Bundesnetzagentur

– Beschlusskammer 6 –

Beschluss

Az. BK6-22-242

In dem Besonderen Missbrauchsverfahren der

Kyon Energy GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Tölzer Straße 1, 82031 Grünwald,

– Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte: [redacted]

zur Überprüfung des Verhaltens der

Bayernwerk Netz GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Lilienthalstraße 7, 93049 Regensburg,

– Antragsgegnerin –

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Klaus Müller,

Datenschutzhinweis:
Der Schutz Ihrer Daten ist uns wichtig. Nähere Informationen zum Umgang mit personenbezogenen Daten in der BNetzA können Sie der Datenschutzerklärung auf https://www.bundesnetzagentur.de/Datenschutz entnehmen. Sollte Ihnen ein Abruf der Datenschutzerklärung nicht möglich sein, kann Ihnen diese auch in Textform übermittelt werden.

durch den Vorsitzenden Christian Mielke,
den Beisitzer Andreas Faxel
und den Beisitzer Jens Lück,

am 06.12.12.2022 beschlossen:

1. Der zulässige Antrag wird als unbegründet abgewiesen.

2. Eine Entscheidung über die Kosten bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Die Parteien streiten darüber, ob es der Antragsgegnerin erlaubt ist, im Zuge des Netzanschlusses eines geplanten Batteriespeichers der Antragstellerin in [redacted] einen Baukostenzuschuss zu verlangen.

1. Die Antragstellerin errichtet und betreibt Batteriespeicher in ganz Deutschland. Die Antragsgegnerin ist die Betreiberin des Strom-Verteilernetzes in [redacted]. Ausweislich ihrer Homepage verfügt ihr Verteilernetz über mehr als 100.000 Netzanschlüsse.

Am 12.05.2021 richtete die Antragstellerin für den Anschluss eines Batteriespeichers mit einer maximalen Leistung von 1.725 Kilowatt und einer Speicherkapazität von 3.450 Kilowattstunden am Standort [redacted], ein Netzanschlussbegehren an die Antragsgegnerin. Dessen Eingang bestätigte die Antragsgegnerin am 13.05.2021.

Der Batteriespeicher in Bruckmühl soll für die Bereitstellung von Primärregelleistung und am Intraday-Markt der Strombörse vermarktet werden. Der Batteriespeicher entnimmt hierzu elektrische Energie aus dem Stromnetz und speist elektrische Energie zeitlich verzögert wieder in dasselbe Netz ein.

Auf das Netzanschlussbegehren der Antragstellerin hin führte die Antragsgegnerin eine Netzverträglichkeitsprüfung durch. Mit Schreiben vom 06.10.2021 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin das positive Prüfungsergebnis mit, dass der Batteriespeicher an ihr 20 Kilovolt-Netz angeschlossen werden kann und wies einen Netzverknüpfungspunkt auf Ebene der Mittelspannung zu.

Mit E-Mail vom 18.11.2021 bestätigte die Antragsgegnerin, dass für den Netzanschluss des Batteriespeichers ein Baukostenzuschuss zu zahlen sei. Die Antragsgegnerin wendet für die Berechnung des Baukostenzuschusses das Leistungspreismodell aus dem „Positionspapier der Bundesnetzagentur zur Erhebung von Baukostenzuschüssen für Netzanschlüsse im Bereich von Netzebenen oberhalb der Niederspannung“ an (Az.: BK6p-06-003, im Weiteren: BK6 Positionspapier). Danach ergibt sich für die Erzeugungsleistung von 1.725 Kilowatt bei einem Jahresleistungspreis von 125,31 Euro pro Kilowatt ein Baukostenzuschuss in Höhe von 216.159,75 Euro.

Mit E-Mail vom 29.03.2022 teilte die Antragstellerin der Antragsgegnerin mit, dass das Batteriespeicher-Projekt aufgrund des geforderten Baukostenzuschuss nicht umgesetzt werden könne und die Antragstellerin den Baukostenzuschuss zum Gegenstand eines besonderen Missbrauchsverfahren bei der Bundesnetzagentur machen wolle.

Daraufhin fand am 07.04.2022 ein Gespräch zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin statt, welches in der Sache kein anderes Ergebnis brachte. Die Antragsgegnerin hielt an dem von ihr geltend gemachten Baukostenzuschuss fest.

Eine vertragliche Vereinbarung, die über den Netzanschluss hinausgeht, liegt zwischen den Parteien nicht vor und ist auch nicht verhandelt worden.

Am 10.05.2022 veröffentlichte der Verband der Bayerischen Energie- und Wasserwirtschaft e. V. – VBEW (im Weiteren: VBEW) ein Hinweispapier mit dem Titel „Netzanschlussprozesse für Erzeugungsanlagen und Speicher“ (im Weiteren: VBEW Hinweispapier). Ausweislich des Vorworts arbeitete die Antragsgegnerin an dem Hinweispapier mit.

2. Mit Schreiben vom 20.06.2022, eingegangen am selben Tag, hat die Antragstellerin daraufhin einen Antrag auf Überprüfung des Verhaltens der Antragsgegnerin nach § 31 EnWG gestellt.

3. Die Antragstellerin ist der Ansicht, die Erhebung eines Baukostenzuschusses für den Netzanschluss ihres geplanten Batteriespeichers durch die Antragsgegnerin sei rechtswidrig. Für den Netzanschluss von netzgekoppelten Speichern, welche die Voraussetzungen der Netzentgeltbefreiung des § 118 Abs. 6 EnWG erfüllten, dürfe der Netzbetreiber keinen Baukostenzuschuss erheben.

Der Stromspeicher der Antragstellerin sei daher gem. § 118 Abs. 6 EnWG vom Baukostenzuschuss befreit. Der Baukostenzuschuss sei ein Relikt aus der Zeit vor Einführung der heutigen Netzentgeltregulierung und habe sich seitdem fundamental gewandelt. Der Baukostenzuschuss sei als einmalige Vorauszahlung auf die Netzentgelte einzuordnen.

Selbst wenn man § 118 Abs. 6 EnWG nicht direkt anwenden würde, müsse die Regelung jedenfalls analog für eine Befreiung vom Baukostenzuschuss angewendet werden. Es sei anzunehmen, dass der Gesetzgeber für Speicher auch ausdrücklich eine Befreiung vom Baukostenzuschuss in § 118 Abs. 6 EnWG aufgenommen hätte, wenn ihm die Wirkung des Baukostenzuschusses im aktuellen Marktumfeld bewusst gewesen wäre.

Darüber hinaus sei ein Baukostenzuschuss für einen netzgekoppelten Speicher auch nicht angemessen und zudem diskriminierend im Sinne der §§ 17 Abs. 1 und 20 Abs. 1 EnWG, weil durch seine Erhebung die Umsetzung des Speicher-Projekts der Antragstellerin verhindert werde. Er sei damit prohibitiv und nicht angemessen.

Beim Netzanschluss von netzgekoppelten Stromspeichern sei eine Lenkungs- oder Steuerungsfunktion wie für normale Letztverbraucher nicht als legitimes Ziel des Netzbetreibers anzuerkennen. Netzgekoppelte Speicher würden für das Stromnetz errichtet, sie dienten ausschließlich dem Netz. Sie seien wesentliche Elemente des Elektrizitätsversorgungssystems, die Erhebung eines Baukostenzuschusses für sie damit diskriminierend.

Jedenfalls entspräche ein Baukostenzuschuss für den streitgegenständlichen Batteriespeicher in der beanspruchten Höhe von 216.159,75 Euro nicht der Billigkeit i. S. v. § 315 Abs. 3 BGB. Die Antragsgegnerin habe den Baukostenzuschuss pauschal und identisch wie für normale Letztverbraucher nach dem Leistungspreismodell berechnet. Damit habe die Antragsgegnerin die Grenzen des ihr eingeräumten Ermessens überschritten. Ferner sei der Jahresleistungspreis der Netzentgelte ein willkürlicher Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Baukostenzuschusses.

Die Antragstellerin beantragt,

> 1. der Antragsgegnerin zu untersagen, für den Netzanschluss des Batteriespeicher-Projekts [redacted] der Antragstellerin (Vorgangsnummer bei der Antragsgegnerin: [redacted]) einen Baukostenzuschuss zu verlangen,

2. hilfsweise der Antragsgegnerin zu untersagen, für den Netzanschluss des Batteriespeicher-Projekts [redacted] der Antragstellerin (Vorgangsnummer bei der Antragsgegnerin: [redacted]) einen Baukostenzuschuss in Höhe von 216.159,75 Euro zu verlangen,

3. der Antragsgegnerin die Kosten des Besonderen Missbrauchsverfahrens aufzuerlegen und

4. den Gegenstandswert des Besonderen Missbrauchsverfahrens auf 216.159,75 Euro festzusetzen.

Mit Schreiben vom 29.07.2022, eingegangen am 02.08.2022 beantragt die Antragsgegnerin,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, sie habe sich durch die Erhebung des Baukostenzuschusses für den geplanten Speicher der Antragstellerin nicht missbräuchlich verhalten.

Der Baukostenzuschuss sei nicht von der Netzentgeltbefreiung nach § 118 Abs. 6 EnWG erfasst. Die Netzentgeltbefreiung nach § 118 Abs. 6 EnWG erfolge hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie. Sie umfasse ausschließlich die für die Nutzung des Elektrizitätsverteilernetzes des Netzbetreibers zu zahlenden Netzentgelte gemäß § 17 Abs. 2 StromNEV, welche sich aus dem Arbeits- und Leistungspreis zusammensetzten.

Netzanschlusskosten und Baukostenzuschüsse habe der Anschlussnehmer zu tragen. Die Einnahmen, die der Netzbetreiber bei Netzanschlüssen erhält, seien nach § 9 StromNEV kostenmindernd anzusetzen. Die Netzentgelte des Netzbetreibers würden somit für alle Anschlussnehmer durch die Netzanschlusskosten und Baukostenzuschüsse sinken. Die vereinnahmten Netzanschlusskosten und Baukostenzuschüsse erhöhten somit nicht den Gewinn des Netzbetreibers.

Dabei würden Netzanschlusskosten und Baukostenzuschüsse für die entsprechende Einzelmaßnahme verursachungsgerecht erhoben. Das Netznutzungsentgelt werde gemäß § 20 EnWG und Abschnitt 3 der Stromnetzentgeltverordnung ermittelt. Dabei würden die Netznutzungsentgelte eine Kostenwälzung von vorgelagerten Netzen in nachge-

lagerte Netze gemäß § 14 StromNEV enthalten. Somit würden Netznutzungsentgelte in Form des Arbeitspreises über den Versorgungsbereich hinaus gelten. Der Baukostenzuschuss hingegen stelle eine einmalige Zahlung für den Ausbau des allgemeinen Netzes im zugehörigen Versorgungsbereich dar. Dieser sei daher im Rahmen der Anschlusserstellung an den Netzbetreiber zu entrichten.

An der Funktion des Baukostenzuschusses habe sich auch mit Einführung der Anreizregulierungsverordnung nichts geändert. Der Baukostenzuschuss diene weiterhin der Lenkungs- und Steuerungsfunktion für eine wirtschaftliche und effiziente Netzvorhaltung. Beim Baukostenzuschuss handele es sich um eine im Zuge der Anschlusserstellung und -erweiterung einmalig vom Anschlussnehmer zu entrichtende Zahlung für die dauerhafte Bereitstellung von Anschlussleistung durch den Netzbetreiber. Er sei Bestandteil des Netzanschlussverhältnisses zwischen Netzkunde und Netzbetreiber und somit Bestandteil des Netzanschlussvertrages.

Für eine analoge Anwendung des § 118 Abs. 6 EnWG sei mangels einer planwidrigen Regelungslücke kein Raum.

Die Antragstellerin sei im Bereich von Netzebenen auch oberhalb der Niederspannung berechtigt, einen Baukostenzuschuss zu erheben. Die relevante Anspruchsgrundlage hierfür sei § 17 EnWG, der die technischen und wirtschaftlichen Bedingungen für den Anschluss vorgäbe. Den Angemessenheits- und Transparenzanforderungen des § 17 EnWG würde genüge getan, indem die Konkretisierungen des BK6 Positionspapiers angewandt würden. Auf dieser Basis erhebe die Antragsgegnerin grundsätzlich von allen Bezugskunden, die an die Mittelspannungs-Ebene angeschlossen werden, einen Baukostenzuschuss. Die Erhebung des Baukostenzuschusses erfolge damit diskriminierungsfrei.

4. Zwischenzeitlich schloss die Antragsgegnerin am 26.07.2022 mit dem Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie sowie verschiedenen anderen Netzbetreibern und Verbänden ein „Memorandum of Understanding“ mit dem Titel „Beschleunigung der Netzintegration regenerativer Erzeugungsanlagen" (im Weiteren: MoU).

5. In Ihrem Schreiben vom 15.08.2022 bot die Antragstellerin der Antragsgegnerin die uneingeschränkte Steuerhoheit für den Speicher bei Netzengpässen an. Soweit die An-

tragsgegnerin hierfür weitere Regelungen vorhalte, sei die Antragstellerin bereit, mit der Antragsgegnerin eine weitergehende Vereinbarung für den systemdienlichen Einsatz des Speichers bei Netzengpässen zu treffen.

6. Mit Schreiben vom 01.09.2022 erklärte die Antragsgegnerin daraufhin, dass sie auch weiterhin bei allen Netzanschlusskunden mit Blick auf den Bezug einen Baukostenzuschuss erhebe.

7. Die Bundesnetzagentur hat die zuständige Landesregulierungsbehörde von Bayern am 04.07.2022 gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Verfahrenseinleitung informiert. Der Beschlussentwurf wurde der Landesregulierungsbehörde und dem Bundeskartellamt am 28.11.2022 in Erklärung der Absicht, das Verfahren abzuschließen, gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG übersandt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Der zulässige Antrag ist unbegründet. Es ist der Antragsgegnerin nicht untersagt, von der Antragstellerin für den Netzanschluss ihres Batteriespeicher-Projekts einen Baukostenzuschuss nach dem Leistungspreismodell zu erheben, denn die Erhebung eines Baukostenzuschusses ist rechtmäßig.

1 Rechtmäßige Anwendung des nationalen Rechts

Der Beschluss beruht auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, Az. C-718/18. Eine Rechtsgrundlage für den Beschluss liegt vor.

1.1 Vollständige Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs

Die Beschlusskammer hat in rechtmäßiger Weise die Vorgaben des nationalen Rechts in Form der normativen Regulierung, soweit diese im vorliegenden Verfahren Anwendung finden und von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 02.09.2021, Az. C-718/18) erfasst werden, für ihre Entscheidung herangezogen. Als „normative Regulierung“ werden im Allgemeinen solche Regeln des nationalen Gesetz- und Verordnungsgebers (z. B. in StromNEV, GasNEV und ARegV) bezeichnet, die konkrete methodische und materielle Vorgaben für die Regulierung durch die Bundesnetzagentur enthalten. Die Pflicht zur Anwendung dieser nationalen Vorgaben folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und gilt auch angesichts der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs fort, bis sie vom Gesetz- beziehungsweise Verordnungsgeber außer Kraft gesetzt oder neu geregelt werden. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden,

> *vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, Az. EnVR 58/18, Rn. 60 ff., siehe auch OLG Düsseldorf vom 11.02.2021, Az. VI-5 Kart 10/19 [V], S. 10 ff., OLG Düsseldorf vom 28.04.2021, Az. VI-3 Kart 798/19 [V], S. 72 ff., OLG Schleswig vom 11.01.2021, Az. 53 Kart 1/18, S. 27 ff.*

Der Europäische Gerichtshof hat zwar in seiner Entscheidung festgestellt, dass die normative Regulierung in Deutschland insgesamt mit der in Art. 37 Richtlinie 2009/72/EG

(heute Art. 59 Richtlinie (EU) 2019/944) sowie in Art. 41 Richtlinie 2009/73/EG geregelten ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde unvereinbar ist und die Richtlinien insoweit durch die Bundesrepublik Deutschland nicht beziehungsweise fehlerhaft umgesetzt wurden. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof der vierten Rüge stattgegeben, mit der die Kommission Deutschland vorgeworfen hatte, es habe die in den Richtlinien vorgesehenen ausschließlichen Zuständigkeiten der Nationalen Regulierungsbehörde verletzt, indem es im deutschen Recht die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife, der Bundesregierung und nicht der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen habe.

Der Europäische Gerichtshof hat aber weder über die Zuständigkeitsfragen hinausgehend einen materiell-rechtlichen Verstoß einzelner Vorgaben der normativen Regulierung gegen EU-Recht gerügt, noch hat er sich ausdrücklich zu der Frage geäußert, ob die normative Regulierung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber den festgestellten Verstoß beseitigt, weiter anwendbar ist. Der Europäische Gerichtshof hat sich insbesondere auch nicht explizit zu der Frage geäußert, ob die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit unmittelbar anwendbar sind.

Die Regelungen der normativen Regulierung sind nicht nichtig. Weder nach den Grundsätzen des europäischen Rechts noch nach nationalem Recht führt der Verstoß einer nationalen Regelung gegen Unionsrecht zu deren Nichtigkeit,

vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, Az. EnVR 58/18, Rn. 61 ff.

Vielmehr sind die Grundsätze des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht zu beachten.

Zudem scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften der normativen Regulierung aus. Der Europäische Gerichtshof sieht zwar sowohl in der an die Bundesregierung gem. § 24 EnWG erfolgten Zuweisung von Zuständigkeiten, als auch in den bindenden Vorgaben der normativen Regulierung eine mit den oben genannten Richtlinien unvereinbare Beschränkung der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde,

vgl. EuGH a.a.O., Rz. 101 f., 115 f.

Eine Umdeutung der nationalen Vorgaben in nicht bindende Programmsätze, die die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde nicht beeinträchtigen, kommt angesichts des eindeutigen Wortlauts, der Systematik und des Regelungszwecks der Vorschriften der normativen Regulierung jedoch nicht in Betracht (Verbot der contra legem-Auslegung,

vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, Az. EnVR 58/18, Rn. 66 ff.

Der Grundsatz vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt indes nicht dazu, die Vorschriften der normativen Regulierung unangewendet zu lassen. Der Anwendungsvorrang besagt, dass eine nationale Regelung, die mit einer unmittelbar geltenden Regelung des Unionsrechts unvereinbar ist, von nationalen Behörden und Gerichten nicht angewendet werden darf,

vgl. Streinz, EUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 40; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 69 f.

Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, soweit unmittelbar anwendbares Unionsrecht betroffen ist,

vgl. EuGH, Urteil vom 24.06.2019, Az. C-573/17, Rn. 62.

1.2 Kein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht

Die normative Regulierung verstößt nicht gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Die hier maßgeblichen Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, mit denen die Vorgaben der normativen Regulierung unvereinbar sind, sind nicht unmittelbar anwendbar.

Damit eine Richtlinienbestimmung unmittelbar angewendet werden kann, müssen spezifische Voraussetzungen vorliegen,

vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 71. EL August 2020, Art. 288 Rn. 149.

Der Europäische Gerichtshof geht von der unmittelbaren Anwendbarkeit einer nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinienbestimmung nach Ablauf der Umsetzungsfrist aus, wenn die Bestimmung hinreichend genau und inhaltlich unbedingt ist. Zudem können die Bestimmungen einer Richtlinie grundsätzlich nur Rechte, aber keine

Pflichten eines Einzelnen begründen (sog. Belastungsverbot). Insofern kommt auch eine objektive unmittelbare Wirkung vorliegend nicht in Betracht. Im Einzelnen:

Die Richtlinienvorgaben sind nicht unbedingt. Eine Unionsvorschrift ist inhaltlich unbedingt, wenn sie eine Verpflichtung normiert, die an keine Bedingung geknüpft ist und zu ihrer Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der Unionsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf. Die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit sind nicht als inhaltlich unbedingt anzusehen.

Gegenwärtig fehlt es an den erforderlichen und zureichenden Umsetzungsnormen im nationalen Recht. Das betrifft sowohl die konkrete umfassende Aufgabenzuweisung als auch die für einen Eingriff erforderliche Ermächtigungsgrundlage. Die Bundesnetzagentur hat nach nationalem Recht gegenwärtig (nur) die Befugnis, die Vorgaben der normativen Regulierung anzuwenden und ggf. unter Rückgriff auf § 29 EnWG je nach Festlegungsermächtigung weiter auszugestalten und zu konkretisieren. Sie hat aber mangels entsprechender Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber nicht die übergeordnete, allgemeine und uneingeschränkte Befugnis, die ihr nach den Richtlinien vorbehaltenen Aufgaben vollumfänglich und selbständig auszuüben, beispielsweise also die Methoden oder Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang frei festzulegen oder zu genehmigen (vgl. nur § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG). Dass es hierzu einer umfassenden mitgliedstaatlichen Aufgabenzuweisung bedarf, entspricht im Übrigen auch dem europäischen Leitbild, wonach die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Regulierungsbehörden mit spezifischen Zuständigkeiten verpflichtet sind (vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2009/73/EG).

Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Organisation und Strukturierung der Regulierungsbehörde zwar über eine Autonomie, haben diese aber unter vollständiger Beachtung der in den Richtlinien festgelegten Ziele und Pflichten auszuüben und insoweit sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde bei der Ausübung der ihr vorbehaltenen Zuständigkeiten ihre Entscheidungen autonom treffen kann,

vgl. EuGH, a.a.O., Rz. 119.

Dieser Befund wird auch durch das in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs mündende Vertragsverletzungsverfahren bestätigt: Gegenstand der Rüge durch die Europäische Kommission war nicht die fehlerhafte Ausübung einer nach nationalem Recht

bereits ordnungsgemäß zugewiesenen ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, sondern der Umstand, dass eine den Richtlinien entsprechende umfassende Aufgabenzuweisung an die nationale Regulierungsbehörde im nationalen Recht bislang nicht erfolgt ist,

vgl. EuGH a.a.O., Rz. 88.

Vielmehr liegt hier eine fehlerhafte Aufgabenzuweisung vor; diese kann und muss durch den Mitgliedstaat korrigiert werden, der dann die noch möglichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten vorsehen kann,

vgl. EuGH a.a.O., Rz. 126 f., 130.

Mit der unmittelbaren Anwendung der Richtlinien wären Belastungen Einzelner verbunden, sodass eine solche ausscheidet. Zwar ist die Einräumung subjektiver Rechte keine Voraussetzung für eine unmittelbare Anwendbarkeit (woran es vorliegend wegen des Verstoßes gegen objektiv geprägte Zuständigkeitsnormen auch fehlen würde), allerdings gilt das Belastungsverbot. Wenn der Bundesnetzagentur aus einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie weitergehende oder jedenfalls anders ausgestaltete Kompetenzen zukämen, könnte sich dies je nach Einzelfall zugunsten, aber auch zu Lasten bestimmter Beteiligter auswirken. Daraus wiederum könnten sich Belastungen ergeben, die nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nur durch das europäische Primärrecht oder durch EU-Verordnungen begründet werden können, nicht aber durch Richtlinien,

vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, Az. EnVR 58/18, Rn. 73.

Eine Belastung würde sich zudem bereits aus dem Heranziehen der Richtlinien als Ermächtigungsgrundlage ergeben. Dies wäre europarechtlich unzulässig. Sofern die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit als inhaltlich unbedingt anzusehen wären, müssten sie von der Bundesnetzagentur unmittelbar als Ermächtigungsgrundlage auch für belastende Regulierungsentscheidungen herangezogen werden. Anders als in den vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fällen, in denen er eine unmittelbare Belastung durch Richtlinienrecht verneinte, weil die Belastung erst durch ein Verwaltungsverfahren auf Basis nationalen Rechts eintrat, würden vorliegend die Richtlinienbestimmungen als solche unmittelbar gegenüber den Betroffenen herangezogen werden und als materiell-rechtliche Befugnisnormen für belastende Verwaltungsverfahren und Regulierungsentscheidungen fungieren. Soweit ersichtlich existiert

bislang keine hier einschlägige Judikatur, in der der Europäische Gerichtshof es für europarechtskonform eingestuft hätte, dass eine Richtlinienbestimmung als eigenständige Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte des Einzelnen herangezogen werden darf.

Eine ausnahmsweise objektive unmittelbare Wirkung der Richtlinienbestimmungen bezogen auf die ausschließliche Zuständigkeit scheidet ebenfalls aus. Der Europäische Gerichtshof hat eine objektive unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen anerkannt, aus denen sich für staatliche Stellen eindeutige Pflichten ergeben. Konkret ging es beispielsweise um die nicht rechtzeitig in nationales Recht umgesetzte Pflicht der zuständigen Behörde zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens für die Errichtung eines Wärmekraftwerks,

> *vgl. EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Az. C-431/92 – Wärmekraftwerk Großkrotzenburg.*

Zwar mag sich vorliegend aus den Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde die Verpflichtung ergeben, von dieser Zuständigkeit auch Gebrauch zu machen, um den Zielsetzungen der Richtlinien hinreichend Rechnung tragen zu können. Anders als im Fall des Wärmekraftwerks Großkrotzenburg ist diese Verpflichtung vorliegend jedoch nicht inhaltlich unbedingt. Im vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall konnte die zuständige Behörde der Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung ohne Weiteres nachkommen, weil diese als unselbstständiger Bestandteil des nach nationalem Recht vorgesehenen und ihr bereits zugewiesenen Genehmigungsverfahrens durchzuführen war. Demgegenüber kann die Bundesnetzagentur die ihr nach den Richtlinienbestimmungen zugewiesene ausschließliche Zuständigkeit erst ausüben, wenn ihr entsprechende Befugnisse nach nationalem Recht eingeräumt werden (siehe oben).

1.3 Nichtanwendung nationalen Rechts führt zu Regelungslücken

Ungeachtet der Tatsache, dass die Richtlinienbestimmungen nicht unmittelbar anwendbar sind, sprechen aus Sicht der Beschlusskammer weitere erhebliche Gründe dafür, die Vorgaben der normativen Regulierung in der Übergangszeit zur Anwendung zu bringen. Die Nichtanwendung der normativen Regulierung in der Übergangszeit würde zu

einem Zustand führen, der mit den Zielsetzungen der genannten Richtlinien erst recht unvereinbar wäre,

so auch BGH, Beschluss vom 08.10.2019, Az. EnVR 58/18, Rn. 76.

Die Richtlinien verlangen, dass zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen u.a. für den Netzanschluss und den Netzzugang „mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten“ festgelegt oder genehmigt werden, vgl. Art. 41 Abs. 6 der Richtlinie 2009/73/EG und Art. 59 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2019/944. Diesem Gebot der ex ante-Regulierung wird in Deutschland gegenwärtig zu einem großen Teil über die Vorgaben der normativen Regulierung Rechnung getragen. Die normative Regulierung strukturiert die Methoden für die Berechnung der Tarife vor und legt ex ante die wesentlichen Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang fest. Sie regelt unmittelbar Rechte und Pflichten für Netzbetreiber und andere Marktakteure und schafft auf diese Weise den von den Richtlinien geforderten transparenten und vorhersehbaren, verlässlichen Regulierungsrahmen. Bestehende Festlegungen und Genehmigungen der Bundesnetzagentur, die sie im Rahmen ihrer bisherigen Zuständigkeiten erlassen hat, tragen zwar ebenfalls zu der erforderlichen ex ante-Regulierung bei, dies jedoch nur in Teilbereichen und in Ergänzung der normativen Regulierung und damit nicht in dem von der Richtlinie geforderten Umfang.

Ein faktisches Außerkrafttreten der Vorgaben der normativen Regulierung würde daher zu beträchtlichen Regelungslücken und damit einhergehend erheblichen Rechtsunsicherheiten für alle Marktbeteiligten führen. Auch dies wäre mit den genannten Richtlinienvorgaben und den Zielsetzungen des Energiebinnenmarkts schwerlich vereinbar. Beispielsweise dürfte eine derart unklare Rechtslage im Übergangszeitraum kaum Investitionsanreize setzen und Unsicherheiten für die unternehmerische Tätigkeit der regulierten Unternehmen und auch der sonstigen Marktteilnehmer auslösen. Für den Übergangszeitraum ist es daher sinnvoll und angebracht, stabile und berechenbare Verhältnisse zu gewährleisten.

2 Zulässigkeit des Antrags

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende auf § 31 EnWG beruhende Entscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 1 1. Halbsatz, Abs. 2 Satz 2 EnWG, die der Be-

schlusskammer aus § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des Antrags bestehen nicht.

3 Unbegründetheit des Antrags (Tenor zu 1)

Der zulässige Antrag ist unbegründet. Der Antragsgegnerin ist es nicht untersagt, von der Antragstellerin für den Netzanschluss ihres Batteriespeicher-Projekts einen Baukostenzuschuss nach dem Leistungspreismodell zu erheben. Das Verhalten der Antragsgegnerin als Betreiberin des Energieversorgungsnetzes an welches die Antragstellerin angeschlossen werden möchte, stimmt daher mit den Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des Energiewirtschaftsgesetzes und der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie den nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten und genehmigten Bedingungen und Methoden überein, § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG.

3.1 Erhebung von Baukostenzuschüssen auch in der Mittelspannung grundsätzlich zulässig

Das Energiewirtschaftsgesetz selbst sieht keine spezifische Regelung für die Erhebung von Baukostenzuschüssen vor. Für Netzanschlüsse in der Niederspannung regelt § 11 NAV die Erhebung von Baukostenzuschüssen.

Netzbetreiber sind aber auch grundsätzlich berechtigt, für Netzanschlüsse im Bereich höherer Netzebenen als der Niederspannung Baukostenzuschüsse zu erheben.

Zwar gibt es, anders als in der Niederspannungsanschlussverordnung keine explizite gesetzliche Regelung, welche die Erhebung von Baukostenzuschüssen für Anschlüsse in höheren Netzebenen regelt. Dies ist jedoch nicht erforderlich. Für die Errichtung sowie Erweiterung von Netzanschlüssen oberhalb der Niederspannung bildet § 17 EnWG die relevante Anspruchsgrundlage. Nach § 17 Abs. 1 EnWG haben die technischen und wirtschaftlichen Bedingungen für den Anschluss insbesondere den Erfordernissen der Angemessenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit zu genügen. Bei der Erhebung eines Baukostenzuschusses handelt es sich um die wirtschaftlichen Bedingungen eines Netzanschlusses. Baukostenzuschüsse sind im Zuge der Anschlusserstellung und

-erweiterung einmalig vom Anschlussnehmer zu entrichtende Zahlungen für die dauerhafte Bereitstellung von Anschlussleistung durch den Netzbetreiber,

> *vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.04.2019, Az. I-27 U 9/18, Tz. 79, zit. nach juris.*

Generelle Bedenken gegen die Erhebung von Baukostenzuschüssen oberhalb der Niederspannung bestehen nicht. Bei der dauerhaften Bereitstellung von Anschlusskapazität handelt es sich um ein vermögenswertes Gut, welches in privatwirtschaftlich organisierten Verhältnissen nur gegen Entgelt überlassen zu werden pflegt,

> *vgl. BK6 Positionspapier, S. 1.*

Die Erhebung von Baukostenzuschüssen für den Bereich der Elektrizitätswirtschaft, und zwar auch für Netzebenen oberhalb der Niederspannung, ist daher als allgemein üblich und rechtlich unbedenklich anerkannt,

> *vgl. BGH, Beschluss vom 09.10.2012, Az. EnVZ 14/12, zit. nach juris, Tz. 3.*

3.2 Keine Befreiung „netzgekoppelter“ Speicher von Baukostenzuschüssen nach § 118 Abs. 6 EnWG

Es ist der Antragsgegnerin nicht nach § 118 Abs. 6 EnWG untersagt, von der Antragstellerin für den Netzanschluss ihres Batteriespeicher-Projekts einen Baukostenzuschuss zu erheben. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob es sich um einen „netzgekoppelten“ Speicher handelt, er also vollständig und ohne Selbstverbrauch in das Netz einspeist, vgl. § 61l Abs. 1a EEG.

Nach § 118 Abs. 6 EnWG werden bestimmte Anlagen zur Speicherung von Energie hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt.

Unabhängig von der Frage, ob die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, scheitert eine Anwendung des § 118 Abs. 6 EnWG bereits daran, dass es sich bei Baukostenzuschüssen eben nicht um „Entgelte für den Netzzugang“ handelt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der in § 118 Abs. 6 EnWG verwendete Begriff der Entgelte für den Netzzugang ebenso auszulegen, wie der in § 24 Satz 1 Nr. 1 und 3 EnWG,

vgl. BGH, Beschluss vom 20.06.2017, Az. EnVR 24/16, zit. nach juris, Tz. 12.

Von § 118 Abs. 6 EnWG umfasst ist also nur die Befreiung von den – wie der Bundesgerichtshof es ausdrückt – „eigentlichen Netzentgelten“, nicht aber von den davon zu unterscheidenden „gesonderten Entgelten“,

vgl. BGH a.a.O., Tz. 13 und 15.

Dass der Baukostenzuschuss nicht als Netzentgelt im eigentlichen Sinne anzusehen ist, ergibt sich aus § 15 Abs. 1 Satz 2 StromNEV i. V. m. mit dem zeitlich später erlassenen § 8 Abs. 3 KraftNAV. Nach § 15 Abs. 1 Satz 2 StromNEV sind für die Einspeisung elektrischer Energie keine Netzentgelte zu entrichten. § 8 Abs. 3 KraftNAV bestimmt, dass Erzeugungsanlagen, soweit sie – wie Batteriespeicher (jedenfalls bezogen auf die Wirkleistungseinspeisung) – unter den Anwendungsbereich der KraftNAV fallen, keinen Baukostenzuschuss zu tragen haben. Der Befreiungstatbestand des § 8 Abs. 3 KraftNAV wäre aber schlicht überflüssig, wenn es sich beim Baukostenzuschuss um ein Netzentgelt handeln würde. Denn dann wäre bereits nach der Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 2 StromNEV kein Baukostenzuschuss zu zahlen. Berücksichtigt man weiter, dass § 8 Abs. 3 KraftNAV zeitlich später als § 15 Abs. 1 Satz 2 StromNEV in Kraft getreten ist und mithin der Gesetzgeber den Befreiungstatbestand des § 15 Abs. 1 Satz 2 StromNEV bereits kannte, ergibt sich daraus eindeutig, dass der Gesetzgeber bei Erlass des § 8 Abs. 3 KraftNAV davon ausgegangen ist, dass es sich beim Baukostenzuschuss gerade nicht um ein Netzentgelt im eigentlichen Sinne handelt. Dieses Ergebnis wird denn auch von Teilen in der Literatur bestätigt, wenn ausgeführt wird:

> *„Angesichts des Wortlauts von § 118 Abs. 6 S. 1 kann man zweifeln, ob der Gesetzgeber mit der Vorschrift auch die Erhebung von BKZ ausschließen wollte. Denn hierbei handelt es sich nicht um „Netzentgelte“ im eigentlichen Sinne.“, vgl. BeckOK EnWG Assmann/Peiffer/Peiffer, 3. Ed. Stand: 01.03.2022, EnWG § 118 Rn. 32.*

Auch die Tatsache, dass die Befreiung vom Baukostenzuschuss für die unter den Anwendungsbereich der Kraftwerks-Netzanschlussverordnung fallenden Erzeugungsanla-

gen spezialgesetzlich geregelt ist, spricht gegen die Auffassung der Antragstellerin. Denn nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofes lässt die spezialgesetzliche Normierung gerade den gesetzgeberischen Willen erkennen, dass eine konkurrierende Anwendung des § 118 Abs. 6 EnWG ausgeschlossen sein soll,

vgl. BGH a.a.O., Tz. 15.

Ebenfalls unzutreffend ist die Ansicht der Antragstellerin, wonach der Baukostenzuschuss eine einmalige Vorauszahlung auf die Netzentgelte sei, weshalb er ein Entgelt für den Netzzugang darstelle. Denn wie bereits ausgeführt, handelt es sich beim Baukostenzuschuss um eine einmalige Zahlung für die dauerhafte Bereitstellung von Anschlussleistung durch den Netzbetreiber,

vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., Tz. 79.

Die bereitgestellte Anschlussleistung schafft zwar als notwendige Voraussetzung die Möglichkeit der Netznutzung im dimensionierten Umfang, stellt aber für sich gesehen noch keine Netznutzung dar. Der Baukostenzuschuss wird auch nicht dadurch zum Netzentgelt, dass er nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromNEV als sonstiger Erlös zugunsten der Netzentgelte aufzulösen ist. Hierbei handelt es sich um eine reine Verrechnungsvorschrift. So werden auch Anschlusskostenbeiträge, die zweifelsfrei nicht zu den Netzentgelten gehören, nach § 9 StromNEV zugunsten der Netzentgelte aufgelöst.

3.3 Keine analoge Anwendung von § 118 Abs. 6 EnWG

Eine analoge Anwendung von § 118 Abs. 6 EnWG scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus. Die Befreiungsmöglichkeit nach § 118 Abs. 6 EnWG soll den wirtschaftlichen Anreiz für Investitionen in neue Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie erhöhen,

vgl. BT-Drucks. 17/6072, S. 97.

Diesem Anliegen des Gesetzgebers wird auch nach Ansicht des Bundesgerichtshofes bereits durch die Befreiung von den Netzentgelten im eigentlichen Sinne Genüge getan,

vgl. BGH a.a.O., Tz. 18.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber Speicherbetreiber bereits an vielen weiteren Stellen entlastet. So kommt denn auch die Bundesregierung in ihrem

„Bericht zur aktuellen Netzentgeltsystematik im Kontext von Stromspeichern, insbesondere von Pumpspeichern, und sonstigen flexiblen Verbrauchern“ zu dem Schluss:

> *„[…] die geltenden Regelungen ermöglichen eine sinnvolle Marktteilnahme, Netznutzung und verursachungsgerechte Netzfinanzierung.“ vgl. BT Drs. 20/1653 vom 10.03.2022, S. 1.*

Dieses Ergebnis gilt nach den Ausführungen des Berichts der Bundesregierung auf Seite 11 nicht nur für Pumpspeicher, sondern auch für die sonstigen Stromspeicher, wenn es dort heißt:

> *„Die in diesem Bericht dargestellten Regelungen und wesentlichen Zusammenhänge gelten auch für sonstige zumeist kommerziell genutzte Stromspeicher, bei denen kein Eigenverbrauch für Zwecke des Betreibers vorliegt.“ vgl. BT Drs. a.a.O., S. 11.*

Gegen eine planwidrige Regelungslücke und damit eine analoge Anwendung spricht zudem, dass die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG dem bereits oben zitierten § 8 Abs. 3 KraftNAV zeitlich nachfolgt. Hätte der Gesetzgeber mit § 118 Abs. 6 EnWG, wie von der Antragstellerin behauptet, auch die Befreiung von Baukostenzuschüssen für Speicher regeln wollen, hätte es nahegelegen, dass der Gesetzgeber in Kenntnis des § 8 Abs. 3 KraftNAV den Anwendungsbereich des § 118 Abs. 6 EnWG ausdrücklich auf Baukostenzuschüsse erstreckt hätte.

Die Behauptung der Antragstellerin, der Gesetzgeber habe bei seiner Regelung in § 118 Abs. 6 EnWG nicht bedacht, dass Speicher einen Baukostenzuschuss bezahlen müssen, da er im Ergebnis davon ausgegangen sei, dass Netzbetreiber Baukostenzuschüsse als Netzentgelte einordnen, ist haltlos. In den Gesetzesbegründungen findet sich kein Anhaltspunkt, der eine solche Annahme unterstützt. Die Erhebung von Baukostenzuschüssen ist eine seit Jahren geübte und als rechtmäßig anerkannte Praxis, welche den Gesetzgeber gerade dazu bewogen hat, gesetzliche Ausnahmetatbestände zu schaffen.

3.4 Baukostenzuschuss nach Leistungspreismodell ist angemessen, transparent und diskriminierungsfrei

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist der von der Antragsgegnerin vorliegend geforderte Baukostenzuschuss auf Basis des Leistungspreismodells nach § 17 Abs. 1 EnWG angemessen und diskriminierungsfrei. Gegen die Transparenz nach § 17 Abs. 1 EnWG bestehen keine Bedenken und wurden von der Antragstellerin auch nicht vorgetragen. Gerade aufgrund der gesetzlich geforderten Diskriminierungsfreiheit und Transparenz bedarf es bei Erhebung des Baukostenzuschusses einer objektiven Herangehensweise, welche für alle Anschlusspetenten transparente und vergleichbare Anschlussbedingungen schafft. Dies ist durch das Leistungspreismodell gewährleistet.

3.4.1 Keine Bedenken gegen Leistungspreismodell

Der objektive Ansatz des Leistungspreismodells ermöglicht eine hinreichende, aber nicht überzogene Lenkungs- oder Steuerungswirkung, welche mit der Erhebung des Baukostenzuschusses verfolgt wird. Der Leistungspreis spiegelt die Bedeutung der Kapazität für die Netzdimensionierung wider und bietet sich insoweit als Steuerungsfaktor für eine bedarfsgerechte Kapazitätsnachfrage an.

Dem liegt die Erwägung zu Grunde, dass der nach den Vorschriften der Stromnetzentgeltverordnung zu ermittelnde und der Kontrolle der Regulierungsbehörden unterliegende Leistungspreis die Auslastungsverhältnisse in der jeweiligen Netzebene widerspiegelt und daher in besonderer Weise als Steuerungsfaktor für eine bedarfsgerechte Kapazitätsnachfrage geeignet ist. So ist bei der im Zuge der Entgeltermittlung vorzunehmenden Verteilung der sich aus den jeweiligen – von den Regulierungsbehörden geprüften und festgesetzten – Erlösobergrenzen ergebenden Kosten auf Leistungs- und Arbeitspreis, die nach § 16 Abs. 2 i. V. m. Anlage 4 StromNEV für die jeweilige Netzebene ermittelte Gleichzeitigkeitsfunktion in der nach § 17 Abs. 3 StromNEV vorgeschriebenen Weise zu berücksichtigen. Folglich ist der Leistungspreis umso höher, je stärker die gleichzeitige Inanspruchnahme der jeweiligen Netzebene ist. Je höher aber die gleichzeitige Inanspruchnahme der jeweiligen Netzebene durch die Netzkunden ist, desto schwieriger ist es für den Netzbetreiber auch, neu hinzutretende Netzanschlusskapazität ohne Kosten verursachende Erweiterungs- beziehungsweise Netzausbaumaßnahmen zur Verfügung zu stellen. Es ist also mit Blick auf die gewollte steuernde Wirkung konsequent, die Höhe des Baukostenzuschusses über den Leistungspreis in Relation zu der in der Anschlussebene gleichzeitig herrschenden Auslastung zu setzen,

vgl. BK6 Positionspapier, S. 9.

Der Leistungspreis größer 2.500 Benutzungsstunden ist anzuwenden, weil er den richtigen Bezug zur Möglichkeit des Netznutzers herstellt, die kontrahierte Netzanschlusskapazität über das ganze Jahr zu jedem Zeitpunkt, das heißt über alle 8.760 Stunden eines Jahres, zu nutzen. Aufgrund der bestehenden Veröffentlichungspflicht für den Leistungspreis und der Multiplikation zweier Werte ist es dem Kunden zudem möglich, den Baukostenzuschuss in einem einfachen und transparenten Verfahren auf seine Angemessenheit hin zu überprüfen.

Auch die von der Antragstellerin diskutierten alternativen Modelle der Lenkungswirkung stellen das Leistungspreismodell nicht in Frage. Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass Netzbetreiber selbst im Anwendungsbereich der Niederspannungsanschlussverordnung nicht verpflichtet sind, eine bestimmte Berechnungsweise für die Bestimmung des Baukostenzuschusses zu verwenden. Ihnen steht vielmehr ein Auswahlermessen zu, welches nicht allein am Interesse des Anschlussnehmers auszurichten ist, mit möglichst geringen Kosten belastet zu werden,

vgl. BGH, Urteil vom 12.12.2012, Az. VIII ZR 341/11, Tz. 22 f.

Nichts Anderes kann im Ergebnis im Bereich von Netzebenen oberhalb der Niederspannung gelten, in dem Netzbetreiber mangels expliziter gesetzlicher Regelung ein lediglich durch § 17 EnWG eingeschränktes Auswahlermessen zusteht. Anschlusspetenten haben daher keinen Anspruch auf das nach ihrer Vorstellung beste Modell der Lenkungswirkung. Auch inhaltlich vermag das Modell der vertraglichen Schadensersatzansprüche gegen Anschlussnehmer, die nicht die gesamte beantragte Kapazität eines Netzanschlusses nutzen, nicht zu überzeugen. In der täglichen Anwendung eines solchen Systems müssten in einer streitträchtigen Einzelfallkasuistik eine Vielzahl von Fragen geklärt werden, z. B.

- für welchen Zeitraum der Netzkunde die kontrahierte Netzanschlusskapazität unterschreiten darf, ohne Schadensersatz leisten zu müssen,
- ob die gesamte Netzanschlusskapazität in Anspruch genommen werden muss oder wie hoch eine Mindestabnahme gemessen an der Gesamtkapazität sein muss, um der Schadensersatzpflicht zu entgehen,

- ob es ausreicht, dass die Gesamtkapazität/Mindestabnahme im Betrachtungszeitraum einmal in einer Viertelstunde erreicht wurde und wenn nein, von welcher Dauer beziehungsweise Häufigkeit die Abnahme zu erfolgen hat,
- welche Ursachen für die Unterschreitung, z. B. eine Konjunkturkrise, der Netzkunde im Sinne der §§ 276, 278 BGB zu vertreten hat.

Nicht zuletzt würde man in einem solchen System dem Netzbetreiber beziehungsweise der Gesamtheit der Netznutzer das Insolvenzrisiko des schadensersatzpflichtigen Kunden aufbürden. Zudem wäre ein solches System mit wesentlich höherem Aufwand und damit auch Kosten für die Gesamtheit der Netznutzer verbunden.

3.4.2 Steuerungswirkung auch bei „netzgekoppelten“ Speichern sinnvoll

Es ist auch bei „netzgekoppelten“ Stromspeichern sinnvoll, über den Baukostenzuschuss, der an die nachgefragte Anschlussleistung anknüpft, wie für „normale“ Letztverbraucher i. S. d. § 3 Nr. 25 EnWG eine Steuerung des Nachfrageverhaltens anzustreben. Die Lenkungs- oder Steuerungswirkung ist daher auch als legitimes Ziel des Netzbetreibers anzusehen.

Entfiele die steuernde Wirkung eines Baukostenzuschusses für netzgekoppelte Stromspeicher, steht zu befürchten, dass die Dimensionierung des Speichers ausschließlich nach betriebswirtschaftlichen Erwägungen und ohne Rücksicht auf die Netzsituation vor Ort erfolgt. Denn auch für einen Stromspeicher muss der Netzbetreiber dem Anschlussnehmer eine vertraglich vereinbarte Anschlussleistung dauerhaft zur Verfügung zu stellen und sein Netz entsprechend ausgestalten und bewirtschaften. Auch nach Aussage der Antragstellerin soll der Speicher unter anderem der Bereitstellung von Regelleistung (Primärregelleistung) gegenüber dem Übertragungsnetzbetreiber und zum Stromhandel an der Strombörse dienen. Dabei ist die Bereitstellung von Regelleistung zwar systemdienlich für das Stromsystem in Gänze, ausschlaggebend für die Lenkungs- oder Steuerungswirkung ist aber nicht die Gesamtsystembetrachtung, sondern die lokalen Auswirkungen auf das Anschlussnetz. Eine entlastende Wirkung in Bezug auf die (Gesamt-) Systembilanz und das Übertragungsnetz muss nicht notwendigerweise mit einer Entlastung des Anschlussnetzes einhergehen. Vielmehr kann die Erbringung von Regelenergie im Anschlussnetz zu Problemen führen, indem sie dort zu Überlastungen und zu Engpässen führt. Die „Systemdienlichkeit“ bezogen auf das Übertragungsnetz und der

vorliegenden Anschlussebene im Verteilernetz kann also unterschiedlich zu beurteilen sein. Insofern ist für den Anschlussnetzbetreiber das mit dem Baukostenzuschuss intendierte Ziel der Steuerungswirkung durch die Teilnahme an den Regelenergiemärkten gerade nicht obsolet.

Angesichts hoher Preisspannen bei den Stromgroßhandelspreisen, ist die vorgetragene erdrosselnde Wirkung der Baukostenzuschüsse in keiner Weise substantiiert. Selbst der Einsatz für die Regelenergie ist abhängig von den wirtschaftlichen Ergebnissen der unterschiedlichen Nutzungsfälle und in keiner Weise gesichert.

Das marktlich geführte Speicheranlagen nicht automatisch netzbetrieblich vorteilhafte Effekte auslösen verdeutlicht die mögliche entflechtungsrechtliche Ausnahmegenehmigung nach § 11b EnWG. Diese ermöglicht es Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen, Eigentümer von Energiespeicheranlagen zu sein, die elektrische Energie erzeugen, oder solche zu errichten, zu verwalten oder zu betreiben. Solche vollständig integrierten Netzkomponenten dienen nach § 3 Nr. 38b EnWG ausschließlich der Aufrechterhaltung des sicheren und zuverlässigen Netzbetriebs und nicht der Bereitstellung von Regelenergie oder dem Engpassmanagement. Würden Energiespeicheranlagen diese Effekte durch ihren marktlichen Betrieb „en passant“ hervorrufen, hätte es einer gesetzlichen Ausnahmevorschrift für Netzbetreiber nicht bedurft.

3.5 § 315 Abs. 3 BGB nicht nach § 31 EnWG überprüfbar

Soweit die Antragstellerin einen Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 315 Abs. 3 BGB rügt, ist darauf hinzuweisen, dass sich Netzbetreiber nach § 31 EnWG nur dann missbräuchlich verhalten, wenn sie gegen die Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des Energiewirtschaftsgesetzes oder der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie den nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden verstoßen. Insoweit sind etwaige Verstöße gegen § 315 Abs. 3 BGB von der Antragstellerin über den zivilrechtlichen Weg zu verfolgen.

3.6 Kein Verbot der Erhebung von Baukostenzuschüssen für netzgekoppelte Speicher auf Grundlage des MoU

Die Erhebung des Baukostenzuschusses ist auch mit Blick auf das von der Antragsgegnerin mitunterzeichnete bayerische MoU nicht missbräuchlich.

Nach diesem soll den Betreibern von stationären Speicheranlagen in diskriminierungsfreier Weise bei der Erhebung von Baukostenzuschüssen durch die Netzbetreiber entgegengekommen werden,

vgl. S. 5 des MoU.

Nach dem im MoU in Bezug genommenen Hinweispapier des VBEW verzichten beziehungsweise reduzieren die im VBEW organisierten bayerischen Stromverteilernetzbetreiber, worunter auch die Antragsgegnerin fällt, auf die Erhebung eines Baukostenzuschusses für den Fall, dass der Batteriespeicher Strom aus dem Netz bezieht und der Batteriespeicherbetreiber dem Netzbetreiber nachweist, dass sich der Speicher für sein Netz systemdienlich verhält,

vgl. VBEW Hinweispapier S. 4 f.

Es bestehen bereits erhebliche Zweifel, ob es vor dem Hintergrund des Diskriminierungsverbots ohne gesetzliche Ermächtigung überhaupt zulässig ist, einer bestimmten Petentengruppe von Seiten eines Netzbetreibers über die bestehenden gesetzlichen Regelungen hinaus wirtschaftlich entgegenzukommen. Denn dies bedeutet gleichzeitig im Gegenzug die Benachteiligung anderer Petentengruppen wie z. B. Lasten, die sich ebenfalls wie ein Speicher flexibel oder „systemdienlich“ im Sinne des MoU beziehungsweise des Hinweispapiers verhalten wollen.

Des Weiteren darf nicht übersehen werden, dass sich durch den Verzicht auf die Erhebung von Baukostenzuschüssen die Netzfinanzierung verteuern würde. Da Baukostenzuschüsse nach § 9 StromNEV zugunsten der Netzentgelte aufgelöst werden, müssten die infolge des Verzichts fehlenden Geldmittel anderweitig aufgebracht werden. Hierdurch aber fielen erhöhte Finanzierungskosten an, die durch die Gesamtheit der Netznutzer zu tragen wären. Der Baukostenzuschuss stellt nämlich sogenanntes unverzinsliches Fremdkapital dar. Gegenüber anderen Formen der Fremdfinanzierung (beispielsweise Kredite) oder der Nutzung von Eigenmitteln handelt es sich beim Baukostenzuschuss mithin um die günstigste Finanzierungsform, die ein Netzbetreiber wählen kann. Unter der Prämisse, dass die Entgelte auf Grundlage der Kosten bestimmt werden müssen, die einer effizienten einer Betriebsführung entsprechen (vgl. § 21 Abs. 2 Satz 1

EnWG) ist fraglich, ob Regelungen, welche die Finanzierung der Netze betreffen, überhaupt individuell abbedungen werden können,

> *verneinend für § 19 Abs. 3 StromNEV: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.06.2022, Az. VI-3 Kart 113/21 [V], S. 17 f.*

Mithin erhält selbst die Finanzierungsfunktion der Baukostenzuschüsse in einer Phase erheblichen Netzausbaus eine andere Bedeutung als noch vor einigen Jahren. Diese Frage muss aber im vorliegenden Fall nicht entschieden werden, da die Antragsgegnerin gerade nicht auf die Erhebung des Baukostenzuschusses verzichten will. Hieran ist sie auch nicht aufgrund des MoU oder des VBEW Hinweispapiers gehindert, da diesen als bloße Absichtserklärungen gegenüber einer unbestimmten Öffentlichkeit keine Bindungswirkung für den Einzelfall zukommt. Insoweit ist die Antragsgegnerin auch nicht verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin im Schreiben vom 15.08.2022 anzunehmen, im Gegenzug zur angebotenen Übertragung der Steuerhoheit auf den Baukostenzuschuss zu verzichten.

Ob und inwieweit dem MoU und dem VBEW Hinweispapier gegebenenfalls die Qualität einer zivilrechtlichen Einrede zugemessen werden kann, ist durch die Zivilgerichte, nicht aber von der Beschlusskammer zu klären.

4 Kosten (Tenor zu 2)

Die Erhebung von Kosten nach § 91 EnWG bleibt einem gesonderten Verfahren vorbehalten.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Christian Mielke	Andreas Faxel	Jens Lück
Vorsitzender	Beisitzer	Beisitzer