Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 Kart 183/23

Datum:	20.12.2023
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	3. Kartellsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	3 Kart 183/23
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2023:1220.3KART183.23.00

Leitsätze:

Die Erhebung eines anhand des Positionspapiers BKZ errechneten Baukostenzuschusses für Entnahmekapazität eines rein netzgekoppelten Batteriespeichers stellt eine diskriminierende Gleichbehandlung dar.

Tenor:

Unter Aufhebung ihres Beschlusses vom 6. Dezember 2022 (BK…) wird die Bundesnetzagentur verpflichtet, über den auf § 31 EnWG gestützten Antrag der Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden.

Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen außergerichtlichen Auslagen der Beschwerdeführerin trägt die Bundesnetzagentur. Etwaige Auslagen der weiteren Beteiligten trägt diese selbst.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf … Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe: 1

A. 2

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen einen Beschluss der Bundesnetzagentur vom 6. Dezember 2022 (BK…), mit dem ein auf § 31 EnWG gestützter Antrag der Beschwerdeführerin, der weiteren Beteiligten die Forderung nach Zahlung eines Baukostenzuschusses zu untersagen, als unbegründet zurückgewiesen wurde. 3

Die Beschwerdeführerin betreibt deutschlandweit Batteriespeicher. Am 12. Mai 2021 richtete sie an die weitere Beteiligte, die ein Verteilernetz betreibt, ein Netzanschlussbegehren. Dieses betraf einen geplanten Batteriespeicher mit einer maximalen Lade- und Entladeleistung von 1.725 Kilowatt, einer entsprechenden Leistung des Ladereglers und einer Speicherkapazität von 3.450 Kilowattstunden an einem näher bezeichneten Standort in ... Die Beschwerdeführerin erläuterte, dass der Batteriespeicher als rein netzgekoppelter Speicher errichtet und betrieben werden solle. Ein Verbrauch zwischengespeicherter Energie vor Ort sei nicht beabsichtigt. Es gehe vielmehr um Systemdienstleistungen für das Stromnetz durch Bereitstellung von Regelleistung gegenüber dem Übertragungsnetzbetreiber, Stromhandel am Intraday-Markt, gezielte Einspeisung zu Zeitpunkten besonders hoher Lastspitzen im lokalen Verteilernetz und Bereitstellung von Blindleistung, was zu einer Verbesserung der Spannungsqualität im Großraum des Speichers führen werde. 4

Mit Schreiben vom 6. Oktober 2021 teilte die weitere Beteiligte mit, dass der Batteriespeicher an ihr 20 Kilovolt-Netz angeschlossen werden könne und wies einen Netzverknüpfungspunkt auf Ebene der Mittelspannung zu. Im November 2021 erklärte die weitere Beteiligte, dass ein Baukostenzuschuss zu zahlen sei. In den im Internet abrufbaren Allgemeinen Bedingungen der weiteren Beteiligte für „Netzanschlüsse ab Mittelspannung“ mit Stand vom 1. Januar 2020 heißt es hierzu auszugsweise: 5

3.2 Für die erstmalige Bereitstellung von Netzanschlusskapazität bei Neuanschlüssen oder bei Erhöhung der bisher im Netzanschlussvertrag vereinbarten Netzanschlusskapazität für Entnahme sind wir berechtigt, einen Baukostenzuschuss (BKZ) zu verlangen. Sie finden die jeweils aktuellen und gültigen Preise auf www. … 6

… 7

3.5 Die Absätze 2 bis 4 gelten nicht, soweit die Netzanschlusskapazität dem Eigenbedarf einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und Grubengas, einer KWK-Anlage im Sinne des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG), oder einer Anlage im Sinne der Kraftwerksnetzanschlussverordnung (KraftNAV) dient und diese Eigenbedarfsentnahme sowie die Einspeisung über einen Netzanschlusspunkt erfolgen. 8

Den Baukostenzuschuss bezifferte die weitere Beteiligte auf … Euro. Seiner Berechnung liegt das Positionspapier der Bundesnetzagentur zur Erhebung von Baukostenzuschüssen im Bereich von Netzebenen oberhalb der Niederspannung (BK6p-06-003) aus dem Jahre 2009 zugrunde (im Folgenden: Positionspapier BKZ), welches die weitere Beteiligte in einem gesondert abrufbaren Dokument für maßgeblich erklärt hatte. Im Positionspapier BKZ führt die Bundesnetzagentur aus, dass es sich bei der dauerhaften Bereitstellung von Anschlusskapazität um ein vermögenswertes Gut handele, welches in privatwirtschaftlich organisierten Verhältnissen nur gegen Entgelt überlassen zu werden pflege. Sie betrachte eine Baukostenzuschussforderung als angemessen und transparent im Sinne des § 17 EnWG, wenn der Baukostenzuschuss mithilfe einer Multiplikation der vertraglich vereinbarten Leistungsbereitstellung mit dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Vertragsanpassung geltenden veröffentlichen Leistungspreis (> 2.500 Benutzungsstunden) bestimmt werde (sogenanntes Leistungspreismodell; hier: … Euro × 1.725 Kilowatt = … Euro). 9

Mit einer auf § 31 EnWG gestützten Antragsschrift vom 20. Juni 2022 forderte die Beschwerdeführerin von der Bundesnetzagentur, der weiteren Beteiligen das Verlangen nach Zahlung eines Baukostenzuschusses dem Grunde nach und hilfsweise in Höhe der errechneten … Euro zu untersagen. Nachdem die weitere Beteiligte mit Schreiben vom 29. Juli 2022 Stellung genommen und darauf hingewiesen hatte, dass sie von sämtlichen Bezugskunden einen Baukostenzuschuss fordere, ergänzte die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen. Sie machte geltend, dass die weitere Beteiligte im Zuge eines sogenannten Memorandum of Understanding die Absicht bekundet habe, den Baukostenzuschuss von Speicheranlagen zu senken, soweit dies diskriminierungsfrei möglich sei. 10

Mit dem eingangs genannten, hier insgesamt in Bezug genommenen Beschluss vom 6. Dezember 2022 wies die Bundesnetzagentur den Antrag der Beschwerdeführerin zurück. Ihre Entscheidung begründete die Bundesnetzagentur im Wesentlichen wie folgt: Die Erhebung von Baukostenzuschüssen sei auch in der Mittelspannung grundsätzlich zulässig. Sogenannte netzgekoppelte Speicher würden hiervon nicht durch § 118 Abs. 6 EnWG befreit. Der konkret geforderte Baukostenzuschuss sei auch angemessen und diskriminierungsfrei. Es bestünden keine Bedenken gegen das Leistungspreismodell. Auch bei „netzgekoppelten“ Stromspeichern sei es sinnvoll, über einen an die nachgefragte Anschlussleistung anknüpfenden Baukostenzuschuss eine Steuerung des Nachfrageverhaltens anzustreben. Andernfalls stünde zu befürchten, dass die Dimensionierung des Speichers ohne Rücksicht auf die Netzsituation vor Ort allein nach betriebswirtschaftlichen Kriterien erfolge. Die Bereitstellung von Regelleistung sei zwar systemdienlich für das Stromsystem in Gänze, ausschlaggebend seien aber die lokalen Auswirkungen auf das Anschlussnetz. Dass Speicheranlagen nicht automatisch netzbetrieblich vorteilhafte Effekte auslösten, verdeutliche die Ausnahmeregelung des § 11b EnWG. Soweit die Beschwerdeführerin einen Verstoß gegen § 315 BGB geltend mache, sei ein solcher im Zivilrechtsweg zu verfolgen. 11

Die Erhebung des Baukostenzuschusses sei schließlich auch nicht mit Blick auf das von der weiteren Beteiligten unterzeichnete Memorandum of Understanding missbräuchlich. Es bestünden bereits erhebliche Zweifel, ob es vor dem Hintergrund des Diskriminierungsverbots ohne gesetzliche Ermächtigung zulässig sei, einer bestimmten Gruppe von Petenten über die bestehenden gesetzlichen Regelungen hinaus entgegenzukommen. Es dürfe nicht übersehen werden, dass sich durch den Verzicht auf die Einforderung von Baukostenzuschüssen die Netzfinanzierung verteuern würde, da Baukostenzuschüsse zu Gunsten der Netzentgelte aufgelöst würden (§ 9 StromNEV). Mithin erhalte selbst die Finanzierungsfunktion der Baukostenzuschüsse in einer Phase des Netzausbaus eine andere Bedeutung als noch vor einigen Jahren. Diese Frage müsse hier aber nicht entschieden werden, da die weitere Beteiligte nicht auf die Erhebung des Baukostenzuschusses verzichten wolle. An einer solchen Forderung sei die weitere Beteiligte jedenfalls nicht durch bloße Absichtserklärungen gehindert. 12

Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer am 9. Januar 2023 eingelegten Beschwerde. Sie macht in erster Linie geltend, dass die Bundesnetzagentur zu Unrecht das Unionsrecht im Missbrauchsverfahren nicht geprüft habe. Die Bundesnetzagentur könne sich als unabhängige Regulierungsbehörde „nicht hinter dem Gesetzgeber verstecken“, sondern müsse das nationale Recht selbst und ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen, unter denen eine Richtlinie subjektive Rechte vermittele, unionsrechtskonform auslegen. Danach sei maßgeblich, dass die Erhebung des Baukostenzuschusses mit Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 nicht zu vereinbaren sei. 13

14

Das darin geregelte Investitionsbehinderungsverbot beziehe sich ausdrücklich auf Investitionen in die Energiespeicherung. Der hier geforderte Baukostenzuschuss betreffe eine solche Investition und behindere diese, was gerade anhand der konkreten Höhe (15 Prozent des Investitionsvolumens) deutlich werde, die ihr Projekt sogar „unnötig verhindert“ habe. Unnötig sei eine Behinderung, wenn mit ihr nicht legitime Ziele verfolgt würden, welche die mit Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 verfolgten Ziele überwögen. Danach sei das Ergebnis eindeutig. Das europäische Konzept ziele auf eine kosteneffiziente Alternative zum Netzausbau ab (vgl. die Erwägungsgründe 61 und 62 RL (EU) 2019/944). Die Vorschriften der RL (EU) 2019/944 bzw. VO (EU) 2019/943 sähen in einem Mehr an Energiespeicherung den Schlüssel zur Vermeidung eines kostspieligen Netzausbaus. Abweichend hiervon erstrebten Netzbetreiber mit dem Baukostenzuschuss auf Grundlage des seit nahezu 15 Jahren nicht überarbeiteten Positionspapiers BKZ eine möglichst geringe Anschlussleistung. Der damals gewählte Weg sei völlig aus der Zeit gefallen.

Soweit die Bundesnetzagentur die Erhebung eines Baukostenzuschusses bei netzgekoppelten Batteriespeichern mit einer Belastungswirkung vor Ort rechtfertige, sei diese Einschätzung bereits sachlich falsch. Sie wolle mit dem verfahrensgegenständlichen Batteriespeicher nicht nur Regelleistung bereitstellen und Strom am Intraday-Markt vermarkten, sondern plane auch die gezielte Einspeisung zu Zeitpunkten besonders hoher Lastspitzen vor Ort sowie die Bereitstellung von Blindleistung. Der weiteren Beteiligten habe man sogar angeboten, die uneingeschränkte Steuerhoheit über den Speicher bei Netzengpässen zu übertragen, worauf diese aber aufgrund rechtlicher Zweifel der Bundesnetzagentur nicht eingegangen sei. 15

Abgesehen davon dürften die klaren energiepolitischen Richtungsvorgaben nicht unter Hinweis auf vermeintliche Auswirkungen für das Netz vor Ort konterkariert werden. Die Bundesnetzagentur verfolge eine eigene, speicher-skeptische Agenda. Es sei keine legitime Steuerung der Nachfrage, wenn darauf hingewirkt werde, dass Batteriespeicher mit einer möglichst geringen Kapazität errichtet würden. Die Gefahr einer Überdimensionierung des Netzanschlusses, etwa um den Speicher später zu erweitern („Puffer“), sei - wenn überhaupt - ein theoretisches Problem, zumal dem Netzbetreiber bei allen ihrer bisherigen Netzanschlussbegehren ein technisches Konzept vorgelegt worden sei. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Baukostenzuschuss zu einer energiewirtschaftlich sinnvollen geographischen Verteilung von Batteriespeichern führe. Vielmehr sei das Gegenteil der Fall. Grundsätzlich sei es zwar richtig, dass die Leistungspreiskomponente die Belastungssituation im jeweiligen Netzgebiet widerspiegele. Für die Höhe der Leistungspreiskomponente spielten neben der Form der Gleichzeitigkeitsfunktion aber noch zahlreiche andere Aspekte eine Rolle. So könne an Beispielen aufgezeigt werden, dass die Leistungspreiskomponente gerade in Netzgebieten mit großen Erzeugungskapazitäten aus erneuerbaren Energien häufig sehr hoch sei. Das Leistungspreismodell verhindere damit einen erzeugungsnahen Zubau, dessen Sinnhaftigkeit die Bundesnetzagentur in der Genehmigung des Szenariorahmens 2023-2037/2045 (S. 67) selbst anerkenne, und bewirke eine Ballung von Batteriespeichern in Gebieten mit niedrigen Baukostenzuschüssen. 16

Es verbiete sich überdies aus Rechtsgründen, mit einer Lenkungs- bzw. Steuerungsfunktion von Baukostenzuschüssen zu argumentieren, die im Hinblick auf Letztverbraucher entwickelt worden sei. Netzgekoppelte Speicher seien sowohl nach dem Unionsrecht (vgl. Art. 2 Nr. 60 RL (EU) 2019/944) als auch nach der neuen Definition in § 3 Nr. 15d EnWG keine Letztverbraucher. Die frühere Rechtsprechung zur Doppelrolle sei obsolet. 17

18

Zudem verfüge der Anschlussnetzbetreiber nach § 13a EnWG in Verbindung mit § 14 EnWG und aufgrund der Vorgaben im Zuge der Präqualifikation von technischen Ressourcen zur Regelleistungserbringung (vgl. Art. 182 Abs. 4 (VO (EU) 2017/1485) über ausreichende Instrumente, um eine netzbelastende Wirkung auszuschließen. Die Einforderung eines Baukostenzuschusses sei mithin nicht erforderlich und könne auch nicht damit begründet werden, dass der Strompreis nicht zu jeder Zeit die Belastungssituation des Netzes vor Ort widerspiegele. Dieser Effekt sei kein „Fehler“ von Batteriespeichern, sondern verdeutliche lediglich die Notwendigkeit einer Gebotszonenteilung.

Die Regelung des § 17 EnWG, welche im Allgemeinen die Rechtsgrundlage für die Erhebung von Baukostenzuschüssen darstellen möge, müsse nach alledem richtlinienkonform ausgelegt werden. Sollte der Senat diese Auffassung nicht teilen, werde er dazu aufgefordert, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten, um zu klären, ob eine nationale Vorschrift, welche die Erhebung einer Einmalzahlung als rechtmäßig erachte, die die Investitionskosten um (mehr als) 15 Prozent erhöhe, gegen Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 und/oder Art. 3 Buchst. g VO (EU) 2019/943 verstoße. 19

Allerdings sei der angegriffene Beschluss schon deshalb rechtswidrig, weil der verlangte Baukostenzuschuss bereits mit dem nationalen Recht (§ 17 und § 20 sowie § 11c EnWG) unvereinbar sei. Ein Baukostenzuschuss habe nicht mehr eine Finanzierungs-, sondern eine Lenkungs- und Steuerungsfunktion, was mittelbar dem Ziel einer preisgünstigen Versorgung (§ 1 Abs. 1 EnWG) diene. Danach sei es sachwidrig, dass in dem angegriffenen Beschluss gleichwohl auf die überkommene Finanzierungsfunktion des Baukostenzuschusses abgestellt worden sei. Zudem entlasteten netzgekoppelte Speichern das Netz, etwa bei Abgabe zwischengespeicherten Stroms in Zeiten geringer Erzeugung erneuerbarer Energien oder durch Aufnahme von Strom im umgekehrten Fall, was die Anzahl entschädigungspflichtiger Abregelungen verringere. Energiespeicheranlagen ermöglichten insbesondere eine Glättung der Volatilität der Strompreise. So gehe die Bundesnetzagentur selbst in ihrer Genehmigung des Szenariorahmens 2023-2037/2045 von einem Bedarf an Großbatteriespeichern von mindestens 23,7 Gigawatt aus, und zwar von solchen, die strommarktbasiert betrieben würden. Erst recht sei es ausgeschlossen, einen Ausbaubedarf, der mit der Erbringung einer Systemdienstleistung wie Regelleistung einhergehe, als Begründung für einen Baukostenzuschuss heranzuziehen. Im Übrigen sei die These, dass es auf die Auswirkungen auf das lokale Netz ankomme, ohnehin nicht haltbar. Die Definition des Energieversorgungsnetzes in § 3 Nr. 16 EnWG lege vielmehr nahe, dass es auf eine Gesamtbetrachtung der Auswirkungen auf das gesamte Netz ankommen müsse. 20

Außerdem erweise sich der Baukostenzuschuss als prohibitiv. Dies zeige sich daran, dass aufgrund seiner Erhebung eine Projektverwirklichung unmöglich gewesen sei. Wegen der linearen Berechnung des Baukostenzuschusses nach dem Leistungspreismodell würde es ihr auch nicht weiterhelfen, wenn sie das Projekt nur mit einer geringeren Leistung umsetzen würde. Der Anteil des Baukostenzuschusses an den Projektkosten würde dadurch nicht sinken. Ihr gehe es allerdings nicht um ihre individuelle Situation, sondern um die Verdeutlichung der Notwendigkeit, ein allgemeingültiges Modell zu entwickeln, das die Angemessenheit eines Baukostenzuschusses in Bezug auf Batteriespeicher beantworte. Die Bundesnetzagentur hätte ihr Vorbringen zum Anlass nehmen müssen, dem Problem weiter nachzugehen. Diesen Prüfauftrag habe die Bundesnetzagentur nicht erfüllt. Schon deshalb sei der Beschluss rechtswidrig. 21

Es verstoße auch gegen das Diskriminierungsverbot, netzgekoppelte Speicher wie Letztverbraucher zu behandeln. Richtigerweise ergebe sich aus § 17 Abs. 1 EnWG nur ein 22

Verbot einer „Andersbehandlung“ innerhalb der jeweils betroffenen Gruppe von Anschlusspetenten. Mit der Aufzählung verschiedener Gruppen von Anschlusspetenten in § 17 EnWG habe der Gesetzgeber bewusst zum Ausdruck gebracht, dass nicht alle „über einen Kamm geschoren werden dürften“. Auch dem Unionsrecht liege eine Unterscheidung zwischen Letztverbrauchern und Energiespeicheranlagen zugrunde. Dementsprechend sei eine „Andersbehandlung“ unionsrechtlich geboten. Energiespeicheranlagen seien wie variable und flexible Energieerzeuger zu behandeln (vgl. dazu Art. 3 Buchst. j VO (EU) 2019/943: „gleichberechtigt“). Die Bundesnetzagentur bleibe eine Erklärung dafür schuldig, weshalb ihr Speicher nicht wie ein Kraftwerk behandelt werde, wenn die Wirkungen doch gleich seien bzw. weshalb bei Erzeugungsanlagen ein Baukostenzuschuss nicht erhoben werde, wenn es doch angeblich „nur auf die Physik“ ankomme. Zudem sei zu beachten, dass die Bundesnetzagentur ausweislich ihrer aktuellen Konsultation zur Festlegung nach § 14a EnWG (BK-6-22-300) eine Rabattierung von Baukostenzuschüssen bei der Integration von steuerbaren Verbrauchseinrichtungen ermöglichen wolle, und zukünftig von einer besonderen Kompetenz zur Differenzierung Gebrauch machen dürfe (§ 17 Abs. 4 EnWG-E; BT-Drucks. 20/7310, S. 76 f.).

Darüber hinaus sei die verfahrensgegenständliche Forderung auch nach § 118 Abs. 6 EnWG unzulässig. Baukostenzuschüsse seien Entgelte für den Netzzugang im Sinne dieser Vorschrift. Aufgelöst werde der Zuschuss gemäß § 9 StromNEV. Er wirke sich kostenmindernd auf die Netzentgelte aus („tarifsenkende Vorauszahlungen auf den Strompreis“). Soweit der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 20. Juni 2017 (EnVR 24/16) sogenannte „gesonderte Entgelte“ als nicht von § 118 Abs. 6 EnWG erfasst angesehen habe, könne diese Wertung nicht auf Baukostenzuschüsse übertragen werden. Mit diesen werde kein von der Stromentnahme losgelöster Zweck verfolgt, wie dies etwa bei der KWK-Umlage der Fall sei. Baukostenzuschüsse würden nicht bloß „anlässlich“ der Netznutzung erhoben. Auch aus § 8 Abs. 3 KraftNAV und § 15 Abs. 1 StromNEV lasse sich nicht ableiten, dass Baukostenzuschüsse nicht zum Netzentgelt zählten. Insbesondere sei es grundsätzlich verfehlt, aus untergesetzlichen Verordnungen auf den Willen des Gesetzgebers zu schließen. 23

Jedenfalls bedürfe es einer analogen Anwendung des § 118 Abs. 6 EnWG. Der Baukostenzuschuss habe sich als zentrale Hürde für die Wirtschaftlichkeit von Speichern entwickelt. Der Plan des Gesetzgebers, neue Speicher zu fördern, werde durch die Praxis der Netzbetreiber konterkariert. Dies gelte insbesondere in Netzgebieten mit hohen Netzentgelten. Wäre dem Gesetzgeber dieser Umstand bewusst gewesen, hätte er § 118 Abs. 6 EnWG ausdrücklich auf Baukostenzuschüsse erstreckt. 24

Hilfsweise habe eine Billigkeitskontrolle nach Maßgabe des Hilfsantrags zu erfolgen. Die Bundesnetzagentur habe verkannt, dass Verstöße gegen § 315 BGB auch im Missbrauchsverfahren zu prüfen seien bzw. eine vergleichbare Billigkeitskontrolle stattzufinden habe. 25

Die Beschwerdeführerin beantragt, 26

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des Beschlusses vom 6. Dezember 2022 (BK…) dazu zu verpflichten, es der weiteren Beteiligten zu untersagen, für den Netzanschluss des Batteriespeichers am Standort … einen Baukostenzuschuss zu verlangen, 27

hilfsweise 28

29

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des Beschlusses vom 6. Dezember 2022 (BK…) dazu zu verpflichten, es der weiteren Beteiligten zu untersagen, für den Netzanschluss des Batteriespeichers am bezeichneten Standort einen Baukostenzuschuss in Höhe von … Euro zu verlangen.

Die Bundesnetzagentur beantragt, 30

die Beschwerde zurückzuweisen. 31

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss im Wesentlichen wie folgt: Maßgeblich sei im Ausgangspunkt, dass es im hiesigen Verfahren nicht um die Frage gehe, ob Speicher privilegiert werden dürften, sondern ob die weitere Beteiligte missbräuchlich gehandelt habe. Letzteres sei nicht der Fall. Die Berechtigung der Netzbetreiber zur Erhebung eines Baukostenzuschusses ergebe sich aus § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Die Lenkungs- und Steuerungsfunktion der Baukostenzuschüsse diene auch bei Speichern einem legitimen Ziel. Das EnWG gehe davon aus, dass der Anschlussnehmer die Höhe der Kapazität bestimme. Dieses Bestimmungsrecht benötige den Baukostenzuschuss als Korrektiv. Andernfalls könnte die Beschwerdeführerin wie jeder andere Anschlussnehmer auf Ein- oder Ausspeiseseite die abgeforderte Netzanschlusskapazität ohne jede Konsequenz mit einem „Puffer“ versehen. Soweit die Beschwerdeführerin darauf verweise, dass diese Gefahr nach der derzeitigen Praxis nicht bestehe, sei dies unerheblich, weil die Praxis gerade unter der Prämisse der Erhebung von Baukostenzuschüssen stehe. 32

Zu Unrecht unterstelle die Beschwerdeführerin, im angegriffenen Beschluss sei mit den Erwägungen zu § 9 StromNEV eine „neuartige Finanzierungsfunktion“ anerkannt worden. Die Beschwerdeführerin reiße den Abschnitt aus dem Zusammenhang. Es sei lediglich aufgezeigt worden, dass ein eigenmächtiger Verzicht des Netzbetreibers auf Erhebung des Baukostenzuschusses zu Gunsten einzelner Gruppen von Anschlusspetenten im Rahmen der Kostenprüfung problematisch wäre. Im Übrigen wäre der Zuschuss hier selbst bei Außerachtlassung der genannten Erwägung in gleicher Höhe erhoben worden. 33

Speicher seien auch nicht anders zu behandeln als andere Anschlusspetenten. Für einen Anspruch auf Sonderbehandlung biete das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Die Aufzählung einzelner Gruppen von Anschlusspetenten in § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG diene lediglich der Klarstellung. Eine Privilegierung einzelner Gruppen ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage wäre willkürlich und gesetzeswidrig. Für eine Sonderbehandlung gebe es auch keinen sachlichen Grund, weil die physikalischen Wirkungen eines Speichers auf das Netz denen eines Kraftwerkes oder einer Last glichen. Soweit die Beschwerdeführerin sich darauf berufe, dass netzgekoppelte Speicher systemdienlich seien, basiere dies auf einer einseitigen, abstrakt-generellen Betrachtung. Entscheidend seien die Auswirkungen auf das lokale Anschlussnetz. So könne ein für das Übertragungsnetz netzstützendes Verhalten im selben Moment für das Anschlussnetz schädlich sein, etwa dann, wenn dem Anschlussnetz eine Überspeisung drohe, der Speicher aber aufgrund einer Unterspeisung in der Regelzone zur Einspeisung verpflichtet sei. Ebenso könne eine Entnahme von Strom zum Zwecke der Regelenergieerbringung zur Verstärkung eines im Anschlussnetz bereits bestehenden Engpasses führen. Dabei sei zu bedenken, dass auch anderen Teilnehmern an den Regelenergiemärkten eine netzdienliche Wirkung zukomme, ohne dass deren Verpflichtung zur Zahlung von Baukostenzuschüssen an den Anschlussnetzbetreiber jemals in Frage gestanden hätte. 34

Das Leistungspreismodell sei auch angemessen. Es gebe die Bedeutung der Kapazität für die Netzdimensionierung wieder. Soweit die Beschwerdeführerin darauf verweise, dass das 35

Leistungspreismodell dazu führe, dass Batteriespeicher nicht dort errichtet würden, wo es energiewirtschaftlich sinnvoll sei, offenbare sie ein Fehlverständnis. Physikalisch wirkten Speicher - und darauf komme es an - wie Letztverbraucher (und Erzeuger). Der Leistungspreis sei wiederum ein geeignetes Kriterium für die Beurteilung der Netzsituation, da die nach § 16 Abs. 2 StromNEV für die jeweilige Netzebene ermittelte Gleichzeitigkeitsfunktion in der nach § 17 Abs. 3 StromNEV vorgeschriebenen Weise zu berücksichtigen sei. Folglich sei der Leistungspreis umso höher, je stärker die gleichzeitige Inanspruchnahme des Netzes sei. So belegten eben die Beispielsrechnungen der Beschwerdeführerin zur Lokation von Batteriespeichern die Sinnhaftigkeit des Leistungspreismodells für den vorliegenden Sachverhalt. Da diese nach dem zutreffenden Vortrag der Beschwerdeführerin nicht auf einen bestimmten Standort angewiesen seien, könnten sie dort errichtet werden, wo der Leistungspreis niedrig sei, das Netz also weitere Kapazitäten leichter integrieren könne.

Die Geeignetheit des Baukostenzuschusses entfalle auch nicht mit der zutreffenden Feststellung der Beschwerdeführerin, dass für die Höhe des Leistungspreises nicht allein die Gleichzeitigkeitsfunktion, sondern auch andere Aspekte eine Rolle spielten. Die Beschwerdeführerin lasse außer Acht, dass es noch nie Sinn und Zweck des Baukostenzuschusses gewesen sei, die geographische Allokation von Erzeugung oder Lasten innerhalb Deutschlands anzureizen. Es gehe um die Steuerung der Nachfrage. Bei Kostenfreiheit bestehe die Gefahr ungezügelter Nachfrage mit der Konsequenz ineffizient dimensionierter Netze. 36

Vergeblich berufe die Beschwerdeführerin sich darauf, dass in der Genehmigung des Szenariorahmens 2023-2037/2045 eine erzeugungsnahe Verortung von Großbatteriespeichern als sinnhaft bezeichnet worden sei. Das Zitat werde von der Beschwerdeführerin aus dem Zusammenhang gerissen. In der Genehmigung werde gerade auf eine hohe Unsicherheit bezüglich der getroffenen Annahmen hingewiesen. Abgesehen davon werde der streitgegenständliche Speicher gerade nicht in Verbindung mit einer Erzeugungsanlage errichtet. 37

Die verfahrensgegenständliche Baukostenzuschussforderung habe auch keine prohibitive Wirkung. Sie bestreite die Ausführungen zur „kausalen Verhinderung“ und zum Anteil am Investitionsvolumen mit Nichtwissen. Ohnehin sei nicht auf die individuelle Zahlungsfähigkeit, Kostensituation oder Gewinnerwartung abzustellen, weil eine solche Bestimmung der Höhe des Baukostenzuschusses intransparent und deshalb mit § 17 EnWG unvereinbar wäre. 38

Der Baukostenzuschuss stelle auch kein Entgelt im Sinne von § 118 Abs. 6 EnWG dar. Die in dieser Norm geregelte Netzentgeltbefreiung betreffe nur Netzentgelte „im eigentlichen Sinn“. Baukostenzuschüsse seien kein Entgelt für den Netzzugang, sondern von Anschlussnehmern einmalig zu entrichtende Beiträge. Andernfalls wäre auch der Ausschluss von Baukostenzuschüssen gemäß § 8 Abs. 3 KraftNAV überflüssig. Überholt sei die ältere Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 16. November 1999 - KVR 12/97), in welcher Baukostenzuschüsse als „tarifsenkende Vorauszahlungen auf den Strompreis“ bezeichnet worden seien. Dem habe noch das Verständnis zugrunde gelegen, dass der Baukostenzuschuss primär eine Finanzierungsfunktion habe. Sinn und Zweck des § 118 Abs. 6 EnWG stünden der Erhebung eines Baukostenzuschusses ebenfalls nicht entgegen, zumal zu beachten sei, dass der Ermessensspielraum des Gesetzgebers - auch hinsichtlich der Umsetzung der RL (EU) 2019/944 - nicht unterlaufen werden dürfe. Für eine analoge Anwendung fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Senatsentscheidung vom 2. Februar 2022 (VI-3 Kart 37/21 [V]) gebe für eine Analogie nichts her. Völlig unerheblich sei, 39

dass die Beschwerdeführerin wegen § 118 Abs. 6 EnWG nicht von der Entlastung aller Letztverbraucher durch die Zahlung des Baukostenzuschusses profitiere. Ziel des § 9 StromNEV sei gerade eine Entlastung aller Energiekunden und nicht Einzelner.

Auch § 14a EnWG bestätige, dass die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung zu § 118 Abs. 6 EnWG nicht haltbar sei. Der Gesetzgeber habe die grundsätzliche Gültigkeit der Baukostenzuschussbestimmungen der NAV vorausgesetzt. Eine Rabattierung von Baukostenzuschüssen in den Fällen des § 14a EnWG lasse sich damit erklären, dass in Niederspannung angeschlossene Verbraucher erstmals einer Duldungspflicht unterworfen würden, die zumindest ansatzweise mit derjenigen aus § 13a EnWG verglichen werden könne. Einer Rabattierung bedürfe es aber bei der Beschwerdeführerin nicht, weil § 13a EnWG bereits einen Ausgleich vorsehe und auf kontrahierte Regelenergie ohnehin nicht durch Redispatch zugegriffen werden könne. 40

Die Forderung, Energiespeicheranlagen wie variable und flexible Energieerzeuger zu behandeln, sei an den Gesetzgeber zu richten. Sie „verstecke“ sich damit nicht „hinter dem Gesetzgeber“. Vielmehr laufe das Vorbringen der Beschwerdeführerin auf eine Missachtung des Grundsatzes der Gewaltenteilung hinaus, indem sie aufgrund vermeintlicher Umsetzungsdefizite des Gesetzgebers eine behördliche Pflicht zur Umsetzung des Unionsrechts geltend mache. Die im Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben (BT-Drucks. 20/7310) vorgesehenen Befugnisse seien noch kein geltendes Recht und etwaige Verpflichtungen daraus auch nicht Beschwerdegegenstand. Wären Netzbetreiber dazu gehalten, europäische Richtlinien im Rahmen des § 17 Abs. 1 EnWG zu prüfen, würde ihnen eine Aufgabe auferlegt, die weder sachgerecht noch rechtssicher zu bewältigen sei, zumal in Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 nicht allein die Energiespeicherung genannt werde. 41

Die Erhebung eines Baukostenzuschusses verstoße im Übrigen auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944. Erstens könne eine Richtlinienbestimmung nur unter engen Voraussetzungen unmittelbare Rechtswirkung für den Einzelnen entfalten. Aus dem Investitionsbehinderungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 ließen sich danach keine subjektiven Rechte ableiten, weil den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werde. Zweitens sei der deutsche Gesetzgeber der Zielvorgabe des Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 nachgekommen. Zu nennen seien hier Speicherförderprogramme, die Zahlungen gemäß § 18 StromNEV, die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG, die Freistellung von der KWK- und Offshore-Umlage (nunmehr § 21 EnFG) sowie steuerliche Sonderregelungen. Danach sei der Baukostenzuschuss europarechtskonform. Er diene mit seiner Lenkungs- und Steuerungsfunktion einem legitimen Ziel, ohne dass es auf eine - die physikalischen Gegebenheiten ignorierende und künstliche - Unterscheidung zwischen Letztverbrauchern und Speichern ankäme. Zudem sei der Baukostenzuschuss auch zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen. Sollte der Senat dies anders sehen, also annehmen, dass aus Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 die zwingende Verpflichtung zur Freistellung von Baukostenzuschüssen folge, werde eine Vorlage nach Art. 267 AEUV angeregt. 42

Zuletzt könne die Beschwerdeführerin auch nicht mit dem Hilfsantrag eine Billigkeitskontrolle nach § 315 EnWG erreichen. Diese Vorschrift sei im Verfahren nach § 31 EnWG nicht zu prüfen. 43

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens wird auf die jeweiligen Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25. Oktober 2023 sowie den beigezogenen Verwaltungsvorgang Bezug genommen. 44

Die weitere Beteiligte hat sich nicht aktiv am Verfahren beteiligt. 45

B. 46

Die zulässige Beschwerde hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang, d.h. mit der Maßgabe Erfolg, dass die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung zu verpflichten ist. 47

I. Mit Recht ist die Bundesnetzagentur in der angegriffenen Entscheidung von der Zulässigkeit des auf § 31 EnWG gestützten Antrags der Beschwerdeführerin ausgegangen (zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des besonderen Missbrauchsverfahrens im Einzelnen siehe Senatsbeschluss vom 5. Juli 2023 - VI-3 Kart 29/22 [V], juris Rn. 78 ff. m.w.N.). Insbesondere bezieht der Antrag der Beschwerdeführerin sich auf einen zulässigen Antragsgegenstand, indem sie geltend gemacht hat, dass die weitere Beteiligte als Verteilernetzbetreiberin den auf … Euro bezifferten Baukostenzuschuss nicht einfordern dürfe. 48

1. § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG beschränkt den Anwendungsbereich des besonderen Missbrauchsverfahrens und damit den Prüfungsumfang der Regulierungsbehörde auf mögliche Verstöße des mit dem Antrag gerügten Verhaltens eines Energieversorgungsnetzbetreibers gegen die Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des EnWG, die auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie die nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden. Zum Prüfungsmaßstab zählt danach die Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG, nach welcher Betreiber von Energieversorgungsnetzen unter anderem Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie zu technischen und wirtschaftlichen Bedingungen an ihr Netz anzuschließen haben, die angemessen, diskriminierungsfrei, transparent und nicht ungünstiger sind, als sie von den Betreibern der Energieversorgungsnetze in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen angewendet werden. 49

Den Netzanschluss des von der Beschwerdeführerin geplanten Batteriespeichers verweigert die weitere Beteiligte hier nicht insgesamt. Ein Verstoß gegen § 17 EnWG kommt jedoch nicht bloß in diesem Fall, sondern auch in Betracht, wenn der Netzanschluss seitens des Netzbetreibers mit Bedingungen verbunden wird, die vom Anschlusspetenten als unzulässig bewertet werden (vgl. Säcker/Boesche in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht 4. Auflage § 17 EnWG Rn. 29). Letzteres macht die Beschwerdeführerin geltend, indem sie sich darauf beruft, dass die weitere Beteiligte den Anschluss des geplanten Batteriespeichers an das Mittelspannungsnetz nicht von einer Baukostenzuschusszahlung in Höhe von … Euro abhängig machen dürfe, weil eine solche Zahlungsverpflichtung schon nach § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG nicht bestehe und ohnehin unangemessen und diskriminierend im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG sowie unionsrechtswidrig sei. 50

2. Der Zulässigkeit des Antragsgegenstands steht auch nicht entgegen, dass in Art. 18 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 1 VO (EU) 2019/943 ebenfalls rechtliche Anforderungen an Entgelte für den Anschluss an die Netze (in der englischsprachigen Fassung: „charges for connection“) normiert werden, d.h. in einer gemäß Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV unmittelbar geltenden Verordnung, die nach dem Wortlaut des § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG nicht zum Prüfungskatalog des besonderen Missbrauchsverfahrens zählt. 51

Art. 18 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 1 VO (EU) 2019/943 listet rechtliche Maßstäbe für Entgelte für den Anschluss an die Netze auf, die zum Teil (nahezu) wortgleich mit den Vorgaben des § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG sind („transparent … und unterschiedslos angewandt werden“; 52

englischsprachig: „transparent … and are applied in a non-discriminatory manner“). Die Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG ist deshalb aber nicht als unionsrechtswidrige sogenannte Normwiederholung (vgl. dazu EuGH, Urteile vom 10. Oktober 1973 - 34/73, BeckRS 2004, 70873 Rn. 9 ff.; vom 30. März 2023 - C-34/21, NZA 2023, 487 Rn. 65) des Art. 18 VO (EU) 2019/943 zu qualifizieren, die nicht an dessen Stelle angewendet dürfe und daher auch nicht gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG geprüft werden könne. Vielmehr ist insbesondere Art. 59 Abs. 7 RL (EU) 2019/944 zu entnehmen, dass der Unionsgesetzgeber eine nationale Regulierung der Bedingungen für den Anschluss an die Netze voraussetzt und verlangt (vgl. ferner Art. 62 VO (EU) 2019/943 sowie EuGH, Urteil vom 11. Januar 2001 - C-403/98, BeckRS 2004, 77061 Rn. 26 ff.; Schroeder in Streinz, AEUV 3. Auflage Art. 288 Rn. 46 [zu sogenannten hinkenden Verordnungen]; EuGH, Urteil vom 28. März 1985 - 272/83, BeckRS 2004, 72839 Rn. 27 [zum Fall eines Zusammentreffens einer Reihe von unionsrechtlichen, einzelstaatlichen und regionalen Vorschriften]). Dass diese Regulierung bislang weitgehend im Wege der formellen und materiellen Gesetzgebung erfolgt ist, es insbesondere an einer allgemeinen regulierungsbehördlichen Festlegung zu Baukostenzuschüssen fehlt, ist für die Anwendbarkeit des nationalen Rechts unerheblich (vgl. zur ARegV BGH, Beschluss vom 9. November 2021 - EnVR 36/20, juris Rn. 11). Es ist - soweit nötig und möglich - im Wege der Auslegung des § 17 EnWG zu gewährleisten, dass der Netzanschluss nicht von unionsrechtswidrigen, etwa mit Art. 18 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 1 VO (EU) 2019/943 unvereinbaren Bedingungen abhängig gemacht wird. Eine Ergänzung des Prüfungsmaßstabs des besonderen Missbrauchsverfahrens um unionsrechtliche Bestimmungen (vgl. dazu Weyer, RdE 2022, 213 ff.; offengelassen für die VO (EG) Nr. 714/2009 BGH, Beschluss vom 1. September 2020 - EnVR 7/19, juris Rn. 36) ist damit nicht verbunden. Die Regelung des § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG schließt es nicht aus, Verordnungen der Europäischen Union zur Auslegung heranzuziehen (Weyer in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht 4. Auflage § 31 EnWG Rn. 18).

II. Den danach zulässigen Antrag der Beschwerdeführerin hat die Bundesnetzagentur mit der angegriffenen Entscheidung zu Unrecht als unbegründet zurückgewiesen. Die Baukostenzuschussforderung der weiteren Beteiligten ist missbräuchlich im Sinne des § 31 Abs. 1 EnWG. Die Forderung der weiteren Beteiligten ist mit dem in § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG geregelten, unionsrechtskonform auszulegenden Diskriminierungsverbot nicht vereinbar. Dies genügt für die Annahme eines missbräuchlichen Verhaltens im Sinne des § 31 Abs. 1 EnWG. 53

1. Die Bundesnetzagentur ist noch zutreffend davon ausgegangen, dass die weitere Beteiligte grundsätzlich zur Erhebung eines Baukostenzuschusses berechtigt sein kann. 54

Für den Bereich der Niederspannung trifft § 11 NAV nähere Vorgaben zur Zulässigkeit eines solchen Verlangens. Daraus folgt aber nicht im Umkehrschluss, die Erhebung von Baukostenzuschüssen sei lediglich im eigentlichen Anwendungsbereich der NAV möglich, bei einem - hier in Rede stehenden - Anschluss an das Mittelspannungsnetz aber generell ausgeschlossen (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVZ 14/12, juris Rn. 3; Weyer, N&R 2011, 64, 68). Baukostenzuschüsse haben eine Lenkungs- und Steuerungswirkung. Der Anschlussnehmer ist im eigenen Interesse eines möglichst kostengünstigen Anschlusses gehalten, den Netzanschluss seinem tatsächlichen Leistungsbedarf entsprechend zu beantragen. Konsequenz eines vollständigen Verzichts auf Baukostenzuschüsse wäre eine Überdimensionierung des Verteilernetzes (Senatsbeschluss vom 19. März 2014 - VI-3 Kart 64/13 [V], juris Rn. 29 m.w.N.). Ein Baukostenzuschuss zählt danach zu den wirtschaftlichen Bedingungen im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG, zu denen der Netzbetreiber den Netzanschluss vorzunehmen hat (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. April 2019 - I-27 U 9/18, 55

juris Rn. 93), wobei zur Berechnung der Baukostenzuschussforderung häufig - wie auch hier - das im Positionspapier BKZ beschriebene sogenannte Leistungspreismodell angewendet wird.

2. Das verfahrensgegenständliche Verlangen der weiteren Beteiligten ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht schon deshalb mit einem Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG verbunden, weil die weitere Beteiligte an der Erhebung eines Baukostenzuschusses bereits durch § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG gehindert sei. 56

§ 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG stellt Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie unter bestimmten Voraussetzungen für einen Zeitraum von 20 Jahren ab Inbetriebnahme hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie von den Entgelten für den Netzzugang frei. Die Beschwerdeführerin beabsichtigt, die vom Gesetz hierfür vorgesehene Frist zur Inbetriebnahme zu wahren (ab dem 4. August 2011 innerhalb von 15 Jahren, nach BT-Drucks. 20/9187, S. 104 und 167 alsbald 18 Jahre). Aus einer (voraussichtlich) fristgerechten Inbetriebnahme ergibt sich aber nicht, dass die weitere Beteiligte jedenfalls ab diesem Zeitpunkt an der Erhebung eines Baukostenzuschusses gehindert sein oder dessen Rechtsgrund entfallen wird (zur Fälligkeit des Baukostenzuschusses siehe Bruhn in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht 4. Auflage § 11 NAV/NDAV Rn. 9). Denn ein Baukostenzuschuss zählt entgegen einer verbreiteten Literaturauffassung (Schwintowski/Wojanowski/Sauer, EWeRK 2016, 94, 97 f.; BeckOK-EnWG/Peiffer, § 118 Rn. 31 ff. [Stand: 1. September 2023]; wohl auch de Wyl/Weise/Blumenthal-Barby RdE 2015, 501, 510) nicht zu den Entgelten für den Netzzugang im Sinne des § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG. 57

2.1. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass der Begriff der Entgelte für den Netzzugang in § 118 Abs. 6 EnWG ebenso auszulegen ist wie in § 24 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 3 EnWG, d.h. dass der Befreiungstatbestand lediglich Netzentgelte im eigentlichen Sinn erfasst (BGH, Beschluss vom 20. Juni 2017 - EnVR 24/16, juris Rn. 12 und 15). Zu diesen zählt der Baukostenzuschuss nicht. Vielmehr wird in zahlreichen Vorschriften des Energierechts ausdrücklich zwischen Netzentgelt und Baukostenzuschuss unterschieden. So besteht das Netzentgelt pro Entnahmestelle nach § 17 Abs. 2 Satz 1 StromNEV aus einem Jahresleistungspreis in Euro pro Kilowatt und einem Arbeitspreis in Cent pro Kilowattstunde. Baukostenzuschüsse finden nach Maßgabe der Vorschrift des § 9 StromNEV lediglich innerhalb der für die Netzentgeltbildung maßgeblichen Kostenermittlung nach den §§ 4 ff. StromNEV Berücksichtigung. Zudem sind Netzentgelte von den Netznutzern zu entrichten (§ 17 Abs. 1 Satz 1 StromNEV), während nach § 11 Abs. 1 Satz 1 NAV der Anschlussnehmer zur Zahlung eines Baukostenzuschusses verpflichtet ist oder gemäß § 8 Abs. 3 KraftNAV von dieser Verpflichtung befreit wird. 58

2.2. Dass der (parlamentarische) Gesetzgeber gleichwohl den Baukostenzuschuss zu den Entgelten für den Netzzugang im Sinne des § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG gezählt haben könnte, ist auszuschließen. 59

Der Gesetzgeber hat die untergesetzlichen Regelwerke, aus denen sich die rechtliche Differenzierung zwischen Netzentgelt und Baukostenzuschuss ergibt, zum Teil selbst geändert oder zumindest in Bezug genommen. So ist innerhalb der Legislaturperiode, in welcher erstmals eine befristete Freistellung von Netzentgelten für Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie normiert worden ist (§ 118 Abs. 7 EnWG in der Fassung des Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze vom 21. August 2009, BGBl. Teil I Nr. 55, S. 2870; im Folgenden: § 118 Abs. 7 EnWG a.F.), eine entsprechende Anwendung des § 8 KraftNAV zu Gunsten von KWK-Anlagen angeordnet worden (§ 4 60

Abs. 1a KWKG in der Fassung des Gesetzes zur Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung vom 25. Oktober 2008, BGBl. Teil I Nr. 49, S. 2101). Der verordnungsrechtliche Begriff des Baukostenzuschusses (hier nach § 8 Abs. 3 KraftNAV) hat damit Eingang in die Parlamentsgesetzgebung gefunden. Entsprechendes gilt für den Begriff des Netzentgelts im Sinne von § 17 Abs. 2 StromNEV (siehe die mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes vom 26. Juli 2016 [BGBl. Teil I Nr. 37, S. 1786] eingeführte Regelung des § 19 Abs. 4 StromNEV; dazu BT-Drucks. 18/8915, S. 41). Vor dem Hintergrund dieser Rechtssetzung ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber bei § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG vom allgemeinen Begriffsverständnis abgewichen sein und Baukostenzuschüsse - wie die Beschwerdeführerin meint - aufgrund „ihrer wahren Natur“ zu den Netzentgelten gezählt haben könnte (so aber auch Schwintowski/Wojanowski/Sauer, EWeRK 2016, 94, 97 f.).

Dass der Baukostenzuschuss ein Netzentgelt sei, lässt sich - anders als die Beschwerdeführerin meint (ebenso Schwintowski/Wojanowski/Sauer, EWeRK 2016, 94, 98) - auch nicht aus dessen netzkostenmindernden linearen Auflösung über die Dauer von 20 Jahren gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 1 Satz 3 StromNEV ableiten. Die Beschwerdeführerin unterstellt zu Unrecht, dass der zeitliche Umfang der Netzentgeltbefreiung nach § 118 Abs. 6 EnWG an § 9 StromNEV ausgerichtet worden sei. Der Befreiungszeitraum gemäß § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG geht zurück auf das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011 (BGBl. Teil I Nr. 41, S. 1154; zunächst § 118 Abs. 7 Satz 1 EnWG, um einen Absatz verschoben durch das Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze vom 28. Juli 2011, BGBl. Teil I Nr. 43, S. 1690). Mit diesem kam es zu einer Verlängerung der bisher lediglich zehnjährigen Dauer der Netzentgeltbefreiung nach § 118 Abs. 7 EnWG a.F. (vgl. BT-Drucks. 17/6072, S. 97). Den Gesetzesmaterialien sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung einen Gleichlauf mit § 9 StromNEV anstrebte oder gar an die ältere Rechtsprechung anknüpfen wollte, in welcher Baukostenzuschüsse wegen ihrer Berücksichtigung als Erträge bei der Kalkulation der Stromtarife als „Vorauszahlungen auf den Strompreis“ bezeichnet worden waren (so BGH, Urteil vom 16. November 1999 - KZR 12/97, juris Rn. 91; siehe auch BGH, Beschluss vom 29. Mai 1979 - KVR 4/78, juris: „in unlösbarem Zusammenhang“). 61

Dass es in § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG lediglich um die Befreiung von Netzentgelten im eigentlichen Sinn geht (so BGH, Beschluss vom 20. Juni 2017 - EnVR 24/16, juris Rn. 15) und damit die Erhebung von Baukostenzuschüssen nicht Regelungsgegenstand der Norm ist, wird schließlich auch nicht durch deren Zweck in Frage gestellt. Zwar böte eine gesetzliche Befreiung von Baukostenzuschüssen - ebenso wie die eigentliche Netzentgeltbefreiung selbst - einen wirtschaftlichen Anreiz für Investitionen in neue Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie. Die § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG zugrundeliegende und in den Gesetzesmaterialien allgemein formulierte Intention des Gesetzgebers, solche Anreize zu erhöhen (vgl. BT-Drucks. 17/6072, S. 97), rechtfertigt aber nicht die hier von der Beschwerdeführerin geforderte erweiternde Auslegung des § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG. Diese Regelung ist vom Gesetzgeber nicht als Auffang- oder Generalvorschrift zum Zwecke der größtmöglichen Förderung von Speicheranlagen konzipiert worden (vgl. BGH aaO Rn. 15 ff.). Der Verzicht auf die Ergänzung des Wortlauts um den Begriff „Baukostenzuschüsse“ ist danach nicht als bloßes Versehen zu qualifizieren. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber auch in der Folgezeit von einer solchen Ergänzung abgesehen hat, obwohl es derartige Anregungen gegeben hat (vgl. BDEW-Positionspapier vom 21. November 2022, S. 4; Drucks. zu BR-Drucks. 479/22, S. 3; BT-Drucks. 20/3743, S. 10). 62

63

3. Mit einer Netzentgeltbefreiung nach § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG entfällt auch nicht eine Grundvoraussetzung oder Vorbedingung der Erhebung eines Baukostenzuschusses.

Richtig ist allerdings, dass nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern auch ein Großteil der Literatur die Frage nach der Zulässigkeit einer Baukostenzuschussforderung mit der Verpflichtung zur Entrichtung von Netzentgelten verknüpft. So soll nach einer verbreiteten Auffassung die Erhebung eines Baukostenzuschusses im Zuge des Anschlusses von Erzeugungsanlagen allenfalls im Hinblick auf eine etwaige Entnahme zur Kraftwerkseigenbedarfssicherung in Betracht kommen (Hartmann/Wagner in Theobald/Kühling, Energierecht § 17 EnWG Rn. 119 [Werkstand: 120. Ergänzungslieferung]), grundsätzlich aber unangemessen sein, solange es unter Geltung des § 15 Abs. 1 Satz 3 StromNEV an einem allgemeinen Einspeiseentgelt fehle (de Wyl/Hartmann/Hilgenstock, IR 2006, 218, 221; Rosch/Hartmann/van der Velden, IR 2010, 194, 197; Hartmann in Theobald/Kühling aaO § 8 KraftNAV Rn. 12 ff.; Säcker in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Auflage § 8 KraftNAV Rn. 13; ebenso offenbar Bundesnetzagentur, Aktuelle Kraftwerksprojekte in Deutschland und deren Implikationen für das Übertragungsnetz, Sachstandsbericht vom 8. März 2007, S. 25; anders Umweltbundesamt, Anforderungen der Integration der erneuerbaren Energien an die Netzentgeltregulierung, S. 161 mit Fußnote 199; ausdrücklich die Einspeiseseite einbeziehend § 5 Abs. 1 Satz 1 WasserstoffNEV). Diese Auffassung hat zur Konsequenz, dass Vorschriften, mit denen in speziellen Regelungszusammenhängen die Erhebung von Baukostenzuschüssen „auf Einspeiseseite“ ausdrücklich ausgeschlossen wird (vgl. etwa § 8 Abs. 3 KraftNAV), im Wesentlichen eine lediglich deklaratorische Bedeutung beigemessen werden kann. Davon geht auch die Beschwerdeführerin in ihren Ausführungen zu § 8 Abs. 3 KraftNAV aus. 64

Ob die vorgenannte Auffassung zutrifft, kann hier jedoch dahinstehen. Selbst wenn § 15 Abs. 1 Satz 3 StromNEV der Erhebung von Baukostenzuschüssen auf „Einspeiseseite“ entgegenstehen sollte, bedeutete dies nicht, dass ebenso infolge einer Netzentgeltbefreiung nach § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG die Berechtigung zur Einforderung eines Baukostenzuschusses entfiele (so aber wohl Hartmann/Wagner in Theobald/Kühling, Energierecht § 17 EnWG Rn. 119 [Werkstand: 120. Ergänzungslieferung]; Boehme, ET 2018, 85, 86) oder allenfalls für die Zeit nach deren Ablauf - etwa unter Vereinbarung eines 20-jährigen Aufschubs der Fälligkeit - in Betracht käme (angedacht von de Wyl/Weise/Blumenthal-Barby, RdE 2015, 507, 510). Der wesentliche Gesichtspunkt, aus dem darauf geschlossen wird, dass die Berechtigung zur Erhebung von Baukostenzuschüssen von der Netzentgeltpflicht abhänge, ist in den Fällen des § 118 Abs. 6 EnWG nicht einschlägig. Es geht nicht um die Frage, ob der Baukostenzuschuss eine Zahlung für den Netzausbau darstellt, die als ein in der StromNEV nicht genanntes Entgelt (vgl. § 17 Abs. 9 StromNEV) nicht verlangt werden darf (darauf bei Erzeugungsanlagen abstellend Hartmann/Wagner in Theobald/Kühling aaO; ähnlich Bundesnetzagentur, Aktuelle Kraftwerksprojekte in Deutschland und deren Implikationen für das Übertragungsnetz, Sachstandsbericht vom 8. März 2007, S. 25). Vielmehr setzt § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG nach seiner Normkonzeption voraus, dass mit dem Bezug der zu speichernden Energie im Grundsatz eine Verpflichtung zur Zahlung von Netzentgelten verbunden ist. Beschränkt sich die Norm auf eine Freistellung von Entgelten für den Netzzugang im eigentlichen Sinn, hat es damit sein Bewenden. 65

4. Eine über die Begleichung der eigentlichen Anschlusskosten hinausgehende Zahlungsforderung mit Steuerungs- oder Lenkungsfunktion anlässlich des Netzanschlusses einer Energiespeicheranlage im Sinne von Art. 2 Nr. 60 RL (EU) 2019/944 ist auch nicht generell unionsrechtswidrig und deshalb auch nicht generell missbräuchlich im Sinne von 66

§ 31 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG.

4.1. Das Unionsrecht gibt in Art. 18 VO (EU) 2019/943, d.h. derjenigen Norm, in welcher „Entgelte für den Anschluss an die Netze“ einleitend zu den Netzentgelten gezählt werden (Art. 18 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 1 VO (EU) 2019/943), einen Hinweis auf die grundsätzliche Unionsrechtskonformität einer Lenkung des Verhaltens Dritter mithilfe von Netzentgelten. So nennt Art. 18 Abs. 3 VO (EU) 2019/943 standortbezogene Preissignale auf Unionsebene, die von der Höhe der erhobenen Tarife ausgehen können. Preissignale, die zur Gesamteffizienz des Netzes beitragen, finden zudem in Art. 18 Abs. 1 Unterabsatz 2 Satz 1 VO (EU) 2019/943 Erwähnung. 67

4.2. Dass „Entgelte für den Anschluss an die Netze“ mit Lenkungs- oder Steuerungsfunktion beim Netzanschluss einer Energiespeicheranlage im Sinne von Art. 2 Nr. 60 RL (EU) 2019/944 generell unionswidrig seien, lässt sich auch nicht der RL (EU) 2019/944 entnehmen. 68

Zwar misst der Unionsgesetzgeber der Energiespeicherung eine besondere Bedeutung bei. So gibt er den Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass durch ihr nationales Recht Investitionen (unter anderem) in die Energiespeicherung nicht unnötig behindert werden (Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944). Die in Art. 2 Nr. 59 RL (EU) 2019/944 definierte Energiespeicherung bewertet der Unionsgesetzgeber als eine Alternative „zur Schaffung neuer Erzeugungskapazitäten“ und misst ihr die Eignung bei, einen kostspieligen Netzausbau zu vermeiden (siehe Erwägungsgrund 61 und Art. 8 Abs. 2 Buchst. l RL (EU) 2019/944). Zudem kann die Energiespeicherung ausweislich des Erwägungsgrunds 64 RL (EU) 2019/944 dazu dienen, Schwankungen bei der Erzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Quellen und die damit verbundenen Unwägbarkeiten zu bewältigen. 69

Diese allgemeinen unionsrechtlichen Vorgaben und Zielsetzungen belassen aber einen Ausgestaltungsspielraum. Auf eine rechtliche Fiktion mit dem Inhalt, Energiespeicheranlagen seien stets und unter allen Umständen als „netzentlastend“ zu bewerten, hat der Unionsgesetzgeber verzichtet. Eine solche unterschiedslose Fiktion ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse stünde auch im Widerspruch zur Heterogenität der Anlagengruppe, die unter die Definition der Energiespeicheranlage in Art. 2 Nr. 60 RL (EU) 2019/944 fällt. Die Energiespeicherung wird in Art. 2 Nr. 59 RL (EU) 2019/944 umschrieben als „im Elektrizitätsnetz die Verschiebung der endgültigen Nutzung elektrischer Energie auf einen späteren Zeitpunkt als den ihrer Erzeugung oder die Umwandlung elektrischer Energie in eine speicherbare Energieform, die Speicherung solcher Energie und ihre anschließende Rückumwandlung in elektrische Energie oder Nutzung als ein anderer Energieträger“. Anlagen aktiver Kunden (Art. 15 Abs. 5 RL (EU) 2019/944) werden ebenso erfasst wie vollständig integrierte Netzkomponenten, die gemäß Art. 2 Nr. 51 RL (EU) 2019/944 ausschließlich der Aufrechterhaltung des sicheren und zuverlässigen Betriebs des Übertragungs- oder Verteilernetzes dienen. Adressiert wird mithin eine Vielzahl an Anlagentypen, die nicht abstrakt als gleich netzentlastend eingestuft werden können (vgl. hierzu auch die Einschränkung von Schwintowski/Wojanowski/Sauer, EWeRK 2016, 94, 97, wonach es an der „Grundvoraussetzung“ eines Baukostenzuschusses, d.h. einer perspektivischen Belastung des Netzes bei solchen Speichern fehlen soll, die allein zur Erbringung von Regelleistung eingesetzt werden). 70

5. Das verfahrensgegenständliche Verlangen nach Zahlung eines anhand des sogenannten Leistungspreismodells errechneten Baukostenzuschusses ist aber diskriminierend im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG und damit zugleich missbräuchlich im Sinne des § 31 Abs. 1 EnWG. 71

5.1. § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG ordnet einen Anschluss zu diskriminierungsfreien wirtschaftlichen Bedingungen an. Danach ist maßgeblich, ob hinsichtlich der in der Norm genannten Nutzergruppen energiewirtschaftlich vergleichbare Sachverhalte vorliegen In diesen Fällen ist grundsätzlich eine Gleichbehandlung angezeigt (BeckOK-EnWG/Marquering, § 17 Rn. 39 [Stand: 1. September 2023]). Davon geht im Ausgangspunkt auch die Bundesnetzagentur aus. Zu Unrecht leitet die Bundesnetzagentur jedoch aus dem besagten Diskriminierungsverbot ab, dass eine „Privilegierung“ einzelner Gruppen von Anschlusspetenten lediglich im Fall einer besonderen „gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage“ möglich sei und deshalb hier nicht in Betracht komme, weil es an einer einschlägigen, die Beschwerdeführerin begünstigenden Ausnahmevorschrift fehle. Vielmehr kann sich eine Diskriminierung im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG auch daraus ergeben, dass wesentlich unterschiedliche Sachverhalte ohne objektive Rechtfertigung gleichbehandelt werden. 72

Dass eine Verletzung des Diskriminierungsverbots aus der Gleichbehandlung wesentlich unterschiedlicher Sachverhalte, Gruppen oder Personen folgen kann, entspricht der Rechtsprechung des Senats zu § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG (Senatsbeschluss vom 6. Dezember 2017 - VI-3 Kart 137/16 [V], juris Rn. 56; ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. März 2023 - VI-5 U 3/22 (Kart), juris Rn. 56; BeckOK-EnWG/Assmann, § 20 Rn. 9 [Stand: 1. September 2023] und wohl auch Hagmann N&R 2021, 135, 138 mit Fußnote 44). Dass bei § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG nichts Anderes gilt, legt bereits dessen Wortlaut nahe. In ihm werden nicht „alle Anschlusspetenten“ mit einem einheitlichen Oberbegriff adressiert, sondern verschiedene Gruppen von Anschlusspetenten aufgelistet (unter anderem: „Letztverbraucher“, „gleich- oder nachgelagerte Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze“ sowie „Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie“). Zudem entspricht die bezeichnete Auslegung des Diskriminierungsverbots der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union. Dieser geht ebenfalls von einer Verknüpfung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung aus (siehe etwa EuGH, Urteil vom 8. Juli 2021 - C-120/20, juris Rn. 42). Vergleichbare Sachverhalte dürfen mithin nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist (EuGH, Urteil vom 28. November 2018 - C-262/17, C-263/17 und C-273/17, juris Rn. 66). Auch die mit der unterschiedslosen Erhebung des Baukostenzuschusses bezweckte Gleichbehandlung von netzgekoppelten Batteriespeichern mit anderen Anschlusspetenten kann deshalb diskriminierend sein. 73

5.2. Unter Anlegung dieses Maßstabs stellt die Erhebung eines mittels des Positionspapiers BKZ errechneten Baukostenzuschusses beim Netzanschluss eines rein netzgekoppelten Batteriespeichers eine diskriminierende und im Sinne von § 31 Abs. 1 EnWG missbräuchliche Gleichbehandlung dar. 74

5.2.1. Die weitere Beteiligte hat die Erhebung eines Baukostenzuschusses im behördlichen Verfahren ausweislich ihrer Stellungnahme vom 29. Juli 2022 insbesondere damit gerechtfertigt, dass sie an alle Bezugskunden, die - wie die Beschwerdeführerin - an die Mittelspannungsebene angeschlossen werden, ein solches Verlangen richte. Sie hat damit im Einklang mit ihren Allgemeinen Bedingungen für den Netzanschluss auf die Kapazität zur Entnahme, d.h. zum Zwecke der Einspeicherung abgestellt. Ihrer Zahlungsforderung liegt die Erwägung zugrunde, dass der verfahrensgegenständliche Batteriespeicher ein „Letztverbraucher“ und unterschiedslos als solcher zu behandeln sei. 75

Diese rechtliche Einordnung eines (Batterie-) Speichers als Letztverbraucher wird von § 118 Abs. 6 Satz 1 EnWG sowie § 19 Abs. 4 StromNEV vorausgesetzt und entspricht der bislang 76

ganz herrschenden Meinung (Bourwieg in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG 4. Auflage § 17 Rn. 40; Drerup/Bourwieg, ER 2016, 197, 198 ff.; Sailer, ZNER 2012, 152, 155; im Wesentlichen auch Lehnert/Vollprecht, ZNER 2012, 356, 360 [mit Ausnahme für Kondensatoren und supraleitende Spulen]). So hat insbesondere der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 17. November 2009 - EnVR 56/08, juris) die Inanspruchnahme von Elektrizität aus dem Netz für das Hochpumpen des Wassers vom unteren in das obere Becken eines Pumpspeicherkraftwerks als Letztverbrauch qualifiziert und das Aufzehren der Energie und den Neugewinn von elektrischer Energie durch Ablassen des Wassers aus dem oberen Becken als „grundsätzlich zwei getrennte Vorgänge“ bezeichnet (aaO Rn. 9; ebenso BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 47/11, juris Rn. 8).

5.2.2. Die an die beschriebene Verbrauchsfunktion anknüpfende verfahrensgegenständliche Baukostenzuschussforderung erweist sich indes als eine nicht zu rechtfertigende Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte. Die Unterschiedlichkeit der zu vergleichenden „Entnahmesachverhalte“ folgt dabei aus einer Gesamtschau sowohl mehrerer tatsächlicher Umstände als auch normativer Gesichtspunkte. 77

5.2.2.1. Zwar unterscheidet sich eine Entnahme von Elektrizität zur Beladung eines Batteriespeichers im eigentlichen Moment des Bezugs technisch-physikalisch nicht von einer Entnahme zu sonstigen Zwecken - etwa zum Betrieb von stromverbrauchenden Fertigungsanlagen. Das Netzanschlussbegehren der Beschwerdeführerin ist dementsprechend auf Bereitstellung von Kapazität zur Entnahme im Sinne der Netzanschlussbedingungen der weiteren Beteiligten gerichtet. Daran ändern die von der Beschwerdeführerin hervorgehobenen „netzdienlichen“ Wirkungen des geplanten Speichereinsatzes im Ausgangspunkt nichts. Den Anknüpfungspunkt für eine Steuerung der Nachfrage bildet die dauerhafte Bereitstellung von Anschlusskapazität als solche (vgl. Positionspapier BKZ, S. 1; zum sogenannten zeitvariablen Baukostenzuschuss siehe aber Rosch/Hartmann/van der Velden, IR 2010, 194, 195). 78

Ein wesentlicher tatsächlicher Unterschied zum Regelfall eines baukostenzuschusspflichtigen Netzanschlusses auf „Entnahmeseite“ besteht aber darin, dass die Inanspruchnahme der vereinbarten Entnahmekapazität beim verfahrensgegenständlichen Batteriespeicher nur unter einer Bedingung „dauerhaft“ möglich sein wird. Auch wenn die Beschwerdeführerin im Ausgangspunkt in die Lage versetzt werden will, zu jedem beliebigen Zeitpunkt die maximale Anschlusskapazität zum Zwecke der Einspeicherung (1.725 Kilowatt) nutzen zu können, wird sie dazu faktisch nicht im Stande sein. Denn der Batteriespeicher soll als rein netzgekoppelter Speicher errichtet und betrieben werden, d.h. es soll ohne Eigenverbrauch ausschließlich Strom aus dem Netz eingespeichert und zeitlich verzögert zurückgespeist werden (vgl. BT-Drucks. 20/1653, S. 11), wobei Einspeicherung und Ausspeicherung nicht gleichzeitig, sondern nur alternativ jeweils mit maximal 1.725 Kilowatt erfolgen können, was die Beschwerdeführerin in mündlicher Verhandlung bestätigt hat. Ist Elektrizität zu einem beliebigen Zeitpunkt bis zum einmaligen Erreichen der Speicherkapazität entnommen worden, ist eine abermalige Entnahme (mit der maximalen Kapazität) daher erst wieder möglich, wenn bis zum Eintritt sogenannter unvermeidlicher Speicherverluste zugewartet oder aber die „Einspeiseseite“ genutzt wird. Die Möglichkeit zur Nutzung der vereinbarten Netzanschlusskapazität „über das ganze Jahr zu jedem Zeitpunkt“, welche nach dem Positionspapier BKZ (S. 2) gerade die Berechnung des Baukostenzuschusses anhand des Leistungspreises für Entnahmen mit mehr als 2.500 Stunden Benutzungsstunden rechtfertigen soll, setzt beim verfahrensgegenständlichen Batteriespeicher mithin einen Zwischenakt, insbesondere die Inanspruchnahme von Einspeisekapazität voraus. 79

80

Die Notwendigkeit dieses Zwischenaktes hat die weitere Beteiligte bei ihrer unterschiedslosen Bezifferung der Baukostenzuschussforderung zum Nachteil der Beschwerdeführerin außer Betracht gelassen. Denn die dauerhafte Bereitstellung von Einspeisekapazität ist nach den Netzanschlussbedingungen der weiteren Beteiligten nicht mit einer Baukostenzuschusspflicht verbunden. Vielmehr berücksichtigt die weitere Beteiligte die „Einspeiseseite“ allenfalls im Hinblick auf eine Entnahme zur Eigenbedarfssicherung und dies lediglich dann, wenn der Anschlusspetent nicht ohnehin in den Genuss der bedingungsgemäßen Ausnahmen für Eigenbedarfssicherung kommt.

5.2.2.2. Zudem unterscheiden sich die zu vergleichenden Sachverhalte auf „Entnahmeseite“ auch hinsichtlich der Lenkungs- und Steuerungseffekte, die mit der Erhebung eines Baukostenzuschusses verbunden sind. Eine - wie hier - nach dem Leistungspreismodell berechnete Baukostenzuschussforderung wirkt beim Netzanschluss eines rein netzgekoppelten Batteriespeichers in erster Linie standortsteuernd, während der typischen Lenkungs- und Steuerungsfunktion eine allenfalls untergeordnete Bedeutung zukommt. Dies spricht ebenfalls für die Notwendigkeit einer Mitberücksichtigung der „Einspeiseseite“ und damit gegen eine unterschiedslose Gleichbehandlung mit Letztverbrauchern. 81

5.2.2.2.1. Mittels eines Baukostenzuschusses sollen Anschlussnehmer dazu angehalten werden, Netzanschlüsse nur entsprechend dem tatsächlichen Leistungsbedarf zu beantragen (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2012 - VIII ZR 341/11, juris Rn. 23). Die Bundesnetzagentur hat in der angegriffenen Entscheidung gemeint, dass es auch bei rein netzgekoppelten Speichern sinnvoll sei, mit einem Baukostenzuschuss eine Steuerung des Nachfrageverhaltens anzustreben, weil andernfalls zu befürchten stünde, dass die „Dimensionierung des Speichers ausschließlich nach betriebswirtschaftlichen Erwägungen und ohne Rücksicht auf die Situation vor Ort“ erfolgen würde. Mit ihren Schriftsätzen vom 10. Oktober und 15. November 2023 sowie in mündlicher Verhandlung vom 25. Oktober 2023 hat die Bundesnetzagentur ihr Vorbringen dahingehend präzisiert, dass die Beschwerdeführerin - wie jeder andere Anschlussnehmer - in die gewünschte und vom Netzbetreiber nicht hinterfragte Kapazität einen „Puffer“ einbauen könne, namentlich um die Möglichkeit einer späteren Erweiterung des Speichers zu gewährleisten. Der Baukostenzuschuss diene hierbei als Korrektiv. 82

5.2.2.2.2. Insoweit kann unterstellt werden, dass die bezeichnete Gefahr einer Überdimensionierung des Netzanschlusses auch bei rein netzgekoppelten Batteriespeichern besteht, also nicht - wie die Beschwerdeführerin behauptet - lediglich theoretisch denkbar, praktisch aber ausgeschlossen ist (vgl. zu Erzeugungsanlagen Bundesnetzagentur, Aktuelle Kraftwerksprojekte in Deutschland und deren Implikationen für das Übertragungsnetz, Sachstandsbericht vom 8. März 2007, S. 25). Selbst wenn man dies zugrunde legt, ist jedoch festzustellen, dass eine nach Maßgabe des Positionspapiers BKZ errechnete Baukostenzuschussforderung nicht bloß die Gefahr völlig überzogener Netzanschlussbegehren begrenzt. Sie wirkt vielmehr in erster Linie standortsteuernd. 83

Dass die Höhe eines anhand des Positionspapiers BKZ errechneten Baukostenzuschusses einen erheblichen Einfluss auf die Standortwahl hat, hat die Beschwerdeführerin im Schriftsatz vom 6. September 2023 anhand von Beispielsrechnungen detailliert aufgezeigt. Dieser Effekt, welchen die Bundesnetzagentur im Schriftsatz vom 10. Oktober 2023 noch als Beleg für die Sinnhaftigkeit des Leistungspreismodells bezeichnet hat, hat im Wesentlichen zwei Ursachen. Er ergibt sich zum einen aus der von den Verfahrensbeteiligten übereinstimmend angenommenen Irrelevanz des Speicherstandorts für eine Teilnahme am Strom- oder Regelenergiemarkt. Zum anderen beruht der Effekt einer Standortsteuerung auf 84

dem typischerweise hohen Anteil eines anhand des Positionspapiers BKZ errechneten Baukostenzuschusses an den Investitionskosten. Dass dieser im Vergleich zu sonstigen Netzanschlusssachverhalten, die auf unternehmerische Investitionsentscheidungen zurückgehen, verhältnismäßig hoch ist, ist festzustellen, auch wenn die Bundesnetzagentur hier „mit Nichtwissen“ bestreitet, dass die der Beschwerdeführerin abverlangten … Euro 15 Prozent des Investitionsvolumens ausmachten und daher das Projekt kausal verhindert hätten. Denn erstens sind Speicher der verfahrensgegenständlichen Art typischerweise darauf ausgerichtet, eine Einspeicherung und Entladung in verhältnismäßig kurzer Zeit zu gewährleisten (vgl. Netzentwicklungsplan Strom 2037 mit Ausblick 2045, Version 2023 S. 39: „Das Verhältnis aus Speicherkapazität zu installierter Leistung beträgt jeweils 2 kWh / kW.“). Zweitens wird der Strom lediglich zum Zwecke der Einspeicherung verbraucht, d.h. es werden damit nicht etwa kostenträchtige Fertigungsmaschinen angetrieben.

5.2.2.2.3. Der bezeichnete standortsteuernde Effekt ist eine erhebliche Nebenfolge. Sein Auftreten belegt die Unterschiedlichkeit der zu vergleichenden „Entnahmesachverhalte“ und spricht für die Notwendigkeit einer Mitberücksichtigung der „Einspeiseseite“. 85

Die verfahrensgegenständliche Baukostenzuschussforderung wirkt nicht wesentlich anders als ein gedachter Baukostenzuschuss auf „Einspeiseseite“, der bislang zu weiten Teilen ausdrücklich rechtlich ausgeschlossen und im Übrigen - was die Bedingungen der weiteren Beteiligten bestätigen - jedenfalls nicht praxisüblich ist (vgl. dazu Lührig in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 5. Auflage § 3 KWKG Rn. 13 und 24; Gabler in Baumann/Gabler/Günther, EEG 1. Auflage § 16 Rn. 79 ff.; König in Säcker aaO § 16 EEG Rn. 16; de Wyl/Hartmann/Hilgenstock, IR 2006, 218, 221; Rosch/Hartmann/van der Velden, IR 2010, 194, 197; Hartmann in Theobald/Kühling aaO § 8 KraftNAV Rn. 12 ff.; Säcker in Säcker, aaO 4. Auflage § 8 KraftNAV Rn. 13; Hartmann/Blumenthal-Barby in Theobald/Kühling Energierecht § 11 NAV Rn. 61 [Werkstand: 120. Ergänzungslieferung]; siehe auch BGH, Urteil vom 27. Juni 2007 - VII ZR 149/06, juris Rn. 11). Wenn aber die Erhebung von Baukostenzuschüssen auf „Einspeiseseite“ befürwortet wird, wird dies gerade mit dem Ziel verbunden, die räumliche Allokation von Erzeugungsanlagen zu steuern (vgl. Agora Energiewende, Neue Preismodelle für die Energiewirtschaft 2018, S. 63; Korte/Gawel, IR 2018, 9, 10 f.; Bundesnetzagentur, Aktuelle Kraftwerksprojekte in Deutschland und deren Implikationen für das Übertragungsnetz, Sachstandsbericht vom 8. März 2007, S. 50 f.; zum Referenzertragsmodell und der Verteilernetzkomponente als Mittel der Standortsteuerung Neubauer/Strunz, ZUR 2022, 142, 145 f.) oder eine „sachgerechtere Verteilung der Kosten des Netzausbaus“ zu gewährleisten (vgl. hierzu die im Referentenentwurf zum Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze noch vorgesehene Regelung zum sogenannten Netzausbauzuschuss, S. 137). Damit geht es nicht um eine bloße Einbeziehung der „Einspeiseseite“ in die herkömmliche Baukostenzuschusspraxis, sondern um eine Neubestimmung der Funktion. 86

Von einer solchen neuartigen Wirkung ist die Beschwerdeführerin faktisch betroffen. Die verfahrensgegenständliche Baukostenzuschussforderung wirkt nicht wesentlich anders als ein gedachter Baukostenzuschuss auf „Einspeiseseite“, obwohl sie bedingungsgemäß allein wegen der Bereitstellung von Kapazität zur Entnahme geltend gemacht wird. Gerade infolge der Nichtberücksichtigung der „Einspeiseseite“ des Speichers werden Anreize für dessen geographische Allokation gesetzt, die nur deshalb der bisherigen Baukostenzuschusspraxis fremd sind, weil diese die „Einspeiseseite“ (in aller Regel) überhaupt nicht betrifft. Diese veränderte faktische Wirkung der Forderung ist ein (weiterer) Beleg für die Unterschiedlichkeit der „Entnahmesachverhalte“. 87

88

5.2.2.3. Auch eine normative Betrachtung bestätigt die Unterschiedlichkeit der zu vergleichenden Sachverhalte auf „Entnahmeseite“, die einer unterschiedslosen Gleichbehandlung von netzgekoppelten Batteriespeichern mit Letztverbrauchern entgegensteht. Das nationale Recht trifft eigenständige Regelungen für die Energiespeicherung und ordnet diese nicht schematisch dem „gewöhnlichen Letztverbrauch“ und der „Erzeugung“ zu. Erst recht ist dem nationalen Recht nicht zu entnehmen, dass sich die rechtliche Behandlung der Energiespeicherung in allen Zusammenhängen stets nur nach einer ihrer beiden Teilfunktionen - d.h. entweder Entnahme oder aber Einspeisung - zu richten habe.

Dass in diversen energierechtlichen Vorschriften - etwa in § 13a, § 13b EnWG und eben auch in § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG - ausdrücklich zwischen Erzeugungsanlagen und Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie unterschieden wird, hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 2. Februar 2022 (VI-3 Kart 37/21 [V], juris Rn. 130) im Einzelnen ausgeführt. Das Gesetz differenziert aber nicht nur zwischen Erzeugungsanlagen und Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie. Vielmehr finden sich auch besondere Regelungen für den „zum Zwecke der elektrischen, chemischen, mechanischen oder physikalischen Zwischenspeicherung“ erfolgenden Verbrauch elektrischer Energie, d.h. denjenigen Verbrauch, der eine Energiespeicheranlage laut ihrer erstmaligen eigenständigen gesetzlichen Begriffsdefinition kennzeichnen sollte (§ 3 Nr. 15d EnWG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht vom 16. Juli 2021 [BGBl. Teil I Nr. 47, S. 3026]; im Folgenden: § 3 Nr. 15d EnWG a.F.). So besteht gemäß § 13a Abs. 1 Satz 1 EnWG die Möglichkeit, „Anlagen zur Speicherung von elektrischer Energie“ auch mit ihrer Verbrauchsfunktion in die „Erzeugungsanpassung“ nach dieser Norm einzubeziehen, d.h. auch der Wirkleistungsbezug kann durch den Übertragungsnetzbetreiber angewiesen werden (Tüngler in Kment, EnWG 2. Auflage § 13a Rn. 7; Sötebier in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG 4. Auflage § 13a Rn. 16). Anpassungen des Strombezugs sind mithin nicht bloß im Rahmen einer sogenannten Notfallmaßnahme nach § 13 Abs. 2 EnWG zulässig, sondern die Energiespeicheranlage wird mit ihren beiden Funktionen von § 13a EnWG erfasst. Daran wird deutlich, dass es sich bei der rechtlich getrennten Beurteilung von Stromspeicherung und Stromrückgewinnung lediglich um einen Grundsatz (so auch BGH, Beschluss vom 17. November 2009 - EnVR 56/08, juris Rn. 9: „grundsätzlich zwei getrennte Vorgänge“), nicht aber um ein Prinzip handelt, welches vorzeichnete, dass beim Netzanschluss eine Baukostenzuschussforderung allein unter dem Gesichtspunkt der Bereitstellung von Kapazität zur Entnahme („alle Bezugskunden“) erhoben werden dürfe. 89

Dass beim Netzanschluss einer Energiespeicheranlage eine solche Ausnahme vom Grundsatz der getrennten Betrachtung geboten ist, legt gerade der Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG nahe. „Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie“ werden darin gesondert genannt. Das Gesetz geht also nicht davon aus, dass eine solche Anlage zum einen als „Letztverbraucher“ und zum anderen als „Erzeugungsanlage“ - oder gar ausschließlich als „Letztverbraucher“ - angeschlossen wird. Die Energiespeicheranlage wird vielmehr als Einheit adressiert (a.A. Bourwieg in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG 4. Auflage § 17 Rn. 11: „Nennung … keine besonderen Rechtswirkungen“). Eine solche Betrachtung nimmt die Bundesnetzagentur im Übrigen auch selbst vor, soweit sie sich - wie im angegriffenen Beschluss angedeutet und in mündlicher Verhandlung erläutert - bei Batteriespeichern mit einer Nennleistung ab 100 Megawatt für eine entsprechende Anwendung des § 8 Abs. 3 KraftNAV ausspricht mit der Folge, dass die Anschlusskapazität für Entnahme zumindest zu einem erheblichen Teil nicht berücksichtigt wird. 90

91

5.2.2.4. Jedenfalls ergibt sich aber aus dem Unionsrecht, dass die verfahrensgegenständliche Forderung mit § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG nicht übereinstimmt (§ 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG). Unionsrechtlich handelt es sich um eine nicht zu rechtfertigende unterschiedslose Gleichbehandlung mit anderen, wesentlich unterschiedlichen „Entnahmesachverhalten“.

5.2.2.4.1. Dies folgt allerdings - anders als die Beschwerdeführerin meint - nicht bereits daraus, dass der Eigen- bzw. Letztverbrauch nach dem Wortlaut der Art. 2 Nr. 59 RL (EU) 2019/944, Art. 2 Nr. 62 VO (EU) 2019/943 kein Merkmal der Energiespeicherung ist. Die Frage, ob aufgrund dieser Definition nunmehr von einer „eigenständigen systemischen Funktion“ der Energiespeicherung auszugehen ist (so Dembski/Valentin, EnWZ 2021, 396 ff.; Halbig, EnWG 2020, 3, 4 ff.; Zerzawy u.a., Staatlich regulierte Strompreisbestandteile im Bereich der Energiespeicher - geltende Regelungen und Reformoptionen, September 2020, S. 25 f.) oder ob es sich bei den Begriffen „Umwandlung“ und „anschließende Rückumwandlung“ um bloße Synonyme für „Verbrauch“ und „Erzeugung“ handelt (so Bundesnetzagentur, Bericht Regelungen zu Stromspeichern im deutschen Strommarkt, März 2021, S. 8; hierzu auch Schlussantrag des Generalanwalts vom 12. Mai 2021 - C-100/20, BeckRS 2021, 10509 Rn. 39 ff.), ist nicht - jedenfalls nicht allein - ausschlaggebend für die Unionsrechtskonformität einer rechtlichen Aufspaltung der Energiespeicherung in den „Akt zur Umwandlung“ und den „Akt zur Rückumwandlung“ und einer daran anknüpfenden Gleichbehandlung mit Letztverbrauchern und/oder Erzeugern. Dagegen spricht zum einen die Heterogenität der von Art. 2 Nr. 60 RL 2019/944 erfassten Anlagengruppe. Zum anderen ergibt sich die grundsätzliche Unionsrechtskonformität einer rechtlich getrennten Betrachtung von „Umwandlung“ und „Rückumwandlung“ aus dem Verzicht des Unionsgesetzgebers auf eine Ergänzung der Begriffsbestimmung der „Energiespeicherung“ um eine eigenständige, etwa neben den „Erzeuger“ im Sinne von Art. 2 Nr. 38 RL (EU) 2019/944 tretende Definition des „Energiespeicherbetreibers“. Personen, die Leistungen im Bereich der Energiespeicherung betreiben, werden in Art. 2 Nr. 10 RL (EU) 2019/944 in Verbindung mit Art. 2 Nr. 25 (VO) (EU) 2019/943 lediglich zu den Marktteilnehmern gezählt. 92

Entscheidend für die Unionsrechtskonformität einer rechtlichen Aufspaltung der Energiespeicherung in „Verbrauch“ bzw. „Entnahme“ und „Erzeugung“ bzw. „Einspeisung“ ist mithin nicht allein die Terminologie des Unionsrechts, an welche § 3 Nr. 15d EnWG mit Wirkung zum 1. Juli 2023 angepasst worden ist (Art. 1 Nr. 2 Buchst. a und Art. 9 Abs. 3 des Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung vom 19. Juli 2022, BGBl. Teil I Nr. 28, S. 1214). Vielmehr kommt es auf den konkreten Regelungszusammenhang an. Danach richtet sich, ob und inwieweit sich aus der unionsrechtlichen Definition der Energiespeicherung die Notwendigkeit von „Folgeanpassungen“ (vgl. dazu BT-Drucks. 20/2402, S. 38; Bentke/Valentin/Ekardt, ZNER 2023, 218, 221) ergibt. 93

5.2.2.4.2. Im hier maßgeblichen Zusammenhang erweist sich die mit der verfahrensgegenständlichen Baukostenzuschussforderung verbundene unterschiedslose Gleichbehandlung der Beschwerdeführerin mit anderen Anschlusspetenten auf „Entnahmeseite“ auch eingedenk eines nationalen Gestaltungs- und Konkretisierungsspielraums als unionsrechtswidrig. Wesentliche Vorgaben und Zielsetzungen des Unionsgesetzgebers finden nicht einmal zum Teil oder ausschnittsweise Berücksichtigung. 94

95

5.2.2.4.2.1. Die Baukostenzuschussforderung der weiteren Beteiligten beruht auf der Annahme, dass es trotz des einheitlichen Netzanschlussbegehrens allein auf die Kapazität zur Entnahme ankomme, die „Einspeiseseite“ mithin nicht von Bedeutung sei. Dem steht gegenüber, dass das Unionsrecht die Energiespeicherung in zahlreichen Vorschriften (vgl. etwa Art. 58 Buchst. e RL (EU) 2019/944 sowie Art. 18 Abs. 1 Unterabsatz 2 Satz 2 und Satz 3 VO (EU) 2019/943) neben oder in engem Zusammenhang mit der Energieerzeugung nennt. Dies gilt insbesondere für die Bestimmung des Art. 42 RL (EU) 2019/944, die den „Anschluss neuer Erzeugungsanlagen und Energiespeicheranlagen an das Übertragungsnetz“ betrifft. Indem der Unionsgesetzgeber hierfür einheitliche Regelungen vorsieht, bringt er zugleich zum Ausdruck, dass er von einer zumindest teilweisen Vergleichbarkeit der Netzanschlusssituationen ausgeht. Dies trifft beim Netzanschluss eines rein netzgekoppelten Batteriespeichers auch in tatsächlicher Hinsicht zu. So setzt die Möglichkeit zur Nutzung der vereinbarten Netzanschlusskapazität „über das ganze Jahr zu jedem Zeitpunkt“ (Positionspapier BKZ, S. 2) hier - wie aufgezeigt - auch die Inanspruchnahme von Einspeisekapazität voraus. Zudem entfaltet der Baukostenzuschuss faktisch eine wesentlich andere als die herkömmliche Lenkungs- und Steuerungswirkung. Beides weist auf die Notwendigkeit einer - hier jedoch unterbliebenen - Mitberücksichtigung der „Einspeiseseite“ bei der Erhebung und Bemessung einer Baukostenzuschussforderung hin.

5.2.2.4.2.2. Zudem beruht die verfahrensgegenständliche Erhebung des Baukostenzuschusses nach Maßgabe des Leistungspreismodells auf Annahmen, die im Gegensatz zu weiteren Vorgaben und Zielsetzungen des Unionsgesetzgebers stehen. 96

Die weitere Beteiligte stellt bei ihrer Erhebungspraxis allein auf die „Entnahmeseite“ ab, was Ausdruck der traditionellen Annahme ist, dass die Entnahme netzdimensionierend wirkt (vgl. Bourwieg in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG 4. Auflage Vor § 17 Rn. 129), und sich im Ausgangspunkt noch auf die Erwägung stützen lässt, dass auch ein rein netzgekoppelter Batteriespeicher nicht „automatisch netzdienlich“ sein wird (ebenso Drerup/Bourwieg, ER 2016, 197, 198), weil eine entlastende Wirkung in Bezug auf die Gesamtsystembilanz - wie im angegriffenen Beschluss zutreffend angeführt - „nicht notwendigerweise“ mit einer Entlastung des Anschlussnetzes einhergehen muss. Damit wird jedoch allein an die Entnahme und ausschließlich an deren mögliche negative Wirkungen angeknüpft. Dieser doppelt-einseitigen Betrachtung steht gegenüber, dass der Unionsgesetzgeber der Energiespeicherung eine besondere Bedeutung beimisst. Er bewertet die Energiespeicherung als eine Alternative zur „Schaffung neuer Erzeugungskapazitäten“, hält sie für geeignet, einen kostspieligen Netzausbau zu vermeiden (siehe Erwägungsgrund 61 und Art. 8 Abs. 2 Buchst. l RL (EU) 2019/944) und misst ihr auch im Hinblick auf die Emissionsfreiheit des Elektrizitätssektors Bedeutung bei (Erwägungsgrund 64 RL (EU) 2019/944). Zudem gibt er mit Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 vor, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, Investitionen insbesondere in die Energiespeicherung nicht unnötig zu behindern. 97

Die vorgenannten Vorgaben und Zielsetzungen finden bei der unterschiedslosen Erhebung des Baukostenzuschusses nach dem Leistungspreismodell keine Berücksichtigung. Insbesondere ist das Leistungspreismodell nicht auf die Verwirklichung der unionsrechtlichen Zielsetzungen ausgerichtet. Die Erhebung eines Baukostenzuschusses soll in allgemeiner Form der Lenkung und Steuerung der Kapazitätsnachfrage dienen, um (mittelbar) einer Überdimensionierung des Verteilernetzes entgegenzuwirken. Das Leistungspreismodell sieht weder eine Differenzierung nach „Entnahmetypen“ vor noch zielt es darauf ab, zu gewährleisten, dass sich ein rein netzgekoppelter Batteriespeicher tatsächlich als ein Mittel 98

zur kosteneffizienten Integration von Anlagen, die Strom aus erneuerbaren Quellen erzeugen, oder als Alternative zur Schaffung neuer Erzeugungskapazitäten erweisen kann. Die Leistungspreiskomponente ist vielmehr - was die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2023 unbestritten aufgezeigt hat - häufig in Netzgebieten mit großen Erzeugungskapazitäten aus erneuerbaren Energien sehr hoch, so dass möglicherweise sogar Fehlanreize, jedenfalls aber nicht zielgerichtete Anreize zur Errichtung von rein netzgekoppelten Batteriespeichern in räumlicher Nähe zu Erzeugungsanlagen oder an sonstigen sogenannten neuralgischen Punkten gesetzt werden.

Der beschriebene Effekt ist - anders als die Bundesnetzagentur im nachgelassenen Schriftsatz vom 15. November 2023 meint - auch nicht deshalb unerheblich, weil der verfahrensgegenständliche Batteriespeicher „nicht in Verbindung mit einer Erzeugungsanlage errichtet“ werden, sondern hauptsächlich dazu dienen soll, Regelenergie bereitzustellen und Spreads an den Spotmärkten auszunutzen. Dem Unionsrecht ist nicht zu entnehmen, dass es hierauf ankommt. Ob die Bundesnetzagentur unter einem „erzeugungsnahen Zubau“, wie er in der Genehmigung des Szenariorahmens 2023-2037/2045 (S. 67) Erwähnung findet, lediglich die Errichtung von Großspeichern „in Verbindung mit einer Erzeugungsanlage“ versteht, ist nicht maßgeblich. 99

5.2.2.4.2.3. Die Erhebung des verfahrensgegenständlichen Baukostenzuschusses zur Steuerung der Nachfrage nach Anschlusskapazität für den „ersten Akt“, d.h. die „Umwandlung“ bzw. den Verbrauch, lässt sich schließlich auch nicht damit rechtfertigen, dass gerade hiermit eine ungerechtfertigte, etwa nach Art. 18 Abs. 1 Unterabsatz 2 Satz 2 VO (EU) 2019/943 unzulässige Bevorzugung der Energiespeicherung vermieden werde. 100

Zwar mag die Entnahme zur Zwischenspeicherung mit dem Ziel einer späteren Einspeisung als Beschaffungsakt bezeichnet werden, so dass im Ausgangspunkt ein Vergleich mit den Gasbezugskosten eines Betreibers eines Gaskraftwerks gezogen werden kann (darauf abstellend Bundesnetzagentur, Bericht Regelungen zu Stromspeichern im deutschen Strommarkt, März 2021, S. 11). Hier geht es aber um einen Netzanschluss, der ein einzelnes Netz betrifft und auch der „Rückumwandlung“ dienen soll. Ein Vergleich mit den Kosten im Zuge des Anschlusses an ein zweites Netz, d.h. das Gasversorgungsnetz ist daher nicht anzustellen. 101

Ebenso wenig kommt in Betracht, die Gleichbehandlung mit „allen Bezugskunden“ darauf zu stützen, dass es der Beschwerdeführerin zumindest zuzumuten sei, für die dauerhafte Bereitstellung von Anschlusskapazität zur Entnahme eine Gegenleistung zu erbringen, wenn sie denn schon hinsichtlich des Energiebezugs in den Genuss einer Netzentgeltbefreiung (hier nach § 118 Abs. 6 EnWG) gelange. Zwar kann die Rechtmäßigkeit der Höhe eines Einzelentgelts in einem bestimmten Marktsegment nicht stets isoliert beurteilt werden, sondern es bedarf einer Betrachtung des Gesamtzusammenhangs (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. Oktober 2022 - 6 C 10/20, juris Rn. 40). Beim Baukostenzuschuss handelt es sich aber um eine Zahlungsforderung mit einer spezifischen Lenkungs- und Steuerungsfunktion, deren Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eigenständig zu prüfen ist. Danach kommt es nicht weiter darauf an, ob die Bundesnetzagentur (Bericht Regelungen zu Stromspeichern im deutschen Strommarkt, März 2021, S. 11) Bestimmungen wie § 118 Abs. 6 EnWG zu Recht als Privilegierung bewertet oder vielmehr erst die „Vielzahl an begünstigenden Vorschriften“, welche die Bundesnetzagentur in ihrer Beschwerdeerwiderung anführt, einem rein netzgekoppelten Batteriespeicher eine unverzerrte Marktteilnahme ermöglichen (so offenbar BT-Drucks. 20/1653, S. 11). 102

103

5.2.3. Infolge des Verstoßes gegen die Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG hat die weitere Beteiligte auch missbräuchlich im Sinne des § 31 Abs. 1 EnWG gehandelt.

Im besonderen Missbrauchsverfahren gilt ein objektiver Prüfungsmaßstab, auf ein Verschulden kommt es nicht an (Senatsbeschluss vom 25. Juni 2014 - VI-3 Kart 93/13 [V], juris Rn. 37). Entscheidend ist die materielle Rechtslage. Hiernach richtet sich, ob das Verhalten der weiteren Beteiligten mit § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG übereinstimmt (§ 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG). 104

Danach ist unerheblich, dass die weitere Beteiligte sich bei ihrer Erhebungspraxis an nationalen Regelungen (etwa § 3 Nr. 15d EnWG a.F.) und den Vorgaben des Positionspapiers BKZ orientiert haben dürfte. Das nationale Recht ist - wie unter B I 2 aufgezeigt - unabhängig davon anwendbar, ob Art. 59 Abs. 7 RL (EU) 2019/944 der Regulierungsbehörde die Aufgabe zuweist, Regelungen für Baukostenzuschüsse zu treffen. Dieses nationale Recht ist jedoch unionsrechtskonform auszulegen, ohne dass es hierfür auf die inhaltliche Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit einer Norm des Unionsrechts ankäme (deutlich etwa EuGH, Urteil vom 10. März 2011 - C-109/09, ZESAR 2011, 495 Rn. 51 f.; siehe auch Riesenhuber/Domröse, RIW 2005, 47, 50 sowie Senatsbeschluss vom 10. August 2022 - VI-3 Kart 103/21 [V], juris Rn. 52 ff.). Hier ergibt sich (jedenfalls) aus dem Unionsrecht, dass die unterschiedslose Erhebung eines Baukostenzuschusses nach Maßgabe des Leistungspreismodells unzulässig ist. Dem ist bei der Auslegung Rechnung zu tragen. Um eine Auslegung des § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG contra legem, wie von der Bundesnetzagentur erkennbar befürchtet, handelt es sich nicht. Denn das nationale Recht ordnet - wie im Positionspapier BKZ zutreffend vermerkt - nicht explizit an, dass ein Netzbetreiber von der Erhebung eines Baukostenzuschusses nur absehen dürfe, wenn ihm dies durch eine besondere Ausnahmeregelung gestattet werde. 105

Von weiteren Voraussetzungen ist die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens nicht abhängig. Die Bundesnetzagentur hält dem vergeblich entgegen, dass das Investitionsbehinderungsverbot nach Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 sich allein an den Gesetzgeber richte, dass sie selbst (noch) nicht nach nationalem Recht zur Regelung von Anschlusskosten und Baukostenzuschüssen ermächtigt sei und dass (erst recht) nicht den Netzbetreibern die Aufgabe auferlegt werden dürfe, die Entscheidung über Rabattierung und Freistellung von Baukostenzuschüssen im Lichte des Unionsrechts zu treffen. Dies bietet keinen Grund dafür, der Beschwerdeführerin eine unionsrechtswidrige Gleichbehandlung zuzumuten und sie auf den Versuch zu verweisen, eine unionsrechtliche Staatshaftung (vgl. dazu BeckOK-GG/Grzeszick, Art. 34 Rn. 80 [Stand: 15. August 2023]) geltend zu machen, obwohl eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG möglich ist. Der weiteren Beteiligten wird mit einer solchen Überprüfung gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG weder die Wahrnehmung einer Aufgabe übertragen, die dem nationalen Gesetzgeber oder der nationalen Regulierungsbehörde obliegt, noch wird ihr ein missbräuchlicher Verstoß gegen Regelungen vorgeworfen, die bislang nicht existieren, sondern erst zu erlassen wären. Vielmehr existiert ein hinreichender rechtlicher bzw. regulatorischer Rahmen für die Erhebung von Baukostenzuschüssen. Der weiteren Beteiligten wird danach lediglich zugemutet, dass die Bundesnetzagentur ihre Praxis auf einen Antrag gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG überprüft und dabei das Unionsrecht Berücksichtigung findet. 106

5.2.4. Die Begründetheit der Beschwerde bzw. der Umfang des Beschwerdeerfolgs hängt schließlich auch nicht von der Frage ab, ob die weitere Beteiligte dazu befugt sein könnte, die Zahlung eines anders berechneten oder der Höhe nach reduzierten Baukostenzuschusses zu verlangen. 107

Das hier von der weiteren Beteiligten kraft eines Verweises in den Netzanschlussbedingungen für maßgeblich erklärte Leistungspreismodell genügt beim Netzanschluss eines rein netzgekoppelten Batteriespeichers gerade deshalb nicht den rechtlichen Anforderungen, weil es keinerlei Differenzierungen ermöglicht. Aus diesem Grunde fehlt es an diskriminierungsfreien Netzanschlussbedingungen. Deren Ausgestaltung ist nicht Aufgabe des Senats, sondern der Netzbetreiber und/oder der Bundesnetzagentur (vgl. auch EuGH, Urteile vom 8. Juli 2021 - C-120/20, juris Rn. 48 ff.; vom 9. November 2017 - C-489/15, juris Rn. 108). Es kommt daher nicht in Betracht, in diesem Beschwerdeverfahren durch gerichtlichen Beschluss (vgl. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB: „Urteil“) festzulegen, ob und gegebenenfalls aufgrund welcher Berechnungsmethodik Baukostenzuschüsse beim Netzanschluss rein netzgekoppelter Batteriespeicher rechtlich bedenkenfrei gefordert werden könnten. 108

6. Die Beschwerde hat jedoch nicht vollen, sondern nur in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg. Die Bundesnetzagentur ist nicht - wie in erster Linie beantragt - dazu zu verpflichten, der weiteren Beteiligten die Erhebung des Baukostenzuschusses zu untersagen. Zwar trifft die Bundesnetzagentur im Verfahren nach § 31 EnWG eine Überprüfungspflicht (BGH, Beschluss vom 17. Juli 2018 - EnVR 12/17, juris Rn. 19). Bei der eigentlichen Entscheidung kommt der Bundesnetzagentur aber ein Ermessen zu mit der Folge, dass der Senat entsprechend § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO grundsätzlich nur die Verpflichtung zur Neubescheidung beschließen kann (Senatsbeschluss vom 5. Juli 2023 - VI-3 Kart 29/22 [V], juris Rn. 74). Dass es hier allein ermessensfehlerfrei sei, eine Untersagungsanordnung zu erlassen, ist nicht ersichtlich. Vielmehr könnte die Bundesnetzagentur sich etwa auf die Feststellung eines Verstoßes beschränken (siehe ferner die im Entwurf des Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften enthaltene Regelung des § 17 Abs. 4 EnWG-E, dazu BT-Drucks. 20/7310, S. 12). 109

7. Eine Aussetzung des Verfahrens analog § 148 ZPO zum Zwecke eines Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 Abs. 2 AEUV) war nicht angezeigt. Zur Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union war der Senat schon deshalb nicht verpflichtet, weil dieser Beschluss angefochten werden kann (vgl. Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV). 110

C. 111

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Insoweit entspricht es der Billigkeit, der Bundesnetzagentur - trotz teilweisen Unterliegens der Beschwerdeführerin - in Gänze die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Senatsbeschluss vom 5. Juli 2023 - VI-3 Kart 29/22 [V], juris Rn. 136). Eine Kostenerstattung zu Gunsten der - am Verfahren ohnehin nicht aktiv beteiligten - weiteren Beteiligten scheidet aus. 112

II. Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat nach Erörterung mit den Verfahrensbeteiligten gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO auf … Euro, d.h. in Höhe der streitigen Baukostenzuschussforderung festgesetzt. 113

D. 114

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG). 115

116

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 546, § 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Auf die Pflicht zur elektronischen Einreichung durch professionelle Einreicher/innen ab dem 1. Januar 2022 durch das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. Oktober 2013, das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5. Juli 2017 und das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 5. Oktober 2021 wird hingewiesen. Die elektronische Form wird durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und auf einem zugelassenen elektronischen Übermittlungsweg gemäß § 4 Abs. 1 der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERRV) oder von ihr selbst auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht wird. Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und Übermittlungswegen sowie zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der ERRV in der jeweils gültigen Fassung. Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden SchriftS. binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§ 88 Abs. 4 S. 2, § 80 S. 2 EnWG). 117

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE