

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.] Stralauer Platz 34 | 10243 Berlin

Solarenergieförderverein Deutschland e.V.
Herrn Prof. Dr. Daniel Kray
Frère-Roger-Straße 8-10
52062 Aachen

per E-Mail: daniel.kray@hs-offenburg.de

Dokumentnummer: 130370

Berlin, 19.09.2018

Unser Zeichen: 000764-18/HG/nt

Ihre E-Mail vom 08.08.2018; Vorstudie rechtlicher Rahmen für Umsetzung des SMARD-Konzepts

Sehr geehrter Herr Professor Kray,

wie besprochen, haben wir nachfolgend diejenigen Regelungsbereiche identifiziert, welche geändert werden müssten, um die gesetzlichen Voraussetzungen für die Umsetzung des SMARD-Konzepts zu schaffen. Ein Angebot für die Hauptstudie fügen wir als Anlage bei. Vorab bleibt festzuhalten, dass aufgrund der aktuell laufenden Novelle der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie ein Prüfungsschwerpunkt auf der Ebene des Unionsrechts liegt. Im Einzelnen:

Berlin

EnergieForum Berlin
Stralauer Platz 34
10243 Berlin
Tel. 030 726 10 26 0
Fax. 030 726 10 26 10
berlin@ggsc.de
www.ggsc.de

Berlin

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Julia Templin
Linus Viezens
Udo Paschedag
Till Schwerkolt
Dr. Manuel Schwind
Dr. Benjamin Tschida
Dr. Thomas Fritsche
Franziska Kaschlunn

Augsburg

Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Prof. Dr. Valentin Köppert, LL.M.

1. Schwerpunkte SMARD-Konzept

Das von Ihnen vorgestellte SMARD-Konzept beruht auf der grundlegenden Idee, dass Netzbetreiber Speicher bauen und betreiben. Dafür sollen im wesentlichen folgende Rahmenbedingungen gelten (*Kray/Waffenschmidt*, Markteinführung für Speicher mit einem neuen Speichermarkt-Design (SMARD), 04.04.2018):

- Die Netzbetreiber bekommen die volkswirtschaftliche Aufgabe, Strom räumlich und zeitlich zu verteilen.
- Dafür bauen und betreiben Netzbetreiber Leitungen und Speicher, deren Vollkosten (inkl. garantierte Rendite) sie auf die Netzentgelte umlegen.
- Leitungen und Speicher sind jeweils als Betriebsmittel der Netzbetreiber anzusehen.
- Die Netzbetreiber nehmen EE-Strom-Überschüsse in Speichern auf und vermarkten diese mengengleich zu einem späteren Zeitpunkt an der Strombörse.
- Die Netzbetreiber gleichen Speicherverluste durch Zukauf von Strom am Markt aus. Diese Kosten legen sie auf die Netzentgelte um.
- Regeln die Netzbetreiber Überschüsse von Strom aus Erneuerbaren Energien von mehr als 10 % ab, weil keine Leitungs- bzw. Speichermöglichkeiten bestehen, trägt der jeweilige Netzbetreiber die Kosten für die an den Erzeuger zu zahlende Entschädigung. Der Netzbetreiber darf diese Kosten nicht auf die Netzentgelte umlegen.
- Die Netzbetreiber können ihre Aufgaben auch delegieren. In diesem Sinne beauftragte Personen, Genossenschaften oder auch Gesellschaften würden dann wirtschaftlich gleichgestellt.
- Netzbetreiber müssen regelmäßig (z.B. jährlich) den Speicherbedarf abschätzen und dürfen den Bau und den Betrieb an Dritte (z.B. Genossenschaften) delegieren. In diesem Fall erhalten die Dritten für jeden Monat, in dem das Speichersystem betriebsbereit und durch den Netzbetreiber fernsteuerbar ist, eine feste Vergütung. Diese ist so bemessen, dass sie die gleiche Rendite wie für den Netzbetreiber ergibt.

Wesentlicher Grundgedanke des Konzeptes ist, dass Netzbetreiber Strom nicht nur örtlich, sondern auch zeitlich „verschieben“. Verträge zur Stromlieferung könnten auf diesem Weg eine zeitliche Komponente erhalten (Verkauf von Strom durch einen Erzeuger, wobei der Kunde den Strom erst zu einem späteren Zeitpunkt abnimmt, Speicherung in der Zwischenzeit über Stromspeicher).

Sowohl die Übertragungsnetz- als auch die Verteilnetzbetreiber sollen in der Verantwortung stehen, solche Verträge zu ermöglichen. Eine wichtige Voraussetzung wäre, dass Netzbetreiber Speicher gleichwertig wie Leitungen als Netzbetriebsmittel betreiben können.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass Netzbetreiber zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit bereits aktuell Speicher bauen und wie andere Netzkomponenten abrechnen können.

Die beschriebenen Pönale für Netzbetreiber (Abregelung ab 10 %) führte dazu, dass die Netzbetreiber die Entschädigungszahlungen als wirtschaftliche Nachteile zu tragen hätten. Daraus ergäbe sich ein starkes wirtschaftliches Interesse, Abregelungen möglichst zu vermeiden.

Können Netzbetreiber nach dem EEG vergüteten EE-Strom nicht nur sofort, sondern Dank der Speicher zu Zeiten mit höheren Börsenpreisen vermarkten, soll zusätzlich die EEG-Umlage sinken.

Weiterhin stellt sich die Frage, welche Form von Speichern für das SMARD-Konzept eingesetzt werden könnte. Dies betrifft vor allem Langzeitspeicher. Diese können voraussichtlich mit Power-To-Gas (P2G oder PtG)- oder Power-To-Liquid (P2L oder PtL)-Techniken realisiert werden.

Zur Rückverstromung dadurch erneuerbar erzeugten Gases wären Gaskraftwerke mit Kraft-Wärme-Kopplung (KWK)-Anlagen notwendig, welche bereits mit 28 GW Leistung verfügbar sind.

Die wohl am wenigsten mit der Unbundling-Schranke in Konflikt geratende Umsetzungsform wäre, wenn die Netzbetreiber Anlagen zur Gasverstromung nicht selbst betreiben müssen, sondern Dritte mit dieser Aufgabe beauftragen könnten.

Erster Schritt für eine Beschreibung dieses Konzepts ist die Frage nach den rechtlichen Rahmenbedingungen für die Umsetzung.

2. Rechtsbereiche in gewichteter Reihenfolge

Von der Umsetzung des Konzeptes betroffene Rechtsbereiche sind unterteilt nach Haupt- und Randbereichen Folgende:

a) Hauptbereiche

aa) Unionsrecht

Ausgangspunkt ist das Unionsrecht mit der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie (v.a. Art. 26 ff.). Ziel ist, einen diskriminierungsfreien und kosteneffizienten Strommarkt zu schaffen und eine Quersubventionierung zwischen Erzeugung und Vertrieb sowie zwischen Übertragung und Verteilung von Strom zu verhindern (vgl. zusammenfassend *Gesetzesbegründung zur Neuregelung des EnWG*, BT-Drs. 17/6072, S. 54).

Bisher enthält die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie keine ausdrücklich bzw. gesondert Stromspeicheranlagen betreffenden Regelungen.

Aktuell findet die Novellierung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie statt. Der Entwurf enthält nunmehr ausdrücklich auch Speicher betreffende Regelungen (Art. 32 ff. RL-Entwurf). Nach dem aktuellen Entwurf geht die Tendenz in Richtung eines eher strikten Unbundling auch für Speicher (vgl. dazu weiter unter 3.).

Insoweit bleibt das weitere Novellierungsverfahren zu begleiten und festzuhalten, welche Rahmenbedingungen sich auf der europäischen Ebene ergeben. Ein vom nationalen Gesetzgeber zukünftig ausgestalteter (angepasster) Rechtsrahmen muss die Vorgaben des Unionrechts berücksichtigen. Es bleibt somit in einem ersten Schritt der nach der Novellierung der Richtlinie verbleibende Gestaltungspielraum des Bundesgesetzgebers herauszuarbeiten.

bb) Nationales Recht

Auf der Ebene des nationalen Rechts stehen vor allem das EnWG und die dort enthaltenen Entflechtungsregelungen der §§ 6 ff. EnWG mit den damit verbundenen Pflichten eines Verteilnetzbetreibers nach §§ 11, 13 Abs. 1 und 14 Abs. 1 EnWG im Mittelpunkt.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Entflechtungsvorschriften des EnWG bisher in erster Linie vertikal integrierte Netzbetreiber betreffen. Dies sind Unternehmen, welche sowohl Netze betreiben als auch neben der Verteilungsfunktion eine der Funktionen Erzeugung oder Vertrieb von Elektrizität wahrnehmen. Davon ausgehend wäre in einem weiteren Schritt eigentlich zu überlegen, ob nicht vertikal integrierte Netzbetreiber/Dritte per se weitergehende Einsatzmöglichkeiten für einen Betrieb von Speichern erhalten können. Allerdings scheint nach der aktuellen Novelle der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie diese Unterscheidung nicht mehr grundlegend vorgegebenen zu sein.

Bisher stellt sich die grundlegende Frage, woraus sich die Anforderungen einer Entflechtung für Stromspeicheranlagen überhaupt ableiten lassen. Ein eigenständiges Entflechtungsregime für Stromspeicher besteht aktuell im EnWG nicht. Hier wird diskutiert, ob und in welchem Umfang die §§ 6 ff. EnWG analog anzuwenden sind. Wahrscheinlich wird sich diese Diskussion durch die Novellierung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie und danach ausdrücklich für Speicher geltende Regelungen vollständig auf die unionsrechtliche Ebene verlagern.

Ausgangspunkt für die Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens für den Betrieb von Speichern ist die in eigener Verantwortung eines Netzbetreibers liegende Aufgabe der Sicherstellung eines sicheren Netzbetriebes und damit die Aufgabe eines netzdienlichen Einsatzes von Speichern (vgl. § 11 Abs. 1 EnWG). In diesem Sinne bleibt auszuloten, welche Tätigkeiten und Einsatzbereiche unter diesen Aufgabenbereich fallen können (vgl. weiter unter 3.b)aa).

Nach dem aktuellen Diskussionsstand wird dieser Tätigkeitsbereich eher eng gefasst, so dass danach Tätigkeiten wie eine Veräußerung von überschüssigem Strom am Strommarkt oder der Betrieb eines Speichers als Infrastruktureinrichtung mit dem Ziel, einen wirtschaftlichen Betrieb der Anlage herbeizuführen, an die Grenzen des Entflechtungsregimes stößt. In diesem Sinne bleibt z.B. zu prüfen, ob eine Rückspeisung von zuvor gespeichertem Strom ggf. als entflechtungsrelevante „Erzeugung“ oder eine Vertriebstätigkeit von Strom anzusehen ist.

Ein weiterer wesentlicher zu prüfender Bereich auf nationaler Ebene ist die Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV). Diese gibt vor, welche Kosten ein Netzbetreiber Letztverbrauchern in Rechnung stellen kann. Im Mittelpunkt stehen die Berechnung zur Höhe der umwälzbaren Kosten sowie Grundlagen zur Berechnung der Wirtschaftlichkeit bzw. Rendite.

Vorab sei allerdings angemerkt, dass der Umfang einer entsprechenden Abbildung auf der Ebene der Netznutzungsentgelte entscheidend von dem grundsätzlich verbleibenden Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nach Novellierung der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie abhängen wird.

b) Neben- oder Randbereiche

Ein wichtiger Randbereich ist das EEG. Im Mittelpunkt steht hier insbesondere eine mögliche Verpflichtung zur Zahlung, bzw. die Möglichkeit zur Befreiung von der EEG-Umlage für aus einem Speicher wieder in das Netz eingespeisten Strom.

So geht der Bundesgerichtshof (BGH) bei Pumpspeicherkraftwerken davon aus, die Speicherung und Rückspeisung als zwei eigenständige Vorgänge zu bewerten. Damit liegt nach Auffassung BGH bei der Rückspeisung grundsätzlich ein Letztverbrauch von Strom gem. § 3 Nr. 25 EnWG vor. Allerdings können hier Befreiungsvorschriften für Speicher gem. § 60 EEG infrage kommen.

Ein weiterer Prüfungspunkt betrifft die Frage, wie sich aufgrund verbesserter (Speicher)kapazitäten verringerte Entschädigungszahlungen und damit eine verringerte EEG-Umlage transparent darstellen und im Gegenzug den Netzbetreibern bei der Speicherung entstandene Kosten ggf. auch über das EEG bzw. die

EEG-Umlage auf die Abnehmer umlegen lassen. Dies gilt auch für eine „Weiterreichung“ der bei beauftragten Dritten entstandene Kosten für die Speicherung von überschüssigem Strom.

3. Identifikation der Themen/Gliederung der Hauptstudie

a) Unionsrecht

Nach dem fortgeschrittenen Stand der aktuell novellierten Binnenmarkttrichtlinie scheint ein Schwerpunkt, ggf. sogar der Vorrang für die Errichtung und den Betrieb von Speicheranlagen bei Dritten, nicht aber (unmittelbar) beim Netzbetreiber zu liegen.

Danach sollen Verteilnetzbetreiber nur das Eigentum an Speicheranlagen erhalten, wenn diese Anlagen zur Netzsteuerung vor Ort erforderlich sind oder Dritte kein Interesse daran zeigen, diese Aufgabe zu übernehmen (Art. 36 Abs. 1 und 2 des Entwurfs). Dabei kommt den Mitgliedsstaaten ausdrücklich die Befugnis zu, unter bestimmten Bedingungen Ausnahmen von den genannten Beschränkungen zu gestatten (Art. 36 Abs. 2 des Entwurfs).

Gleichzeitig sollen die Mitgliedsstaaten über entsprechende rechtliche Rahmenbedingungen sicherstellen, dass die Verteilnetzbetreiber Dienstleistungsverträge auch im Bereich Speicherung vergeben, wenn sich durch diese Dienstleistungen eine andernfalls notwendige Nachrüstung oder ein Ersatz (Neubau) von Netzen kosteneffizient erübrigt und der effiziente und sichere Betrieb der Verteilernetze unterstützt wird (Art. 32 Abs. 1 Unterabsatz 1 Entwurf).

Details dazu werden noch zwischen der Kommission (eher geringer Aufgabenumfang der Verteilnetzbetreiber) und dem europäischen Parlament (eher weiterer Aufgabenumfang) diskutiert. Ein endgültiges Ergebnis zeichnet sich bisher nicht ab.

Als Arbeitsthese bleibt daran gemessen Folgendes festzuhalten:

Die im SMARD-Konzept vorgesehene Aufnahme überschüssigen Stroms aus EE-Anlagen (ggf. vorrangig, wenn negative Preise gelten) und damit eine Entlastung der Netze dürfte als Aufgabe eines Netzbetreibers wohl zulässig sein. Dies dürfte

vor allem dann gelten, wenn sich diese Tätigkeiten als Aufgabe der Netzsteuerung vor Ort einstufen lassen. Dabei wird u.a. ausschlaggebend sein, welcher Gestaltungsspielraum sich für die Definition einer Netzsteuerung vor Ort ergibt und ob dabei z.B. das Ziel, Abregelungen von EE-Anlagen möglichst bzw. bis zu einem bestimmten Umfang zu verhindern, ein wesentlicher Baustein sein kann.

Gleichzeitig bleibt zu berücksichtigen, dass Dritte in einem größeren Umfang diese Aufgabe übernehmen sollen. Es stellt sich allerdings die Frage, in welchem Umfang sich Dritte finden, welche diese Aufgabe zu wirtschaftlich vertretbaren Kosten durchführen können (z.B. angestrebte gleiche Rendite wie Netzbetreiber).

Die wahrscheinlich größte Hürde für die Umsetzung des SMARD-Konzeptes dürfte der dort vorgesehene (mengengleiche) Verkauf von gespeichertem Strom zu einem späteren Zeitpunkt am Strommarkt (Strombörse oder Verbraucher über entsprechend angepasste Verträge) sein. Möglicherweise lässt sich dieses Vorgehen durch eine Verpflichtung zur Übernahme von Verlusten bei einer Abregelung von überschüssigem Strom aus EE-Anlagen vollständig oder zumindest in einem bestimmten Umfang als „Korrektiv“ einsetzen, um eine durch das Unbundling-Regime zu verhindernde Wettbewerbsverzerrung ausschließen zu können.

Daran gemessen ergibt sich für die Ausarbeitung des unionsrechtlich vorgegebenen Gestaltungsspielraums folgende Arbeitsgliederung:

- Umfang und rechtliche Voraussetzungen, nach dem Netzbetreiber Speicheranlagen errichten und betreiben dürfen (Art. 36 Abs. 1 Nr. 1 Entwurf-Richtlinie).
- Grundsätzliche Beschränkung auf Steuerung des Verteilnetzes?
- Reichweite einer Netzsteuerung vor Ort, gibt das Unionsrecht eine enge oder eine weite Auslegung vor?
- Welche Tätigkeiten fallen unter eine Netzsteuerung vor Ort (vgl. im Detail unter b)aa)?
- Lässt sich unter die vorgenannte Aufgabe auch die Aufnahme überschüssigen Stroms aus EE-Anlagen zur Verhinderung von Netzüberlastungen bzw. zur

Verringerung einer andernfalls durchzuführenden Abregelung von Netzkapazitäten übersteigenden Strom aus EE-Anlagen fassen? Wenn ja, in einem vorgegebenen Umfang (nicht mehr als 10%)?

- Lässt sich vorgenannte Auslegung von verschiedenen Tätigkeiten einer Netzsteuerung mit der unionsrechtlich vorgegebenen Grenze eines Markteingriffs vereinbaren?
- Welche unionsrechtlichen Gestaltungsspielräume ergeben sich jenseits der Grenze einer Netzsteuerung im Sinne der Richtlinie?
- Beschreibung des Rahmens für eine Ausnahme durch Mitgliedsstaaten (Art. 36 Abs. 2)
 - Kein Interesse Dritter, nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens (rechtzeitig) Speicheranlagen zu vertretbaren Kosten zu errichten und zu betreiben.
 - Netzbetreiber benötigen Anlagen, um ihre Verpflichtungen zur Gewährleistung eines leistungsfähigen, zuverlässigen und sicheren Betriebs der Verteilnetze zu erfüllen.
 - Sonstige Anforderungen (z.B. Prüfung der Ausnahme durch Regulierungsbehörde)
- Wirtschaftlich verbleibender Spielraum
 - Schließt Unionsrecht einen Betrieb zur Gewährleistung eines sicheren Netzbetriebes bei gleichzeitiger Vermarktung von gespeichertem Strom zu einem späteren Zeitpunkt per se aus?
 - Funktion einer Verpflichtung zur Übernahme von Entschädigungen über einen festgelegten Prozentsatz.
- Vorgaben für die Ausgestaltung zur Vergabe von Dienstleistungsverträgen für die Errichtung und den Betrieb von Speichern mit Dritten (Art. 32 Abs. 1 Unterabsatz 1)
 - Verhältnis einer Errichtung und des Betriebs von Speichern in Eigenregie und Vergabe über Dienstleistungsverträge
- Ausarbeitung von Eckpunkten des konkreten für den nationalen Gesetzgeber verbleibenden Gestaltungsspielraums zur Umsetzung des SMARD-Konzeptes

b) Nationales Recht

Die Ausgestaltung des nationalen Rechts hängt entscheidend von der finalen Fassung der novellierten Richtlinie und dem danach verbleibenden Gestaltungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber ab.

Danach stehen folgende Aspekte (Gliederungspunkte) im Mittelpunkt:

aa) EnWG

- Anwendbarkeit der Entflechtungsvorschriften auf die Errichtung und den Betrieb von Speicheranlagen, Gemeinsamkeiten/Unterschiede gegenüber dem Betrieb von Netzen
- Definition, Umfang eines Einsatzes zur Sicherstellung der Netzversorgung, Erweiterung des Einsatzbereiches, insgesamt bezüglich folgender Tätigkeiten
 - Betrieb eines Speichers zur Zwischenspeicherung von Verlustenergie (gem. § 2 Nr. 12 StromNZV, die zum Ausgleich physikalisch bedingter Netzverluste benötigte Energie)
 - Erzeugung von Blindleistung zum Ausgleich von Spannungsschwankungen
 - Betrieb eines Speichers durch Angebot freier Speicherkapazitäten (durch einen Unternehmensteil) für den Netzbetreiber
 - Betrieb eines Speichers als Flexibilitätsoption z.B. als Alternative zum Netzausbau (z.B. Generierung technischer Kapazitäten, um Peaks verhindern zu können).
 - Bedeutung eines Ausbaus von Speichern, um die Abregelung von überschüssigem Strom aus EE-Anlagen unter einem bestimmten Umfang (Prozentsatz) zu halten
- Grenze, durch Vordringen bestimmter Tätigkeiten/Umfänge einzelner Tätigkeiten in einen marktbezogenen Bereich/Konsequenzen

- Ausgestaltung, Vorgaben, Formulierungsmöglichkeiten für eine vom nationalen Gesetzgeber zu gestaltende Ausnahme gem. Art. 36 Abs. 2 Entwurf-Richtlinie.
- Auswirkungen/Ausgestaltungen für bestimmte Entflechtungsaufgaben
 - Rechtliche Entflechtung,
 - Operationelle Entflechtung,
 - Informationelle und buchhalterische Entflechtung
 - Geringere Entflechtung für nicht vertikal integrierte Netzbetreiber rechtlich nach Novellierung noch vertretbar

bb) StromNEV

- Abbildung als umwälzungsfähige Kosten gem. §§ 13, 14 i.V.m. Anlage 2 (Kostenstellen)
- Grenzen
- Darstellung, Berücksichtigung von Renditeerwartungen
- Konkreter Prüfungspunkt für die Regelung zur Verpflichtung von Entschädigungszahlungen (Abregelung mehr als 10%)

cc) EEG

- Speicherung durch anschließende Rückspeisung als Stromerzeugung, entsprechender Anfall EEG-Umlage/Befreiungsmöglichkeiten
- Mechanismus einer geringeren EEG-Umlage bei vermiedenen Abregelungen

Mit freundlichen Grüßen


Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt


Dr. Markus Behnisch
Rechtsanwalt