

ZNER

28/1
2024

Zeitschrift für Neues Energierecht

Aus dem Inhalt:

Dr. Florian Valentin/Dr. Bettina Hennig/Sascha Bentke LL.M.

Baukostenzuschüsse für Speicher – Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf zum Aktenzeichen 3 Kart 183/23

Sascha Bentke LL.M./Dr. Bettina Hennig

Hindernisse für Multi-Use-Speicher – Teil 2: Weitere Unsicherheiten und Gesetzesvorschläge

EuG

KWKG-Förderung stellt keine Beihilfe dar

BGH

Energy from Waste II

BGH

Energy from Waste III

OLG Düsseldorf

Baukostenzuschuss für Batteriespeicher

OLG Düsseldorf

Kosten für die operative Abwicklung der Abnahme- und Vergütungspflichten als nicht beeinflussbare Kostenanteile i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ARegV

BVerwG

Besitzinweisung für den Bau und Betrieb einer Energietransportleitung nach dem LNGG (Brunsbüttel-Hetlingen)

OVG Berlin-Brandenburg

Verpflichtung der Bundesregierung zur Verabschiedung eines Sofortprogramms im Sinne des § 8 KSG für die Sektoren Verkehr und Gebäude

OVG Lüneburg

Grenzen der erstinstanzlichen Zuständigkeit des OVG nach § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3a VwGO

OVG Münster

Zulässigkeit von WEA im Umfeld eines Verkehrsflughafens

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Gabriele Britz

Heinz-Peter Dicks

Prof. Dr. Martin Eifert

Peter Franke

Anne-Christin Frister

Dr. Stephan Gatz

Prof. em. Dr. Reinhard Hendler

Prof. Dr. Georg Hermes

Dr. Volker Hoppenbrock

Prof. Dr. Lorenz Jarass

Prof. Dr. Claudia Kemfert

Prof. Dr. Wolfgang Kirchhoff

Prof. Dr. H.-J. Koch

Prof. Dr. Silke R. Laskowski

Prof. Dr. Uwe Leprich

Prof. Dr. Kurt Markert

Prof. Dr. Bernhard Nagel

Dr. Volker Oschmann

Prof. Dr. Alexander Roßnagel

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker

Prof. Dr. Sabine Schlacke

Prof. em. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Prof. Dr. Joachim Wieland

Redaktion

RA Dr. Martin Altröck

RA Dr. Hartwig von Bredow

Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A.

RA Dr. Wieland Lehnert

RAin Dr. Heidrun Schalle

Dr. Nina Scheer, MdB

RA Franz-Josef Tigges

ZNER · Jahrgang 28 · Nr. 1

März 2024 · S. 1 – 86

ISSN: 1434-3339

Aufsätze

Dr. Florian Valentin/Dr. Bettina Hennig/Sascha Bentke LL.M. oec.*

Baukostenzuschüsse für Speicher – Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf zum Aktenzeichen 3 Kart 183/23

Auf den Beschluss des OLG Düsseldorf zum Aktenzeichen 3 Kart 183/23 zur Erhebung von Baukostenzuschüssen hat die Batteriespeicherbranche zuletzt mit Spannung gewartet. Seit Jahren klagen die Speicherprojektorer und -betreiber darüber, dass die Baukostenzuschüsse ein Investitionshemmnis sind und aufgrund ihrer regionalen Unterschiede zu erheblichen Fehlallokationen von Speichern führen.¹ Das OLG Düsseldorf erließ nun am 20.12.2023 einen Beschluss, dessen Begründung seit Mitte Januar vorliegt: Die bisherige Berechnungsweise der Baukostenzuschüsse für Batteriespeicher, wie zahlreiche Netzbetreiber sie nach Leitlinien der Bundesnetzagentur seit Jahren fordern, sei rechtswidrig. Das Gericht hat dabei allerdings nicht per se gegen die Erhebung von BKZ bei Speichern entschieden – diese müssen künftig nur anders berechnet werden. Der Beschluss ist indes nicht rechtskräftig geworden, sondern wird nun vor dem BGH weiterverhandelt. Dennoch lohnt sich eine intensivere Auseinandersetzung, da es sich in verschiedener Hinsicht um eine bemerkenswerte Entscheidung handelt.

A. Problematik der Baukostenzuschüsse

Baukostenzuschüsse (BKZ) werden grundsätzlich bei jedem Netzanschluss von Verbrauchern erhoben. Gesetzlich sind sie lediglich für die Niederspannungsebene ausdrücklich festgelegt (siehe § 11 NAV). Oberhalb der Niederspannungsebene sind sie hingegen bislang nur rudimentär geregelt, etwa durch einschlägige Rechtsprechung² sowie diesbezügliche Handreichungen der Bundesnetzagentur (BNetzA)³. Ihre Zulässigkeit und Ausgestaltung wird dabei überwiegend in „die technischen und wirtschaftlichen Bedingungen“ des § 17 Abs. 1 S. 1 EnWG hineingelesen,⁴ zu denen Netzbetreiber Letztverbraucher an ihr Versorgungsnetz anzuschließen haben. Dabei müssen diese Bedingungen angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. BKZ orientieren sich nach der allgemeinen Praxis der Höhe nach an den Netzentgelten im jeweiligen Verteilnetz. Im Kern verfolgen sie dabei einen „pädagogischen“

Zweck: Verbraucher sollen motiviert werden, ihre Anschlussleistung an ihrem tatsächlichen Bedarf auszurichten und überdimensionierte Anschlussplanungen im Hinblick auf eine an der tatsächlichen Nachfrage ausgerichteten Netzplanung zu vermeiden. Dieser Zweck wird als Lenkungs- und Steuerungsfunktion bezeichnet.⁵

Bislang wurden die Regelungen der Netzbetreiber zu BKZ in der Regel unterschiedslos auf Batteriespeicher übertragen, diese wurden also behandelt, wie jeder private oder industrielle Letztverbraucher, der einen Netzanschluss begehrt, obwohl sie sich je nach Betriebskonzept natürlich aus Netzsicht vollkommen anders verhalten. Insbesondere bei rein netzgekoppelten Speichern ist ersichtlich, dass diesem aus Netzsicht neben der „Letztverbraucherfunktion“ des Speichers auch eine „Einspeisefunktion“ zukommt. Denn Speicher dienen im Kern nicht dem finalen Verbrauch von Strom, sondern einer zeitlichen Verzögerung zwischen Aus- und Einspeisung.⁶ Je nach Betriebskonzept und konkreter Fahrweise kann ein netzgekoppelter Speicher somit das Netz, an das er angeschlossen ist, erheblich entlasten. Nicht selten kooperieren Speicherbetreiber auch direkt mit Netzbetreibern, um sie bei der Netzoptimierung und den Herausforderungen einer zunehmend volatilen Stromerzeugung zu unterstützen. Vor diesem Hintergrund vertreten die Speicherbranche sowie auch Stimmen in der Fachliteratur seit Jahren, dass die unterschiedslose Erhebung von Verbraucher-BKZ für Speicher zumindest unsinnig, gegebenenfalls auch rechtswidrig sei.⁷ Viele Netzbetreiber sahen sich insoweit allerdings an die Vorgaben der BNetzA gebunden und befürchteten, gegen das energiewirtschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot zu verstoßen, wenn sie Speicher anders behandeln als „normale“ Letztverbraucher.

Konkret umgesetzt wird die BKZ-Forderung und -Berechnung dabei in der Regel über die allgemeinen Bedingungen der Netzbetreiber sowie das Vertragswerk zu dem jeweiligen Netzanschluss. Nach den Angaben von Speicherbetreibern können die BKZ dabei bis zu 15 oder 20% des Investitionsvolumens des jeweiligen Speicherprojekts betragen.⁸ Allerdings sind sie in der Praxis regional so unterschiedlich, dass sie derzeit ein wesentlicher Faktor dafür sind, in welchen Regionen Deutschlands Speicher errichtet werden – und in welchen nicht. Sind im Netzanschlussvertrag bei der Anschlusskostenkalkulation

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 85.

1 Nachzulesen sind einige der damit verbundenen Probleme für die Praxis beispielsweise hier: „Die Bundesregierung ist gefordert: Der Baukostenzuschuss für Speicher muss weg“, abrufbar im Internet unter: <https://www.pv-magazine.de/2022/10/27/die-bundesregierung-ist-gefordert-der-baukostenzuschuss-fuer-speicher-muss-weg/>, zuletzt abgerufen am 26.02.2024.

2 BGH, Beschl. v. 09.10.2012 – EnVZ 14/12, juris Rdnr. 3.

3 Bundesnetzagentur, BK 6, Positionspapier zur Erhebung von BKZ für Netzanschlüsse im Bereich von Netzebenen oberhalb der Niederspannung, S. 1.

4 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 55; OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.04.2019 – I-27 U 9/18, juris Rdnr. 93; Theobald/Kühling/Hartmann/Blumenthal-Barby, 121. EL Juni 2023, NAV § 11 Rdnr. 50.

5 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 55.

6 So auch die neue Definition der Energiespeicheranlage in § 3 Nr. 15d EnWG.

7 Bentke/Valentin/Ekardt, Stromspeicher im Energiesystem der Zukunft – Zeit für einen passenden Rechtsrahmen, ZNER 2023, 218 (227); BVES, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 20/7310) S. 6.

8 Wie auch die Klägerin im Verfahren vor dem OLG anführte, vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 14.

auch BKZ ausgewiesen (nicht selten in sechsstelliger Höhe), hat der Speicherbetreiber letztlich nur die Wahl zwischen einer Vertragsannahme und Leistung unter Vorbehalt – oder einer unter Umständen erheblichen Verzögerung des gesamten Projektes aufgrund einer Weigerung, den Netzanschlussvertrag zu unterschreiben, solange dieser einen BKZ enthält.

B. Verfahrensgang und aktueller Stand

Am 20.06.2022 leitete ein Speicherbetreiber aufgrund der Erhebung eines BKZ gegen den Betreiber des Verteilnetzes, an das der Speicher angeschlossen werden sollte, ein sogenanntes besonderes Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG bei der Bundesnetzagentur ein. Mit diesem Verfahren können Marktteilnehmer bei der Bundesnetzagentur die Überprüfung des Verhaltens eines Netzbetreibers veranlassen. Verstößt dieses Verhalten gegen die in § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG aufgelisteten energiewirtschaftlichen Regelungen, besteht ein Unterlassungsanspruch des Antragsstellers. In dem Verfahren entschied die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 06.12.2022 jedoch zugunsten des Netzbetreibers: Die Erhebung des BKZ sei hier dem Grunde und der Höhe nach rechtmäßig erfolgt.⁹ Gegen diese Entscheidung der Bundesnetzagentur wiederum erhob der Speicherbetreiber sodann die hierfür statthafte Beschwerde vor dem OLG Düsseldorf.

Das OLG Düsseldorf erließ sodann am 20.12.2023 einen weitreichenden Beschluss, der aus Sicht der Speicherbranche einem Paukenschlag gleichkam: Die bisherige Berechnungsweise der BKZ für netzgekoppelte Batteriespeicher ist nach Auffassung des Gerichts rechtswidrig. Diese Entscheidung ging jedoch mit verschiedenen weiterhin offenen Fragen und Unklarheiten daher, welche im Folgenden dargestellt werden. Zudem hatte das OLG Düsseldorf aufgrund der grundlegenden Bedeutung der Frage die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof (BGH) zugelassen.¹⁰ Diese Möglichkeit hat die Bundesnetzagentur zwischenzeitlich ausgeschöpft, so dass sich nun auch das höchste deutsche Zivilgericht mit dem Thema befassen wird.¹¹ Dieser Beitrag analysiert die rechtlichen Hauptinhalte des Beschlusses und lotet aus, welche weiterhin offenen Fragen – voraussichtlich auch nach einer kommenden BGH-Entscheidung – auf die betroffenen Akteure, also Speicher- wie Netzbetreiber, zukommen könnten.

C. Wesentliche Kernaspekte des OLG-Beschlusses

Wie bereits beschrieben, gab das OLG Düsseldorf der Beschwerde in begrenztem Umfang statt. Konkret wurde der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 06.12.2023 aufgehoben. Zwar war die Entscheidung der Bundesnetzagentur danach rechtswidrig, jedoch hätte die Entscheidung des Gerichts diese auch dann nicht ersetzt, wenn sie rechtskräftig geworden wäre. Vielmehr hätte die Bundesnetzagentur erneut über den Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts entscheiden müssen. Die aus der Entscheidung zu entnehmende „Rechtsauffassung des Gerichts“ blieb jedoch eher abstrakt und machte kaum konkrete Vorgaben für die Umsetzung in der Praxis. Auch nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf wären also wesentliche Aspekte für die Praxis unsicher geblieben – ein Zustand, der nun durch das zu erwartende BGH-Verfahren noch länger erhalten bleiben wird.

Die wesentlichen Entscheidungen und Argumente des OLG Düsseldorf lassen sich dabei wie folgt zusammenfassen:

1. Grundsätzlich können Netzbetreiber zur Erhebung von BKZ auch bei netzgekoppelten Batteriespeichern berechtigt sein.

Dass die BKZ gesetzlich nur sehr rudimentär geregelt sind, gilt insbesondere für die Spannungsebenen oberhalb der Niederspannung. Denn ausschließlich für diese sieht § 11 NAV explizit die Erhebung eines BKZ vor. Für die anderen Spannungsebenen ist dieser nicht geregelt. Die Lenkungs- und Steuerungswirkung der BKZ wirken jedoch in allen Spannungsebenen, weshalb die BKZ als zu den wirtschaftlichen Bedingungen im Sinne von § 17 Abs. 1 S. 1 EnWG zählende Kosten in allen Spannungsebenen erhoben werden können.¹²

Entgegen verschiedener Stimmen in der juristischen Literatur¹³ sei die Erhebung von BKZ auch nicht etwa wegen § 118 Abs. 6 EnWG ausgeschlossen, der eine Netzentgeltbefreiung für Speicher vorsieht. Denn BKZ zählten gerade nicht zu den klassischen Netzentgelten. Vielmehr setze § 118 Abs. 6 EnWG grundsätzlich voraus, dass Netzentgelte zu zahlen sind, schließe die Zahlungspflicht jedoch nur für Netzentgelte im engeren Sinne aus – und hiervon seien BKZ eben nicht erfasst.¹⁴ Gestützt wird dies unter anderem auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in welcher dieser zu § 118 Abs. 6 EnWG entschied, dass dieser ausschließlich Netzentgelte im eigentlichen Sinne umfasse.¹⁵ Zu diesen zählen die BKZ nicht. Vielmehr unterscheide das Energierecht zwischen Netzentgelten und BKZ. Die Netzentgelte seien von den Netznutzern zu entrichten, während BKZ von den Anschlussnehmern zu zahlen seien.¹⁶ Dem in der Literatur vorgebrachten Argument, dass die BKZ deshalb zu den Netzentgelten zählen würden, weil sie dazu eingesetzt werden, um die Netzentgelte für die nächsten 20 Jahre – was dem Zeitraum der Befreiung nach § 118 Abs. 6 EnWG entspricht – zu senken,¹⁷ widersprach das OLG. Es bezog sich dabei insbesondere darauf, dass in den Gesetzgebungsmaterialien keine diesbezüglichen Äußerungen zu finden sind. Dies gelte umso mehr, als dem Gesetzgeber das Problem schon lange durch verschiedene Stellungnahmen bekannt gewesen sein müsse und dieser trotzdem nicht ergänzt habe, dass auch BKZ von § 118 Abs. 6 EnWG umfasst sind.¹⁸

Der Beschwerdeführer argumentierte auch, dass die Erhebung von BKZ europarechtswidrig sei, weil es gegen das in Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 geregelte Investitionsbehinderungsverbot verstoße. Diesem Argument widerspricht das Gericht. Zwar würdigt es die hohe Bedeutung, welche das EU-Recht den Energiespeichern zubilligt, jedoch zeige Art. 18 VO (EU) 2019/943 die grundsätzliche Möglichkeit der Steuerung des Verhaltens Dritter durch standortbezogene Preissignale. Zudem sei der Anwendungsbereich der Definition der Energiespeicheranlage in Art. 2 Nr. 59 RL (EU) 2019/944 sehr weit. Nach dem OLG können jedoch nicht alle Anlagentypen gleichermaßen als netzentlastend angesehen werden, so dass auch kein Verstoß gegen die RL (EU) 2019/944 vorliege. Auf eine Fiktion der generellen Netzdienlichkeit habe der EU-Gesetzgeber gerade verzichtet.¹⁹

2. Nicht die Erhebung an sich, sondern die Art und Weise der Berechnung der BKZ durch das Leistungspreismodell ist je-

12 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 55.

13 So beispielsweise *Missling*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, § 118 EnWG, Rdnr. 40; *Pfeiffer*, in: Assmann/Pfeiffer, BeckOK EnWG, § 118, Rdnr. 31 mit Verweis auf: *Schwintowski/Wojanowski/Sauer*, Der BKZ bei der Netzintegration von Batteriegroßspeichern, EWeRK 2016, 94 (97); *de Wyl/Weise/Blumenthal-Barby*, Netzintegration von zentralen Batteriegroßspeichern – Streitfragen zu Netzanschluss, Anschlussnutzung und Netznutzung, RdE 2015, 507 (510).

14 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 57.

15 BGH, Beschl. v. 20.06.2017 – EnVR 24/16, juris Rdnr. 12 und 15.

16 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 57.

17 *Missling*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, § 118 EnWG, Rdnr. 40.

18 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 61 f.

19 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 66 ff.

9 Bundesnetzagentur, Az. BK6-22-242.

10 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 115.

11 BGH, EnVR 1/24.

doch nach Auffassung des OLG Düsseldorf diskriminierend im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 1 EnWG.

§ 17 Abs. 1 S. 1 EnWG fordert einen diskriminierungsfreien Netzanschluss. Im Gegensatz zur Bundesnetzagentur folgert das OLG Düsseldorf daraus, dass dies unmittelbar zu Folge hat, dass gleiche Sachverhalte gleich und ungleiche Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden müssen. Für eine Ungleichbehandlung sei – anders als nach Ansicht der Bundesnetzagentur – keine spezielle gesetzgeberische Entscheidung erforderlich.²⁰

Das Gericht stuft Energiespeicher zunächst als Letztverbraucher ein, widmet einen erheblichen Teil des Urteils jedoch sodann der Darstellung der Unterschiede der Speicher im Vergleich zu „normalen“ Letztverbrauchern. Der – grundsätzlich mit „normalen“ Entnahmevorgängen technisch-physikalisch identische – Entnahmevorgang könne bei rein netzgekoppelten Speichern nicht dauerhaft stattfinden. Vielmehr müsse der Speicher den Strom wieder in das Stromnetz einspeisen. Das Ignorieren dieser Ausspeiseseite durch die Bundesnetzagentur sah das OLG als ein wesentliches Argument für die Feststellung der Diskriminierung.²¹

Auch im Rahmen der Entnahmeseite stellte das Gericht relevante Unterschiede fest. Diese beziehen sich insbesondere auf die Lenkungs- und Steuerungsfunktion. Diese wirke bei Energiespeicheranlagen – anders als bei „normalen Verbrauchern“ nicht. Zwar bestehe auch bei Speichern grundsätzlich die Gefahr der Überdimensionierung, jedoch wirke die aktuelle Praxis der BKZ faktisch nicht größten- sondern standortsteuernd. Da Speicher theoretisch von überall am Strom- und Regelenergiemarkt teilnehmen könnten, werden sie nicht dort errichtet, wo ihr Nutzen besonders groß ist, sondern dort, wo die BKZ besonders niedrig sind. Dieser Standorteffekt zeige, dass der BKZ auf Speicher eine andere Wirkung hat als auf „normale“ Letztverbraucher.²²

Die Pflicht zur Ungleichbehandlung folge dabei nicht in erster Linie daraus, dass das EU-Recht und mittlerweile auch das nationale Recht bei Speichern nicht mehr von Verbrauch und Erzeugung sprechen (die Änderung der Definition der Energiespeicheranlage hatte insofern nach Ansicht des OLG Düsseldorf keine direkte Wirkung auf die Einordnung von Energiespeichern), sondern vielmehr daraus, dass Speicher die „Verbrauchs-“ und die „Erzeugungsseite“ in einer Anlage verbinden. Wird allein an die Entnahme und allein an deren mögliche negative Folgen für das Netz angeknüpft, würden Speicher doppelt-einseitig betrachtet. Dies entspreche nicht der besonderen Bedeutung, die der EU-Gesetzgeber den Speichern zumisst (Alternative zum Ausbau von Erzeugungskapazitäten, Alternative zum Netzausbau, Integration der erneuerbaren Energien). Die potenziellen positiven Folgen von Speichern würden bei einer unterschiedslosen Behandlung als „normale“ Verbraucher völlig ignoriert.²³

Nach dem Unionsrecht müssten unterschiedliche Sachverhalte auch unterschiedlich behandelt werden. Da Speicher nicht identisch mit „normalen“ Letztverbrauchern seien, müsse § 17 Abs. 1 EnWG unionsrechtskonform ausgelegt werden. Da das OLG Düsseldorf nicht selbst konkrete Berechnungsformeln festschreiben könne, liege es nunmehr an der Bundesnetzagentur und den Netzbetreibern, sachgerechte und diskriminierungsfreie Regelungen zu BKZ bei Speichern zu finden.

Das Gericht stellt hierbei auch ausdrücklich klar, dass es die Bundesnetzagentur mit dem Beschluss nicht per se dazu verpflichte, dem Netzbetreiber hier die Erhebung des BKZ zu un-

tersagen, sondern lediglich dazu, eine ermessensfehlerfreie Entscheidung zu treffen. Dass hier die einzige ermessensfehlerfreie Entscheidung für die BNetzA sei, gegenüber dem Netzbetreiber eine Untersagensanordnung zu erlassen, sei nicht ersichtlich; die BNetzA könne sich beispielsweise auch auf die Feststellung eines Verstoßes beschränken.

D. Bewertung des Beschlusses und Fazit für die Praxis

Aufgrund der Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur geht das Verfahren nun vor dem BGH weiter – mit ungewisser Dauer und ungewissem Ausgang. Das ist aus Sicht der Speicherbranche äußerst bedauerlich. Statt den Beschluss als Ausgangspunkt für eine sachgerechte und zeitnahe Neuregelung von BKZ für Batteriespeicher zu nutzen, bei der die Bundesnetzagentur weiterhin einen erheblichen Entscheidungsspielraum hätte, werden in den nächsten Jahren unnötigerweise Ressourcen dafür aufgewendet, eine juristische Auseinandersetzung fortzuführen, die mit dem Beschluss des OLG Düsseldorf einen durchaus salomonischen Abschluss hätte finden können. Die dadurch in der Zwischenzeit bestehende Rechtsunsicherheit sowohl auf Seiten der Netzbetreiber als auch auf Seiten der Projektierer wird der Energiewende nicht dienen.

Insgesamt setzt sich das Gericht hier durchaus differenziert und in erfreulicher Tiefe mit der Verfahrensfrage auseinander und entwickelt interessante eigene Argumentationslinien.

Zwar kann durchaus kritisch gesehen werden, dass das OLG trotz der nunmehr geltenden Definition der „Energiespeicheranlage“ auch in diesem Beschluss vertritt, dass Speicher rechtlich eben (zumindest auch) als Verbraucher gelten und daher auch nicht anders behandelt werden dürften. Positiv ist aber sodann zugleich hervorzuheben, dass das Gericht sich nicht einfach auf diese These beschränkt. Vielmehr ist eine Kernaussage der Entscheidung: Speicher sind eben keine „normalen“ Verbraucher und genau deshalb ist gerade ihre Gleichbehandlung bei den BKZ eine Diskriminierung – denn Ungleiches darf genauso wenig gleich behandelt werden, wie Gleiches ungleich. Diese Kernaussage des Beschlusses ist für die energierechtliche Behandlung von Speichern als grundlegend anzusehen und dürfte weit über das Verfahren hinaus Bedeutung entfalten.

Es bleibt nun abzuwarten, wie das Verfahren weitergeht und wie sich der BGH positionieren wird. Im Idealfall wird das Verfahren aber wiederum dadurch „überholt“, dass die Bundesnetzagentur gemeinsam mit Netzbetreibern und der Speicherbranche neue Leitlinien für die BKZ-Erhebung auf der Grundlage des Beschlusses des OLG entwickelt und das Verfahren vor dem BGH dadurch obsolet wird. Kommt es dazu, so ist nicht davon auszugehen, dass die BKZ vollständig entfallen werden. Vielmehr werden neue Kriterien gelten. Jedoch: Welche? Bundesweite? Pauschale? Nach Leistung? Auch hier erscheint nach dem Beschluss alles offen, da sich das OLG Düsseldorf insoweit nicht im Detail positioniert hat. Klar ist allein, dass die BKZ für Speicher dann im Durchschnitt günstiger ausfallen sollten als bei Letztverbrauchern. Offen ist weiterhin, ob die stark schwankenden regionalen Unterschiede dann geringer ausfallen werden. Das hängt davon ab, welches Berechnungsmodell letztlich gewählt wird. Bei einer bundesweiten Vereinheitlichung könnten die BKZ in Regionen, in denen sie bisher niedrig waren, oder wo sie gar nicht erhoben wurden, dann anfallen bzw. ansteigen. Auch das ist zum jetzigen Zeitpunkt aber natürlich reine Spekulation, dürfte aber ggf. für die Standortwahl aktueller Projekte durchaus eine Rolle spielen.

20 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 73.

21 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 78 ff.

22 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 81 ff.

23 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2023 – 3 Kart 183/23, Rdnr. 88 ff.

Insgesamt findet der Beschluss des OLG Düsseldorf derzeit große Beachtung in interessierten Kreisen – und das nicht nur wegen der (nunmehr vom BGH einer erneuten Prüfung zu unterziehenden) Kernaussage, die aktuelle BKZ-Praxis vieler Netzbetreiber sei rechtswidrig. Bemerkenswert an der Entscheidung ist insbesondere, wie intensiv sie sich auch mit der grundlegenden Frage befasst, wie Speicher in einer regulatorischen Umgebung, deren Einzelregelungen in keiner Weise auf sie zugeschnitten sind, sinnvoll einzuordnen sind. Das vom Gericht dabei gefun-

dene Ergebnis, dass Speicher eben keine „normalen“ Letztverbraucher und Erzeuger sind, und aufgrund ihrer speziellen Situation daher im Energierecht auch nicht unterschiedslos so behandelt werden dürfen, ist vollumfänglich nachvollziehbar und entspricht einem seit langem vielfach vorgetragenen Einwand gegen die bisherige energierechtliche Eiorndung von Speichern. Es bleibt abzuwarten, ob der BGH dieser Argumentationslinie ebenfalls folgt oder die Praxis einer höchstrichterlichen Entscheidung hier sogar zuvorkommt.

Sascha Bentke LL.M. oec./Dr. Bettina Hennig*

Hindernisse für Multi-Use-Speicher – Teil 2: Weitere Unsicherheiten und Gesetzesvorschläge

Multi-Use-Speicher sind volkswirtschaftlich und ökologisch vorteilhaft. Neben der im ersten Teil ausführlich analysierten Auslegung der diesbezüglichen Vorschriften im EEG bestehen auch weitere Hindernisse und Unsicherheiten für den Betrieb von Multi-Use-Speichern. Diese sind insbesondere in der InnAusV, dem § 118 Abs. 6 EnWG und dem § 5 Abs. 4 StromStG angelegt.

Der vorliegende – zweite – Beitrag wird zum einen die weiteren Probleme und Hindernisse für Multi-Use-Speicher identifizieren und für diese, wie auch für die Regelungen im EEG, verschiedene Änderungsvorschläge entwickeln und diskutieren. Es wird sich zeigen, dass schon kleine Änderungen große Effekte haben können. Gleichzeitig wird jedoch auch deutlich, dass Speicher in viele Regelungsregime nicht passen, weil diese entweder an die Erzeugung und den Verbrauch von Strom anknüpfen oder davon ausgehen, dass eine Anlage für sehr lange Zeiträume bzw. für immer das gleiche Betriebskonzept verfolgt. Da dies bei Speichern technisch nicht der Fall ist, sind für deren vollständige Integration umfangreichere Änderungen notwendig.

A. Einleitung

In vorangegangenen Beiträgen wurde bereits dargelegt, dass für den notwendigen Klimaschutz eine schnellere Energiewende erfolgen muss.¹ Durch den Zubau von fluktuierenden Energieträgern wird auch ein hoher Bedarf an Flexibilität entstehen, welcher zum Teil durch Energiespeicher gedeckt werden kann.² Aufgrund des für diese notwendigen Kosten- und Kapitaleinsatzes, sollten diese so effizient und vielseitig wie möglich betrieben werden. Multi-Use-Konzepte können diese Anforderungen erfüllen. Einem Markthochlauf von Multi-Use-Konzepten stehen jedoch rechtliche Hindernisse entgegen. Probleme bestehen im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)³, in

der Innovationsausschreibungsverordnung (InnAusV), im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und dem Stromsteuergesetz (StromStG). Auf diese wird in diesem Aufsatz eingegangen. Weiterhin werden Gesetzesvorschläge entwickelt und diskutiert, um diese Hindernisse abzuschaffen.

B. Änderungen im EEG und der InnAusV

In dem vorangegangenen Beitrag wurde die Auslegung des Ausschließlichkeitsprinzips im EEG ausführlich analysiert. Da trotz der dort diskutierten Argumente sowohl die anteilige Vergütung als auch die Möglichkeit des alternierenden Anlagenstatus von relevanten Akteuren bislang stets abgelehnt wurde, widmet sich dieser Beitrag der Frage nach möglichen Rechtsänderungen.⁴ Im Rahmen des technisch Abbildbaren sollten die Stromspeicher so flexibel wie möglich eingesetzt werden. Wenn eine anteilige Vergütung möglich ist, bzw. je kürzer die Zeiträume des alternierenden Anlagenstatus sind, desto mehr Aufgaben können die einzelnen Speicher bei gleichbleibendem Kosten- und Ressourceneinsatz erfüllen. Dabei ist – entsprechende Messsysteme vorausgesetzt – die anteilige Vergütung dem alternierenden Anlagenstatus vorzuziehen, da erstere mehr Flexibilität ermöglicht, ohne die beschriebenen Ungenauigkeiten hinsichtlich der ungerechtfertigten Vergütung aufzuweisen. Deshalb werden im vorliegenden Beitrag überwiegend Änderungsvorschläge diskutiert, welche sich der anteiligen Vergütung widmen.

I. Anforderungen an eine EEG-Novelle: Änderung des Anlagenbegriffs oder punktuelle Änderungen?

Zur Ermöglichung der anteiligen Vergütung kommen insbesondere Änderungen des grundlegenden Anlagenbegriffs gemäß § 3 Nr. 1 2. Hs. EEG oder der Vergütungsregeln des § 19 Abs. 3 EEG sowie sonstiger Einzelregelungen in Betracht. Mit einer Änderung des Anlagenbegriffs würden zahlreiche hierauf Bezug nehmenden Aspekte im weiteren Verlauf des Gesetzes direkt „mitgeregelt“, was diesem Ansatz einen gewissen Charme verleiht. Andererseits wird der Anlagenbegriff bzw. der Anlagenbetrieb im EEG vielfach als Anknüpfungspunkt

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 85.

1 Bentke/Hennig, Hindernisse für Multi-Use-Speicher – Teil 1: Analyse und Diskussion des Ausschließlichkeitsprinzips im EEG, ZNER 2023, S. 468 f.; Bentke/Valentin/Ekardt, Stromspeicher im Energiesystem der Zukunft – Zeit für einen passenden Rechtsrahmen, ZNER 2023, S. 218 f. mit weiteren Nachweisen.

2 Bentke/Valentin/Ekardt, Stromspeicher im Energiesystem der Zukunft – Zeit für einen passenden Rechtsrahmen, ZNER 2023, S. 218 f. mit weiteren Nachweisen.

3 Ist im vorliegenden Beitrag vom EEG die Rede, ist hiermit – soweit nichts Abweichendes kenntlich gemacht wird – stets die aktuelle Gesetzesfassung (mithin das EEG 2023 in der bei Drucklegung am 27. Februar 2024 geltenden Fassung) gemeint.

4 Unabhängig von der aktuellen Auslegung des Ausschließlichkeitsprinzips wird die aktuelle Rechtslage auch kritisiert von: Vollprecht/Wilde, Stromspeicher: Energierechtlicher Rahmen und Privilegierungsmöglichkeiten, VKW 2023, S. 193 (198); Dembski/Valentin, Neue Regelungen für Stromspeicher im EEG und EnWG – ein Überblick, EnWZ 2021, S. 396 (409); Hennig/Ekardt, in: Frenz/Müggeborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Aufl., § 19, Rn. 23.