

QUADRA Energy GmbH · Klaus-Bungert-Straße 5b · 40468 Düsseldorf

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 8
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Abteilung	Geschäftsleitung
Kontakt	
Tel.	
Fax	
E-Mail	
Datum	07.02.2023

Stellungnahme zur geplanten Festlegung nach § 13j Abs. 1 EnWG zum finanziellen Ausgleich gemäß § 13a Abs. 2 EnWG

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Bundesnetzagentur bereitet derzeit ein Konsultationsverfahren zum Erlass einer Festlegung nach § 13j Abs. 1 EnWG betreffend den Anspruch des Anlagenbetreibers auf finanziellen Ausgleich gemäß § 13a Abs. 2 EnWG im Fall von Redispatch-Maßnahmen vor.

Hierzu möchten wir vorab wie folgt Stellung nehmen:

1. Problemstellung

Während nach den Regeln zum Einspeisemanagement nach EEG 2017 nur eine finanzielle Kompensation des Anlagenbetreibers vorgesehen war, erfolgt der Ausgleich im Rahmen von Redispatch 2.0 unter anderem über einen bilanziellen Ausgleich. Demnach ist der Netzbetreiber, wenn er eine Redispatch-Maßnahme veranlasst, nach § 13a Abs. 1a EnWG verpflichtet, dem Bilanzkreisverantwortlichen einen bilanziellen Ausgleich in dessen Bilanzkreis einzustellen. Zugleich hat der Netzbetreiber gemäß § 13a Abs. 1a S. 2 EnWG einen Anspruch gegen den Bilanzkreisverantwortlichen auf Abnahme des bilanziellen Ausgleichs, d.h. der bilanzielle Ausgleich kann durch den Bilanzkreisverantwortlichen auch nicht mehr angepasst werden. Anders als beim Einspeisemanagement unter dem EEG 2017 können Anlagenbetreiber bzw. Bilanzkreisverantwortliche damit bei Durchführung einer Redispatch-Maßnahme nicht mehr bis zur physischen Realisierung (Erzeugung) flexibel auf Marktsignale reagieren bzw. damit verbundene Marktopportunitäten, etwa durch eine kostengünstigere Ersatzbeschaffung, nutzen. Dies führt zu finanziellen Nachteilen beim Anlagenbetreiber bzw. Bilanzkreisverantwortlichen (im Folgenden pauschal als „verlorengegangene Flexibilität“ bezeichnet). In dieser Stellungnahme steht die rechtliche Behandlung dieser Nachteile im Rahmen der Entschädigungsregelungen des § 13a Abs. 2 EnWG im Fokus. Sollte die Bundesnetzagentur weitere, auch kommerzielle Ausführungen zu Art und Umfang der verlorengegangenen Flexibilität wünschen, reichen wir dies gerne nach.

Im Rahmen der bereits geführten vorbereitenden Gespräche hat die Bundesnetzagentur die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Regelung in § 13a Abs. 2 Nr. 5 EnWG um eine lex specialis für den finanziellen Ausgleich von EEG- und KWK-Strom handle und die Anwendung der Regelungen in den § 13a Abs. 2 Nr. 1 bis 4 EnWG damit gesperrt sei. Es wird insoweit auf den sog. EinsMan-Leitfaden 3.0 verwiesen, der grundsätzlich weiterhin gelte. Aufgrund der abweichenden Funktionsweise des Ausgleichs unter dem EEG 2017 (kein bilanzieller Ausgleich) sieht dieser Leitfaden einen finanziellen Ausgleich für verlorengegangene Flexibilität nicht vor. Daraus wird geschlossen, dass ein solcher Ausgleich für finanzielle Nachteile im Zusammenhang mit dem verpflichtenden bilanziellen Ausgleich nach § 13a Abs. 1a EnWG nicht geschuldet sei.

Dieser Auffassung widersprechen wir entschieden.

Selbst wenn es sich bei § 13a Abs. 2 Nr. 5 EnWG um eine lex specialis für den finanziellen Ausgleich von EEG- und KWK-Strom handeln sollte, der die Anwendung der Nummern 1 bis 4 EnWG im Fall von EEG-Anlagen sperrt, würde der Anspruch des EEG-Anlagenbetreibers auf finanziellen Ausgleich nach verständiger Auslegung der Norm auch den finanziellen Wert der Flexibilität bzw. damit verbundene Marktopportunitäten umfassen, die dem Anlagenbetreiber aufgrund der Redispatch-Maßnahme verloren gehen.

2. Wortlautauslegung

Der Wortlaut des § 13a Abs. 2 Nr. 5 EnWG spricht davon, dass ein angemessener finanzieller Ausgleich nach Satz 1 „*die entgangenen Einnahmen zuzüglich der zusätzlichen Aufwendungen*“ umfasst. Kann der Anlagenbetreiber aufgrund einer Redispatch-Maßnahme und dem damit verbundenen bilanziellen Ausgleich Marktopportunitäten nicht mehr nutzen bzw. auf Marktsignale nicht mehr flexibel reagieren und führt dies dazu, dass er bestimmte Erlöse nicht mehr erzielen kann bzw. zusätzliche Kosten tragen muss (z.B. im Fall negativer Marktpreise für die Veräußerung des vom Netzbetreiber geleisteten bilanziellen Ausgleichs), entgehen ihm Einnahmen bzw. hat er zusätzliche Aufwendungen im Sinne der § 13a Abs. 2 Nr. 5 EnWG. Diese sind ihm nach dem Wortlaut der Norm im Rahmen des angemessenen finanziellen Ausgleichs zu erstatten.

3. Systematische Auslegung

Dasselbe Ergebnis folgt aus der systematischen Auslegung der Regelung. Der Inhalt und Umfang des finanziellen Ausgleichsanspruchs des EEG-Anlagenbetreibers ist in den Sätzen 1 und 2 des § 13a Abs. 2 EnWG geregelt. Danach ist eine vorgenommene Anpassung „*angemessen finanziell auszugleichen*“ (Satz 1). Der Satz 2 definiert sodann, was „angemessen“ in diesem Zusammenhang bedeutet:

„Der finanzielle Ausgleich ist angemessen, wenn er den Betreiber der Anlage unter Anrechnung des bilanziellen Ausgleichs nach Absatz 1a wirtschaftlich weder besser noch schlechter stellt, als er ohne die Maßnahme stünde.“

Der Anlagenbetreiber ist mithin im Rahmen des finanziellen Ausgleichs so zu stellen, wie er ohne die Maßnahme des Netzbetreibers stehen würde. Dabei ist der bilanzielle Ausgleich anzurechnen. Führt also gerade der bilanzielle Ausgleich zu einer Schlechterstellung des EEG-Anlagenbetreibers, ist auch dieser Umstand „anzurechnen“ und finanziell zu

kompensieren. An diesem Grundsatz der vollständigen Kompensation hat sich die Auslegung der Regelungen in Satz 3 zu orientieren, die insoweit lediglich einen konkretisierenden Charakter haben, aber nicht den Grundsatz selbst abändern.

Es verbleiben im Fall von EEG-Anlagenbetreibern somit zwei Auslegungsmöglichkeiten mit Blick auf Satz 3: Entweder die Nummern 1 bis 4 werden ebenfalls direkt auf die Betreiber von EEG-Anlagen angewendet oder aber – wenn § 13a Abs. 2 Nr. 5 EnWG als *lex specialis* verstanden werden soll – die in den Nummern 1 bis 4 genannten Ausgleichsbestandteile sind, soweit sie im Fall von EEG-Anlagenbetreibern auftreten, auch durch die für EEG-Anlagen geltende Spezialregelung in Nummer 5 erfasst (was vom Wortlaut der Regelung gedeckt ist, siehe oben). Es wäre dagegen verfehlt, aus dem Umstand, dass bestimmte Bestandteile der finanziellen Kompensation in den Nummern 1 bis 4 ausdrücklich spezifiziert sind, zu schließen, dass diese Komponenten in der sehr allgemein formulierten Nummer 5 nicht enthalten wären. Das Gegenteil ist der Fall: Wird im Sinne der *lex specialis*-Auffassung von zwei separaten Tatbeständen ausgegangen (Nummern 1 bis 4 für konventionelle Anlagen, Nummer 5 für EEG- und KWK-Anlagen), ist eine Überschneidung auf Rechtsfolgende zwingend.

Selbst wenn man also § 13a Abs. 2 Nr. 5 EnWG als *lex specialis* verstehen wollte, darf die verlorengegangene Flexibilität nicht unberücksichtigt bleiben, weil dies den in den Sätzen 1 und 2 niedergelegten Grundsatz der vollständigen finanziellen Kompensation aushöhlen würde. Nach systematischer Auslegung muss der finanzielle Wert der verlorengegangenen Flexibilität daher von der Kompensation umfasst sein.

4. Historische Auslegung

Auch die Erforschung des Willens des Gesetzgebers stützt die Auslegung, dass verlorengegangene Flexibilität zu berücksichtigen ist. In der Gesetzesbegründung heißt es zu § 13a Abs. 2 Nr. 5 EnWG:

„Nach Satz 3 Nummer 5 sind die durch die Maßnahme „entgangenen Einnahmen“ und „zusätzlichen Aufwendungen“ anzusetzen. Bei EE-Anlagen in der Direktvermarktung handelt es sich bei den entgangenen Einnahmen in der Regel um die Marktprämie.“ (BT-Drs. 19/7375, S. 57 – Hervorhebung dieses).

Durch diese Formulierung wird deutlich, dass die Marktprämie aus Sicht des Gesetzgebers gerade nicht der einzige Fall einer „entgangenen Einnahme“ ist. Die Gesetzesbegründung nennt insoweit die Marktprämie lediglich als typischen und naheliegenden Beispielsfall für entgangene Einnahmen. Ebenso darf der Umstand, dass in Bezug auf EEG-Anlagenbetreiber gar kein Beispiel für zusätzliche Aufwendungen genannt wird, nicht dahingehend verstanden werden, dass es solche Aufwendungen nicht geben kann. Es wäre jedenfalls verfehlt, die Gesetzesbegründung dahingehend zu verstehen, dass ein EEG-Anlagenbetreiber im Rahmen des finanziellen Ausgleichs lediglich Anspruch auf die entgangene Marktprämie hätte und alle sonstigen denkbaren entgangenen Einnahmen und zusätzliche Aufwendungen ausgeschlossen wären.

Für die Entschädigungsregelung unter dem § 15 EEG 2017 hat der BGH mit Urteil vom 28. Juni 2022 (Az. XIII ZR 4/21) ausdrücklich entschieden, dass es auf sämtliche Erlöse ankommt, die der Anlagenbetreiber ohne die Redispatch-Maßnahme tatsächlich erzielt hätte:

„a) Der Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 bemisst sich bei einem direkt vermarktenden Betreiber einer Erneuerbare-Energien-Anlage nicht allein nach der entgangenen Marktprämie gemäß §§ 19 und 20 EEG 2017. Vielmehr ist auch die Vergütung zu ersetzen, die der Anlagenbetreiber ohne die vom Netzbetreiber wegen eines Netzengpasses veranlasste Einspeisereduzierung aufgrund eines Direktvermarktungsvertrags von seinem Vertragspartner erhalten hätte.

b) Die in § 51 Abs. 1 EEG 2017 angeordnete Reduktion des anzulegenden Werts auf null in langanhaltenden Phasen negativer Börsenstrompreise gilt nur für die von den Netzbetreibern nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz für eingespeisten Strom zu zahlenden Vergütungen. Die in einem privatrechtlichen Vermarktungsvertrag vereinbarte Vergütung wird durch § 51 Abs. 1 EEG 2017 nicht berührt.

c) § 51 Abs. 1 EEG 2017 schließt nicht aus, dass dem Betreiber einer Erneuerbare-Energien-Anlage auch für Einspeisemanagementmaßnahmen in Phasen, in denen der anzulegende Wert gemäß § 51 Abs. 1 EEG 2017 auf null reduziert ist, ein Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 zusteht, wenn er nach dem Vertrag mit einem Direktvermarktungsunternehmen bei erfolgter Stromeinspeisung eine Vergütung erhalten hätte. Eine solche vertragliche Vereinbarung ist auch nicht von vornherein unwirksam.“ (Leitsätze der Entscheidung).

[...]

„Dem Begriff der "entgangenen Einnahmen" lässt sich ebenfalls nicht entnehmen, dass Entgelte, die der Anlagenbetreiber von anderen Personen als dem Netzbetreiber erhalten hätte, bei der Bemessung des durch die Abregelung bedingten und nach § 15 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 zu kompensierenden wirtschaftlichen Verlusts des Anlagenbetreibers ausgeklammert sein sollten. Die "Einnahmen" des Anlagenbetreibers setzen sich im Modell der geförderten Direktvermarktung zusammen aus der durch die eigene Vermarktung des Stroms erzielbaren Vergütung und der vom Netzbetreiber zu zahlenden Marktprämie nach §§ 19 und 20 EEG 2017. Die erzielbare Vergütung ist bei der selbst durchgeführten Direktvermarktung der für den Anlagenbetreiber auf dem Strommarkt – also an der Strombörse – erzielbare Preis; hat der Anlagenbetreiber ein Direktvermarktungsunternehmen als Zwischenhändler eingeschaltet, um die Vermarktung des Stroms an der Strombörse nicht selber vornehmen zu müssen, ergibt sich die erzielbare Vergütung aus dem mit dem Direktvermarktungsunternehmen vereinbarten Kaufpreis.“ (Rz. 13).

Diese Entscheidung ist zwar noch zur Entschädigung im Rahmen des Einspeisemanagements nach EEG 2017 ergangen. Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber von dem dort geltenden Verständnis abrücken und die Betreiber von EEG-Anlagen mit den neuen Kompensationsregelungen zum Redispatch 2.0 schlechter stellen bzw. das Begriffsverständnis bzgl. der entgangenen Einnahmen bzw. zusätzlichen Ausgaben enger fassen wollte. Das Gegenteil ist der Fall. So heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Die Regelungen zum finanziellen Ausgleich werden in § 13a Absatz 2 EnWG zusammengeführt, ohne dass sich dadurch materielle Änderungen ergeben. Die Summe aus bilanziellem und finanziellem Ausgleich entspricht der „angemessen

Vergütung“ nach dem bisherigen Wortlaut des § 13a EnWG. Betreiber von EE- und KWK-Anlagen werden auch hinsichtlich des finanziellen Ausgleichs in den Redispatch-Mechanismus integriert und erhalten im Wesentlichen nach den gleichen Prinzipien einen bilanziellen und finanziellen Ausgleich. Die materiellen Maßstäbe der bisherigen Härtefallregelung für die Entschädigung von Einspeisemanagement-Maßnahmen nach § 15 EEG 2017 bleiben dabei erhalten.“ (BT-Drs. 19/7375, S. 57 – Hervorhebung diesseits).

Da nach den Regeln des Einspeisemanagements im Sinne des EEG 2017 nur ein finanzieller Ausgleich vorgesehen war, konnte der Anlagenbetreiber auch bei Durchführung einer Maßnahme des Einspeisemanagements auf Marktsignale bis zur physischen Realisierung (Erzeugung) reagieren. Wenn dies nun aufgrund der in § 13a Abs. 1a S. 2 EnWG geregelten Pflicht des Bilanzkreisverantwortlichen, den bilanziellen Ausgleich abzunehmen, nicht mehr möglich ist, muss der Nachteil nach der vorstehend beschriebenen Logik beim finanziellen Ausgleich berücksichtigt werden. Hätte der Gesetzgeber eine Einschränkung der Kompensation bzw. eine Abkehr vom Grundsatz der vollständigen Entschädigung gewollt, hätte er dies jedenfalls in der Gesetzesbegründung vermerkt. Dies hat er jedoch gerade nicht getan.

Es war demnach erkennbar der Wille des Gesetzgebers, dass auch bei EEG-Anlagenbetreibern *sämtliche* entgangenen Einnahmen und zusätzlichen Auslagen zu kompensieren sind.

5. Teleologische Auslegung

Schließlich erfordern auch der Sinn und Zweck der Regelung den finanziellen Ausgleich für verlorengegangene Flexibilität.

Die Regelungen zum Redispatch 2.0 sollen dem Netzbetreiber die Möglichkeit zur Beseitigung von strom- und spannungsbedingten Engpässen geben. Die Anlagenbetreiber sollen hierdurch jedoch nicht belastet werden. So heißt es in der Gesetzesbegründung in Bezug auf die Einbeziehung der erneuerbaren Energien in die Regelungen zum Redispatch 2.0 sowie zur Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Anlagen ab 100 kW:

„Die Änderungen in Absatz 1 ersetzen die Verpflichtung zum Einspeisemanagement aus § 14 EEG 2017. Die Verpflichtung ist – wie bisher – beschränkt auf Anlagen, die mit einer Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Erzeugungsleistung ausgestattet sind. Dies betrifft nach der weiterhin maßgeblichen Regelung des § 9 EEG 2017 nur EE- und KWK-Anlagen mit einer Nennleistung ab 100 kW sowie kleinere Solaranlagen. Aus Gründen der Gleichbehandlung und um eine Verletzung des Einspeisevorrangs zu vermeiden, wird die Verpflichtung nach Absatz 1 einheitlich auf alle Anlagen mit einer Nennleistung ab 100 kW erweitert. Aufgrund des bilanziellen und finanziellen Ausgleichs nach § 13a Absatz 2 stellt diese Erweiterung für die betroffenen Anlagen keine wirtschaftliche Belastung dar.“ (BT-Drs. 19/7375, S. 55 – Hervorhebung diesseits).

Ziel der bilanziellen und finanziellen Ausgleichsregelungen in § 13a Abs. 1a und 2 EnWG ist es demnach (wie es auch aus dem Wortlaut des § 13a Abs. 2 S. 2 EnWG explizit hervorgeht), dass der Anlagenbetreiber so zu stellen ist, wie er ohne die Maßnahme des

Netzbetreibers stehen würde. Dieses Ziel wird nur erreicht, wenn der finanzielle Ausgleich auch die verlorengegangene Flexibilität berücksichtigt.

6. Verfassungskonforme Auslegung

Schließlich verlangt auch die verfassungskonforme Auslegung des § 13a Abs. 2 Nr. 5 EnWG, dass dem Betreiber einer EEG-Anlage ein finanzieller Ausgleich für verlorengegangene Flexibilität gewährt wird. Wäre ein solcher Ausgleich nur für die Betreiber konventioneller Anlagen nach den Nummern 1 bis 4 möglich, würde dies eine Diskriminierung von EEG-Anlagenbetreibern und damit einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 GG begründen.

Eine gesetzliche Regelung, nach der der Betreiber seine EEG-Anlage bzw. deren Flexibilität im Falle einer Redispatch-Maßnahme nicht mehr am Markt nutzen kann, könnte zudem einen Verstoß gegen Art. 14 GG begründen, wenn für diesen Eingriff kein finanzieller Ausgleich vorgesehen ist.

Auch vor diesem Hintergrund muss § 13a Abs. 2 Nr. 5 EnWG dahingehend ausgelegt werden, dass verlorengegangene Flexibilität bzw. Marktopportunitäten finanziell auszugleichen sind.

Bei Rückfragen sprechen Sie uns jederzeit gerne an. Selbstverständlich stehen wir auch für eine persönliche Erörterung der vorstehenden Punkte zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

QUADRA Energy GmbH

Heuking Kühn Lüer Wojtek PartGmbH