

# Vergütungspflichtigkeit von Einschränkungen der Einsatzflexibilität von EE-Anlagen bei Redispatcheingriffen im Rahmen von § 13a Abs. (2) S. 3 Nr. 5. EnWG

Stellungnahme zur Verwendung im Rahmen des Konsultationsverfahrens der BNetzA zu einer Festlegung nach § 13j Abs. (1) i.V.m. § 29 Abs. (1) EnWG zur Redispatchvergütung von EE-Anlagen (Aktenzeichen: BK8-22/001-A)

Ausgangspunkt der Prüfung ist die von der BNetzA geäußerte vorläufige Auffassung, dass im Rahmen der Vergütung von Redispatchanforderungen an EE-Anlagen im erweiterten Redispatchregime 2.0 es „weitgehend“ bei der im EinsMan-Leitfaden 3.0 skizzierten Vergütung bleiben solle, § 13a Abs. (2) S. 3 Nr. 5 EnWG eine zu Abs. (2) S. 3 Nr. 1 bis 4 speziellere und damit die bisherige Vergütungsgrundsätze in diesem Anwendungsbereich ausschließende Regelung handele und jedenfalls im Ergebnis eine Vergütung von sog. „Opportunitäten“ bei der redispatchbedingten Abregelung von EE-Anlagen rechtlich ausgeschlossen sei.

Diese vorläufige Auffassung überzeugt nicht.

## Lex specialis

Es kann dahingestellt bleiben, ob -wie in der Gesetzesbegründung (BT-DrS. 19/7375, dort S. 57) ausgeführt und wohl seitens der BNetzA aufgegriffen- § 13a Abs. (2) S. 3 Nr. 5 EnWG als speziellere Norm die vorhergehenden Ziff. 1 bis 4 verdrängt und bejahendenfalls wie weitgehend. Denn dies hieße jedenfalls nicht, dass damit die zum Redispatch größerer konventioneller Erzeugungsanlagen entwickelten älteren Grundsätze nicht ebenfalls zumindest analog und auslegungsleitend auch für EE-Anlagen Anwendung finden könnten und insbesondere hieße es erst recht nicht, dass sog. Opportunitätskosten per se und bereits aus begrifflichen Gründen bei der Ermittlung der gesetzlichen Redispatchvergütung nach Nr. 5 außer Betracht bleiben könnten oder gar müssten. Das Gegenteil ist der Fall. Wertend zu berücksichtigen dürfte insoweit insbesondere auch sein, dass die vermeintliche Spezialregelung deutlich weniger detaillierte und lediglich relativ abstrakt-allgemeinere Regelungen trifft, als dies bei der gesetzlichen Bestimmung der einzelnen anererkennungsfähigen Kostenpositionen beim konventionellen Redispatch nach Nr. 1 bis 4 inzwischen der Fall ist.

## Wortlaut der Norm:

Isoliert von den bisherigen Redispatchvergütungsregelungen des § 13a Abs. (2) S. 3 Nr. 1 bis 4 betrachtet, bestimmt § 13a Abs. (2) S. 3 Nr. 5 EnWG seinem Wortlaut nach lediglich, dass

*„...die entgangenen Einnahmen zuzüglich der zusätzlichen Aufwendungen...“*

der EE-Anlagenbetreiber vergütungspflichtig seien. Es ist augenfällig, dass Opportunitäten ohne weiteres unter diese tatbestandliche Vergütungsvoraussetzung subsumtionsfähig

sind. Der Hinweis auf vermeintliche Spezialität kann schon deswegen nicht verfangen bzw. ist nicht aussagefähig, da Opportunitäten gerade auch vom Wortlaut der möglichen Spezialnorm gedeckt sind bzw. dieser Wortlaut Opportunitäten geradezu direkt anzusprechen scheint. Die Norm entgegen ihrem Wortlaut inhaltlich lediglich in rechtlich nicht zu begründender Abgrenzung und im konstruierten Gegensatz zu Nr. 1 bis 4 auszulegen, überzeugte dagegen nicht. Die Grundsätze des *lex specialis* geben eine reflexhafte Gegenteiligkeit nicht her, vielmehr bestimmen sie lediglich einen Geltungsvorrang, nicht jedoch auch einen zwingenden inhaltlichen Ausschluss oder gar eine inhaltliche Negierung vermeintlich allgemeinerer Regelungen.

Außer dem Wortlaut des § 13a Abs. (2) S.3 EnWG bleiben der Wortlaut des Abs. (2) S. 2 sowie des Abs. (4) zu würdigen.

Abs. (4) bezieht sich aufgrund seiner systematischen Stellung auf sämtliche vorhergehenden Regelungen und wiederholt dabei im Wesentlichen lediglich den bereits unter Abs. (2) S.2 normierten allgemeinen Grundsatz, dass durch Redispatcheinsätze keine Veränderung der wirtschaftlichen Position des Anlagenbetreibers in Relation zu einem ungestörten Marktbetrieb ohne RD-Maßnahme und mithin dadurch keine Besser- oder Schlechterstellung erfolgen soll. Lediglich die klarstellende Konkretisierung, dass etwaige Erstattung von Betriebsbereitschaftsauslagen sowie von Kapitalbindungskosten mit diesem Grundsatz unvereinbar seien, dürfte einen eigenen Gehalt aufweisen, hat jedoch keinen Bezug zu der hier zu beurteilenden Frage, ob und wieweit Einschränkungen von Anlagenflexibilität bzw. Opportunitätskosten bei Redispatch von EE-Anlagen vergütungspflichtig sind. Von daher ist an dieser Stelle zunächst lediglich festzuhalten, dass Abs. (4) einer grundsätzlichen Vergütungspflichtigkeit von Opportunitätskosten jedenfalls nicht entgegensteht.

Der in Abs. (2) S. 2 genannte übergeordnete und auch für die Anwendungsfälle von Abs. (2) S.3 Nr. 5 geltende Grundsatz, dass von Redispatcheinsätzen in Anspruch genommene Anlagenbetreiber durch entsprechende Vergütung wirtschaftlich neutral zu stellen sind, spricht indes eindeutig für die Vergütungspflichtigkeit von Opportunitätskosten, wenn und soweit solche auch unter Berücksichtigung des bilanziellen Ausgleichs in seiner konkreten Ausgestaltung entstehen. Wie gezeigt schließt der Wortlaut des Abs. (2) S.3 Nr. 5 dies nicht nur nicht aus, sondern führt den in Abs. (2) S. 2 normierten allgemeinen Grundsatz, dass Redispatchaufrufe im Ergebnis für die Anlagenbetreiber ergebnisneutral zu bleiben haben, in sich schlüssig auch für den Anwendungsbereich der EE-Anlagen fort.

### Systematische Normauslegung

Im Wege der systematischen Normauslegung kommt man zunächst lediglich zu dem rechtlichen Ergebnis, dass die historisch für den konventionellen Redispatch geltenden, vom Gesetzgeber weitgehend unverändert fortgeführten Vergütungsregelungen des Abs. (2) S.3 Nr. 1 bis 4 aus allerdings rein tatsächlichen, technologiebedingten Gründen jedenfalls teilweise nicht auf EE-Anlagen anwendbar sind. Betrieb und Kostenstruktur von EE-Erzeugungsanlagen stellt sich bei der wohl überwiegenden Anzahl der EE-Anlagen naturgemäß anders dar, als bei auf den Einsatz von Brenn- und anderen Hilfsstoffen zur

Stromerzeugung angewiesen konventionellen Kraftwerken. Von daher bedarf es schon aus diesen rein tatsächlichen Gründen einer angepassten gesetzlichen Regelung. Dass mit der formal notwendigen Einfügung einer auf EE-Anlagen zugeschnittenen Vergütungsregelung unter Abs. (2) S.3 Nr. 5 nicht nur keine grundlegende Änderung der allgemeinen Redispatchvergütungsgrundsätze bezweckt ist, ergab sich wie oben dargelegt bereits aus einer wortlautorientierten Auslegung. Das gleiche ergibt sich aber auch aus systematischen Gesichtspunkten. Denn die ursprünglich im EEG geregelten Normen zur Einspeisemanagementvergütung wechselten in die bereits existierenden Redispatchregelungen des EnWG und werden insoweit in die existierende Redispatchsystematik integriert. Auch dieser Umstand der formal-systematischen Eingliederung der EE-Anlagen in das bestehende gesetzliche Redispatch-(Vergütungs-)System spricht also ebenso wie der Wortlaut der übergeordneten Normteile, insb. Abs. (2) S. 2, dafür, dass -soweit nicht technologie- und/oder prozessbedingt notwendig und erforderlich- Unterschiede der Vergütungssystematik zwischen dem Redispatch konventioneller Anlagen einerseits und dem Redispatch von EE-Anlagen andererseits gerade nicht das Ziel des Gesetzes sind, sondern diese im Gegenteil weitgehend vermieden und die Behandlung der verschiedenen Anlagentechniken einander angenähert werden soll. Ein gesetzlich angeordneter Ausschluss der Vergütungspflichtigkeit von Opportunitätskosten speziell für den Redispatch von EE-Anlagen ergibt sich also auch unter systematischen Gesichtspunkte nicht, vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Dies wiederum, wenn und soweit Opportunitätskosten beim Redispatch von EE-Anlagen auch unter Berücksichtigung des bilanziellen Ausgleichs in seiner konkreten Ausgestaltung entstehen.

#### Wille des historischen Gesetzgebers/Gesetzesbegründung

Zunächst ist allgemein festzuhalten, dass nach dem aktuellen Stand der juristischen Methodenlehre der ggf. den Gesetzesmaterialien entnehmbare subjektive Wille des Gesetzgebers lediglich nachrangig gegenüber den an objektiven Maßstäben orientierten übrigen Auslegungsansätzen betrachtet wird und lediglich bei verbleibenden Zweifelsfragen und dann auch nur auslegend heranzuziehen ist. Nach diesen Maßstäben wäre hier ein Eingehen auf die Gesetzesbegründung bereits nicht mehr angezeigt. Gleichwohl soll der Vollständigkeit halber nachfolgend eine Auseinandersetzung mit BT-DrS. 19/7375, dort S. 57, Abs. 1 und 2 erfolgen.

Vor dem Hintergrund der sich abzeichnenden Positionierung der BNetzA scheinen vor allem die Passagen interessant, nach denen auch im Regime des Redispatch2.0

*„...Die materiellen Maßstäbe der bisherigen Härtefallregelung für die Entschädigung von Einspeisemanagement-Maßnahmen nach § 15 EEG 2017...erhalten..“*

blieben (a.a.O. Abs. 1). Unter Abs.2 heißt es konkreter weiter:

*„... Satz 3 Nummern 1 bis 4 entsprechen den bisherigen Regelungen. Sie sind auf die Abregelung von EE-Anlagen und KWK-Stromerzeugung nicht anwendbar. Satz 3 Nummer 5 und Satz 5 regeln daher die Bestandteile des finanziellen Ausgleichs für die Abregelung von EE-Anlagen und KWK-Strom. Sie entsprechen dem bisherigen*

*Härtefallausgleich nach § 15 EEG 2017. Die zum bisherigen Einspeisemanagement entwickelten Methoden zur Bestimmung der – nunmehr bilanziell auszugleichenden – „Ausfallarbeit“ und der Entschädigungshöhe, wie sie insbesondere durch den Einspeisemanagement-Leitfaden der Bundesnetzagentur etabliert sind, bleiben anwendbar. 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. **Entgangene Verkaufserlöse liegen in Folge des bilanziellen Ausgleichs nicht vor.** Bei EE-Anlagen mit Einspeisevergütung ist die entgehende Einspeisevergütung anzusetzen. ...“ [Hervorhebung durch die Verfasser]*

Diese Aussagen stehen nicht in Widerspruch zu o.g., mit vorrangig anzuwendenden Auslegungsmethoden ermittelten Auslegungsergebnissen. Dies jedenfalls dann nicht, wenn vernünftigerweise in Rechnung gestellt wird, dass der gegenüber der Einspeisemanagementmaßnahmenabwicklung hier nun offensichtlich neu hinzutretende Regelungsbaustein des bilanziellen Ausgleichs in seiner konkreten Form überhaupt erst noch auszugestalten, in seiner finalen und konkreten Form rechtlich zu bewerten und erst dann und auf dieser praktisch überhaupt erst noch zu schaffenden Grundlage ggf. vergütungstechnisch zu ergänzen ist. Dass die konkrete Ausgestaltung des bilanziellen Ausgleichs dabei keine Banalität und/oder Selbstverständlichkeit ist, zeigt die Umsetzungspraxis des Redispatch2.0 überdeutlich.

Einzig als problematisch könnte demnach der oben fett gesetzt hervorgehobene Satz gesehen werden. Dieser scheint jedoch nach hier vertretener Auffassung nicht eindeutig und lässt sich stattdessen auf zwei Arten verstehen:

Erstens lässt sich darin eine rein deskriptive Einschätzung der tatsächlichen Gegebenheiten durch den Gesetzgeber sehen. Der Satz lässt sich so verstehen, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass die spätere konkrete Ausgestaltung des bilanziellen Ausgleichs sicherstellen würde, dass entgangene Verkaufserlöse in tatsächlicher Hinsicht nicht vorliegen würden. In diesem Fall handelte es sich bei dem fraglichen Satz um eine reine Sachverhaltseinschätzung -ob zutreffend oder unzutreffend sei zunächst dahingestellt- die jedenfalls keinen normativen Charakter hätte und ohne rechtsgestaltende Absicht getroffen worden wäre. Allenfalls ließe sich dann in Zusammenschau mit der Festlegungskompetenz nach § 13j Abs. (1) EnWG ein Arbeitsauftrag an die BNetzA ableiten, durch eine geeignete Festlegung für eine entsprechende Ausgestaltung des bilanziellen Ausgleichs dergestalt zu sorgen, dass werthaltige Flexibilität tatsächlich nicht eingeschränkt und im Ergebnis dadurch im Redispatchfall Erlösmöglichkeiten auch nicht abgeschnitten werden. Ob dies angesichts der zuletzt diskutierten Abwicklungsmodelle realistisch scheint, darf inzwischen stark bezweifelt werden. Jedenfalls in dem aktuell diskutierten Zielprozess für das Prognosemodell, aber mit Sicherheit im Planwertmodell ist eine Einschränkung der ohne Inanspruchnahme durch Redispatch im reinen Markteinsatz gegebenen Flexibilität letztlich nicht vermeidbar. Die als deskriptive Beschreibung der Einschätzung der tatsächlichen Gegebenheiten durch den historischen Gesetzgeber verstandene Gesetzesbegründung stünde dann jedoch einem finanziellen Ausgleich des Verlustes an Anlagenflexibilität rechtlich nicht entgegen. Die Einschätzung des Gesetzgebers zum Sachverhalt würde sich dann lediglich als unzutreffend

bzw. in der praktischen Gesetzesimplementierung als nicht umsetzbar herausgestellt haben. In keinem Fall änderte ein einzelner, interpretationsbedürftiger Satz aus der Gesetzesbegründung den ausdrücklich und mehrfach im Gesetzestext enthaltenen sowie in inzwischen langjähriger Rechtspraxis etablierten Grundsatz, dass Redispatch im Ergebnis für die Anlagenbetreiber ergebnisneutral in Relation zu ungestörtem reinen Marktbetrieb zu erfolgen hat.

Zweite theoretische Verständnismöglichkeit des oben fett gesetzten Satzes wäre, dass der Gesetzgeber hier eine Art typisierend-verallgemeinernde Fiktion hat normieren wollen, dergestalt, dass -unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten- ein wie auch immer konkret ausgestalteter bilanzieller Ausgleich in jedem Fall eine Geltendmachung von entgangenen Erlösmöglichkeiten ausschließen sollte. Der Satz müsste dann allerdings normativen Charakter haben können, was im Rahmen der Gesetzesbegründung bereits deshalb ausgeschlossen ist, da diese prinzipiell keine rechtliche Bindungswirkung entfaltet. Als normative Aussage stünde der Satz im Übrigen im Widerspruch zu Gesetzeswortlaut und -systematik und würde insbesondere mit den Grundsätzen brechen, dass Redispatch für die Anlagenbetreiber aufwandsneutral zu erfolgen hat und dass EE-Anlagen im Rahmen des Redispatch2.0 nach den für konventionellen Redispatch entwickelten Grundsätzen (die eine mögliche Opportunitätskostenvergütung ebenfalls vorsehen) abzuwickeln sind. Dass der Gesetzgeber mit Aussagen im Begründungsteil des Gesetzes allerdings wesentliche und zentrale Regelungsinhalte des Gesetzes zumindest für Teilbereiche hat wieder aufheben und abändern wollen, scheint abwegig. Insbesondere wäre es dem Gesetzgeber ein Leichtes gewesen, einen etwaig bezweckten grundsätzlichen Ausschluss der Kostenposition „Opportunitätskosten von EE-Anlagen“ in die bereits dafür etablierte Regelung des Abs. (4) neben den dort bereits ausgeschlossenen Kostenpositionen „Betriebsbereitschaftsauslagen“ und „Kapitalbindungskosten“ aufzunehmen. Dass dies nicht geschah, ist ein weiteres starkes Argument, dass dies auch gerade nicht beabsichtigt war.

Ein weiteres auslegungsleitendes Indiz ist die Verwendung der Formulierung „in der Regel“ in der Gesetzesbegründung. Vor dem Hintergrund, dass Opportunitäten voraussichtlich nur ein Bruchteil der Marktprämie ausmachen werden, muss diese Formulierung als Hinweis verstanden werden, dass es sich bei der Marktprämie zwar um den wichtigsten entgangenen Verkaufserlös handelt, aber eben offenbar auch bereits aus Sicht des Gesetzgebers nicht um den Einzigen.

#### Ergebnis:

Letztlich ergibt sich, dass §13a EnWG auch unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien folgerichtig nun auch EE-Anlagenbetreibern einen gesetzlichen Anspruch auf finanziellen Ausgleich etwaiger Einschränkungen von Anlagenflexibilität ebenso wie den Betreibern von konventionellen Anlagen gewährt, wenn und soweit Opportunitätskosten beim Redispatch von EE-Anlagen auch unter Berücksichtigung des bilanziellen Ausgleichs in seiner konkreten Ausgestaltung anfallen.

Es zeichnet sich ab, dass sich die bereits im Zusammenhang mit den Festlegungen der BNetzA BK6-11-098 und BK8-12-019 zum konventionellen Redispatch diskutierten Probleme hier in sehr ähnlicher, im Kern gleicher Form, wieder stellen. Die wieder im Raum stehenden Ansätze, entweder Flexibilitäten zu gewähren oder -wo dies nicht gewollt oder praktisch nicht umsetzbar ist- die sich daraus ergebenden Einnahmenverluste und/oder Mehraufwendungen auszugleichen sind ebenso die gleichen wie der wesentliche Rechtsrahmen. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die heutige rechtliche Diskussion ein anderes Ergebnis haben könnte, als die bereits in 2014/15 beendete.

EnBW Energie Baden-Württemberg AG / 16.01.2023

gez. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED].