

20. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Klimaschutz und
Energie

Ausschussdrucksache **20(25)263**

6. Dezember 2022

Stellungnahme

Dr. Olaf Däuper
Rechtsanwalt

**zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP
Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Strompreisbremse und zur Änderung
weiterer energierechtlicher Bestimmungen**

BT-Drucksache 20/4685



BECKER BÜTTNER HELD

Stellungnahme vor dem Ausschuss für Klimaschutz und Energie des Deutschen Bundestages zum

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Strompreisbremse und zur Änderung weiterer energierechtlicher Bestimmungen (SPBG-E) – BT-Drs. 20/4685
Stand: 29.11.2022

mit Bezügen zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Preisbremsen für leitungsgebundenes Erdgas und Wärme und zur Änderung weiterer Vorschriften (EWPBG-E) – BT-Drs. 20/4683
Stand: 29.11.2022

Dr. Olaf Däuper

Rechtsanwalt

Partner

Tel +49(0)30 611 28 40-15

olaf.daeuper@bbh-online.de

Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater | PartGmbH

Magazinstraße 15-16 · 10179 Berlin

www.die-bbh-gruppe.de



A. Grundsätzliches zu den Preisbremsen und Rolle der Energieversorgungsunternehmen

Vor dem Hintergrund der Entwicklung der Energiemärkte seit dem Beginn des russischen Angriffskriegs am 24.02.2022 enthält der vorliegende Gesetzesentwurf insgesamt Regelungen, die zu einer effektiven, effizienten und zügigen Umsetzung von notwendigen Entlastungen für Letztverbraucher beitragen. Dabei enthält der Entwurf des SPBG - wie auch der des EWPBG - weitreichende Eingriffe in die liberalisierten Energiemärkte mit erheblichem Potential für unbeabsichtigte, ggf. sogar kontraproduktive Folgewirkungen. Auch ist der Ausstieg aus dieser „Sonderregulierung für die Energiemärkte“ für die Übergangszeit bis Ende April 2024, zu dem sich das neue Normal eingestellt haben sollte, von Anfang an mitzubedenken.

An dieser Stelle sei folgende „Befürchtung“ gleich zu Beginn erwähnt: Ab dem 01.01.2023 wird der Preiswettbewerb in den Energiemärkten durch die Preisdeckel für bestimmte Mengenkontingente in weiten Teilen nivelliert, mit entsprechenden Folgewirkungen auch auf die Marktstufe der Energiebeschaffung. Sofern sich im neuen Normal die Beschaffungspreise wieder auf einem niedrigeren Niveau einpendeln und sich auch der Preiswettbewerb wieder frei entfalten darf, muss der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, dass nicht diejenigen EVU, die in den schwierigen Zwischenzeiten verlässlich unter schwierigen Bedingungen alle Kunden beliefern, dann von Discountern und Billiganbietern, die sich aktuell komplett aus der Verantwortung gezogen haben, „überrollt“ werden.

Zurück zum vorliegenden Entwurf des SPBG: Die Stellungnahme soll daher so gut wie in der Kürze der Zeit möglich aufzeigen, welche Regelungen in dem Gesetzesentwurf mit besonderen rechtlichen Risiken behaftet sind und bei welchen sich zudem juristisch-ökonomischen Bedenken mit Blick auf einen funktionierenden Strommarkt und insbesondere auf die Rolle der Energieversorgungsunternehmen (EVU) stellen.

Der Umsetzungsaufwand ist für die EVU bereits jetzt sehr hoch. Der vorgesehene Zeitplan erscheint „gerade noch“ umsetzbar. Weitere Ausdifferenzierungen der Entlastungsregelungen, Prüfaufträge an die EVU im Verhältnis zu ihren Kunden, Antragsverfahren oder Missbrauchskontrollen, die von den EVU administriert werden sollen, sollten daher intensiv und im Dialog mit der

Branche auf ihre praktische Machbarkeit geprüft werden, bevor sie beschlossen werden. Es könnte ansonsten zu Verzögerungen der und/ oder Verwirrungen bei den Entlastungen kommen, die deren Akzeptanz insgesamt gefährden.

Das gilt insbesondere für die zu erwartenden beihilferechtlichen Ausdifferenzierungen. Sollte die Beachtung der beihilfenrechtlichen Grenzen des § 9 SPBG-E weiterhin den EVU auferlegt werden, sollte eine Vereinfachung geprüft werden, insbesondere hinsichtlich der Bestandteile der Preise und der Anspruchsberechtigten.

Im jetzigen Gesetzgebungsverfahren (und ggf. auch in der Zukunft) sollte daher verstärkte Beachtung finden, dass die EVU in die Rolle eines durch die Exekutive und Legislative instrumentalisierten Mittlers „gedrängt“ werden, um sozial- bzw. industriepolitisch gebotene Maßnahmen – keine unmittelbaren gesellschaftsrechtlichen Ziele und Zwecke der beteiligten EVU - umsetzen zu können. Eine zentrale Ursache für die Wahl dieses Wegs ist meines Erachtens, dass es nach wie vor an einem funktionierenden „Auszahlungskanal“ zwischen Staat und jeder*m einzelnen Bürger*in/ Unternehmen fehlt. Dies nicht zu verdrängen, sondern zügig zu implementieren wäre auch im Hinblick auf die Umsetzung zukünftiger Vorhaben wie die Auszahlung eines Klimagelds von hoher Wichtigkeit.

B. Die Preisbremse im Strommarkt

Im Hinblick auf die Preisbremsen besteht insgesamt noch Bedarf, den genauen Anwendungsbereich und Inhalte einiger Regelungen zu konkretisieren. Hinsichtlich einiger weniger Regelungen bestehen rechtliche Bedenken.

I. Eigenverbrauch von EVU, insbesondere kommunaler EVU (§ 4 Abs. 5 Nr. 1 SPBG-E)

In wirtschaftlicher Hinsicht noch bedenklich und bezüglich ihres genauen Anwendungsbereichs jedenfalls rechtlich fragwürdig ist die Regelung des § 4 Abs. 5 Nr. 1 in Zusammenhang mit § 2 Nr. 12 SPBG-E.

Die Ausklammerung von EVU, die den Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit in der Erzeugung, Umwandlung oder der Verteilung von Energie haben, kann zu einer Benachteiligung von EVU, die in derselben Gesellschaft auch in anderen

Geschäftsfeldern tätig sind, führen. Das sind häufig kommunale Unternehmen im Mehrspartenverbund, die auch weitere Aufgaben der Daseinsvorsorge übernehmen, etwa den ÖPNV, das kommunale Schwimmbad oder die Wasserversorgung.

Neben potentiell negativen Auswirkungen auch im Hinblick auf kommunale Haushalte, stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG.

Sinnvoll ist es daher zu regeln, dass auch der Eigenverbrauch solcher EVU in den Anwendungsbereich der Preisbremsen fällt. Alternativ käme in Betracht, nicht an das Unternehmen, sondern an die konkrete Entnahmestelle, die der Erzeugung, der Umwandlung oder der Verteilung von Energie dient, anzuknüpfen.

II. Abgrenzung der Anspruchsberechtigten anhand branchenüblicher Grenzwerte und Konkretisierung der Preisbestandteile (§ 5 Abs. 2 SPBG-E)

Die unterschiedliche Behandlung kleinerer Kunden, insbesondere Haushaltskunden, und größerer Kunden, oftmals Unternehmen, ist grundsätzlich nachvollziehbar und auch energiewirtschaftlich gerechtfertigt.

Im Hinblick auf eine effektive, effiziente und zügige Umsetzung der Preisbremsen sollte allerdings auf die branchenüblichen, in den Abrechnungssystemen der EVU bereits hinterlegte Abgrenzung bis/ über 100.000 kWh Jahresverbrauch (SLP-/RLM-Kunden) zurückgegriffen werden. Entnahmestellen bis 100.000 kWh Jahresverbrauch werden in der Regel mittels all-inclusive Verträge beliefert, bei denen es einen großen operativen Aufwand bedeutete, die Netzentgelte, Messstellenentgelte und staatlich veranlassten Preisbestandteile herauszurechnen. Würde hiernach die Entlastung für Kunden mit mehr als 30.000 kWh Jahresverbrauch zu gering ausfallen, so sollte der Preisdeckel für SLP-Kunden insgesamt nach unten korrigiert werden.

III. Unzulässige Grundpreise (§ 12 Abs. 1 S. 4 ff. SPBG-E)

Das Verbot der Anpassung des Grundpreises erscheint im Detail teilweise unklar und zu eng.

Etwa Verträge mit RLM-Kunden oder auch Sonderlieferverträge beinhalten häufig Änderungen auch über die nach § 12 Abs. 1 S. 5 SPBG-E zulässigen

Preisbestandteile hinaus. Können EVU diese Bestandteile nicht weitergeben, werden sie finanziell belastet. Eine Aufnahme solcher Bestandteile als erlaubte Änderungen des Grundpreises erscheint daher sinnvoll und auch möglich, ohne dass die vom Gesetzgeber befürchtete Verlagerung von den Grundpreisen in die Arbeitspreise einträte.

Fraglich ist zudem, ob die Anknüpfung an den Stichtag 30.09.2022 bezüglich der umgesetzten Preisänderungen erforderlich ist. Aufgrund der volatilen Energiemärkte waren auch im Oktober und November Anpassungen der Kalkulation der EVU notwendig. Ein „Einfrieren“ des Grundpreises auf dem Stand des 30.09.2022 würde solche EVU benachteiligen, die etwa zum 31.10.2022 ihren Grundpreis angepasst haben. Es begründet das Risiko nicht zu rechtfertigender wirtschaftlicher Belastungen bestimmter EVU und einer Diskriminierung gegenüber solchen EVU, die Preisanpassungen nicht vorgenommen, aber vor dem 25.11.2022 immerhin angekündigt haben. Etwaigen Missbrauchsgefahren in diesem Zusammenhang wirkt das Missbrauchsverbot des § 39 SPBG-E bereits entgegen. Ein Abstellen auf ein späteres Datum – etwa einen Gleichlauf mit den zum 25.11.2022 angekündigten Arbeitspreisänderungen – erscheint daher sinnvoll und rechtlicher weniger angreifbar.

IV. Ausschluss bestimmter energieintensiver Industrien (§ 9 SPBG-E)

1. Anknüpfung an Rückgang des EBITDA

Problematisch erscheint – insbesondere aus der Perspektive bestimmter energieintensiver Branchen – dass bei energieintensiven Unternehmen die Gewährung des gedeckelten Strom- (und Gas-)preises von einem bestimmten EBITDA-Verlust nach dem 31.01.2022 gegenüber dem Kalenderjahr 2021 abhängig ist (vgl. § 9 Abs. 4 SPBG-E).

Diesen EBITDA-Rückgang um mindestens 40 % werden mutmaßlich einige Unternehmen aus der energieintensiven Grundstoffindustrie nicht erreichen, da sie – in wirtschaftlicher Hinsicht vollständig rational – die Verluste, die sie in 2022 erlitten haben, durch einen Abverkauf der auf Termin beschafften Strom- und Gasmengen gedämpft haben, jedoch umgekehrt auch ihre Produktion eingeschränkt haben/ einschränken mussten. Hier ist der gebremste EBITDA-Rückgang offensichtlich noch keine Trendwende, sondern aus der konkreten Geschäftstätigkeit heraus begründbar und führt unter Umständen

in der Folgezeit zu noch dramatischeren EBITDA-Einbrüchen, ggf. sogar zu industriellen Fadenrissen.

Es könnte daher die unbeabsichtigte Folge eintreten, dass die geplante Entlastung für die energieintensiven Industrien aus diesem Grund – ähnlich wie zuvor bereits das Energiekostendämpfungsprogramm – weitgehend leerläuft, obwohl sie aus industriepolitischen Erwägungen heraus dringend geboten wäre. Hier wäre eine Option, die eine Einzelfallbetrachtung, weshalb das EBITDA nicht um mehr als 40% im fraglichen Zeitraum zurückging, und eine Korrektur von Einmaleffekten ermöglichte, wünschenswert.

2. Beihilfenrecht, Industriestrompreis

Da die Anknüpfung an den EBITDA-Rückgang allerdings auf beihilferechtliche Vorgaben aus dem durch die Europäische Kommission krisenbedingt geschaffenen „Temporary Crisis Framework“ (dort Rn. 67 lit. b) und c)) zurückgeht, dürfte eine Änderung zu einem Verstoß gegen europäisches Beihilfenrecht führen, so dass diesbezüglich nur eine Änderung der europäischen Vorgaben eine Lösung sein könnte. Diese wäre anzustreben im zuvor bereits genannten Sinne, also durch Einräumung einer mitgliedstaatlichen Option, die eine Einzelfallbetrachtung, weshalb das EBITDA nicht um mehr als 40% im fraglichen Zeitraum zurückging, und eine Korrektur von Einmaleffekten ermöglichte.

Eine weitere, indes langfristig angelegte Lösung wäre ein - zumindest temporär - europaweit einheitlicher Industriestrompreis, wie er auch von einer überwiegenden Mehrzahl der energieintensiven Branchen nachvollziehbarer Weise gefordert und letztlich in anderen europäischen Ländern, beispielsweise Frankreich, schon länger umgesetzt wird.

V. Kartellbehördliches Missbrauchsverbot (§ 39 SPBG-E)

Die Aufnahme eines expliziten Missbrauchsverbots – auch ohne Marktbeherrschung durch das EVU! - ist eine strikte Maßnahme, aber mit Blick auf die finanzielle Belastung des Bundeshaushalts und den Verbraucherschutz durchaus nachvollziehbar. Im Detail sind allerdings noch Nachbesserungen sinnvoll.

Insbesondere muss sichergestellt sein, dass Preisanpassungen nach den üblichen Marktregeln weiterhin möglich bleiben und EVU, die bereits mit solchen für die Zukunft kalkuliert hatten, nicht diskriminiert oder finanziell dafür „bestraft“ werden, dass sie ihre Tarife möglichst lange stabil gehalten haben.

Problematisch erscheint daher der komplette Ausschluss der Weitergabe solcher Kosten, die aufgrund gestiegener Beschaffungskosten für nach dem 25.11.2022 neu beschaffte Energiemengen entstanden sind. Auch wenn die Intention, den Bundeshaushalt und die Letztverbraucher vor finanziellen Belastungen aufgrund reiner Gewinnmaximierung zu schützen, begrüßenswert ist, widerspricht diese Ausnahme vielen im Markt durchaus üblichen Energiebeschaffungskonzepten, zB einer rollierenden Beschaffung in Tranchen bei gleichzeitiger Vermarktung auf Termin. § 39 Abs. 1 SPBG-E würde – auch und gerade vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 315 BGB, die insoweit eine parallele Interessenlage adressierte - indirekt bereits ein im Markt etabliertes System enthalten, wonach eine ungerechtfertigte Gewinnmaximierung als unbillig bzw. missbräuchlich anzusehen wäre, auch ohne dass die Weitergabe von erhöhten Beschaffungskosten komplett ausgeschlossen werden muss.

Allerdings kann und wird es auch über unmittelbar marktbasierter Preis- und Kostenentwicklungen hinaus weitere sachlich gerechtfertigte Preisanpassungen geben (z.B. mit Blick auf Lohnentwicklung, IT-Kosten, Forderungsausfälle etc.). Diese müssen auch bei Geltung der Preisbremsen weitergegeben werden können. Zwar erscheint eine weite Auslegung des Wortlauts von Nr. 1 in diesem Sinne als nicht ausgeschlossen. Eine Klarstellung, dass auch solche betriebswirtschaftlich zwingenden Kostensteigerungen (wie auch im Rahmen der Rechtsprechung des BGH zu § 315 BGB anerkannt) weitergegeben werden dürfen, erscheint indes sinnvoll.

VI. Informationspflichten der EVU, Auswirkungen auf Grundversorgung (§ 31 Abs. 4 SPBG-E)

Potentiell weitreichende Unklarheiten bestehen meines Erachtens hinsichtlich der Regelung der Informationspflichten in § 31 Abs. 4 SPBG-E.

Einerseits ist bereits fraglich, aus welchem Grund diese im Rahmen der Strompreisbremse an dieser Stelle geregelt ist, indes im Rahmen der Erdgas- und Wärmepreisbremse im – näherliegenden – Zusammenhang mit der Begrenzung der Grundpreise (§ 4 EWPBG-E).

Andererseits – und mit Blick auf die potentiellen Folgen deutlich relevanter – stellt sich die Frage, ob tatsächlich beabsichtigt ist, dass während der Gültig-

keit der Preisbremsen alle Informationspflichten, die ansonsten für Preisänderungen gelten (z.B. öffentliche Bekanntgabe, Information über Anlass, Voraussetzungen und Umfang der Preisänderung) aufgehoben sein sollen. Fraglich ist hier etwa auch, ob nur die Informationspflichten gemeint sind, oder auch Fristen oder die Informationspflicht über das Sonderkündigungsrecht des Kunden ausgesetzt sein sollen.

Das wirft die Folgefrage auf, ob demnach dann auch kein Sonderkündigungsrecht des Kunden bestünde. Die öffentliche Bekanntgabe in der Grundversorgung ist zudem ein Wirksamkeitserfordernis der Preisanpassungen. Fraglich ist daher, ob beabsichtigt ist, dies während der Geltung der Preisbremsen auszusetzen.

Im Ergebnis wirken die Regelungen der Informationspflichten in ihrer jetzigen Formulierung im Hinblick auf die Systematik des EnWG und der Strom- (und Gas-)GKV systemfremd. Auch mit Blick auf die durch die Veränderung der Informationspflichten bezweckte Erleichterung für EVU, sollten sie daher eindeutig formuliert werden.

C. Erlösabschöpfung

Unabhängig davon, wie das Instrument der Erlösabschöpfung politisch bewertet wird, stellen sich bei den aktuell avisierten Regelungen – selbst nachdem die rückwirkende Erlösabschöpfung auf den Zeitraum ab dem 01.12.2022 beschränkt wurde - gewichtige rechtliche und wirtschaftliche Fragen.

Rechtlich ist einerseits fraglich, ob die Regelungen hinsichtlich der fiktiven Erlöse auf Grundlage der Spotmarkt-Abrechnung (als Benchmark), die bei der Vermarktung von Strom aus bestehenden EE-Anlagen über Power Purchase Agreements (PPA) und Termingeschäfte, angesetzt werden (§ 16 Abs. 1 SPBG-E), europarechtskonform sind. Andererseits sind sie mit Blick auf die Ungleichbehandlung von PPA, die einerseits vor und andererseits nach dem 01.11.2022 abgeschlossen wurden (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 SPBG), verfassungsrechtlichen Zweifel ausgesetzt.

I. Europarechtskonformität

Europarechtliche Zweifel bestehen insbesondere, da Art. 5 Nr. 5 der Verordnung (EU) 2022/1854 („EU-NotfallVO“) unter Markterlösen die „realisierten

Erträge, die ein Erzeuger für den Verkauf und die Lieferung von Strom erhält“, versteht.

Zudem dürfte die Anknüpfung an fiktive Erlöse bei einem PPA gegen Artikel 8 Abs. 2 lit. b) und d) EU-NotfallVO verstoßen. Diese Artikel sowie der Erwägungsgrund 30 der EU-NotfallVO bestimmen, dass die mitgliedstaatlichen Maßnahmen zur Erlösabschöpfung Investitionssignale nicht gefährden und das Funktionieren der Stromgroßhandelsmärkte nicht verzerren dürfen.

Beides ist bei der Anwendung von fiktiven Erlösen bei einem nach dem 01.11.2022 abgeschlossenen PPA allerdings sehr wahrscheinlich. Abgeschöpft würde nicht der realisierte Erlös, sondern ein fiktiver Erlös, der bei einem preislich niedriger kontrahierten PPA und schwankenden Spotmarktpreisen (deutlich) über dem tatsächlich realisierten Erlös liegen könnte. Das wird wegen der Risiken für die Liquidität und einer letztlich drohenden Zahlungsfähigkeit der Anlagenbetreiber dazu führen, dass diese PPAs nicht mehr abschließen, sondern ihren Strom lediglich über den Spotmarkt vermarkten. Das gefährdet die durch PPAs geförderte Investitionssicherheit und -anreize bei EE-Anlagen und zugleich die Liquidität auf den Terminmärkten, verknappt das Angebot an langfristigen Stromlieferverträgen zu kalkulierbaren Preisen und würde letztlich sogar dazu führen, dass es für Endverbraucher und insbesondere für die Industrie noch schwieriger würde, überhaupt einigermaßen „bezahlbare“ Stromlieferverträge abzuschließen.

Unvereinbar mit der EU-NotfallVO, hier Art. 8 Abs. 2 lit. a) EU-NotfallVO, dürfte auch die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von „neuen“ und „alten“ PPAs sein (hierzu im Folgenden).

II. Verfassungsrechtliche Zweifel

Verfassungsrechtliche Zweifel bestehen zunächst an der dargestellten Anknüpfung an fiktive Mehrerlöse aufgrund der möglichen erdrosselnden Wirkung der Abschöpfung (Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz (GG) sowie Art. 12 Abs. 1 GG).

Zweifel bestehen auch an der in § 18 Abs. 1 SPBG-E vorgesehenen Ungleichbehandlung von PPAs, die vor („alter PPA“) und nach („neuer PPA“) dem 01.11.2022 abgeschlossen wurden. Diese Differenzierung dürfte unvereinbar sein mit dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

Die Ungleichbehandlung wird dadurch bewirkt, dass bei einem „neuen“ PPA nach § 18 Abs. 1 SPBG-E der fiktive Mehrerlös auf Grundlage des Spotmarktes (im Sinne eines Benchmarks, siehe oben) angesetzt wird, während die Abschöpfung bei einem „alten“ PPA auf Grundlage des tatsächlichen Erlöses aus dem anlagenbezogenen Vermarktungsvertrag vorgenommen werden soll.

1. Anknüpfung an fiktive Mehrerlöse nicht erforderlich

Sehr fraglich erscheint zunächst, ob das in der Gesetzesbegründung angeführte angebliche Missbrauchspotenzial bei neuen (angeblich überkauften) PPAs für Strom aus Bestandsanlagen die erhebliche Schlechterstellung im Vergleich zu alten PPAs sachlich rechtfertigen kann. Es erscheint schlicht nicht erforderlich, fiktive Mehrerlöse heranzuziehen, um einem möglichen Missbrauch entgegenzuwirken.

Denn es gäbe Regelungsmöglichkeiten, die sachlich besser geeignet wären, um der Umsetzung der bezweckten Abschöpfung von zufälligen Mehrerlösen auch in Bezug auf neue PPAs zu genügen:

Die Regelung in § 18 SPBG-E könnte so abgeändert werden, dass auch Erlöse aus neuen PPAs nach ihrem individuellen Vertragspreis abgeschöpft werden, wenn mittels eines Testats eines Wirtschaftsprüfers nachgewiesen werden kann, dass die Letztverbraucherpreise für diesen Strom nicht auf Börsenpreiseniveau angestiegen sind. Damit kann ebenfalls das vom SPBG-E verfolgte Ziel einer Verringerung der Marktpreise für Strom mit deutlich weniger eingriffsintensiven Maßnahmen erreicht werden.

In diesem Zusammenhang ist auch die Schlechterstellung von anlagenbezogenen Vermarktungsverträgen im Konzern gegenüber denen mit Dritten gemäß § 18 Abs. 3 SPBG-E zu erwähnen. Auch hier könnte es eine einfache Lösung darin liegen, § 18 Abs. 3 SPBG in der jetzigen Entwurfsfassung komplett zu streichen und durch eine Regelung zu ersetzen, wonach der Betreiber der Stromerzeugungsanlage nachzuweisen in die Lage versetzt wird, dass die vermarkteten Strommengen zur Belieferung von Letztverbrauchern eingesetzt wurden. Der Nachweis kann mittels eines Testats eines Wirtschaftsprüfers erbracht werden.

2. Anknüpfung an den Stichtag des 01.11.2022 unverhältnismäßig

Weiterhin bestehen Zweifel an der Stichtagsregelung bereits zum 01.11.2022. Es ist zweifelhaft, ob es geeignet und erforderlich ist, zeitlich danach zu unterscheiden, ob ein PPA bis zum oder ab dem 01.11.2022 geschlossen wurden.

Es sprechen gute Gründe dafür, dass es den Marktteilnehmern ohnehin nicht möglich war, so kurzfristig etwaige PPA-Entwürfe umzuarbeiten, um diese – entsprechend dem Ansinnen des Gesetzentwurfs – in ihrer Preisstruktur an die Entwicklung des Spotmarkts bzw. des energieträgerspezifischen Marktwerts für Solar- oder Windstrom anzupassen. Es besteht damit die Gefahr, dass Stromerzeuger, die einen PPA nach dem 01.11.2022 mit festen Preisen abgeschlossen haben, aufgrund der geplanten fiktiven Erlösregelung in existenzielle wirtschaftliche Schwierigkeiten gelangen.

Geeigneter wäre es daher, einen späteren Stichtag zu wählen, etwa einen Stichtag ungefähr drei Wochen nach dem den Tag, an dem der Referentenentwurf veröffentlicht wurde, mithin den 13.12.2022. Das Abstellen auf den Tag der Veröffentlichung des Gesetzentwurfs ist in der Rechtsprechung als Anknüpfung für eine Stichtagsregelung anerkannt (vgl. etwa BFH, Vorlagebeschluss vom 06. Juni 2013, I R 38/11, Rn. 50 unter Bezugnahme auf das BVerfG). Erst seit dem 22.11.2022 ist konkret erkennbar, welche Regelungen beabsichtigt sind. Alle zuvor zugänglichen Papiere stellen erste, in Teilen jeweils abweichende Überlegungen vor, bei denen nicht erkennbar war, welche Ansätze in einem Gesetzgebungsverfahren aufgegriffen bzw. umgesetzt werden. Es handelte sich zudem um Papiere, die nicht an die breite Öffentlichkeit gerichtet waren: Nicht jeder Marktteilnehmer konnte bzw. musste davon realistischweise Kenntnis nehmen.

Über diese verfassungsrechtlichen Zweifel vermag auch der Sicherheitszuschlag von 3 ct/kWh bei der Anknüpfung an fiktive Spotmarktpreise nicht hinweg zu helfen. Einerseits ist fraglich, ob der Sicherheitszuschlag ausreicht, um die erhebliche Wirkung abzufedern. Andererseits dürfte in der unterschiedlichen Höhe des Sicherheitszuschlags selbst – 3 ct/kWh zu 1 ct/kWh bei tatsächlichen Erlösen – eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung liegen. Denn solche Anlagenbetreiber, die bereits vor dem 01.11.2022 ihren Strom direkt vermarkteten, profitieren von dem höheren Sicherheitszuschlag, während solche, die vor dem 01.11.2022 einen PPA abgeschlossen hatten, auf den niedrigeren Sicherheitszuschlag verwiesen sind.

D. Vermiedene Netznutzungsentgelte (NNE)

Auf Unverständnis stößt sowohl aus Versorger- als auch aus Großabnehmerperspektive die geplante Abschaffung der vermiedenen Netznutzungsentgelte ab dem 01.01.2023, welche einigermmaßen überraschend im vorliegenden Gesetzesentwurf mitgeregelt werden soll (vgl. Art. 2 Nr. 5 SPBG-E (Wegfall des § 120 EnWG) und Art. 3 Nr. 3 SPBG-E (Wegfall des § 18 StromNEV)).

Die Abschaffung ist wirtschaftlich für zahlreiche Unternehmen höchst problematisch. Vermiedene Netznutzungsentgelte bilden die Grundlage für die Wirtschaftlichkeit vieler bestehender oder in Bau befindlicher Erzeugungsanlagen. Sie leisten daher auch einen wichtigen Beitrag für das Gelingen einer dezentralen Energiewende.

Die unmittelbare und vollständige Abschaffung vermiedener Netznutzungsentgelte war bislang nicht Gegenstand der öffentlichen Diskussion, sie beruht nicht auf benannten oder sonst bekannten neuen wissenschaftlichen und/oder techno-ökonomischen Erkenntnissen und findet sich daher in keinem der zahlreichen von der Bundesregierung und dem BMWK veröffentlichten Hinweisen, Eckpunkten oder in sonstigen Veröffentlichungen.

Die erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen in Höhe von ungefähr 1 Mrd. Euro pro Jahr für die Betreiber dezentraler Erzeugungsanlagen in Summe, die plötzlich noch als neue Belastung für ausnahmslos jeden Anlagenbetreiber neben die Abschöpfung der Überschusserlöse treten, sind in der Entwurfsbegründung benannt. Da gleichzeitig kein besonderer zeitlicher Druck ersichtlich ist (noch 2017 wurde eine gestufte Abschaffung bis zum Jahr 2030 diskutiert und als unangemessene Benachteiligung der Anlagenbetreiber verworfen), ist die extrem kurzfristige Aufnahme in ein zeitlich extrem gestrafftes Gesetzgebungsverfahren für einen überraschenden neuen Regelungskomplex kaum nachvollziehbar.

Das gilt umso mehr, als mit den bestehenden – und nach dem Entwurf wegfallenden – Regelungen des § 120 EnWG und § 18 StromNEV bereits ein schrittweiser Abbau der Entgelte für dezentraler Einspeisung vorgesehen ist. Ab dem Jahr 2023 geht es bei den vermiedenen NNE lediglich noch um den Bestandsschutz bereits in Betrieb genommener, steuerbarer dezentraler Erzeugungsanlagen.

Fraglich ist zudem, ob die Abschaffung der vermiedenen Netznutzungsentgelte tatsächlich zu einer Verringerung der Strompreise führt. Wahrscheinlicher ist, dass die betroffenen Anlagen aufgrund der finanziellen Belastung ihren Betrieb reduzieren und die Netzstrukturen, die vorher durch die dezentralen Anlagen stabilisiert wurden, kostentreibend angepasst werden müssen. Das würde aber voraussichtlich nicht zu niedrigeren, sondern zu höheren Stromkosten führen.

Es ist daher von Vorteil, diese weitreichenden Änderungen mit ihren zahlreichen Auswirkungen auf ganz unterschiedliche Marktsegmente und -akteure in einem eigenen Gesetzgebungsverfahren unter Berücksichtigung der damit verbundenen, juristisch vielfältigen Fragestellungen zu behandeln, sofern es politisch zwingend erscheint, die vermiedenen Netznutzungsentgelte tatsächlich abzuschaffen.

E. Änderungen in der Strom- und Gasgrundversorgung

Die mit den Art. 4 und 5 SPBG-E avisierten Änderungen in der Strom- und Gasgrundversorgungsverordnung (GVV) sind größtenteils zu begrüßen. Insbesondere die Stärkung des Instruments der Abwendungsvereinbarung scheint geeignet, den wirtschaftlichen und sozialen Folgen der steigenden Preise angemessen zu begegnen.

Es besteht allerdings eine rechtliche Unklarheit, welche Rechte und Pflichten für die Versorger in dem Fall bestehen, in dem die Abwendungsvereinbarung seitens des Kunden nicht eingehalten wird. § 19 Abs. 5 S. 5 Strom/GasGVV regelt aktuell das dann bestehende Unterbrechungsrecht des Grundversorgers. In dem aktuellen Entwurf des Art. 4 Nr. 1 SPBG-E ist diese klare Regelungsfolge allerdings nicht erwähnt. Die Gesetzesbegründung (S. 130) enthält einen Hinweis darauf, dass eine Unterbrechung weiterhin möglich sein soll. Eine klarstellende gesetzliche Regelung zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten dahingehend, dass eine Sperrung als *ultima ratio* bestehen bleiben muss – anderenfalls würde man potentiell Hunderte von Versorgern sehenden Auges in die Insolvenz schicken – wäre wünschenswert.

Mit Blick auf die potentiellen ökonomischen Folgen für betriebswirtschaftlich im Allgemeinen bereits stark belastete EVU wäre es zudem sinnvoll, den – wie es im Referentenentwurf noch vorgesehen war – zeitlichen Anwendungsbereich der „Sperrerschwerungen“ für EVU in § 118b EnWG außerhalb der

5. Dezember 2022



BECKER BÜTTNER HELD

Grundversorgung mit dem Anwendungsbereich der Preisbremsen – also bis Ende April 2024 – zu synchronisieren.

Berlin, am 05. Dezember 2022

Dr. Olaf Däuper
Rechtsanwalt