vertrauensschutzes die Wirksamkeit zu versagen wäre. Zum einen sind von der Übergangsregelung ausweislich der Verordnungsbegründung einmalig weniger als 30 Investitionsmaßnahmen betroffen (vgl. BR-Drucks 13/19, S. 14). Zum anderen besteht für die betroffenen Übertragungsnetzbetreiber die Möglichkeit, einen Folge- oder Verlängerungsantrag zu stellen, sollte ein Projektabschluss bis zum

31.12.2023 nicht erfolgt sein. Somit verkürzt die Regelung im Grundsatz nicht die Zeiträume, für die eine Investitionsmaßnahme insgesamt möglich ist (vgl. BR-Drucks. 13/19, S. 11). Eine dahingehende Erwartung der betroffenen Übertragungsnetzbetreiber, dass über die 3. Regulierungsperiode hinaus erteilte Genehmigungen auch zukünftig Bestand haben würden, begründet ferner auch deswegen kein schutzwürdiges Vertrauen, weil bereits zuvor in § 23 Abs. 5 ARegV ein Widerrufsvorbehalt ausdrücklich normiert war. Zudem war die Bundesnetzagentur befugt, Nebenbestimmungen an die Erteilung der Genehmigung zu knüpfen. Übertragungsnetzbetreiber konnten damit bereits in der Vergangenheit nicht darauf vertrauen, dass eine erteilte Genehmigung nicht wieder aufgehoben würde oder keine Änderungsanträge – z.B. bei technischen Änderungen - erforderlich werden könnten. So enthielten auch die Leitfäden der Bundesnetzagentur zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV in der Vergangenheit unter dem Abschnitt „nachträgliche Anpassung genehmigter Investitionsmaßnahmen“ entsprechende Hinweise.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin bedurfte es auch keiner Übergangsregelung. In Ausnahmefällen kann zwar auch bei einer „unechten“ Rückwirkung von Gesetzen die Einführung von Übergangsregelungen erforderlich sein (vgl. Greszick a.a.O. Rn. 93). Ein Bedürfnis für eine solche besteht im Streitfall indes nicht, zumal es sich bei der Regelung selbst schon um eine Übergangsregelung handelt, hiervon nur wenige Fälle betroffen sind und es sich um einen einmaligen und überschaubaren Zeitabschnitt handelt.

**2.2.2.2.** Die Übergangsregelung in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV verstößt auch nicht gegen den in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung, auf den die Beschwerdeführerin sich als inländische juristische Person des Privatrechts berufen kann (vgl. Nußberger, in: Sachs GG-Kommentar 8. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 72). Die streitgegenständliche Übergangsregelung betrifft ausweislich ihres Wortlauts und nach der Verordnungsbegründung (vgl. BR-Drucks. 13/19, S. 11, 24 f.) allein die Investitionsmaßnahmen der Übertragungsnetzbetreiber und nicht auch die der Fernleitungsnetzbetreiber und ordnet damit eine Ungleichbehandlung zwischen beiden Transportnetzbetreibergruppen an.

Gleichwohl führt nicht jede Ungleichbehandlung von Vergleichsgruppen zwangsläufig zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. Kischel, in: BeckOK GG 42. Edition

2019, Art. 3 Rn 24 f. m.w.N.). Insbesondere ist eine Differenzierung zwischen Investitionsmaßnahmen von Übertragungsnetzbetreibern und Gasnetzbetreibern auch bislang schon in § 23 ARegV angelegt. So gibt es in § 23 Abs. 1 S. 2 ARegV Regelbeispiele, die allein die Übertragungsnetzbetreiber betreffen und solche, die an die Gasnetzbetreiber gerichtet sind. Allerdings bedarf jede Ungleichbehandlung der Rechtfertigung durch ein legitimes Regelungsziel (vgl. Schmidt, in: ErfKomm GG, 20. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 30, 35). Entscheidend ist die Sachgerechtigkeit von Differenzierungskriterien und -zielen, die sich bei einer objektiven Gesamtbetrachtung erschließen müssen. Grundsätzlich belässt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum. Dieser hat regelmäßig zu entscheiden, welche Sachverhaltselemente so wichtig sind, dass ihre Verschiedenheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Sein Spielraum endet erst dort, wo die ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, weil ein einleuchtender Grund für die Differenzierung fehlt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.04.1978, 1 BvL 29/76, Rn 29 f. (juris)).

Nach Maßgabe dessen ist es nicht zu beanstanden, dass § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV nur die Investitionsmaßnahmen von Übertragungsnetzbetreibern erfasst. Ausweislich der Verordnungsbegründung ist das Ziel der Übergangsregelung eine Beschleunigung der Umsetzung der Energiewende. Dieses dem Allgemeinwohl dienende Ziel betrifft im engeren Sinne allein die Übertragungsnetzbetreiber. Zentraler Baustein der Energiewende, die im Sommer 2011 vom Gesetzgeber verabschiedet worden ist, ist der Ausstieg aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung. Der Anteil der erneuerbaren Energie an der Stromversorgung der Bundesrepublik Deutschland soll in Zukunft auf bis zu 80 % steigen (vgl. Theobald, in: Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts 3. Auflage 2013, S. 219; Danner/Theobald, Energierecht 102. EL, August 2019, Einführung Rn. 32 ff.). Der Einwand der Beschwerdeführerin, dass auch der Ausbau des Gasnetzes ein bedeutender Teil der Energiewende sei und eine Ungleichbehandlung der beiden Transportbetreibergruppen hierauf somit nicht gestützt werden könne, vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist der Ausbau der Gasnetze für die Umsetzung der Energiewende ebenfalls von Bedeutung. Gleichwohl erfasste das Gesetzespaket zur Energiewende neben dem Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien primär Regelungen im Bereich der Übertragungsnetzbetreiber. Hier sei allein auf das Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze (NABEG)

verwiesen, dass das Ziel hat, den Ausbau der Stromnetze der Höchst- und Hochspannungsebene voranzutreiben (vgl. Danner, in: Danner/Theobald, Energierecht 102. EL, August 2019, Einführung Rn. 32 ff.). Danach steht für die erfolgreiche Umsetzung der Energiewende primär die Förderung des Ausbaus der Stromnetze im Fokus. Dies wiederum erfolgt durch Investitionsmaßnahmen der Übertragungsnetzbetreiber und beinhaltet damit ein legitimes Differenzierungsziel. Das geschaffene Differenzierungskriterium ist ferner auch geeignet und erforderlich, um die Umsetzung der Energiewende zu beschleunigen. Durch die Übergangsregelung in § 34 Abs. 11 S. 3 ARegV wird die Genehmigungsdauer für alle Investitionsmaßnahmen der Übertragungsnetzbetreiber gleichermaßen verkürzt und hierdurch – wie ausgeführt – ein Beschleunigungsanreiz geschaffen. Die Umsetzung der Energiewende und der dazu erforderliche zügige Ausbau der Stromnetze stellen zudem ein gewichtiges, die Ungleichbehandlung zwischen den Transportnetzbetreibern rechtfertigendes Ziel dar.

### C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG.

II. Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat - im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten - auf ... Euro festgesetzt (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO).

### D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben.

#### Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474

Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder ([www.justiz.de](http://www.justiz.de)) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).