

Rechtsanwälte *Burkhard Hoffmann* und *Dr. Steffen Herz*, Berlin\*

## Einspeisemanagement nach EEG und Entschädigung des Anlagenbetreibers

### I. Einleitung

Die Bedeutung des Einspeisemanagements hat über die Jahre immer weiter zugenommen. Mit der Häufigkeit von Abregelungen steigt auch die wirtschaftliche Bedeutung für den Anlagenbetrieb. Fast zwangsläufig stellen sich auch zunehmend verschiedenste Rechtsfragen, insbesondere im Zusammenhang mit den Voraussetzungen und der Höhe von Entschädigungszahlungen an den Anlagenbetreiber.

Als Einspeisemanagement wird generell die vom Netzbetreiber veranlasste Abregelung der Einspeisung von Strom in das Stromnetz bezeichnet. Eine solche Abregelung kann bzw. muss dann vorgenommen werden, wenn das Stromnetz überlastet ist und, sofern keine Abregelung erfolgt, ein Netzengpass droht. Da eine Einspeisemanagement-Maßnahme für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien neben dem Netzengpass auch voraussetzt, dass grundsätzlich vorrangig konventionelle Kraftwerke im Netzgebiet abgeregelt werden, spielte das Einspeisemanagement<sup>1</sup> für erneuerbare Energien zu den Anfangszeiten des EEG noch keine so große Rolle und kam noch verhältnismäßig selten vor.

Dies ändert sich allerdings mit dem zunehmenden Ausbau und der seit einigen Jahren wachsenden Bedeutung von Erneuerbare-Energien-Anlagen. Eindrücklich wird diese Entwicklung zwischen 2009 und 2014 von der Bundesnetzagentur (BNetzA) in ihrem Bericht „EEG in Zahlen 2014“ dokumentiert.<sup>2</sup> Während im Jahr 2009 noch 0,1 % der von Erneuerbare-Energien-Anlagen insgesamt eingespeisten Jahresarbeit abgeregelt worden ist, waren es im Jahr 2013 bereits 0,44 % und im Jahr 2014 sogar 1,16 %. Mit Abstand am häufigsten vom Einspeisemanagement betroffen sind Windenergieanlagen. Von der im Jahr 2014 insgesamt abgeregelt Leistung von 1.581 GWh wurde allein bei Windenergieanlagen eine Leistung von 1.221,50 GWh und damit mehr als 77 % der gesamten Stromausfallmenge abgeregelt.<sup>3</sup>

Insgesamt beliefen sich im Jahr 2014 die Entschädigungszahlungen an Betreiber von Erneuerbare-Energien-Anlagen auf 82.691.505,- EUR. In windstarken Regionen erfolgen mitunter bis zu 100 Einzelabregelungen jährlich, teilweise über mehrere Tage hinweg. Aber auch für die anderen Energieträger kommt es immer häufiger zu Maßnahmen des Einspeisemanagements. Insgesamt zeigt sich: Dem Einspeisemanagement kommt mittlerweile eine ganz erhebliche Bedeutung für die Energiewende zu, und zwar sowohl in wirtschaftlicher Hinsicht als auch in Bezug auf das Strommarktdesign insgesamt.

Ein wichtiger und in der Praxis umstrittener Teilaspekt des Einspeisemanagements sind die hiermit verbundenen, an den Anlagenbetreiber zu leistenden Entschädigungszahlungen. Eine Vielzahl von Fragen zu den Voraussetzungen und insbesondere zur Ermittlung der Entschädigungshöhe sind bislang ungeklärt. Geschuldet dürfte diese Unsicherheit auch dem Umstand sein, dass vergleichbare Regelungen, etwa in anderen Rechtsgebieten, unbekannt sind. Außerdem ist die Komplexität des Strom- und – im Falle einer gekoppelten Erzeugung von Strom und Wärme ebenfalls relevanten – Wärmemarktes vergleichsweise hoch, so dass die Schadensermittlung nicht immer einfach ist.

Vor diesem Hintergrund soll zunächst ein Überblick über die aktuelle Rechtslage gegeben (nachfolgend II.) und die hieran anknüpfenden Entschädigungsansprüche allgemein dargestellt werden (nachfolgend III.). Danach sollen die verschiedenen, sich in der Praxis stellenden Einzelprobleme dargestellt und Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt werden (nachfolgend IV.).

### II. Die Rechtslage nach dem EEG 2014

Die Regelungen zum Einspeisemanagement beschränken sich im EEG 2014 auf zwei Paragraphen und muten auf den ersten Blick für EEG-Verhältnisse eher übersichtlich an. Dennoch ist das Einspeisemanagement insgesamt recht komplex. Während § 14 EEG 2014 die Voraussetzung und das Verfahren für die Durchführung einer Abregelung normiert, macht § 15 EEG 2014 Vorgaben zu den Entschädigungsansprüchen infolge von Abregelungen.

#### 1. Überblick

Regelt der Netzbetreiber eine Anlage ab, reduziert sich entsprechend der Vorgaben des Netzbetreibers die in der Anlage

\* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Kanzlei von Bredow Valentin Herz Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Berlin.

1 Erstmals wurde unter dem EEG 2004 eine vergleichbare Regelung als „Erzeugungsmanagement“ eingeführt, vgl. hierzu Walter/Huber, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 4. Aufl. (2016), S. 239 ff.

2 BNetzA, EEG in Zahlen, Bonn 2015, abrufbar unter [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de).

3 BNetzA [o. Fußn. 2], S. 28.

erzeugte Strommenge. Eine Abregelung liegt nicht nur dann vor, wenn eine Regelung über eine technische Einrichtung zur Reduzierung der Einspeiseleistung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2014 erfolgt. Vielmehr ist der Begriff Abregelung oder „Regelung“ weit zu verstehen und umfasst jedes regelnde Eingreifen des Netzbetreibers.<sup>4</sup>

Kann ein Anlagenbetreiber aufgrund einer Abregelung seiner Anlage keinen Strom mehr in das Netz einspeisen, entgehen ihm Einnahmen aus der EEG-Förderung. Dieser finanzielle Schaden ist nach den allgemeinen zivilrechtlichen Schadensersatzregelungen jedoch nicht ersatzfähig. Nach § 280 Abs. 1 BGB oder nach § 823 Abs. 1 BGB ist Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nämlich immer eine vom Anspruchsgegner zu vertretende Pflichtverletzung. Regelt der Netzbetreiber jedoch eine Anlage gemäß den Vorgaben des § 14 Abs. 1 EEG 2014 ab, verletzt er keine Pflicht gegenüber dem Anlagenbetreiber. Er ist zu der Abregelung vielmehr berechtigt. Allgemeine zivilrechtliche Ansprüche helfen dem Anlagenbetreiber im Falle von berechtigten Maßnahmen des Einspeisemanagement also gerade nicht weiter.

Daher wurde erstmals mit § 12 Abs. 1 EEG 2009 eine Regelung über Entschädigungszahlungen im Falle von Einspeisemanagementmaßnahmen eingeführt. Eine ähnliche Regelung findet sich in den Folgefassungen des EEG in § 12 Abs. 1 EEG 2012 und in § 15 Abs. 1 EEG 2014. Gemäß § 15 Abs. 1 EEG 2014 besteht im Falle einer Abregelung nach § 14 Abs. 1 EEG 2014 ein Anspruch auf Ersatz der entgangenen Einnahmen zuzüglich der zusätzlichen Aufwendungen und abzüglich der ersparten Aufwendungen. Für Anlagen mit Inbetriebnahmedatum vor dem 1. 1. 2012 ist die Anspruchsgrundlage § 100 Abs. 1 Nr. 10 EEG 2014 in Verbindung mit § 66 Abs. 1 Nr. 5 a, 12 Abs. 1 EEG 2012.

Der (einzige) praktisch entscheidende Unterschied zwischen den vorgenannten Anspruchsgrundlagen liegt darin, dass für Anlagen mit Inbetriebnahme nach dem 31. 12. 2011 gemäß § 15 Abs. 1 EEG 2014 grundsätzlich 95 % der entgangenen Einnahmen zu entschädigen sind. Übersteigen die entgangenen Einnahmen in einem Jahr 1 % der Einnahmen dieses Jahres, sind ab diesem Zeitpunkt allerdings 100 Prozent zu entschädigen.<sup>5</sup>

Für Anlagen mit Inbetriebnahmedatum vor dem 1. 1. 2012 hingegen sind gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 10 EEG 2014 in Verbindung mit § 66 Abs. 1 Nr. 5 a, 12 Abs. 1 EEG 2012 ab der ersten Abregelung sämtliche Einnahmen zu entschädigen.

Der Grund dafür, dass für Anlagen mit Inbetriebnahmedatum vor dem 1. 1. 2012 beim Einspeisemanagement weiterhin 100 % der entgangenen Einnahmen zu entschädigen sind, ist letztlich dem verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensschutz geschuldet. Eine nachträgliche Verringerung der Entschädigungszahlungen käme faktisch einer Kürzung des Vergütungsanspruchs gleich und wäre verfassungsrechtlich jedenfalls bedenklich.

## 2. Netzengpass

Der Betreiber einer Erneuerbare-Energien-Anlage hat einen Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 1 EEG 2014, wenn der Netzbetreiber die Anlage wegen eines Netzengpasses im Sinne von § 14 Abs. 1 EEG 2014 abgeregelt hat. § 14 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 normiert insofern die – umstrittene – Voraussetzung, dass anderenfalls – also ohne die Abregelung – ein „Netzengpass“ entstände. Nicht hingegen ist es für den Entschädigungsanspruch erforderlich, dass auch die weiteren in § 14 Abs. 1 EEG 2014 normierten Voraussetzungen vorliegen.<sup>6</sup>

Im EEG 2009 war von der aktuellen Rechtslage abweichend noch normiert, dass eine Abregelung erfolgen darf, wenn „die Netzkapazität im jeweiligen Netzbereich durch diesen Strom überlastet wäre“. Die Begrifflichkeit wurde im EEG 2012 durch den Begriff „Netzengpass“ ersetzt. Weder aus der Gesetzessystematik noch aus der Gesetzesbegründung zum EEG 2012 ergibt sich, dass mit dem Wechsel der Begrifflichkeit auch eine inhaltliche Änderung erfolgt ist.

Der Begriff „Netzengpass“ bzw. die Gefahr eines solchen ist im Gesetz nicht näher definiert. Nach der Gesetzesbegründung zur entsprechenden Regelung im EEG 2012 besteht ein Netzengpass dann, „wenn die Spannungsbänder nicht eingehalten werden können oder die Strombelastbarkeit der Leitungen überschritten wird.“<sup>7</sup>

Die juristische Literatur zu § 14 EEG 2014 zieht zur weiteren begrifflichen Konkretisierung teilweise die Definitionen im TransmissionCode 2007 sowie im DistributionCode 2007 heran.<sup>8</sup> Nach dem TransmissionCode 2007 liegt ein Netzengpass vor, wenn das (n-1)-Kriterium nicht eingehalten wird oder der Netzbetreiber die begründete Erwartung hat, dass bei Akzeptanz aller bereits bekannten oder prognostizierten Fahrplananmeldungen ohne durch ihn veranlasste Sondermaßnahmen das (n-1)-Kriterium nicht eingehalten werden kann.<sup>9</sup> Bei dem (n-1)-Kriterium handelt es sich um ein Beurteilungskriterium für die Ausfallwahrscheinlichkeit und damit für die Sicherheit des Netzbetriebs. Nach dem DistributionCode 2007 liegt ein Netzengpass vor, wenn im ungestörten Betrieb die Betriebsmittel überlastet werden, das Netz nicht in der Lage ist, die einspeise- oder entnahmeseitig gewünschten Energieflüsse zu führen

4 Vgl. hierzu OLG Hamm, Urt. v. 16. 1. 2015 – 7 U 42/14, RdE 2016, 206 [RdNr. 15 f.].

5 Zur Ermittlung der 1 %-Grenze siehe unter Ziffer IV 4.

6 Vgl. hierzu Schwintowski, EWvRK 2012, 131 [137].

7 BT-Drs. 17/6071, S. 64.

8 Wustlich/Hoppenbrock, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), Kommentar zum EEG 4. Aufl. (2013), § 11 EEG, RdNr. 34.

9 VDN Verband der Netzbetreiber e.V., TransmissionCode 2007, Netz- und Systemregeln der deutschen Übertragungsnetzbetreiber, Version 1.1, August 2007, S. 76.

oder dies eine Gefährdung bzw. Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit beinhaltet.<sup>10</sup>

Soweit ersichtlich, wird für die Definition Netzengpass somit übereinstimmend auf die netztechnische Unmöglichkeit zur Aufnahme des potenziell eingespeisten Stroms abgestellt. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Begriff Netzengpass – entsprechend der Begrifflichkeit im EEG 2009 – als eine drohende strombedingte Überlastung des Netzes zu verstehen ist. Ein Netzengpass kann gemäß § 14 Abs. 1 EEG 2014 beispielsweise dann drohen, wenn wegen – unerwartet – starkem Wind und gleichzeitigem Sonnenschein die Stromproduktion besonders hoch ist. Ein Netzengpass kann allerdings auch dann entstehen, wenn zwar die eingespeiste Strommenge nicht unerwartet hoch ist, jedoch der Stromverbrauch – beispielsweise durch Ausfall von einem oder mehreren an das Stromnetz angeschlossenen Großverbraucher – kurzfristig unerwartet niedrig ist. Allerdings setzt § 14 Abs. 1 EEG 2014 nicht voraus, dass ein Netzengpass bereits vorliegen muss. Vielmehr hat § 14 Abs. 1 EEG 2014 das Ziel, einen drohenden Netzengpass abzuwenden. Daher ist es für die Erfüllung der Voraussetzung „Netzengpass“ ausreichend, wenn – angelehnt an den polizeirechtlichen Begriff der Gefahr – bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Netzengpass entstehen würde.<sup>11</sup>

Hat der Netzbetreiber zu Unrecht die Gefahr eines Netzengpasses angenommen, muss der Anlagenbetreiber dennoch einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 geltend machen können.<sup>12</sup> Nur durch diese Auslegung kann vermieden werden, dass der Anlagenbetreiber durch eine Fehlprognose des Netzbetreibers schlechter gestellt wird, als wären die Voraussetzungen nach § 14 Abs. 1 EEG 2014 tatsächlich erfüllt.

### a) Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten

Umstritten sind oftmals die Fälle, in denen der Netzengpass nicht in erster Linie auf unerwartete Schwankungen der Stromspeisung oder des Stromverbrauchs, sondern auf Maßnahmen unmittelbar an der Infrastruktur des Stromnetzes, insbesondere Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, zurückzuführen ist.

Nach der zuvor gefundenen Definition können auch planmäßig durchgeführte Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten am Netz zu einem Netzengpass und mithin einem verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Anlagenbetreibers gegen den abregelnden Netzbetreiber führen. Die Definition des Begriffs Netzengpass stellt gerade nicht auf die Ursache des Netzengpasses, der strombedingten Netzüberlastung, ab. Vielmehr setzt der Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 1 EEG 2014 allein eine Reduzierung der Stromeinspeisung „wegen eines Netzengpasses im Sinne von § 14 Abs. 1“ voraus und beinhaltet auch keine weiteren eingrenzenden – negativen – Anspruchsvoraussetzungen. Daher steht dem Anlagenbetreiber ein Entschädigungsanspruch für jede Abregelung gemäß § 14 Abs. 1

EEG 2014 dem Grunde nach zu. Dasselbe muss auch bei einem wartungsbedingten Netzengpass gelten.<sup>13</sup>

Nach einer anderen Auffassung soll bei einem wartungsbedingten Netzengpass eine Ausnahme von der Entschädigungspflicht jedoch immer dann gelten, wenn die Maßnahmen nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit einer Maßnahme zur Erweiterung der Netzkapazität stehen. Begründet wird dies mit einer teleologischen Reduktion der Gesetzesnorm. Denn die Maßnahme nach § 14 EEG 2014 stehe im unmittelbaren Zusammenhang mit der Pflicht des Netzbetreibers zum Netzausbau und solle „zwar nicht rechtlich, aber doch politisch“ die Übergangszeit bis zu der erforderlichen Kapazitätserweiterung überbrücken. Nicht hingegen sollten Erneuerbare-Energien-Anlagen besser gestellt werden als konventionelle Kraftwerke. Daher müssten Erneuerbare-Energien-Anlagen ebenfalls geringfügige oder kurzzeitige Netzengpässe, die generell von allen Einspeisern entschädigungslos hinzunehmen sind, ebenfalls hinnehmen.<sup>14</sup>

Gegen eine solche Abweichung vom Gesetzeswortlaut spricht zunächst, dass der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 rechtlich nicht an die Netzausbaupflicht gemäß § 12 EEG 2014 gekoppelt ist. Vielmehr besteht ein Anspruch auf Entschädigungszahlungen auch dann, wenn den Netzbetreiber überhaupt keine Pflicht zur Erweiterung der Netzkapazität trifft.<sup>15</sup> Zudem widerspricht es keineswegs dem Zweck des EEG, Erneuerbare-Energien-Anlagen gegenüber konventionellen Kraftwerken besserzustellen. Vielmehr dient das EEG gemäß § 1 Abs. 1 EEG 2014 allein der Weiterentwicklung und Förderung von erneuerbaren Energien.

Eine privilegierte Rechtsstellung von erneuerbaren Energien im Zusammenhang mit der Netznutzung kennt das Recht zudem auch an anderer Stelle. So hat der Gasnetzbetreiber gemäß § 33 Abs. 2 GasNZV die Verfügbarkeit des Netzanschlusses für Biogaseinspeiseanlagen dauerhaft, mindestens aber zu 96 % sicherzustellen. Begründet hat der Verordnungsgeber diese

10 VDN Verband der Netzbetreiber e. V., Distribution Code 2007, Regeln für den Zugang zu Verteilungsnetzen, August 2007, S. 22.

11 So Sötebier, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), Kommentar zum EnWG 3. Aufl. (2015), § 13 EnWG, Rdnr. 11 f.; im Ergebnis auch Walter/Huber, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter [o. Fußn. 1], S. 255.

12 So auch Ehrlicke/Frenz, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt (Hrsg.), Kommentar zum EEG, 4. Aufl. (2015), § 15 EEG, Rdnr. 17.

13 Walter/Huber, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter [o. Fußn. 1], S. 253.

14 Vgl. hierzu insgesamt Wustlich/Hoppenbrock, in: Altröck/Oschmann/Theobald [o. Fußn. 8], § 11 EEG, Rdnr. 35, und wohl auch Sötebier, in: Britz/Hellermann/Hermes [o. Fußn. 11], § 13 EnWG, Rdnr. 150.

15 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 16.1.2015 – 7 U 42/14, RdE 2016, 206 [Rdnr. 21]; so im Ergebnis aber auch Wustlich/Hoppenbrock, in: Altröck/Oschmann/Theobald [o. Fußn. 8], § 11 EEG, Rdnr. 65.

Regelung damit, dass eine hohe Verfügbarkeit für einen wirtschaftlichen Betrieb einer Biogasanlage entscheidend ist.<sup>16</sup> Auch bei der Erzeugung und Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien ist eine hohe Verfügbarkeit des Netzes für einen wirtschaftlichen Betrieb entscheidend. Denn Erneuerbare-Energien-Anlagen erhalten eine bestimmte EEG-Förderung für einen begrenzten Zeitraum. Wird der Förderzeitraum durch eine Vielzahl von Wartungsarbeiten unterbrochen, kann sich dies auf die Wirtschaftlichkeit des Projekts auswirken.

Schließlich ist bei der Beurteilung zu berücksichtigen, dass Erneuerbare-Energien-Anlagen ohne Entschädigungszahlungen nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 oftmals faktisch sogar schlechter als konventionelle Kraftwerke gestellt wären. Wird eine Windenergieanlage oder eine PV-Anlage abgeregelt, kann sie den „verlorenen“ Strom nicht einfach nachträglich produzieren und hat auch keine ersparten Aufwendungen, etwa durch geringeren Brennstoffeinsatz. Wind und Sonne sind flüchtig. Auch Biogasanlagen haben meist nur eine sehr begrenzte Gasspeicherkapazität. Durch den begrenzten Förderzeitraum sind Erneuerbare-Energien-Anlagen aber gerade darauf angewiesen, in diesem Zeitraum möglichst viel Strom zu erzeugen und können die durch eine Abregelung unterbrochene Stromproduktion nicht einfach „nachholen“.

Anders hingegen konventionelle Kraftwerke: Die aufgrund der Abregelung nicht eingesetzten Brennstoffe werden „erspart“. Da etwa für Gas- und Kohlekraftwerke anders als für Windenergie- und PV-Anlagen der Brennstoffeinsatz einen erheblichen Kostenfaktor ausmacht, sind die Abregelungen wirtschaftlich insgesamt vergleichsweise weniger erheblich.

Neben den rechtlichen Argumenten spricht auch die tatsächliche Umsetzbarkeit für einen umfassenden Entschädigungsanspruch bei Wartungsarbeiten. So dürfte die Abgrenzung oftmals schwierig sein, wann genau Wartungsarbeiten – nicht entschädigungspflichtige – „geringfügige oder kurzzeitige Netzengpässe“ sind bzw. wann Wartungsarbeiten im Zusammenhang mit Netzausbaumaßnahmen stehen und wann nicht. Auch bestünden mitunter erhebliche Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Ursache der Abregelung, beispielsweise in Fällen, in denen selbst ohne Wartungsarbeiten eine Abregelung erforderlich geworden wäre.

Schließlich dienen Wartungs- und Instandhaltungsmaßnahmen ebenso wie Netzausbaumaßnahmen einer Gewährleistung der größtmöglichen Abnahme von erneuerbaren Energien und verfolgen damit denselben Zweck. Eine unterschiedliche Bewertung von Netzerhaltungs- und Netzausbaumaßnahmen hinsichtlich des Entschädigungsanspruchs ist daher auch vor diesem Hintergrund nicht zu befürworten.<sup>17</sup>

Etwas anderes folgt auch nicht aus einem jüngst veröffentlichten Urteil des BGH vom 11. 5. 2016.<sup>18</sup> Zwar hat der BGH dort entschieden, dass für den Fall, in dem eine Biogasanlage aufgrund eines – wartungsbedingten – Austausches einer Lastschaltanlage vorübergehend vom Netz getrennt wurde, ein

Entschädigungsanspruch nach § 12 Abs. 1 EEG 2009 nicht besteht. Dies begründet der BGH aber damit, dass es sich bei der (vollständigen) Trennung der Anlage vom Netz nicht um eine Maßnahme des Einspeisemanagements wegen eines Netzengpasses im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009 handelt und daher § 12 EEG 2009 von vornherein weder unmittelbar noch analog anwendbar ist.

Eine Einspeisemanagementmaßnahme wegen eines Netzengpasses liege vielmehr nur dann vor, „wenn aufgrund einer zeitweise hohen Einspeisung aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien, Grubengas oder Kraft-Wärme-Kopplung die Netzkapazität erschöpft ist“, und nicht dann, wenn „die Anlage [...] unabhängig von der Menge eingespeisten Stroms und der Netzkapazität wegen [...] Reparaturarbeiten [...] vom Netz getrennt wird“.<sup>19</sup> Mit der Frage, ob es sich im Falle eines Netzengpasses wegen Wartungsarbeiten im Netz um eine entschädigungspflichtige Maßnahme des Einspeisemanagements im Sinne des § 11 EEG 2009 bzw. § 14 EEG 2014 handelt oder in diesem Fall zu Lasten des Anlagenbetreibers eine teleologische Reduktion der Normen erfolgt, befasst sich der BGH in dem Urteil nicht.

Das vom BGH gefundene Ergebnis ist demnach nicht auf jede wartungsbedingte Reduzierung der Einspeiseleistung gleichermaßen übertragbar. Sind die Voraussetzungen eines Netzengpasses im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 erfüllt, ist vielmehr auch bei Wartungsarbeiten ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 zuzuerkennen.

## b) Maßnahme nach EEG oder EnWG?

Die Unterscheidung, ob eine Abregelung durch den Netzbetreiber auf Grundlage von § 14 Abs. 1 EEG 2014 oder nach dem EnWG erfolgt, wirft mitunter Schwierigkeiten auf. Der Frage der Rechtsgrundlage kommt in der Praxis ganz erhebliche Bedeutung zu. Denn während eine Regelung nach § 14 Abs. 1 EEG 2014 einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch nach sich zieht, ist bei einer Regelung nach §§ 13, 14 EnWG eine entsprechende Entschädigungsregelung nicht vorgesehen.

Eine Regelung gemäß § 13 Abs. 1 EnWG ist dann zulässig, wenn die Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems gefährdet oder gestört wird.<sup>20</sup> Eine Gefährdung

16 BR-Drs. 312/10, S. 91 f.

17 So im Ergebnis auch Schwintowski, EWeRK 2012, 131 [138 f.].

18 Vgl. BGH, Urt. v. 11. 5. 2016 – VIII ZR 123/15, REE 2016, 85 [in diesem Heft].

19 Vgl. BGH, Urt. v. 11. 5. 2016 – VIII ZR 123/15, REE 2016, 85 [89] [in diesem Heft].

20 Die Regelungen in § 13 EnWG gelten gemäß § 14 Abs. 1 EnWG für Verteilnetzbetreiber entsprechend.

der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems in der jeweiligen Regelzone liegt gemäß § 13 Abs. 3 EnWG vor, wenn örtliche Ausfälle des Übertragungsnetzes oder kurzfristige Netzengpässe zu besorgen sind oder zu besorgen ist, dass die Haltung von Frequenz, Spannung oder Stabilität durch die Übertragungsnetzbetreiber nicht im erforderlichen Maße gewährleistet werden kann. Nach dieser Definition ist auch eine drohende strombedingte Netzüberlastung und damit der Anwendungsbereich von § 14 Abs. 1 EEG 2014 umfasst.

Damit die Regelung nach § 14 Abs. 1 EEG 2014 nicht leerläuft, können die §§ 13, 14 EnWG jedoch keine Anwendung finden, wenn die Voraussetzungen der spezielleren Regelung in § 14 EEG 2014 vorliegen.<sup>21</sup> Die Regelung in § 14 Abs. 1 EEG 2014 ist für Erneuerbare-Energien-Anlagen vielmehr *lex specialis* zu den Regelungen in §§ 13, 14 EnWG.<sup>22</sup> Allerdings gilt auch hier der grundsätzliche Vorrang der erneuerbaren Energien. Kann der Netzengpass durch andere Maßnahmen – etwa Netzschaltungen oder Regelungen von konventionellen Kraftwerken – verhindert werden, sind diese einer Maßnahme nach § 14 EEG Abs. 1 EEG 2014 vorzuziehen.<sup>23</sup> Ist die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems hingegen aus anderen Gründen gefährdet, können als Rechtsgrundlage für eine Regelung von Erneuerbare-Energien-Anlagen auch die §§ 13, 14 EnWG herangezogen werden.

Nach einer Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 9.3.2015 soll die Abgrenzung von Maßnahmen nach dem EEG und dem EnWG hingegen nicht von dem tatsächlichen Grund der Regelung, sondern davon abhängen, auf welche Rechtsgrundlage sich der Netzbetreiber beruft, unabhängig davon, ob diese Wahl der Rechtsgrundlage rechtmäßig war oder nicht.<sup>24</sup> Das Kammergericht begründet die Entscheidung damit, dass die dem Netzbetreiber eingeräumten Befugnisse gegenüber Anlagenbetreibern staatlichem Eingriffshandeln gleichkommen und daher ein nachträgliches Auswechseln der Rechtsgrundlage nicht in Betracht kommt. Selbst für den Fall, dass ein Netzbetreiber sich rechtswidrig auf §§ 13, 14 EnWG stützt, besteht nach dieser Entscheidung kein Anspruch auf eine Entschädigung im Rahmen der Entschädigungsregelung des EEG. Gegebenenfalls bestehe in diesem Fall jedoch ein verschuldensabhängiger zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch.<sup>25</sup>

Diese Rechtsauffassung kann jedoch nicht überzeugen. Der Netzbetreiber kann sich nicht aussuchen, auf welcher Rechtsgrundlage er eine regelnde Maßnahme trifft.<sup>26</sup> Das Kammergericht zieht in seiner Entscheidung offensichtlich eine Parallele zum Verwaltungsverfahrensrecht, wonach ein Verwaltungsakt grundsätzlich dann rechtswidrig ist, wenn er auf eine abweichende Rechtsgrundlage gestützt wird, die anderen Zwecken dient.<sup>27</sup> Der Unterschied zum Verwaltungsrecht ist jedoch, dass der Verwaltungsakt selbst eine rechtsverbindliche Regelung schafft, während die Abregelung zwar eine faktische, nicht jedoch eine rechtsverbindliche Regelung zur Folge hat. Das Schutzbedürfnis gegenüber Verwaltungshandeln ist entsprechend höher.

Mehr noch: Mit der Auffassung des Kammergerichts würde der Anlagenbetreiber nicht mehr, sondern weniger Rechtsschutzmöglichkeiten erhalten. Berufet sich der Netzbetreiber nämlich – wie in dem vom Kammergericht zu entscheidenden Fall – auf eine Maßnahme nach §§ 13, 14 EnWG, wäre dem Anlagenbetreiber ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 verwehrt.

Gegenstand des Urteils war allerdings ein Sachverhalt aus dem Jahr 2009. Mittlerweile hat der Gesetzgeber durch Einführung des zum 4.8.2011 in Kraft getretenen § 13 Abs. 2a EnWG für den Fall, in dem die Gefährdung oder Störung auf einer Überlastung der Netzkapazität beruht, klargestellt, dass die speziellen Anforderungen der §§ 14 und 15 EEG 2014 einzuhalten sind und damit auch ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 besteht. Damit dürfte die Auffassung des Kammergerichts – jedenfalls in Bezug auf das Einspeisemanagement – für die Praxis obsolet geworden sein. Für andere Maßnahmen des Netzbetreibers gegenüber dem Anlagenbetreiber könnte das Urteil jedoch sehr wohl noch von Bedeutung sein.

### III. Berechnung der Entschädigungshöhe

Ist eine Regelung nach § 14 Abs. 1 EEG 2014 durch den Netzbetreiber erfolgt, besteht ein Anspruch des Anlagenbetreibers auf Entschädigung nach § 15 Abs. 1 EEG 2014. Hinsichtlich der Berechnung der Entschädigungshöhe regelt das EEG 2014 keine Einzelheiten. Eine in § 95 Nr. 1 EEG 2014 normierte Verordnungsermächtigung zur näheren Regelung des Berechnungs- und Nachweisverfahrens für die Entschädigung nach § 15 Abs. 1 EEG 2015 hat die Bundesregierung bislang nicht zum Anlass genommen, die Rechtslage weitergehend zu konkretisieren.

Allerdings hat die Bundesnetzagentur einen Leitfaden zum EEG-Einspeisemanagement (BNetzA-Leitfaden) veröffent-

21 Sötebier, in: Britz/Hellermann/Hermes [o. Fußn. 11], § 13 EnWG, Rdnr. 143.

22 Anders hingegen KG Berlin, Urt. v. 9.3.2015 – 2 U 72/11 EnWG, REE 2015, 107, welches keine nähere Abgrenzung der Rechtsgrundlagen vornimmt und bei einer starkwindbedingten Abregelung als Rechtsgrundlage §§ 13, 14 EnWG bejaht hat.

23 Vgl. zum Verhältnis von EEG und EnWG insgesamt Schumacher, ZUR 2012, 17 [19].

24 KG Berlin, Urt. v. 9.3.2015 – 2 U 72/11 EnWG, REE 2015, 107 [110].

25 KG Berlin, Urt. v. 9.3.2015 – 2 U 72/11 EnWG, REE 2015, 107 [110]. So könnte auch die Gesetzesbegründung zur entsprechenden Regelung im EEG 2009 verstanden werden: „Es ist nicht zulässig, Maßnahmen nach den subsidiären §§ 13 und 14 EnWG zu ergreifen, um der Entschädigungspflicht zu entgehen. Dieses Vorgehen wäre rechtsmissbräuchlich und riefte einen Schadensersatzanspruch hervor.“

26 Kritisch auch Schäfermeier, ZNER 2015, 354 [358].

27 Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 18. Aufl. (2012), § 113 VwGO, Rdnr. 65.

licht.<sup>28</sup> Auch haben eine Reihe von Branchenverbänden eine gemeinsame Empfehlung zur Ermittlung von Entschädigungszahlungen nach § 12 Abs. 1 EEG 2009 herausgegeben (Verbändeempfehlung).<sup>29</sup> Keine der beiden Empfehlungen ist rechtlich verbindlich. In der Praxis orientieren sich Netzbetreiber dennoch meist strikt an den Vorgaben im BNetzA-Leitfaden.

Nach beiden Leitfäden ist vorgesehen, dass ein Anlagenbetreiber für die Ermittlung der Entschädigungshöhe zwischen einem „pauschalen Verfahren“ und einem genaueren „Spitzabrechnungsverfahren“ wählen kann. Vereinfacht dargestellt wird für die Ermittlung der im Zeitraum der Abregelung nicht eingespeisten Strommenge (Ausfallarbeit) nach dem pauschalen Verfahren auf die tatsächlich erbrachte Einspeiseleistung in der letzten vollen Viertelstunde vor Beginn der Abregelung abgestellt. Für die Ermittlung der Entschädigungshöhe wird dann unterstellt, dass die Anlage über die gesamte Dauer der Abregelung mit einer entsprechenden Einspeiseleistung Strom in das Netz eingespeist hätte.

Beim Spitzabrechnungsverfahren hingegen hat der Anlagenbetreiber die Möglichkeit nachzuweisen, dass tatsächlich eine vom pauschalen Verfahren abweichende – höhere – Einspeiseleistung erbracht worden wäre. Für Windenergieanlagen etwa bietet sich die Anwendung des Spitzabrechnungsverfahrens oftmals an, da Windenergieanlagen häufig bereits bei aufkommendem Wind abgeregelt werden, und die Leistung in der letzten gemessenen Viertelstunde vor der Abregelung entsprechend geringer ist als die durchschnittliche Leistung im Abregelungszeitraum. Für die Ermittlung der tatsächlichen Ausfallarbeit für den Zeitraum der Abregelung müssen Windenergieanlagen allerdings über geeignete Messgeräte verfügen. Erst mittels der in dem Zeitraum der Abregelung gemessenen Windgeschwindigkeiten und der spezifischen Leistungskennlinie kann die potenziell erbrachte höhere Leistung im Abregelungszeitraum entsprechend ermittelt und gegebenenfalls gegenüber dem Netzbetreiber nachgewiesen werden.<sup>30</sup>

Die Höhe der Entschädigungszahlung wird dann anhand der Höhe der EEG-Förderung unter Berücksichtigung von zusätzlichen und ersparten Aufwendungen bestimmt. Stehen unterjährige Vergütungsbestandteile (etwa Boni bei Biogasanlagen) zum Zeitpunkt der Abregelung noch nicht fest und kommt es bei den Entschädigungszahlungen zu Abweichungen vom tatsächlichen EEG-Förderanspruch sind diese – so die BNetzA – in einer Jahresendabrechnung auszugleichen.<sup>31</sup>

#### IV. Darstellung von Einzelproblemen

Auf den ersten Blick scheint klar geregelt, was genau ein Anlagenbetreiber im Falle von Abregelungen erstattet bekommen kann: die entgangenen Einnahmen zuzüglich zusätzliche Aufwendungen und abzüglich der ersparten Aufwendungen. Allerdings zeigen bereits die umfassenden Ausführungen im BNetzA-Leitfaden und in der Verbändeempfehlung, dass sich nicht alle Fragen einfach durch einen Blick in das Gesetz klären lassen.

Bei näherem Hinsehen ergeben sich eine Vielzahl von bislang nicht abschließend geklärten Auslegungsfragen und Einzelproblemen. Einige ausgewählte Einzelfragen aus der Praxis sollen im Folgenden dargestellt werden.

#### 1. Unterjähriger Wechsel der Berechnungsmethode

Für die Praxis bedeutsam ist die Frage, ob ein Anlagenbetreiber innerhalb eines Kalenderjahres zwischen den verschiedenen Berechnungsverfahren (pauschales Verfahren und Spitzabrechnungsverfahren) wechseln kann.

Nach den Vorgaben des BNetzA-Leitfadens, und auch der Verbändeempfehlung, soll sich ein Anlagenbetreiber mit der ersten – durch ihn gestellten – Abrechnung entscheiden müssen, ob er eine Abrechnung anhand des pauschalen Verfahrens oder nach dem Spitzabrechnungsverfahren bevorzugt. Diese Wahl soll dann für das gesamte Kalenderjahr verbindlich sein. Ein Wechsel des Abrechnungsverfahrens soll unterjährig nicht mehr möglich sein. Auch eine nachträgliche Änderung des Abrechnungsverfahrens für das gesamte Kalenderjahr ist nach dem BNetzA-Leitfaden unzulässig.<sup>32</sup>

Dieses Ergebnis ist jedoch wenig überzeugend und lässt sich weder aus § 15 Abs. 1 EEG 2014 noch dem allgemeinen Schadensersatzrecht begründen. Zweck des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 ist zuvorderst, die dem Anlagenbetreiber entgangenen Einnahmen zu kompensieren und hierdurch die Finanzierbarkeit neuer Projekte zu gewährleisten.<sup>33</sup> Eine vollständige – bzw. 95%ige – und insbesondere der tatsächlich abgeregelten Strommenge möglichst nahekommende Kompensation der durch Abregelungen entgangenen Einnahmen ist jedoch nicht gewährleistet, wenn ein Wechsel zwischen den Berechnungsmethoden nicht zulässig ist. Die Anwendung der in der Praxis gängigen Berechnungsmethoden ist schließlich kein Selbstzweck, sondern dient der – möglichst genauen – Ermittlung der entgangenen Einnahmen. Ebenso wie die abstrakte Schadensberechnung im allgemeinen Zivilrecht, dient das pauschale Verfahren einzig der Beweiserleichterung für

28 BNetzA, Leitfaden zum EEG-Einspeisemanagement – Abschaltreihenfolge, Berechnung von Entschädigungszahlungen und Auswirkungen auf die Netzentgelte, Version 2.1 (Stand: 7.3.2014).

29 Gemeinsame Verbändeempfehlung, vorgelegt von den Verbänden BDEW, VKU, BEE, BWE, BDW, Fachverband Biogas, BSW-Solar, AGFW, IVG, Ermittlung von Entschädigungszahlungen nach § 12 Abs. 1 EEG 2009, 2012.

30 Zur Bestimmung der Leistungskennlinie vgl. im Einzelnen BNetzA-Leitfaden [o. Fußn. 28], S. 9.

31 BNetzA-Leitfaden [o. Fußn. 28], S. 18.

32 BNetzA-Leitfaden [o. Fußn. 28], S. 6.

33 BT-Drs. 16/8148, S. 47; Hoppenbrock, in: Altrock/Oschmann/Theobald [o. Fußn. 8], § 12 EEG, Rdnr. 5.

den betroffenen Anlagenbetreiber als Geschädigten.<sup>34</sup> Er hat die freie Wahl, ob er diese Beweiserleichterung in Anspruch nehmen möchte oder nicht.

Stellt sich nach Ausübung des Wahlrechts aber heraus, dass das gegebenenfalls gewählte pauschale Berechnungsverfahren den tatsächlich entstandenen Schaden nur unzureichend abbildet und kann der Anlagenbetreiber auch den konkreten Nachweis führen, dass der tatsächlich entstandene Schaden (unter Umständen weit) höher liegt, muss der Anlagenbetreiber nach den Grundsätzen des allgemeinen Schadensrechts – nachträglich – eine Schadensberechnung nach dem Spitzabrechnungsverfahren vornehmen dürfen.<sup>35</sup>

Gegen diese Sichtweise wird zwar angeführt, dass der Anlagenbetreiber hierdurch „Rosinenpicken“ betreiben könnte und durch unterjährige Wechsel im Ergebnis höhere Einnahmen generieren könnte als ohne die Abregelungen. Diese Gefahr besteht jedoch jedenfalls dann nicht, wenn ein nachträglicher Wechsel für das gesamte Kalenderjahr zulässig ist.

Im Übrigen ist bereits fraglich, wie das Verbot eines nachträglichen Wechsels rechtsdogmatisch begründet werden könnte. Ausgeschlossen ist jedenfalls, dass der Anlagenbetreiber die Geltendmachung der Differenz zu den tatsächlich entgangenen Einnahmen durch die Wahl einer bestimmten Berechnungsmethode „verwirkt“ haben könnte. Eine Verwirkung kommt nur dann in Betracht, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf eingerichtet hat und sich auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht mehr geltend machen werde.<sup>36</sup>

An das Vorliegen einer Verwirkung werden strenge Anforderungen gestellt. Zum einen muss nach dem „Zeitmoment“ einer Verwirkung eine längere Zeit verstrichen sein. Zum anderen müsste der Anlagenbetreiber mit seiner Wahl der Berechnungsmethode signalisiert haben, dass er weitergehende Ansprüche nicht geltend machen werde und dem Netzbetreiber unzumutbare Nachteile entstehen, wenn der Anlagenbetreiber dennoch von seinem Wahlrecht Gebrauch macht (sog. „Umsandmoment“). Diese strengen Voraussetzungen dürften bei einer unterjährigen Änderung der Berechnungsmethode regelmäßig nicht erfüllt sein. Dies gilt auch deshalb, weil es nach dem Willen der BNetzA im Rahmen einer „Jahresendabrechnung“ grundsätzlich noch zu Korrekturen hinsichtlich der Entschädigungszahlungen kommen kann. Ein schützenswertes Vertrauen des Netzbetreibers, bevor die in einem Kalenderjahr erfolgten Abregelungen abschließend abgerechnet und vergütet worden sind, ist vor diesem Hintergrund in jedem Fall abzulehnen.<sup>37</sup>

Selbst wenn man ein grundsätzliches Recht zur Änderung der Berechnungsmethode ablehnt, muss eine nachträgliche Änderung der Berechnungsmethode zumindest dann zulässig sein, wenn sich später herausstellt, dass nicht für sämtliche Abrege-

lungszeiträume die zur Ermittlung der konkreten Schadenshöhe erforderlichen Messdaten verfügbar sind oder eine Schadensberechnung aus sonstigen Gründen nicht möglich ist.

Wählt ein Anlagenbetreiber etwa das Spitzabrechnungsverfahren, fallen jedoch zeitweise die Messinstrumente wegen eines technischen Defekts aus, würde der Anlagenbetreiber aufgrund seiner Festlegung auf das Spitzabrechnungsverfahren für diesen Zeitraum eine Entschädigung nach dem pauschalen Verfahren nicht geltend machen dürfen. Auch eine – nachträgliche – Berechnung nach dem pauschalen Verfahren für das gesamte Kalenderjahr wäre nach der Bundesnetzagentur nicht zulässig. Stehen die Messergebnisse über einen längeren Zeitraum oder in besonders abregelungsintensiven windreichen Zeiträumen nicht zur Verfügung, könnte dies zu erheblichen wirtschaftlichen Schäden für den Anlagenbetreiber führen, die sich mit einem letztlich rechtlich kaum begründbaren Verweis auf eine verbindliche Wahl der Berechnungsmethode nicht rechtfertigen lassen.

## 2. Entschädigung für Ausgleichsenergie

Eine weitere in der Praxis vielfach umstrittene Frage ist, ob dem Anlagenbetreiber in der Direktvermarktung (oder ggf. dem Direktvermarkter selbst) Kosten für Ausgleichsenergie im Rahmen des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 erstattet werden.

Im Falle einer Direktvermarktung erfolgt diese in aller Regel nicht durch den Anlagenbetreiber selbst, sondern über einen Direktvermarkter. Entstehende Kosten für Ausgleichsenergie reicht der Direktvermarkter aufgrund entsprechender vertraglicher Vereinbarungen in dem zugrunde liegenden Direktvermarktungsvertrag zumeist nicht an den Anlagenbetreiber weiter. Es gibt allerdings auch Vergütungsmodelle, in denen der Direktvermarkter die aufgrund der Abregelungen entstandenen Kosten für Ausgleichsenergie an den Anlagenbetreiber weiterreicht. Hierdurch tritt beim Anlagenbetreiber ein Schaden ein, der unmittelbar auf die Abregelung durch den Netzbetreiber zurückzuführen ist. Diesen Schaden muss der Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber geltend machen können.

Nach den Grundsätzen des allgemeinen Zivilrechts wären die Kosten für Ausgleichsenergie als „unfreiwillige Einbuße an

34 Zur zivilrechtlichen abstrakten Schadensberechnung, Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. (2015), § 252 BGB, Rdnr. 4.

35 Vgl. zum „nachträglichen Wahlrecht“ für eine vergleichbare Konstellation bei einem Verkehrsunfall, BGH, Urt. v. 17. 10. 2006 – VI ZR 249/05, BB 2006, 2715.

36 Grüneberg, in: Palandt [o. Fußn. 34], § 242 BGB, Rdnr. 87.

37 BNetzA-Leitfaden [o. Fußn. 28], S. 18.

Rechten oder Rechtsgütern“ und damit als klassische Schadensposition zu bewerten.<sup>38</sup>

Allerdings ordnet § 15 Abs. 1 EEG 2015 nicht den Ersatz eines jeden Schadens an. Vielmehr sollen die „entgangenen Einnahmen zuzüglich der zusätzlichen Aufwendungen und abzüglich der ersparten Aufwendungen“ entschädigt werden. Eine Aufwendung ist gemeinhin „die freiwillige Aufopferung von Vermögenswerten im Interesse eines anderen.“<sup>39</sup> Allerdings wird der Begriff im EEG dahingehend verstanden, dass auch solche Vermögenswerte umfasst sind, die der Betreiber im eigenen Interesse aufgeopfert hat.<sup>40</sup> Dennoch bleibt in Abgrenzung zum „Schaden“ entscheidendes Merkmal einer Aufwendung die Freiwilligkeit. Da der Anlagenbetreiber die Kosten für Ausgleichsenergie jedoch nicht „freiwillig“ getätigt hat, fällt es schwer, diese als „zusätzliche Aufwendungen“ anzusehen.

Rechtlich gut begründen lässt sich allerdings die Auffassung, dass es sich bei den vom Direktvermarkter in Rechnung gestellten Kosten für Ausgleichsenergie für den Anlagenbetreiber um entgangene Einnahmen im Sinne von § 15 Abs. 1 EEG 2014 handelt. Werden dem Anlagenbetreiber durch den Direktvermarkter die Kosten für Ausgleichsenergie im Rahmen der Abrechnung für die Stromlieferung in Rechnung gestellt, sind die Kosten als negative Posten ausgewiesen und werden vom Gesamtrechnungsbetrag abgezogen. Für den Zeitraum der Abregelung sind die Einnahmen in diesem Fall nicht nur „null“, sondern sogar „negativ“. Dem Anlagenbetreiber entstehen zum Zeitpunkt der Abregelung mithin „negative Einnahmen“. Hat der Anlagenbetreiber hingegen Einnahmen aus der Ausgleichsenergie, sind diese ebenfalls bei der Berechnung der Entschädigungshöhe – dieses Mal schadensmindernd – zu berücksichtigen.

Für eine Berücksichtigung der Kosten spricht im Übrigen auch die Gesetzesbegründung zu § 12 EEG 2009:

„Für die Ermittlung der üblichen Entschädigung ist die Höhe der im Abrechnungsjahr entstandenen reduzierten Stromspeisung bzw. Wärmeveräußerung zugrunde zu legen. Dabei sind für die Höhe des Vergütungsausfalls die Vergütungen des EEG maßgeblich. Im Fall der Eigenvermarktung ist das der Preis, den die Anlagenbetreibenden nachweislich erhalten hätten. Die entgangenen Wärmeerlöse sind entsprechend der Wärmelieferverträge zu ermitteln. Dabei sind auch gegebenenfalls fällige Vertragsstrafen zu berücksichtigen.“<sup>41</sup>

Da für entgangene Wärmeerlöse auch gegebenenfalls fällige Vertragsstrafen zu berücksichtigen sind, kann für Ausgleichsenergie, welche letztlich aufgrund einer Nichtlieferung von Strommengen erforderlich wird, wertungsmäßig nichts anderes gelten.

Hierfür spricht auch die Gesetzeshistorie. Während in dem Referentenentwurf zum EEG 2009 noch aufgeführt war, dass Anlagenbetreiber erst dann einen Anspruch auf Ersatz der entgangenen Einnahmen haben, wenn „im Abrechnungsjahr mindestens 0,5% weniger Strom aus den betroffenen Anlagen

abgenommen“ worden ist, ist diese Regelung nicht in das EEG 2009 aufgenommen worden. Hieraus lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber das Risiko von Vermögenseinbußen durch geringere Einspeisung grundsätzlich vollständig dem Netzbetreiber zugewiesen hat.<sup>42</sup> Der Anlagenbetreiber soll letztlich hinsichtlich der Einnahmen für die Stromspeisung so gestellt werden, als wäre die Abregelung nicht erfolgt. Dieser Zweck wird nur dann erreicht, wenn die Kosten für Ausgleichsenergie von dem Entschädigungsanspruch umfasst sind. Nur dann erhält der Anlagenbetreiber letztlich den Preis, den er ohne die Abregelung erhalten hätte.

Noch umstrittener ist die Frage, ob ein Anspruch auch dann besteht, wenn Kosten für Ausgleichsenergie durch den Direktvermarkter nicht an den Anlagenbetreiber weitergegeben werden, sondern – vertraglich geregelt – durch den Direktvermarkter getragen werden. Nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 ist lediglich der Anlagenbetreiber selbst, nicht jedoch der Direktvermarkter, anspruchsberechtigt. Hierdurch entsteht die Situation, dass der Anlagenbetreiber zwar dem Grunde nach einen Entschädigungsanspruch hätte, jedoch hinsichtlich der Ausgleichsenergie bei ihm kein Schaden entstanden ist. Der Direktvermarkter hingegen hat einen Schaden aber keinen Anspruch. Anspruchsberechtigter und Geschädigter fallen schlicht auseinander.

Letztlich kann es wertungsmäßig jedoch keinen Unterschied machen, ob der Anlagenbetreiber selbst den Strom veräußert oder diese Aufgabe an einen Direktvermarkter überträgt. Insofern könnte der Direktvermarkter mit einem „mittelbaren Stellvertreter“ für den Anlagenbetreiber verglichen werden. In Fällen der mittelbaren Stellvertretung im eigenen Namen für die Rechnung eines Dritten, hier des Anlagenbetreibers, ist anerkannt, dass der tatsächlich Geschädigte den Schaden gegenüber dem Dritten geltend machen darf (sog. „Drittschadensliquidation“).<sup>43</sup> Eine entsprechende Anwendung dieses Rechtsinstituts würde der faktischen Bedeutung des Direktvermarkters bei der EEG-Stromvermarktung jedenfalls gerecht werden.

### 3. Entschädigung für entgangene Wärmeerlöse

Nicht nur die durch die Abregelungen entgangenen Einnahmen aus Stromausfallmengen sind entschädigungspflichtig. Etwa bei

38 Weiterführend zum Schadensbegriff Grüneberg, in: Palandt [o. Fußn. 34], Vor § 249 BGB, Rdnr. 9.

39 Grüneberg, in: Palandt [o. Fußn. 34], § 256 BGB, Rdnr. 1.

40 Hoppenbrock, in: Altrock/Oschmann/Theobald [o. Fußn. 8], § 12 EEG, Rdnr. 74.

41 BT-Drs. 16/8148, S. 47.

42 Ehrlicke/Frenz, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt [o. Fußn. 12], § 15 EEG, Rdnr. 6.

43 Grüneberg, in: Palandt [o. Fußn. 34], Vor § 249 BGB, Rdnr. 108.



Biogas- und Geothermieranlagen können neben der entgangenen EEG-Förderung zusätzlich noch entgangene Wärmeerlöse treten. Hintergrund ist, dass im Falle einer Abregelung der Anlagen in diesen Fällen auch die an die Stromerzeugung gekoppelte Wärmeerzeugung entfällt und entsprechende Wärmelieferpflichten über den Zeitraum der stromseitigen Abregelung unter Umständen nicht mehr erfüllt werden können, oder alternative Wärmequellen zu höheren Preisen genutzt werden müssen.

Während § 12 Abs. 1 EEG 2009 für entgangene Wärmeerlöse noch ausdrücklich eine Kompensation vorsah, ist für die Nachfolgeregelung in § 12 EEG 2012 und nunmehr für § 15 EEG 2014 jedenfalls allgemein anerkannt, dass die Entschädigungspflicht für „entgangene Einnahmen“ auch die entgangenen Wärmeerlöse umfasst und nicht nur die entgangene Förderung nach EEG.<sup>44</sup> Grundsätzlich ist auch im BNetzA-Leitfaden und in der Verbändeempfehlung die Entschädigung bei Wärmeausfallmengen anerkannt. Der BNetzA-Leitfaden macht diesbezüglich jedoch eine Einschränkung. Anders als für Stromausfallmengen, soll eine pauschale Berechnung der entgangenen Einnahmen von Wärmeausfallmengen nicht zulässig sein. Vielmehr soll hier jeweils ein konkreter Nachweis über die Höhe der Wärmevergütung vorgelegt werden.<sup>45</sup>

Ein Nachweis der auf die einzelne Abregelung zurückzuführenden entgangenen Einnahmen aus der Ausfallwärme nebst zusätzlichen Aufwendungen und abzüglich der ersparten Aufwendungen kann jedoch in der Praxis oftmals nur schwerlich gelingen. Dies gilt insbesondere bei komplexen Wärmenutzungskonzepten mit einer Vielzahl von Wärmeabnehmern.

Der Nachweis, dass dem Anlagenbetreiber durch den Ausfall der Wärmemengen überhaupt ein Schaden entstanden ist, kann hingegen zumeist problemlos erbracht werden. Schließlich ist im EEG für Biomasseanlagen sogar eine sinnvolle Wärmenutzung vorgeschrieben bzw. Voraussetzung für den Erhalt des KWK-Bonus. Wird eine sinnvolle Wärmenutzung unterbrochen, entsteht regelmäßig auch ein wirtschaftlicher Schaden. Die Problematik in der konkreten Nachweisführung liegt auch weniger in dem Nachweis, dass überhaupt ein Schaden – dem Grunde nach – entstanden ist.

Schwierigkeiten ergeben sich hingegen hinsichtlich des Nachweises der konkreten Schadenshöhe, welche nach dem Willen der BNetzA für jede einzelne Abregelung gesondert nachgewiesen werden muss. Wird etwa die Abwärme eines BHKW in ein Nahwärmenetz eingespeist, welches auch mit einem durch konventionelle Energieträger erhitzten Kessel substituiert wird, lässt sich im Falle einer Abregelung faktisch kaum ermitteln, wie hoch der konkrete Schaden durch die Unterbrechung der Wärmeversorgung durch das BHKW ist. Denn für jede einzelne Abregelung müsste ermittelt werden, wie hoch der Bedarf an den Wärmeverbrauchern über einen bestimmten Zeitraum war und welche zusätzlichen Kosten für den Brennstoffeinsatz zur Erhitzung des Kessels entstanden sind. Oftmals ist eine substituierende Wärmeversorgung aber nicht ausschließlich für

den Fall von Abregelungen des BHKW bereitgestellt, sondern wird auch dann eingesetzt, wenn ein besonders hoher Wärmebedarf besteht. Da zudem normalerweise weder bei der Wärmeinspeisung noch beim Wärmeverbrauch eine „registrierende Wärmemessung“, sondern „lediglich“ ein Wärmemengenzähler installiert ist, lässt sich schlicht nicht nachweisen, welcher Anteil des gemessenen (konventionellen) Brennstoffeinsatzes auf den Zeitraum einer Abregelung entfällt und durch diese bedingt war und welcher Anteil letztlich der Deckung von Spitzenlastzeiten diene.

Deshalb muss es für den Schadensnachweis jedenfalls als ausreichend angesehen werden, wenn ein Schaden dem Grunde nach dargelegt und nachgewiesen wird. In diesem Fall sollte eine pauschale Berechnung auch der entgangenen Wärmeerlöse zulässig sein. Andernfalls wird ein Anlagenbetreiber kaum in der Lage sein, einen Schadensersatzanspruch auch für die entgangenen Wärmeerlöse durchsetzen zu können. Auch die Verbändeempfehlung sieht im Übrigen – in Abweichung vom BNetzA-Leitfaden – eine pauschale Ermittlung des Schadens aufgrund von Wärmeausfallmengen als zulässig an.<sup>46</sup>

#### 4. Begrenzung auf 95 % der entgangenen Einnahmen

Für Anlagen, die nach dem 31. 12. 2011 in Betrieb genommen worden sind, besteht die Besonderheit, dass sie nur 95 % der entgangenen Einnahmen zuzüglich der zusätzlichen Aufwendungen und abzüglich der ersparten Aufwendungen entschädigt bekommen. Eine Ausnahme hiervon besteht dann, wenn die entgangenen Einnahmen in einem Jahr 1 % der Einnahmen dieses Jahres übersteigen. Ab diesem Zeitpunkt sind dann wiederum 100 % zu entschädigen.

Nicht eindeutig ist, ob bei der Berechnung der entgangenen Einnahmen auf die entgangenen Einnahmen ohne Kompensation durch die Entschädigungszahlungen abzustellen ist, oder ob diese einzubeziehen sind. Für die Praxis macht dies einen wesentlichen Unterschied, da nach der ersten Berechnungsmethode bei einer angenommenen Einspeisung von beispielsweise 1.000 MWh im Jahr eine Abregelung von einer Ausfallarbeit von 10 MWh (1 % der Einspeiseleistung) dazu führen würde, dass hiernach 100 % der danach entgangenen Einnahmen entschädigungsfähig wären. Wird hingegen auf den tatsächlichen,

44 Schäfermeier, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), Kommentar zum EEG, 4. Aufl. (2014), § 12 EEG, Rdnr. 14.

45 Da sich der Anlagenbetreiber nach dem Willen der BNetzA einmalig zu Beginn des Kalenderjahres für eine Berechnungsmethode für das gesamte Kalenderjahr entscheiden muss (vgl. oben Ziffer IV 1), hätte dies – bei strikter Anwendung des BNetzA-Leitfadens – zur Folge, dass beim einmal gewählten pauschalen Verfahren entgangene Wärmeerlöse in keinem Fall mehr berücksichtigt werden könnten.

46 Verbändeempfehlung [o. Fußn. 29], S. 27 ff.

nach Kompensation verbleibenden Schaden abgestellt, wäre eine Abregelung von ca. 20% der gesamten im Kalenderjahr potentiell erbrachten Einspeiseleistung – im Beispiel also 200 MWh – erforderlich, um hiernach von der Ausnahmeregelung zu profitieren.

Wirtschaftlich macht dies den Unterschied, ob ein Anlagenbetreiber maximal eine Einbuße der jährlichen Einnahmen von 1% oder von 0,05% hinnehmen muss. Da hierbei die ersparten Aufwendungen bereits abgezogen sind, handelt es sich regelmäßig um eine Einbuße, die unmittelbar auf den Jahresgewinn durchschlägt.

Der Wortlaut der Regelung spricht dafür, die tatsächlich – vor Kompensation – entgangenen Einnahmen und nicht die – nach Kompensation – verbleibenden Schäden zu berücksichtigen. Denn nach § 15 Abs. 1 EEG 2014 sind 100% zu entschädigen, wenn „die entgangenen Einnahmen nach Satz 1“ 1% der Einnahmen des Jahres übersteigen. Entgangene Einnahmen nach Satz 1 sind die Erlöse aus der Stromeinspeisung, welche zu „entschädigen“ sind und nicht die Schäden, welche nach Kompensation beim Anlagenbetreiber verbleiben.

Hiergegen könnte jedoch der Sinn und Zweck der Regelung sprechen. Durch die 95%-Regelung soll ausweislich der Gesetzesbegründung für Anlagenbetreiber ein Anreiz gesetzt werden, sich mit der Netzsituation auseinanderzusetzen und ihre Planungen ggf. anzupassen.<sup>47</sup> Es ist zweifelhaft, ob durch Mindereinnahmen von maximal 0,05% eine Anpassung des Einspeiseverhaltens ausreichend angereizt wird. Da jedoch der Wortlaut von § 15 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 eindeutig auf die entgangenen Einnahmen – und nicht auf die Entschädigungszahlungen – abstellt und letztlich auch von einer geringen potentiellen Mindereinnahme eine gewisse Anreizwirkung ausgeht, sollte die Regelung wortlautgetreu ausgelegt werden. Damit sind Anlagenbetreiber dann zu 100% zu entschädigen, wenn 1% der potenziell in einem Kalenderjahr erbrachten Einspeiseleistung abregelt worden ist.<sup>48</sup>

## V. Fazit und Ausblick

Das Thema Einspeisemanagement gewinnt wirtschaftlich stetig an Bedeutung und ist ein gewichtiger – wenn auch unerwünschter – Bestandteil der Energiewende. Insbesondere in windstarken Regionen stellen Abregelungen für Anlagenbetreiber keinen Einzelfall mehr dar, sondern werden leidiger Teil des regulären Anlagenbetriebes. Die Höhe der Entschädigung ist von erheblicher Bedeutung für den wirtschaftlichen Anlagenbetrieb.

Wohl gerade deshalb kommt es in der Praxis bei der Geltendmachung von Entschädigungszahlungen auch vermehrt zu rechtlichen Auseinandersetzungen. Gerade aber für kleinere Anlagenbetreiber, die von einer Vielzahl von Abregelungen betroffen sind, stellt sich die umfassende Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen oftmals als administrative Mammut-

aufgabe dar. Die Branche ist gefordert, das Entschädigungsverfahren insgesamt effizienter durchzuführen, den Verwaltungsaufwand für alle Beteiligten möglichst zu verringern und dabei sämtliche dem Anlagenbetreiber entstandene Schäden nach den Vorgaben im EEG einzubeziehen. Gegebenenfalls könnte die Wahrnehmung der in § 95 Nr. 1 EEG 2014 normierten Verordnungsermächtigung zur Regelung der Entschädigungszahlungen insgesamt für mehr Klarheit sorgen.

Zentral für eine sinnvolle Lösung des Problems „Einspeisemanagement“ wäre es aber, eine Verwendungsmöglichkeit für den Überschussstrom zu finden bzw. diese zuzulassen. Eine Abregelung und damit ein Verschwenken von „wertvollem“ Grünstrom ist sowohl aus volkswirtschaftlichen als auch aus energiepolitischen Gesichtspunkten bei stetig zunehmenden Stromausfallmengen kaum noch verantwortbar. Hier müssen die erforderlichen Weichen gestellt werden, auch um die vielfältigen, aktuell noch in den Kinderschuhen steckenden „power-to-X“-Lösungen weiterzuentwickeln. Ein erster Schritt wäre hier klarzustellen, dass eine Abregelung nicht an der Stromerzeugungsanlage erfolgen muss, sondern die „Nichteinspeisung“ ausreicht. Hierdurch könnten Nutzungsmöglichkeiten für den Überschussstrom geschaffen werden.

Anzeichen dafür, dass dieses Thema nun verstärkt auf die politische Agenda gesetzt wird, sind erfreulicherweise deutlich erkennbar. So ist geplant, noch in der laufenden Legislaturperiode Regeln einzuführen, um im Rahmen des Einspeisemanagements Strommengen als „zuschaltbare Lasten“ im Umfang von bis zu maximal 2 GW „zu nutzen“. Je nach konkreter Umsetzung dieses Plans könnte dies auch weitere (Vermarktungs-) Chancen für Anlagenbetreiber mit sich bringen.

Die steigende Bedeutung des Einspeisemanagements wird sich im Übrigen aller Voraussicht nach auch auf das Ausschreibungsdesign für Windenergieanlagen an Land im EEG 2016 auswirken: Nach dem gegenwärtigen Gesetzentwurf zum EEG 2016 (Stand: 8. 6. 2016) soll in bestimmten Regionen, in denen die Übertragungsnetze besonders stark belastet sind (sog. „Netzausbaugebiete“), vorübergehend der Ausbau von Windenergie an Land begrenzt werden. Für Netzausbaugebiete soll eine Höchstmenge festgelegt werden, die maximal in den Ausschreibungen bezuschlagt werden darf. Es ist durchaus fraglich, ob eine solche Begrenzung von Windenergieanlagen an ertragreichen Standorten sinnvoll für das Gelingen der Energiewende ist. Schließlich braucht der Energiesektor insgesamt nicht weniger, sondern mehr grüne Energie, auch in Zeiten von Netzengpässen. Eine effiziente Nutzung des Überschussstroms zur Erzeugung etwa von Gas oder Wärme und ein Vorantreiben der Sektorenkopplung ist dem „Ausbauverbot“ sicherlich vorzuziehen.

47 BT-Drs. 17/6071, S. 65.

48 Vgl. auch Salje, Kommentar zum EEG, 7. Aufl. (2015), § 15 EEG, Rdnr. 10.