

TenneT TSO GmbH  
Die Geschäftsführung  
Bernecker Straße 70  
95448 Bayreuth

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Ihr Antrag vom 9. November 2022

Mein Zeichen, meine Nachricht vom

628b / 4.14.03.13/1#2

☎ 0228

14- [REDACTED]

Bonn

6. Februar 2023

---

**Genehmigung nach § 11b Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 EnWG für die Speicherkomponenten der Netzbooster-Pilotanlagen Audorf Süd und Ottenhofen**

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Verwaltungsverfahren gegenüber der TenneT TSO GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) mit dem Aktenzeichen 4.14.03.13/1#2 bescheidet die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn den Antrag der Antragstellerin vom 9. November 2022 wie folgt:

1. Der Antragstellerin wird nach § 11b Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 EnWG genehmigt, die Speicherkomponenten der Netzbooster-Pilotanlagen Audorf Süd und Ottenhofen in ihrem Eigentum zu haben sowie diese zu errichten, zu verwalten und zu betreiben.
2. Die Genehmigung ergeht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass die Antragstellerin die von ihr ausgeschriebenen Speicherkomponenten der Netzbooster-Pilotanlagen Audorf Süd und Ottenhofen entgegen ihrer Selbsterklärung vom 14. Dezember 2022 verwendet, um Leistung oder Arbeit auf dem Strommarkt zu kaufen oder zu verkaufen.
3. Hinsichtlich der Gebühren für dieses Verfahren ergeht eine gesonderte Entscheidung.

## Gründe

### I.

Die Antragstellerin begehrt eine Genehmigung für die Errichtung, die Verwaltung und den Betrieb eines Netzbooster-Pilotprojekts in eigenem Eigentum.

Die Antragstellerin ist ein deutscher Übertragungsnetzbetreiber mit einem Höchstspannungsstromnetz von rund 13.560 Kilometern Gesamtlänge. Sie geht auf eine Ausgliederung der Netzsparte aus dem ehemals vertikal integrierten E.ON Energiekonzern zurück. Die Ausgliederung erfolgte im Rahmen der gesetzlich gebotenen Entflechtung zwischen Netzbetrieb und Stromerzeugung.

Wesentliche Bestandteile des Netzbooster-Konzepts sind Energiespeicheranlagen, welche an strategisch günstigen Netzknoten vorgehalten werden, um eine höhere Auslastung des Bestandsnetzes zu ermöglichen. Während nach dem bisherigen präventiven Netzschutzkonzept bei einem Ausfall einer einzelnen Stromleitung keine anderen Betriebsmittel überlasten dürfen [sogenanntes (n-1) Prinzip], soll die Einführung von Netzboostern Teil eines reaktiven Netzbetriebsführungskonzepts werden. Reaktiv bedeutet in diesem Zusammenhang, dass nicht alle möglichen Fehlerzustände bereits vor ihrem Eintreten durch ein Engpassmanagement im Vorhinein abgesichert werden, sondern erst im Fall eines tatsächlichen Betriebsmittelausfalls reagiert wird. In diesem Fall soll die in den Netzboostern vorgehaltene Leistung sehr kurzfristig eingesetzt werden können, um zeitweise Überlastungen durch Ausfälle zu kompensieren. Hierfür wird beispielsweise in Süddeutschland schnell Leistung aus einer Energiespeicheranlage in das Netz ausgespeichert, während nördlich des Leitungsengpasses die entsprechende Erzeugungsleistung ebenso schnell reduziert oder verbraucht wird. Bei einem Betriebsmittelausfall soll dadurch eine zeitweise Überlastung einzelner Netzabschnitte behoben werden. Hierdurch sollen letztendlich auch die Kosten des Netzbetriebs gesenkt werden können. Technisch-wirtschaftlicher Grundgedanke eines Netzboosters ist es also, eine reaktive Betriebsweise des Übertragungsnetzes zu ermöglichen, es auf diese Weise höher auslasten zu können und so Engpassmanagementmaßnahmen und die damit verbundenen Kosten zu reduzieren.

Das Netzbooster-Pilotprojekt der Antragstellerin wurde durch die Bundesnetzagentur erstmalig im Netzentwicklungsplan (NEP) 2019-2030 und nochmals im NEP 2021-2035 geprüft. Der NEP stellt jeweils für einen bestimmten Zeitraum unter anderem die konkreten Maßnahmen fest, die zur bedarfsgerechten Optimierung für einen sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb erforderlich sind. Zuletzt wurde das Netzbooster-Pilotprojekt der Antragstellerin am 14. Januar 2022 im NEP 2021-2035 bestätigt. Anders als die Übertragungsnetzbetreiber und anders als noch im NEP 2019-2030 kam die Bundesnetzagentur mittels eigener Analysen für den NEP 2021-2035 zu dem Ergebnis, dass von einer Amortisation der Kosten des Netzbooster-Pilotprojekts der Antragstellerin bei konstanter Fortschreibung der Einsparungen erst nach etwa 23 Jahren auszugehen wäre. In diesem Sinn konnte keine Wirtschaftlichkeit des Projekts festgestellt werden. Dennoch erachtete die Bundesnetzagentur es als sinnvoll, die Netzbooster als Pilotanlagen eines neuartigen Betriebsführungskonzepts auch in der Praxis durch die Übertragungsnetzbetreiber testen zu lassen, was in der erforderlichen Abwägung ausschlaggebend für eine erneute Bestätigung im NEP 2021-2035 war. Denn auf diesem Wege könnten Erfahrungen im Bereich der reaktiven Netzbetriebsführung bereits früher als mittels der geplanten Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragungssysteme (HGÜ-Systeme) gesammelt und die reaktive Betriebsführung in einem abgrenzbaren Bereich erprobt werden. Angesichts der fehlenden Erfahrungen mit der Technologie könne es daher nicht allein auf die ökonomische Prognose ankommen.

Nach den entflechtungsrechtlichen Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) darf ein Übertragungsnetzbetreiber allerdings nicht schon dann Eigentum an Energiespeicheranlagen haben,

solche errichten, verwalten oder betreiben, wenn diese im NEP bestätigt sind. Vielmehr bedarf es zusätzlich einer besonderen Genehmigung durch die Bundesnetzagentur. Diese ist auf Antrag des Übertragungsnetzbetreibers unter anderem dann zu erteilen, wenn dieser nachgewiesen hat, dass die Energiespeicheranlage notwendig ist, damit er seinen Verpflichtungen in effizienter Weise nachkommen kann, und der Übertragungsnetzbetreiber ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren durchgeführt hat, bei dem er den Zuschlag zur Errichtung, zur Verwaltung oder zum Betrieb der Energiespeicheranlage nicht an einen Dritten erteilen konnte (sogenannter negativer Markttest). In Hinblick auf diese Anforderungen führte die Antragstellerin im Februar 2020 eine erste Markterkundung für den Netzbooster durch und entwickelte ein konkretes Ausschreibungsmodell für den Markttest.

Ausgeschrieben werden sollte danach die Projektierung, Montage sowie Instandhaltung je einer Netzbooster-Anlage (jeweils u. a. bestehend aus 100MW / 100MWh-Speicheranlage, HS-Transformator, MS-Schaltanlage, Konverteranlage, Sekundärtechnik und Betriebsgebäude) an den Standorten Audorf Süd und Ottenhofen. Nach dem Ausschreibungsmodell der Antragstellerin ist vorgesehen diesen Leistungsgegenstand sowohl als Finanzierungsleasing für den Betrieb im Eigentum eines Dritten (Leasingmodell), als auch für einen Betrieb im Eigentum der Antragstellerin selbst auszuschreiben (Eigentumslösung).

Die Antragstellerin hat das beabsichtigte Leasingmodell in einem Termin am 20. Januar 2021 Vertretern der Beschlusskammern 4 und 8 der Bundesnetzagentur vorgestellt. Dabei wurden insbesondere auch Fragen der regulatorisch-ökonomischen Behandlung erörtert. Die Antragstellerin hat in der Folge einen konkreten Entwurf für einen Leasingvertrag erstellt. Mit Schreiben vom 10. Februar 2021 haben die Beschlusskammern nochmals zur regulatorischen Behandlung von Netzboostern Stellung genommen.

In der Zeit vom 12. Februar 2021 bis 21. März 2021 führte die Antragstellerin eine zweite Markterkundung zum Thema Leasing und Corporate Social Responsibility durch. Am 6. Mai 2021 stellte die Antragstellerin der Bundesnetzagentur das Pilotprojekt und die Idee einer Parallelausschreibung näher vor und erläuterte, welche Vorteile dieses Ausschreibungsdesign aus ihrer Sicht habe. Die parallelen Ausschreibungen der Leasinglösung und der Eigentumslösung sollten dabei jeweils mit dem Vorbehalt durchgeführt werden, am Ende nur das insgesamt wirtschaftlichste Angebot in einer der beiden Ausschreibungen zu bezuschlagen, wobei die Ausschreibung nach dem Leasingmodell zugleich als Markttest für die parallel ausgeschriebene Eigentumsvariante dienen solle. Eine Parallelausschreibung gebe die Möglichkeit eines transparenten und unverzerrten Überblicks der Marktsituation zur Auswahl der volkswirtschaftlich günstigsten Alternative und liefere eine verbesserte Datengrundlage zur Ermittlung der Preisobergrenze. Ein im Vergleich zu sukzessiven Ausschreibungen langwieriger Zeitverzug könne dadurch verhindert werden.

Am 9. Juni 2021 folgte ein Gespräch zur Preisobergrenze (POG) und zu weiteren Details des gewählten Ausschreibungsmodells. Dabei stellte die Antragstellerin klar, dass die POG als obere Grenze für die Verhandlungen zu sehen sei und diese nicht offen dem Markt kommuniziert werden solle. Außerdem erläuterte die Antragstellerin, dass innerhalb eines Modells ein Bieter als Generalunternehmer alle geforderten Leistungen anbieten müsse.

Resultierend aus dem Gespräch vom 9. Juni 2021 übermittelte die Antragstellerin am 18. Juni 2021 eine schriftliche Zusammenfassung des geplanten Ausschreibungsmodells, verbunden mit der Ankündigung von Ausschreibungsunterlagen sowie der Bitte um deren Prüfung. Diese Unterlagen wurden am 9. Juli 2021 übermittelt und um Prüfung bis zum 30. Juli 2021 gebeten.

Am 16. Juli 2021 erfolgte eine Rückmeldung der Bundesnetzagentur, dass eine Prüfung nicht möglich sei, da noch zu viele Unklarheiten in den bis zu diesem Zeitpunkt erhaltenen Unterlagen bestanden. Diese wurden durch ein Schreiben der Antragstellerin am 30. Juli 2021 geklärt. Am 6. August 2021 hat die Bundesnetzagentur daraufhin eine unverbindliche erste Einschätzung abgegeben, wonach bei kursorischer Durchsicht der Unterlagen keine grundsätzlichen energiewirtschaftsrechtlichen Bedenken zum geplanten parallelen Ausschreibungsmodell offensichtlich waren.

Die Antragstellerin veröffentlichte daraufhin am 4. Oktober 2021 die öffentlichen Ausschreibungen für das zuvor entwickelte Leasingmodell und die Eigentumslösung (Parallelausschreibung) auf der Vergabeplattform Negometrix.

Für die Ausschreibung nach dem Leasingmodell wurde der projektierte Netzbooster dafür zunächst in die entflechtungsrechtlich relevante Speicherkomponente einerseits und die restlichen Komponenten andererseits aufgeteilt. Die Speicherkomponente wurde zur Errichtung und zum Betrieb durch einen Dritten in dessen Eigentum als Finanzierungsleasing ausgeschrieben. Die restlichen Komponenten wurden hingegen zur Errichtung durch einen Dritten ausgeschrieben, sollten nach ihrer Errichtung und Abnahme durch die Antragstellerin jedoch in deren Eigentum übergehen und durch diese selbst betrieben werden. Parallel dazu wurde eine weitere Ausschreibung zur Errichtung der Gesamtanlage durchgeführt, bei der die Antragstellerin nach Abnahme selbst Eigentümerin und Betreiberin der Gesamtanlage würde. Sie bezeichnet diese Variante als Eigentumslösung. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll im Eigentumsmodell ein Eigentumsvertrag zusammen mit einem Instandhaltungsvertrag vergeben werden, im Leasingmodell ein Leasingvertrag für die Speicherkomponente, zusätzlich zu einem Eigentumsvertrag für die restlichen Komponenten und ebenfalls ein Instandhaltungsvertrag.

Für beide Varianten wurde ein mehrstufiges Ausschreibungsverfahren gewählt. Zunächst sollten Bieter ihre Teilnahmeanträge über eine digitale Vergabeplattform abgeben. Nach einer formellen und inhaltlichen Prüfung der Teilnahmeanträge würden geeignete Bieter zur Angebotsphase zugelassen. Anschließend sollten in zwei Runden u.a. der technische Angebotsinhalt, der Projektzeitplan oder die grundsätzliche Preisbildung angesprochen und verhandelt werden.

Die jeweiligen Angebote aus beiden Ausschreibungen sollten nach einem Punktesystem unter anderem hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit bewertet werden.

Bis zum Ablauf der Teilnahmeantragsfrist am 3. November 2021 hatten die nachfolgenden Bewerber beziehungsweise Bewerbergemeinschaften Teilnahmeanträge eingereicht:

Für das Leasingmodell:

A horizontal bar chart showing the percentage of respondents who believe the U.S. should take action to address climate change, broken down by age group. The x-axis represents the percentage, ranging from 0 to 100. The y-axis lists the age groups. The bars are colored in a light blue shade.

Age Group	Percentage
18-29	85%
30-49	78%
50-69	88%
70+	65%
18-29	85%
30-49	78%
50-69	88%
70+	65%

Für die Eigentumslösung:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Die Antragstellerin unterzog die einzelnen Teilnahmeanträge einer formellen und inhaltlichen Prüfung. Folgende Bewerber beziehungsweise Bewerbergemeinschaften wurden nicht zur Angebotsphase zugelassen:

Für das Leasingmodell:

[REDACTED]

Die Erlaubnis zur Berufsausübung sei nicht wie in der Bekanntmachung gefordert nachgewiesen. Der Registerauszug weise nicht die geforderte Aktualität auf, sowohl bezogen auf den Bieter als auch auf die eignungsleihenden Dritten.

[REDACTED]

Für das Mitglied der Bewerbergemeinschaft [REDACTED] seien die geforderten Finanzkennzahlen (Financial Ratios) als Teil der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen.

Für die Eigentumslösung:

[REDACTED]

Die gesetzte Frist für die Einreichung von nachgeforderten Unterlagen zum Teilnahmeantrag festgesetzt für den 15. November 2021 um 12:00 Uhr. Die Unterlagen seien erst nach dieser Frist eingereicht worden.

[REDACTED]

Die Erlaubnis zur Berufsausübung sei nicht wie in der Bekanntmachung gefordert nachgewiesen worden. Der Registerauszug weise nicht die geforderte Aktualität auf, sowohl bezogen auf den Bieter als auch auf die eignungsleihenden Dritten.

[REDACTED]

Für das Mitglied der Bewerbergemeinschaft [REDACTED] seien die geforderten Finanzkennzahlen als Teil der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen.

Der Bewerber [REDACTED] übermittelte daraufhin der Antragstellerin am 24. November 2021 hinsichtlich ihrer Teilnahmeanträge sowohl im Leasing- als auch im Eigentumsmodell ein Rückschreiben über die Nachrichtenfunktion der Vergabeplattform Negometrix. Darin wurde die Entscheidung der Antragstellerin gerügt, die [REDACTED] aufgrund mangelnder Nachweise zur erlaubten Berufsausübung vom Verfahren auszuschließen. Die [REDACTED] begründete ihre Rüge damit, dass sie bereits bei ihrer ursprünglichen Abgabe ein S1 Registration Statement

ihrer Mutter, der [REDACTED], vorgelegt habe, welches auf den 29. September 2021 datiert sei und daher die erforderliche Aktualität aufweise. In diesem Dokument seien die relevanten Gesellschaften aufgeführt. Dies schließe sowohl die [REDACTED] als auch die für die Ausschreibung herangezogenen eignungsleihenden verbundenen Gesellschaften, nämlich die [REDACTED] wie auch die [REDACTED] ein. Für die Sitzstaaten der Eignungsleihenden Dritten bestehe kein dem deutschen Handelsregister äquivalentes System. Daher seien das S1 Registration Statement sowie am 15. November 2021 weitere Dokumente angefügt worden, die die Existenz der Gesellschaften belegten. Ein beglaubigter Handelsregistrauszug sei mit Eingang der Nachforderung der Antragstellerin beantragt worden. Das Dokument sei aber nicht innerhalb der Frist eingegangen. Daher habe die [REDACTED] der Antragstellerin die Anfrage übersendet und darum gebeten das Dokument nachreichen zu dürfen. Nach telefonischer Rücksprache habe man verstanden, dass die Antragstellerin hiermit einverstanden sei. Die Antragstellerin folgte der Argumentation des Bewerbers und half der Rüge dadurch ab, die Bewerberin doch zuzulassen. Die [REDACTED] wurde am 24. November 2021 in beiden Ausschreibungen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

Den Ausschluss des Konsortiums [REDACTED] begründet die Antragstellerin damit, dass für das Mitglied der Bewerbergemeinschaft [REDACTED] die geforderten Financial Ratios als Teil der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen werden konnten. Die [REDACTED] habe in den vergangenen drei Geschäftsjahren ein negatives EBITA und EBITDA. Dies führe dazu, dass die Kennzahlen negativ ausfallen. In der hochgeladenen Datei von [REDACTED] sei „Gross Interest Expense per the income Statement“ negativ dargestellt, was die Kennzahl „EBITDA / Interest Expense“ (gemeint ist vermutlich die Kennzahl „EBITA / Interest Expense“) positiv mache. Diese Angabe sei jedoch in diesem Fall nicht korrekt dargestellt. Die Entscheidung zum Ausschluss sei der Bietergemeinschaft am 29. November 2021 in einer Video-Konferenz erläutert worden.

Während der Angebotsphase, die am 19. November 2021 begann und am 4. März 2022, 12:00 Uhr endete, verzichteten sowohl für die Eigentumslösung als auch für die Leasinglösung mehrere Teilnehmer auf die Angebotslegung. Für die Eigentumslösung und die Leasinglösung verzichteten die [REDACTED] und die [REDACTED]. Die potentiellen Bieterinnen [REDACTED] und [REDACTED], die ausschließlich am Teilnahmewettbewerb für das Leasingmodell teilgenommen hatten, verzichteten ebenfalls für das Leasingmodell auf die Angebotslegung.

Die Bieterinnen [REDACTED] und [REDACTED] reichten beide jeweils ein Gebot für die beiden Ausschreibungen ein. Die dritte verbliebene potentielle Bieterin für beide Modelle, [REDACTED], machte nicht von der Angebotsabgabe Gebrauch.

An den folgenden Verhandlungsrunden für beide Modelle (erste Runde 16. Mai 22 – 3. Juni 2022, zweite Runde 4. Juli 2022– 15. Juli 2022) nahmen die Bieterinnen [REDACTED] und [REDACTED] teil. Beide wurden im Anschluss an die Verhandlungen von der Antragstellerin aufgefordert, ein bindendes Best and Final Offer (BAFO) inklusive finalem Gesamtpreis über die Vergabepattform Negometrix einzureichen. Die ursprüngliche Frist für die Abgabe des BAFO hätte am 26. August 2022, 12:00 Uhr geendet. Die Frist wurde aber am 11. August 2022 auf den 19. September 2022, 12:00 Uhr verlängert. Am Tag des (verlängerten) Fristablaufs für die Angebotsabgabe informierte die [REDACTED] die Antragstellerin in beiden Ausschreibungen, dass aufgrund der angespannten Situation auf dem Weltmarkt und dem Rückzug eines Sublieferanten für ein Kerngewerk die Abgabe des finalen Angebots innerhalb der gesetzten Frist nicht möglich sei und daher darauf verzichtet werde.

Gegenstand der Verhandlungen zwischen der Antragstellerin und der [REDACTED] waren u. a. auch die beabsichtigten Regelungen zur Haftungsverteilung zwischen den potentiellen Vertragspartnern. Insbesondere wurden verhandelt: Die Inhalte der sogenannte „Instandhaltungsverpflichtung“ (Ziffer 6.1 des verhandelten Leasingvertrags), Regelungen zur „Sach- und Preisgefahr“ (Ziffer 7 des verhandelten Leasingvertrags), zu „Haftungsfreistellung und Versicherung“ (Ziffer 8 des verhandelten Leasingvertrags) und zu „Gewährleistung / Verfügbarkeit / Vertragsstrafe / Haftung des Leasinggebers“ (Ziffer 9 des verhandelten Leasingvertrags).

In den parallel stattfindenden Ausschreibungsverfahren wurde schließlich jeweils nur ein finales Angebot (BAFO) von der Bieterin [REDACTED] eingereicht. Die angebotenen Lösungen und damit die Bewertung in den Kriterien technisches Konzept, Terminplan und Corporate Social Responsibility unterscheiden sich in beiden Modellen nicht. Die Vertragsbewertung weicht aufgrund der unterschiedlichen Vertragswerke voneinander ab. Unter dem Kriterium „Preis“ wurde die Bieterin in beiden Ausschreibungen jeweils mit 10 Punkten bewertet, da es in den spezifischen Ausschreibungen keine Vergleichsangebote gibt und die Bieterin damit jeweils den Bestpreis (bzw. die volle Punktzahl) innehatte. Die Gesamtbewertung der Bieterin [REDACTED] ist der Vergabeempfehlung sowie den Bewertungsmatrizen zu entnehmen.

Die Antragstellerin begehrt nunmehr mit Schreiben vom 9. November 2022 im gegenständlichen Verfahren für die Netzbooster Pilotprojekte an den Standorten Audorf Süd und Ottenhofen wörtlich die folgenden Bestätigungen von der Bundesnetzagentur:

- Durchführung eines gemäß § 11a Abs. 1 EnWG offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens,
- Ausnahmegenehmigung gemäß § 11b EnWG, dass die TenneT aufgrund der volkswirtschaftlichen Vorteile des Eigentumsmodells ebenfalls die Speicherkomponenten in ihr Eigentum nehmen darf,
- Einhaltung der entflechtungsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf den verhandelten Leasingvertrag.

Sie trägt vor, dass das Eigentumsmodell nach dem Markttest ein geringfügig besseres Ergebnis als das Leasingmodell erzielt. In Summe handele es sich in beiden Ausschreibungen um ein bezuschlagungsfähiges Angebot der [REDACTED]. Die Berechnungsergebnisse zeigten eine Vorteilhaftigkeit der Eigentumsvariante mit einem Barwert der Erlöse von 247 Mio. Euro im Vergleich zum Leasingmodell mit einem Barwert von 317 Mio. Euro.

Auf Hinweis der Bundesnetzagentur vom 1. Dezember 2022 übermittelte die Antragstellerin am 14. Dezember 2022 Unterlagen zur Dokumentation der erfolgten Ausschlüsse aus dem Ausschreibungsverfahren sowie eine Selbsterklärung, in der die Antragstellerin bestätigte, dass der Netzbooster inklusive der Speichereinrichtungen i. S. d. der Bundesnetzagentur übermittelten technischen Konzepts und entsprechend seiner bestimmungsgemäßen Nutzung dazu diene, der Verpflichtung nach § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG in effizienter Weise nachzukommen. Weiterhin bestätigte die Antragstellerin gemäß § 11b Abs. 1 Nr. 1b EnWG, dass die Energiespeichereinrichtungen nicht verwendet werden, um Leistung oder Arbeit auf dem Strommarkt zu kaufen oder zu verkaufen.

Mit E-Mail vom 25. Januar 2023 wurde die Antragstellerin zur beabsichtigten Entscheidung der Bundesnetzagentur angehört. Die Antragstellerin verzichtete mit E-Mail vom 31.01.2023 auf eine Stellungnahme.

Bezüglich der Einzelheiten des Sachverhalts wird ergänzend auf die Verfahrensakte verwiesen.

## II.

Die Genehmigung beruht auf § 11b Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 EnWG. Die Bundesnetzagentur ist nach §§ 54 Abs. 1 Hs. 1 i. V. m. § 11b Abs. 1 Nr. 1 EnWG für die Erteilung der Genehmigung zuständig. Die Genehmigungsentscheidung muss nach § 59 Abs. 1 S. 2 Nr. 25 EnWG nicht von einer Beschlusskammer getroffen werden.

Die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 11b Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 EnWG sind erfüllt. Die Genehmigung für das Eigentum der Antragstellerin an den Energiespeicheranlagen (Speicherkomponenten) des Netzbooster Pilotprojekts sowie deren Errichtung und Betrieb durch die Antragstellerin war zu erteilen.

### A. Formelle Voraussetzungen

Die formellen Voraussetzungen, um der Antragstellerin das Eigentum an den Speicherkomponenten des Netzbooster Pilotprojekts sowie deren Errichtung und den Betrieb zu genehmigen, sind erfüllt.

Ein entsprechender Antrag nach § 11b Abs. 1 Nr. 1 EnWG liegt vor. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 9. November 2022 um folgende Bestätigungen gebeten:

- Durchführung eines gemäß § 11a Abs. 1 EnWG offenen transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens
- Ausnahmegenehmigung gemäß § 11b EnWG., dass die Antragstellerin aufgrund der volkswirtschaftlichen Vorteile des Eigentumsmodells ebenfalls die Speicherkomponenten in ihr Eigentum nehmen darf,
- Einhaltung der entflechtungsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf den verhandelten Leasingvertrag.

Dies ist als Antrag nach § 11b Abs. 1 EnWG auf Genehmigung des Eigentums, der Errichtung, der Verwaltung und des Betriebs einer Energiespeicheranlage auszulegen. Dies folgt zum einen aus der unter dem zweiten Punkt erbetenen „Bestätigung“ einer Ausnahmegenehmigung für das Eigentum an der Speicherkomponente. Zum anderen wurde auch im Termin vom 28. November 2022 bestätigt, dass mit dem Schreiben vom 9. November 2022 ein formeller Antrag beabsichtigt wurde.

Formelle Voraussetzungen, die über das Antragserfordernis hinausgehen, sieht das Genehmigungsverfahren nach § 11b Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 EnWG nicht vor. Insbesondere hat die Bundesnetzagentur keine Festlegung nach § 11b Abs. 5 EnWG zur näheren Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens getroffen.

### B. Materielle Voraussetzungen

Die Genehmigung ist nach § 11b Abs. 2 EnWG zu erteilen.

Auch die materiellen Voraussetzungen, um der Antragstellerin die begehrte Genehmigung zu erteilen, sind erfüllt. Die Genehmigungsvoraussetzungen werden in § 11b Abs. 2 EnWG bestimmt. Danach erteilt die Bundesnetzagentur die beantragte Genehmigung, wenn die Nachweise nach § 11b Abs. 2 Nr. 1 EnWG erbracht wurden (hierzu unter I.) und die Voraussetzungen nach § 11b Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfüllt sind (hierzu unter II.).

#### I. Voraussetzungen § 11b Abs. 2 Nr. 1 EnWG – Nachweise



Nach § 11b Abs. 2 Nr. 1 EnWG muss zum einen der Nachweis erbracht werden, dass die Energiespeicheranlage notwendig ist, um die Verpflichtung nach §11 Abs. 1 S.1 EnWG in effizienter Weise zu erfüllen. Zum anderen muss der Nachweis erbracht werden, dass die Energiespeicheranlage neben der bestimmungsgemäßen Nutzung keine Verwendung zum Kauf oder Verkauf von Leistung oder Arbeit ganz oder teilweise auf Strommärkten findet. Diese Nachweise wurden vorliegend erbracht.

#### 1. Nachweis der Notwendigkeit der Energiespeicheranlage zur Erfüllung der Verpflichtung nach § 11 Abs.1 S. 1 EnWG in effizienter Weise

Grundsätzlich muss nach § 11b Abs. 2 Nr. 1 a EnWG die Antragstellerin den Nachweis erbringen, dass die von ihr ausgeschriebenen Speicherkomponenten der Netzbooster-Pilotanlagen notwendig sind, damit sie ihre Verpflichtung nach § 11 Abs. S. 1 EnWG in effizienter Weise erfüllen kann. Diese Anforderung entspricht der Voraussetzung, die auch nach § 11a Abs. 1 EnWG zu erfüllen ist. Die Ausschreibung einer Energiespeicheranlage soll nur erfolgen, wenn ein langfristiger Bedarf für dieses zusätzliche Betriebsmittel besteht, wie dies auch für klassische Netzbetriebsmittel gilt.

Vorliegend konnte die Bundesnetzagentur davon absehen, diesbezüglich eigene Nachweise von der Antragstellerin zu fordern. Denn der Nachweis der Notwendigkeit der Speicherkomponenten der Netzbooster-Pilotanlagen bzw. ihrer Bedarfsgerechtigkeit im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG ist schon dadurch erbracht, dass die Bundesnetzagentur das gegenständliche Netzbooster- Pilotprojekt bereits im NEP 2019-2030 und zuletzt im NEP 2021-2035 auf eben diese Bedarfsgerechtigkeit hin geprüft und bestätigt hat.

Die Antragstellerin hat zudem mit Schreiben vom 14. Dezember 2022 eine Selbsterklärung vorgelegt, nach der der Netzbooster inklusive der Speicherkomponente i. S. d. übermittelten Konzepts dazu diene, der Verpflichtung nach §11 Abs. 1 S. 1 EnWG in effizienter Weise nachzukommen.

#### 2. Nachweis, dass keine Verwendung neben der bestimmungsgemäßen Nutzung zum Kauf oder Verkauf von Leistung oder Arbeit ganz oder teilweise auf Strommärkten erfolgt

Nach § 11b Abs.2 Nr. 1b EnWG muss der ÜNB nachweisen, dass die Energiespeicheranlage neben der bestimmungsgemäßen Nutzung um den Verpflichtungen nach § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG in effizienter Weise nachzukommen, nicht verwendet wird, um Leistung oder Arbeit auf dem Strommarkt zu kaufen oder zu verkaufen.

Der Nachweis darüber, dass eine Energiespeicheranlage ausschließlich zweckgemäß genutzt wird, ist vor der Inbetriebnahme der Anlage faktisch nicht möglich. Dies kann nach dem Sinn und Zweck des Genehmigungsverfahrens aber nicht zu einer Versagung der Genehmigung führen. Stattdessen reicht es bis auf Weiteres aus, dass die Antragstellerin mit der Selbsterklärung vom 14. Dezember 2022 gegenüber der Bundesnetzagentur versichert hat, dass die von ihr ausgeschriebenen Energiespeicheranlagen (Speicherkomponente) nicht verwendet werden, um Leistung oder Arbeit auf dem Strommarkt zu kaufen oder zu verkaufen. Sollte sich die Antragstellerin nicht an diese Selbsterklärung halten, wäre die Voraussetzung des § 11b Abs. 2 Nr. 1b EnWG nicht mehr erfüllt. Diesen Umständen trägt der Widerrufsvorbehalt in Ziffer 2 des Tenors Rechnung.

#### II. Voraussetzungen § 11b Abs. 2 Nr. 2 EnWG – Prüfung Ausschreibungsverfahren

Auch die Voraussetzungen nach § 11b Abs. 2 Nr.2 EnWG sind erfüllt. Danach muss der Betreiber

eines Elektrizitätsversorgungsnetzes ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren nach § 11a EnWG durchgeführt haben (hierzu unter 1.), dessen Bedingungen die Regulierungsbehörde im Hinblick auf das technische Einsatzkonzept der Energiespeicheranlage im Sinne von Absatz 1 geprüft hat (hierzu unter 2.). Außerdem darf es nicht möglich gewesen sein, den Zuschlag nach § 11a Abs. 1 zur Errichtung, zur Verwaltung oder zum Betrieb der Energiespeicheranlage im Sinne von Absatz 1 nicht an einen Dritten zu erteilen bzw. muss sich nach Erteilung des Zuschlags an einen Dritten herausgestellt haben, dass dieser die mit der Energiespeicheranlage im Sinne von Absatz 1 angebotene Dienstleistung nicht oder nicht rechtzeitig erbringen kann (hierzu unter 3.).

#### 1. § 11b Abs. 2 Nr. 2 Hs.1 EnWG – Offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren nach § 11a EnWG

Nach § 11b Abs. 2 Nr. 2 HS. 1 EnWG ist Voraussetzung für die beantragte Genehmigung, dass die Antragstellerin ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren nach § 11a EnWG durchgeführt hat. Der Wortlaut der Norm begrenzt den Prüfauftrag der Bundesnetzagentur. Diese prüft im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nicht, ob die Ausschreibung insgesamt nach Vergaberecht rechtmäßig ist. Eine Überprüfung der Ausschreibung durch Vergabekammern bleibt möglich. Die Genehmigung wird von der Bundesnetzagentur aber nur erteilt, wenn für sie keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Ausschreibungsverfahren nicht offen, transparent und diskriminierungsfrei im Sinne des EnWG durchgeführt wurde. Dabei ist ein Verfahren dann offen, wenn der mögliche Bieterkreis nicht von vornherein beschränkt wird. Auch ein Ausschreibungsdesign, dass ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorsieht, kann offen im Sinne des EnWG sein. Transparent ist das Ausschreibungsverfahren, wenn jeder interessierte Teilnehmer die Einleitung des Ausschreibungsverfahrens, dessen Teilnahmevoraussetzungen und Zuschlagskriterien sowie dessen Ablauf nachvollziehen kann. Diskriminierungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens ist dann gewährleistet, wenn die Teilnehmer gleich bzw. nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden und die Zuschlagsentscheidung aufgrund sachlicher Kriterien getroffen wird.

Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen des Genehmigungsverfahrens keine Anhaltspunkte dafür gesehen, dass das Ausschreibungsverfahren nicht den Anforderungen an ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren entspricht:

##### a) Ausschreibungsbedingungen

Die Antragstellerin hat sich für eine parallele Ausschreibung der beiden möglichen Lösungen entschieden. Das Modell der Parallelausschreibung, bei der eine der beiden Ausschreibungen aufgehoben wird, ist jedenfalls aus energierechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. In §§ 11a und b EnWG wird den Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen kein konkretes Ausschreibungsmodell vorgeschrieben. Ihre Entscheidung für ein Ausschreibungsmodell wird daher von der Bundesnetzagentur nur anhand der Kriterien der §§ 11a und b EnWG überprüft. Eine explizit vergaberechtliche Prüfung obliegt der zuständigen Vergabekammer.

Um ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren zu gewährleisten, war es notwendig, dass bei der Veröffentlichung beider Ausschreibungen auf den Umstand der Parallelausschreibung und die Kriterien, nach denen eine der beiden Ausschreibungen aufgehoben werden würde, hingewiesen wurde.

Dem ist die Antragstellerin nachgekommen. Bei der zeitgleichen Veröffentlichung der Ausschreibungen hat sie den Umstand offengelegt, dass parallel zur Ausschreibung für die hier zu prüfende „Leasinglösung“ auch die sogenannte „Eigentumslösung“ ausgeschrieben wurde. Sie hat zudem darüber aufgeklärt, dass die Ausschreibung für die Leasinglösung unter dem Vorbehalt der Aufhebung stand, für den Fall, dass der Zuschlag nach Maßgabe des § 11b Abs. 1 S.1 Nr. 1 EnWG auf den Leistungsgegenstand als Eigentumslösung in der Parallelausschreibung erteilt würde.

Mit der Bekanntmachung der Ausschreibung wurden auch die Teilnahmebedingungen veröffentlicht. Hierbei handelte es sich um Bedingungen und Kriterien zur

- Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister,
- der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie
- der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit.

Diese wurden jeweils im Einzelnen aufgelistet und kurz beschrieben. Zum Nachweis der Befähigung zur Berufsausübung und zur Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister wurde unter anderem ein Handelsregistrauszug, der nicht älter als drei Monate sein durfte, gefordert. Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit wurde unter anderen gefordert, dass der gewichtete Dreijahresdurchschnitt der Nettoverschuldung dividiert durch das EBITDA  $\leq 4,5$  und der Dreijahresdurchschnitt des EBITA dividiert durch den Zinsaufwand  $\geq 2,25$  sein sollte. Diese Anforderungen entsprechen den Anforderungen, die auch nach §§44 und 45 VgV gestellt werden dürfen und nach § 122 Abs. 4 GWB veröffentlicht werden müssen und dürfen daher auch im Rahmen einer Ausschreibung nach §11a Abs. 1 EnWG gestellt werden.

Im Verfahrensleitfaden wurde darauf hingewiesen, dass Teilnahmeanträge rechtzeitig mit allen geforderten Angaben und Nachweisen eingehen müssten und individuelle Fristverlängerungen nicht gewährt würden. Der Verfahrensleitfaden enthielt zudem einen Nachforderungsvorbehalt. Der Verfahrensleitfaden der Antragstellerin enthielt zudem den Hinweis, dass die Vergabe des Auftrags unter dem Vorbehalt stehe, dass die Investitionsmaßnahmen aus rechtlicher/regulatorischer Sicht notwendig seien, bzw. unter dem Vorbehalt einer Änderung der zum Zeitpunkt der Bekanntmachung in Bezug auf den Leistungsgegenstand geltenden rechtlichen/regulatorischen oder technischen Rahmenbedingungen.

Schließlich hat die Antragstellerin die Ausschreibung technologieoffen gestaltet, indem sie für den Batteriespeicher sowohl Lithium-Ionen-Batterietechnologie, Blei-Batterietechnologie und Hybridlösungen zugelassen hat. Dadurch konnte ein größerer Bewerberkreis angesprochen werden, was ein offenes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren begünstigt.

#### b) Ablauf des Ausschreibungsverfahrens

Die Antragstellerin hat der Bundesnetzagentur Unterlagen vorgelegt, die den Ablauf des Ausschreibungsverfahrens dokumentieren. Diese lassen keine Rückschlüsse darauf zu, dass das Ausschreibungsverfahren bis zum Zeitpunkt dieser Prüfung nicht offen, transparent und diskriminierungsfrei abgelaufen ist.

Zwar hat die Antragstellerin das [REDACTED] als Teilnehmer des Teilnahmewettbewerbs der Ausschreibung für die Leasinglösung nicht zur Angebotsphase zugelassen und die

Teilnehmerin [REDACTED] ebenfalls zunächst ausgeschlossen, letztere nach Rüge aber doch zugelassen. Der endgültige Ausschluss des [REDACTED] und die Abhilfe der Rüge der [REDACTED] sind aber plausibel begründet:

Die Antragstellerin hat die Teilnahmebedingungen im Rahmen der Bekanntmachung mit der entsprechenden Frist veröffentlicht [s. o. unter a)]. Die Gründe, aus denen die Antragstellerin die Teilnehmer nicht zur Angebotsphase zugelassen hat, spiegeln diese Bedingungen. Insbesondere hat die Antragstellerin im Verfahrensleitfaden darauf hingewiesen, dass Teilnahmeanträge rechtzeitig mit allen geforderten Angaben und Nachweisen eingehen müssen und individuelle Fristverlängerungen nicht gewährt werden. Der Verfahrensleitfaden enthielt zudem einen Nachforderungsvorbehalt. Ausweislich des Vergabeprotokolls wurde nach formeller Prüfung der Teilnahmeanträge allen Bewerbern (gemeinschaften) am 9. November 2021 über die Vergabepattform eine Nachricht mit nachzureichenden Unterlagen zur Vervollständigung des Antrags übermittelt. Als Frist für die Nachreichung der nachgeforderten Unterlagen wurde der 15. November 2021 12:00 Uhr festgesetzt. Dass erst nach dieser Frist übermittelte Dokumente nicht mehr berücksichtigt wurden, ist nicht zu beanstanden, sondern entspricht einer diskriminierungsfreien Behandlung aller Teilnehmer.

- Ausschluss [REDACTED]

Die Bundesnetzagentur hat die Angaben der Antragstellerin zum Ausschluss des Konsortiums anhand der vorgelegten Dokumente nachvollzogen und kann der Argumentation der Antragstellerin folgen. Wie unter a) dargestellt, ist es aus Sicht des EnWG nicht zu beanstanden, dass die Antragstellerin zum Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit darauf abstellt, dass der gewichtete Dreijahresdurchschnitt der Nettoverschuldung dividiert durch das EBITDA  $\leq 4,5$  und der Dreijahresdurchschnitt des EBITA dividiert durch den Zinsaufwand  $\geq 2,25$  sein soll. Daher ist auch der Ausschluss eines Teilnehmers, bei dem die Kennzahl EBITA/Income Expense eigentlich negativ ausfällt, vereinbar mit den Anforderungen an Offenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit nach dem EnWG. Denn in diesem Fall erfüllt der Teilnehmer die zulässigen Teilnahmevoraussetzungen nicht und muss im Sinne eines diskriminierungsfreien Verfahrens wie jeder andere Teilnehmer, der eine Teilnahmevoraussetzung nicht erfüllt, ausgeschlossen werden.

- Ausschluss [REDACTED] und Abhilfe nach Rüge

Wie im Sachverhalt dargestellt wurde, hatte die Antragstellerin die [REDACTED] nicht zur Angebotsphase zugelassen, weil diese keinen aktuellen Handelsregistrauszug mit den Teilnahmeunterlagen vorgelegt hatte. Tatsächlich genügten aber die von der [REDACTED] zur Verfügung gestellten Dokumente um die Existenz der Gesellschaften ([REDACTED] und die für die Ausschreibung herangezogenen eignungsleihenden verbundenen Gesellschaften, nämlich die [REDACTED] wie auch die [REDACTED]) zu belegen. Die Abhilfe der Rüge der [REDACTED] und damit ihre Zulassung zur Angebotsphase durch die Antragstellerin sind plausibel. Die von der [REDACTED] vorgebrachten Gründe, warum die von ihr an Stelle eines aktuellen Handelsregistrauszugs erbrachten Nachweise zur Erlaubnis der Berufsausübung ausreichen, sind überzeugend. Dasselbe gilt daher auch für die Abhilfe der Rüge durch die Antragstellerin.

2. Bedingungen wurden im Hinblick auf technisches Einsatzkonzept und Haftungsregelungen durch Bundesnetzagentur geprüft

Die Bundesnetzagentur prüft nach §11b Abs. 2 Nr. 2 HS. 2 EnWG neben der grundsätzlichen Offenheit,

Transparenz und Diskriminierungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens (vorab) insbesondere die Ausschreibungsbedingungen mit Blick auf das technische Einsatzkonzept und die Haftungsregelungen. Dies ergibt sich auch aus der Begründung zum Gesetzesentwurf:

„Der Netzbetreiber hat seine Ausschreibungsbedingungen im Hinblick auf das technische Einsatzkonzept der Anlage sowie die hiermit verbundenen Haftungsregelungen vorab durch die Regulierungsbehörde auf ihre Offenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit hin überprüfen zu lassen.“ (vgl. Begründung Drucksache 19/27453, S. 96)

Es findet also einerseits eine Prüfung des Ausschreibungsverfahrens und seiner Bedingungen im Allgemeinen statt (s. o.) und andererseits eine Prüfung im Hinblick auf das technische Einsatzkonzept und die Haftungsregelungen.

Die Antragstellerin hat ihre Ausschreibungsbedingungen im Hinblick auf das technische Einsatzkonzept der Anlage sowie die hiermit verbundenen Haftungsregelungen vorab durch die Bundesnetzagentur auf ihre Offenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit hin überprüfen lassen. Die Prüfung durch die Bundesnetzagentur ergab, dass das technische Einsatzkonzept und die Haftungsregelungen ebenfalls den Anforderungen an ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren genügen.

#### a) Technisches Einsatzkonzept

Die Antragstellerin stellte der Bundesnetzagentur das technische Einsatzkonzept für den Netzbooster in mehreren Terminen vor. Das vorgestellte Netzboosterprojekt entspricht dem im Rahmen der Bestätigung der Netzentwicklungspläne 2019 – 2030 und 2021 – 2035 geprüften Projekt der Antragstellerin. Daher war eine weitere Prüfung des technischen Einsatzkonzepts verzichtbar.

#### b) Haftungsregelungen

Der Auftrag an die Bundesnetzagentur, die Ausschreibungsbedingungen im Hinblick auf die Haftungsbedingungen auf ihre Offenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit zu überprüfen, ist nicht explizit in § 11b Abs. 2 Nr. 2 EnWG geregelt. Dieser Prüfauftrag ergibt sich aus der Begründung zum Gesetzesentwurf. Danach prüft die Bundesnetzagentur, dass der ÜNB von dem Dritten keine weitergehende Haftung verlangt, als er selbst gesetzlich auferlegt bekommen hat (vgl. BT. Drs. 19/27453, S. 96). Hintergrund dieses Prüfauftrags dürfte sein, dass verhindert werden soll, dass ein Netzbetreiber über weitreichende, prohibitiv wirkende Haftungsregelungen die Ausschreibung bewusst unattraktiv für Dritte gestaltet und so die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass kein Zuschlag erteilt werden kann. Die Bundesnetzagentur hat daher die im Rahmen des Verhandlungsverfahrens verhandelten Haftungsregelungen in den Leasing- und Instandhaltungsverträgen dahingehend geprüft.

Zu berücksichtigen war bei der Prüfung, dass als Ausschreibungsform ein Verhandlungsverfahren (mit Teilnahmewettbewerb) von der Antragstellerin gewählt wurde (s. o.). Daher sind weniger die zur Verhandlung gestellten Vertragsentwürfe Maßstab für die Beurteilung, wie die Haftungsrisiken verteilt wurden, sondern vielmehr die verhandelten Verträge. Auch ist die Gefahr, dass dem Dritten zu große Haftungsrisiken aufgebürdet werden, bei dieser Ausschreibungsform deutlich reduziert, da der Dritte seine Bedürfnisse in der Verhandlung einbringen kann. Die Bundesnetzagentur hat dennoch auch die verhandelten Haftungsregelungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Anforderungen des § 11b Abs. 2 i. V. m. § 11a EnWG geprüft.

Der Leasingvertrag enthält sowohl in der zur Verhandlung gestellten Fassung als auch in der final verhandelten Fassung mehrere Haftungstatbestände, insbesondere:

- Eine sogenannte „Instandhaltungsverpflichtung“ (Ziffer 6.1)

Danach verpflichtet sich der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer, das Leasingobjekt auf seine Kosten in regelmäßigen Intervallen nach Maßgabe der entsprechenden Herstellervorgaben zu warten, instand zu halten und Beeinträchtigungen bzw. Schäden, die durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Leasingobjekts an diesem entstehen, im Rahmen der fachgerechten betrieblichen Abläufe durch Wartung zu beseitigen, sofern die Verfügbarkeit des Leasingobjekts dadurch nicht beeinträchtigt wird; in letzterem Fall hat die Beseitigung unverzüglich zu erfolgen. Die Pflicht zur Instandhaltung des Leasingobjekts trifft grundsätzlich nach § 535 Abs. 1 S. 2 a. E. BGB, der auf Leasingverträge Anwendung findet, den Leasinggeber, auch wenn diese Pflicht häufig auf den Leasingnehmer übertragen wird. Es ist jedoch nicht zu beanstanden, wenn die Vertragsparteien bei der ursprünglichen gesetzlichen Regelung bleiben. Vorliegend ist dies auch deshalb begrüßenswert, weil dadurch dem Entflechtungsrecht genüge getan wird, das dem ÜNB, der hier Leasingnehmer ist, die Errichtung, den Betrieb und die Verwaltung der Speicherkomponente grundsätzlich verbietet.

- Regelungen zur Sach- und Preisgefahr (Ziffer 7)

Danach trägt der Leasingnehmer die Gefahr für einen zufälligen Untergang, ein Abhandenkommen, einen Totalschaden, eine Verschlechterung und einen Wegfall der Gebrauchsfähigkeit des Leasingobjektes oder Teilen hiervon, sofern und soweit nicht der Leasinggeber gemäß Ziffern 6.1 bzw. 9.1 für eine Beeinträchtigung bzw. einen Schaden am Leasingobjekt einzustehen hat. Der Leasingnehmer bleibt bei Eintritt eines dieser Ereignisse verpflichtet, von ihm geschuldete Leistungen weiterhin zu erbringen. Der Leasinggeber verpflichtet sich jedoch, das Leasingobjekt über die gesamte Vertragslaufzeit auch gegen diese Ereignisse zu versichern bzw. versichern zu lassen und dies dem Leasingnehmer entsprechend nachzuweisen.

Bei Eintritt eines solchen Ereignisses ist der Leasinggeber berechtigt und verpflichtet, nach seiner Wahl unverzüglich und unabhängig davon, ob eine Versicherung oder ein Dritter für das Ereignis einzustehen hat, das Leasingobjekt auf Kosten des Leasingnehmers (wobei der Leasingnehmer mit dem Leasinggeber entsprechende Milestones abstimmt) instand zu setzen bzw. durch einen funktional gleichwertigen Gegenstand nach Maßgabe der technischen Spezifikation zu ersetzen bzw. ersetzen zu lassen und den Leasingvertrag unverändert fortzusetzen. Nach Ziffer 8.4 hat der Leasinggeber an ihn bzw. den Finanzier gezahlte Schadensersatzbeträge bzw. Versicherungsleistungen, welche einen begründeten Regressanspruch des Leasingnehmers betreffen, in Höhe des entsprechenden Regressanspruchs unverzüglich nach Erhalt an den Leasingnehmer auszukehren. Eine solche Auskehr findet insbesondere im Falle der Instandsetzung nach Maßgabe der Ziffer 7.1 und 7.2 statt.

Vertragliche Regelungen, die dem Leasingnehmer in solcher Weise die Gefahr des Untergangs auferlegen, werden vom BGH gebilligt. Denn der Leasinggeber erwerbe das Leasinggut im Interesse des Leasingnehmers – wenn auch zugleich im eigenen – und stelle es zum Gebrauch zur Verfügung. Das Interesse an der Sache und an ihrer Benutzung liege also weit überwiegend beim Leasingnehmer. Deshalb erscheine es gerechtfertigt, in Bezug auf die Sach- und Gegenleistungsgefahr den Leasingnehmer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wie einen Käufer zu behandeln und damit vom gesetzlichen Mietrecht auch in diesem Punkte abzuweichen (vgl. BeckOGK/Ziemßen, 1.10.2022, BGB § 535 Rn. 921 m. w. N.). Dies gilt erst recht für die hier nicht als AGB gestellten, sondern verhandelten Regelungen zur Gefahrtragung.

Dass sich der Leasinggeber verpflichtet, das Leasingobjekt zu versichern, ist für den Leasingnehmer vorteilhaft. Der Leasinggeber wird dadurch jedoch nicht übermäßig belastet, insbesondere, weil die Kosten für die Versicherung auf die Leasingkosten aufgeschlagen werden. Da der Leasingnehmer im Falle eines Untergangs etc. dazu verpflichtet ist, das Leasinggut auf eigene Kosten nach Wahl des Leasinggebers zu ersetzen oder Instand zu setzen, ist konsequent, dass der Leasinggeber im Hinblick auf das Ereignis an sich ausgezahlte Versicherungsleistungen an den Leasingnehmer auskehren muss.

- Regelungen zur Haftungsfreistellung und Versicherung (Ziffer 8)

Ziffer 8 des Leasingvertrags enthält Regelungen zur Haftungsfreistellung und Versicherung. Insbesondere die Regelungen, nach denen es bei der Haftung nach den gesetzlichen Vorschriften bleibt (Ziffer 8.1: Haftung für Personenschäden) bzw. nach denen die Haftung des Leasinggebers begrenzt wird (Ziffer 8.2: Haftungsbegrenzung auf Gesamtleasingkosten über tatsächliche Leasingdauer), genügen der Anforderung, dass dem Dritten (hier Leasinggeber) keine zu großen Haftungsrisiken aufgebürdet werden dürfen. Die Ausnahmen von der Haftungsbegrenzung – namentlich der Freistellungsanspruch für Personenschäden Dritter, vorausgesetzt der Leasinggeber würde gegenüber Dritten nach geltendem Recht haften, sowie die Mangelgewährleistungsansprüche des Leasingnehmers – sind plausibel.

Auch, dass Schadensersatz für indirekte und Folgeschäden insbesondere wegen entgangenem Gewinn, Produktionsausfall, Betriebsunterbrechung, für erhöhte Finanzierungskosten oder Betriebsaufwendungen, Verlust von Daten oder sonstigen indirekten oder Folgeschäden – mit Ausnahme der vertraglich vorgesehenen Pönale gemäß Ziffer 9.2. sowie der Freistellung des Leasinggebers gemäß Ziffer 10.3 – nicht geltend gemacht werden kann (Ziffer 8.3), entlastet die Bieterin.

- Gewährleistung / Verfügbarkeit / Vertragsstrafe / Haftung des Leasinggebers (Ziffer 9)

Zur Gewährleistung wird geregelt, dass der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer für die vertragsgemäße Beschaffenheit, Sach- und Rechtsmängel des Leasingobjektes oder wegen dessen mangelnder Verwendbarkeit haftet. Klarstellend wird festgehalten, dass die vorstehende Verpflichtung des Leasinggebers insbesondere auch über die technischen Spezifikationen ausgestaltet/ konkretisiert wird und über die gesamte Laufzeit des Vertrages Anwendung findet. Der Leasinggeber haftet diesbezüglich für einen Schaden des Leasingnehmers aufgrund eigenen Verschuldens oder Verschuldens von gesetzlichen Vertretern oder Erfüllungsgehilfen. Unberührt bleibt zudem eine Haftung des Leasinggebers nach dem Produkthaftungsgesetz. Dies entspricht im Wesentlichen der gesetzlichen Regelung.

Der Leasingvertrag enthält auch Regelungen zu Vertragsstrafen für den Fall, dass die Ist-Verfügbarkeit von der vertraglich vereinbarten Soll-Verfügbarkeit abweicht. Diese Regelungen hat die [REDACTED] maßgeblich mitgestaltet und eigene Klauseln durchgesetzt. Damit ist sichergestellt, dass ihre Interessen gewahrt sind und sie nicht mit einer zu großen Haftung belastet wird.

Der Instandhaltungsvertrag und der Eigentumsvertrag für die restlichen Komponenten unterscheidet sich bei der Leasinglösung kaum von den Verträgen für die Eigentumlösung, sodass diesbezüglich nicht zu befürchten ist, dass der Bieter für die Eigentumlösung gegenüber einem Bieter für die Leasinglösung bei der Haftungsverteilung schlechter gestellt wird.

## 2. Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 11 b Abs. 2 Nr. 2 a EnWG

Nach dem hier anwendbaren § 11b Abs. 2 Nr. 2 a EnWG ist schließlich Voraussetzung für eine Genehmigung von Eigentum, Errichtung, Verwaltung und Betrieb einer Energiespeicheranlage, dass der Betreiber des Elektrizitätsversorgungsnetzes den Zuschlag nach § 11a Abs. 1 EnWG zur Errichtung, zur Verwaltung oder zum Betrieb der Energiespeicheranlage nicht an einen Dritten erteilen konnte. Nach § 11a Abs. 1 EnWG darf kein Zuschlag an einen Dritten erteilt werden, wenn dieser die mit der Energiespeicheranlage angebotene Dienstleistung unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Gewährleistung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems nicht zu angemessenen Kosten oder nicht rechtzeitig erbringen kann. Angemessen sind die Kosten, wenn sie die Kosten für die Errichtung, die Verwaltung und den Betrieb einer vergleichbaren Energiespeicheranlage im Eigentum eines Netzbetreibers nicht übersteigen.

Die Antragstellerin hat überzeugend dargelegt, dass die Energiespeicheranlage kostengünstiger im Eigentum zu realisieren ist als durch Dritte. Während eine Realisierung der Energiespeicheranlage unter Beteiligung Dritter nach Berechnungen der Antragstellerin Kosten in Höhe von 328,7 Mio. Euro (Barwert) verursachen würde, bewirkt eine Umsetzung des Netzboosters im Eigentum der Antragstellerin vergleichbare Kosten in Höhe von 307,2 Mio. Euro.

Insgesamt sind die von der Antragstellerin vorgelegten Kalkulationen plausibel und gehen mit dem heutigen Regulierungsregime konform. Die gesetzten Prämissen sind grundsätzlich vertretbar, im Hinblick auf den langen Betrachtungszeitraum von 40 Jahren aber nur begrenzt prüfbar.

Die Antragstellerin hat dazu Berechnungen vorgestellt, in denen die Wirtschaftlichkeit des Netzboosters in der sogenannten Eigentumsvariante und der Leasingvariante miteinander verglichen wird, vor dem Hintergrund der für die Antragstellerin aktuell geltenden Anreizregulierung. Die Berechnungen sind zuletzt am 21. Dezember 2022 aktualisiert worden, um von der Behörde geübter Kritik an früheren Berechnungen durch die Antragstellerin Rechnung zu tragen.

Dabei handelt es sich um Modellrechnungen zu den geschätzten erwarteten Kosten beider Varianten, auf der Grundlage des heutigen Anreizregulierungsregimes. In beiden Varianten geht die Antragstellerin von Investitionen für den Netzbooster von insgesamt 237 Mio. Euro aus, die in verschiedene Anlagegruppen auf Nutzungsdauern zwischen 20 und 35 Jahre verteilt werden. Es handelt sich um die Anlageklassen „Stationseinrichtungen und Hilfsanlagen inklusive Trafo und Schalter“, „Schutz-, Mess- und Überspannungsschutzeinrichtungen, Fernsteuer-, Fernmelde-, Fernmess- und Automatikanlagen sowie Rundsteuerungsanlagen einschließlich Kopplungs-, Trafo- und Schaltanlagen“ und „Grundstücksanlagen, Bauten für Transportwesen“. Die Speicherkomponente werden der Gruppe „Sonstiges“ zugeordnet. Die genannten Anlageklassen und die Nutzungsdauern sind der StromNEV entnommen. Für die Verzinsung werden eine EK-Verzinsung von 6,91 Prozent in 2023 sowie von 5,07 Prozent für den restlichen Zeitraum und eine EK-Quote von 40 Prozent angenommen, Fremdkapital wird mit 4,8 Prozent verzinst. Für die Antragstellerin wird in beiden Varianten ein Effizienzwert von 100 Prozent unterstellt sowie ein Produktivitätsfaktor von 0,9 Prozent pro Jahr sowie eine durchschnittliche jährliche Inflation von 2 Prozent. Diese eher moderaten Prämissen sind für eine langfristige Betrachtung plausibel gesetzt.

Mit Blick auf die Besonderheiten der Anreizregulierung wird bei der Berechnung angenommen, dass die Netzbooster bzw. ihre Kosten bis einschließlich 2028 als Investitionsmaßnahme eingestuft werden, so dass Produktivitätsvorgaben und Inflationierung erst ab 2029 wirken. Auch diese Annahme ist in beiden Varianten gleich.



Zum Vergleich der mit der jeweiligen Realisierungsform verbundenen Kosten wird ein Barwert gebildet, dies ist mit Blick auf den sehr langen Zeitraum von 40 Jahren (2023-2063) erforderlich. Der für die Barwertberechnung von der Antragstellerin verwendete Zinssatz in Höhe von 3,5 Prozent ist plausibel.

Die Prämissen der Leasingvariante unterscheiden sich jedoch von der Eigentumsvariante in puncto Verzinsung und in Sachen Betriebskosten. Für das Leasinggut, also die Speicherkomponenten, werden von der Antragstellerin Kalkulationsdaten vom Leasinggeber übernommen. Die Antragstellerin gibt einen Leasingzinssatz von 4,2 Prozent an, weist aber mit Blick auf den Leasingvertrag zurecht darauf hin, dass die Konditionen einschließlich der Verzinsung im Detail erst nach der Entscheidung über die Art der Realisierung des Netzboosters feststehen. Mit Blick auf die Entwicklungen an den Kapitalmärkten seit dem Sommer 2022 ist jedoch nicht von sinkenden, sondern eher von steigenden Langfristzinsen auszugehen. Folglich sind keine Veränderungen zu erwarten, die das Ergebnis dahingehend ändern, dass die Leasingvariante günstiger als die Eigentumsvariante wird. Stattdessen kann davon ausgegangen werden, dass die Eigentumsvariante unter Verzinsungsaspekten günstiger bleibt, mag sich die Leasingvariante durch das Weiterreichen von steigenden Kapitalmarktzinsen auch noch weiter verteuern.

Mit Blick auf Betriebskosten bzw. Opex ist die Leasingvariante deutlich komplexer als die Eigentumsvariante. Denn entgegen der Darstellung der Antragstellerin in der Übersichtstabelle der Kalkulation, werden im Leasingfall auch Betriebskosten nicht nur auf der Grundlage der Pauschalen aus der Anreizregulierung bzw. bis 2029 auf Grundlage der von [REDACTED] vertraglich vorgesehenen Beträge angesetzt, sondern die Leasingraten beinhalten zu wesentlichen Teilen auch Betriebskosten, insbesondere Instandhaltungskosten. Dies ergibt sich aus anderen Angaben der Antragstellerin. Das zum Leasingvertrag gehörende Preisblatt verweist wegen der Instandhaltungskosten auf die Leistungspakete bzw. den Instandhaltungsvertrag, dermit der Antragstellerin verhandelt worden ist.

Die divergierende Höhe der Betriebs- bzw. Instandhaltungskosten ist wesentlich dafür verantwortlich, dass die Leasingvariante teurer ist als die Eigentumsvariante. Eine detaillierte Nachprüfung dieser Betriebskostenansätze ist – anders als bei den Zuschlagssätzen der Anreizregulierung – kaum möglich, zumal es für neuartige Anlagegüter keine Erfahrungswerte gibt. Grundsätzlich liegen die Ansätze aber im Bereich des Möglichen, weil sie auf den Instandhaltungsvereinbarungen zwischen der Antragstellerin und dem Leasinggeber beruhen.

### **III. Gebühren**

Hinsichtlich der Gebühren ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3, Abs. 6 Nr. 2, i. V. m. § 11 b Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 EnWG, §§ 1, 2 EnWGKostVO i. V. m. Nr. 48.1 der Anlage zur EnWGKostVO.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid 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 Bescheid angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag



Abteilungsleiter Energieregulierung