

Statkraft –
Entwurf eines Referentenentwurfs
des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz
Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschafts-
rechts an unionsrechtliche Vorgaben („EnWG-E“)

Statkraft bedankt sich für die Möglichkeit der Stellungnahme.

I. Zugang zu den Energieversorgungsnetzen, § 20 Abs. 1a EnWG-E

Der Vorschlag der Entwurfsfassung diskriminiert die Erzeugung und Vermarktung von Strom aus solarer Strahlungsenergie und Windenergie, er hemmt damit den Ausbau von Windkraft- und Photovoltaikanlagen, er verursacht energieökonomische Widersprüche und er verstößt gegen sekundäres Unionsrecht.

1. Erfolgspflicht widerspricht der Realität in einem System mit überwiegend Erneuerbaren Energien

Die gesetzliche Vermutung, dass bei Auftreten einer Bilanzabweichung ein pflichtwidriges Handeln des Bilanzkreisverantwortlichen vorliegt, widerspricht der energiewirtschaftlichen Realität.

- **Insbesondere physische Einspeisungen aus Windkraftanlagen sowie Photovoltaikanlagen können vom Bilanzkreisverantwortlichen nur unter Unsicherheit prognostiziert, nicht hingegen mit mathematischer Exaktheit im Vorhinein bestimmt werden.** Dementsprechend treten bei allen Bilanzkreisverantwortlichen, die physische Einspeisungen aus Windkraft- und Photovoltaikanlagen vermarkten, in jeder Viertelstunde Prognosefehler und daraus resultierende Bilanzabweichungen unterschiedlichen Umfangs auf.
 - Prognosen über fluktuierende Erzeugung können mit demoskopischen Vorhersagen verglichen werden: In der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland hat es noch keine Bundestags- oder Landtagswahl gegeben, in der Umfragen vor der Wahl, am Wahltag selbst oder selbst nach der Wahl um 18 Uhr dem amtlichen Endergebnis bis auf die Nachkommastelle entsprochen haben; ebenso verhält es sich mit Prognosen über die Erzeugung aus insbesondere Wind-, aber auch Solarkraftanlagen.
 - Prognosen über fluktuierende Erzeugung können auch mit Vorhersagen über Niederschlag verglichen werden: Es gibt keine Wettervorhersage, die genau sagen kann, wann und wo es regnen wird. Wettervorhersagen geben vielmehr Indikationen, aus denen z.B. Fußgänger ableiten können, ob sie mit oder ohne Regenschirm unterwegs sein sollten. Wann genau der Schirm aufgespannt werden sollte, lässt sich aus den Vorhersagen jedoch nicht ableiten.
 - Der Gesetzesvorschlag läuft darauf hinaus, dass im Falle von Bilanzabweichungen stets ein pflichtwidriges Verhalten von Bilanzkreisverantwortlichen zu vermuten ist und dies in Bezug auf 96 Stunden pro Tag und auf 35.050 Viertelstunden im Jahr.

Eine solche Vermutung konfiguriert nicht nur mit der Realität, sie stellt zudem insbesondere Bilanzkreisverantwortliche, die Wind- und Solarstromerzeugung verantworten, unter einen ständigen Rechtfertigungszwang. Das geht mit dauerhaft belastenden erheblichen Dokumentationspflichten und Compliance-Risiken einher. **Besonders bedenklich ist aber, dass eine solche Vermutung Anreize zum Ausbau von Windkraftanlagen und Photovoltaikanlagen hemmt, gleichermaßen die Kosten der Einspeisung von Strom aus solchen Anlagen erhöht und damit in einem eklatanten Widerspruch zu den übergeordneten energiepolitischen Zielen der Bundesregierung steht.**

- Dies wird besonders deutlich, wenn man sich die Unterschiede zwischen konventioneller und erneuerbarer Stromerzeugung vor Augen führt. Konventionelle Kraftwerke können so gesteuert werden, dass sie die gewünschte Erzeugung jederzeit nahezu exakt bereitstellen. Bei Bilanzkreisverantwortlichen mit konventionellen Erzeugungsportfolios treten Bilanzabweichungen daher nur unregelmäßig, etwa aufgrund von Kraftwerksausfällen, auf. Eine Vermutung bilanzkreistreuwidrigen Verhaltens trüfe den Bilanzkreisverantwortlichen mit konventionellem Erzeugungsportfolio daher nur selten. Er hätte keine gesteigerten Bürokratiekosten und Compliance-Risiken zu erwarten. Ganz anders der Bilanzkreisverantwortliche mit einem fluktuierenden Erneuerbaren-Energien-Portfolio: Er kann aufgrund der nur mit Unsicherheit zu prognostizierenden Wind- oder Solarerzeugung einen exakten Ausgleich seines Bilanzkreises niemals gewährleisten. Um dem Verdacht des Pflichtverstoßes vorzubeugen, müsste er seine Erzeugungsanlagen auf ein grundlastfähiges Niveau abregeln – eine für das Ziel des Ausbaus der Erneuerbaren-Energien dramatische Konsequenz. § 20a Abs. 1 S. 9 EnWG stellt Bilanzkreisverantwortliche mit fluktuierenden Erzeugungsportfolios daher vor ein Dilemma: Entweder sie halten verfügbare erneuerbare Kapazitäten zurück und veranlassen damit eine CO₂-intensivere Stromerzeugung oder aber sie nutzen ihre Kapazitäten uneingeschränkt und üben damit eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, die stets mit dem Makel des Rechtswidrigkeitsanscheins behaftet ist.

2. Pflicht zur Vermeidung jeglicher Bilanzabweichungen verstößt gegen Unionsrecht

§ 20 Abs 1a S 9 EnWG-E statuiert die Verpflichtung des Bilanzkreisverantwortlichen, Bilanzkreise stets vollständig auszugleichen. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: *„Dabei ist es insbesondere nicht statthaft, eine Unausgeglichenheit des Bilanzkreises unter Verweis auf den Netzregelverbundsaldo oder den Ausgleichsenergiepreis anzustreben oder in Kauf zu nehmen.“* Die Inkaufnahme systemstützender Bilanzabweichungen im Interesse der Stabilität des gesamten Netzregelverbundes wäre ausweislich des Gesetzentwurfes unzulässig. Die Verpflichtung des Bilanzkreisverantwortlichen, Bilanzabweichungen stets und unter allen Umständen zu vermeiden, verstößt jedoch gegen Unionsrecht.

- Das insoweit zwingende europäische Recht ist eindeutig. Art. 17 Abs. 1 S. 1 der Verordnung (EU) 2017/2195 zur Festlegung einer Leitlinie über den Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem („EB-VO“) besagt: *„Jeder Bilanzkreisverantwortliche bemüht sich in Echtzeit darum, den eigenen Bilanzkreis auszugleichen“*

oder das Elektrizitätsversorgungssystem zu stützen.“ Das Unionsrecht lässt dem Bilanzkreisverantwortlichen also die Wahl, ob er seinen eigenen Bilanzkreis unter allem Umständen ausgleichen möchte oder im Interesse der Netzstabilität und der Vermeidung des Einsatzes von Regelenergie im gesamten Netzregelverbund eine Unausgeglichenheit seines Bilanzkreises in Kauf nimmt. **Das Unionsrecht gestattet nicht, dass der nationale Gesetzgeber eine dieser beiden Optionen durch ein Verbot ausschließen darf;** die EB-VO überträgt den Mitgliedstaaten insoweit keine Entscheidungskompetenz.

- Das Unionsrecht sieht vielmehr vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden mittels des Ausgleichsenergiepreises Anreize setzen können, ob Bilanzkreisverantwortliche systemstützend (im Interesse der Netzstabilität des gesamten Regelverbundes) oder systemneutral bilanzieren. Genehmigt die nationale Regulierungsbehörde einen einheitlichen Ausgleichsenergiepreis, reizt sie zum systemstützenden Bilanzieren an; durch einen dualen Ausgleichsenergiepreis kann sie hingegen Anreize zu einem systemneutralen Bilanzieren setzen.¹ Die Bundesnetzagentur hat für die gesamte deutsche Regelzone einen einheitlichen Ausgleichsenergiepreis (reBAP) genehmigt und wiederholt bestätigt. Bilanzkreisverantwortliche haben in Deutschland deshalb einen erheblichen finanziellen Anreiz, die Stabilisierung des deutschen Netzregelverbunds gegenüber dem Ausgleich des eigenen Bilanzkreises zu priorisieren. Außerdem stellt die in den vergangenen Jahren mehrmals angepasste Berechnung des reBAP sicher, dass unter keinen Umständen ein systemschädliches Bilanzkreiskreisungleichgewicht einen finanziellen Vorteil für den Bilanzkreisverantwortlichen generieren kann. Die gelebte Praxis hat außerdem gezeigt, dass sich im langfristigen Vergleich durch den liquiden Intradaymarkt und die sich aus dem reBAP ergebenden Anreize zur Systemstützung der Einsatz von Regelenergie deutlich reduziert hat, bei gleichzeitigem rasantem Anstieg des Anteils erneuerbarer Energien im System. Würde der Gesetzgeber das systemstützende Bilanzieren gleichwohl verbieten, bestünde ein erheblicher Widerspruch zwischen einem dann ohnehin unionsrechtswidrigen nationalen Regulierungsrahmen und den vom Ausgleichsenergiepreis ausgehenden Anreizen, mit denen Bilanzkreisverantwortliche in Deutschland viertelstündlich konfrontiert sind.

Aus den vorgenannten Gründen schlagen wir vor, die Regelung in § 20 Abs. 1a Satz 9 EnWG-E durch den von uns vorgeschlagenen Satz zu ersetzen, der dem Wortlaut des Artikel 17 Abs. 1 S. 1 EB-VO entspricht. Damit wäre die Novellierung der in Rede stehenden Vorschrift unionsrechtskonform und überlässt es – genau wie von ACER festgestellt – der Bundesnetzagentur, durch eine entsprechende Gestaltung des reBAP, Anreize für die eine oder die andere Bilanzierungsmethode zu setzen. Außerdem muss den

¹ Darauf weist auch die europäische Energieagentur ACER ausdrücklich hin: „*The balancing energy prices should have a signalling effect that incentivises both BSPs and BRPs to adjust their behaviours as a response to market conditions. This is reflected in the balancing settlement principles. In particular, pursuant to Article 44(1)(c) of the EB Regulation, the imbalance settlement shall provide incentives to BRPs to be in balance or help the system to restore its balance. The optionality ('or') in this provision reflects the national choice between the EU target model of a single imbalance pricing or the allowed option of the dual imbalance pricing when implementing the methodology for the harmonisation of the main features of imbalance settlement pursuant to Article 52(2) of the EB Regulation. An incentive for BRPs to help the system to restore its balance applies in case all BRP imbalances are settled against a single imbalance price, as BRPs are then incentivised to have an imbalance opposite to the direction of the total system imbalances and as such reduce the BRPs overall payment for imbalances or even get paid by the TSO. An incentive for BRPs to be in balance, meaning having a zero BRP imbalance, only applies in case both positive and negative imbalances of each BRP are payable to the TSO and, according to Table 2 of the EB Regulation, for this they need to be settled against different imbalance prices, which is the dual imbalance price system“ (ACER, Decision No 03/2022, Rn. 61).*

Besonderheiten der volatilen Erzeugung des Stroms aus erneuerbaren Energien bei der Bilanzkreisbewirtschaftung und Bilanzierung Rechnung getragen werden.

Vorschlag:

Ersetzung von Satz 9 durch den Text aus Artikel 17 Abs.1 S. 1 EB-VO und Ergänzung eines Satzes am Ende:

*„Zwischen dem Bilanzkreisverantwortlichen und dem jeweils regelzonenverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber muss ein Vertrag über die Führung, Abwicklung und Abrechnung von Bilanzkreisen (Bilanzkreisvertrag) geschlossen werden. Der Bilanzkreisverantwortliche trägt die finanzielle Verantwortung für Bilanzkreisabweichungen. **Er bemüht sich in Echtzeit darum, den eigenen Bilanzkreis auszugleichen oder das Elektrizitätsversorgungssystem zu stützen. Den Besonderheiten bei der Bilanzierung aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms ist dabei Rechnung zu tragen.** Er ist verpflichtet, seinen Bilanzkreis vollständig auszugleichen, es sei denn, eine Abweichung war auch unter Anwendung sorgfältiger Prognosen oder aus anderen Gründen, die der Bilanzkreisverantwortliche nicht zu vertreten hat, unvermeidbar.“*

Die Begründung zum Gesetzesentwurf ist entsprechend anzupassen.

II. Zugang zu den Energieversorgungsnetzen, § 20 Abs. 3 und 4 EnWG-E

Unabhängig von den Ausführungen zu § 20 Abs. 1a S. 9 EnWG-E sollte auch in § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 EnWG-E klargestellt werden, dass die finanziellen Bilanzierungsanreize zum regulatorischen Bilanzierungsrahmen passen und die Bundesnetzagentur Ausgleichsenergiepreis und regulatorischen Rahmen im Einklang miteinander auszugestalten hat. Zumindest sollte dies im Rahmen der Gesetzesbegründung klargestellt werden.

Treten in einem Bilanzkreis Abweichungen auf, stellt der regelzonenverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber dem Bilanzkreisverantwortlichen Ausgleichsenergie zur Verfügung, die diese Bilanzabweichungen glattstellt. Die bereitgestellte Ausgleichsenergie wird mit dem Ausgleichsenergiepreis abgerechnet. Der zentrale Zweck des Ausgleichsenergiepreises besteht darin, Bilanzkreisverantwortliche zum bilanzkreistreuen Verhalten anzureizen. Selbstredend dürfen die vom Ausgleichsenergiepreis ausgehenden Anreize deshalb nicht die regulatorischen Pflichten konterkarieren, mit denen Bilanzkreisverantwortliche konfrontiert sind. Besteht ein Widerspruch zwischen den vom Ausgleichsenergiepreisen ausgehenden Bilanzierungsanreizen und den regulatorischen Pflichten, stünden Bilanzkreisverantwortliche vor dem Dilemma, sich entweder rechtmäßig oder wirtschaftlich zu verhalten; das kann in einem Rechtsstaat aber nicht gewollt sein. Das Gebot, dass Ausgleichsenergiepreise und regulatorische Pflichten für Bilanzkreisverantwortliche miteinander im Einklang stehen müssen, folgt außerdem aus dem Unionsrecht, denn gem. Art. 44 Abs. 1 Buchst. f EB-VO dürfen vom Ausgleichsenergiepreis keine verzerrenden Anreize ausgehen.

Vorschlag:

Nach dem Wort „Energiemengenprognose“ in § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 EnWG-E, der wie folgt lautet:

„der Ausgestaltung des Bilanzierungssystems, insbesondere zur Einrichtung und Abwicklung von Bilanzkreisen, der bilanziellen Zuordnung von Energiemengen, den Verfahren und den Bedingungen der Abwicklung von Energielieferungen, der Abrechnung und dem Ausgleich der Energiemengen in Bilanzkreisen, den Kriterien einer missbräuchlichen Über- oder Unterspeisung von Bilanzkreisen und der Energiemengenprognose“

folgenden Halbsatz anfügen:

„wobei sicherzustellen ist, dass die regulatorischen Pflichten für Bilanzkreisverantwortliche und die vom Ausgleichsenergiepreis ausgehenden Anreize im Einklang zueinanderstehen“.

III. Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur zur Einbeziehung weiterer grenzüberschreitender Elektrizitätsverbindungsleitungen; Abweichungsbefugnis, § 28i EnWG-E

Die geplante Regelung steht in keinem Zusammenhang mit der Umsetzung des EuGH-Urteils und ist eine unzulässige Einzelfallgesetzgebung mit enteignender Wirkung, die zudem gegen die investitionsschutzrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland verstößt. Aus diesem Grund nimmt Statkraft - als Alleineigentümer der Baltic Cable AB - wie folgt Stellung:

1. Unzulässige Einzelfallgesetzgebung

Der geplante § 28i EnWG-E soll die Einbeziehung bestehender grenzüberschreitender Verbindungsleitungen in die Vorgaben zur Interkonnektorregulierung ermöglichen. Derartige Interkonnektoren stehen üblicherweise unmittelbar oder mittelbar im Eigentum der landseitigen Strom-Übertragungsnetzbetreiber und werden von diesen als Teil ihres regulierten Netzes betrieben. Soweit bekannt ist deshalb die Baltic Cable AB der einzige von anderen Netzbetreibern unabhängige Betreiber einer bestehenden grenzüberschreitenden Verbindungsleitung. Die Baltic Cable AB ist daher der einzige mögliche Adressat der geplanten Regelung, die offensichtlich nur erlassen werden soll, weil die Baltic Cable AB derzeit noch in Verwaltungsverfahren und vor Gericht mit der Bundesnetzagentur über die inhaltliche Ausgestaltung ihrer Verpflichtungen streitet.

Vor diesem Hintergrund ist die geplante Regelung schon ein verfassungswidriges Einzelfallgesetz. Ein solches liegt vor, wenn grundrechtsbeschränkende gesetzliche Regelungen nicht allgemein sind, sondern nur für den Einzelfall gelten (Art. 19 Abs.1 Satz 1, Abs. 3 GG). Ein Gesetz ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dabei nur dann „allgemein“, wenn nicht nur ein einmaliger Eintritt der vorgesehenen Rechtsfolgen möglich ist. Die Regelung muss vielmehr nach der Art der in Betracht kommenden Sachverhalte geeignet sein, unbestimmt viele Fälle zu regeln. Eine nur abstrakt-generelle Formulierung darf dabei ausdrücklich nicht zur Verschleierung einer einzelfallbezogenen Regelung genutzt werden (BVerfG, Urteil vom 02.03.1999, BVerfGE 99, 367-401, Rn. 123 ff.,

m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt: Das einzige von der Regelung potenziell betroffene Unternehmen ist vorliegend Baltic Cable AB.

Zudem dient die geplante Regelung offenbar nur dazu, den von der Baltic Cable AB vor dem OLG Düsseldorf geführte Gerichtsverfahren zu Gunsten der Bundesnetzagentur zu erledigen. Damit würde der Gesetzgeber die Rechtsschutzgarantie der Baltic Cable AB aus Art. 19 Abs. 4 GG unverhältnismäßig beschränken.

Weiter fehlt jede Rechtfertigung dafür, ein schwedisches Unternehmen wie die Baltic Cable AB kraft gesetzlicher Anordnung in die deutsche Regulierung einzubeziehen. Baltic Cable AB gewährt keinen Netzzugang nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland, denn es gibt keine an das Netz angeschlossenen Netznutzer. Der Firmensitz ist in Schweden, die Erlöse werden in Schweden verbucht und die Gesellschaft in Schweden bilanziert.

2. Eingriff in Eigentumsfreiheit

Die Regelung ist ferner verfassungswidrig, weil sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in Eigentum und Geschäftsbetrieb der Baltic Cable AB darstellt. Die Baltic Cable AB hat keine an das Kabel angeschlossenen Netznutzer, ihre einzige Einnahmequelle sind die Engpasserlöse aus dem regulierten Versteigerungsverfahren. Diese Erlöse gehen nicht als Kosten in Netzentgelte ein, sondern sind Teil der wettbewerblichen Preisbildung auf den Strommärkten. Anders als die Netze landseitiger Übertragungsnetzbetreiber ist das Unterseekabel daher nie über von Lieferanten und Letztverbrauchern gezahlte Netznutzungsentgelte finanziert worden. Anders als bei landseitigen Übertragungsnetzbetreibern gibt es deshalb keine Notwendigkeit und demnach auch keine verfassungsmäßige Rechtfertigung, diese Erlöse abzuschöpfen, wie dies bei Anwendung der Interkonnektorregulierung der Fall wäre. Die Interkonnektorregulierung in §§ 28d ff. EnWG wurde zudem eingeführt, um für Investitionen in neue Interkonnektoren ein stabiles und regulatorisch abgesichertes Umfeld zu bieten. Diese Zielbestimmung greift für den bestehenden Interkonnektor der Baltic Cable AB nicht. Im Gegenteil: Der EuGH hat bereits bestätigt, dass die Baltic Cable AB der europäischen Interkonnektorregulierung unterfällt und Baltic Cable AB hält sich an diese Vorgaben, überwacht durch die schwedische Regulierungsbehörde. Die Einbeziehung in die deutsche Netzregulierung ist daher weder geeignet noch erforderlich, um den Zielen der Netzregulierung zur Geltung zu verhelfen. In Anbetracht der massiven Auswirkungen auf ausschließlich die Baltic Cable AB ist die geplante Regelung daher auch unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

3. Verstoß gegen Investitionsschutzrecht

Der geplante § 28i EnWG-E verstößt gegen die investitionsschutzrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus dem Energiecharta-Vertrag (in englischer geläufiger Fassung Energy Charter Treaty oder „ECT“) gegenüber der Baltic Cable AB (Schweden). Die Verletzung des ECT berechtigt zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor einem ICSID-Schiedsgericht in Washington, DC, wobei sich der Schaden voraussichtlich in Milliardenhöhe bewegen und letztlich dem norwegischen Staat entstehen würde.

a) ECT als Rechtsgrundlage

Der ECT ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der sowohl für das Königreich Schweden („Schweden“) – dem Sitz der Baltic Cable AB – als auch für die Bundesrepublik Deutschland („Deutschland“) gilt. Deutschland hat den ECT am 14. März 1997 ratifiziert; der ECT ist per 16. April 1998 in Kraft getreten. Schweden hat den ECT am 13. November 1997 ratifiziert; der ECT ist ebenfalls per 16. April 1998 in Kraft getreten. Die deutsche Ankündigung eines Ausstiegs aus dem ECT im November 2022 ist irrelevant, da ein Austritt bislang nicht nur nicht erfolgt ist, sondern die Verpflichtungen aus dem ECT selbst nach einem Ausstieg noch 20 Jahre weitergelten würden (Art. 47 Abs. 3 ECT).

b) Baltic Cable AB als Investorin

Baltic Cable AB ist eine „Investorin“ im Sinne des ECT, weil sie eine schwedische Gesellschaft ist (Art. 1 Abs. 7 lit. (a) (ii) ECT). Das von der Baltic Cable AB gehaltene und betriebene Unterseekabel zwischen Schweden und Deutschland ist auch eine „Investition“ im Sinne des ECT, weil es sich um eine im Eigentum der Baltic Cable AB befindliche energiebezogene Sache handelt (Art. 1 Abs. 6 lit. (a) ECT). Es ist irrelevant, dass die Baltic Cable AB das Kabel bereits seit 1994 betreibt. Denn der Investitionsbegriff des ECT erstreckt sich auf zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits existierende Investitionen (Art. 1 Abs. 6 aE ECT).

c) Schadenersatz wegen Verletzung berechtigter Interessen und rechtswidriger Enteignung

Die nach § 28i EnWG-E gestattete Festlegung der Bundesnetzagentur würde die völkervertragsrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands nach Art. 10 ECT verletzen, u.a. weil in rechtswidriger und insbesondere unverhältnismäßiger Art und Weise in geschützte berechnete Erwartungen der Baltic Cable AB eingegriffen würde. Zudem würde es sich um eine rechtswidrige Enteignung nach Art. 10 ECT handeln.

Nach Art. 10 ECT ist Deutschland verpflichtet, stabile, gerechte, günstige und transparente Bedingungen für Investoren anderer Vertragsparteien zu fördern und zu schaffen, hier geht es also um genau das soeben im verfassungsrechtlichen Kontext beschriebene stabile und regulatorisch abgesicherte Umfeld. Diese Bedingungen umfassen die Verpflichtung, den Investitionen von Investoren anderer Vertragsparteien stets eine faire und gerechte Behandlung zu gewähren (sog. FET-Standard). Teil des FET-Standards ist der Schutz berechtigter Erwartungen ebenso wie die Einhaltung der Grundsätze eines ordnungsgemäßen und rechtstaatlichen Verfahrens. Baltic Cable AB war seit Tätigung der Investition berechnete, das Unterseekabel wirtschaftlich optimal einzusetzen und Gewinne zu erzielen, einschließlich von Engpasserlösen. Diese Gewinne, inklusive der Engpasserlöse, korrespondieren mit der Tragung des gesamten unternehmerischen Risikos durch Baltic Cable AB. Z.B. im Jahr 2018 war das Unterseekabel stark beschädigt, weshalb Baltic Cable AB einen erheblichen Verlust erlitt. Die durch die geplante Gesetzesänderung ermöglichte Abschöpfung von Engpasserlösen verletzt die seit spätestens 2010 bestehende Planungssicherheit der Baltic Cable AB. Auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache C-454/18 vom 11. März 2020 wird verwiesen. Der Europäische Gerichtshof hält fest, dass Transportnetzbetreiber, deren alleiniger Geschäftszweck der Betrieb von Interkonnektoren ist, in concreto Baltic Cable AB, einen Anspruch darauf haben, ihr Geschäft unter akzeptablen finanziellen Bedingungen zu führen, wozu auch die Erzielung eines

angemessenen Gewinns gehört, einschließlich der Verwendung eines Teils von Engpasserlösen (Absätze 76 – 78 der Entscheidung).

Die geplante Gesetzesänderung verletzt den FET-Standard zudem deshalb, weil sie wie dargestellt nach deutschen verfassungsrechtlichen Grundsätzen rechtswidrig ist. Es handelt sich nämlich um ein das Eigentumsgrundrecht von Baltic Cable AB am Unterseekabel beeinträchtigendes Einzelfallgesetz (Art. 19 Abs. 3, Abs. 1 Satz 1 GG). Der geplante § 28i EnWG-E ist keine allgemeine Regelung, sondern gilt der Sache nach nur und willkürlich für den Einzelfall.

Nach Art. 13 ECT ist Deutschland verpflichtet, Investitionen von Investoren anderer Vertragsparteien nicht zu verstaatlichen oder einer gleichartigen Maßnahme zu unterziehen („Enteignung“), sofern diese Enteignung nicht bestimmte Voraussetzungen erfüllt, zu denen u.a. die Zahlung einer wertentsprechenden Entschädigung gehört (Art. 13 Abs. 1 d) ECT). Die über § 28i EnWG-E gestattete Anwendung von § 28 h EnWG würde zu einer Verpflichtung der Baltic Cable AB führen, Engpasserlöse herauszugeben. Engpasserlöse sind Teil des Gewinns, den die Baltic Cable AB mit dem Betrieb ihrer rechtmäßigen Investition erzielt. Eine Gewinnabschöpfung stellt eine solche Enteignung im Sinne des ECT dar.

Eine Verletzung der völkervertragsrechtlichen Verpflichtungen aus dem ECT führt zu einer Schadenersatzverpflichtung. Der Schaden erstreckt sich typischerweise auf den erwarteten (abgezinsten) Gewinn über die Lebenszeit der Investition. Die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Achmea* und *Komstroy* und die damit einhergehende Rechtsauffassung, dass investitionsschutzrechtliche Ansprüche mangels wirksamer Schiedsvereinbarung in einem intra-EU Verhältnis nicht geltend gemacht werden können, schützt Deutschland nicht vor der Geltendmachung von auf den ECT gestützten Schadenersatzansprüchen seitens Baltic Cable AB vor einem ICSID-Schiedsgericht und gegen die Durchsetzung eines ICSID-Schiedsspruchs, jedenfalls nicht in Bezug auf Vermögenswerte außerhalb der EU. Deutschland verfügt über diverse außerhalb der EU gelegene Vermögenswerte, die nicht von Immunität geschützt sind. Es ist schließlich festzustellen, dass insbesondere außerhalb der EU ansässige (Schieds-) Gerichte die Auffassung des EuGH zur angeblichen Unwirksamkeit von intra-EU ECT-Schiedsvereinbarungen nicht teilen. Diverse Entscheidungen betreffend die Vollstreckung von Schiedssprüchen gegen das Königreich Spanien sind insofern instruktiv.

Vorschlag:

Ersatzlose Streichung von § 28i EnWG-E.

IV. Anpassung § 118 Abs. 6 Sätze 1 und 2 EnWG

1. Batterien

Vor dem Hintergrund zunehmender Erzeugung von erneuerbarer Energie, insbesondere aus PV-Anlagen, wird die Bedeutung von Batterien als Tagesspeicher deutlich zunehmen. Um Investitionen in die dafür notwendigen Batteriespeichersysteme weiterhin attraktiv zu gestalten,

wird die Netzentgeltbefreiung für Batterien auch nach 2026 weiter benötigt werden. Die Entwicklung dieser Projekte beginnt bereits heute.

Vorschlag: Anpassung § 118 Abs.6 Satz 1 EnWG

„Nach dem 31. Dezember 2008 neu errichtete Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie, die ab 4. August 2011, ~~innerhalb von 15 Jahren~~ in Betrieb genommen werden, sind für einen Zeitraum von 20 Jahren ab Inbetriebnahme hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt.“

2. Pumpspeicher

Netzentgelte für den Pumpstrom stellen eine erhebliche Kostenbelastung für Pumpspeicherkraftwerke dar. Die zeitliche Begrenzung der Befreiung von Netzentgelten nach § 118 Abs. 6 auf 10 Jahre sollte schnellstmöglich abgeschafft werden. Haben Pumpspeicherbetreiber investiert, sollten sie dauerhaft von der Befreiung profitieren können.

Alternativ sollte klargestellt werden, dass die Befreiung gemäß § 118 Abs. 6 EnWG auch mehrmals genutzt werden kann. Hierzu muss eine Entscheidung schnellstmöglich getroffen werden, weil viele Pumpspeicherkraftwerke ihre Befreiung von der Zahlung von Netzentgelten bereits 2024 verlieren werden. Eine Vergrößerung der Speicher bzw. eine Leistungserhöhung erfordert mindestens zwei Jahre Vorlaufzeit für Genehmigungsverfahren und die Beschaffung der entsprechenden Komponenten, so dass diese Projekte kurzfristig begonnen werden müssen. Aktuell liegt dafür jedoch keine Investitionssicherheit vor.

Vorschlag: Anpassung § 118 Abs.6 Satz 2 EnWG

„Pumpspeicherkraftwerke, deren elektrische Pump- oder Turbinenleistung nachweislich um mindestens 7,5 Prozent oder deren speicherbare Energiemenge nachweislich um mindestens 5 Prozent nach dem 4. August 2011 erhöht wurden, sind ~~für einen Zeitraum von zehn Jahren ab Inbetriebnahme~~ hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt.“

Statkraft ist international führend in Wasserkraft und Europas größter Erzeuger erneuerbarer Energie. Der Konzern erzeugt Strom aus Wasser, Wind, Sonne und Gas, liefert Fernwärme und ist weltweit ein bedeutender Akteur im Energiehandel. Statkraft beschäftigt 5.300 Mitarbeiter in 21 Ländern.