

3. August 2010

## Konsultation zur möglichen Verlängerung der Ausnahmeregelung zur EEG-Vermarktung durch die Übertragungsnetzbetreiber (§ 8 AusglMechAV)

### KURZGUTACHTEN

Anhang zur Stellungnahme von EFET Deutschland –  
Verband Deutscher Strom- und Gashändler e.V.

#### Linklaters

Linklaters LLP  
Potsdamer Platz 5  
10785 Berlin  
Postfach 30 18 50  
10746 Berlin

Telefon (+49) 30 21496-0  
Telefax (+49) 30 21496-100

Zeichen L-181588

---

# Linklaters

## 1 Mangelnde Transparenz nach dem Maßstab des Dritten Legislativpakets der EU Kommission zum Energie-Binnenmarkt („3. Binnenmarktpaket“)

1.1 Die Verordnung EG/714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel („**StromhandelsVO 2009**“), die ab dem 3. März 2011 an die Stelle der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen über den grenzüberschreitenden Stromhandel („**StromhandelsVO 2003**“) tritt und dann in Deutschland unmittelbar geltendes Recht sein wird, stellt zusätzliche Informations- und Veröffentlichungspflichten für die Übertragungsnetzbetreiber („**ÜNB**“) gegenüber den Marktteilnehmern auf. Hieraus folgt, dass die ÜNB diese zusätzlichen Informationspflichten auch im Zusammenhang mit der Ausübung von Maßnahmen nach § 8 AusglMechAV erfüllen müssen. **Dem werden insbesondere die Regelungen in § 8 Abs. 4 AusglMechAV, die Informations- und Anzeigepflichten nur gegenüber der BNetzA enthalten, nicht gerecht.**

### 1.2 Begründung

#### 1.2.1 Grenzüberschreitender Stromhandel betroffen

Bei dem an der EPEX Spot gehandelten Strom handelt es sich nicht nur um innerhalb von Deutschland erzeugten und verkauften Strom. Der Handel an der EPEX Spot betrifft gleichzeitig auch den grenzüberschreitenden Stromhandel, d.h. den Import und Export von Strom in und aus anderen Mitgliedstaaten der EU. So wird der EEG-Strom von den ÜNB insbesondere auch an Handelsteilnehmer verkauft, die den Strom ins Ausland exportieren. Zudem sind die nationalen Strommärkte u.a. über das Market Coupling (z.B. das ab dem 7. September 2010 geltende CWE Market Coupling) zunehmend unmittelbar miteinander verbunden.

#### 1.2.2 Zusätzliche Veröffentlichungspflichten nach der StromhandelsVO 2009

Über die bereits nach der StromhandelsVO 2003 bestehenden Informations- und Veröffentlichungspflichten für die ÜNB (vgl. insbesondere Ziff. 5.5 Anhang I der StromhandelsVO 2003) hinaus resultieren aus der StromhandelsVO 2009 zusätzliche Informations- und Veröffentlichungspflichten für die ÜNB gegenüber den Marktteilnehmern.

Ausdrückliches Ziel der StromhandelsVO 2009 ist „das Entstehen eines reibungslos funktionierenden und transparenten Großhandelsmarktes zu erleichtern“ (Art. 1 lit. b) StromhandelsVO 2009).

Unterstrichen wird dies durch Nr. 19 der Erwägungsgründe zur StromhandelsVO 2009:

*„Damit alle Marktteilnehmer die gesamte Angebots- und Nachfragesituation bewerten und die **Gründe für Änderungen des Großhandelspreises nachvollziehen können**, ist ein gleicher Zugang zu Informationen über den physischen Zustand und die Effizienz des Systems erforderlich. Dieser umfasst **genauere Informationen über Stromerzeugung, Angebot und Nachfrage einschließlich Prognosen, Netz- und Verbindungsleitungskapazität, Stromflüsse und Wartungsarbeiten, Austausch von Ausgleichsenergie und Reservekapazität.**“ (Hervorhebungen hinzugefügt)*

Danach müssen die ÜNB die Marktteilnehmer in einem Umfang unterrichten, dass sie in die Lage versetzt werden, die Gründe für Änderungen des Großhandelsprei-

# Linklaters

ses nachvollziehen zu können. **Diesen Informationsanforderungen genügt § 8 AusglMechAV nicht.**

Hierzu stellt Art. 15 StromhandelsVO 2009 bereits seit September 2009 ausdrückliche Veröffentlichungspflichten auf, die spätestens ab dem 3. März 2011 auch für Handlungen nach § 8 AusglMechAV wie insbesondere die Vereinbarungen zwischen ÜNB und Erzeugern gelten. Nach Art. 15 Abs. 4 Satz 1 StromhandelsVO 2009 müssen ÜNB

*„relevante Daten über die aggregierte Prognose und über die tatsächliche Nachfrage, über die Verfügbarkeit und tatsächliche Nutzung der Erzeugungskapazität und der Lasten, über die Verfügbarkeit und die tatsächliche Nutzung des Netzes und der Verbindungsleitungen und über den Ausgleichsstrom und die Reservekapazität“ (Hervorhebungen hinzugefügt)*

veröffentlichen.

Da die am Spotmarkt vorhandenen konventionellen Kapazitäten für die Bildung des Großhandelspreises eine wesentliche Rolle spielen und diese aufgrund der nach § 8 Abs. 4 AusglMechAV getroffenen bilateralen Vereinbarungen zwischen ÜNB und Stromerzeuger erheblich beeinflusst werden können, ist nach der VO EG/714//2009 entgegen § 8 Abs. 4 AusglMechAV durch die ÜNB zukünftig zumindest zu veröffentlichen, in welchem Umfang die Einspeisung von Strom in das Netz aufgrund derartiger bilateralen Vereinbarungen unterlassen wurde.

Zu beachten ist ferner, dass dann, wenn nach Art. 15 StromhandelsVO 2009 bereitgestellte Informationen immer noch nicht zum Erreichen des Zieles eines reibungslos funktionierenden und transparenten Großhandelsmarktes genügen, die Europäische Kommission nach Art. 18 Abs. 3 lit. b) i.V.m. Abs. 5 VO EG/714//2009 darüber hinaus das Recht hat, Leitlinien mit weiteren Anforderungen zur Transparenz für den Stromhandel zu erlassen.

## 2 Ausschreibungspflicht

2.1 Die Bestimmung von Kapazitäten, die im Rahmen von § 8 Abs. 4 AusglMechAV seitens der ÜNB eingesetzt werden können, hat unter Berücksichtigung der Anforderungen aus Art. 11 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 6 Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt („**Richtlinie 2003/54/EG**“) zu erfolgen. Danach beschaffen sich die ÜNB die Energie, die sie zur Deckung von Energieverlusten und Kapazitätsreserven zur Ausregelung des Netzes benötigen, nach transparenten, diskriminierungsfreien und marktorientierten Verfahren. Diese Vorgaben sind auch im Rahmen von Maßnahmen nach § 8 AusglMechAV und insbesondere beim Abschluss von Verträgen nach § 8 Abs. 4 AusglMechAV zu wahren. Dies bedeutet, dass an Stelle der im Rahmen von § 8 Abs. 4 AusglMechAV vorgesehenen bilateralen Verträge ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist.

### 2.2 Begründung

Wir sind der Auffassung, dass die Regelung in § 8 Abs. 4 AusglMechAV nicht dem Maßstab des Art. 11 Abs. 6 Richtlinie 2003/54/EG (nunmehr Art. 15 Abs. 6 Richtlinie 2009/72/EG, deren Regelungen bis 3. März 2011 durch die Mitgliedstaaten umzusetzen sind) gerecht wird. Danach gilt:

# Linklaters

*„Soweit sie die Funktion haben, beschaffen sich die Übertragungsnetzbetreiber die Energie, die sie zur Deckung von Energieverlusten und Kapazitätsreserven in ihrem Netz verwenden, nach **transparenten, nichtdiskriminierenden und markt-orientierten Verfahren**.“* (Hervorhebungen hinzugefügt)

Diese Anforderungen hat der deutsche Gesetzgeber in § 22 EnWG umgesetzt und in §§ 6, 9 und 10 StromNZV näher konkretisiert. Darüber hinaus verpflichtet auch § 1 Abs. 4 Nr. 1 AusglMechAV die ÜNB zu einer transparenten und diskriminierungsfreien Beschaffung der EEG-Reserve in einem Ausschreibungsverfahren nach § 22 EnWG.

## 2.2.1 Anwendbarkeit der Anforderungen aus Art. 11 Richtlinie 2003/54/EG

Nach unserer Auffassung sind die Grundsätze des Art. 11 Abs. 6 Richtlinie 2003/54/EG auch auf die unterstützenden Maßnahmen zur Vermarktung des EEG-Stroms durch die ÜNB und insbesondere auf die Inanspruchnahme von Stromerzeugern zur Unterlassung von Stromeinspeisungen anzuwenden.

Soweit eine Reduzierung der Einspeiseleistung aus konventionellen Erzeugungsanlagen erforderlich ist, um zu gewährleisten, dass sich die insgesamt in die Stromnetze eingespeiste Energie mit dem Verbrauch die Waage hält, dient diese dem Ausgleich zwischen Ein- und Ausspeisung und unterfällt damit den Vorgaben in Art. 11 Abs. 6 der Richtlinie 2003/54/EG (so die BNetzA in der Festlegung zum EEG-Bilanzkreis, vgl. BNetzA, Beschluss vom 12.05.2009, Az: BK6-08-226, S. 22).

Dies wird auch durch die amtliche Begründung zur AusglMechAV bestätigt. Nach § 1 Abs. 4 AusglMechAV ist

*„eine zusätzliche Vorhaltung von EEG-Reserve als Rückfallposition zur Abdeckung von Zeiten geringer Liquidität des untertägigen Marktes vorgesehen“.*

Damit soll der Befürchtung der Marktakteure Rechnung getragen werden,

*„dass der untertägige Markt [...] noch nicht jederzeit die Aufnahme der EEG-Ausgleichsmengen sicher stellen kann“.*

Eine vergleichbare Funktion kommt dem Mechanismus in § 8 Abs. 4 AusglMechAV zu. Die Möglichkeit, nach § 8 Abs. 4 AusglMechAV bilaterale Verträge abzuschließen, dient nach der amtlichen Verordnungsbegründung zwar vorrangig dazu, dass „nicht rationale Preise“ vermieden werden. Die Regelung zielt aber nach der amtlichen Verordnungsbegründung auch darauf ab, dass

*„Strom, den der Markt akut nicht aufzunehmen bereit ist“*

gar nicht erst produziert wird. Die Funktionen von EEG-Reserve nach § 1 Abs. 4 AusglMechAV und von Vereinbarungen nach § 8 Abs. 4 AusglMechAV sind damit vergleichbar. Sie dienen im Ergebnis dazu, dass EEG-Mengen, die der Markt nicht (zu rationalen) Preisen bereit ist, abzunehmen, durch das Unterlassen von Stromeinspeisungen auszugleichen. Nach unserer Auffassung werden damit im Sinne der Richtlinie 2003/54/EG jeweils Kapazitätsreserven geschaffen, deren Beschaffung nach den Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG zu erfolgen hat.

## 2.2.2 Inhalt der Anforderungen nach Art. 11 Abs. 6 Richtlinie 2003/54/EG

Nach Art. 11 Abs. 6 Richtlinie 2003/54/EG müssen Verfahren der Energiebeschaffung zunächst transparent und nichtdiskriminierend sein:

# Linklaters

- (i) Für eine transparente Ausgestaltung ist es erforderlich, dass Vereinbarungen zur Energiebeschaffung nach einem Verfahren abgeschlossen werden, das gewährleistet, dass jeder potentielle Anbieter der benötigten Leistung („Unterlassung der Einspeisung von Strom“) von dem Bedarf des ÜNB Kenntnis nehmen kann.
- (ii) Das Diskriminierungsverbot bedeutet, dass die Angebote anderer Unternehmen nicht ohne sachlichen Grund ausgeschlagen werden dürfen.

## 2.2.3 Ausschreibung

Zudem fordert Art. 11 Abs. 6 Richtlinie 2003/54/EG, dass die Verfahren der Energiebeschaffung auch marktorientiert sein müssen. Ein privates Ausschreibungsverfahren wird diesen Anforderungen gerecht. Es ist auch als Regelfall für die Beschaffung von Regel- und Verlustenergie in sonstigen vergleichbaren Zusammenhängen vorgesehen.

Im deutschen Recht ist in Umsetzung dieses Erfordernisses sowohl für Regelenergie (§ 22 Abs. 2 EnWG i.V.m. §§ 6 ff. StromNZV) als auch für Verlustenergie (§ 10 StromNZV) die Ausschreibung als Regelfall vorgesehen. Die Einführung eines Ausschreibungsverfahrens erscheint daher auch im Rahmen der Vermarktung des EEG-Stroms geboten, die eng mit dem „Aufrechterhalten einer ausgeglichenen Einspeisung und Auspeisung“ verbunden ist.

## 3 Staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkung

**3.1** § 8 Abs. 4 AusglMechAV verstößt als staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkung gegen das Gebot an die Mitgliedsstaaten zur Beachtung der Ziele der Union – hier des unverfälschten Wettbewerbs (Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 101 AEUV, Art. 51 EUV, Protokoll Nr. 27). Die in § 8 Abs. 4 AusglMechAV eröffnete Möglichkeit, dass der ÜNB mit Stromerzeugern Vereinbarungen schließt, nach denen sich letztere auf freiwilliger Basis verpflichten, auf Aufforderung des ÜNB "die Einspeisung von Strom zu unterlassen", ist nach unserer Auffassung als staatlich begünstigte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, da die aus diesen Vereinbarungen grundsätzlich folgende Wettbewerbsbeschränkung dem Staat zuzurechnen ist. § 8 Abs. 4 AusglMechAV ist insoweit auch nicht im Hinblick auf das mit dem EEG und den auf seiner Grundlage ergangenen Verordnungen verfolgte Ziel des Umweltschutzes gerechtfertigt.

### 3.2 Begründung

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es den Mitgliedstaaten gem. Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 101 AEUV (und Art. 51 EUV, Protokoll Nr. 27) untersagt, Maßnahmen (zu denen auch Gesetze und Verordnungen gehören) vorzunehmen oder beizubehalten, durch die kartellrechtliche Vorschriften faktisch keine Wirkung mehr entfalten können. Eine derartige Verletzung ist anzunehmen, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 101 AEUV verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder begünstigt oder die Auswirkung solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.

Die Voraussetzungen für die Annahme einer staatlich veranlassten Wettbewerbsbeschränkung liegen nach unserer Auffassung vor.

# Linklaters

## 3.2.1 Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen Unternehmen

Durch die nach § 8 Abs. 4 AusglMechAV vorgesehenen Verträge verpflichten sich die Stromerzeuger, auf Aufforderung des ÜNB die Einspeisung von Strom zu unterlassen. Gegenstand dieser Verträge ist somit eine Einschränkung der Erzeugung, die im Grundsatz eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt.

## 3.2.2 „Dem Staat zuzurechnen“

Derartigen Vereinbarungen zwischen ÜNB und Stromerzeuger wird durch § 8 Abs. 4 AusglMechAV der Weg bereitet.

Mit der Erfüllung des „60/60-Kriteriums“ nach § 8 Abs. 1 AusglMechAV und der gleichzeitigen Aussicht, dass eine Veräußerung am intra-day Markt (nach einer gescheiterten Veräußerung am day-ahead Markt gemäß § 8 Abs. 2 AusglMechAV) nicht oder nur zu Strompreisen möglich sein wird, die deutlich unter den nach § 8 Abs. 2 AusglMechAV gesetzten negativen Preislimits liegen würden, können die ÜNB in eine Situation kommen, in denen ihnen praktisch keine andere Option mehr bleibt als auf entsprechende Vereinbarungen mit den Stromerzeugern zurückzugreifen. Damit sind nach unserer Ansicht derartige Vereinbarungen dem Staat zuzurechnen.

## 3.2.3 Keine Rechtfertigung

Wir sind der Auffassung, dass es sich bei der Regelung, wenn sie nicht nur übergangsweise, sondern für einen längeren Zeitraum gelten würde, um eine nicht erforderliche Beschränkung des Marktmechanismus der Strompreisbildung handelt. Insbesondere ist insoweit zu beachten, dass die Bildung negativer Strompreise als marktwirtschaftlicher Steuerungsmechanismus zu qualifizieren ist, um den Kapazitätszu- und -abbau entsprechend der tatsächlichen Nachfrage zu steuern. Soweit in Folge des Ausbaus erneuerbarer Energien (Zielsetzung 30 % im Jahr 2030) konventionelle Kraftwerke nicht mehr zum Einsatz kommen oder lediglich unter erheblichen Kosten, nämlich bei negativen Preisen, Strom einspeisen können, wird so eine Stilllegung der betreffenden Kapazitäten bewirkt.