



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
auf Grund des Antrags

der Upside Services GmbH, Hartmannstraße 8, 63739 Aschaffenburg, gesetzlich
vertreten durch die Geschäftsführung

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwäl-
ten und Steuerberatern mbB, Kasernenstraße 43-
45, 40213 Düsseldorf,

gegen

die E.DIS Netz GmbH, Langewahler Straße 60, 15517 Fürstenwald Spree, vertreten
durch die Geschäftsführung

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Schulz Noack Bärwinkel Rechtsanwälte PartmbB,
Burchardstraße 13, 20095 Hamburg,

wegen **besonderer Missbrauchsaufsicht nach § 31 Abs. 1 EnWG**

hat die Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekom-
munikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch den Vorsitzenden Karsten Bourwieg
den Beisitzer Bernd Petermann
und den Beisitzer Wolfgang Wetzl,

am 18.12.2020 beschlossen:

1. Das Verhalten der Antragsgegnerin, keine Vergütung nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV für die dezentrale Einspeisung des Batteriespeichers Neuhardenberg an die Antragstellerin zu zahlen, ist missbräuchlich.

Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, für die dezentrale Einspeisung des Batteriespeichers Neuhardenberg ein Entgelt nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV an die Antragstellerin zu zahlen.

2. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 22.01.2020, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 24.01.2020, einen Antrag auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 Abs. 1 EnWG gestellt. Gegenstand des Antrags ist die seit der Inbetriebnahme im Jahr 2015 fortgesetzt bestehende Weigerung der Antragsgegnerin für die Einspeisung aus dem Batteriespeicher Neuhardenberg vermiedene Netzentgelte gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV zu zahlen.

Die Antragstellerin betreibt seit dem 24.04.2015 unter anderem einen 5 MW Lithium-Ionen-Batteriespeicher am Standort Neuhardenberg (im Weiteren: „Batteriespeicher“). Dieser ist auf der Mittelspannungsebene (20kV) an das Leitungssystem der Antragsgegnerin angeschlossen.

Seit der Inbetriebnahme im Kalenderjahr 2015 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin keine Einspeisevergütung nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV gezahlt. Die Antragstellerin trägt vor, dass sich die zu zahlenden vermiedenen Netzentgelte auf insgesamt rd. 24 T € belaufen.

Der Zahlungsanspruch der Antragstellerin ist zugleich Gegenstand eines zivilgerichtlichen Verfahrens. Hintergrund ist, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin auf Zahlung von Umlagen (EEG, KWKG etc.) in Anspruch genommen hat. Die Antragsgegnerin hat im Rahmen des Verfahrens vor dem LG Frankfurt (Oder) die Aufrechnung mit Forderungen nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV in Höhe von 25,5 T € erklärt. Das LG Frankfurt hat die Antragstellerin zur Zahlung der Umlagen verurteilt und eine Aufrechnungslage verneint. Das LG Frankfurt (Oder) geht davon aus, dass ein Anspruch nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV schon deshalb nicht gegeben sei, da es sich bei einem Batteriespeicher nicht um eine Erzeugungsanlage handele (**Anlage AS8**). Mit der Berufung zum OLG Brandenburg (Aktenzeichen: 6 U 98/18) wendet sich die Antragstellerin nicht mehr gegen die Verpflichtung zur Zahlung der Umlagen, sondern lediglich gegen die Annahme des LG Frankfurt (Oder), dass eine Aufrechnungslage nicht bestehe. Das Verfahren beim OLG Brandenburg wurde nach § 148 Abs. 1 ZPO ausgesetzt.

Die Antragstellerin geht davon aus, dass der Antrag im besonderen Missbrauchsverfahren trotz des parallel anhängigen zivilgerichtlichen Verfahrens zulässig sei, da § 31 EnWG zur Umsetzung des Art. 23 Abs. 5 der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie (2003/54) geschaffen worden sei. Hintergrund dafür sei der Umstand gewesen, dass eine zivilrechtliche Klagemöglichkeit nicht als ausreichend erachtet wurde. Überdies laufe § 31 EnWG faktisch leer, wenn es einen Vorrang des zivilgerichtlichen Verfahrens gäbe.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass der von ihr betriebene Batteriespeicher als Erzeugungsanlage im Sinne des § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV zu qualifizieren sei, so dass ein Anspruch auf Zahlung vermiedener Netzentgelte in dem vorgenannten Umfang bestehe. Als Begründung hierfür trägt sie im Wesentlichen vor, dass die elektrische Energie in einem Batteriespeicher zunächst in chemische Energie umgewandelt werde und vor der Rückspeisung in das Elektrizitätsnetz rückumgewandelt werden müsse. Insoweit unterscheide sich ein Batteriespeicher nicht grundlegend von anderen Erzeugungsanlagen, wie beispielsweise Pumpspeicherkraftwerke für die der BGH (in EnVR 56/08, Rz. 9) die unterschiedlichen Markttrollen des Bezugs und der Erzeugung von Elektrizität ausdrücklich anerkannt habe.

Die Antragstellerin ist weiter der Auffassung, dass die Erwähnung von Speichern an verschiedenen Stellen des EnWG, keine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Marktrolle für Speicher erzeugen solle. Vielmehr sei mit dem Begriff des Speichers eine allgemeine Beschreibung des Anlagentyps bezweckt worden. Auch sei in § 3 EEG und der dazugehörigen Begründung der Stromspeicher als Erzeugungsanlage erfasst worden.

Der Batteriespeicher sei überdies eine dezentrale Erzeugungsanlage, da er an das Verteilernetz angeschlossen sei und damit zwangsläufig last- und verbrauchsnahe einspeise. Für diese Rechtsauffassung spricht nach Auffassung der Antragstellerin, dass die Bundesregierung (BT-Drs. 10/10341, S. 12) grundsätzlich davon ausgehe, dass Speicher dezentrale Erzeugungsanlagen seien.

Auch das Netzentgeltmodernisierungsgesetz weise in seiner Begründung (BT-Drs. 18/11528, S. 12) darauf hin, dass der dezentral erzeugte Strom immer stärker in vorgelagerte Netzebenen zurückgespeist und bundesweit verbraucht werde. Kostensenkende Effekte aufgrund der Einspeisung des Speichers seien zumindest nicht ausgeschlossen.

Die Antragstellerin behauptet, dass durch die Einspeisung des Batteriespeichers Entnahmen aus dem vorgelagerten Netz entbehrlich würden. Dadurch träten möglicherweise mittelfristig kostensenkende Effekte ein.

Nach alledem beantragt die Antragstellerin,

- 1. das Verhalten der Antragsgegnerin hinsichtlich der Nichtzahlung einer Vergütung nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV gegenüber der Antragstellerin wegen ihres Energiespeichers in Neuhardenberg seit dem 20.04.2015 zu überprüfen und**
- 2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, an die Antragstellerin für den aus den Anlagen der Antragstellerin in das Netz der Antragsgegnerin eingespeisten Strom ab dem 20.04.2015 ein Entgelt nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV zu zahlen.**

Dagegen hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 27.04.2020 beantragt

den Antrag abzulehnen.

Die Antragsgegnerin bestreitet die Richtigkeit der in Ansatz gebrachten Messwerte und die zur Ermittlung der vermiedenen Netzentgelte in Ansatz gebrachten Netzentgelte hinsichtlich einzelner Jahre. Hierzu hat sie die relevanten Preisblätter vorgelegt.

Weiter trägt sie vor, dass der Antrag bereits unzulässig sei, da es an dem hierfür erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis fehle. Dies sei entsprechend § 17 Abs. 1 S. 2 GVG immer dann der Fall, wenn dieselbe Sache bereits in einem anderen Verfahren geltend gemacht werde. Der Zahlungsanspruch werde bereits vor dem OLG Brandenburg verfolgt. Der Bundesnetzagentur stünden allenfalls Beteiligungsrechte nach § 104 EnWG zu.

Die Antragsgegnerin trägt weiter vor, dass der Antrag überdies unbegründet sei, da es sich bei dem streitgegenständlichen Batteriespeicher nicht um eine dezentrale Erzeugungsanlage i.S.d. § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV handele.

Es sei bereits fraglich, ob es sich bei einem Batteriespeicher überhaupt um eine Erzeugungsanlage handele, da ja letztlich Energie aus demselben Netz entnommen werde, in das die Energie wieder, und dann sogar in geringerem Maße, abgegeben werde.

Der Batteriespeicher erspare keine Kosten auf der vorgelagerten Netzebene. Dies zeige sich daran, dass die Antragstellerin in der Regel zum Zeitpunkt der Jahreshöchstlast gar keine Einspeisungen vorgenommen habe. Lediglich im Kalenderjahr 2017 habe der Batteriespeicher 496 kW im Zeitpunkt der Jahreshöchstlast (05.01.2017, 18:15 Uhr) in das Netz eingespeist. Insofern sei der Batteriespeicher eher mit einer volatilen Erzeugungsanlage vergleichbar.

Jedenfalls handele es sich bei einem Batteriespeicher, der Primärregelleistungen erbringe nicht um eine dezentrale Erzeugungsanlage, da der Verbrauch der erzeugten Energie bestimmungsgemäß nicht last- und verbrauchsnahe erfolge. Netzausbau werde durch einen solchen Batteriespeicher auf der vorgelagerten Netzebene jedenfalls nicht vermieden.

Zudem wäre die Zahlung vermiedener Netzentgelte sachwidrig, da der Batteriespeicher ja auf Grund der Netzentgeltbefreiung für die Nutzung des Netzes keinen Beitrag leiste.

Ergänzend trägt die Antragsgegnerin in Ihrer Stellungnahme vom 13.11.2020 vor, dass die Beschlusskammer mit der Anhörung nicht dargetan habe, mit welchen Erwägungen es sich bei dem streitgegenständlichen Batteriespeicher um eine last- und verbrauchsnahe Erzeugungsanlage handele. Insofern sei die Entscheidung nicht hinreichend begründet.

Überdies lasse die Beschlusskammer unberücksichtigt, dass der Batteriespeicher ausschließlich Regelleistung zur Stabilisierung der Netzfrequenz erbringe und damit seit über fünf Jahren ausschließlich der überörtlichen Versorgung diene.

Ferner führe die Behauptung der Beschlusskammer, dass die aus dem Batteriespeicher eingespeiste Energiemenge stets auch zu einem Verbrauch in nahe gelegenen Verbrauchseinrichtungen führe dazu, dass das Tatbestandsmerkmal der Last- und Verbrauchsnähe leerlaufe. Dieser Sichtweise stehe schon das Urteil des OLG Düsseldorf (BeckRS 2019, 31051 Rn. 35 f.) entgegen, wonach eine Produktion für den lokalen Bedarf gefordert werde. Mit Blick auf die Definition des § 3 Nr. 36 EnWG komme es vielmehr darauf an, dass die Anlage überhaupt der Belieferung von Kunden diene. Die Antragsgegnerin sieht vorliegend keine Parallelen zum Urteil des BFH (20.04.2004, VII R 54/03), der einen räumlichen Zusammenhang in der Versorgung nur innerhalb einer Gemeinde sehe.

Zudem vermeide der Batteriespeicher schon deshalb keinen Netzausbau bzw. vorgelagerte Netzkosten, da dieser aufgrund der Regelleistungserbringung und der äußerst geringen Energiemengen weder den Ausbau im Netz der Antragsgegnerin vermeide, noch geeignet sei einen Netzausbau auf der vorgelagerten Netzebene zu vermeiden. Dies sei auch schon deshalb nicht gegeben, da die Antragsgegnerin die vollständige Entnahmekapazität der Antragstellerin jederzeit vorhalten und ihr Netz dementsprechend bedarfsgerecht ausbauen und vorhalten müsse.

Insofern stehe die beabsichtigte Entscheidung der Beschlusskammer im Widerspruch zur Entscheidung des OLG Düsseldorf (BeckRS 2019, 31051 Rn. 40).

Die Beschlusskammer 8 hat sowohl der Antragstellerin als auch der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.09.2020 den Entscheidungsentwurf übermittelt. Die Antragstellerin hat hierzu mit Schreiben vom 21.10.2020 gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Stellung genommen. Die Antragsgegnerin hat zum Entscheidungsentwurf mit Schreiben vom 13.11.2020 gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Stellung genommen.

Das Bundeskartellamt und die Landesregulierungsbehörde, in deren Bundesland der Sitz der Antragsgegnerin belegen ist, wurde gemäß § 58 Abs. 1 S.2 EnWG beteiligt.

Die Akte aus dem Missbrauchsverfahren der Beschlusskammer 6 [REDACTED] [REDACTED] wurde beigezogen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird überdies auf den Inhalt dieser Akte sowie die Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Dem Antrag wird stattgegeben.

Der Antrag auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG ist zulässig und begründet.

1. Zuständigkeit (§§ 54 und 59 EnWG)

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 1 EnWG zuständige Regulierungsbehörde. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

2. Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 67 EnWG)

Die Beschlusskammer 8 hat sowohl der Antragstellerin als auch der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.09.2020 den Entscheidungsentwurf übermittelt. Die Antragstellerin hat hierzu mit Schreiben vom 21.10.2020 gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Stellung genommen. Die Antragsgegnerin hat zum Entscheidungsentwurf mit Schreiben vom 13.11.2020 gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Stellung genommen.

3. Behördenbeteiligung (§ 55 Abs. 1 S. 1 und § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG)

Die Landesregulierungsbehörde wurde gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert. Dem Bundeskartellamt und der zuständigen Landesregulierungsbehörde wurde gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

4. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig.

Nach § 31 Abs. 2 S. 2 EnWG weist die Regulierungsbehörde einen auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens gerichteten Antrag als unzulässig ab, wenn der Antrag die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 S. 1 EnWG nicht erfüllt oder ganz allgemein ein Rechtsschutzbedürfnis nicht besteht.

4.1. Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 S. 1 EnWG

Zu den im Rahmen eines solchen Antrages vorzutragenden Tatsachen zählen nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 EnWG unter anderem die im Einzelnen anzuführenden Gründe, weshalb der Antragsteller durch das Verhalten des Netzbetreibers betroffen ist. Aufgrund der Systematik ist anzunehmen, dass der Begriff der Betroffenheit mit demjenigen der Interessenberührung übereinstimmt (vgl. Salje, EnWG, § 31 Rn. 10; Bundesnetzagentur, B. v. 11.12.2006, BK7-06-018; Robert, in Britz/Hellermann/Hermes, § 31 Rn. 19). Für die Annahme der Zulässigkeit eines Antrages nach § 31 EnWG kann verlangt werden, dass die vorzutragenden Tatsachen zumindest die Möglichkeit einer Interessenberührung begründen (vgl. Salje, EnWG, § 31 Rn. 4). Die Interessenberührung muss gegenwärtig bestehen (vgl. Bundesnetzagentur, B. v. 11.12.2007, BK6-07-018; Robert, in: Britz/Hellermann/Hermes, § 31 Rn. 8).

Eine gegenwärtige Interessenberührung ist gegeben, wenn das streitgegenständliche Verhalten des Antragsgegners eine Berührung rechtlicher oder wirtschaftlicher Interessen des Antragstellers bewirkt (vgl. Bundesnetzagentur, B. v. 13.08.2008, BK7-08-003; OLG Düsseldorf, VI-3 Kart 161/06 [V]; Schütte, Regulierung der Energiewirtschaft, S. 1509, unter Verweis auf BGH, EnVR 1/08, Rn. 17).

An das Darlegungserfordernis des § 31 Abs. 2 S. 1 EnWG sind grundsätzlich keine hohen Anforderungen zu stellen. Gleichwohl ergibt sich aus dem Sinn und Zweck – enge Fristbindung des Verfahrens – der formalen Vorgaben, dass substanzlose Vorträge ohne weiteren Prüfungsaufwand zurückgewiesen werden können (vgl. Bundesnetzagentur, B. v. 17.11.2006, BK7-06-74; Robert in Britz/Hellermann/Hermes, § 31 Rn. 19; Salje, EnWG, § 31 Rn. 11).

Vorliegend ist eine gegenwärtige Betroffenheit gegeben, da die Antragsgegnerin seit dem Jahr 2015 fortgesetzt die Auszahlung vermiedener Netzentgelte gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV verweigert.

4.2. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis ist ebenso gegeben.

Wegen des parallelen Verfahrens vor dem OLG Brandenburg fehlt es jedenfalls nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis. § 17 Abs. 1 GVG ist entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht (auch nicht entsprechend) anwendbar, da hier kein Fall einer Rechtswegkollision vorliegt. Bei dem besonderen Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG handelt es sich ja gerade nicht um ein gerichtliches Verfahren.

Auch der Rechtsgedanke des § 17 Abs. 1 GVG (Vermeidung widerstreitender Entscheidungen) verfängt hier nicht. Im Rahmen des Missbrauchsverfahrens wäre keine vollziehbare Entscheidung über den Zahlungsanspruch der Antragstellerin zu treffen, dies ist der Zivilgerichtsbarkeit vorbehalten. Gegenstand des Missbrauchsverfahrens ist lediglich die Überprüfung, ob das Verhalten der Antragsgegnerin (hier: Verweigerung der Zahlung) rechtmäßig war oder nicht. Die Prüfung der zivilrechtlichen und prozessualen Voraussetzung wäre also ohnehin einem zivilgerichtlichen Verfahren vorbehalten.

Letztlich kann dies aber dahinstehen, da das OLG Brandenburg selber von der Voreingrifflichkeit des Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG ausgeht und mit dieser Begründung das Verfahren nach § 148 Abs. 1 ZPO ausgesetzt hat.

5. Missbräuchliches Verhalten

Der Antrag ist begründet.

Es liegt ein missbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin vor. Der Antragstellerin steht ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Batteriespeichers ein Anspruch auf Zahlung eines vermiedenen Netzentgeltes nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV zu.

5.1. Erzeugungsanlage

Bei dem von der Antragstellerin betriebenen Speicher handelt es sich, entgegen der von der Antragsgegnerin geäußerten Rechtsauffassung, um eine Erzeugungsanlage im Sinne des § 3 Nr. 18c EnWG. Gemäß § 3 Nr. 18c EnWG sind Erzeugungsanlagen Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie. Diese Definition ist auch im Bereich der StromNEV anzuwenden.

Der von der Antragstellerin betriebene Batteriespeicher erzeugt elektrische Energie. Batteriespeicher entnehmen Strom aus dem Netz, an das sie angeschlossen sind und wandeln die elektrische Energie in chemische Energie um. Bei Bedarf wandeln Batteriespeicher diese chemische Energie wieder in elektrische Energie um und speisen diese in das Verteilernetz ein.

Insofern ist der Erzeugungsvorgang mit demjenigen in anderen Erzeugungsanlagen ohne weiteres vergleichbar, welche die in anderer Energieform gespeicherte Energie in elektrische Energie umwandeln (bspw. Wasserkraftwerke).

Die Antragsgegnerin argumentiert dementgegen, dass ein Energiespeicher letztlich Energie aus demselben Netz entnehme, in das die Energie wieder, und dann sogar in geringerem Maße, abgegeben werde. Diese Argumentation geht mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH (EnVR 56/08) allerdings fehl. In seiner Entscheidung führt der BGH zunächst aus, dass Betreiber von Pumpspeicherkraftwerken entgeltpflichtige Netznutzer i. S. der §§ 20 f. EnWG seien. Das Pumpspeicherkraftwerk müsse als Letztverbraucher (§ 14 StromNEV) angesehen werden, weil durch das Hochpumpen des Wassers Strom verbraucht werde. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass mit dem Ablassen des Wassers wieder Strom zurückgewonnen werden könne, wenn auch nur in der Größenordnung von 75 bis 80 % des eingesetzten Stroms. Zwar sei der gesamte Vorgang wirtschaftlich betrachtet ein System, in dem Energie gespeichert werden solle. Da die Energie zunächst jedoch verbraucht werde, indem sie in mechanische Energie umgewandelt werde, liege ein Letztverbrauch vor; der Zweck des Verbrauchs sei irrelevant (BGH, EnVR 56/08, Rz. 9).

Im Weiteren führt der BGH an, dass die Inanspruchnahme von Elektrizität aus dem Netz für das Hochpumpen des Wassers vom unteren in das obere Becken des Pumpspeicherkraftwerkes einen Letztverbrauch i. S. des § 14 Abs. 1 Satz 1 StromNEV begründe, auch wenn von dem Pumpspeicherkraftwerk dann wieder Strom ins Netz abgegeben werde. Der Pumpvorgang zehre die entnommene elektrische Energie zunächst auf. Werde das Wasser aus dem oberen Becken abgelassen, werde neue elektrische Energie gewonnen. Dies seien grundsätzlich zwei getrennte Vorgänge, die jeweils auch unterschiedlich abgerechnet werden (BGH, EnVR 56/08, Rz. 13).

Dem stehe auch nicht entgegen, so der BGH weiter, dass Pumpspeicherkraftwerke ihrer Funktion nach letztlich die Bedeutung eines Speichers hätten, weil sie Strom in der Überschussphase entnehmen und in der Mangelsituation einspeisen. Hierauf komme es für die Frage einer Entgeltspflicht der Netznutzung nicht an, da nach dem Regelungszusammenhang der Stromnetzentgeltverordnung die Entnahme und die Einspeisung von Strom getrennt zu behandeln seien. Das Nebeneinander von Weiterverteilung und Letztverbrauch als Form entgeltpflichtiger Netznutzung mache deutlich, dass die Nutzung der Energie maßgebend sei. Entscheidend sei allein, dass der entnommene Strom für eine bestimmte energieabhängige Funktion verwendet und hierfür aufgezehrt wird. Selbst wenn dadurch eine andere Energieform (im vorliegenden Fall: die Lageenergie des hochgepumpten Wassers) entsteht, ändert dies nichts am Letztverbrauch der primär eingesetzten Elektrizität i. S. des § 3 Nr. 25 EnWG.

Abzustellen ist daher alleinig darauf, dass auf Basis eines anderen Energieträgers durch Rückumwandlung elektrische Energie erzeugt wird. Dabei ist unerheblich, dass keine einhundertprozentige Energieumwandlung erfolgt. Eine solche ist physikalisch generell, unabhängig von dem verwendeten Primärenergieträger, nicht möglich. Im Batteriespeicher wird elektrische Energie letztlich auch nur in chemische Energie umgewandelt. Folglich handelt es sich auch bei einem Batteriespeicher um einen Letztverbraucher im Bezug und eine Erzeugungsanlage bei der Einspeisung von Energie.

Diese Einordnung des BGH ist in jeder Hinsicht energiewirtschaftlich, wie technisch zutreffend. In der Einspeicherung von elektrischer Energie durch Entnahme aus dem Netz liegt eine Netznutzung, ein Letztverbrauch vor. Das Stromnetz muss auf diese Entnahme zeitgleich mit allen anderen Lasten ausgelegt sein, die vereinbarte Anschluss- und Entnahmeleistung bereitzustellen. Die Einspeisung in ein Netz aus einem Stromspeicher erfolgt dem entgegen stets zeitgleich zur Entnahme und wirkt auf das Netz wie jede andere Einspeisung.

Die Parteien weisen zu Recht auf eine Vielzahl von Stellen im EnWG hin, in denen mittlerweile die Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie separat genannt sind (u.a. § 1 Abs. 4 Nr. 3, § 1 Abs. 3, § 12 Abs. 4 Nr. 2, §13a Abs. 1, § 13b, § 13i, § 13j Abs. 1 Nr. 4, § 17 Abs. 1, § 18 Abs. 2; § 19, § 31, 118 EnWG). Allerdings haben diese Vorschriften an keiner Stelle eine eigene Regelungswirkung hinsichtlich der Einordnung als Erzeugungsanlage oder Last mit Ausnahme der Befreiung von regulären Netzentgelten in § 118 EnWG.

Mithin beansprucht die energierechtliche Einordnung im Sinne des BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2009 zu Recht Geltung. Vielmehr deuten die Änderung in § 13j Abs. 1 Nr. 4 EnWG oder in § 19 Abs. 4 StromNEV zu besonderen Netzentgelten für Stromspeicher darauf hin, dass das Gesetz weiterhin eine entsprechende Einordnung von Stromspeichern als Erzeugungsanlagen bzw. Letztverbrauchern trifft, die ggf. in geregelten Einzelfällen durchbrochen werden kann oder soll.

Obschon der Einwand der Antragsgegnerin, wer keine Entgelte zahle könne auch keine vermiedenen Netzentgelte erhalten, aus einem allgemeinen Gerechtigkeitsmaßgefühl nachvollzogen werden kann, führt dieser Einwand zu keinem anderen Ergebnis. Es ist der Energierechtsordnung auch in anderen Zusammenhängen nicht fremd, dass die Belastung mit Netzentgelten einerseits und Vergütungsmöglichkeiten aufgrund besonderer Leistungen andererseits getrennt zu betrachten sind. Dies gilt z.B. bei Kunden mit individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 StromNEV, die gleichzeitig abschaltbare Lasten nach AbLaV anbieten können.

5.2. Dezentralität

Der Batteriespeicher stellt überdies auch eine dezentrale Erzeugungsanlage dar.

Nach § 3 Nr. 11 EnWG erfüllt eine Erzeugungsanlage das Merkmal der Dezentralität, wenn sie an das Verteilernetz angeschlossen ist und Strom last- und verbrauchsnahe erzeugt. Die von der Antragstellerin betriebene Anlage ist an das Verteilernetz angeschlossen und erzeugt Strom last- und verbrauchsnahe. Der Speicher trägt überdies zu einer Reduzierung der vorgelagerten Netzkosten im Sinne des § 18 StromNEV bei.

§ 3 Nr. 11 EnWG dient in erster Linie der Umsetzung von Art. 2 Ziff. 31 EltRL und sollte eher kleinere Erzeugungsanlagen erfassen (Salje, EnWG, § 3 Rn. 53 f.). Die Richtlinie definiert dezentrale Erzeugungsanlagen für diverse Zwecke:

- Erwägungsgrund Nummer 18 stellt auf die Berücksichtigung der langfristig durch dezentrale Elektrizitätserzeugung und Nachfragesteuerung vermiedenen Netzgrenzkosten ab. Dies deutet in die Richtung einer Regelung entsprechend dem vorliegenden § 18 StromNEV.
- Um bei Genehmigungsverfahren für [...] dezentrale Erzeugungsanlagen ihrer begrenzten Größe und ihrer möglichen Auswirkung Rechnung tragen zu können (Art. 6 Abs. 3).
- Um bei der Planung des Verteilernetzausbaus durch unmittelbar dort angeschlossene dezentrale Anlage Kostensenkungspotentiale zu erschließen (Art. 14 Abs. 7).

Der europarechtlichen Definition liegt demnach ein Verständnis zu Grunde, das sowohl auf eine dem Verteilernetz angemessene Leistung der Anlage als auch eine für das Verteilernetz jedenfalls durch allgemeine Prognosemethoden planbare Einspeisung einer dezentralen Anlage hinweist. Mithin hat der nationale Gesetzgeber die Tatbestandsmerkmale zulässigerweise um die Begriffe „verbrauchs- und lastnah“ konkretisiert. Auf diese kommt es daher in Anwendung des § 18 StromNEV an.

Von sonstigen Erzeugungsanlagen unterscheiden sich auch nach herrschender Meinung die dezentralen Erzeugungsanlagen dadurch, dass sie nur der lokalen Versorgung – also gerade nicht der überörtlichen Versorgung – dienen, nicht in Übertragungsnetze einspeisen und nur geringe Energiemengen herstellen (Boesche, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar Energierecht, 3. Auflage, § 3 Rn.37; ebenfalls auf die rein lokale Versorgung abstellend Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, § 3 Rn. 24).

Sofern die Antragsgegnerin hierzu in ihrer Stellungnahme vorträgt, dass damit die Eigenschaft des Batteriespeichers als dezentrale Erzeugungsanlage bereits ausscheide, irrt sie. Zum einen ist die aus dem Batteriespeicher bereitgestellte Energiemenge gering, insofern ist ein überregionaler Transport der Energiemengen sehr unwahrscheinlich. Zum anderen ist ein überregionaler Transport der bereitgestellten Energiemengen von der Antragsgegnerin bisher weder substantiiert vorgetragen noch behauptet worden, so dass daraus letztlich von der Beschlusskammer nur der Schluss gezogen werden konnte, dass die bereitgestellten Energiemengen ausschließlich lokal verbraucht werden. Zu welchem Zweck die Erzeugungsanlage errichtet wurde oder wozu sie betrieben wird, ist dabei von untergeordneter Bedeutung.

Insofern liegt auch, anders als die Antragsgegnerin dies vermutet, kein Widerspruch zur Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vor. In dem vom OLG Düsseldorf zu entscheidenden Fall, war ein Großkraftwerk zunächst nur an die HöS-Ebene angeschlossen und wurde erst nachträglich an die HS-Ebene des nachgelagerten Verteilernetzbetreibers angeschlossen. In diesem Fall hat das OLG Düsseldorf zu Recht erkannt, dass die Einspeisung des Kraftwerkes weiterhin einheitlich überregional und nicht nur regional verbraucht werde. Diese Konstellation ist mit dem vorliegenden Fall grundlegend nicht vergleichbar.

Durch eine verbrauchs- und lastnahe Einspeisung werden nur diejenigen Netzebenen in Anspruch genommen, die letztlich für den Transport von der Erzeugungsanlage zum Kunden tatsächlich notwendig sind (Theobald, in: Danner/Theobald, EnWG, 89. EL 2017, Rn. 73, unter direkter Bezugnahme auf § 18 StromNEV).

5.2.1. Anschluss an das Verteilernetz

Der Batteriespeicher der Antragstellerin ist an das Verteilernetz der Antragsgegnerin auf der Netzebene Mittelspannung angeschlossen.

5.2.2. Last- und Verbrauchsnähe

Die Einspeisung des Batteriespeichers in das Verteilernetz der Antragsgegnerin erfolgt auch last- und verbrauchsnahe.

Das Tatbestandsmerkmal der Last- und Verbrauchsnähe wird weder im Energiewirtschaftsgesetz noch in der Stromnetzentgeltverordnung definiert. Ein Anknüpfungspunkt für die Verbrauchsnähe findet sich jedoch in § 21 Abs. 2 Nr. 1 lit. a EEG. Demnach erfolgt die Erzeugung verbrauchsnahe, wenn der erzeugte Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbraucht wird.

Im vorliegenden Fall wird der durch die Anlage der Antragstellerin erzeugte Strom in der bisherigen Nutzungsstruktur der Anlage prima facie ausschließlich für Zwecke der Regelenergie und auf Anforderung des Übertragungsnetzbetreibers, also für Zwecke des Gesamtsystems „verbraucht“. Eine verbrauchsnahe Energieerzeugung scheidet, entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerin, jedoch nicht per se aus, weil die betroffene Anlage ausschließlich Primärregelleistung erbringt. Der Nachfrager der erzeugten Energiemengen ist ausschließlich der regelzonenverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber.

Die Energieanlage der Antragstellerin ist allerdings nicht für den ausschließlichen Zweck der dauerhaften Erbringung von Regelleistung errichtet worden. Sie ist von ihrer Dimensionierung und ihren technischen Eigenschaften geeignet, ihre Leistung vollständig aus dem Anschlussnetz zu entnehmen und dahin abzugeben. Demnach schließt die temporäre Nutzung für Zwecke des Übertragungsnetzes nicht aus, dass es sich um eine „dezentrale Anlage“ i.S.d. § 3 Nr. 11 EnWG handelt. Insoweit unterscheidet sich dieser Fall auch von dem Verfahren BK8-17/3764-01-M.

Eine nutzungsbezogene Betrachtung von Anlagen, die an ein Verteilernetz angeschlossen sind, sieht § 18 StromNEV nicht vor – eine solche Abgrenzung des Einsatzzweckes ist auch in anderen Fällen der Einspeisung dezentraler Erzeugungsanlagen im Zuge von Erbringung von Regelenergie nicht üblich.

Physikalisch erfolgt der Verbrauch des in dem Batteriespeicher erzeugten Stroms letztlich immer (auch) in nahe gelegenen Verbrauchseinrichtungen. Bilanziell geschieht die Zuordnung im Regelenergiebilanzkreis des Übertragungsnetzbetreibers mit Regelzonenverantwortung. Auch dies steht der Einordnung der last- und verbrauchsnahe Erzeugung nicht im Wege, da die physikalische Vermeidungsleistung und -arbeit im Netz des Anschlussnetzbetreibers (der Antragsgegnerin) eintritt.

5.2.3. Reduzierung der Kosten der vorgelagerten Netzebene

Eine Kostenreduzierung von vorgelagerten Netzentgelten wird auch bewirkt, da der Batteriespeicher – wie im vorliegenden Falle zumindest nachweisbar in einem Jahr – auch nur geringfügig oder nur temporär zur Reduzierung der Jahreshöchstlast der Entnahme aus der vorgelagerten Netzebene beiträgt. Jedenfalls ist die Einspeisung des Batteriespeichers demnach geeignet eine Reduzierung der vorgelagerten Netzkosten zu bewirken.

Die Grenze wäre allerdings dort zu ziehen, wo zwischen der dezentralen Einspeisung und dem seitens des Gesetzgebers verfolgten Zweck der Reduzierung der Netzkosten keinerlei Zusammenhang bestehen kann oder dieser wesentliche Gesetzeszweck sogar konterkariert würde (so in: BK8-17/3764-01-M). Anders formuliert ist ein vermiedenes Netzentgelt nach § 18 Abs. 1 StromNEV jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn die dezentrale Einspeisung in keiner Weise zu einer Reduzierung der Netzkosten beitragen kann.

Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. Der Batteriespeicher erbringt zwar derzeit ausschließlich Leistungen auf dem Regelenergiemarkt, insbesondere Primärregelleistung. Regelenergie ist gemäß § 3 Nr. 1 EnWG Teil der Ausgleichsleistungen. Diese sind Dienstleistungen zur Bereitstellung von Energie, die zur Deckung von Verlusten und für den Ausgleich von Differenzen zwischen Ein- und Ausspeisung benötigt wird. Durch den Einsatz von Regelenergie werden Abweichungen zwischen der Stromnachfrage (Netzlast) und Stromangebot (Einspeisung) ausgeglichen. Positive Regelenergie meint die Belieferung mit zusätzlichem Strom, um eine netzstabilitätsgefährdende Netzüberlast zu verhindern. Negative Regelenergie meint hingegen eine künstliche Verknappung der Einspeisung, indem der Anlagenbetreiber, um eine geringe Nachfrage auszugleichen, zeitweise die Einspeisung zurückfährt (Lippert, in: BeckOK EEG, 9. Edition, Stand: 01.11.2019, EEG 2017 § 21 Rn. 46). Primärregelung dient der kurzzeitigen Stabilisierung der Netzfrequenz durch den Ausgleich von Ungleichgewichten zwischen dem Leistungsangebot und der Leistungsnachfrage. Dabei handelt es sich um kleine Energiemengen, die dazu eingesetzt werden, leichte Schwankungen der Netzfrequenz innerhalb von Sekunden auszugleichen. Diese Leistungen werden vom Übertragungsnetzbetreiber eingekauft. Der Übertragungsnetzbetreiber legt die dadurch entstehenden Kosten auf die für die Lastabweichung verantwortlichen Akteure im Stromnetz um. Durch den Einsatz von Regelenergie kommt der Übertragungsnetzbetreiber seiner Pflicht zur Wahrnehmung der Systemverantwortung nach § 13 EnWG, konkret seiner Pflicht zur Frequenzerhaltung nach (Hartmann/Weise, in: Danner/Theobald, Energierecht, 103. EL, Stand: Oktober 2019, EnWG § 14 Rn. 10).

Die Erbringung von Primärregelleistung erfolgt damit zwar ausschließlich zugunsten des Übertragungsnetzbetreibers, unabhängig davon, auf welcher Spannungsebene die Erzeugungsanlage angeschlossen wurde. Die Energieerzeugung erfolgt damit aber nicht zwangsläufig last- und verbrauchsfern, sie erfolgt nur auf Grund eines bestimmten Zwecks und führt zu einer bilanziellen Zuordnung der erzeugten Energie zum Übertragungsnetzbetreiber. Auch ist eine parallele oder alternative Nutzung des Batteriespeichers nicht ausgeschlossen.

Dem steht auch eine Parallelwertung zur Einspeisevergütung nach § 21 Abs. 2 EEG nicht entgegen. Neben dem Erfordernis, dass der Anlagenbetreiber, der die Einspeisevergütung nach dieser Vorschrift in Anspruch nimmt, dem Netzbetreiber den gesamten in der Anlage erzeugten Strom zur Verfügung zu stellen hat, der nicht unmittelbar in räumlicher Nähe zu Anlage verbraucht wird und durch ein Netz durchgeleitet wird, darf der Betreiber mit der Anlage nicht am Regelenergiemarkt teilnehmen.

Das Verbot der Teilnahme am Regelenergiemarkt umfasst die Lieferung sowohl von positiver als auch negativer Regelenergie. Dies folgt mittelbar auch aus der Regelung des § 80 Abs. 1 S. 4 EEG (Schlacke/Kröger, in: Danner/Theobald, Energierecht, 103. EL, Stand: Oktober 2019, EEG 2017 § 21 Rn. 11). Hiernach begründet die Teilnahme am Regelenergiemarkt bei gleichzeitiger Inanspruchnahme einer Einspeisevergütung keinen Verstoß gegen das Doppelvermarktungsverbot. Die Zahlung vermiedener Netzentgelte stellt keine Vermarktung des dargebotenen Stroms dar. Letztlich ergibt sich die Vergütung vermiedener Netzentgelte gelegentlich der Einspeisung eher als faktische Nebenwirkung. Daher erweist sich die Vermeidungsleistung und die vermiedenen Netzentgelte in ihrer pauschalierten Ermittlung gem. § 18 StromNEV auch im vorliegenden Fall als gering.

6. Ermessen

Indem die Antragsgegnerin die Auszahlung vermiedener Netzentgelte nach § 18 Abs. 1 S. 1 StromNEV an die Antragstellerin verweigert, handelt sie missbräuchlich. Die Beschlusskammer übt das ihr zustehende Ermessen neben der Feststellung des Missbrauchs unter Tenor zu Ziffer 1.) dergestalt aus, die Antragsgegnerin gem. § 31 i.V.m. § 30 Abs. 2 S. 2 EnWG zum tenorierten Verhalten zu verpflichten (Tenorziffer 1). Diese konkrete Verpflichtung ist erforderlich, um die festgestellte Zuwiderhandlung wirksam abzustellen und ein verordnungskonformes Verhalten der Antragsgegnerin sicherzustellen.

IV.

Der Tenor zu Ziffer 2.) ordnet an, dass hinsichtlich der Kosten gemäß § 91 EnWG ein gesonderter Bescheid ergeht.

Rechtsmittelbelehrung

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

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

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

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Bourwieg

Wetzel

Petermann