

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

2/2024

S. 65 – 128

21. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Andrees Gentzsch
Barbie Kornelia Haller
Martin Henke
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Jochen Mohr
Klaus Müller
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Christian Seyfert
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- *Klaus Müller*
Wir reizen die Energiewende an 65
- *Stefan Missling*
Das Eckpunktepapier zur Weiterentwicklung des
Regulierungsrahmens für Strom- und Gasnetzbetreiber 66
- *Margret Schellberg/Simon van den Heuvel*
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2023 72
- *Pius Alexander Benczek*
Die Bedeutung der EU-Gigabit-Infrastruktur-
Verordnung (GIA) für die Erreichung der
Gigabit-Ziele bis 2030: bedingt geeignet und zu spät? 87
- *Olaf Schulz-Gardyan/Julia Blatt-von Raczeck*
Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf:
Baukostenzuschuss für Batteriespeicher 103
- *Bastian Reuße/Till Götz Karrer*
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln:
Vor-Ort-Untersuchung keine zwingende
Voraussetzung für einen Mitnutzungsantrag 111
- *Johann Ante*
Anmerkung zum Urteil des EuGH:
eisenbahnrechtliche Überprüfung von
Altentgelten – Die Länderbahn u.a. 117
- *Andy Niekamp*
Anmerkung zum Urteil des VG Köln: Bildung
von Marktsegmenten bei der Genehmigung
von Schienenwegentgeltentgelten 125

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).

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.

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 Beteiligte 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.

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.

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.

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 Neubearbeitung 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).

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).

[...]

Dr. Olaf Schulz-Gardyan und Julia Blatt-von Raczeck

Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf vom 20. Dezember 2023 – Az. VI-3 Kart 183/23 (V)

I. Problem

Netzbetreiber sind nach § 17 Abs. 1 S. 1 EnWG verpflichtet, „Letztverbraucher, ... Erzeugungs- und Gasspeicheranlagen

sowie Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie“ zu technischen und wirtschaftlichen Bedingungen an ihr Netz anzuschließen, die angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sind. Zu den wirtschaftlichen Bedingungen

gehören sog. Baukostenzuschüsse (BKZ), die Netzbetreiber als Entgelt für die Leistungsbereitstellung verlangen dürfen. Die Bundesnetzagentur erachtet für Netzanschlüsse oberhalb der Niederspannungsebene eine Berechnung der Baukostenzuschüsse nach dem sog. „Leistungspreismodell“ vor dem Hintergrund der damit verfolgten Lenkungs- und Steuerungsfunktion für angemessen.¹ Danach kann der Baukostenzuschuss durch Multiplikation des Leistungspreises der Netzebene (> 2500 Jahresbenutzungsstunden) mit der bereitgestellten Leistung des Netzanschlusses bestimmt werden. Damit soll einer Überdimensionierung des Netzes entgegengewirkt werden. Nach diesem Modell werden Baukostenzuschüsse in der Praxis auch beim Anschluss von Speichern erhoben, die damit wie alle anderen Bezugskunden behandelt werden. Im konkreten Fall machte der Netzbetreiber den Anschluss eines rein netzgekoppelten Batteriespeichers an das Mittelspannungsnetz von der Zahlung eines Baukostenzuschusses nach dem Leistungspreismodell abhängig. Hiergegen wandte sich der Anschlusspetent mit einem Antrag nach § 31 EnWG und forderte die Bundesnetzagentur auf, dem Netzbetreiber das Verlangen eines Baukostenzuschusses dem Grunde nach und hilfsweise der Höhe nach zu untersagen. Die Bundesnetzagentur wies den Antrag ab.² Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Anschlusspetenten. Sie wirft zahlreiche energiewirtschaftsrechtliche und unionsrechtliche Fragestellungen auf. Dabei geht es im Kern um die Bewertung des Umstands, dass rein netzgekoppelte Batteriespeicher elektrische Energie nicht nur aus dem Netz entnehmen, sondern diese – zeitlich versetzt und mit Umwandlungsverlusten – auch wieder in das Netz einspeisen. Im Hinblick auf Baukostenzuschüsse bewegen sich netzgekoppelte Batteriespeicher damit im Spannungsverhältnis zwischen der anerkannten Verpflichtung von Letztverbrauchern zur Zahlung von Baukostenzuschüssen und dem in § 8 Abs. 3 KraftNAV zum Ausdruck kommenden Grundsatz, wonach für den Netzanschluss von Erzeugungsanlagen keine Baukostenzuschüsse verlangt werden.

II. Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hat die Bundesnetzagentur verpflichtet, über den Missbrauchsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Dabei stellt es zunächst klar, dass Netzbetreiber auch oberhalb der Niederspannung grundsätzlich zur Erhebung eines Baukostenzuschusses berechtigt sein können (unter B. II. 1.) und hieran bei dem Anschluss von Speichern weder durch § 118 Abs. 6 EnWG (unter B. II. 2.) noch wegen der darin angeordneten Befreiung von der Verpflichtung zur Zahlung von Netzentgelten (unter B. II. 3.) gehindert sind. Auch sei die Erhebung eines Baukostenzuschusses anlässlich des Anschlusses einer Energiespeicheranlage i. S. v. Art. 2 Nr. 60 der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944 nicht generell unionsrechtswidrig (unter B. II. 4.). Das Verlangen des Netzbetreibers nach einem dem Leistungspreismodell entsprechenden Baukostenzuschuss für einen rein netzgekoppelten Batteriespeicher sei aber, jedenfalls bei unionsrechtskonformer Auslegung, diskriminierend i. S. v. § 17 Abs. 1 S. 1 EnWG und damit zugleich missbräuchlich i. S. v. § 31 EnWG, weil es die „Einspeiseseite“ des Speichers nicht berücksichtige und damit Ungleiches (Speicher und Letztverbraucher) zu Unrecht gleichbehandele (unter B. II. 5.). Das ist nicht überzeugend.

1. Zu § 118 Abs. 6 EnWG

Noch zuzustimmen ist dem Oberlandesgericht darin, dass die Erhebung eines Baukostenzuschusses für Speicher grundsätzlich möglich ist und insbesondere nicht durch § 118 Abs. 6 EnWG oder den dadurch angeordneten Wegfall der Verpflichtung zur Zahlung von Netzentgelten ausgeschlossen wird.

a) Baukostenzuschüsse sind keine „Entgelte für den Netzzugang“

Nach § 118 Abs. 6 EnWG sind Speicher von den „Entgelten für den Netzzugang“ (zeitlich befristet) befreit. Hierzu zählen, wie das OLG Düsseldorf unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH³ feststellt, nur die „Netzentgelte im eigentlichen Sinn“. Zu diesen zählen, wie das Oberlandesgericht weiter feststellt, Baukostenzuschüsse gerade nicht. Damit wendet sich das OLG Düsseldorf gegen eine in der Literatur verbreitete Meinung, die Baukostenzuschüsse unter Hinweis auf ihre „wahre Natur“ als ein Entgelt für den Netzzugang betrachtet.⁴ Die Zurückweisung dieser Auffassung ist zu begrüßen.

Der Umstand, dass Baukostenzuschüsse zur Finanzierung von Netzkosten beitragen, macht sie noch nicht zu Entgelten für den Netzzugang i. S. v. § 118 Abs. 6 EnWG. Zu Recht verweist das OLG Düsseldorf hierzu insbesondere auf die Gesetzessystematik, die bewusst zwischen den von den Netznutzern über einen Jahresleistungspreis und einen Arbeitspreis zu zahlenden Entgelten für den Netzzugang i. S. v. § 21 EnWG und den im Zusammengang mit dem Netzanschluss nach § 17 EnWG von dem Anschlussnehmer als Einmalbeitrag zu zahlenden Baukostenzuschüssen unterscheidet. Dem Umstand, dass Baukostenzuschüsse innerhalb der für die Netzentgeltbildung maßgeblichen Kostenermittlung nach den §§ 4 ff. StromNEV gemäß § 9 StromNEV Berücksichtigung finden, misst das OLG Düsseldorf dabei zu Recht keine Bedeutung zu. In § 9 StromNEV ist lediglich geregelt, dass die vereinnahmten Baukostenzuschüsse von den Netzkosten für die Zwecke der Netzentgeltkalkulation über einen Auflösungszeitraum abzuziehen sind, womit sich die Norm offenkundig des in der Kostenrechnung bei sog. „Koppelprodukten“ üblichen Subtraktionsverfahrens bedient. Dieser Abzug gewährleistet, dass eine Doppelrefinanzierung der Netzkosten durch die Vereinnahmung von Baukostenzuschüssen und Netzentgelten auch ohne getrennte Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung verhindert wird. Hiermit steht § 118 Abs. 6 EnWG in keinem Zusammenhang.

Vor diesem Hintergrund weist das Oberlandesgericht zu Recht auch die Annahme zurück, die fehlende Befreiung von Baukostenzuschüssen sei ein bloßes Redaktionsversehen. Wie das Gericht in begrüßenswerter Klarheit feststellt, ist die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG nicht als „Auffang- oder Generalvorschrift zum Zwecke größtmöglicher Förderung von Speicheranlagen konzipiert worden“. Insbesondere kann sie nicht dahingehend verstanden werden, dass Speicher keinerlei Beitrag zur Finanzierung der Netzkosten beisteuern müssen.

b) Netzentgeltspflicht ist keine Voraussetzung für Baukostenzuschüsse

Das OLG Düsseldorf weist auch die Annahme zurück, dass ein Verlangen von Baukostenzuschüssen die Verpflichtung zur Zahlung von Netzentgelten voraussetzt. Es hat deshalb die von dem Anschlusspetenten bejahte Frage offenlassen können, ob aus § 15 Abs. 1 S. 3 StromNEV, wonach für die Einspeisung elektrischer Energie keine Netzentgelte zu entrichten sind, geschlossen werden könne, dass Baukostenzuschüsse für Erzeugungsanlagen über das ausdrückliche Verbot in § 8 Abs. 3 KraftNAV hinaus stets ausgeschlossen sind. Selbst wenn dem nämlich so wäre, würde dies nicht bedeuten, dass eine Befreiung von ansonsten zu zahlenden Netzentgelten, wie sie in § 118 Abs. 6 EnWG für Speicher vorgesehen ist, zugleich zu einer Befreiung von Baukostenzuschüssen führt.

1 Bundesnetzagentur, Positionspapier zur Erhebung von Baukostenzuschüssen (BKZ) für Netzanschlüsse im Bereich von Netzebenen oberhalb der Niederspannung v. 5.1.2009 – Az. BK6p-06-003.

2 Bundesnetzagentur, Beschl. vom 6.12.2022 – Az. BK6-22-242.

3 BGH, Beschl. v. 20.6.2017 – Az. EnVR 24/16, Rn. 12 und 15.

4 Insbesondere Schwintowski/Wojanowski/Sauer, EWeRK 2016, 94, 97 f.

2. Zur angeblichen Diskriminierung von Speichern

Nicht überzeugend ist aber die Annahme des OLG Düsseldorf, das Verlangen eines anhand des Leistungspreismodells errechneten Baukostenzuschusses für einen rein netzgekoppelten Batteriespeicher sei mit dem unionsrechtskonform auszulegenden Diskriminierungsverbot gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 EnWG nicht vereinbar. Das Oberlandesgericht geht zwar im Ausgangspunkt zu Recht davon aus, dass Batteriespeicher in ihrer Funktion als Bezugskunden rechtlich als Letztverbraucher einzustufen sind (unter B. II. 5.2.1.). Es meint aber, eine daran anknüpfende Forderung von Baukostenzuschüssen erweise sich als „eine nicht zu rechtfertigende Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte“. Dabei ergebe sich die Unterschiedlichkeit der zu vergleichenden Entnahmesachverhalte „aus einer Gesamtschau sowohl mehrerer tatsächlicher Umstände als auch normativer Gesichtspunkte“ (unter B. II. 5.2.2.). Dem ist nicht zuzustimmen.

a) Dauerhaftigkeit der Leistungsbereitstellung

Das Oberlandesgericht sieht einen „wesentlichen Unterschied zum Regelfall eines baukostenzuschusspflichtigen Netzanschlusses auf Entnahmeseite“ darin, dass ein rein netzgekoppelter Batteriespeicher faktisch nicht im Stande sei, die maximale Anschlusskapazität zu jedem beliebigen Zeitpunkt zu nutzen. Nach dem ersten Aufladen setze die Nutzung der maximalen Anschlusskapazität nämlich die zumindest teilweise Entladung entweder durch unvermeidliche Speicherverluste oder Einspeisung der gespeicherten elektrischen Energie voraus. Dieser Umstand stehe der Anwendung des Leistungspreismodells der Bundesnetzagentur entgegen, da dieses gerade auf der Möglichkeit beruhe, die vereinbarte Netzanschlusskapazität „über das ganze Jahr zu jedem Zeitpunkt“ zu nutzen. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf hätte deshalb bei der Ermittlung des Baukostenzuschusses die Notwendigkeit einer baukostenzuschussfreien Einspeisung als „Zwischenschritt“ zwischen den einzelnen Entnahmevorgängen berücksichtigt werden müssen (unter B. I. 5.2.2.1.).

Das OLG Düsseldorf verkennt dabei jedoch, dass es sich beim Baukostenzuschuss um ein Entgelt für die (abstrakte) Leistungsbereitstellung handelt. Mit dem Netzanschluss erwerben Anschlussnehmer das Recht, jederzeit die volle bereitgestellte Leistung zu nutzen. Dieses Recht hat einen Vermögenswert, der über den Leistungspreis (> 2500 Jahresbenutzungsstunden) bezogen auf die bereitgestellte Leistung ausgedrückt werden kann. Hinter dem Leistungspreis (> 2500 Jahresbenutzungsstunden) stehen die (jährlichen) Kosten der Leistungsbereitstellung für eine Dauer zwischen 2500 (ca. durchschnittlich 7 Stunden pro Tag) und 8760 Jahresbenutzungsstunden (24 Stunden pro Tag).⁵ Ob ein Anschlussnehmer das erworbene Recht praktisch voll ausschöpfen kann, ist für die Bemessung des Vermögenswertes unerheblich. Im Übrigen dürften Speicher hier keine besondere Lage aufweisen, da die wenigsten Letztverbraucher in der Lage sein dürften, zu jedem Zeitpunkt über das ganze Jahr die maximale Anschlusskapazität zu nutzen.

Das Oberlandesgericht hat auch keine Feststellungen dazu getroffen, dass das Leistungspreismodell den Beitrag eines netzgekoppelten Batteriespeichers an den Netzkosten anders als den anderer Letztverbraucher nicht verursachungsgerecht abbildet. Es hat im Gegenteil bestätigt, dass derartige Speicher sich nicht stets netzdienlich verhalten. Es ist deshalb keineswegs ausgeschlossen, dass auch ein netzgekoppelter Batteriespeicher an der zeitgleichen Jahreshöchstlast des Anschlussnetzes beteiligt ist.

b) Lenkungs- und Steuerungsfunktion

Das OLG Düsseldorf sieht einen weiteren Unterschied der zu vergleichenden Entnahmesachverhalte im Hinblick auf die mit der Erhebung eines Baukostenzuschusses verbundenen Lenkungs- und Steuerungseffekte. Bei netzgekoppelten

Batteriespeichern wirke ein nach dem Leistungspreismodell bestimmter Baukostenzuschuss in erster Linie standortsteuernd, während der mit der Erhebung eines Baukostenzuschusses typischerweise verbundenen Lenkungs- und Steuerungsfunktion „eine allenfalls untergeordnete Bedeutung“ zukomme. Auch dies spreche für „die Notwendigkeit der Mitberücksichtigung der ‚Einspeiseseite‘ und damit gegen eine unterschiedslose Gleichbehandlung mit Letztverbrauchern“ (unter B. II. 5.2.2.2.). Das ist nicht überzeugend.

Auch bei Speichern besteht ein Interesse an einer bedarfsgerechten Dimensionierung der Leistung. Dies erkennt auch das OLG Düsseldorf an und bestätigt damit, dass die „typische“ Lenkungs- und Steuerungsfunktion eines Baukostenzuschusses auch bei Speichern wirkt. Warum dieser Funktion bei Speichern gleichwohl nur eine „allenfalls untergeordnete Bedeutung“ zukommen soll, erschließt sich nicht. Eine solche „untergeordnete Bedeutung“ ergibt sich insbesondere nicht aus einer danebentretenden „standortsteuernden Wirkung“. Das folgt schon daraus, dass die Lenkungs- und Steuerungsfunktion eines Baukostenzuschusses nach dem Leistungspreismodell standortunabhängig ist. Außerdem ist die standortsteuernde Wirkung eines Baukostenzuschusses keine Besonderheit von Speichern, denn auch andere Letztverbraucher dürften die unterschiedlichen Höhen der Baukostenzuschüsse bei ihrer Standortwahl berücksichtigen. Es mag zwar sein, dass diesem Aspekt bei der Standortwahl eines netzgekoppelten Batteriespeichers typischerweise ein besonderes Gewicht zukommt. Das rechtfertigt aber keine Abkehr von dem Leistungspreismodell bei der Ermittlung des Baukostenzuschusses.

Insbesondere erfordert die standortsteuernde Wirkung nicht die Mitberücksichtigung der „Einspeiseseite“ bei der Ermittlung des Baukostenzuschusses. Die gegenteilige Argumentation des Oberlandesgerichts ist kaum nachvollziehbar. Der vom Gericht hervorgehobene Umstand, dass rechtspolitische Forderungen nach einem Baukostenzuschuss auf der „Einspeiseseite“ mit der standortsteuernden Wirkung eines solchen Zuschusses begründet werden, rechtfertigt nicht die Aussage, dass der hier geforderte Baukostenzuschuss für einen netzgekoppelten Batteriespeicher wegen seiner standortsteuernden Wirkung wie ein Baukostenzuschuss auf der „Einspeiseseite“ wirke. Außerdem ist die von dem OLG Düsseldorf aus dieser Wirkung abgeleitete Forderung nach einer „Mitberücksichtigung“ der Einspeiseseite bei der Berechnung des Baukostenzuschusses völlig unklar, denn dieser Berechnung müsste nach Auffassung des Gerichts „eine Neubestimmung der Funktion“ vorangehen.

c) Normative Betrachtung

Das OLG Düsseldorf meint, auch eine normative Betrachtung bestätige die „Unterschiedlichkeit der zu vergleichenden Sachverhalte auf der ‚Entnahmeseite‘, die einer unterschiedslosen Gleichbehandlung von netzgekoppelten Batteriespeichern mit Letztverbrauchern [entgegenstehe]“ (unter B. II. 5.2.2.3.). Dabei beschränkt sich das Oberlandesgericht aber auf die Feststellung, dass das Gesetz an verschiedenen Stellen Sonderregelungen für Speicher und deren verschiedene Funktionen enthalte. Warum daraus aber folgen soll, dass ein für Bezugskunden konzipierter Baukostenzuschuss nicht auch für die „Entnahmeseite“ eines Speichers erhoben werden darf, erschließt sich nicht. Das gilt umso mehr, als das OLG Düsseldorf die rechtliche Einordnung eines Batteriespeichers als Letztverbraucher bei dem Bezug aus dem Netz an anderer Stelle des Beschlusses ausdrücklich anerkannt hat (unter B. II. 5.2.1.). Soweit das Gericht eine Ausnahme von dem Grundsatz der getrennten Betrachtung von Bezug und Einspeisung für die Bemessung des Baukostenzuschusses darauf stützt, dass sich auch die Bundesnetzagentur bei Batteriespeichern mit einer Nennleistung ab 100 Megawatt (MW) für eine entsprechende Anwendung des § 8 Abs. 3 KraftNAV mit

⁵ § 16 StromNEV i. V. m. Anlage 4 StromNEV.

der Folge ausspricht, dass die Anschlusskapazität für Entnahmen zumindest zu einem erheblichen Teil nicht berücksichtigt wird, ist auch das nicht überzeugend. Die Anwendung der KraftNAV setzt nach § 1 Abs. 1 KraftNAV zusätzlich zu dem Schwellenwert voraus, dass es sich um „Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie (Erzeugungsanlagen)“ i. S. d. § 3 Nr. 18d EnWG handelt. Dies ist bei Speichern aufgrund der eigenständigen Definition der Energiespeicheranlage in § 15d EnWG nicht der Fall.

d) Zum Unionsrecht

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ergibt sich „jedenfalls ... aus dem Unionsrecht, dass die verfahrensgegenständliche Forderung mit § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG nicht übereinstimmt“, da dabei „wesentliche Vorgaben und Zielsetzungen des Unionsgesetzgebers ... nicht einmal zum Teil oder ausschnittsweise Berücksichtigung“ fänden (unter B. II. 5.2.2.4.2.). Auch dem kann nicht gefolgt werden.

Das Oberlandesgericht bezieht sich auf den Umstand, „dass das Unionsrecht die Energiespeicherung in zahlreichen Vorschriften (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“. Soweit es dabei auf Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 und 3 der Elektrizitätsverordnung (EU) 2019/943 verweist, ist das schon im Ausgangspunkt unzutreffend. Diese Regelung bestimmt lediglich, dass Netzentgelte die Energiespeicherung „weder bevorteilen noch benachteiligen“ dürfen. Ein einseitiger Zusammenhang zwischen Energiespeicherung und Energieerzeugung ergibt sich daraus nicht. Auch die Behauptung, Art. 42 der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944 zeige, dass das Unionsrecht „von einer zumindest teilweisen Vergleichbarkeit der Netzanschlussituationen“ von Speichern und Erzeugungsanlagen ausgehe, ist nicht richtig. Die Regelung beschränkt sich auf die hier nicht relevante Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Entwicklung und Veröffentlichung transparenter und effizienter Verfahren für den diskriminierungsfreien Anschluss neuer Erzeugungsanlagen und Energiespeicheranlagen an das Übertragungsnetz. Ein Hinweis auf eine zumindest teilweise Vergleichbarkeit der Anschlussituation ist damit nicht verbunden. Insbesondere ergibt sich daraus nicht die Vorgabe, dass die zu entwickelnden Verfahren für Erzeugungsanlagen und Energiespeicheranlagen inhaltlich gleich auszugestalten sind. Entsprechendes gilt für Art. 58 lit. e der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944. Diese Regelung geht nicht über die Verpflichtung der Regulierungsbehörde hinaus, angemessene Maßnahmen zur „Erleichterung des Anschlusses neuer Erzeugungsanlagen und Energiespeicheranlagen an das Netz, insbesondere durch Beseitigung von Hindernissen, durch die der Zugang neuer Marktteilnehmer und die Einspeisung von Elektrizität aus erneuerbaren Quellen verhindert werden könnte“, zu treffen. Sie belegt keineswegs, dass der Unionsgesetzgeber von einer zumindest teilweisen Vergleichbarkeit der Netzanschlussituationen von Erzeugungsanlagen und Speichern ausgeht.

Die weitere Aussage, die dem Unionsgesetzgeber unterstellte Annahme treffe beim Anschluss eines rein netzgekoppelten Batteriespeichers auch in tatsächlicher Hinsicht zu, ist ebenfalls nicht richtig. Das OLG Düsseldorf verweist für seine Annahme auf den Umstand, dass die Möglichkeit zur Nutzung der vereinbarten Anschlusskapazität „über das ganze Jahr zu jedem Zeitpunkt“ bei derartigen Speichern auch die Inanspruchnahme von Einspeisekapazität voraussetze und ein Baukostenzuschuss nach dem Leistungspreismodell für solche Speicher „eine wesentlich andere als die herkömmliche Lenkungs- und Steuerungswirkung“ entfalte. Beides ist aus den bereits (oben, unter a) und b)) dargestellten Gründen unzutreffend.

Das OLG Düsseldorf meint weiter, die Erhebung des Baukostenzuschusses nach Maßgabe des Leistungspreismodells beruhe

auf Annahmen, „die im Gegensatz zu weiteren Vorgaben und Zielsetzungen des Unionsgesetzgebers stehen“. Auch das ist nicht richtig. Es ist zwar zutreffend, dass der „Unionsgesetzgeber der Energiespeicherung eine besondere Bedeutung beimisst“, indem er sie als eine mögliche Alternative zur Schaffung neuer Erzeugungskapazitäten betrachtet und auf ihre Rolle bei der Integration erneuerbarer Energien verweist. Warum daraus aber folgen soll, dass Speicherbetreiber nicht über einen Baukostenzuschuss nach dem Leistungspreismodell dazu angehalten werden dürfen, keine überhöhte Anschlussleistung zu bestellen, erschließt sich nicht. Entgegen der Auffassung des Gerichts kann aus den vagen Hinweisen in der Richtlinie auf die Bedeutung von Speichern keine unionsrechtliche Verpflichtung abgeleitet werden, durch die Ausgestaltung des Baukostenzuschusses über die Lenkungs- und Steuerungsfunktion hinaus dazu beizutragen, „dass sich ein rein netzgekoppelter Batteriespeicher tatsächlich als ein Mittel zur kosteneffizienten Integration von Anlagen, die Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen, oder als Alternative zur Schaffung neuer Erzeugungsanlagen erweisen kann“. Deshalb kann der Forderung eines Baukostenzuschusses nach Maßgabe des Leistungspreismodells auch nicht entgegengehalten werden, diese könnte wegen der tendenziell hohen Leistungspreise in Netzgebieten mit großen Erzeugungskapazitäten aus erneuerbaren Energien bewirken, dass Speicher in solchen Netzgebieten nicht errichtet werden. Die gegenteilige Auffassung des OLG Düsseldorf, das insoweit von „Fehlansreizen“ spricht, verkennt außerdem, dass rein netzgekoppelte Batteriespeicher gerade in Netzgebieten mit hoher Einspeisung aus erneuerbaren Energien zu erheblichen Problemen für die Netzstabilität führen können, denn sie werden, wie das Gericht an anderer Stelle ausdrücklich einräumt, nicht ausschließlich netzdienlich betrieben. Ihr Einsatz folgt vielmehr in der Regel den Preissignalen auf dem Regulenergie Markt und dem Tagesstrom- bzw. „Intraday“-Markt. Er kann daher kritische Netzsituationen durchaus verschärfen. Die Aussage des OLG Düsseldorf, hierauf käme es unionsrechtlich nicht an, ist nicht nachvollziehbar, da ein derart preisgetriebener Einsatz eines Speichers gerade nicht geeignet ist, die vom Gericht betonten unionsrechtlichen Ziele zu erreichen. Deshalb muss auch die Gestaltung des Baukostenzuschusses für Speicher nicht darauf ausgerichtet sein, den Anschluss von rein netzgekoppelten Batteriespeichern in Netzgebieten mit starker Erzeugung aus erneuerbaren Energien anzureizen.

Das OLG Düsseldorf verkennt auch, dass nach dem Unionsrecht „Netzentgelte Energiespeicherung ... weder bevorteilen noch benachteiligen“ dürfen (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 der Elektrizitätsverordnung [EU] 2019/943). Mit dem unionsrechtlichen Begriff des Netzentgelts sind alle Entgelte i. S. d. Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 der Elektrizitätsverordnung (EU) 2019/943 gemeint, worunter auch Baukostenzuschüsse fallen. Diese Norm ist der eigentliche unionsrechtliche Maßstab für die Prüfung der Sachgerechtigkeit eines Baukostenzuschusses. Auch danach erweist sich die Forderung eines Baukostenzuschusses nach dem Leistungspreismodell auch für rein netzgekoppelte Batteriespeicher als sachgerecht. Insbesondere ist die mit der Forderung eines solchen Zuschusses angestrebte Lenkungs- und Steuerungsfunktion ohne weiteres mit dem Unionsrecht vereinbar. Die Entgelte (einschließlich des Baukostenzuschusses) sollen nämlich nach Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 der Elektrizitätsverordnung (EU) 2019/943 „durch Preissignale für Kunden und Erzeuger zur Gesamteffizienz des Netzes beitragen“. Wie das OLG Düsseldorf festgestellt hat, erfüllen Baukostenzuschüsse nach Maßgabe des Leistungspreismodells diese Funktion auch bei netzgekoppelten Batteriespeichern. Zwar unterscheiden sich netzgekoppelte Batteriespeicher von anderen Letztverbrauchern dadurch, dass sie den zuvor entnommenen Strom zeitlich versetzt wieder in das Netz einspeisen. Das ändert aber nichts daran, dass die angeforderte Anschlussleistung in voller Höhe auch für den Bezug bereitsteht.

Damit ist zugleich sichergestellt, dass sich ein netzgekoppelter Batteriespeicher wie jeder andere Letztverbraucher über den Baukostenzuschuss verursachungsgerecht an den Netzkosten beteiligt.⁶ Daraus folgt zugleich, dass in der Erhebung eines Baukostenzuschusses nach dem Leistungspreismodell für netzgekoppelte Batteriespeicher keine sachwidrige Benachteiligung gegenüber Erzeugungsanlagen liegt.⁷

III. Praxisfolgen

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Es ist zu erwarten, dass sich jedenfalls Betreiber von rein netzgekoppelten Batteriespeichern unter Berufung auf diese Entscheidung gegen die Forderung eines Baukostenzuschusses nach Maßgabe des Leistungspreismodells wenden und Betreiber von Speichern mit einer Nennleistung ab 100 MW bei einem Anschluss an das Hochspannungsnetz unter Berufung auf § 8 Abs. 3 KraftNAV einen vollständigen Verzicht auf Baukostenzuschüsse fordern sowie ggf. die Rückzahlung geleisteter Baukostenzuschüsse geltend machen werden. Solchen Begehren können Netzbetreiber in der Praxis schon deshalb nicht entsprechen, weil die Entscheidung des OLG Düsseldorf angesichts der von der Bundesnetzagentur eingelegten Rechtsbeschwerde noch nicht rechtskräftig ist. Außerdem ist völlig unklar, wie ein Baukostenzuschuss bei einem Anschluss eines rein netzgekoppelten Batteriespeichers nach Auffassung des Oberlandesgerichts zu bestimmen ist. Die vom Gericht geforderte „Berücksichtigung“ der EinspeiseSeite lässt offen, wie diese konkret umgesetzt werden soll. Vorgaben hierzu hat das OLG Düsseldorf nicht gemacht. Das gilt auch für die Behandlung des Antrags in dem konkreten Missbrauchsverfahren. Hier weist das Gericht sogar auf die Möglichkeit der Bundesnetzagentur hin, sich auf die Feststellung eines Verstoßes zu beschränken (unter B. II. 6.). Rechtssicherheit würde damit nicht geschaffen. Das gilt erst recht für die Behandlung anderer Speicheranlagen.

Auch deshalb ist zu hoffen, dass der BGH auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur feststellt, dass Netzbetreiber einen Baukostenzuschuss gemäß dem Leistungspreismodell auch für rein netzgekoppelte Batteriespeicher erheben dürfen und dies auch für den Anschluss von Speichern mit einer installierten Leistung ab 100 MW an das Hochspannungsnetz gilt. Sollte der BGH demgegenüber die Auffassung des OLG Düsseldorf bestätigen, wird die Bundesnetzagentur die Funktion eines Baukostenzuschusses für Speicher neu bestimmen und auf dieser Grundlage eine Methode zur Ermittlung der bei einem Anschluss von Speichern zu erhebenden Baukostenzuschüsse entwickeln müssen. Dies werden Netzbetreiber abwarten und bis dahin weiter Baukostenzuschüsse nach den bisherigen Regelungen erheben dürfen, um einen „Flickenteppich“ unterschiedlicher Methoden zur Ermittlung des Baukostenzuschusses zu vermeiden.

Für Netzbetreiber steht bis zu einer Neuregelung außerdem die Drohung der Bundesnetzagentur im Raum, einen Verzicht auf Baukostenzuschüsse zugunsten von Speichern im Rahmen der Netzentgeltregulierung kostenmindernd anzusetzen.⁸ Zwar dürfte es derzeit an einer Rechtsgrundlage fehlen,⁹ die es der Bundesnetzagentur ermöglicht, nicht eingennommene Baukostenzuschüsse kostenmindernd in Ansatz zu bringen. Dies könnte sich allerdings mit der anstehenden Neugestaltung der Entgeltregulierung ändern, wenn die Bundesnetzagentur die Finanzierungsfunktion der Baukostenzuschüsse anerkennen sollte. Eine solche Finanzierungsfunktion hat die Bundesnetzagentur bisher mit der Begründung verneint, dass „die Kosten der Errichtung, des Ausbaus und der Unterhaltung des Netzes ... grundsätzlich aus den einer behördlichen ex-ante Genehmigung bzw. künftig der Anreizregulierung

unterfallenden Netznutzungsentgelten zu refinanzieren“ sind¹⁰ und Baukostenzuschüsse nicht hierunter fallen. Die Bundesnetzagentur befürchtete also offenbar, dass Baukostenzuschüsse unzulässig sind bzw. werden, wenn diesen eine Finanzierungsfunktion zugesprochen wird. Diese Befürchtung dürfte spätestens seit der EnWG-Novelle vom 22. Dezember 2023,¹¹ mit der die aus der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944 und der Elektrizitätsverordnung (EU) 2019/943 folgende Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden von legislativen und anderen exekutiven Entscheidungen¹² der Bundesnetzagentur rechtlich eingeräumt wird, entfallen sein. Die nunmehr im EnWG vorgeschriebene Ex-ante-Regulierung erschöpft sich entsprechend der Vorgabe aus Art. 59 Abs. 7 lit. a der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944 darin, dass die Methoden zur Bestimmung der Entgelte vorab von der Bundesnetzagentur festgelegt oder genehmigt werden (§ 21, § 17 Abs. 4 EnWG). Damit sind Vorgaben zur Erhebung eines Baukostenzuschusses unter Berücksichtigung seiner Finanzierungsfunktion ohne weiteres möglich. Für eine solche Neuausrichtung von Baukostenzuschüssen könnte auch die Betonung der Effizienz des zinslosen Baukostenzuschusses für die Finanzierung der Netzkosten im Zusammenhang mit den Festlegungen zu § 14a EnWG sprechen.¹³

Zudem gibt die bereits angesprochene EnWG-Novelle Anlass für eine Neugestaltung, da der neue § 17 Abs. 4 EnWG die Bundesnetzagentur zu einer insbesondere auch die Baukostenzuschüsse umfassenden Festlegung ermächtigt. Im Zuge dieser Festlegung könnte auch das Positionspapier zu Baukostenzuschüssen oberhalb der Niederspannungsebene durch eine Festlegung ersetzt werden und Baukostenzuschüsse unabhängig von der Anschlussebene neu ausgerichtet werden. Wenn die Bundesnetzagentur dabei auch eine inhaltliche Neugestaltung der Baukostenzuschüsse in Angriff nehmen wollte, sollte darauf geachtet werden, dass diese für Netzbetreiber und die Regulierungsbehörden nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist. Hinsichtlich der Kalkulation des Baukostenzuschusses hat das Leistungspreismodell dabei den Vorteil, auf einer bereits erfolgten Kalkulation des Leistungspreises für den Netzzugang aufzusetzen und hierdurch zugleich die unionsrechtlichen Anforderungen an die Kostenorientierung und die Effizienz der Entgelte¹⁴ zu erfüllen, ohne unmittelbar selbst einer Kosten- und Effizienzprüfung zu unterliegen.

6 Zu diesem Aspekt EuGH, ECLI:EU:C:2018:961 (Urt. v. 28.11.2018 – verb. Rs. C-262/17, C-263/17 und C-273/17), Rn. 70 ff.

7 Generell zur Behandlung von Speichern im Vergleich zu Erzeugungsanlagen und Letztverbrauchern: Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER), Report on Electricity Transmission and Distribution Tariff Methodologies in Europe, 2023, S. 42.

8 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 6.12.2022 – Az. BK6-22-242, S. 24 f.

9 § 9 StromNEV stellt auf die vereinnahmten Baukostenzuschüsse ab; § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV dient nur dem Abgleich von Mehr- oder Mindermengenabweichungen; § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV sieht einen Abgleich nur in Bezug auf Abweichungen zwischen Plan- und Istwerten vor, wozu auch die Plan- und Istwerte der Baukostenzuschüsse gehören (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 13 ARegV).

10 Bundesnetzagentur (Fn. 1), S. 2.

11 Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 22.12.2023, BGBl. 2023 I Nr. 405.

12 EuGH, N&R 2021, 297 = ECLI:EU:C:2021:662 (Urt. v. 2.9.2021 – Rs. C-718/18).

13 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 23.11.2023 – Az. BK8-22/010-A – NSAVER, Rn. 156. Zugleich soll durch die diskutierte Neugestaltung der Eigenkapitalverzinsung (gewichtete durchschnittliche Kapitalkosten [„Weighted Average Cost of Capital“, WACC]) der Vorteil des zinslosen Finanzierungsbeitrags durch einen Abzug der Baukostenzuschüsse vom zu verzinsenden Vermögen erhalten bleiben (Bundesnetzagentur, Eckpunkt Papier „Netze. Effizient. Sicher. Transformat.“ v. 18.1.2024).

14 Art. 18 Abs. 1 der Elektrizitätsverordnung (EU) 2019/943.

Bei der Frage, ob Speicher bei einer Beibehaltung des Leistungspreismodells wirtschaftlich auf eine Sonderregelung zu Baukostenzuschüssen angewiesen sind, wird die Bundesnetzagentur im Übrigen bereits absehbare Änderungen des Rechtsrahmens zu berücksichtigen haben. So wird etwa der in dem Beschluss des OLG Düsseldorf angenommene „Fehlreiz“ des Leistungspreismodells durch die Entscheidung der Bundesnetzagentur, Mehrkosten aus der Integration von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien bundesweit auf die Netzentgelte zu verteilen,¹⁵ jedenfalls verringert werden. Im Übrigen dürften sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Speicher auch durch die Einführung eines Kapazitätsmarkts verändern.¹⁶ Unabhängig davon sollte auch im Rahmen einer möglichen Neuregelung des Baukostenzuschussregimes sichergestellt werden, dass nicht netzdienliche Speicher ihrem Beitrag entsprechend an den Netzkosten beteiligt werden.

Es bleibt daher auch bei Bestätigung der bisherigen Praxis der Erhebung von Baukostenzuschüssen durch den BGH abzuwarten, ob die Bundesnetzagentur sich dieses Themas annimmt und welche Auswirkungen sich daraus für den Anschluss von Speichern ergeben.

¹⁵ Bundesnetzagentur, Eckpunktepapier „Festlegung zur Verteilung von Mehrkosten aus der Integration von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien“ v. 1.12.2023 (aktualisiert am 22.12.2023).

¹⁶ Siehe Bundesregierung/Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Gemeinsame Pressemitteilung „Einigung zur Kraftwerksstrategie“ v. 5.2.2024, abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2024/02/20240205-einigung-zur-kraftwerksstrategie.html> (zuletzt abgerufen am 8.3.2024).

Vor-Ort-Untersuchung keine zwingende Voraussetzung für einen Mitnutzungsantrag

VG Köln, Beschl. v. 5.1.2024 – Az. 1 L 2033/23

Art. 3, 4 der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU, §§ 137, 138, 141, 149, 202, 211, 212, 217 TKG, § 80 VwGO, § 11 VwVG

1. Die vorherige Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG ist keine zwingende Voraussetzung für einen Mitnutzungsantrag nach § 138 TKG.

2. Der gegenüber § 11 Abs. 3 VwVG deutlich erhöhte Zwangsgeldrahmen des § 202 Abs. 5 TKG ist im Rahmen einer Beschlusskammerentscheidung nach § 211 TKG weder entsprechend noch unmittelbar anwendbar.

[Leitsätze der Schriftleitung]

Die Beigeladene ist ein bundesweit tätiger Telekommunikationsanbieter mit eigenem Netz bis zum Endkunden. Die Antragstellerin betreibt als Konzerngesellschaft der Deutschen Bahn AG einen Großteil des deutschen Schienennetzes. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2022 beantragte die Beigeladene bei der Antragstellerin die Mitnutzung mindestens eines Mikro-leerrohrs mit dem Durchmesser von 9 mm im Bereich eines Bahnübergangs in Stavenhagen. Nachdem die Antragstellerin auf einer vorherigen Vor-Ort-Untersuchung bestand, stellte die Beigeladene einen Antrag auf Streitbeilegung bei der Bundesnetzagentur. Diese verpflichtete die Antragstellerin mit Beschluss vom 18. September 2023 (Az. BK11-23-008), der Beigeladenen ein Angebot über die Mitnutzung eines Leerrohrs mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im Bereich des Bahnübergangs zu unterbreiten (Ziff. 1), und drohte für den Fall der Nichterfüllung bis zum 23. Oktober 2023 die Festsetzung eines Zwangsgelds an (Ziff. 2). Mit ihrem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz begehrt die Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer gegen den Beschluss erhobenen Klage anzuordnen.

Aus den Gründen

[...]

Der zulässige Antrag ist hinsichtlich Ziffer 1 des Beschlusses der Antragsgegnerin unbegründet, hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung in Ziffer 2 des Beschlusses der Antragsgegnerin jedoch begründet.

Nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt von vornherein kraft bundesgesetzlicher Anordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 217 Abs. 1 TKG, wenn – wie hier – die Bundesnetzagentur eine Entscheidung trifft. Das Gericht der Hauptsache kann allerdings in einem solchen Fall gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Alt. VwGO die aufschiebende Wirkung anordnen.

Voraussetzung der Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist, dass das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollziehungsinteresse der Allgemeinheit überwiegt. Davon kann angesichts der in § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 217 Abs. 1 TKG getroffenen gesetzgeberischen Grundentscheidung nur ausgegangen werden, wenn der gegenständliche Verwaltungsakt sich aufgrund der im einstweiligen Rechtsschutz allein möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage entweder bereits als offensichtlich rechtswidrig erweist oder wenn in Anlehnung an die Wertung des § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO zumindest ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen.

Gemessen an diesem Maßstab hat der Antrag nur teilweise Erfolg. Der Beschluss der Antragsgegnerin vom 18. September 2023 erweist sich nach summarischer Prüfung hinsichtlich Ziffer 1 als offensichtlich rechtmäßig (1.) und hinsichtlich Ziffer 2 als offensichtlich rechtswidrig (2.).

1. Rechtsgrundlage für die Verpflichtung in Ziffer 1 des Beschlusses, mit der gegenüber der Antragstellerin angeordnet wurde, der Beigeladenen „ein Angebot über die Mitnutzung eines Leerrohrs mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im Bereich des Bahnübergangs am Bahnkilometer [...] in [17153 Stavenhagen] zu unterbreiten“, ist § 149 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 138 Abs. 2 TKG.

Nach § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG kann die Antragsgegnerin als nationale Streitbeilegungsstelle nach § 211 i. V. m. § 214 TKG angerufen und eine verbindliche Entscheidung beantragt werden, wenn der Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes innerhalb der in § 138 Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot zur Mitnutzung zustande gibt oder keine Einigung über die Bedingungen der Mitnutzung zustande kommt. Nach § 138 Abs. 2 Satz 1 TKG müssen Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze Antragstellern nach § 138 Abs. 1 TKG innerhalb von zwei Monaten nach Antragseingang ein Angebot über die Mitnutzung ihrer passiven Netzinfrastruktur für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität unterbreiten. Nach § 138 Abs. 1 TKG können Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze (hier: die Beigeladene) bei den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze (hier: die Antragstellerin) die Mitnutzung der passiven Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität beantragen.

Die formellen Voraussetzungen für die Einleitung eines Verfahrens nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG lagen zum Zeitpunkt der Antragstellung vor.

Die Beigeladene stellte am 6. Oktober 2022 bei der Antragstellerin einen Antrag auf Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze, welcher den Anforderungen des § 138 Abs. 1 Satz 2 TKG gerecht wird.

Nach § 138 Abs. 1 Satz 2 TKG muss der Antrag eine detaillierte Beschreibung des Projekts und der Komponenten des öffentlichen Versorgungsnetzes, für die die Mitnutzung beantragt wird (Nr. 1), einen genauen Zeitplan für die Umsetzung der beantragten Mitnutzung (Nr. 2) und die Angabe des Gebiets, das mit Netzen mit sehr hoher Kapazität erschlossen werden soll (Nr. 3) enthalten.

Die Beschreibung der Komponente des öffentlichen Versorgungsnetzes, für die die Mitnutzung beantragt wird, hat den für den konkreten Einzelfall ausreichenden Detailgrad i. S. d. § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG. Zwar enthält der Antrag der Beigeladenen keine Koordinaten der Ein- und Ausstiegspunkte, sondern erfragt diese erst noch bei der Antragstellerin. Der Antrag enthält jedoch eine genaue Bezeichnung des