

**Schriftliche Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die
Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien
(BT-Drs. 17/6071)**

erstellt von

Thorsten Müller

Forschungsstelle Umweltenergierecht
Universität Würzburg
Augustinerstr. 15
97070 Würzburg
Telefon +49 931 79 40 77-0
Telefax +49 931 79 40 77-29
E-Mail thorsten.mueller@jura.uni-wuerzburg.de
Internet www.umweltenergierecht.de

Würzburg, den 8. Juni 2011

Übersicht

1. Vorbemerkung	3
2. Verfassungs- und europarechtliche Würdigung	3
a. Verletzung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes der Anlagenbetreiber durch die Änderung des § 12 Abs. 1 EEG-E	4
b. Einschränkung des Vorrangs für Strom aus Erneuerbare Energien gegenüber Strom aus Grubengas	5
c. Begrenzung des Grünstromhändlerprivilegs nach § 39 EEG-E.....	6
d. Vereinbarkeit der besonderen Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen und Schienenbahnen mit dem Verfassungs- und Europarecht.....	7
3. Defizite in der Rechtsentwicklung als Antwort auf grundsätzliche Herausforderungen in Folge der Steigerung des Anteils Erneuerbarer Energien	9
a. Unzureichende Regelungen im Bereich der Netzintegration und den Netzausbaus ..	10
b. Fehlende Weichenstellungen für einen größeren Beitrag der Erneuerbaren Energien zur Bereitstellung der erforderlichen Systemdienstleistungen	11
c. Notwendigkeit einer Fortentwicklung des Wälzungsmechanismus	13
d. Unzureichende Transparenz und Kontrollmöglichkeiten	13
4. Erste Anmerkungen zu den Regelungen im Detail	14
a. Zu Art. 1 Nr. 7 (§ 6):	14
b. Zu Art. 1 Nr. 11 (§ 11):	14
c. Zu Art. 1 Nr. 12 (§ 12):	15
d. Zu Art. 1 Nr. 15 (§ 16)	15
e. Zu Art. 1 Nr. 15 (§ 17):	16
f. Zu Art. 1 Nr. 20 (§ 37)	16
g. Zu Art. 1 Nr. 20 (§ 39)	16
h. Zu Art. 1 Nr. 21 (§ 41)	17

1. Vorbemerkung

Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien (BT-Drs. 17/6071¹) schreibt die Rechtsstrukturen zur Förderung der Erneuerbaren Energien im Stromsektor fort und steht dabei in einer ununterbrochenen Entwicklungslinie zum Stromeinspeisungsgesetz² und dem EEG³. Mit der Einführung der optionalen und in Teilen sogar die bisherige Festpreisvergütung verdrängende Marktprämie wird jedoch eine grundlegend neue Struktur geschaffen, die neue Fragestellungen aufwirft. In anderen Bereichen scheint die Rechtsentwicklung im vorgelegten Entwurf dagegen hinter den Erfordernissen zurückzubleiben.

Der Entwurf ist nach einer ersten Durchsicht rechtstechnisch trotz des geringen zeitlichen Vorlaufs gelungen und löst eine Reihe von bisher strittigen Fragen. Daher dürfte die Anwendungsfreundlichkeit des EEG weiter steigen. Gleichwohl sind bereits bestehende oder neu entstehende Probleme enthalten, die aus rechtstechnischer Sicht verbesserungswürdig erscheinen. Angesichts der knappen Zeit, die für eine Durchsicht des Gesetzesentwurfes zur Verfügung stand, kann diese Stellungnahme nur eine vorläufige Einschätzung sein. Vermutlich werden in den nächsten Tagen bei der näheren Auseinandersetzung mit dem Gesetzesentwurf weitere Punkte zu Tage treten. Soweit dies gewünscht wird, kann die Stellungnahme daher noch fortgeschrieben werden.

2. Verfassungs- und europarechtliche Würdigung

Die bisherige verfassungs- und europarechtliche Einordnung des EEG durch den Europäischen Gerichtshof⁴, das Bundesverfassungsgericht⁵ und den Bundesgerichtshof⁶ wird auch bei Umsetzung des Gesetzesentwurfes weiter Bestand haben. Die Systemergänzung bzw. -änderung durch die Einführung der optionalen bzw. verpflichtenden Marktprämie führt weder zu negativen noch zu positiven Änderungen⁷ dieser Bewertung.

Gleichwohl enthält das EEG mit der Umsetzung des Entwurfes ab 2012 einzelne Regelungen, die

¹ Hinweis: Die BT-Drs. 17/6071 weicht in § 64g von der von der Bundesregierung beschlossenen Fassung ab.

² Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz vom 7.12.1990, BGBl I 2633.

³ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 29.03.2000, BGBl. I S. 305.

⁴ EuGH, Urteil vom 13.03.2001, Rs. C-379/98.

⁵ Inzident in BVerfG, Beschluss vom 18.02.2009, Az.: 1 BvR 3076/08; Beschlüsse vom 03.04.2009, Az.: 1 BvR 3299/08, 3369/08 und 3076/08; Beschluss vom 23.09.2010, Az.: 1 BvQ 28/10.

⁶ BGH, Urteile vom 11.06.2003, Az.: 160/02, 161/02 und 322/02.

⁷ Insoweit möglicherweise missverständlich die Gesetzesbegründung auf S. 92 der elektronischen Vorab-Fassung der BT-Drs. 17/6071.

im Hinblick auf das Verfassungs- und Europarecht zumindest als sehr kritisch einzustufen sind.

a. Verletzung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes der Anlagenbetreiber durch die Änderung des § 12 Abs. 1 EEG-E

Das EEG sieht fest definierte Vergütungssätze und -zeiträume vor, die Interessierten eine verlässlich planbare Investition ermöglichen sollen. Damit verbunden ist ein besonderes Vertrauen in den Fortbestand der Regelungen während des gesetzlich vorgesehenen Vergütungszeitraums. Dieser Vertrauenstatbestand beschränkt die Möglichkeiten des Gesetzgebers, das EEG so zu ändern, dass bestehende Anlagen für den verbleibenden Vergütungszeitraum wirtschaftlich schlechter gestellt werden. Eine solche Änderung liegt immer dann vor, wenn eine neu geschaffene Norm im EEG zwar nur für die Zukunft wirkt, aber dabei auf die bereits getroffene Investitionsentscheidung als vergangenes und noch nicht abgeschlossenes Handeln einwirkt und für die Zukunft die bestehenden Rechtspositionen des Vergütungsanspruchs jedenfalls teilweise entwertet⁸. Solche unechte Rückwirkungen sind dann unzulässig, wenn das vom Gesetzgeber verfolgte Gemeinwohlinteresse das Vertrauen in den Fortbestand der EEG-Regelungen nicht überwiegt, sondern der Schutz des Vertrauens Vorrang genießt. Aufgrund des besonders ausgeprägten Vertrauensschutzes im EEG sind hohe Anforderungen für in die Zukunft gerichtete Veränderungen für bestehende Anlagen zu stellen⁹. Verstöße gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine unechte Rückwirkung verletzen die betroffenen Anlagenbetreiber in ihren Grundrechten¹⁰.

Auch der vorliegende Gesetzesentwurf enthält mit § 12 Abs. 1 EEG-E jedenfalls eine Regelung, die für die Betreiber bestehender Anlagen nachträglich mit verringerten Einnahmen verbunden ist. Die Neuausgestaltung der Entschädigungsregelung (Art. 1 Nr. 12) greift in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise in den Bestand ein.

Nach dem Vorschlag zur Änderung von § 12 Abs. 1 EEG sind von Regelungsmaßnahmen nach § 11 Abs. 1 EEG betroffene Anlagenbetreiber zukünftig nur noch

„für 95 Prozent der entgangenen Einnahmen (...) zu entschädigen“

Erst wenn die Summe der entgangenen Einnahmen mehr als 1 Prozent des Gesamterlöses im Kalenderjahr übersteigen würde, findet eine vollständige Entschädigung statt.

Diese Regelung greift nach dem Wortlaut nicht nur bei neuen Anlagen, sondern nach § 66 Abs. 1 Nr. 5 des Entwurfs (Art. 1 Nr. 41) auch für bestehende Anlagen. Damit hätte die Regelung dieselbe Wirkung wie eine Vergütungskürzung. Es besteht aber kein überwiegendes Interesse

⁸ Vgl. etwa BVerfGE 95, 64 (86); 101, 239 (263).

⁹ Im Detail S. *Klinski*, EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage?, 2009, abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/klinski_eeg_vergue-tung.pdf, S. 46 ff.

¹⁰ Hierzu näher *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 167.

der Allgemeinheit an einer Reduzierung der Vergütungszahlungen bzw. des Vergütungssurrogats nach § 12 Abs. 1 EEG-E. Nach der Gesetzesbegründung zielt die Regelung indes nur auf neue Anlagen, die die Begrenzung der Erstattung auf 95 Prozent der entgangenen Vergütung damit rechtfertigt, dass die Anlagenbetreiber bereits bei der Planung der Anlagen sich mit der Netzsituation auseinandersetzen sollen. Bei bestehenden Anlagen ist dies nicht mehr möglich, ein entsprechender Anreiz liefe ins Leere. Daher ist § 66 Abs. 1 Nr. 5 zu ändern, soweit auch die Regelung des § 12 in der Entwurfsfassung für bestehende Anlagen Anwendung findet.

b. Einschränkung des Vorrangs für Strom aus Erneuerbare Energien gegenüber Strom aus Grubengas

Bereits mit dem EEG 2009 wurde der Vorrang für Strom aus Erneuerbaren Energien durch die Gleichstellung mit dem Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung im Rahmen des Einspeisemanagements (§ 11 EEG) relativiert. Im Entwurf zur Änderung des EEG ist eine weitere Einschränkung vorgesehen, da auch in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Entwurfes Strom aus Grubengas mit dem Strom aus Erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Kopplung gleichgestellt werden soll (Art. 1 Nr. 11).

Jedenfalls die mit dieser Änderung verbundene Relativierung des Einspeisevorrangs Erneuerbarer Energien verstößt gegen die Vorgaben der Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG (EE-RL)¹¹. Dort wird in Art. 16 Abs. 2 der Vorrang für Strom aus Erneuerbaren Energien als zwingend umzusetzende Vorgabe geregelt:

„Artikel 16

Netzzugang und Betrieb

(...)

*(2) **Vorbehaltlich der zur Wahrung der Zuverlässigkeit und der Sicherheit des Netzes zu erfüllenden Anforderungen**, auf der Grundlage transparenter und nichtdiskriminierender Kriterien, die von den zuständigen nationalen Behörden festgelegt werden,*

(...)

*c) **stellen die Mitgliedstaaten sicher**, dass die Betreiber der Übertragungsnetze beim Abrufen von Elektrizitätserzeugungsanlagen auf der Grundlage transparenter und nichtdiskriminierender Kriterien **Erzeugungsanlagen Vorrang gewähren, in denen***

¹¹ Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. EU L 140/16.

erneuerbare Energiequellen eingesetzt werden, soweit der sichere Betrieb des nationalen Elektrizitätssystems dies zulässt. (...)"

[Hervorhebungen durch Verf.]

Danach muss der Vorrang nicht uneingeschränkt gewährleistet werden, er findet seine alleinige Grenze nach Art. 16 Abs. 2 lit. c) EE-RL aber in den zur „Wahrung der Zuverlässigkeit und der Sicherheit des Netzes zu erfüllenden Anforderungen“ sowie dem „sichere(n) Betrieb des nationalen Elektrizitätssystems“.

Grubengas ist weder ein regenerativer Energieträger nach Art. 2 lit. a) EE-RL noch ist der Einsatz von Grubengas für die Wahrung der Zuverlässigkeit und Sicherheit des Netzes oder seines Betriebes erforderlich. Daher muss Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien gegenüber Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Grubengas Vorrang eingeräumt werden. Folglich ist die vorgeschlagene Aufnahme von Grubengas in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG-E aus Gründen des Europarechts nicht möglich.

c. Begrenzung des Grünstromhändlerprivilegs nach § 39 EEG-E

Bereits mit dem Europarechtsanpassungsgesetz Erneuerbare Energien (EAG EE) hat es eine Veränderung des sog. Grünstromhändlerprivilegs nach § 37 Abs. 1 Satz 2 EEG gegeben, die zum 1. Januar 2012 Wirkung entfalten wird. Danach tritt an die Stelle einer vollständigen Befreiung von der EEG-Umlage eine beschränkte Freistellung im Umfang von maximal 2 Cent je Kilowattstunde. Diese Beschränkung soll im vorliegenden Entwurf – nunmehr in § 39 geregelt – beibehalten werden, daneben treten eine Reihe weiterer neuer Anforderungen (Art. 1 Nr. 20).

Eine solche Beschränkung der Befreiungswirkung ist im Regelfall mit dem Verfassungsrecht vereinbar. Allerdings gilt dies jedenfalls nicht für solche Fälle, in denen das Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) seine Kunden vollständig mit Strom aus EEG-Anlagen beliefert. Vielmehr stellt sich die Regelung dann als verfassungsrechtlich unzulässiger Grundrechtseingriff dar, der nicht gerechtfertigt ist.

Die Verpflichtung der Stromvertriebe zur Zahlung der EEG-Umlage ist ein im Normalfall gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Die Rechtfertigung ist darin zu sehen, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) durch ihr Angebot an die Letztverbraucher, das aus konventionell erzeugten Strom gedeckt wird, einen wesentlichen Beitrag zu einer Energieversorgung beisteuern, die nicht den Anforderungen der Nachhaltigkeit, der Ressourcenschonung und des Klimaschutzes entspricht¹².

Diese Argumentation greift jedoch dann nicht mehr, wenn das einzelne zur Zahlung

¹² Vgl. schon die Begründung zum EEG 2004: BT-Drs. 15/2864, S. 48; A. Schäfermeier, in: J. Reshöft (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2009, § 37 Rn. 1; M. Altröck in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 14 Rn. 5.

verpflichtete EVU gerade keinen entsprechenden negativen Beitrag mehr leistet, sondern sein Angebot vielmehr bereits entsprechend den Anforderungen der Nachhaltigkeit, der Ressourcenschonung und des Klimaschutzes ausgerichtet hat. Dies ist – gemessen an den Maßstäben des EEG – dann der Fall, wenn das EVU sich durch einen ausreichenden Anteil Erneuerbarer Energien im Portfolio am Ausbau der Erneuerbaren Energien beteiligen. Es obliegt dem Gesetzgeber festzulegen, wie hoch dieser Anteil sein muss. Bei Verabschiedung des EEG 2000 war der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass ein Anteil von 50 Prozent EEG-Strom einen ausreichenden Beitrag darstellt. Eine Erhöhung dieses Anteils ist unproblematisch zulässig, solange sich diese Änderung konsistent in das EEG einfügt. Da ausweislich des Vorschlages zur Änderung des § 1 Abs. 2 EEG der Zielwert für das Jahr 2050 bei einem Anteil von mindestens 80 Prozent Erneuerbarer Energien liegt, sprechen gute Gründe dafür, dass ein EVU, das einen entsprechenden Prozentsatz Erneuerbarer Energien aus vergütungsfähigen Anlagen an seine Kunden liefert, nicht mehr ursächlich für eine nicht den Anforderungen der Nachhaltigkeit, der Ressourcenschonung und des Klimaschutzes entsprechende Energieversorgung ist. Jedenfalls aber für EVU, die ihren Bedarf vollständig aus eigentlich vergütungsfähigen EEG-Anlagen decken, ist es evident, dass die bisherige Rechtfertigung für den Eingriff in die Berufsfreiheit nicht mehr trägt und damit eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt, wenn dieser Grundrechtsträger zu einer (anteiligen) Zahlung der EEG-Umlage verpflichtet würde.

d. Vereinbarkeit der besonderen Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen und Schienenbahnen mit dem Verfassungs- und Europarecht¹³

Unter bestimmten Voraussetzungen werden bereits seit 2003¹⁴ stromintensive Unternehmen und seit 2004 auch Schienenbahnen¹⁵ zu einem großen Teil von den mit dem Ausbau der Erneuerbaren Energien verbundenen Kosten befreit. Der Kreis der Begünstigten hat sich sukzessive erweitert und soll mit dem vorgelegten Entwurf noch einmal in großem Umfang ausgedehnt werden (Art. 1 Nr. 21). Gegen die Regelungen in §§ 40-44 EEG-E bestehen sowohl verfassungs- als auch europarechtliche Bedenken, die durch die geplanten Veränderungen deutlich verschärft werden.

Im Hinblick auf das Verfassungsrecht ist hier die infolge der Besonderen Ausgleichsregelung hervorgerufene Ungleichbehandlung der Stromverbraucher im Hinblick auf den Gleichheitssatz

¹³ Vgl. zu den folgenden Ausführungen auch ausführlich Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG, Vorhaben IV: Instrumentelle und rechtliche Weiterentwicklung im EEG, Endbericht – vorläufige Fassung, Mai 2011, abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/eeg_eb_2011_recht.pdf, S. 262 ff.

¹⁴ Erstes Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 16.07.2003, BGBl. I S. 1459.

¹⁵ Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich vom 21.07.2004, BGBl. I S. 1918.

nach Art. 3 Abs. 1 GG problematisch¹⁶. Die Besondere Ausgleichsregelung kann dabei auch nicht mit den vom Bundesverfassungsgericht für verfassungskonform befundenen Begünstigungen für stromintensive Unternehmen im Rahmen der Stromsteuer¹⁷ verglichen werden. Zentraler Unterschied zu dieser Begünstigung bestimmter Unternehmen sind die Folgen der Begünstigungsentscheidungen der Besonderen Ausgleichsregelung für die nicht privilegierten Stromverbraucher. Anders als bei der Steuererleichterung führt jede Begünstigung eines Unternehmens im EEG zwangsläufig zu einer Mehrbelastung aller anderen Stromverbraucher. Dieser Effekt ist unvermeidbar, weil die gleichbleibenden Vergütungszahlungen auf einen kleineren Personenkreis verteilt werden müssen. Die Rechtfertigung einer solchen Ungleichbehandlung kann aber nicht mit der Begründung des Klima- und Umweltschutzes durch Art. 20a GG erfolgen. Die Begünstigung der als stromintensiv eingestuften Unternehmen verfolgt allein wirtschafts- und wettbewerbsorientierte Zwecke.

Im Hinblick auf das Europarecht bildet anders als bei der Steuerbefreiung nicht das Beihilferecht den Maßstab, weil das EEG insgesamt nicht als Beihilfe einzuordnen ist. Der Begrenzung der EEG-Umlage kommt kein Beihilfecharakter zu, weil daraus für den Staat keine geringeren Einnahmen resultieren, es sich letztlich also nicht um aus staatlichen Mitteln stammende Vergünstigungen handelt. Allerdings sind die Auswirkungen auf den einheitlichen europäischen Markt mit einer Beihilfe identisch, so dass die Begünstigungen nach §§ 40-44 EEG-E eine potenzielle Behinderung des freien Warenverkehrs darstellen und somit am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV zu messen sind. Inwieweit die Regelungen der Besonderen Ausgleichsregelung aufgrund ihrer wirtschafts- und wettbewerbsorientierte Zwecke gerechtfertigt werden können, erscheint fraglich.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf jüngere Entscheidungen der EU-Kommission zu vergleichbaren Regelungen zur Begünstigung von stromintensiven Unternehmen in Österreich und Luxemburg hinzuweisen. Das Österreichische Pendant zum EEG – das Ökostromgesetz¹⁸ – enthält eine der Besonderen Ausgleichsregelung vergleichbare Begünstigung stromintensiver Unternehmen. Da das Ökostromgesetz von der EU-Kommission insgesamt als Beihilfe eingeordnet wird¹⁹, waren auch die Privilegierungen für die stromintensiven Unternehmen Gegenstand des Verfahrens zur beihilferechtlichen Genehmigung durch die EU-Kommission. Dabei hat die Kommission zwar die die Vergütungsregelungen für Strom aus Erneuerbaren Energien als mit dem Binnenmarkt vereinbar eingestuft und genehmigt, die Genehmigung für die wirtschaftsfördernden Regelungen zugunsten der stromintensiven Unternehmen aber verweigert²⁰. Eine ähnlich gelagerte Entscheidung der EU-Kommission ist zu Luxemburg

¹⁶ Vgl. bereits zu der mit einer deutlich geringeren Umverteilung verbundenen Fassung im EEG 2004 T. Müller, in: M. Altrock/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 16 Rn. 19.

¹⁷ BVerfGE 110, 274 ff.

¹⁸ BGBl. I Nr. 149/2002.

¹⁹ Entscheidung KOM C (2006) 2955 endg., NN 162/A/2003 und N 317/A/2006.

²⁰ Vgl. Pressemitteilung IP/11/265 vom 8. März 2011 (Der Beschluss ist bislang noch nicht veröffentlicht)

ergangen²¹.

Eine Lösung für die bestehenden europarechtlichen Einwände könnte daher – in Anlehnung an die zu Luxemburg ergangene Entscheidung der EU-Kommission – die Verbindung der Besonderen Ausgleichsregelung mit umwelt- und/oder klimaschützenden Maßnahmen durch die Begünstigten sein. Dazu wäre es erforderlich, dass in der Besonderen Ausgleichsregelung als Anspruchsvoraussetzung vorgeschrieben wird, dass durch die Begünstigten entsprechende Maßnahmen ergriffen werden müssen. Eine bereits im EEG 2009 angelegte Möglichkeit wäre die Einführung von Energiemanagementsystemen, die allerdings wohl – und insoweit über das EEG 2009 hinausgehend – auch mit der Verpflichtung zur Realisierung der dabei ermittelten Energieeinsparmöglichkeiten verbunden sein müssten. Bereits die bestehenden Regelungen könnten im Sinne der Kommissionsentscheidung zu Luxemburg nicht ausreichend weitgehend sein. Die in § 41 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfes (Art. 1 Nr. 21) vorgeschlagene Ausnahme für alle begünstigten Unternehmen mit einem Stromverbrauch von unter 10 Gigawattstunden wäre offensichtlich keine ausreichende Kopplung der Begünstigungen an klima- und umweltschützende Gegenleistungen. Möglich erscheint auch, dass die begünstigten Unternehmen durch Lastmanagementmaßnahmen einen Beitrag zur Integration fluktuierender Erneuerbarer Energien leisten, weil damit auch ein Beitrag zum Klimaschutz erbracht werden kann.

3. Defizite in der Rechtsentwicklung als Antwort auf grundsätzliche Herausforderungen in Folge der Steigerung des Anteils Erneuerbarer Energien

Die weitere Steigerung des Anteils Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung stellt eine Vielzahl neuer Herausforderungen, für die Antworten im System der Elektrizitätswirtschaft gefunden und im Rechtsrahmen implementiert werden müssen. Dazu sind sowohl Änderungen im Bereich der Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien als auch im komplementären Bereich der konventionellen Kraftwerke erforderlich. Der vorliegende Entwurf enthält keine ausreichenden Weichenstellungen, um den erforderlichen Transformationsprozess fortzuführen.

Die umfassendsten Neuregelungen des Entwurfes betreffen allein die Marktintegration mit der Einführung einer optionalen bzw. zwingenden Marktprämie (Art. 1 Nr. 19), mit der eine erheblichen Beschränkung des Grünstromhändlerprivilegs (Art. 1 Nr. 20) einhergeht. Die Einführung der Marktprämie resultiert aus einer mehrjährigen Diskussion um die Zukunft des EEG und der Sinnhaftigkeit der Steuerung gerade dargebotsabhängiger Erneuerbarer Energien

²¹ Gegenstand war auch hier ein beihilferechtliches Verfahren, KOM 28.01.2009 C 43/2002 Luxemburg EU Abl. C (2009) 230 endg.

über Marktpreissignale. Diese Diskussion hat dabei andere Fortentwicklungsoptionen und -notwendigkeiten im EEG überlagert.

Letztlich muss es bei der Fortentwicklung des EEG und des komplementären Rechtsrahmens des Energiewirtschaftsrechts darum gehen, die Regelungsstrukturen für den Ausbau der Erneuerbaren Energien so auszugestalten, dass intelligente Anreize gesetzt werden, die zusätzlich zur Erzeugung von elektrischer Energie weitere Leistungen und Vorteile bereithalten. Dazu zählen Systemdienstleistungen ebenso wie Synergien mit anderen Bereichen, etwa bei der bauwerksintegrierten Photovoltaik.

Hervorzuheben sind jedoch notwendige Veränderungen im Bereich des Netzausbaus und der Netzintegration, der Übernahme von Systemdienstleistungen, der Fortentwicklung des EEG-Wälzungsmechanismus und der Erhöhung der Transparenz und Überwachung.

a. Unzureichende Regelungen im Bereich der Netzintegration und den Netzausbaus

Die Integration der Erneuerbaren Energien in die Netze und der dafür erforderliche Ausbau der Elektrizitätsnetze ist eine zentrale Stellschraube für den Erfolg und die Effizienz des weiteren Ausbaus der Erneuerbaren Energien. Obwohl die entsprechenden Regelungen im EEG in den letzten Jahren immer weiter ausgearbeitet wurden, gibt es in vielen Bereichen Netzengpässe, so dass Strom aus Erneuerbaren Energien nicht eingespeist werden kann. Dieser Zustand ist sowohl aus Sicht des Klimaschutzes als auch der Effizienz des Gesamtsystems unbefriedigend.

Der vorliegende Entwurf enthält fast keine Veränderungen im Bereich der Netzintegration und des Netzausbaus. Lediglich für den Bereich des Einspeisemanagements werden mit § 6 Abs. 2 und 3 EEG-E neue Regelungen für Photovoltaikanlagen geschaffen (Art. 1 Nr. 7). Die zentrale Norm des Netzausbaus, § 9 EEG, wird lediglich in einem Randbereich verändert (Art. 1 Nr. 10). Auch der ebenfalls von der Bundesregierung beschlossene Entwurf für ein Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze zielt lediglich auf den Bereich der Höchst- und Hochspannungsnetze und bietet daher nicht auf alle der vielfältig auftretenden Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Netzausbau zugunsten der Erneuerbaren Energien eine ausreichende Antwort; gleiches gilt für die Novelle des EnWG. Letztlich kann nur ein konsistenter und alle relevante Normen – EEG, EnWG, ARegV, Fachplanungsrecht etc. – umfassender Rechtsrahmen, der gezielt auf den Umbau der Netzinfrastruktur ausgerichtet ist, die anstehenden Aufgaben lösen.

In diesem Zusammenhang ist es unverzichtbar, Alternativen zum Netzausbau, etwa die lokale bzw. regionale Speicherung oder die Umwandlung elektrischer Energie in gasförmige Energieträger und deren Transport unter Nutzung der bestehenden Erdgasnetze, in die Überlegungen einzubeziehen und entsprechende Rechtsstrukturen zu schaffen. Dabei ist auch die Interaktion des Stromsektors mit dem Bereich der Wärmeversorgung und dem

Verkehrssektor durch gezielte Vorgaben zur Abstimmung dieser bisher weitgehend getrennten Felder zu stärken. Zwar enthält der vorliegende Gesetzesentwurf etwa eine Definition von Speichergasen und zaghafte Fortentwicklungen der Vorschriften zur Nutzung von Speichern. Diese sind aber ohne flankierende Maßnahmen allein nicht in der Lage neue Geschäftsmodelle zu stützen und die entsprechenden technischen Entwicklungen anzustoßen. Die Suche nach Alternativen muss auch Anreize für eine stetigere Stromerzeugung aus fluktuierenden Erneuerbaren Energien einbeziehen, die zu Netzentlastungen führen würden. Beispielhaft seien Anreize für Windenergieanlagen genannt, die dazu führen, dass durch die Anlagenkonfiguration keine Optimierung der Maximaleinspeisung, sondern eine Verbesserung der Stetigkeit erfolgt und damit einhergehende Vergütungsausfälle durch entsprechende anderweitige Anreize ausgeglichen werden.

Weiter sind die technischen Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb der Netze zu hinterfragen. Die auf größte Sicherheit ausgelegten Versorgungsnetze können für die Einspeisung von dezentral erzeugtem Strom aus Erneuerbaren Energien überdimensioniert sein. Netze die allein der Einspeisung dieses Stroms dienen, können als spezielle Einspeisenetze ggf. mit geringeren Anforderungen an die redundante Auslegung und damit kostengünstiger errichtet werden. Mit solchen Einspeisenetzen können auch weitere Vorteile im Bereich der Systemdienstleistungen verbunden werden, wenn sie dazu genutzt werden, die angeschlossenen Erneuerbare-Energien-Anlagen als ein Gesamtkraftwerk zu betreiben.

Schließlich ist im Bereich des Netzausbaus auch zu überlegen, inwieweit neben den Netzbetreibern auch die Anlagenbetreiber oder Dritte in die Lage versetzt werden sollten, den Netzausbau zu übernehmen. Aufgrund anderweitiger Interessenlagen kann mit einer solchen Öffnung, etwa in der Form der Einspeisenetze oder durch Andienungsrechte, ein Beschleunigungseffekt verbunden sein.

b. Fehlende Weichenstellungen für einen größeren Beitrag der Erneuerbaren Energien zur Bereitstellung der erforderlichen Systemdienstleistungen

Im engen Zusammenhang mit der Netzintegration und dem -ausbau stehen die erforderlichen Weichenstellungen, um Erneuerbare Energien auch mit der Bereitstellung der erforderlichen Systemdienstleistungen zu betrauen. Die im Elektrizitätsversorgungssystem erforderlichen Systemdienstleistungen (Frequenzhaltung, Spannungshaltung, Versorgungswiederaufnahme und Betriebsführung²²), um das Stromnetz sicher betreiben und die Versorgung der Letztverbraucher gewährleisten zu können, werden bisher fast ausschließlich durch konventionelle Erzeugungseinheiten zur Verfügung gestellt, obwohl auch Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien technisch dazu in der Lage wären.

²² Vgl. TransmissionCode 2007.

Das EEG zielt bisher im Wesentlichen auf die Einspeisung elektrischer Arbeit ab und ist in seiner Vergütungsstruktur nicht darauf ausgelegt, weitergehende Leistungen zu honorieren. Das Elektrizitätsversorgungssystem ist bisher auch nicht darauf ausgelegt, die entsprechenden Leistungen bei Erneuerbare-Energien-Anlagen nachzufragen bzw. diesen ein Angebot zu ermöglichen. Mit steigenden Anteilen Erneuerbarer Energien müssen die Erneuerbare-Energien-Anlagen aber selbst die erforderlichen Systemdienstleistungen übernehmen. Andernfalls verschärfen die weiterhin erforderlichen konventionellen Kraftwerke möglicherweise auftretende Netzengpässe.

Das EEG hat erstmals mit der Systemdienstleistungsverordnung²³ gezielt Anreize für Windenergieanlagen gesetzt, bestimmte Systemdienstleistungen bereitzustellen, in dem eine besondere Vergütung gezahlt wurde. Weitergehende Regelungen waren nicht vorgesehen. Dies führte zu Rechtsunsicherheiten, etwa ob EEG-Anlagen an den Regelenergiemärkten teilnehmen durften. Mit der früher als gesetzlich vorgesehenen Streichung des Systemdienstleistungsbonus für neue Windenergieanlagen im vorliegenden Entwurf werden zwar nicht die Anforderungen gesenkt, da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass diese Leistungen zukünftig standardmäßig bereitgestellt werden können. Es werden aber auch keine weitergehenden Anreize oder Anreize für andere Erneuerbare Energien gesetzt.

Das EEG muss kurzfristig so fortentwickelt werden, dass die bereits heute technischen Beiträge der Erneuerbaren Energien zum Einsatz kommen und weitere Dienstleistungen entwickelt werden. Hürden für den Zugang zum Regelenergiemarkt, etwa auch Restriktionen für die EEG-Anlagen, die die Festpreisvergütung wählen, sind insoweit kontraproduktiv. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, inwieweit die im EEG-Wälzungsmechanismus letztlich vereinten EEG-Anlagen zu einem virtuellen Kraftwerk zusammengefasst und durch intelligente Regelungen etwa als negative Regelenergie genutzt werden können. Letztlich müssen mit dem EEG die möglichen Beiträge der Erneuerbaren Energien angereizt und eingefordert werden und entsprechende Regelungsstrukturen entwickelt werden.

²³ Verordnung zu Systemdienstleistungen durch Windenergieanlagen (Systemdienstleistungsverordnung – SDLWindV) vom 03.07.2009, BGBl. I S. 1734.

c. Notwendigkeit einer Fortentwicklung des Wälzungsmechanismus

Der mit der Ausgleichsmechanismusverordnung²⁴ neu gestaltete bundesweite Ausgleichsmechanismus des EEG (§§ 34-39) hat bereits eine Reihe von Verbesserungen mit sich gebracht. U. a. werden seitdem die gesamten EEG-Strommengen in den bestehenden Strommarkt integriert. Da auch in Zukunft zu erwarten ist, dass ein Großteil des vom EEG geförderten Stroms mit Hilfe des Wälzungsmechanismus in den Markt integriert wird, bedarf es einer weiteren Optimierung dieses EEG-Bausteins. Bisher ist nur die Möglichkeit einer Übertragung der Aufgaben der Vermarktung der EEG-Strommengen an der Börse im geltenden Recht angelegt (§§ 2 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. 11 Nr. 4 AusglMechV); auch der vorliegende Entwurf enthält keine Verbesserungen. Gegen die in der Ausgleichsmechanismusverordnung bereits vorgesehene Möglichkeit einer Ausschreibung der Vermarktung bestehen aber gewichtige europarechtliche Bedenken²⁵.

Alternative zu einer Ausschreibung kann eine optionale Öffnung des Wälzungsmechanismus für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen erfolgen, die Strom an Letztverbraucher liefern. Diese können dann als Alternative zu der ansonsten zu zahlenden EEG-Umlage jederzeit einen ihrem Anteil an dem Gesamtstromabsatz entsprechenden Anteil der EEG-Strommenge zur EEG-Durchschnittsvergütung direkt erhalten und diesen selbst nutzen oder vermarkten. Auf diesem Wege, aber auch für die derzeit mit dem Wälzungsmechanismus betrauten Übertragungsnetzbetreiber, können andere Vermarktungsformen erschlossen werden.

d. Unzureichende Transparenz und Kontrollmöglichkeiten

Der Ausbau der Erneuerbaren Energien erfolgt weitgehend verborgen und unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Ein genauer Überblick über die Entwicklung des Anlagenbestandes fehlt, eine jederzeitige Kenntnis der aktuellen Einspeisung aus Erneuerbaren Energien ist nicht möglich. Mit zunehmendem Anteil Erneuerbarer Energien entstehen so Schwierigkeiten für die mit der Abwicklung des EEG betrauten Unternehmen aber auch der Akteure im Elektrizitätssystem insgesamt, insbesondere für die systemverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber. Es ist daher unabdingbar, dass Vorsorge getroffen wird, den Kenntnisstand grundlegend zu erhöhen. Die im EEG enthaltenen Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten (§§ 45-52 EEG) haben nicht die gewünschten Effekte erzielt. Es ist insoweit ein wichtiger erster Schritt, die Verordnungsermächtigung für ein Anlagenregister in § 64e des Entwurfes weiter zu präzisieren

²⁴ Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus vom 17.07.2009, BGBl. I S. 2101.

²⁵ Vgl. auch ausführlich Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG, Vorhaben IV: Instrumentelle und rechtliche Weiterentwicklung im EEG, Endbericht – vorläufige Fassung, Mai 2011, abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/eeg_eb_2011_recht.pdf, S. 189 ff.

(Art. 1 Nr. 41). Wünschenswert wäre es jedoch, dieses Register unmittelbar im EEG einzuführen.

Angesichts der Vielzahl an Akteuren und der Vielschichtigkeit der EEG-Anlagen ist außerdem eine Ausweitung der Kontrollmöglichkeiten sachgerecht. Die Ausweitung der Befugnisse der Bundesnetzagentur in § 61 EEG-E (Art. 1 Nr. 38) ist insoweit ein erster Schritt in die richtige Richtung, könnte aber wohl noch weiter ausgebaut werden. In diesem Zusammenhang ist aber darauf hinzuweisen, dass die bestehende Regelung zur Fachaufsicht nicht sachgerecht ist und auch im Widerspruch zur Aufgabenverteilung innerhalb der Bundesregierung steht. Die Fachaufsicht über alle mit der Abwicklung des EEG betrauten Bundesbehörden muss einheitlich beim BMU liegen. Perspektivisch ist die Zusammenführung der Aufgaben bei einer einheitlichen Behörde zu erwägen, um Synergien zu ermöglichen und Reibungsverluste zu reduzieren.

Das Transparenz- und Kontrollerfordernis nimmt voraussichtlich mit der Einführung der Marktprämie erheblich zu. Die Sachverhalte werden durch die vielfältigen Möglichkeiten der Vermarktung komplexer als bisher. Hinzu kommt, dass die mit der Einführung einer Marktprämie verbundenen Kosten strittig sind und es auch insoweit ein großes Interesse an einer Erfassung der tatsächlichen Folgen dieses Schrittes gibt.

4. Erste Anmerkungen zu den Regelungen im Detail

a. Zu Art. 1 Nr. 7 (§ 6):

Es erscheint fraglich, ob die Streichung der bisher in § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG geregelten Möglichkeit, betriebliche Einrichtungen zur Reduzierung der Einspeiseleistung zu nutzen, sachgerecht ist. Auch die Gesetzesbegründung versucht die als betriebliche Einrichtungen zu qualifizierenden Leitwarten unter den verbliebenen Begriff der technischen Einrichtung zu fassen. Es erscheint sinnvoller, bei der bestehenden Wahlmöglichkeit zwischen technischen und betrieblichen Einrichtungen zu bleiben und zusätzlich entweder in § 6 oder § 3 den Begriff der betrieblichen Einrichtung zu definieren.

Die Klarstellung in Absatz 3 ist zu begrüßen und schließt eine Regelungslücke.

b. Zu Art. 1 Nr. 11 (§ 11):

Zur Aufnahme von Grubengas in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 vgl. bereits oben Nr. 1. b.

Die in Absatz 2 neu gefasste, bisher in § 9 Abs. 1 Satz 2 EEG geregelte Pflicht zur Information ist nunmehr zweistufig aufgebaut. Sprachlich erscheint der letzte Halbsatz aber falsch verortet. Grundfall ist die vortägige Information, Ausnahmefall ist die (untertägige) unverzügliche Information. Die im letzten Halbsatz vorgesehene Regelung bezieht sich auf das Verhältnis der

beiden Zeitpunkte. Die unverzügliche Information muss erfolgen, soweit die Durchführung der Maßnahme am Vortag noch nicht vorhersehbar war.

Formulierungsvorschlag:

„(2) Netzbetreiber sind verpflichtet, Betreiberinnen und Betreibern von Anlagen nach § 6 Absatz 1 spätestens am Vortag, soweit die Durchführung der Maßnahme am Vortag noch nicht vorhersehbar gewesen ist, ~~ansonsten~~ unverzüglich über den zu erwartenden Zeitpunkt, den Umfang und die Dauer der Regelung zu unterrichten, ~~sofern die Durchführung der Maßnahme vorhersehbar gewesen ist.~~“

In der derzeit geltenden Fassung des § 11 Abs. 2 EEG ist das Verhältnis von § 11 zu §§ 13, 14 EnWG geregelt. Diese Regelung ist nunmehr in modifizierter Form ins EnWG überführt und dort in § 13 Abs. 2a des von der Bundesregierung beschlossenen Entwurfes enthalten. Aus Gründen der Normklarheit sollte diese unmittelbar den Vorrang betreffende Regelung aber auch weiterhin im EEG erhalten bleiben.

In Absatz 3 wird der Terminus „vorlegen“ verwendet. Dieser fand bis zum EAG EE auch im Zusammenhang mit den Unterlagen nach § 5 Anwendung. Dort wurde er jedoch durch das EAG EE durch „übermitteln“ ersetzt. Um klarzustellen, dass es keinen Unterschied in der Form der Übermittlung der erforderlichen Unterlagen zwischen diesen beiden Vorschriften gibt, wird angeregt, auch in § 11 Abs. 3 „vorzulegen“ durch „zu übermitteln“ zu ersetzen.

c. Zu Art. 1 Nr. 12 (§ 12):

Die Regelung stellt eine Kompensation für den Fall dar, dass der erzeugte Strom aus Gründen, die der Anlagenbetreiber nicht zu vertreten hat, nicht eingespeist werden kann. Tatbestandlich ist sie aber auf einen engen Anwendungsfall beschränkt. Es wäre daher sachgerecht, auch um in der Praxis immer wieder auftretende Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, die Entschädigungspflicht auch auf andere Fälle auszuweiten, in denen die Netzbetreiber nach den §§ 13, 14 EnWG die Einspeisung unterbinden.

d. Zu Art. 1 Nr. 15 (§ 16)

Der in § 16 Abs. 3 a.E. enthaltene pauschale Ausschluss der Vermarktung des nach § 16 EEG gegen die Festpreisvergütung eingespeisten Stroms von dem Einsatz als Regelenergie fällt hinter die geltende Rechtslage zurück und baut neue Hürden für die Erbringung von Systemdienstleistungen aus Erneuerbaren Energien auf. Daher sollte der letzte Halbsatz in § 16 Abs. 3 EEG-E gestrichen und in § 56 Abs. 1 Satz 3 nach den Worten „im Rahmen“ die Worte „des Vergütungsanspruchs nach § 16 und“ eine entsprechende Regelung.

e. Zu Art. 1 Nr. 15 (§ 17):

Die Regelung in Absatz 1 ist nicht sachgerecht. Verstöße gegen die dort aufgelisteten Verpflichtungen nach § 6 Abs. 1, 2, 4 oder 5 sind mit den sonstigen in § 17 Abs. 2 und 3 EEG-E sanktionierten Verstößen vergleichbar, so dass eine Ungleichbehandlung nicht sachgerecht, sondern im Hinblick auf den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG als unzulässig erscheint. Auch ist einzubeziehen, dass der eingespeiste Strom seinen Wert behält. Die Differenz zwischen der Vergütung nach den §§ 23-33 EEG und dem energieträgerspezifischen Marktwert müsste auch hoch genug sein, um die gewünschte Sanktionswirkung zu entfalten.

Falls trotzdem an einem völligen Wegfall eines Vergütungsanspruchs festgehalten werden sollte, ist es erforderlich zu regeln, wie die Netzbetreiber mit diesem Strom zu verfahren haben und wem die daraus zu erzielenden Erlöse zuzurechnen sind. Hier würde es sich zumindest anbieten, dass die Erlöse in die Ermittlung der EEG-Umlage einfließen. Die im Normalfall greifende Pflicht der Netzbetreiber nach § 34 EEG, den eingespeisten und vergüteten Strom an den vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber weiterzugeben, besteht im Fall des § 17 Abs. 1 gerade nicht, weil keine Vergütung gezahlt wurde.

Ferner ist zu Absatz 3 Satz 2 EEG-E anzumerken, dass die Drei-Monats-Frist willkürlich erscheint. Bei einer ersten Durchsicht der Wissenschaftlichen Vorhaben zur Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG konnte der in der Gesetzesbegründung (S. 133 f.) enthaltene Hinweis auf einen entsprechenden Vorschlag nicht gefunden werden.

f. Zu Art. 1 Nr. 20 (§ 37)

Die in § 37 Abs. 3 Nr. 2 EEG-E getroffene Klarstellung erscheint trotz der damit verbundenen Ausdehnung der Ausnahmen von der Pflicht, die EEG-Umlage zu zahlen, hilfreich, um bestehende Auslegungsschwierigkeiten zu beseitigen. Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass einer Ausdehnung des Privilegs für die Eigenversorgung auf andere Formen der Belieferung, etwa das Contracting, verfassungsrechtliche Bedenken begegnen, weil sich diese nicht in das Regel-Ausnahme-Verhältnis der § 37 Abs. 2 und der §§ 37 Abs. 3 und 40-44 EEG einfügen würden und damit eine nahezu uferlose Umverteilung möglich würde.

g. Zu Art. 1 Nr. 20 (§ 39)

Auf die Ausführungen zu Nr. 2 c. wird verwiesen.

h. Zu Art. 1 Nr. 21 (§ 41)

Auf die Ausführungen zu Nr. 2 d. wird verwiesen.

In § 41 Abs. 1 Nr. 2 letzter Halbsatz wird auf einen Stromverbrauch von 10 Gigawatt abgestellt, ohne dass der Bemessungszeitraum definiert wird. Dieser kann zwar aus der inneren Systematik ermittelt werden, gleichwohl kann dies Auslegungsschwierigkeiten führen. Daher sollte die Formulierung wie folgt geändert werden:

„dies gilt nicht für Unternehmen mit einem Stromverbrauch im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr von unter 10 Gigawattstunden.“