

Juristische Machbarkeitsstudie

Anpassung der Erzeugungsleistung von Anlagen und dem Verbrauch steuerbarer Verbrauchseinrichtungen im FlexQGrid Konzept

Regulatorische Rahmenbedingungen

3. (ergänzte) Fassung

Datum: 15. Mai 2021

Für: Netze BW GmbH
Schelmenwasenstraße 15
70567 Stuttgart

Von: Rechtsanwalt Dr. Steffen Herz
Rechtsanwalt Carl Bennet Nienaber

von Bredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Littenstraße 105
10179 Berlin
T: +49 30 8092482-20
F: +49 30 8092482-30
www.vonbredow-valentin-herz.de

Sitz/Registergericht: Berlin, Amtsgericht Berlin-Charlottenburg, PR 786 B

Partner: Dr. Hartwig von Bredow, Dr. Florian Valentin, Dr. Steffen Herz, Dr. Bettina Hennig, Dr. Jörn Bringewat

Inhaltsverzeichnis

A.	Einführung und Prüfungsumfang	3
B.	Ausgangslage	4
I.	Bildung der Cluster	4
II.	Teilnehmer: Prosumer	4
III.	Teilnehmer: Netzbetreiber	5
IV.	Ampelsystem	5
V.	Quotenmodell	6
VI.	Quotenhandel	6
C.	Zusammenfassendes Ergebnis	8
I.	Erzeugungsseitige Regelung der Teilnehmer	8
II.	Verbrauchsseitige Regelung der Teilnehmer	9
D.	Rechtliche Bewertung	11
I.	Erzeugungsseitige Regelung der Teilnehmer	11
1.	Erzeugungsanpassung als zulässige Maßnahme	13
2.	Vorliegen eines Netzengpasses	16
3.	Einhaltung der Maßnahmenreihenfolge	17
4.	Finanzieller und bilanzieller Ausgleich in Folge der Anpassung	22
5.	Notwendige Änderungen zur einspeiseseitigen Umsetzung des Konzepts	26
II.	Verbrauchsseitige Regelung der Teilnehmer	32
1.	Anpassung der Entnahme als abschaltbare Lasten	33
2.	Anpassung der Entnahme als steuerbare Verbrauchseinrichtung	33
3.	Notwendige Änderungen zur entnahmeseitigen Umsetzung des Konzepts	40

A. Einführung und Prüfungsumfang

Das FlexQGrid-Konzept ist gutachterlich im Sinne einer juristischen Machbarkeitsstudie zu prüfen. Entsprechend unterziehen wir nachfolgend alle konzeptrelevanten Punkte einer rechtlichen Bewertung, wobei die Identifizierung von rechtlichen Risiken, das Erfordernis gesetzlicher/verordnungsrechtlicher Veränderungen und die Darstellung möglicher Alternativen, also die Darstellung der für die rechtssichere Umsetzbarkeit relevanten Punkte, im Vordergrund der Machbarkeitsstudie steht und nicht die wissenschaftlich vertiefte und vollumfängliche juristisch-akademische Herleitung und Darstellung der rechtlichen Grundlagen.

Im hiesigen Gutachten beschränken wir uns dabei zunächst auf die Prüfung der Vereinbarkeit der geplanten Anpassung der Einspeise- und Entnahmeleistung mit den derzeitigen regulatorischen Bestimmungen.

Im Hinblick auf das Einspeisemanagement ist dabei gemäß Absprache die Vereinbarkeit mit den §§ 13ff. EnWG in der ab dem 1. Oktober 2021 geltenden Fassung zu prüfen.¹

Die Prüfung der geplanten Eingriffe in den Verbrauch erfolgt wiederum im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des zwischenzeitlich zurückgezogenen Entwurfs eines Gesetzes zur zügigen und sicheren Integration steuerbarer Verbrauchseinrichtungen in die Verteilnetze und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften (SteuVerG) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie.

¹ Gesetz zur Beschleunigung des Energieleitungsausbaus Vom 13. Mai 2019, BGBl. I S. 706; soweit im Folgenden die ab dem 1. Oktober 2021 geltende Fassung des EnWG in Bezug genommen wird, werden die Normen durch den Zusatz „EnWG n.F.“ gekennzeichnet.

B. Ausgangslage

Das FlexQGrid-Konzept (im Folgenden: Konzept) soll der Entlastung der Netze auf Niederspannungsebene dienen. Es soll Netzengpässen vorbeugen und hierbei die Interessen der an das Netz angeschlossenen Prosumer in möglichst geringem Umfang beeinträchtigen, indem die individuellen Verbrauchsgewohnheiten eines jeden Prosumers im Rahmen des Konzepts berücksichtigt werden. Gleichzeitig soll sichergestellt werden, dass ein möglichst hoher Anteil erneuerbaren Stroms auch tatsächlich genutzt werden kann.

Adressiert wird von dem Konzept dabei Flexibilität, also die steuerbare und kurzfristig abrufbare Leistung aus Erzeugungs-, Verbrauchs- und Speicheranlagen. Diese Flexibilität soll netzdienlich eingesetzt werden, also zur Adressierung lokaler kritischer Netzsituationen angefordert werden können.

Das Konzept basiert in einem ersten Schritt darauf, einzelne Netzcluster zu bilden, in denen die gegebenenfalls auftretende kritische Netzsituation dann lokal adressiert werden kann.

Akteure in diesen Clustern sind jeweils die im jeweiligen Cluster an das Netz angeschlossenen Prosumer, der Netzbetreiber und gegebenenfalls ein Plattformbetreiber.

Die Identifizierung kritischer Netzzustände soll über ein Ampelsystem erfolgen und die eigentliche Steuerung der Prosumer bzw. der Zugriff auf die von diesen bereitgestellte Flexibilität über ein Quotenmodell erfolgen, das in der gelben Phase des Ampelsystems greift.

I. Bildung der Cluster

Ein Cluster wird im Regelfall Netzsegment auf Niederspannungsebene sein, also z.B. alle Anlagen eines Niederspannungs-Strangs oder unterhalb eines Ortsnetztransformators. **Grundsätzlich kann ein Cluster aber auch auf Mittelspannungsebene gebildet werden.**

Dabei soll – für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens – davon ausgegangen werden, dass Netzengpässe auf Niederspannungsebene bzw. in einem Cluster nicht durch Eingriffe in die Erzeugungs- oder Verbrauchsleistung auf höher gelagerten Netzebenen aufgelöst werden können.

II. Teilnehmer: Prosumer

An dem Konzept teilnehmen sollen die im jeweiligen Cluster an das Netz angeschlossenen Prosumer.

Das Konzept setzt dabei einen Prosumer voraus, der über eine PV-Anlage zur Einspeisung in das Netz, gegebenenfalls einen Batteriespeicher, über steuerbare Verbrauchseinrichtungen (z.B. Wallbox, Elektrofahrzeug und Wärmepumpe) und ein intelligentes Messsystem verfügt.

Die zentrale Steuerung dieser Erzeugungs- und Verbrauchseinrichtungen erfolgt über ein Gebäudeenergiemanagementsystem (im Folgenden: GEMS).

Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass aufgrund der Teilnahme von Prosumern und der Implementierung des Konzepts auf Niederspannungsebene erzeugungsseitig zwar nicht ausschließlich, aber im Wesentlichen PV-Anlagen mit einer installierten Leistung von weniger als 100 kWp in das Konzept eingebunden werden.

III. Teilnehmer: Netzbetreiber

Der Netzbetreiber soll im Konzept die wesentliche steuernde Rolle einnehmen, die sich aus seiner Systemverantwortung für das von ihm betriebene Netz ergibt.

Der Netzbetreiber überwacht den aktuellen und prognostizierten Netzzustand des jeweiligen Clusters unter Nutzung der vom GEMS übermittelten Prognosen und legt auf dieser Basis eine Phase des Ampelsystems fest.

Je nach festgelegter Phase ergreift der Netzbetreiber die notwendigen Maßnahmen um kritische Netzzustände zu beseitigen.

IV. Ampelsystem

Kritische Netzzustände, die einen Zugriff des Netzbetreibers im Rahmen seiner Aufgabe, die Systemstabilität aufrecht zu erhalten, auf die von den Prosumern zur Verfügung gestellt Flexibilität erlauben, sollen anhand eines Ampelsystems bestimmt werden.

Das Ampelsystem sieht drei Phasen vor, und zwar die Phasen grün, gelb und rot.

Im Rahmen der grünen Phase bestehen keine kritischen Netzzustände und es wird kein Engpass prognostiziert.

In der gelben Phase wird ein Netzengpass im definierten Cluster prognostiziert und der Netzbetreiber ergreift die entsprechenden Maßnahmen zur Vermeidung des prognostizierten Netzengpasses.

Tritt trotz der Maßnahmen in der gelben Ampelphase ein Engpass auf, ist die Netzampel in der roten Phase.

Die grüne und gelbe Ampelphase werden vom Netzbetreiber auf Basis von Prognosen zur Netzbelastung ermittelt.

Diese Netzprognosen werden u.a. auf Basis der von den GEMS der Prosumer bereitgestellten Prognosen erstellt. Dabei erstellt das GEMS des jeweiligen Prosumers Prognosen für dessen Haushalt und erstellt auf dieser Basis einen Fahrplan der nächsten 24 Stunden in 15-minütigen Intervallen am Netzanschlusspunkt. Diesen prognostizierten Fahrplan gibt das GEMS an den Netzbetreiber weiter.

Diese Prognosen nutzt der Netzbetreiber gemeinsam mit weiteren bei ihm oder Drittanbietern entstehenden Prognosen von relevanten Anlagen und prüft auf dieser Basis, ob es zu einem Netzengpass kommt bzw. welche Ampelphase gilt, wenn sich alle Anlagen verhalten wie prognostiziert. Prognosen und Netzberechnung werden alle 6 Stunden aktualisiert. Wird ein Netzengpass prognostiziert ändert sich die Ampelphase.

V. Quotenmodell

Das Konzept adressiert die gelbe und die rote Ampelphase.

So soll der Netzbetreiber im Falle einer (prognostizierten) gelben Ampelphase dem jeweiligen Cluster eine bestimmte Quote zuteilen, die die noch mögliche Einspeisung und den noch möglichen Verbrauch definiert.

Diese Quote wird gleichermaßen auf alle Prosumer in Form einer konkreten Einspeise- und Verbrauchsquote verteilt. Diese Quote gibt den (prozentualen) Anteil an, der von dem jeweiligen Prosumer am Netzanschlusspunkt noch eingespeist oder bezogen werden darf. Entsprechend passt das GEMS die Fahrpläne an. Wie das GEMS dabei auf die Quote reagiert (z.B. ob es die Ladezeit des Elektrofahrzeugs verschiebt oder trotzdem mit voller Leistung lädt, aber mehr aus dem Batteriespeicher ausspeichert), ist dem GEMS selbst überlassen.

Hinsichtlich der Quote für den Verbrauch können die Prosumer dabei selbst entscheiden, in welchem Umfang sie unbedingte und bedingte Leistung benötigen. Unbedingte Leistung ist nicht durch die Einschränkung durch die Quote in der gelben Ampelphase betroffen. Eine Einschränkung des Verbrauchs erfolgt vielmehr lediglich im Hinblick auf die als bedingt gebuchte Leistung. Die Buchung bedingter Leistung soll dabei durch geringere Netzentgelte angereizt werden.

Im Hinblick auf die Einspeisung wird die komplette Einspeiseleistung als bedingte Leistung betrachtet, sodass sie im Falle eines einspeiseseitigen Engpasses durch eine Quote entsprechend begrenzt wird.

Tritt trotz der Maßnahmen (Quote) in der gelben Ampelphase ein Engpass auf, setzt die rote Phase ein. Der Netzbetreiber greift nun unmittelbar steuernd oder regelnd in eigene Betriebsmittel, die Betriebsmittel von nachgelagerten Netzbetreibern, den Markt und die Erzeugungs- und Verbrauchseinrichtungen der Prosumer ein.

VI. Quotenhandel

Die vom Netzbetreiber vorgegebene Quote soll dabei zu einem auf einem Markt handelbaren Gut werden. Ziel ist es, dass Prosumer sich im Rahmen eines solchen Sekundärhandels optimieren können.

Dabei wird ausschließlich Leistung im Sinne der Quote gehandelt. So kann z.B. bei einer einspeiseseitigen Reduzierung der Anschlusskapazität, z.B. um 30 %, ein Prosumer die ihm verbleibende Einspeiseleistung

im Umfang von 70 % anbieten und ein anderer Prosumer diese erwerben. Dann würde der veräußernde Prosumer seine Anlage komplett abregeln, wohingegen der übernehmende Prosumer entsprechend mehr Einspeiseleistung zur Verfügung hätte.

Weiterhin soll es möglich sein, dass ein Prosumer bei einem einspeiseseitigen Engpass seinen Verbrauch erhöht und es so dem Einspeiser ermöglicht, mehr als die ihm zugeteilte Quote einzuspeisen. Umgekehrt soll bei einem lastseitigen Engpass der Einspeiser seine Erzeugung erhöhen können und damit dem Verbraucher einen Verbrauch ermöglichen, der die ihm zugeteilte Quote überschreitet („kreuzender Handel“).

Ausgesetzt wird dieser Sekundärhandel indes In der roten Ampelphase.

C. Zusammenfassendes Ergebnis

I. Erzeugungsseitige Regelung der Teilnehmer

- U Grundsätzlich wäre unseres Erachtens die im Konzept geplante Reduktion der (Wirkleistungs-) Erzeugung der am Konzept teilnehmenden EE-Anlagen in der gelben Ampelphase sowohl auf Basis des vertraglich vereinbarten als auch des verpflichtenden regulatorischen Redispatch nach § 13ff. EnWG n.F. mittels einer einheitlichen Quote möglich.
- U Eine Umsetzung des Konzepts auf Basis eines vertraglich vereinbarten, freiwilligen Redispatch erscheint vorliegend indes nicht zielführend, da eine verpflichtende Teilnahme aller Betreiber von EE-Anlagen in einem Cluster vorgesehen ist.
- U Zur Teilnahme am regulatorischen Redispatch nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. in Verbindung mit § 13a Absatz 1 EnWG n.F. sind alle Betreiber von EE-Anlagen im Cluster hingegen verpflichtet. Im Rahmen des regulatorischen Redispatch sind indes die folgenden Maßgaben zu beachten:
 - Die in § 13 Absatz 1 Satz 2, Absatz 1a und 1b EnWG n.F. vorgesehene Maßnahmenreihenfolge ist einzuhalten. Demnach ist vom Netzbetreiber zur Beseitigung eines drohenden Netzengpasses von mehreren geeigneten Maßnahmen stets diejenige auszuwählen, die voraussichtlich insgesamt die geringsten Kosten verursacht.
 - Dabei ist im Rahmen der Maßnahmenauswahl für die Abregelung für EE-Anlagen ein kalkulatorischer Preis anzusetzen, der so berechnet ist, dass sichergestellt ist, dass die Anpassung der Erzeugung aus EE-Anlagen nur dann erfolgt, wenn dadurch in der Regel ein Vielfaches an Reduzierung von nicht vorrangberechtigter Erzeugung (konventionelle Erzeugung) ersetzt werden kann.
 - Eine Abregelung der am Konzept teilnehmenden EE-Anlagen auf Basis der Quote käme deswegen immer nur dann in Betracht, wenn dies die kostengünstigste Maßnahme zur Beseitigung des Netzengpasses darstellt. Dies ist nur dann der Fall, wenn die EE-Anlagen einem im Vergleich zu konventionellen Kraftwerken und KWK-Anlagen stark erhöhten Wirksamkeitsgrad zur Beseitigung des Netzengpasses aufweisen, wenn also weit weniger Erzeugungsleistung zur Behebung des Engpasses bei den EE-Anlagen abzuregeln ist, als bei den anderen Anlagentypen.
 - Die Verpflichtung zur Auswahl der kostengünstigsten Maßnahme gilt auch zwischen den am Konzept teilnehmenden EE-Anlagen selbst. Auch unter diesen ist die kostengünstigste Maßnahmenkombination zu wählen und ein jedenfalls potentiell möglicher unterschiedlicher Wirksamkeitsgrad der EE-Anlagen auf den Netzengpass zu berücksichtigen. Eine Abregelung mit einheitlicher Quote kann also nur dann erfolgen, wenn die Abregelung einzelner EE-Anlagen im Konzept im

Vergleich zu einer einheitlichen Quotenzuteilung zu allen EE-Anlagen nicht eine geringere Abregelung von Erzeugungsleistung zur Folge hätte, um den jeweiligen Netzengpass zu beheben. Andernfalls sind die EE-Anlagen mit höherem Wirksamkeitsgrad vorrangig abzuregeln, bevor eine einheitliche Quotenzuteilung erfolgen kann.

- Wird die Wirkleistungserzeugung der am Konzept teilnehmenden EE-Anlagen als Maßnahme des regulatorischen Redispatch reduziert, sind den betroffenen Anlagenbetreibern die durch den Redispatch entgangenen Einnahmen vollumfänglich zu ersetzen. Weiterhin ist gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen der Anlage ein bilanzieller Ausgleich für die abgeregelte Strommenge vorzunehmen.
- Ein solcher bilanzieller Ausgleich ließe sich – auch im Falle eines Quotenhandels – unseres Erachtens realisieren.
- Der vollständige finanzielle Ausgleich könnte den Quotenhandel auf der Einspeiseseite gegebenenfalls unattraktiv machen, da der Anreiz, die Möglichkeit unbeschränkter Einspeiseleistung auf dem Sekundärmarkt zu erwerben, angesichts des finanziellen Ausgleichs gering sein dürfte. Ein Anreiz zum Quotenerwerb könnte aber ggf. die dadurch erworbene Möglichkeit sein, den nicht abgeregelten Strom vor Ort zu speichern und später zu nutzen.
- Indes dürfte der Quotenhandel auf der Veräußererseite unattraktiv sein, da ein im Rahmen des Quotenhandels erzielter Erlös unseres Erachtens auf den Entschädigungsanspruch anzurechnen wäre. Der Betreiber hätte durch die Veräußerung der Quote also wohl keinen unmittelbaren finanziellen Vorteil. Diesbezüglich lässt sich allerdings (auch) eine andere Auffassung vertreten, wonach Erlöse aus dem Quotenhandel nicht anzurechnen sind, was die Attraktivität des Quotenhandels zwangsläufig erhöhen würde.
- Ohne den vollständigen finanziellen Ausgleich kann in verschiedenen Szenarien ein wirtschaftliches Interesse der Prosumer am Quotenhandel entstehen. Grundlegende Voraussetzung ist dabei aber wohl in wirtschaftlicher Hinsicht, dass Anlagen im Cluster existieren, die unterschiedliche Einnahmen pro eingespeiste kWh Strom erzielen.

II. Verbrauchsseitige Regelung der Teilnehmer

- Die Festlegung einer maximalen Entnahmeleistung durch eine Quote bezogen auf die vom Anschlussnehmer gewählte bedingte Leistung ist in der gelben Ampelphase nach dem Referentenentwurf zum SteuVerG gegenüber solchen Anschlussnehmern möglich, die über steuerbare Verbrauchseinrichtungen mit einer Bemessungsleistung von über 3,7 kW verfügen. Allerdings müssen die steuerbaren Verbrauchseinrichtungen grundsätzlich nach Inkrafttreten des SteuVerG in

Betrieb genommen worden sein. Auf steuerbare Verbrauchseinrichtungen, die bereits vor Inkrafttreten in Betrieb genommen worden sind, ist § 14a E-EnWG nur bei bereits bestehender Vereinbarung nach § 14a EnWG und nur nach Ablauf von drei Jahren anwendbar.

- 🕒 Es ist zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit die Entnahmeleistung durch eine Quote einzuschränken sich nach Wahl des Anschlussnehmers entweder nur auf die steuerbare Verbrauchseinrichtung („teilflexibler Anschluss“) oder den gesamten Netzanschlusspunkt („vollflexibler Anschluss“) bezieht.
- 🕒 Der Referentenentwurf zum SteuVerG gibt dabei einen Rahmen für die Bestimmung der Höhe der Netzentgelte für bedingte und unbedingte Leistung sowie teilflexible und vollflexible Anschlüsse abhängig vom Strombezug am Netzanschlusspunkt vor, der bei Umsetzung des Konzepts beachtet werden müsste.
- 🕒 Ein Hindernis für das Konzept stellt nach unserer Auffassung die im Referentenentwurf zum SteuVerG festgelegte Verpflichtung des Netzbetreibers dar, den Anschlussnehmer einen Monat vor der Quotenzuteilung über die geplante Quotenzuteilung zu informieren. Der genaue Umfang dieser Pflicht ist allerdings rechtlich unklar. Nach unserer Auffassung beschränkt sich die Mitteilungspflicht darauf, dem Anschlussnehmer frühzeitig potentielle Zeiträume für die Quotenzuteilung mit einmonatigem Vorlauf mitzuteilen, nicht aber konkret jeden tatsächlichen Einsatz der Quote. Ein weiteres Hindernis stellt die Begrenzung des Anwendungsbereichs des SteuVerG auf das Niederspannungsnetz dar, soweit das Konzept auch auf Mittelspannungsebene umgesetzt werden soll.

D. Rechtliche Bewertung

Eine Anpassung der Erzeugung der am Konzept teilnehmenden EE-Anlagen und die Begrenzung der Entnahmeleistung der steuerbaren Verbrauchseinrichtungen in Form des geplanten Quotenmodells setzt voraus, dass die entsprechenden Eingriffe mit den regulierungsrechtlichen Vorgaben des EnWG vereinbar sind.

Insofern sollen nachfolgend zunächst die zu erfüllenden regulatorischen Vorgaben und deren Vorliegen in Bezug auf die erzeugungsseitige Regelung der EE-Anlagen dargestellt werden (nachfolgend I.), bevor der regulatorische Rahmen für die Anpassung von Verbrauchseinrichtungen beleuchtet wird (nachfolgend II.).

I. Erzeugungsseitige Regelung der Teilnehmer

Um die Erzeugungsleistung der EE-Anlagen im Konzept in der gelben Ampelphase über eine Quote anpassen zu können, müsste sich eine Berechtigung des Netzbetreibers, entsprechende Steuerungsmaßnahmen vornehmen zu dürfen, aus dem regulierungsrechtlichen Rahmen der §§ 13, 13a, 14 EnWG n.F. ergeben. Die §§ 13ff. EnWG n.F. Regeln insoweit abschließend welche Maßnahmen der Netzbetreiber in welcher Reihenfolge zur Beseitigung von Gefährdungen und Störungen im Netz gegenüber Dritten ergreifen kann. In diesen „Werkzeugkasten“ des Netzbetreibers muss sich das Quotenmodell einpassen.

§ 13 Absatz 1 EnWG n.F. gibt dem Netzbetreiber insofern folgende Instrumente zur Hand:

„(1) Sofern die Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems in der jeweiligen Regelzone gefährdet oder gestört ist, sind die Betreiber der Übertragungsnetze berechtigt und verpflichtet, die Gefährdung oder Störung zu beseitigen durch

1. netzbezogene Maßnahmen, insbesondere durch Netzschaltungen,

2. marktbezogene Maßnahmen, insbesondere durch den Einsatz von Regelenergie, Maßnahmen nach § 13a Absatz 1, vertraglich vereinbarte abschaltbare und zuschaltbare Lasten, Information über Engpässe und das Management von Engpässen sowie

3. zusätzliche Reserven, insbesondere die Netzreserve nach § 13d und die Kapazitätsreserve nach § 13e.

Bei strom- und spannungsbedingten Anpassungen der Wirkleistungserzeugung oder des Wirkleistungsbezugs sind abweichend von Satz 1 von mehreren geeigneten Maßnahmen nach Satz 1 Nummer 2 und 3 die Maßnahmen auszuwählen, die voraussichtlich insgesamt die geringsten Kosten verursachen. Maßnahmen gegenüber Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung von elektrischer Energie mit einer Nennleistung unter 100 Kilowatt, die durch

einen Netzbetreiber jederzeit fernsteuerbar sind, dürfen die Betreiber von Übertragungsnetzen unabhängig von den Kosten nachrangig ergreifen.

(1a) Im Rahmen der Auswahlentscheidung nach Absatz 1 Satz 2 sind die Verpflichtungen nach § 11 Absatz 1 und 3 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes einzuhalten, indem für Maßnahmen zur Reduzierung der Wirkleistungserzeugung von Anlagen nach § 3 Nummer 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes kalkulatorische Kosten anzusetzen sind, die anhand eines für alle Anlagen nach § 3 Nummer 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes einheitlichen kalkulatorischen Preises zu bestimmen sind. Der einheitliche kalkulatorische Preis ist so zu bestimmen, dass die Reduzierung der Wirkleistungserzeugung der Anlagen nach § 3 Nummer 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes nur erfolgt, wenn dadurch in der Regel ein Vielfaches an Reduzierung von nicht vorrangberechtigter Erzeugung ersetzt werden kann (Mindestfaktor). Der Mindestfaktor nach Satz 2 beträgt mindestens fünf und höchstens fünfzehn; Näheres bestimmt die Bundesnetzagentur nach § 13j Absatz 5 Nummer 2.

(1b) Im Rahmen der Auswahlentscheidung nach Absatz 1 Satz 2 sind die Verpflichtungen nach § 3 Absatz 1 und 2 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes einzuhalten, indem für Maßnahmen zur Reduzierung der Wirkleistungserzeugung von Anlagen im Sinne von § 3 Absatz 1 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes in Bezug auf die Erzeugung von KWK-Strom nach § 3 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes

1. die tatsächlichen Kosten anzusetzen sind, soweit für den KWK-Strom eine Zuschlagszahlung nach § 8a des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes oder finanzielle Förderung nach § 8b des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes in Anspruch genommen werden oder eine vertragliche Vereinbarung nach Absatz 6a anzuwenden ist, und

2. kalkulatorische Kosten in entsprechender Anwendung von Absatz 1a anzusetzen sind, wenn kein Fall nach Nummer 1 vorliegt und die kalkulatorischen Kosten die tatsächlichen Kosten übersteigen, wobei der Mindestfaktor mindestens das Fünffache und höchstens das Fünfzehnfache beträgt.

(1c) Im Rahmen der Auswahlentscheidung nach Absatz 1 Satz 2 sind bei Maßnahmen zur Erhöhung der Erzeugungsleistung von Anlagen der Netzreserve nach § 13d kalkulatorische Kosten anzusetzen, die anhand eines für alle Anlagen einheitlichen kalkulatorischen Preises zu bestimmen sind. Übersteigen die tatsächlichen Kosten die kalkulatorischen Kosten, sind die tatsächlichen Kosten anzusetzen. Der einheitliche kalkulatorische Preis ist so zu bestimmen, dass ein Einsatz der Anlagen der Netzreserve in der Regel nachrangig zu dem Einsatz von Anlagen mit nicht vorrangberechtigter Einspeisung erfolgt und in der Regel nicht zu einer höheren Reduzierung der Wirkleistungserzeugung der Anlagen nach § 3 Nummer 1 des

Erneuerbare-Energien-Gesetzes führt als bei einer Auswahlentscheidung nach den tatsächlichen Kosten. Der einheitliche kalkulatorische Preis entspricht mindestens dem höchsten tatsächlichen Preis, der für die Erhöhung der Erzeugungsleistung von Anlagen mit nicht vorrangberechtigter Einspeisung, die nicht zur Netzreserve zählen, regelmäßig aufgewendet wird.“

Demnach muss es sich bei der Anpassung der Erzeugungsleistung der EE-Anlagen im Quotenmodell also zunächst um eine der in § 13 Absatz 1 Satz 1 EnWG genannten, grundsätzlich zulässigen Maßnahmen zur Verhinderung oder Beseitigung eines Netzengpasses handeln (nachfolgend 1.)

Weiterhin müsste – im Einzelfall – eine Gefährdung bzw. Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems vorliegen, die durch die Anpassung der Erzeugungsleistung der EE-Anlagen im Quotenmodell beseitigt werden kann (nachfolgend 2.)

Zuletzt darf die Anpassung der Erzeugungsleistung der EE-Anlagen im Quotenmodell im Einzelfall immer nur dann erfolgen, wenn die in § 13 Absatz 1 Satz 2, Absatz 1a und 1b EnWG n.F., vorgesehene Maßnahmenreihenfolge eingehalten wird (nachfolgend 3.).

Sind all diese Voraussetzungen erfüllt, ist eine Implementierung des Quotenmodells allgemein und auch eine Reduzierung der Einspeisung der EE-Anlagen der Prosumer auf dessen Basis im Einzelfall in regulatorischer Hinsicht zulässig.

1. Erzeugungsanpassung als zulässige Maßnahme

Die Anpassung der Erzeugungsleistung der EE-Anlagen im Rahmen des Quotenmodells müsste eine Maßnahme im Sinne des abschließenden Maßnahmenkatalogs zulässiger Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Zuverlässigkeit oder Sicherheit des Elektrizitätsversorgungssystems im Sinne des § 13 Absatz 1 Satz 1 EnWG n.F. darstellen. § 13 Absatz 1 Satz 1 EnWG n.F. sieht insofern die folgenden Maßnahmen vor:

„[...] 1. netzbezogene Maßnahmen, insbesondere durch Netzschaltungen,

2. marktbezogene Maßnahmen, insbesondere durch den Einsatz von Regelenergie, vertraglich vereinbarte abschaltbare und zuschaltbare Lasten, Information über Engpässe und das Management von Engpässen sowie

3. zusätzliche Reserven, insbesondere die Netzreserve nach § 13d und die Kapazitätsreserve nach § 13e.“

a) Netzbezogene Maßnahmen und Nutzung zusätzlicher Reserven

Die Anpassung der Erzeugungsleistung der EE-Anlagen in Form des geplanten Quotenmodells stellt weder eine netzbezogene Maßnahme noch die Nutzung zusätzlicher Reserven im Sinne des § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 3 EnWG dar.

Netzbezogene Maßnahmen beschreiben Eingriffe in den technischen Netzbetrieb und nicht den Eingriff in die Erzeugungsleistung angeschlossener Anlagen.²

Die Nutzung der zusätzlichen Reserve umfasst die Möglichkeit zusätzliche Energie durch die Netzreserve im Sinne des § 13d EnWG oder die Kapazitätsreserve im Sinne des § 13e EnWG erzeugen zu lassen. Die Möglichkeit, die Erzeugungsleistung von Anlagen zu reduzieren, ist von dieser Maßnahmenart ersichtlich nicht erfasst und bei den EE-Anlagen handelt es sich auch nicht um einen Teil der Netzreserve.

b) Anpassung der Erzeugung mittels marktbezogener Maßnahme

Die Anpassung der Erzeugungsleistung der EE-Anlagen im Rahmen des Quotenmodells stellt allerdings eine grundsätzlich zulässige marktbezogene Maßnahme nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. dar.

Nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. kann die Erzeugungsleistung von Anlagen grundsätzlich in Form sogenannter marktbezogener Maßnahmen, insbesondere den Einsatz von Regelenergie, Maßnahmen nach § 13a Absatz 1 EnWG n.F., vertraglich vereinbarte abschaltbare und zuschaltbare Lasten, Information über Engpässe und das Management von Engpässen, vom Netzbetreiber geregelt werden. Bei dem vorliegend geplanten Eingriff in die Erzeugungsleistung im Form des Quotenmodells handelt es sich um sogenannten Redispatch, also die präventive oder kurative Anpassung der Wirkleistung von Erzeugungsanlagen und Speichern, um Leitungsüberlastungen vorzubeugen oder Leitungsüberlastungen zu beheben.³

Der Redispatch unterfällt den marktbezogenen Maßnahmen im Sinne des § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F..

§ 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. lässt diesen Redispatch durch vertragliche Vereinbarungen mit dem jeweiligen Anlagenbetreiber oder durch zwangsweisen Redispatch im Sinne des § 13a EnWG n.F. zu.

Beim Redispatch auf Basis vertraglicher Vereinbarung schließt der Netzbetreiber mit dem Betreiber der Erzeugungsanlage eine privatautonome Vereinbarung, die die Rahmenbedingungen und Vergütung für den Eingriff in die Erzeugungsleistung der Anlage festlegt.

² *Tüngler*, in: Kment, EnWG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 13 Rn. 27.

³ *Tüngler*, in: Kment, EnWG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 13 Rn. 20.

In dieses vertragliche/privatautonome Erzeugungsmanagement können grundsätzlich auch EE-Anlagen einbezogen werden, soweit die Anforderungen des § 11 Absatz 3 EEG Satz 1 EEG 2021 erfüllt werden und die vertragliche Vereinbarung der besseren Integration der EE-Anlage in das Netz dient. Dies ist jedenfalls nach der aktuellen Rechtslage gemäß § 13 Absatz 3 Satz 2 EnWG der Fall.⁴

Der regulatorische Redispatch ist in § 13a EnWG n.F. geregelt. § 13a Absatz 1 EnWG n.F. verpflichtet die Betreiber von

„Anlagen [...] mit einer Nennleistung ab 100 Kilowatt sowie von Anlagen [...], die durch einen Netzbetreiber jederzeit fernsteuerbar sind [...] auf Aufforderung durch Betreiber von Übertragungsnetzen die Wirkleistungs- oder Blindleistungserzeugung oder den Wirkleistungsbezug anzupassen oder die Anpassung zu dulden.“

Die Regelung gilt gemäß § 14 Absatz 1 EnWG n.F. auch entsprechend für Verteilernetzbetreiber.

Die Anlagen, die am Konzept teilnehmen, dürften regelmäßig über eine geringere Nennleistung als 100 kW verfügen, aber durch den Netzbetreiber jederzeit fernsteuerbar sein.

EE-Anlagen müssen gemäß § 9 Absatz 1 Nummer 2 EEG 2021, nach Datum der Bekanntgabe des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik („BSI“), wonach die technische Möglichkeit für die Ausstattung mit einem intelligenten Messsystem nach dem Messstellenbetriebsgesetz besteht, sofern sie hinter einem Netzanschluss betrieben werden, hinter dem auch mindestens eine steuerbare Verbrauchseinrichtung nach § 14a EnWG betrieben wird, unabhängig von ihrer installierten Leistung mit technischen Einrichtungen ausgestattet werden, die unter anderem eine stufenlose ferngesteuerte Regelung der Anlage zulassen. Das Konzept geht von Vorliegen einer solchen steuerbaren Verbrauchseinrichtung bei den teilnehmenden Prosumern aus. Soweit am Konzept EE-Anlagen teilnehmen sollten, die vor dem 1. Januar 2021 in Betrieb genommen wurden, wäre für diese gemäß § 100 Absatz 4 Nummer 2 EEG 2021 ebenfalls § 9 Absatz 1 Nummer 2 EEG 2021 anzuwenden, da das Konzept die Installation eines intelligenten Messsystems voraussetzt. Die Übergangsvorschrift des § 9 Absatz 2 EEG 2021, die die Notwendigkeit der Fernsteuerbarkeit bis zur Installation eines intelligenten Messsystems an bestimmte Nennleistungen knüpft, ist für das Konzept aus diesem Grund nicht relevant und es kann davon ausgegangen werden, dass die an dem Konzept teilnehmenden EE-Anlagen sämtlichst durch den Netzbetreiber fernsteuerbar sind.

Damit unterfällt die Anpassung der Erzeugungsleistung wie sie im Rahmen des Konzepts geplant ist als marktbezogene Maßnahme dem Maßnahmenkatalog des § 13 Absatz 1 Nummer 2 EnWG n.F., sofern sie zur Beseitigung von strom- und spannungsbedingten Engpässen dient.

⁴ König, in: Säcker, BerlKommEnR I 1, 4. Aufl. 2019, § 13 Rn. 38.

Die Anpassung kann dabei grundsätzlich – je nach Ausgestaltung – als vertraglich vereinbarter freiwilliger Redispatch nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. oder als verpflichtender regulatorischer Redispatch nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. in Verbindung mit § 13a Absatz 1 EnWG n.F. durchgeführt werden.

Nach unserem Verständnis kommt ein vertraglich vereinbarter freiwilliger Redispatch zur Umsetzung des Konzepts allerdings nicht in Betracht, da dieser auf freiwilliger Basis erfolgt und im Konzept die Möglichkeit der Anpassung der Erzeugungsleistung durch den Netzbetreiber für sämtliche Teilnehmer verpflichtend sein soll. Nach der zukünftigen Gesetzeslage muss auch nicht vorrangig auf den vertragsbasierten Redispatch zurückgegriffen werden, bevor der zwangsweise Redispatch genutzt werden kann. Redispatch auf vertraglicher Basis nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. und verpflichtender regulatorischer Redispatch nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. in Verbindung mit § 13a Absatz 1 EnWG werden unterschiedslos dem Prinzip der Maßnahmenauswahl nach (fiktiven) Kosten aus § 13 Absatz 1 Satz 2 EnWG n.F. unterworfen (vgl. nachfolgend 3.). Da die fiktiven Kosten für EE-Anlagen einheitlich festgelegt werden sollen (vgl. ebenfalls nachfolgend 3.), ist ein Vorrang der vertraglich vereinbarten Redispatchmaßnahmen gegenüber den verpflichtenden regulatorischen Redispatchmaßnahmen nicht denkbar. Ohnehin ist der vertraglich basierte Redispatch angesichts der Regelung zum vollständigen Ausgleich der durch den zwangsweisen Redispatch entgangenen Einnahmen (vgl. nachfolgend unter 4. (2)) für den Anlagenbetreiber nicht attraktiv. Eine vertragliche Vereinbarung, die dem Anlagenbetreiber einen umfassenderen Ausgleich bietet, als die entgangenen Einnahmen dürfte angesichts der Möglichkeit die Kosten des Redispatch auf die Netzentgelte umzulegen für den Netzbetreiber nicht in Betracht kommen. Ein Anreiz zu einer vertraglichen Vereinbarung, die einen geringeren Ausgleich vorsieht, als der zwangsweise Redispatch besteht offensichtlich nicht. Insofern soll im weiteren vorausgesetzt werden, dass die EE-Anlagen im Rahmen des Konzepts im verpflichtenden regulatorischen Redispatch gemäß § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. in Verbindung mit § 13a Absatz 1 EnWG geregelt werden sollen.

2. Vorliegen eines Netzengpasses

Auch die Voraussetzung einer Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems wäre in der gelben Ampelphase des Konzepts gegeben.

Damit der entsprechende Eingriff in die Erzeugungsleistung der EE-Anlagen im Form des Quotenmodells erfolgen kann, muss im Zeitpunkt der Regelung eine Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems vorliegen (vgl. § 13 Absatz 1 Satz 1 EnWG n.F.).

Eine Gefährdung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems liegt gemäß § 13 Absatz 4 EnWG n.F. 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. Dieser Maßstab gilt gemäß § 14 Absatz 1 EnWG entsprechend für das Verteilernetz und Verteilernetzbetreiber.

Durch die Formulierung „zu besorgen“ macht der Gesetzgeber deutlich, dass es für eine Gefährdung ausreicht, dass ein sorgfältiger Netzbetreiber auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Informationen und gemessen an allgemein gültigen technischen Anforderungen eine Gefährdung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Versorgungssystems auf der Grundlage einer Prognoseentscheidung annehmen muss.⁵

Eine derartige Prognose setzt das Konzept in Form der gelben Ampelphase für einen Eingriff voraus, so dass die Voraussetzung hier gegeben ist. Auch die Bundesnetzagentur geht für die „gelbe Ampelphase“ des Ampelkonzepts des BDEW, das dem Konzept zugrunde liegt, von der Anwendbarkeit der marktbezogenen Maßnahmen nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG aus.⁶

3. Einhaltung der Maßnahmenreihenfolge

Bei der Anpassung der Erzeugungsleistung der am Konzept teilnehmenden Anlagen muss die in § 13 Absatz 1 Satz 2, Absatz 1a und 1b EnWG n.F. vorgesehene Maßnahmenreihenfolge eingehalten werden.

a) Grundlegende Systematik zur Festlegung der Maßnahmenreihenfolge

§ 13 Absatz 1 Satz 2 EnWG n.F. sieht vor, dass bei strom- und spannungsbedingten Anpassungen der Wirkleistungserzeugung oder des Wirkleistungsbezugs von mehreren geeigneten Maßnahmen nach Satz 1 Nummer 2 und 3 diejenige Maßnahme auszuwählen ist, die voraussichtlich insgesamt die geringsten Kosten verursacht. Es muss also grundsätzlich eine Betrachtung der Kosten der möglichen marktbezogenen Maßnahmen nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. und des möglichen Rückgriffs auf Netz- und Kapazitätsreserve gemäß § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 EnWG n.F. erfolgen. Der nationale Gesetzgeber unterscheidet dabei bezüglich der Festlegung der Maßnahmenreihenfolge nicht zwischen vertraglich vereinbarten Redispatchmaßnahmen nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. und zwangsweisem Redispatch nach §§ 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG in Verbindung mit § 13a EnWG n.F..

Die Reduktion der Erzeugungsleistung von EE-Anlagen wie sie im Konzept geplant ist, stellt eine Maßnahme im Sinne der §§ 13 Absatz 1 Nummer 2, 13a EnWG n.F. dar. Entsprechend kann die in der gelben Ampelphase geplante Beschränkung der Erzeugung nach zugeteilter Quote grundsätzlich nur dann gemäß des § 13 Absatz 1 Satz 2 EnWG n.F. erfolgen, wenn sie Teil der kostengünstigsten Maßnahmenkombination der Maßnahmen aus § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. oder der Maßnahmen nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 EnWG n.F. ist.

⁵ Tüngler, in: Kment, EnWG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 13 Rn. 24.

⁶ BNetzA, Flexibilität im Stromversorgungssystem (Diskussionspapier), April 2017, S. 15.

Für eine Anpassung der Erzeugungsleistung im Konzept müssen also immer die Kosten aller zur Beseitigung der Störung oder der Gefährdung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems geeigneten Maßnahmen betrachtet werden. Daraufhin ist die günstigste Maßnahmenkombination zu wählen. Die zur Beseitigung einer Störung geeigneten Maßnahmen sind also in der Reihenfolge von der günstigsten bis zur teuersten Maßnahme sukzessiv abzuarbeiten.

b) Nachrangige Anpassung von EE-Anlagen und KWK-Anlagen auf Basis kalkulatorischer Kosten

Um den europarechtlich vorgesehenen Vorrang der Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien und von KWK-Strom gegenüber konventionellen Energieträgern zu gewährleisten sind bei der nach § 13 Absatz 1 Satz 2 EnWG n.F. zu treffenden Maßnahmenauswahl im Hinblick auf EE-Anlagen und KWK-Anlagen insofern nicht die tatsächlichen Kosten, sondern kalkulatorische Kosten anzulegen (vgl. § 13 Absatz 1a und 1b EnWG n.F.).⁷ Diese müssen so berechnet werden, dass sichergestellt ist, dass die Anpassung der Erzeugung aus EE-Anlagen und KWK-Anlagen nur dann erfolgt, wenn dadurch in der Regel ein Vielfaches an Reduzierung (oder Erhöhung) von nicht vorrangberechtigter Erzeugung ersetzt werden kann (Mindestfaktor). Die Kosten für die Anpassung der Erzeugung von EE-Anlagen und KWK-Anlagen werden also fiktiv verteuert.

Zur Bestimmung der kalkulatorischen Kosten berechnen die Übertragungsnetzbetreiber jeweils zum 1. September eines Jahres einen jeweils für alle EE-Anlagen und KWK-Anlagen einheitlichen kalkulatorischen Preis (in Euro/MWh), den sie auf ihren Internetseiten bekanntgeben. Dieser gilt dann jeweils ab dem 1. Oktober eines Jahres.⁸ Bei der Berechnung des kalkulatorischen Preises werden die durchschnittlichen Kosten für den Redispatch konventioneller Kraftwerke in den Blick genommen und mit dem Mindestfaktor multipliziert.⁹ Der Mindestfaktor wiederum wird von der Bundesnetzagentur festgelegt (vgl. §13j Absatz 6 EnWG).

Die Bundesnetzagentur hat den Mindestfaktor durch Beschluss vom 30. November 2020 für EE-Anlagen auf 10 und für KWK-Anlagen auf 5 festgelegt.¹⁰ Daraus ergibt sich, dass die Erzeugungsleistung von KWK-Anlagen vorrangig vor der Erzeugungsleistung von EE-Anlagen angepasst wird. Die Bundesnetzagentur

⁷ Eine Ausnahme vom Grundsatz der Anlegung der kalkulatorischen Kosten bestimmt § 13 Absatz 1b Nummer 1 EnWG wonach für Strom aus KWK-Anlagen, für die Zuschlagszahlungen nach § 8a KWKG oder eine finanzielle Förderung nach § 8b KWKG in Anspruch genommen werden kann, sowie für KWK-Strom, für den eine vertragliche Vereinbarung zur Reduzierung der Wirkleistungseinspeisung und gleichzeitigen Lieferung von elektrischer Energie für eine elektrische Ersatzwärmeversorgung nach § 13 Absatz 6a EnWG besteht, die tatsächlichen Kosten und nicht die kalkulatorischen Kosten anzusetzen sind.

⁸ BNetzA, Mindestfaktor-Festlegung, Az. PGMF-8116-EnWG § 13j, Tenorziffer 3, S. 42.

⁹ BNetzA, Mindestfaktor-Festlegung, Az. PGMF-8116-EnWG § 13j, Tenorziffer 3, S 39ff.; BT-Drs. 19/7375, S. 53.

¹⁰ BNetzA, Mindestfaktor-Festlegung, Az. PGMF-8116-EnWG § 13j, Tenorziffern 1 und 2.

will hierdurch europarechtlichen Vorgaben aus Artikel 13 Absatz 6 der Elektrizitätsbinnenmarktverordnung („E-VO“) gerecht werden, der für KWK-Anlagen einen im Gegensatz zu EE-Anlagen relativierten Einspeisevorrang festlegt (BNetzA, Mindestfaktor-Festlegung, Az. PGMF-8116-EnWG § 13j, S. 13).¹¹

Für die geplante Anpassung der Erzeugung der am Konzept teilnehmenden Anlagen bedeutet das, dass die Anpassung der Erzeugungsleistung nur dann erfolgen darf, wenn die Beseitigung der Gefährdung oder Störung im Cluster nicht zu geringeren tatsächlichen Kosten durch die Abregelung von konventionellen Kraftwerken oder zu geringeren kalkulatorischen Kosten durch KWK-Anlagen gelingen kann, als zu den für die entsprechenden EE-Anlagen der Prosumer anzusetzenden kalkulatorischen Kosten.

Ist dies nicht der Fall müssten vorrangig immer zunächst die konventionellen Kraftwerke abgeregelt werden und eine Anpassung der Erzeugungsleistung für die EE-Anlagen des Clusters könnte grundsätzlich nicht oder nur mit einer entsprechend geringeren Quote erfolgen.

c) Reduktion der Erzeugung von EE-Anlagen

Sofern weder die Abregelung konventioneller Kraftwerke oder von KWK-Anlagen zur Behebung des Netzengpasses ausreicht oder diese nach den zuvor beschriebenen Grundsätzen nicht kostengünstiger ist, kann auf EE-Anlagen zurückgegriffen werden.

Auch im Verhältnis zueinander sind EE-Anlagen allerdings in Abhängigkeit von den Kosten abzuregeln. Da der kalkulatorische Preis wie oben dargestellt pro abgeregelt MWh für alle EE-Anlagen einheitlich ausfällt, ergibt sich eine Abschaltreihenfolge zwischen EE-Anlagen jedoch nur im Falle einer unterschiedlichen Wirksamkeit der EE-Anlagen zur Behebung des jeweiligen Netzengpasses (Sensitivität). Führt die Abregelung bestimmter EE-Anlagen im Vergleich zur Abregelung anderer EE-Anlagen zu einer insgesamt geringeren abgeregelt Strommenge, die zur Beseitigung des Netzengpasses notwendig ist, dann sind die erstgenannten EE-Anlagen für die Abregelung grundsätzlich vorrangig auszuwählen.

Eine einheitliche Quote wäre bei unterschiedlicher Wirksamkeit der EE-Anlagen im Cluster zur Behebung des Netzengpasses entsprechend nicht möglich.

Ob dies angesichts der wohl geringen flächenmäßigen Ausdehnung eines Clusters und der Konzentration desselben auf eine Netzebene in der Praxis ein Problem darstellt, ist zweifelhaft, aber letztlich abhängig vom Einzelfall.

¹¹ BNetzA, Mindestfaktor-Festlegung, Az. PGMF-8116-EnWG § 13j, S. 13.

d) Ausnahme vom Grundsatz der Maßnahmenreihenfolge nach Kosten

§ 13 Absatz 1 Satz 3 EnWG n.F. schafft indes eine Ausnahme vom kostenbasierten Ansatz zur Maßnahmenauswahl, der nach unserer Auffassung allerdings nicht die grundsätzlich notwendige Betrachtung der Sensitivität der EE-Anlagen obsolet macht:

„Maßnahmen gegenüber Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung von elektrischer Energie mit einer Nennleistung unter 100 Kilowatt, die durch einen Netzbetreiber jederzeit fernsteuerbar sind, dürfen die Betreiber von Übertragungsnetzen unabhängig von den Kosten nachrangig ergreifen“.

Hintergrund der Regelung ist ausweislich der Gesetzesbegründung, dass der

„Aufwand für Maßnahmen gegenüber solchen kleinen Anlagen und der Nutzen für die Engpassentlastung außer Verhältnis stehen können. Daher soll der Netzbetreiber entscheiden können, dass er solche Anlagen abweichend von § 13 Absatz 1 Satz 2 EnWG n.F. erst dann heranzieht, wenn keine Alternativen zur Verfügung stehen. Die Regelung ist fakultativ ausgestaltet, damit der Netzbetreiber abhängig von den in seinem Netz verfügbaren Potenzialen davon Gebrauch machen oder bei der grundsätzlichen Regelung in § 13 Absatz 1 Satz 2 EnWG n.F. bleiben kann.“¹²

Diese Anlagen dürfen also (müssen aber nicht) bei der Festlegung der Maßnahmenreihenfolge nach Kosten außer Betracht bleiben.

Unklar ist, ob der Netzbetreiber gemäß § 13 Absatz 1 Satz 3 EnWG n.F. auch bei der Wahl zwischen den abzuregelnden Anlagen, die dem Anwendungsbereich der Norm unterfallen, die Kosten außer Acht lassen kann, oder ob nur eine mögliche nachrangige Anpassung ohne Kostenbetrachtung im Verhältnis zu allen übrigen Anlagen ermöglicht wird.

Im erstgenannten Fall könnten EE-Anlagen mit einer Nennleistung von unter 100 kW, die fernsteuerbar sind, einheitlich abgeregelt werden, da die Netzbetreiber gemäß § 13 Absatz 1 Satz 3 EnWG im Verhältnis dieser EE-Anlagen untereinander nicht an eine vorherige Kostenprüfung zur Maßnahmenauswahl gebunden wären, sofern das Nachrangigkeitsprinzip gegenüber den auf Kostenbasis abzuregelnden Anlagen mit einer installierten Leistung ab 100 kW gewahrt bleibt.

Im letztgenannten Fall, müsste auch im Verhältnis der kleinen EE-Anlagen untereinander geprüft werden, ob die Abregelung bestimmter EE-Anlagen im Cluster auf Grund eines höheren Wirksamkeitsgrads bei der Beseitigung der Störung im Verhältnis zu anderen EE-Anlagen im Cluster vorrangig erfolgen

¹² BT-Drs. 19/9027, S. 11.

muss. In diesem Fall wäre die Abregelung der EE-Anlagen mit höherem Wirksamkeitsgrad vorrangig vorzunehmen, da sie auf Grund der geringeren abzuregelnden Erzeugungsleistung kostengünstiger wäre. Eine einheitliche Quote für alle EE-Anlagen im Cluster wäre dann wie oben dargestellt nicht möglich.

Nach dem Wortlaut der Norm kommen beide Möglichkeiten grundsätzlich in Betracht.

Für die Notwendigkeit einer Kostenbetrachtung auch im Anwendungsbereich des § 13 Absatz 1 Satz 3 EnWG n.F. spricht jedoch, dass die Abregelung nach dem Kostenprinzip der Senkung der Redispatchkosten insgesamt dienen soll.¹³ Zur Senkung der Redispatchkosten trägt eine konsequente Zugrundelegung des Kostenprinzips am ehesten bei. Weiterhin entspräche dies auch der Zielsetzung, generell möglichst wenig EE-Strom abzuregeln. Die Begründung des Gesetzgebers deutet ebenfalls darauf hin, dass mit § 13 Absatz 1 Satz 3 EnWG n.F. nur bezweckt wird die Abschaltreihenfolge im Verhältnis der Anlagen oberhalb und unterhalb der 100 kW Grenze zu relativieren und dass er nicht etwa das Verhältnis der kleineren Anlagen untereinander im Blick hatte. Allenfalls der Zweck der Regelung, der darin liegt den Aufwand bei der Abregelung kleinerer Anlagen angesichts ihres für sich betrachteten potentiell geringen Nutzens für die Beseitigung eines Netzengpasses gering zu halten, könnte dafür sprechen, dass die Kostenbetrachtung auch zwischen den Kleinanlagen außer Betracht bleiben kann. Auch mit Sensitivitätsanalysen zu den Anlagen in diesem Segment ist ein erheblicher Aufwand verbunden, der angesichts der ohnehin geringen Wirksamkeit einzelner kleiner Anlagen auf die Engpassbehebung und im Regelfall wohl geringen Unterschieden in der Sensitivität wohl außer Verhältnis zum Nutzen stehen dürfte.

Insgesamt ist unseres Erachtens jedoch davon auszugehen, dass der Netzbetreiber auch im Verhältnis zwischen den kleineren EE-Anlagen zur Einhaltung der Maßnahmenreihenfolge nach Kosten verpflichtet ist.

e) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist mithin die Zuteilung einer einheitlichen Quote für EE-Anlagen zur Abregelung der Erzeugung für EE-Anlagen im Cluster unseres Erachtens im Regelfall also möglich.

Dabei ist indes zu beachten, dass vor der Zuteilung der Quote bzw. Umsetzung der entsprechenden Maßnahme im Regelfall zunächst konventionelle Kraftwerke (soweit vorhanden) und daraufhin KWK-Anlagen abzuregeln wären, sofern so der Netzengpass nach den oben beschriebenen Grundsätzen kostengünstiger behoben werden kann.

Eine einheitliche (Abregelungs-)Quote für alle zu einem Cluster zusammengefassten EE-Anlagen ist nach unserer Auffassung zudem immer nur dann möglich, wenn sämtliche hiervon betroffenen EE-Anlagen

¹³ BT-Drs. 19/7375, S. 52.

die gleiche Wirksamkeit bezogen auf die Beseitigung des Netzengpasses aufweisen, also der kostenbasierte Ansatz, der eine möglichst kostengünstige Beseitigung des Netzengpasses vorsieht, gewahrt bleibt. Ob die letztgenannte Voraussetzung in der Praxis im Hinblick auf die Umsetzung des Quotenmodells ein Hindernis darstellt oder ob eine einheitliche Sensitivität aller EE-Anlagen eines Clusters in Bezug auf die Beseitigung eines Netzengpasses stets vorausgesetzt werden kann, wäre ggf. in netztechnischer Hinsicht zu prüfen..

4. Finanzieller und bilanzieller Ausgleich in Folge der Anpassung

Im Fall der Reduktion der Erzeugung der EE-Anlagen im Cluster gemäß §§ 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG in Verbindung mit § 13a EnWG n.F. muss der Netzbetreiber dem jeweiligen Anlagenbetreiber einen finanziellen Ausgleich gewähren (vgl. § 13a Absatz 2 EnWG n.F.). Gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen ist der Netzbetreiber wiederum zum bilanziellen Ausgleich verpflichtet, sofern der jeweilige Anlagenbetreiber seinen Strom direktvermarktet.

a) Bilanzieller Ausgleich gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen

Gemäß § 13a Absatz 1a Satz 1 EnWG n.F. ist der Netzbetreiber gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen, in dessen Bilanzkreis die abgeregelte Anlage einspeist, zum bilanziellen Ausgleich verpflichtet. Konkret heißt dies, dass, wenn eine EE-Anlage abgeregelt wird, der Netzbetreiber die abgeregelte Strommenge dem Bilanzkreisverantwortlichen zur Verfügung stellt. Der Bilanzkreisverantwortliche ist gemäß § 13a Absatz 1a Satz 1 EnWG n.F. wiederum zur Abnahme des bilanziellen Ausgleichs verpflichtet.

§ 13a Absatz 1a Satz 1 EnWG n.F. verpflichtet dabei zum Ausgleich gegenüber „dem Bilanzkreisverantwortlichen“, so dass die Pflicht im Falle einer Direktvermarktung der EE-Anlage gegenüber dem Direktvermarkter als Bilanzkreisverantwortlichem besteht.

Macht der Betreiber der EE-Anlage die sogenannte Einspeisevergütung nach dem EEG geltend und erfolgt die Vermarktung des Stroms entsprechend gemäß § 59 EEG durch den Übertragungsnetzbetreiber, ist der bilanzielle Ausgleich gemäß § 13a Absatz 1a Satz 3 EnWG n.F. gegenüber dem EEG-Bilanzkreis des Übertragungsnetzbetreibers vorzunehmen.

Diese Pflicht zum bilanziellen Ausgleich gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen könnte Folgeprobleme im Rahmen des Quotenhandels auslösen. Da das Konzept einen Quotenhandel bezüglich der abzuregelnden Erzeugungsleistung dahingehend zulässt, dass ein Prosumer die eigene Anlage in größerem Umfang abregeln lässt, als es der zugeteilten Quote entspräche und dafür einem anderen Konzeptteilnehmer die Möglichkeit gibt mehr einzuspeisen, als es ihm nach der Quote möglich wäre, würde gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen des erstgenannten Anlagenbetreibers ein zu geringer bilanzieller Ausgleich stattfinden, während der Bilanzkreisverantwortliche des letztgenannten Anlagenbetreibers

einen zu hohen bilanziellen Ausgleich erhielte, sofern nicht der Quotenhandel im Rahmen des bilanziellen Ausgleichs Berücksichtigung finden kann.

Unproblematisch ist dies zunächst, wenn alle Teilnehmer oder zumindest die jeweils handelnden Teilnehmer in denselben Bilanzkreis einspeisen, z.B. den EEG-Bilanzkreis des Netzbetreibers oder den Marktprämienbilanzkreis desselben Direktvermarkters, da eine Verschiebung zwischen einzelnen Teilnehmern dann keine Auswirkungen auf die absolut in den jeweiligen Bilanzkreis im Wege des bilanziellen Ausgleichs einzustellende Energiemenge hat.

Sofern aber verschiedene Bilanzkreise den EE-Anlagen der einzelnen Teilnehmer bzw. den miteinander handelnden Teilnehmern zugeordnet sind, könnte es dazu kommen, dass im Falle eines Quotenhandels kein der eigentlichen Ausfallarbeit entsprechender bilanzieller Ausgleich in dem jeweiligen Bilanzkreis mehr erfolgt.

Vorgaben für die Abwicklung des bilanziellen Ausgleichs hat die Bundesnetzagentur in der Festlegung BK6-20-59 vom 6. November 2020 getroffen. Allerdings ist der Anwendungsbereich der Festlegung auf Anlagen ab einer Nennleistung von 100 kW begrenzt.¹⁴ Damit dürften die meisten der teilnehmenden EE-Anlagen nicht in den Anwendungsbereich der Festlegung fallen.

Allerdings steht es den Betroffenen frei, die Vorgaben der Festlegung freiwillig umzusetzen.¹⁵ Daneben besteht wohl - zwangsläufig – die Möglichkeit, mit den Beteiligten (Bilanzkreisverantwortliche, Netzbetreiber) eigene Maßgaben für die Abwicklung des bilanziellen Ausgleichs zu treffen.

Insofern scheint es aber naheliegend, sich an der Festlegung der Bundesnetzagentur zumindest zu orientieren. Diese sieht im Wesentlichen zwei Bilanzierungsmodelle für den Ausgleich der sog. Ausfallarbeit vor, das sogenannte Planwertmodell und das sogenannte Prognosemodell.

Im Planwertmodell erfolgt der Ausgleich auf Basis von vorab übermittelten ex-ante-Fahrplänen. Der bilanzielle Ausgleich bemisst sich in diesem Fall anhand der durch die Regelung auftretenden Abweichungen von diesem ex-ante-Fahrplan.¹⁶

Im Prognosemodell richtet sich die Höhe des bilanziellen Ausgleiches nach der Einspeisung, die sich ohne die Redispatch-Maßnahme ergeben hätte. Diese wird im Nachhinein, u.a. auf Basis der Wetterdaten, errechnet, wobei mit der Spitzabrechnung, der vereinfachten Spitzabrechnung und dem pauschalen Verfahren verschiedene Berechnungsmethoden offen stehen¹⁷, und der bilanzielle Ausgleich erfolgt per

¹⁴ Vgl. Festlegung BK6-20-59 der Bundesnetzagentur vom 6. November 2020, Seite 11f.

¹⁵ Vgl. ebd., Seite 12.

¹⁶ Vgl. im Detail zum Planwertmodell, ebd., Seite 19ff.

¹⁷ Vgl. zu den Einzelheiten der Berechnungsmodelle, ebd., Seite 31ff.

nachträglicher Überführungszeitreihe.¹⁸ Die Ausfallarbeit wird dabei grundsätzlich durch den Netzbetreiber durchgeführt und soll bis zum 8. Werktag des Folgemonats vorliegen.¹⁹

Ein Quotenhandel könnte dabei – vorausgesetzt dass die entsprechenden Daten beim „ausgleichenden“ Netzbetreiber vorliegen – nach unserer Auffassung in beiden Modellen berücksichtigt werden. Im Falle des Planwertmodells wird ohnehin (nur) die im Vergleich zum ex-ante-Fahrplan tatsächlich abgeregelte Ausfallarbeit ersetzt. Insofern müsste ein erfolgter Quotenhandel hier wohl Berücksichtigung finden, da von vornherein entsprechend mehr oder weniger abgeregelt würde.

Auch im Prognosemodell ließe sich ein Quotenhandel wohl berücksichtigen, da die Ausfallarbeit ohnehin erst nachträglich berechnet und ausgeglichen wird.

b) Finanzieller Ausgleich gegenüber dem Anlagenbetreiber

Im Fall der Reduktion der Erzeugung der EE-Anlagen im Cluster gemäß §§ 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG in Verbindung mit § 13a EnWG n.F. muss der Netzbetreiber weiterhin dem jeweiligen Anlagenbetreiber einen finanziellen Ausgleich gewähren, vgl. § 13a Absatz 2 EnWG n.F.. Demnach sind im Falle einer Abregelung dem Anlagenbetreiber 95 Prozent der entgangenen Einnahmen zuzüglich der zusätzlichen entstandenen Aufwendungen gemäß § 13a Absatz 2 Satz 3 Nummer 5 EnWG n.F. zu ersetzen. Der Ausgleich soll sich nur wenn die entgangenen Einnahmen 1 Prozent der Einnahmen des Anlagenbetreibers Einnahmen eines Jahres, ab diesem Zeitpunkt auf 100 Prozent der entgangenen Einnahmen erhöhen.

Diese Kostenregelung ist nach unserer Auffassung indes nicht mit den Vorgaben des Artikel 13 Absatz 7 der Elektrizitätsbinnenmarktverordnung („E-VO“) vereinbar, der im Ergebnis einen Anspruch auf den Ausgleich der entgangenen Einnahmen in voller Höhe und nicht von 95 Prozent in allen Fällen vorsieht.

Die E-VO gilt seit ihrem Inkrafttreten zum 1. Januar 2020 unmittelbar in Deutschland. Eine Kollision zwischen europäischen Verordnungen und deutschem Recht ist zu Gunsten des europäischen Rechts aufzulösen. Das nicht mit der Verordnung vereinbare Recht wird im Kollisionsfall nicht mehr angewendet.

Wir gehen davon aus, dass der Gesetzgeber dementsprechend die Regelung in § 13a Absatz 2 Satz 3 Nummer 5 EnWG n.F. bis zum Inkrafttreten der Vorschrift am 1. Oktober 2021 noch einmal entsprechend anpassen wird. Im Rahmen der Novellierung des EEG ist der § 15 EEG, der eine mit § 13a Absatz 2 Satz 3 Nummer 5 EnWG n.F. übereinstimmende Regelung beinhaltet, bereits entsprechend der Vorgaben des Artikel 13 Absatz 7 E-VO angepasst worden.²⁰

¹⁸ Vgl. im Detail zum Prognosemodell, ebd., Seite 24ff.

¹⁹ Vgl. Prozessbeschreibung auf Seite 35 der Anlage 2 zur Festlegung BK6-20-59 der Bundesnetzagentur vom 6. November 2020.

²⁰ vgl. BT-Drs. 19/23482, S. 101.

Entsprechend wird der Betreiber einer EE-Anlage im Falle einer Redispatch-Maßnahme auch nach § 13a Absatz 2 EnWG n.F. einen Anspruch auf einen vollständigen Ausgleich der entgangenen Einnahmen haben, wobei der vom Netzbetreiber gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen des Anlagenbetreibers erfolgte bilanzielle Ausgleich im Rahmen der Berechnung der Entschädigung anzurechnen ist, sofern nicht eine Einspeisung in den EEG-Bilanzkreis erfolgt, vgl. § 13a Absatz 2 Satz 2 und Satz 5 EnWG n.F..

Dieser vollständige finanzielle Ausgleich könnte den Quotenhandel auf der Einspeiseseite letztlich unattraktiv machen, da der Anreiz, die Möglichkeit unbeschränkter Einspeiseleistung auf dem Sekundärmarkt zu erwerben, angesichts des finanziellen Ausgleichs gering sein dürfte.

Ein Anreiz könnte mithin wohl nur darin liegen, den Strom statt einer Abregelung vor Ort nutzen zu dürfen und so ggf. den Bezug teureren Netzstroms zu sparen oder den (billigeren) vor Ort erzeugten Strom für eine spätere Nutzung zwischenspeichern.²¹

Erstere Möglichkeit stellt wohl keinen wirtschaftlichen Anreiz dar, da gemäß § 13a Absatz 2 Nummer 5 EnWG n.F. auch in Folge einer Redispatch-Maßnahme entstehende zusätzliche Aufwendungen zu ersetzen sind, wozu wohl Mehrkosten aufgrund des Bezugs von Netzstrom zu zählen sind.

Indes könnte die Möglichkeit der Zwischenspeicherung, die durch den Quotenerwerb ermöglicht wird, ggf. eine wirtschaftlich attraktive Option darstellen.

Auch auf der Veräußererseite dürfte der Quotenhandel unattraktiv sein. Gemäß § 13a Absatz 2 Satz 2 EnWG n.F. darf der finanzielle Ausgleich den Betreiber der Anlage wirtschaftlich weder besser noch schlechter stellen, als er ohne die Maßnahme stünde. Sofern im Rahmen des Quotenhandels Einspeiseleistung gegen eine Zahlung veräußert wird, erhält ein Betreiber, der z.B. die gesamte ihm noch zustehende Leistung veräußert, zusätzlich zum finanziellen Ausgleich den Quotenpreis. Er würde mithin besser stehen, als er ohne die Redispatch-Maßnahme stünde. Entsprechend wäre der im Rahmen des Quotenhandels erzielte Gewinn wohl auf den finanziellen Ausgleich nach § 13a EnWG n.F. anzurechnen und der Quotenhandel für den Betreiber letztlich wirtschaftlich neutral. Dies dürfte ebenfalls den Anreiz, an diesem Teilzunehmen, reduzieren.

²¹ § 13 Absatz 1 Satz 2 EnWG erlaubt für den regulatorischen Redispatch eine Anpassung der Wirkleistungserzeugung. Wirkleistungserzeugung ist wohl nicht die am Netzverknüpfungspunkt (noch) eingespeiste Erzeugung, sondern die eigentliche Erzeugung der Anlage, vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung in BR-Drs. 11/19, Seite 59. Bei PV-Anlagen mit einer installierten Leistung von weniger als 7,69 kW und teilweise auch mit einer installierten Leistung bis 10 kW, die in Überschusseinspeisung betrieben werden, ist indes in der Regel nur eine Messeinrichtung am Netzverknüpfungspunkt installiert (vgl. zu den Messanforderungen im Rahmen der Eigenversorgung und der de-minimis-Regelung in § 61a Nummer 4 EEG 2021 die Empfehlung 2014/31 der Clearingstelle EEG | KWKG vom 2. Juni 2015). Auch bei Anlagen mit einer höheren installierten Leistung, die in der Überschusseinspeisung betrieben werden, ist in der Regel nur eine (bilanzierungsrelevante) Messeinrichtung am Netzverknüpfungspunkt installiert. Dies entspricht insoweit auch den gesetzlichen Vorgaben des § 9 EEG 2021, nach welchem vom Anlagenbetreiber nur technische Einrichtungen vorzuhalten sind, die eine Abrufung der Ist-Einspeisung durch den Netzbetreiber ermöglichen. Insofern bleibt unklar, wie – ohne eine entsprechende Verpflichtung des Anlagenbetreibers, dem Netzbetreiber eine Abrufung der Ist-Wirkleistungserzeugung zu ermöglichen – vom Netzbetreiber eine Abregelung der Wirkleistungserzeugung überhaupt technisch umgesetzt werden soll.

Es kann allerdings durchaus argumentiert werden, dass die Regelung des § 13a Absatz 2 Satz 2 EnWG nicht zu einer Anrechnung der mit dem Quotenhandel erzielten Erlöse auf die Entschädigung führt. § 13a Absatz 2 Satz 2 soll verhindern, dass der vom Redispatch Betroffene „*durch die Maßnahme*“ weder besser noch schlechter gestellt wird. Die Besserstellung entstünde hier allerdings nicht unmittelbar durch die Maßnahme selbst, sondern eine nachgelagerte Optimierung auf dem Sekundärhandelsmarkt. Weiterhin dient die Regelung zur Festlegung eines angemessenen finanziellen Vergütung vom Netzbetreiber für den Betreiber der Anlage, sodass vertreten werden kann, dass Geldflüsse zwischen Prosumern nicht vom Anwendungsbereich der Norm umfasst sind.

Ausgehend von dieser Argumentation bestünde auf Veräußererseite ein wirtschaftlicher Anreiz zum Quotenhandel.

5. Notwendige Änderungen zur einspeiseseitigen Umsetzung des Konzepts

Einer Änderung des Konzepts bedarf es grundsätzlich nicht, um die Erzeugung der EE-Anlagen mittels einer einheitlichen Quote einschränken zu können.

Die Abregelung der EE-Anlagen, der am Konzept teilnehmenden Prosumer, ist im Wege des regulatorischen Redispatch nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EnWG n.F. in Verbindung mit § 13a Absatz 1 EnWG n.F. möglich.

Wie dargestellt müsste allerdings sichergestellt werden, dass bei der Festlegung der Quote die Abschaltreihenfolge beachtet und entsprechend die Wirksamkeit der Erzeugungsanlagen auf den Netzengpass bewertet wird. Je nach Ergebnis der Analyse müssten Erzeugungsanlagen mit höherer Wirksamkeit vorrangig abgeregelt werden und die einheitliche Quotenzuteilung könnte nur für Anlagen mit der gleichen Wirksamkeit auf den Netzengpass erfolgen.

Zudem dürften die Regelungen zum umfassenden finanziellen Ausgleich des abgeregelt Stroms im Falle des regulatorischen Redispatch letztlich den Anreiz, am Quotenhandel auch teilzunehmen, nicht nur unerheblich verringern.

6. Mögliche Änderungen für einen finanziellen Anreiz zum einspeiseseitigen Quotenhandel

Im Folgenden betrachten wir mögliche Änderungen des rechtlichen Rahmens und bestimmte Gegebenheiten im Cluster, durch die ein finanzieller Anreiz zum Quotenhandel auf Einspeiseseite für die Teilnehmer des Konzepts entstehen kann.

a) Änderung europarechtlicher Rahmen

Ein Wegfall oder eine Änderung des Artikel 13 Absatz 7 E-VO, der eine 100-prozentige Entschädigung für Maßnahmen des Einspeisemanagements vorsieht, kann Situationen schaffen, in denen der Quotenhandel auf Einspeiseseite zumindest zeitweise wirtschaftlich attraktiv ist, sofern EE-Anlagen mit unterschiedlichen Einnahmen pro eingespeiste kWh im Cluster vorhanden sind, wobei aktuell keine Hinweise darauf vorliegen, dass die Regelung in Artikel 13 Absatz 7 E-VO entfallen könnte.

Die E-VO und die Vorgabe der Entschädigung von entgangenen Einnahmen im Umfang von 100 Prozent aus Art. 13 Absatz 7 E-VO gelten solange unmittelbar für jeden Mitgliedsstaat, bis die Verordnung durch den europäischen Gesetzgeber aufgehoben wird. Aktuelle Diskussionen zu einer Novelle sind uns nicht bekannt und angesichts der Aktualität der derzeitigen Fassung auch auf absehbare Zeit wohl nicht zu erwarten. Die aktuelle Fassung der Strombinnenmarktverordnung trat im Sommer 2019 in Kraft und hob die Vorgängerfassung etwa 10 Jahre nach ihrem Inkrafttreten auf.

Im Falle der Wegfalls der Regelung des § 13 Absatz 7 E-VO und des Ausbleibens einer entsprechenden Folgeregelung kommen drei greifbare Szenarien für eine nationale Regelung in Betracht.

Zum einen könnte sich der Gesetzgeber an den Entschädigungsregelungen orientieren, die er für konventionelle Erzeugungsanlagen anwendet. Zum anderen wäre eine Rückkehr bzw. Fortsetzung der bisher im § 13a Absatz 2 Satz 3 Nummer 5 EnWG n.F. vorgesehen anteiligen Entschädigung in Höhe von 95 Prozent der entgangenen Einnahmen für EE-Anlagen denkbar. Zuletzt könnte der deutsche Gesetzgeber seinen im Falle einer Änderung des § 13 Absatz 7 E-VO gegebenenfalls vorhandenen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum dazu nutzen, den Umfang der Entschädigung (weiter) einzugrenzen.

(1) Entschädigungsregelung für konventionelle Anlagen

Eine Orientierung an der Regelung für konventionelle Erzeugungsanlagen dürfte nicht zum gewünschten Anreiz für die Teilnahme am Sekundärhandel auf Einspeiseseite führen. Die Regelung für konventionelle Erzeugungsanlagen aus § 13a Absatz 2 EnWG n.F. zielt darauf ab, dass der vom Redispatch betroffene Betreiber der Erzeugungsanlage durch den finanziellen Ausgleich weder besser noch schlechter gestellt wird, als wenn es den Eingriff durch den Redispatch nicht gegeben hätte. Dies sollte im Normalfall zu einer vollständigen Entschädigung der durch den Redispatch entgangenen Einnahmen führen und damit zu einem mit der in Art. 13 Absatz 7 E-VO vorgesehenen vollständigen Entschädigung für entgangene Einnahmen vergleichbarem Ergebnis.

(2) Entschädigung von 95 Prozent der entgangenen Einnahmen

Die Anwendung der bisher in § 13a Absatz 2 Satz 3 Nummer 5 EnWG n.F. vorgesehenen Regelung wiederum schafft jedenfalls einen gewissen Anreiz für die Teilnahme am Quotenhandel auf Einspeiseseite. Dies je-

denfalls dann, wenn EE-Anlagen im Cluster vorhanden sind, die unterschiedliche Erlöse für die eingespeisten kWh erzielen. Auf Basis der bestehenden Rechtslage nimmt die Dynamik am Sekundärhandelsmarkt im Laufe eines jeden Jahres allerdings sukzessive ab.

Zunächst ist festzustellen, dass die in § 13a Absatz 2 Satz 1 und 2 EnWG n.F. festgelegte Grundregel, dass die Entschädigung für den Redispatch-Eingriff angemessen sein muss und eine angemessene Entschädigung den Anlagenbetreiber weder besser noch schlechter stellen darf als ohne den Eingriff, grundsätzlich auch für die in § 13a Absatz 5 Satz 3 Nummer 5 EnWG n.F. geregelte Entschädigung von Betreibern von EE-Anlagen gilt. Zwischen der Anordnung der Entschädigung von 95 Prozent der entgangenen Einnahmen aus § 13a Absatz 5 Satz 3 Nummer 5 EnWG n.F. und § 13a Absatz 2 Satz 3 Nummer 5 EnWG n.F. besteht also ein Widerspruch, der angesichts des klaren Wortlauts der insoweit wohl spezielleren Regelung des § 13a Absatz 2 Satz 3 Nummer 5 EnWG n.F. wohl zugunsten dieser Regelung aufzulösen ist.

Allerdings erfolgt die Begrenzung der Entschädigung auf 95 Prozent der Einnahmen gemäß § 13a Absatz 2 Satz 5 EnWG n.F. nur bis zu dem Zeitpunkt, ab dem die entgangenen Einnahmen eines Anlagenbetreibers in einem Jahr 1 Prozent seiner Einnahmen dieses Jahres ausmachen. Ab diesem Zeitpunkt erfolgt wieder eine 100-prozentige Entschädigung und der Quotenhandel wird wie unter I.4. dargestellt wirtschaftlich unattraktiv.

Wenn am Quotenhandel interessierte Prosumer die 1-Prozent-Schwelle noch nicht überschritten haben, besteht auf Seite des Erwerbers der Quote ein Interesse daran, mehr einspeisen zu können um die vollständigen möglichen Einnahmen zu erzielen und nicht nur 95 Prozent der möglichen Einnahmen zu erhalten.

Fraglich ist das Interesse am Quotenhandel wiederum auf Seite des Veräußerers. Dieser kann für die Übertragung der Quote vom Erwerber nur einen bestimmten Betrag „X“ erhalten, der geringer ausfallen wird, als der Betrag, den der Erwerber dadurch gewinnt, dass er Strom in größeren Umfang als nach zugeteilter Quote einspeist und so die vollen Einnahmen erhält und nicht bloß eine Entschädigung in Höhe von 95 Prozent der möglichen Einnahmen.

Ein Interesse des Veräußerers am Quotenhandel besteht also nur dann, wenn dieser bestimmte Betrag „X“ wiederum höher ist, als der Betrag, den er dadurch verliert, dass er den Strom nicht entsprechend der ihm zugeteilten Quote eingespeist hat, sondern auf Basis der reduzierten Quote und er für die reduzierten Strommengen nur 95 Prozent statt 100 Prozent der Einnahmen erhalten hat. Nur in diesem Delta entsteht ein Betrag, der als finanzieller Anreiz für den Veräußerer dienen kann.

Dieser Fall kann nur eintreten, wenn der Erwerber der Quote höhere Einnahmen pro eingespeiste kWh erzielen kann, als der Veräußerer der Quote. Denkbare Fälle sind:

- Die Anlage des Erwerbers verfügt über eine geringere installierte Leistung und dadurch ergibt sich ein höherer anzulegender Wert pro kWh als für die Anlage des Veräußerers.
- Die Anlage des Erwerbers wurde zu einem Zeitpunkt in Betrieb genommen, der zu einem höheren anzulegenden Wert als der, der EE-Anlage des Veräußerers führte.
- Die Anlage des Erwerbers wird gefördert. Die Anlage des Veräußerers erhält keine Förderung.

Dies dürfte zur Folge haben, dass die Rolle des Erwerbers und des Veräußerers in einem Cluster fix sind. Dies hat wiederum zur Folge, dass die Veräußerer frühzeitig die 1-Prozent-Schwelle des § 13a Absatz 2 Satz 5 EnWG n.F. erreichen und eine 100-prozentige Entschädigung erhalten. Ab dann dürfte die Regelung des § 13 Absatz 2 Satz 2 EnWG n.F., die vorsieht, dass der Anlagenbetreiber durch den Redispatch nicht besser gestellt werden darf, einem Handel entgegenstehen, da etwaige Gewinne aus dem Quotenhandel auf die Entschädigung anzurechnen sein dürften und wie unter I.4. dargestellt damit das Interesse des Veräußerers am Quotenhandel entfällt. Die Zahl der möglichen Teilnehmer am Quotenhandel nimmt im Jahresverlauf wohl entsprechend sukzessive ab.

(3) Geringere Entschädigung und Wegfall der 1-Prozent-Schwelle

In einem Szenario, in dem der Gesetzgeber einer geringere Entschädigung als 95 Prozent im Verhältnis der entgangenen Einnahmen festlegt und eine Entschädigung von 100 Prozent der entgangenen Einnahmen auch nicht ab dem Zeitpunkt des Überschreitens der 1-Prozent-Schwelle gewährt wird, wäre ein Quotenhandel für Erwerber und Veräußerer in den unter D.I.6.a) (2) genannten Konstellationen mit abnehmender Entschädigung zunehmend attraktiv.

Außerdem würde der Handel durch den Wegfall der 1-Prozent-Schwelle auch im Jahresverlauf voraussichtlich nicht nachlassen.

Die Problematik zu der unklaren Folge des § 13a Absatz 2 Satz 2 EnWG für die Möglichkeit durch den Quotenhandel auf Seite des Veräußerers einen Gewinn zu erwirtschaften stellt sich allerdings auch in diesem Szenario. Hier gelten die Ausführungen unter D.I.4.b) und 6. b) entsprechend.

b) Vorhandensein von geförderten und ungeförderten EE-Anlagen im Cluster

In dieser Konstellation ändert sich nichts an den unter D.I.4. b) dargestellten Ausführungen.

Sowohl geförderte als auch ungeförderte Anlagen sind im Umfang von 100-Prozent der entgangenen Einnahmen zu entschädigen.

Auch in dieser Konstellation kommt es für einen wirtschaftlichen Anreiz entscheidend darauf an, ob die Erlöse aus dem Quotenhandel auf die Entschädigung anzurechnen sind.

Geht man davon aus, dass auch der Quotenhandel zu einer Besserstellung im Sinne der Norm führt, ändert auch das Vorliegen geförderter und ungeförderter EE-Anlagen im Cluster nichts daran, dass ein wirtschaftlicher Anreiz für den Quotenhandel fehlt. Der Betreiber einer EE-Anlage kann wie dargestellt nicht sowohl die 100-prozentige Entschädigung entgangener Einnahmen geltend machen und eine weitere Vergütung für übertragene Quote erhalten, da er andernfalls im Ergebnis durch den Redispatch entgegen § 13a Absatz 2 Satz 2 EnWG n.F. besser gestellt würde. Er wird also nicht als Veräußerer der Quote auftreten. Ein Grund Quote zu erwerben besteht auf Grund der Entschädigung von 100 Prozent, der durch den Redispatch entgangenen Einnahmen, allenfalls für eine Zwischenspeicherung oder Eigenverbrauch.

Legt man die andere Argumentation zu § 13 Absatz 2 Satz 2 EnWG zugrunde besteht ein Interesse der Betreiber der EE-Anlagen zum Erwerb der Quote nur zu Zwecken der Zwischenspeicherung und des Eigenverbrauchs. Der Veräußerer hätte ein Interesse, da die durch den Quotenhandel erzielten Einnahmen nicht auf seine Entschädigung anzurechnen wären.

c) Verpflichtung zur Fahrplantreue im Engpassmanagement

Eine finanzieller Anreiz zur Teilnahme am Quotenhandel würde entstehen, wenn Betreiber von EE-Anlagen künftig nicht mehr zu einer Reduzierung der Wirkleistungserzeugung verpflichtet sind, sondern zu einer (genauen) Reduzierung der tatsächlich in das Netz eingespeisten kWh.

Der Begriff der Wirkleistung, der in § 13 und § 13a EnWG n.F. Verwendung findet, ist die elektrische Leistung, die für die Umwandlung in andere Leistung verfügbar ist.²² Bei einer PV-Anlage ist die Wirkleistung mithin die installierte Leistung in kW, die für die Erzeugung von kWh zur Verfügung steht. Entsprechend wird im Rahmen des Engpassmanagement regelnd auf die Wirkleistung zugegriffen und, z.B. im Falle einer Reduzierung auf 50 %, nur 50 % des tatsächlich erzeugten Stroms in das Netz eingespeist. Keine Pflicht des Betreibers besteht hingegen, die Einspeisung fahrplangenau auf eine festgelegte Menge kWh zu begrenzen.

Würde der Rechtsrahmen zum Engpassmanagement dahingehend angepasst, dass im Rahmen der Abregelung eine bestimmte Menge an einzuspeisender elektrischer Energie in kWh vom Netzbetreiber verpflichtend vorgegeben wird, würde dies den Anreiz für einen Quotenhandel erheblich erhöhen. Aufgrund der in Folge wechselnder Sonneneinstrahlung schwankenden Erzeugung müssten dann nämlich die Anlagenbetreiber stets den vom Netzbetreiber vorgegebenen Fahrplan nachfahren und die Regelung entsprechend nachjustieren oder – im Rahmen des Quotenhandels – zusätzliche Quote (kWh) erwerben oder veräußern, um die tatsächliche Erzeugung auf den vorgegebenen Fahrplan anzupassen.

²² siehe <https://de.wikipedia.org/wiki/Wirkleistung>.

Voraussetzung für einen solchen Handel wäre allerdings ein äußerst liquider und auch schneller Markt für den Quotenhandel, um entsprechend der tatsächlichen Erzeugung fortlaufend und schnell reagieren zu können. Insbesondere im Falle einer zu geringen Erzeugung wären die Anlagenbetreiber sogar darauf angewiesen, Quote abzugeben, da ansonsten die Vorgaben des Netzbetreibers im Einspeisemanagement nicht erfüllbar wären, schließlich kann die Erzeugung einer PV-Anlage nicht beliebig erhöht werden (eine Reduktion wäre hingegen wohl jederzeit möglich).

All dies wäre wohl nur über einen vollkommen automatisierten Quotenhandel abbildbar. Zudem dürfte sich in einem Cluster das Problem ergeben, dass die vorhandenen PV-Anlagen jeweils ähnliche Erzeugungsprofile aufweisen, da sich die Sonneneinstrahlung für die jeweils in relativer Nähe zueinander belegenen PV-Anlagen gleichermaßen verändert. Es dürfte also oft entweder ein „zu viel“ oder ein „zu wenig“ an Quote im Markt verfügbar sein, was den Betreiber die Erfüllung der Fahrplanvorgaben mit dem Instrument des Quotenhandels unmöglich machen dürfte.

Insofern würde ein solches Modell zwar die Attraktivität eines Quotenhandels maßgeblich erhöhen, indes erhebliche Probleme in der praktischen Abwicklung mit sich bringen.

7. Attraktivität von kreuzendem Handel

Die Attraktivität des kreuzenden Handels lässt sich teilweise in die oben beschriebene Systematik einordnen.

a) Handel eines erhöhten Verbrauchs

Die Attraktivität der gehandelten Erhöhung des Verbrauchs um einem anderen Prosumer eine vermehrte Einspeisung zu ermöglichen hängt davon ab, ob eine erhöhte Einspeisung für den Einspeiser einen Mehrwert bietet. Für den Prosumer, der seinen Verbrauch erhöht, besteht ein derartiger Mehrwert. Sofern dieser den vermehrt verbrauchten Strom zur späteren Verwendung speichern kann, ist ein erhöhter Verbrauch für ihn problemlos möglich und eine Vergütung des Verbrauchs im Wege des Handels attraktiv.

Ein Mehrwert für den Einspeiser kann entstehen, wenn die Abregelung an der Anlage selbst und nicht am Netzanschlusspunkt erfolgt und der Einspeiser den selbst erzeugten Strom zum Laden des eigenen Speichers verwenden kann.

Eine erhöhte Einspeisung ins Netz ist bei einer vollständigen Entschädigung für den Einspeiser nicht attraktiv und wird keinen Handel anreizen.

Dies wäre nur dann anders, wenn eine Änderung des gesetzlichen Rahmen zur Folge hätte, dass der Anlagenbetreiber für die beschränkte Einspeisung nicht vollumfänglich entschädigt würde. In diesem Fall bestünde auch auf Einspeiseseite ein Anreiz auf Grund potentiell erhöhter Einnahmen.

b) Handel einer erhöhten Einspeisung

Für den Verbraucher kann der Handel in diesem Fall einen Mehrwert bieten, wenn er dringend auf einen erhöhten Verbrauch angewiesen ist.

Der Einspeiser hätte ein Interesse an dieser Form des Handels, da er durch die erhöhte Einspeisung weiteren Umsatz generieren könnte.

Da der Handel in diesem Fall für den Verbraucher recht kostspielig wäre, ist fraglich ob eine solche Form des Handels auf Dauer attraktiv bliebe. Die Begrenzung des Verbrauchs durch den Netzbetreiber kann nur für diejenige Leistung erfolgen, die der Verbraucher als bedingt mit dem Netzbetreiber vereinbart hat (dazu ausführlich nachfolgend unter II.). Da der Verbraucher regelmäßig anpassen kann, in welchem Umfang die zur Verfügung stehende Leistung bedingt oder unbedingt ist, ist es möglich, dass Prosumer auf Grund hoher Kosten des kreuzenden Handels vermehrt unbedingte Leistung vereinbaren, statt in Einzelfällen das Potential eines erhöhten Verbrauchs am Sekundärhandelsmarkt einzukaufen.

Die Attraktivität des Handels auf Verbraucherseite ist also auch abhängig davon, wie viel teurer die Vereinbarung unbedingter Leistung im Verhältnis zur bedingten Leistung ausfällt.

II. Verbrauchsseitige Regelung der Teilnehmer

Um die maximale Entnahmeleistung der teilnehmenden Prosumer in der gelben Ampelphase für diese verpflichtend über eine Quote anpassen zu können, die auf die vom Prosumer als bedingt gewählte Leistung angewendet wird, und hierfür reduzierte Netzentgelte zu gewähren, müsste sich eine Berechtigung des Netzbetreibers hierzu aus dem regulierungsrechtlichen Rahmen des EnWG ergeben.

Derzeit kann die Reduzierung der Verbrauchsleistung von Anschlussnehmern durch den Netzbetreiber durch die Kontrahierung abschaltbarer Lasten als marktbezogene Maßnahme nach § 13 Absatz 1 Nummer 2 EnWG umgesetzt werden. Die Maßnahmen zur Kontrahierung abschaltbarer Lasten können gemäß § 14 Absatz 1 EnWG auch durch den Verteilernetzbetreiber ergriffen werden.

Weiterhin sieht § 14a EnWG vor, dass Verteilernetzbetreiber gegenüber Anschlussnehmern, die über steuerbare Verbrauchseinrichtungen verfügen, berechtigt (und auf Anfrage des Anschlussnehmers auch verpflichtet) sind, Vereinbarungen zu treffen, nach denen den entsprechenden Verbrauch nur ein reduziertes Netzentgelt zu berechnen ist, wenn der Netzbetreiber die Verbrauchseinrichtungen netzdienlich steuern darf.

Am 22. Dezember 2020 war vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie der Entwurf eines Gesetzes zur zügigen und sicheren Integration steuerbarer Verbrauchseinrichtungen in die Verteilnetze und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften (SteuVerG) vorgelegt worden. Dieser sah u.a. eine umfassende Änderung des § 14a EnWG vor. Der Referentenentwurf zum SteuVerG ist mittlerweile wieder

zurückgezogen worden. Angesichts der weiterhin zu erwartenden Reformbemühungen des Gesetzgebers, die zumindest in Teilen dem Inhalt des Referentenentwurfs zum SteuVerG entsprechen dürften, soll aber dennoch absprachegemäß die Vereinbarkeit der Konzepts mit den Voraussetzungen des § 14a EnWG in der Fassung des Referentenentwurfs zum SteuVerG und nicht der aktuell geltenden Fassung geprüft werden.

Entsprechend begutachten wir im Folgenden die Möglichkeiten der Umsetzung des Konzepts mittels marktbezogener Maßnahmen nach § 13 Absatz 1 Nummer 2 EnWG und § 14a EnWG in der Fassung des Referentenentwurfs zum SteuVerG (nachfolgend: E-EnWG) und der weiteren im Referentenentwurf enthaltenen Reformansätze.

1. Anpassung der Entnahme als abschaltbare Lasten

Die im Konzept geplante Anpassung der Entnahme kann nicht als marktbezogene Maßnahme gemäß § 13 Absatz 1 Nummer 2 EnWG n.F. durch die Kontrahierung abschaltbarer Lasten erfolgen.

§ 13 Absatz 1 Nummer 2 EnWG n.F. erlaubt für Fälle prognostizierter Störungen oder Gefährdungen im Sinne des § 13 Absatz 4 EnWG n.F. die Kontrahierung abschaltbarer Lasten als marktbezogene Maßnahme. Entsprechend der vertraglichen Vereinbarung kann der Netzbetreiber die Verbrauchsleistung im Falle eines prognostizierten Netzengpasses reduzieren. § 13 Absatz 6 EnWG n.F. und die Abschaltbare-Lasten-Verordnung (im Folgenden: „AbLaV“) konkretisieren dabei unter anderem auf welche Art die Lasten zu kontrahieren sind und wie die Verträge im Einzelnen ausgestaltet werden müssen.

Zwar gelten die Anforderungen der AbLaV gemäß § 1 AbLaV nur für Übertragungsnetzbetreiber doch sind die Anforderungen des § 13 Absatz 6 EnWG n.F. gemäß § 14 Absatz 1 Satz 1 EnWG auch von Verteilernetzbetreibern zu beachten.

Die Kontrahierung abschaltbarer Lasten setzt gemäß § 13 Absatz 6 Satz 1 EnWG n.F. unter anderem voraus, dass ein diskriminierungsfreies und transparentes Ausschreibungsverfahren zur Kontrahierung genutzt wird.

Eine verpflichtende Teilnahme an einem Quotenmodell mit einheitlichen Konditionen für die teilnehmenden Prosumer kann in einem solchen Verfahren nicht implementiert werden.

2. Anpassung der Entnahme als steuerbare Verbrauchseinrichtung

Die Möglichkeit, die Entnahme der Teilnehmer des Konzepts auf Basis einer Quote abhängig von der vom Prosumer gewählten bedingten und unbedingten Leistung gegen reduzierte Netzentgelte in der gelben Ampelphase anzupassen, besteht auf Grundlage des § 14a E-EnWG.

§ 14a E-EnWG etabliert insofern ein Modell, das sich in wesentlichen Punkten mit den im Konzept verfolgten Ansätzen deckt.

Nach § 14a Absatz 1 und Absatz 2 E-EnWG sind bestimmte Anschlussnehmer verpflichtet gegenüber dem Netzbetreiber zu wählen, in welchem Umfang sie bedingte oder unbedingte Anschlussleistung am Netzanschlusspunkt wollen und ob sich die bedingte Leistung auf die gesamte Entnahmeleistung am Netzanschlusspunkt („vollflexibler Anschluss“) oder nur auf die Entnahmeleistung einer steuerbaren Verbrauchseinrichtung des Anschlussnehmers beziehen soll („teilflexibler Anschluss“). Der Netzbetreiber berechnet je nach Wahl des Anschlussnehmers gemäß § 14a Absatz 10 E-EnWG bei Anschlussnehmern in Niederspannung ein im Verhältnis zur unbedingten Leistung reduziertes Netzentgelt für die bedingte Leistung. Der Netzbetreiber ist gemäß § 14a Absatz 3 E-EnWG berechtigt bezüglich der bedingten Anschlussleistung eine maximale Entnahmeleistung für einen begrenzten Zeitraum vorzugeben.

Allerdings implementiert § 14a E-EnWG auch Regelungen, die den Gestaltungsspielraum im Konzept einschränken.

Im Folgenden begutachten wir die Vereinbarkeit des Konzepts mit den einzelnen Voraussetzungen des mit dem § 14a E-EnWG festgelegten Modells.

a) Voraussetzungen des § 14a E-EnWG

(1) Anwendungsbereich des § 14a E-EnWG

Die Teilnehmer des Konzepts unterfallen dem Anwendungsbereich des § 14a E-EnWG, soweit ihre Verbrauchseinrichtungen über eine Bemessungsleistung von mehr als 3,7 kW verfügen und die steuerbare Verbrauchseinrichtung nach Inkrafttreten des E-EnWG in Betrieb genommen worden ist.

Der Anwendungsbereich wird in § 14a Absatz 1 E-EnWG definiert:

„Anschlussnehmer, die nach dem [einfügen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] eine steuerbare Verbrauchseinrichtung in einer an ein Elektrizitätsverteilernetz in Niederspannung angeschlossenen Anlage in Betrieb nehmen, nehmen nach Maßgabe der Absätze 2 bis 9 an der netzorientierten Steuerung durch den Betreiber des Elektrizitätsverteilernetzes teil. Im Gegenzug berechnet der Netzbetreiber ein reduziertes Netzentgelt.“

Der im Referentenentwurf vorgesehene § 3 Nummer 30a E-EnWG definiert wiederum steuerbare Verbrauchseinrichtungen als:

„Ladepunkte für Elektromobile, Wärmepumpen, Nachtspeicherheizungen und Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie mit einer Bemessungsleistung über 3,7 Kilowatt, die an ein

Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung angeschlossen sind und hieraus Elektrizität entnehmen können,“

Das Konzept ist im Wesentlichen für Prosumer geplant, die an ein Verteilernetz auf der Niederspannungsebene angeschlossen werden. Problematisch sind insoweit allerdings die jedenfalls ausnahmsweise in Betracht kommenden Fälle eines Clusters auf Mittelspannungsebene. Diese fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 14a EnWG. Das Konzept setzt auch voraus, dass die Prosumer über zumindest eine steuerbare Verbrauchseinrichtung wie Energiespeicher, Wallboxen für Elektrofahrzeuge oder Wärmepumpen verfügen.

Da nur solche Verbrauchseinrichtungen mit einer Bemessungsleistung von mehr als 3,7 kW als steuerbare Verbrauchseinrichtungen gelten sollen, müsste zumindest eine dieser im Konzept vorgesehenen Verbrauchseinrichtungen eine solche Bemessungsleistung aufweisen, damit der jeweilige Prosumer zur Teilnahme am Konzept verpflichtet ist. Die Bemessungsleistungen mehrerer Verbrauchseinrichtungen hinter einem Netzanschlusspunkt müssen dabei einzeln betrachtet werden. Eine Addition der Bemessungsleistungen der Verbrauchseinrichtungen soll gerade nicht stattfinden.²³ Überschreitet keine der Verbrauchseinrichtungen die Grenze ist die Teilnahme des Prosumers am Konzept gemäß § 14a Absatz 11 E-EnWG freiwillig.

Für vor dem Inkrafttreten des E-EnWG in Betrieb genommene Nachtspeicherheizungen gilt gemäß § 118 Absatz 18 E-EnWG, dass § 14a E-EnWG auf sie keine Anwendung findet. Dies gilt auch für vor dem Inkrafttreten in Betrieb genommene steuerbare Verbrauchseinrichtungen, für die keine Vereinbarungen nach § 14a EnWG in der derzeit geltenden Fassung bestehen. Für steuerbare Verbrauchseinrichtungen, für die eine Vereinbarung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes besteht, gilt allerdings der § 14a E-EnWG drei Jahre nach seinem Inkrafttreten mit Ausnahmen nur im Hinblick an die Anforderungen an die zu verwendende Steuerungstechnik.

Zusammenfassend können also nur solche Prosumer zur Teilnahme am Konzept verpflichtet werden, die über mindestens eine steuerbare Verbrauchseinrichtung im Sinne des § 3 Nummer 30 E-EnWG verfügen, die allein eine Bemessungsleistung von mehr als 3,7 kW aufweist, und die auf der Niederspannungsebene angeschlossen sind. Weiterhin müsste die steuerbare Verbrauchseinrichtung grundsätzlich nach Inkrafttreten des SteuVerG in Betrieb genommen werden. Auf steuerbare Verbrauchseinrichtungen, die bereits vor Inkrafttreten in Betrieb genommen wurden, ist § 14a E-EnWG nur bei bereits bestehender Vereinbarung nach § 14a EnWG und nur nach Ablauf von drei Jahren anwendbar.

²³ Referentenentwurf zum SteuVerG, S. 31.

(2) Voraussetzungen des § 14a Absatz 3 Satz 1 EnWG

Das Konzept erfüllt die in § 14a Absatz 3 Satz 1 E-EnWG festgelegten Voraussetzungen für die Möglichkeit der Begrenzung der Entnahmeleistung..

Nach 14a Absatz 3 Satz 1 E-EnWG wäre nach unserer Auffassung auch die Möglichkeit gegeben, eine Quote für die maximale Entnahmeleistung bezogen auf die bedingte Leistung festzulegen.

Gemäß § 14a Absatz 3 Satz 1 E-EnWG ist der Netzbetreiber berechtigt „zur Vermeidung von Netzüberlastungen“ eine maximale Entnahmeleistung bezüglich der vereinbarten bedingten Anschlussleistung festzulegen. Dieses Vorgehen definiert die Norm als „Spitzenglättung“.

Die Festlegung einer maximalen Entnahmeleistung darf also nur erfolgen, wenn dies der Vermeidung von Netzüberlastungen dient. Aus § 14a Absatz 4 Satz 5 E-EnWG ergibt sich, dass der Netzbetreiber auf die Spitzenglättung zurückgreifen kann, solange „wie Netzüberlastungen in seinem Netz möglich sind.“ Die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Netzüberlastung sind hier also denkbar niedrig angesetzt. Der Gesetzgeber scheint hier jedenfalls keine belastbare Prognose eines Netzengpasses für einen Eingriff in die Entnahmeleistung vorauszusetzen.

Die Begrenzung der Entnahmeleistung durch Festlegung einer Quote setzt im Konzept die Prognose einer Netzüberlastung voraus und dient ihrer Vermeidung, sodass das Konzept die Anforderungen des § 14a Absatz 3 Satz 1 E-EnWG erfüllt.

§ 14a Absatz 3 Satz 1 E-EnWG macht keine Vorgaben dazu, in welchem Umfang die maximale Entnahmeleistung bezogen auf die bedingte Leistung begrenzt werden kann. Diese Entscheidung ist damit dem Netzbetreiber überlassen.

Da der Netzbetreiber in seiner Entscheidung zum Umfang der Begrenzung der Entnahmeleistung für den einzelnen flexiblen Anschlussnutzer frei ist, ist auch die Festlegung einer Quote im Konzept für die teilnehmenden Prosumer möglich, wobei grundsätzlich der Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzbetriebes nach § 11 EnWG zu berücksichtigen ist.

Durch die geplante einheitliche Festlegung der Quote für alle am Konzept teilnehmenden Prosumer wird die Verpflichtung zum diskriminierungsfreien Netzbetrieb allerdings wohl gerade gewahrt.

(3) Zeitliche Begrenzung der Spitzenglättung

§ 14a Absatz 3 Satz 2 E-EnWG steht der Umsetzung des Konzepts ebenfalls nicht entgegen. Die Regelung lautet wie folgt:

„Die Zeit der Spitzenglättung darf pro Kalendertag kumuliert höchstens 120 Minuten betragen. Zur Bestimmung der kumulierten Zeit der Spitzenglättung nach Satz 2 wird jede angefangene Minute mit dem Quotienten aus der vorgegebenen Leistungsreduktion und der vereinbarten bedingten Leistung multipliziert und für den jeweiligen Kalendertag aufsummiert.“

Daraus ergibt sich, dass eine 100-prozentige Begrenzung der vereinbarten bedingten Leistung des jeweiligen Anschlussnehmers für bis zu zwei Stunden pro Tag erfolgen kann. Eine 20-prozentige Begrenzung wäre wiederum für zehn Stunden pro Tag möglich.

Wir nehmen an, dass der zeitliche Rahmen, den das Gesetz in § 14 Absatz 3 Satz 2 E-EnWG für die Spitzenglättung vorgibt, weit genug ist, um kein Hindernis für das Konzept darzustellen. Es definiert allerdings den Rahmen, in dem das Quotenmodell umgesetzt werden kann.

(4) Voraussetzungen des § 14a Absatz 4 und 5 EnWG

Die Anforderungen des § 14a Absatz 4 E-EnWG können im Konzept erfüllt werden.

Die Anforderung des § 14a Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 E-EnWG zur Information der Anschlussnehmer über den Einsatz von Spitzenglättung dürfte allerdings problematisch sein.

§ 14a Absatz 4 E-EnWG legt fest, dass die Spitzenglättung durch ein Steuersignal, das auf aktuelle Netzzustände reagiert, oder die Festlegung statischer Zeitfenster zur Begrenzung der Entnahmeleistung durch den Netzbetreiber umgesetzt werden kann. Die Umsetzung mit Hilfe statischer Zeitfenster ist dabei nur für eine Übergangsphase möglich und dient dazu dem Netzbetreiber ausreichend Zeit zu geben, um die Handhabung durch ein Steuersignal technisch umzusetzen.²⁴

Das Konzept sieht die Festlegung der Quote durch ein Steuersignal vor, das auf die aktuelle Netzsituation reagiert, und wird damit den Anforderungen des § 14a Absatz 4 E-EnWG gerecht.

§ 14a Absatz 5 E-EnWG legt wiederum Informationsverpflichtungen der Netzbetreiber fest:

„Der Netzbetreiber, an dessen Netz die steuerbare Verbrauchseinrichtung angeschlossen ist, informiert Anschlussnehmer, Anschlussnutzer und ihre Lieferanten über

1. den erstmaligen oder erneuten Einsatz und die Beendigung der Spitzenglättung mit einem Vorlauf von mindestens einem Monat,

²⁴ Referentenentwurf zum SteuVerG, S. 35.

2. Zeitraum und Umfang der am Vortag stattgefundenen Spitzenglättung täglich und in 15-minütiger Auflösung, wenn die Spitzenglättung durch ein auf den aktuellen Netzzustand reagierendes Steuersignal umgesetzt wird, und

3. Zeitraum und Umfang der statischen Zeitfenster spätestens einen Monat vor ihrem Wirksamwerden.“

§ 14a Absatz 5 Satz 1 Nummer 3 E-EnWG ist auf das Konzept mangels Nutzung statischer Zeitfenster nicht anwendbar.

Die sich aus § 14a Absatz 5 Satz 1 Nummer 2 E-EnWG ergebende Verpflichtung ist im Konzept umsetzbar.

Problematisch könnte jedoch die sich aus § 14a Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 E-EnWG ergebende Pflicht zur Information über den Einsatz und die Beendigung der Spitzenglättung mit einem Monat Vorlauf sein.

Der Wortlaut der Regelung deutet daraufhin, dass jeder tatsächliche Einsatz der Spitzenglättung und ihr zeitlicher Umfang den hiervon betroffenen mit einem einmonatigen Vorlauf mitzuteilen sind. Dies ist im Konzept nicht möglich, da die Übermittlung der Quoten an die GEMS der Prosumer jeweils nur für die nächsten 18 Stunden vorgesehen ist.

Nach unserer Auffassung ist die Verpflichtung des § 14a Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 E-EnWG allerdings nur darauf gerichtet den von der Begrenzung Betroffenen mitzuteilen, wann es möglicherweise zu einer Begrenzung der Entnahmeleistung kommen wird. Auf die Mitteilung des tatsächliche Einsatzes mit einmonatigem Vorlauf käme es nach dieser Vorschrift also nicht an, sodass der Verpflichtung mit einer sehr weitreichenden Vorabinformation, die nur bestimmte Zeiträume mit typischerweise geringer Last außen vor lässt, Genüge getan werden könnte.

Dies ergibt sich zum einen aus der Systematik des § 14a Absatz 5 Satz 1 E-EnWG. Wenn die Informationspflicht auf jede tatsächliche Begrenzung der Entnahmeleistung bezogen wäre, hätte § 14a Absatz 5 Nummer 3 E-EnWG keinen eigenen Anwendungsbereich.

Auch Sinn und Zweck des Gesetzes sprechen gegen eine enge Auslegung der Verpflichtung aus § 14a Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 E-EnWG. Die Umsetzung der Spitzenglättung soll präferiert durch Steuersignale erfolgen, die auf die aktuelle Netzsituation reagieren. Diese Art der Spitzenglättung lässt sich allerdings nicht mit einer Verpflichtung zur Information über einen genauen Zeitraum zur Spitzenglättung mit einmonatigem Vorlauf in Einklang bringen, da die Prognose einer akuten Netzüberlastung mit einem so langen zeitlichen Vorlauf schlicht nicht möglich ist.

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Verpflichtung aus § 14a Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 E-EnWG auch nur dazu dienen Anschlussnehmer, Anschlussnutzer und Lieferanten frühzeitig über Vorgaben zur Entnahmeleistung zu informieren, die „*potentiell möglich werden*“.²⁵

Zu beachten bleibt dabei, dass der § 14a Absatz 5 Satz 2 E-EnWG vorsieht, dass die Bundesnetzagentur ermächtigt sein soll die Ausgestaltung von „Prozessen, Fristen und Formaten“ hinsichtlich der in § 14a Absatz 5 Satz 1 E-EnWG geregelten Informationspflichten durch Festlegung zu übernehmen. Entsprechend wäre die Kommunikation bezüglich der Spitzenglättung im Konzept gegebenenfalls an den detaillierten Vorgaben der Bundesnetzagentur auszurichten.

(5) Bezugspunkt der Abregelung

Der Bezugspunkt der abzuregelnden Leistung dürfte die „installierte Leistung“ der steuerbaren Verbrauchseinrichtung sein, sofern ein teilflexibler Anschluss gewählt wird. Der Referentenentwurf behandelt die Thematik nicht ausdrücklich allerdings lässt sich aus Wortlaut und Systematik der Regelungen erkennen, dass die Leistung als Bezugspunkt der Auswahl der unbedingten und bedingten Leistung beim teilflexiblen Anschluss einen fixen Wert haben muss.

Die Leistung, die als Bezugspunkt der Auswahl zwischen unbedingter und bedingter Leistung dienen soll, ist gemäß § 14a Absatz 2 Satz 1 E-EnWG die „*am Netzanschluss vorzuhaltende Entnahmeleistung*“. In § 14a Absatz 2 Satz 2 E-EnWG wird geregelt, dass der Anschlussnehmer berechtigt ist, „*gegenüber dem Netzbetreiber zu bestimmen, ob sich die Vorgabe der maximalen Entnahmeleistung allein auf die steuerbare Verbrauchseinrichtung (teilflexibler Anschluss) oder auf den gesamten Netzanschluss (vollflexibler Anschluss) bezieht*.“

Der Gesetzgeber differenziert also hinsichtlich des Bezugspunkts der unbedingten und bedingten Leistung nicht zwischen dem teilflexiblen und dem vollflexiblen Anschluss. Da im Fall des vollflexiblen Anschlusses die gesamte Anschlussleistung Bezugspunkt der Wahl zwischen bedingter und unbedingter Leistung ist und diese zur Verfügung stehende Leistung am Netzanschlusspunkt eine fixe Größe darstellt, dürfte für den teilflexiblen Anschluss nichts anderes gelten.

b) Beschränkungen durch gesetzlich festgelegte Rahmenbedingungen

Durch die Festlegung der Rahmenbedingungen der Spitzenglättung in § 14a E-EnWG wird der Anwendungsbereich des Konzepts allerdings hinsichtlich der Ausgestaltung im Einzelnen beschränkt.

²⁵ Referentenentwurf zum SteuVerG, S. 36.

(1) Vollflexibler und teilflexibler Anschluss

Nach § 14a Absatz 2 Satz 2 E-EnWG kann der Anschlussnehmer festlegen, ob sich die vereinbarte bedingte Leistung nur auf die steuerbare Verbrauchseinrichtung oder auf den gesamten Netzanschlusspunkt beziehen soll. Soweit das Konzept also vorsieht einheitlich die Möglichkeit die maximale Entnahmeleistung für den jeweiligen Netzanschlusspunkt des Prosumers insgesamt und nicht nur bezogen auf die Entnahmeleistung der steuerbaren Verbrauchseinrichtungen zu begrenzen, ist dies nicht möglich, da die diesbezügliche Entscheidung beim Anschlussnehmer liegt.

(2) Vorgaben für die Höhe der Netzentgelte für bedingte und unbedingte Leistung

Der Referentenentwurf zum SteuVerG sieht auch eine Neuregelung des § 17a Stromnetzentgeltverordnung (nachfolgend E-StromNEV) vor.

In diesem waren detaillierte Vorgaben zur Bestimmung der Höhe der Netzentgelte jeweils für die bedingte und unbedingte Leistung und für vollflexible und teilflexible Anschlüsse unter Berücksichtigung des Jahresverbrauchs des jeweiligen Netznutzers festgelegt.

Zwar lässt § 17a E-StromNEV dem Netzbetreiber einen Spielraum in dessen Rahmen er die Höhe der Netzentgelte bestimmen konnte, doch bestand eben keine vollständige Freiheit des Netzbetreibers die Netzentgelte festzulegen und damit auch Einfluss auf die Anreizwirkung der Wahl der bedingten Leistung gegenüber der unbedingten Leistung bzw. des vollflexiblen Anschlusses gegenüber dem teilflexiblen Anschluss zu nehmen.

Das Konzept müsste sich an den Vorgaben zur Höhe der Netzentgelte orientieren.

3. Notwendige Änderungen zur entnahmeseitigen Umsetzung des Konzepts

§ 14a E-EnWG und die Ergänzungen der begleitenden Gesetze und Verordnungen lassen eine einheitliche Quotenzuteilung zur Begrenzung der Entnahmeleistung für die Prosumer im Konzept zu und geben einen Rahmen zum Beispiel im Hinblick auf die Netzentgelte und Informationspflichten vor, die im Konzept weitgehend umgesetzt werden könnten.

Problematisch scheint uns wie dargestellt die Verpflichtung zur Mitteilung des Einsatzes und der Beendigung der Spitzenglättung mit einmonatigen Vorlauf aus § 14a Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 E-EnWG. Bezieht sich diese Verpflichtung darauf jeden tatsächlichen Einsatz der Spitzenglättung mit einmonatigem Vorlauf trennscharf mitzuteilen, wäre dies ein erhebliches Hindernis für das Konzept, dass sich technisch auch nicht lösen lassen dürfte. Wie dargestellt, halten wir eine solche Auslegung aber nicht für naheliegend.

Weiterhin ist die Begrenzung des Anwendungsbereich des § 14a EnWG auf solche Verbraucher, die auf der Niederspannungsebene angeschlossen sind, ein Hindernis, da das Konzept in Ausnahmefällen auch Netznutzer betrifft, die auf Mittelspannungsebene angeschlossen sind. Eine Begründung für die Begrenzung des Anwendungsbereichs auf die Niederspannungsebene enthält die Begründung des Referentenentwurfs nicht. Angesichts der Zielsetzung des Gesetzes die Flexibilität in den Verteilernetzen zu stärken²⁶ ist die Beschränkung auf die Niederspannungsebene nicht unmittelbar nachvollziehbar.²⁷

²⁶ Referentenentwurf zum SteuVerG, S. 19.

²⁷ In diese Richtung zu § 14a EnWG in der aktuellen Fassung auch: *Missling* in: Theobald/Kühling, EnWG Kommentar, 108. EL September 2020, § 14a Rn. 10.

Juristische Machbarkeitsstudie

Entflechtungsvorgaben und zu beachtende regulatorische Vorgaben im FlexQGrid Konzept außerhalb des Energierechts 3. (ergänzte) Fassung

Datum: 1. Juli 2021

Für: Netze BW GmbH
Schelmenwasenstraße 15
70567 Stuttgart

Von: Rechtsanwalt Carl Bennet Nienaber
Rechtsanwalt Dr. Jörn Bringewat

von Bredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Littenstraße 105
10179 Berlin
T: +49 30 8092482-20
F: +49 30 8092482-30
www.vonbredow-valentin-herz.de

Sitz/Registergericht: Berlin, Amtsgericht Berlin-Charlottenburg, PR 786 B

Partner: Dr. Hartwig von Bredow, Dr. Florian Valentin, Dr. Steffen Herz, Dr. Bettina Hennig, Dr. Jörn Bringewat

Inhaltsverzeichnis

A.	Einführung und Prüfungsumfang	3
B.	Ausgangslage	5
I.	Ablauf des Sekundärhandels	5
II.	Informationstechnische Ausgestaltung des Sekundärhandels.....	5
III.	Rollenverteilung im Konzept	6
C.	Ergebnisse.....	8
I.	Ergebnisse zur Entflechtung.....	8
II.	Ergebnisse zu weiteren regulierungsrechtlichen Fragestellungen / Vergaberecht.....	9
III.	Ergebnisse zum Datenschutz.....	10
IV.	Ergebnisse zur Vertragsgestaltung	11
D.	Rechtliche Bewertung	13
I.	Entflechtung	13
1.	Notwendigkeit der Beachtung der Entflechtungsvorgaben bei Betrieb der Sekundärhandelsplattform.....	14
2.	Entflechtungsvorgaben bezogen auf die Weitergabe und Behandlung von Daten	17
3.	Weitere Entflechtungsvorgaben	21
II.	Regulierungsrechtliche Fragestellungen außerhalb des Energierechts.....	22
1.	Finanzregulierung.....	22
2.	Fairness und Transparenz (VO (EU) 2019/1150).....	25
3.	Wettbewerbs- und Kartellrecht	28
4.	Vergaberecht	30
III.	Notwendigkeit der Einhaltung bestimmter informationstechnischer Sicherheitsstandards für die Sekundärhandelsplattform	31
1.	Sekundärhandelsplattform als Teil des Netzbetriebs	31
2.	Sekundärhandelsplattform, die nicht dem Netzbetrieb zuzuordnen ist.....	33
IV.	Datenschutzrecht	36
1.	Die datenschutzrechtliche Machbarkeit der Nutzung des Smart Metering im Konzept	36
2.	Die datenschutzrechtliche Machbarkeit der Sekundärhandelsplattform unter Einbindung einer Blockchain – Personenbezug und Gewährleistung der Betroffenenrechte.....	44
V.	Vertragsgestaltung	47
1.	Vertragliche Gestaltung betreffend das Verhältnis von Netzbetreiber und Prosumer im Kontext der Umsetzung des Ampelsystems.....	47
2.	Vertragsgestaltung betreffend die Sekundärhandelsplattform	48
3.	Mögliche Lösungsansätze	53
4.	Notwendige Änderungen des Verbrauchervertragsrechts.....	56

A. Einführung und Prüfungsumfang

Das FlexQGrid-Konzept (im Folgenden: „Konzept“) ist im Sinne einer juristischen Machbarkeitsstudie zu prüfen. Entsprechend unterziehen wir nachfolgend alle konzeptrelevanten Punkte einer rechtlichen Bewertung, wobei die Identifizierung von rechtlichen Risiken, das Erfordernis gesetzlicher/verordnungsrechtlicher Veränderungen und die Darstellung möglicher Alternativen, also die Darstellung der für die rechtssichere Umsetzbarkeit relevanten Punkte, im Vordergrund der Machbarkeitsstudie steht und nicht die wissenschaftlich vertiefte und vollumfängliche juristisch-akademische Herleitung und Darstellung der rechtlichen Grundlagen.

In der hiesigen Studie prüfen wir die Maßgaben, die sich aus den Entflechtungsvorgaben des EnWG, für die Rollenverteilung und die Möglichkeit der Datenverarbeitung im Konzept ergeben. Hierbei liegt der Fokus auf der Frage, ob die Entflechtungsvorgaben im Verhältnis Netzbetreiber und Plattformbetreiber beachtet werden müssen oder der Plattformbetrieb eine Dienstleistung darstellt, die der Netzbetreiber selbst übernehmen kann. Weiterhin werden die Vorgaben der informationellen Entflechtung vertieft dargestellt, da diese am ehesten ein Hindernis für die Umsetzung des Konzepts darstellen könnten.

Weiterhin adressieren wir die Frage, ob regulatorische Vorgaben außerhalb des Energierechts die Umsetzung des Konzepts beeinflussen können und ob vertiefte Prüfungen einzelner Themenbereiche nötig sind.

Die umfassende datenschutzrechtliche Analyse betrifft im Wesentlichen folgende Fragen: Ist die Umsetzung des geplanten Konzeptes unter Beachtung des Datenschutzes möglich? Handelt es sich bei den Daten, die von den intelligenten Messsystemen übermittelt werden, sowie bei den Daten, die auf der Blockchain gespeichert werden, um personenbezogene Daten im Sinne der DSGVO? Werden die Vorschriften des MsbG eingehalten? Wie können die Betroffenenrechte aus der DSGVO gewährleistet werden? Die Beantwortung dieser Fragen gliedert sich im Wesentlichen in zwei Teile: Zunächst werden die wesentlichen Aspekte für die Nutzung des Smart Metering anhand der durch die Auftraggeberin identifizierten Fragestellungen beleuchtet. Sodann widmet sich die Analyse der Betrachtung des geplanten Sekundärmarktes, wobei insbesondere datenschutzrechtliche Problemstellungen in Bezug auf die geplante Blockchain-Technologie eine Rolle spielen.

Zudem beleuchten wir die Anforderungen der vertraglichen Gestaltung einer IT-gestützten Plattform, die den Austausch unter den Teilnehmern ermöglichen soll, bewerten kartell- und vergaberechtliche Grundlagen und ordnen das geplante Modell im Rahmen der bestehenden Finanzregulierung ein.

Weiterhin prüfen wir, ob der Sekundärhandelsmarkt als kritische Infrastruktur einzuordnen ist bzw. Anforderungen an die Sicherheit informationstechnischer Systeme einzuhalten hat, die den diesbezüglichen Anforderungen an Einrichtungen der kritischen Infrastruktur entsprechen.

Abschließend nehmen wir Stellung zu bestehenden Hindernissen bei der Umsetzung.

B. Ausgangslage

Hinsichtlich der Ausgangslage verweisen wir im Wesentlichen auf die im ersten Teil der Machbarkeitsstudie vom 30. April 2021 zu den energierechtlichen regulatorischen Rahmenbedingungen aufgeführte Darstellung des Konzepts.

Vertieft gehen wir hier auf den Ablauf des Sekundärhandels, die im Rahmen des Sekundärhandels ausgetauschten Daten sowie die mögliche Verteilung der Rollen der Konzeptteilnehmer ein.

I. Ablauf des Sekundärhandels

Vor Beginn des Sekundärhandelszeitraums übermittelt das Gebäudeenergiemanagementsystem (im Folgenden: GEMS) die Prognose der jeweiligen Einspeisung bzw. des jeweiligen Verbrauchs des Prosumers an den Netzbetreiber.

Dieses erstellt auf Basis dieser Quoten eine Prognose möglicher einspeise- oder lastseitiger Netzengpässe für die nächsten 18 Stunden. Geht der Netzbetreiber auf Grund der mitgeteilten Daten von einem Netzengpass aus, übermittelt er Quoten an die GEMS, die für die jeweiligen 15-minütigen Perioden eines sechsstündigen sogenannten Periodenblocks gelten sollen. Übermittelte Prognosen für die darauffolgenden zwei sechsstündigen Periodenblöcke sind zu diesem Zeitpunkt unverbindlich und dienen der Information der Prosumer.

Zwischen Mitteilung der Quote und Beginn des verbindlichen Periodenblocks liegen 55 Minuten. In den 10 Minuten nach Mitteilung der Quoten für den nächsten Periodenblock können die Prosumer ihre Gebote in der Form „Bid“ und „Ask“ für den folgenden Periodenblock einstellen. Durch das Ask-Gebot fordert der Prosumer mehr Quote zur Einspeisung oder zum Verbrauch. Durch Bid-Gebote stellt ein Prosumer Quote zur Verfügung. Dabei geben die Prosumer jeweils einen maximalen Preis pro kW an, die sie bereit sind zu zahlen bzw. einen minimalen Preis pro kW, den sie als Bezahlung verlangen. Die Gebote können dabei jeweils für einzelnen 15-minütigen Perioden des Periodenblocks abgegeben werden. Die Abgabe von Geboten erfolgt freiwillig.

In der darauffolgenden halben Stunde findet das sogenannte Markt-Matching statt. Die Gebote werden einander zugeordnet. Nach Abschluss des Markt-Matchings werden die Ergebnisse des Handels bekanntgegeben. Damit kann jeder Prosumer, der Gebote abgegeben hat, seine endgültigen Quoten für den folgenden sechsstündigen Zeitraum ablesen.

II. Informationstechnische Ausgestaltung des Sekundärhandels

Der Marktmechanismus wird durch ein System umgesetzt, das auf einer Blockchain-Architektur und Smart Contracts basiert.

Im Rahmen des Konzeptes werden verschiedene Daten insbesondere der Prosumer verarbeitet. Das GEMS koordiniert die verschiedenen Anlagen in jedem Haushalt. Außerdem verfügt jeder Haushalt über ein intelligentes Messsystem, über welches detaillierte Messdaten am Netzanschlusspunkt zur Verfügung stehen und die Informationen über den Verbrauch und die Stromeinspeisung des jeweiligen Prosumers geben. Im Rahmen der Sekundärhandelsplattform wird in der gelben Ampelphase mit Quoten gehandelt.

Teilnehmer am Sekundärhandel werden der Netzbetreiber, die jeweiligen Anlagenbetreiber sowie der „Market-Matcher“/Plattformbetreiber sein. Alle Teilnehmer des Sekundärhandels sollen dezentrale Identitäten erhalten. Der Schlüssel zu diesen Identitäten soll lediglich bei dem jeweiligen Teilnehmer liegen. Nach Zuweisung der dezentralen Identitäten können die Teilnehmer je nach ihrer zugeteilten „Rolle“ bestimmte Aktivitäten ausführen. So können etwa lediglich die Anlagenbetreiber Fahrpläne erstellen, lediglich der Netzbetreiber kann Quoten veröffentlichen usw. In einer Blockchain werden die Transaktionen beim Handel festgeschrieben. Diese sind verschlüsselt, außerdem werden regelmäßig neue Pseudonyme verwendet.

Der Netzbetreiber seinerseits verfügt über das Daten-Mapping, welches auch die jeweiligen vom intelligenten Messsystem übermittelten Daten der einzelnen Prosumer enthält. Dieses Mapping kann dazu genutzt werden, zu überprüfen, ob die Prosumer sich im Rahmen der ihnen zugeteilten bzw. von ihnen erworbenen Quoten halten, um darauf ein System von „penalty and reward“ aufzubauen. Nach Ablauf einer gewissen Zeit löscht der Netzbetreiber das Mapping, welches über die Blockchain in Bezug genommen wird. Er ist der Einzige, der Zugriff auf diese Daten hat. Es weiß auch nur der Netzbetreiber, welche reale Identität hinter welcher dezentralen Identität steht. Dies ist wichtig, um die Quoten auf die Blockchain schreiben zu können und im weiteren Verlauf das Konzept „penalty and reward“ durchzusetzen.

III. Rollenverteilung im Konzept

Bisher ist offen, welche Rolle/n der Netzbetreiber im Rahmen des Sekundärhandels einnehmen kann und soll. Auf Grund der regulatorischen Vorgaben wird der Netzbetreiber jedenfalls derjenige Konzeptteilnehmer sein, der die Prognosen für die Netzengpässe erstellt und die originären Quoten für den Sekundärhandel festlegt.

Die weitergehende Organisation des Sekundärhandels und die Schaffung und Aufrechterhaltung der für den Sekundärhandel notwendigen IT-Infrastruktur kann rein tatsächlich vom Netzbetreiber, aber auch durch eine von diesem unabhängige dritte Rechtsperson vorgenommen werden, initial voraussichtlich in dessen Auftrag.

Ein möglicher vom Netzbetreiber zu unterscheidender Plattformbetreiber müsste vom Netzbetreiber mit verschlüsselten Daten zur jeweiligen Quote der Prosumer und gegebenenfalls Messdaten versorgt werden.

C. Ergebnisse

I. Ergebnisse zur Entflechtung

- U Die Entflechtungsvorgaben des EnWG stehen der Umsetzung des Konzepts nach unserer Auffassung nicht generell entgegen, erschweren die praktische Umsetzung des Konzepts auf Grund der Vorgaben zur informationellen Entflechtung aber gegebenenfalls erheblich.
- U Die zentrale Frage ist hierbei, ob der Betrieb der Plattform dem Netzbetrieb im Sinne der Entflechtungsvorgaben zuzuordnen ist. Sofern es sich bei dem Betrieb der Sekundärhandelsplattform um Netzbetrieb handelt, kann der Verteilernetzbetreiber den Betrieb der Plattform übernehmen, ohne dass er in dieser Hinsicht weitergehende Entflechtungsvorgaben befolgen müsste.
- U Ob der Betrieb der Plattform dem Netzbetrieb zuzuordnen ist, lässt sich allerdings rechtlich nicht mit abschließender Sicherheit feststellen, da uns keine Rechtsprechung oder regulierungsbehördliche Entscheidung bekannt ist, die eine vergleichbare Thematik behandelt und das Konzept und die Umsetzung einer Sekundärhandelsplattform sich nicht trennscharf in die klassische Entflechtungssystematik einordnen lassen.
- U Die überwiegenden Argumente sprechen wohl dafür, dass der Betrieb der Sekundärhandelsplattform jedenfalls potentiell einen wettbewerblich gesteuerten Bereich der Energiewirtschaft darstellt und daher auf Grund teleologischer Gesichtspunkte nicht dem Netzbetrieb zuzuordnen ist und entsprechend die Entflechtungsvorgaben zu beachten sind. Eine andere Auffassung ist hier allerdings durchaus vertretbar.
- U Von den dann zu beachtenden Entflechtungsvorgaben werfen nur die der informationellen Entflechtung Probleme auf, die der Umsetzung des Konzepts entgegenstehen könnten. Diese sind unabhängig davon zu beachten, ob der Netzbetreiber und der Plattformbetreiber im Rahmen eines vertikal integrierten Unternehmens verbunden sind, oder nicht.
- Die Offenlegung von Messdaten zu den jeweiligen Prosumern vom Netzbetreiber gegenüber dem Betreiber der Sekundärhandelsplattform wäre nach der aus unserer Sicht überzeugendsten Auffassung nur auf Basis einer diskriminierungsfreien Einwilligung des jeweiligen Prosumers möglich.
- Weiterhin müsste die Informationsweitergabe dann tatsächlich diskriminierungsfrei gegenüber sämtlichen potentiellen Marktteilnehmern, also den Betreibern von Sekundärhandelsplattformen erfolgen.

- Die Umsetzung dieser Vorgabe setzt voraus, dass sämtliche potentiellen Marktteilnehmer, die an den Plattformbetreiber übermittelten Informationen so übermittelt erhalten, dass sie diese zum gleichen Zeitpunkt wahrnehmen können, wie der Betreiber der Sekundärhandelsplattform und auch sonst kein wettbewerblicher Nachteil auf Grund der Art der übermittelten Informationen zu erwarten wäre.
- Auch die vom Netzbetreiber dem jeweiligen Prosumer zugeordnete Quote kann dem Betreiber der Sekundärhandelsplattform nur unter den beschriebenen Voraussetzungen übermittelt werden.
- Es ist nicht auszuschließen, dass eine Übermittlung der für den Betrieb der Sekundärhandelsplattform notwendigen Daten gegenüber dem Betreiber der Sekundärhandelsplattform auf einem anderen Kommunikationsweg als demjenigen der zur Übermittlung der Information gegenüber den übrigen Marktteilnehmern genutzt wird einer diskriminierungsfreien Übermittlung von Informationen entgegensteht.
- ☺ Auf Grund möglicher divergierender Rechtsauffassungen zu für die Bewertung der Vereinbarkeit des Konzepts mit den Entflechtungsvorgaben wesentlichen Fragestellungen halten wir es für ratsam, diesbezüglich eine Anfrage bei der Bundesnetzagentur zu stellen. Diese sollte folgende Fragestellungen umfassen:
 - Ist der Betrieb einer Sekundärhandelsplattform als Netzbetrieb im Sinne der Entflechtung einzuordnen oder fällt er in den Marktbereich?
 - Bedarf es aus Sicht der Bundesnetzagentur einer diskriminierungsfreien Weitergabe der Informationen über den Netzkunden oder reicht eine bloße (nicht diskriminierungsfreie) Einwilligung des jeweiligen Prosumers zur Weitergabe der Informationen nur an den Betreiber der Sekundärhandelsplattform aus, um den Vorgaben des § 6a Absatz 1 EnWG gerecht zu werden?
- ☺ Die übrigen Entflechtungsvorgaben zur buchhalterischen, rechtlichen und operationellen Entflechtung sollten der Umsetzung des Konzepts nicht entgegenstehen.

II. Ergebnisse zu weiteren regulierungsrechtlichen Fragestellungen / Vergaberecht

- ☺ Der Betreiber der Sekundärhandelsplattform ist nach unserer Auffassung bei der Umsetzung der Sekundärhandelsplattform nicht an die Vorgaben der Fairness und Transparenz (VO (EU) 2019/1150) gebunden.
- ☺ Selbst bei einer anderen rechtlichen Einordnung würden die Vorgaben der Fairness und Transparenz (VO (EU) 2019/1150) der Umsetzung des Konzepts jedenfalls nicht entgegenstehen.

- ☺ Nach unserem derzeitigen Kenntnisstand von der geplanten Umsetzung der Sekundärhandelsplattform dürfte diese nicht den finanzregulierungsrechtlichen Vorschriften des KWG oder des WPhG unterworfen sein. Das Börsengesetz greift auch nicht ohne weiteres ein, allerdings weist die geplante Handelsstruktur eine deutliche Nähe zu einer Börsenarchitektur auf. Die folgend dargestellten vertragsrechtlichen Hemmnisse suggerieren daher unseres Erachtens, die Errichtung einer Börse genauer zu prüfen.
- ☺ Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass andere regulatorische Vorgaben aus dem Bereich der Finanzregulierung existieren, die vom Betreiber der Plattform zu beachten sind.
- ☺ Die Beauftragung der Umsetzung der Handlungsplattform außerhalb einer In-House-Vergabe unterläge der Ausschreibungspflicht. Die Plattformteilnahme ist nach unserer Wertung vergaberechtlich neutral.
- ☺ Nach einstweiliger Einordnung sind wir der Auffassung, dass die Sekundärhandelsplattform entweder den Anforderungen des § 11 Absatz 1a EnWG oder des § 11 Absatz 1b EnWG und der jeweiligen korrespondierenden IT-Sicherheitskataloge im der Bundesnetzagentur sowie des § 11 Absatz 1c bis 1e EnWG genügen muss, sofern es auf Grund von Störungen im Rahmen der Sekundärhandelsplattform möglich ist, dass eine Einspeisung und/oder ein Verbrauch im Cluster möglich ist, der den Rahmen der dem Cluster kollektiv zugeteilten Quote überschreitet. Die Sekundärhandelsplattform wäre dann entweder als kritische Infrastruktur im Sinne des § 11 Absatz 1b EnWG in Verbindung mit der BSI-Kritis-Verordnung („BSI-KritisV“) einzuordnen oder auf Grund der Zuordnung zum Netz einem Anforderungsprofil mit vergleichbarem Schutzniveau unterworfen wie Einrichtungen der kritischen Infrastruktur.
- ☺ Da die Anforderungen die Implementierung technischer Mindeststandards vorsehen, ist es uns nicht möglich zu beurteilen, ob die Erfüllung der Anforderungen der Umsetzung des Konzepts entgegensteht. Dies würde den Rahmen einer juristischen Machbarkeitsstudie sprengen.

III. Ergebnisse zum Datenschutz

- ☺ Hinsichtlich der intelligenten Messsysteme wirft das Konzept keine unüberwindbaren datenschutzrechtlichen Probleme auf. Es ist allerdings sehr genau auf die Einhaltung der relevanten Vorgaben des MsbG, insbesondere aus § 60 – Übermittlung der Messwertdaten erst am Folgetag -, zu achten. Sollen die Daten bereits vor Ablauf des Tages der Messung übermittelt werden bzw. in anderer Weise von den gesetzlichen Vorgaben des MsbG abgewichen werden, ist eine Einwilligung zu dieser Datenübermittlung vonnöten. Die Einwilligung tritt neben die gesetzlichen Vorgaben des MsbG und erlaubt dadurch jegliche über das MsbG hinausgehende Datenverarbeitung.

- ☺ Von der Datenverarbeitung ist – soweit von der Einwilligung abgedeckt – auch die Datenübermittlung an Dritte erfasst. Hierdurch kann eine Übermittlung der relevanten Daten vom Netzbetreiber an den Betreiber der Sekundärhandelsplattform ermöglicht werden, soweit diese personenverschieden sind. Es ist auf die Einhaltung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Einwilligung im Sinne der DSGVO zu achten. Es kann sich zwar auch aus den gesetzlichen Zulässigkeitstatbeständen im Rahmen des MsbG eine Zulässigkeit der Übermittlung von Daten an Dritte (Betreiber der Sekundärhandelsplattform) ergeben, jedoch unterliegt diese Übermittlung dann den strengen Grenzen des MsbG. Deshalb und auch auf Grund der möglichen Notwendigkeit der Einhaltung der Vorgaben der informatorischen Entflechtung ist die Erteilung einer Einwilligung hier vorzuziehen.
- ☺ Bei den Daten, die von den intelligenten Messsystemen übermittelt werden, handelt es sich um personenbezogene Daten, sodass hier die Grundsätze der Datenverarbeitung nach der DSGVO beachtet werden müssen. Insbesondere zählen hierzu die Grundsätze der Zweckbindung (Verarbeitung nur im Rahmen des in der Einwilligung/des Vertrages vorgesehenen Zweckes) und der Datenminimierung (sparsamer Umgang mit den zu verarbeitenden Daten).
- ☺ Auch bei den Daten, die auf der Blockchain gespeichert werden, handelt es sich im Ergebnis um personenbezogene Daten, da der Netzbetreiber über das Mapping eine Zuordnung zu realen Marktteilnehmern durchführen kann. Somit muss die Verwirklichung der Betroffenenrechte im Sinne der DSGVO sichergestellt werden. Hierzu zählt insbesondere auch das Recht auf Vergessenwerden.
- ☺ Der Netzbetreiber, bei dem das Mapping liegt, ist Verantwortlicher im Sinne der DSGVO. Er ist Adressat für die Verwirklichung der Betroffenenrechte.
- ☺ Wenn das Mapping gelöscht wird und die Hashes auf der Blockchain somit keinem Objekt mehr zugeordnet werden können, verlieren die Hashes ihre Qualität als personenbezogene Daten. Auf diese Weise kann das Recht auf Vergessenwerden im Sinne der DSGVO gewahrt werden.

IV. Ergebnisse zur Vertragsgestaltung

- ☺ Die derzeitige Konzeption des Sekundärhandels ist nach unserer Auffassung nicht mit den anwendbaren Bestimmungen des (Verbraucher-)Vertragsrechts vereinbar.
- ☺ Es ist zweifelhaft, ob eine technische Umstellung oder Ergänzung des Konzepts im Hinblick auf die Umsetzung des Sekundärhandels, mit denen die Anforderungen des Verbrauchervertragsrechts eingehalten würden, hier zielführend ist,

- Die Implementierung bestimmter, im Rahmen des Verbrauchervertragsrechts erforderlicher Informations- und Zustimmungspflichten würde die weitgehend automatisierten Abläufe stören bzw. verunmöglichen. Ein geringerer Grad an Automatisierung könnte den Handel allerdings schwerfällig und letztlich unattraktiv machen.
 - Weiterhin ist es naheliegend, dass die Umsetzung bestimmter Vorgaben des Verbrauchervertragsrechts zu rechtlichen Folgeproblemen im datenschutzrechtlichen Bereich führen kann.
 - Auch bestehende Widerrufsrechte der Verbraucher gefährden unabhängig von der technischen Ausgestaltung des Konzepts die Attraktivität des Sekundärhandels für Unternehmer und führen zu Unsicherheiten bezüglich der Pflicht zur Einhaltung der Quoten zu Zeitpunkten, in denen nach dem Konzept eine feste Quote für alle Prosumer vorausgesetzt wird.
- 🔄 Angesichts dessen scheint es uns naheliegender, den Anwendungsbereich des Verbrauchervertragsrechts im Konzept zu umgehen, anstatt den Versuch zu unternehmen, das Verbrauchervertragsrecht im Konzept umzusetzen.
- Dies wäre möglich, indem Unternehmer generell vom Konzept ausgeschlossen werden und der Sekundärhandel nur für Verbraucher eröffnet wird.
 - Selbst in diesem Fall besteht allerdings das Problem, dass der Übergang vom Status des Verbrauchers zum Status des Unternehmers fließend und abhängig vom Umfang des vom jeweiligen Prosumer betriebenen Handels auf der Plattform ist. Entsprechend müssten restriktive Grenzen bestimmt werden, die sicherstellen, dass einzelne Prosumer ihren Verbraucherstatus nicht durch zu umfangreichen Handel verlieren.
 - Ein weiterer Lösungsansatz ist nach unserer Auffassung die Organisation der Sekundärhandelsplattform als Börse im Sinne des Börsengesetzes. Die geplante Architektur weist eine erhebliche Nähe zu den Handelsvorgaben des Börsengesetzes auf. Die Errichtung einer Börse löste die (verbraucher-)vertragsrechtlichen Hindernisse voraussichtlich auf und ließe die gewünschte Unabhängigkeit der handelnden Akteure zu. Eine abschließende Bewertung dieser Option sollte durch Spezialisten aus dem Bereich der Finanzregulierung / Börsenregulierung geprüft werden.

D. Rechtliche Bewertung

I. Entflechtung

Die Entflechtungsvorgaben des EnWG stehen der Umsetzung des Konzepts nach unserer Auffassung nicht entgegen.

Zum einen ist es nach unserer Auffassung möglich, dass der Betrieb der Sekundärhandelsplattform ohne die Beachtung entflechtungsrechtlicher Vorgaben vom Netzbetreiber übernommen werden kann.

Bei einer anderen rechtlichen Bewertung ist es zumindest möglich, die dann bestehenden Entflechtungsvorgaben, insbesondere auch der informatorischen Entflechtung nach § 6a EnWG einzuhalten, wenn auch – nach wohl vorzugswürdiger Rechtsauffassung - nur unter Zugrundelegung einer umfassenden Einwilligung zur diskriminierungsfreien Offenlegung von Daten durch den jeweils von der Datenweitergabe betroffenen Prosumer und der tatsächlichen diskriminierungsfreien Offenlegung der relevanten Daten.

Ob und inwieweit die Vorgaben der Entflechtung nach dem EnWG im Kontext des Betriebs der Sekundärhandelsplattform zu beachten sein werden, lässt sich allerdings rechtlich nicht mit abschließender Sicherheit feststellen, da uns keine Rechtsprechung oder regulierungsbehördliche Entscheidung bekannt ist, die eine vergleichbare Thematik behandelt und der hier betrachtete Sachverhalt sich nicht in trennscharf in die klassische Entflechtungssystematik einordnen lässt.

Denkbar ist nach unserer Auffassung zunächst, dass der Netzbetreiber selbst die Sekundärhandelsplattform betreiben kann und die Tätigkeit seinem originären Aufgabenbereich, dem Netzbetrieb zuzuordnen ist, sodass die Entflechtungsvorgaben des EnWG seinen Handlungsspielraum bei der Weitergabe von Messdaten und der Mitteilung von Quoten nicht begrenzen und auch die übrigen entflechtungsrechtlichen Vorgaben nicht beachtet werden müssen.

Das zweite denkbare Szenario ist, dass der Betrieb der Sekundärhandelsplattform durch ein mit dem Netzbetreiber über ein vertikal integriertes Unternehmen im Sinne des § 3 Nummer 38 EnWG verbundenes Unternehmen erfolgt und zwischen Netzbetreiber und dem verbundenen Unternehmen die Entflechtungsvorgaben grundsätzlich zu beachten sind. Die Einhaltung dieser Vorgaben sollte allerdings möglich sein.

Die dritte mögliche Konstellation ist es, den Betrieb der Sekundärhandelsplattform von einem gänzlich unabhängigen dritten Unternehmen übernehmen zu lassen. In diesem Fall müssten lediglich die Vorgaben des § 6a EnWG, die den Entflechtungsvorgaben zuzuordnen sind, aber auch den Informationsaustausch gegenüber nicht mit dem Netzbetreiber verbundenen Unternehmen reglementieren, beachtet

werden. Die Einhaltung dieser Vorgaben im Konzept ist nach unserer Auffassung allerdings ebenso wie im zweiten Szenario möglich.

1. Notwendigkeit der Beachtung der Entflechtungsvorgaben bei Betrieb der Sekundärhandelsplattform

Die Entflechtungsvorgaben der §§ 6ff. EnWG sind im Kontext des Betriebs der Sekundärhandelsplattform für den Netzbetreiber einzuhalten, wenn es sich bei dem Betrieb der Plattform nicht um Netzbetrieb im Sinne des EnWG handelt oder der Betrieb der Sekundärhandelsplattform nicht Teil der Wertschöpfungskette der Energieversorgung ist.

Netzbetreiber müssen die Vorgaben der Entflechtung insoweit beachten, als sie neben der Tätigkeit im Geschäftsbereich des Netzbetriebs auch Tätigkeiten auf den vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufen der Energieversorgung ausüben, also entweder Erzeugung bzw. Gewinnung oder Vertrieb von Energie bzw. Teil eines sogenannten vertikal integrierten Unternehmens im Sinne des § 3 Nummer 38 EnWG sind, das Tätigkeiten auf den anderen beschriebenen Wertschöpfungsstufen ausübt.¹ Diesem Ziel dient § 6 Absatz 1 Satz 2 EnWG der in solchen Fällen grundsätzlich die Beachtung der Vorgaben aus den §§ 6a bis 10e EnWG anordnet.

Handelt es sich bei der Datenverarbeitung der Messdaten der Prosumer, der Zuteilung der Quote für Einspeisung und Verbrauch und dem Betrieb der Sekundärhandelsplattform durchweg um Tätigkeitsbereiche, die originär dem Netzbetrieb im Sinne der Entflechtungsregularien zuzuordnen sind, bedarf es daher keiner Beachtung der Entflechtungsvorgaben, die eine Trennung zwischen dem regulierten Netzbetrieb und den Markt Bereichen Erzeugung und Vertrieb vorsehen (rechtliche Entflechtung nach § 7 EnWG, operationelle Entflechtung nach § 7a EnWG und buchhalterische Entflechtung nach § 6b EnWG). Außerdem müssen auch die Entflechtungsvorgaben aus § 6a EnWG, die die Weitergabe von Daten an Dritte, also vom Netzbetreiber zu unterscheidenden Personen, festlegen, nicht beachtet werden, da es sich dann nur um die Weitergabe von Daten innerhalb derselben Rechtsperson handeln würde und ein solches Verhalten nicht in den Anwendungsbereich dieser Entflechtungsvorgaben fällt.

Zunächst ist festzustellen, dass soweit der Netzbetreiber Daten im Rahmen der Tätigkeit als grundzuständiger Messstellenbetreiber im Sinne des § 2 Nummer 4 MsbG beim Betrieb intelligenter Messsysteme oder moderner Messeinrichtungen verarbeitet, der Messstellenbetrieb nach Auffassung der Regulierungsbehörden aus entflechtungsrechtlicher Sicht dem Netzbetrieb zuzuordnen ist.²

Auch die Berechnung und Zuteilung einer Quote ist unproblematisch dem Bereich des Netzbetriebs zuzuordnen, da es sich hierbei um die Wahrnehmung der Systemverantwortung des Netzbetreibers gemäß

¹ Schex in: Kment, EnWG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 3 Rn. 94.

² Gemeinsame Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu entflechtungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Messstellenbetrieb vom 9. Juli 2018, S. 4.

§§ 13 Absatz 1, 14 Absatz 1 EnWG auf Einspeiseseite handelt. Die Zuteilung der Quote auf Verbrauchsseite fällt nach der grundsätzlichen Konzeption des Referentenentwurfs zum SteuerVerG ebenfalls in den Tätigkeitsbereich des Netzbetriebs.

Ob es sich vorliegend beim Betrieb der Sekundärhandelsplattform um eine Tätigkeit handelt, die der Erzeugung bzw. Gewinnung von Energie oder dem Vertrieb von Energie oder dem Bereich des Netzbetriebs zuzuordnen ist, ist fraglich und derzeit nicht eindeutig zu beantworten. Das Konzept einer Plattform zum Quotenhandel war bei Schaffung der Entflechtungsvorgaben kaum absehbar, ist bis heute rechtlich weder von Regulierungsbehörden noch der Rechtsprechung diskutiert worden und lässt sich nicht trennscharf in die Entflechtungssystematik einordnen.

Ein direkter Zusammenhang zwischen dem Betrieb einer Sekundärhandelsplattform, die es Prosumern ermöglicht, ihnen zugewiesene Quoten im Bereich der Erzeugung und des Verbrauchs von Elektrizität zu handeln, und der Wertschöpfungsstufe der Energieerzeugung ist nicht gegeben. Weder erzeugt der Plattformbetreiber Energie selbst, noch fördert er durch die Bereitstellung der Infrastruktur für den Sekundärhandel eine im Vergleich zu einem Zustand ohne seine Tätigkeit gesteigerte Erzeugung von Energie. Ein Zusammenhang lässt sich hier allenfalls dadurch herstellen, dass die Plattform die Grundvoraussetzung für die Verschiebung von Erzeugung im Rahmen eines Clusters schafft.

Als Energievertrieb wird der Handel mit Energie auf dem Markt verstanden. Auch zwischen dieser Stufe der Wertschöpfungskette und dem Betrieb der Sekundärhandelsplattform besteht kein unmittelbarer Zusammenhang. Die Plattform stellt gerade kein Instrument zum Handel mit Energie bereit, sondern ermöglicht den Prosumern vielmehr den Handel der Ihnen zur Verfügung stehenden Netzkapazität bzw. ihrer Flexibilität.

Eine klare Zuordnung der Tätigkeit zum Netzbetrieb ist allerdings ebenfalls nicht möglich. Die Sekundärhandelsplattform dient nicht unmittelbar der Übertragung und Verteilung von Elektrizität. Zum Netzbetrieb zählen allerdings auch die Aufgaben und Verpflichtungen des Netzbetreibers, die in §§ 11ff. EnWG festgelegt werden. Danach sind Verteilernetzbetreiber unter anderem verpflichtet die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten (vgl. § 13 Absatz 1 EnWG) und beim Netzausbau die Möglichkeit von Effizienz und Nachfragesteuerungsmaßnahmen zu beachten (vgl. § 14 Absatz 2 EnWG). Diese Pflichten indizieren, dass dem Netzbetrieb nach der gesetzgeberischen Konzeption auch die Befassung mit Lösungsansätzen im Bereich der Flexibilität zu effizienter Netznutzung und Gewährleistung von Netzstabilität zugeordnet werden soll. Allerdings beinhalten diese Verpflichtungen nicht zwingend auch die Umsetzung einer Sekundärhandelsplattform, die nicht unmittelbar, wie die Quotenzuteilung selbst, der Schaffung von Netzstabilität dient, sondern den Konzeptteilnehmern eine nachgelagerte Optimierung ermöglicht. Der Einfluss des Sekundärhandels auf vom Netzbetreiber beim Netzbetrieb zu beachtende Maßgaben, wie der Gewährleistung von Netzstabilität, ist mittelbar. So

kann der Sekundärhandel zum Beispiel zu einer gesteigerten Bereitschaft des Netznutzers zur Vereinbarung bedingter Anschlussleistung führen, da im Notfall trotz bedingter Anschlussleistung die Option besteht weitere Kapazität über die Sekundärhandelsplattform zu akquirieren. Letztlich dient der Sekundärhandel allerdings vorrangig der möglichst effizienten Nutzung von erzeugter erneuerbarer Energie. Dieser Zweck erscheint jedenfalls nicht als vom Gesetzgeber adressierter originärer Teil des Netzbetriebs.

Ob hier Entflechtungsvorgaben zu beachten sind, kann weiterhin unter dem Gesichtspunkt des Zwecks der Entflechtung und unter Loslösung von der bloßen Abgrenzung nach Erzeugung, Vertrieb und Netzbetrieb betrachtet werden. Zielsetzung der Entflechtung ist letztlich der Schutz des fairen Wettbewerbs. Der Netzbetreiber der über ein natürliches Monopol verfügt, soll er den Wettbewerb auf der Marktebene nicht negativ und zu seinen Gunsten beeinflussen können. Entsprechend kann die Frage, ob hier Entflechtungsvorgaben zu beachten sind, anhand der Zuordnung der Sekundärhandelsplattform zum regulierten Netzbetrieb oder zum Marktbereich erfolgen.

Es scheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass ein wettbewerblicher Markt von Sekundärhandelsplattformbetreibern entsteht, die Prosumern den Sekundärhandel ermöglichen. Dem Entstehen des Wettbewerbs stehen hier nicht wie klassisch beim Netzbetrieb die unverhältnismäßig hohen irreversiblen Fixkosten für den Marktzutritt eines Wettbewerbers entgegen. Angesichts dessen scheint es naheliegend, den Betrieb der Sekundärhandelsplattform dem wettbewerblichen Bereich zuzuordnen, sodass die Entflechtungsvorgaben anwendbar wären. In diesem Kontext entstehen allerdings Folgefragen, die die praktischen Implikationen eines wettbewerblichen Sekundärhandelsplattformbetriebs betreffen. So ist fraglich, ob ein Wettbewerb mehrerer Sekundärhandelsplattformbetreiber in der Praxis überhaupt denkbar wäre und wie sich dieser darstellen würde. In Betracht käme hier gegebenenfalls der Betrieb konkurrierender Plattformen im selben Cluster. Insoweit wird hier auch deutlich, dass im Falle einer vom Netzbetreiber gewünschten – wenn auch rechtlich ggf. nicht möglichen (s.u. D. II.) – Monopolisierung des Plattformhandels der Frage der Entflechtung ein ausschlaggebendes Wertungskriterium zugeordnet werden könnte, so dass an dieser Stelle eine Entflechtung scheitert.

Wie dargestellt ist die Einordnung des Betriebs der Sekundärhandelsplattform in den Marktbereich keinesfalls zwingend und aus unserer Sicht je nach Ausgestaltung und Zielsetzung der Handelsmodells sowie Marktverhalten der Akteure, insb. des Netzbetreibers, sogar ambivalent. Ohne gesetzgeberische Entscheidung sind diese rechtlichen Risiken und die rechtliche Ambivalenz auch nicht auszuschließen.

So scheint auch eine Zuordnung zum regulierten Bereich und nicht zum Marktbereich vertretbar, da jedenfalls Fehler im Bereich der Sekundärhandelsplattform und damit der korrekten Quotenzuteilung und -einhaltung letztlich zu Gefahren der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems führen können.

In einem Eckpunktepapier, in dem die Bundesnetzagentur Thesen zur Klärung der Begrifflichkeiten „Smart Market“ und „Smart Grid“ aufstellt, sind jedenfalls Andeutungen dazu enthalten, dass die Bundesnetzagentur den Betrieb einer informationstechnischen Plattform, die einen Smart Market für Vertrieb oder Erzeugung ermöglicht, durch einen vollständig unabhängigen Netzbetreiber für möglich hält.³ Das würde bedeuten, dass selbst wenn der Handel auf der Plattform dem Bereich Erzeugung oder Vertrieb zuzuordnen wäre, der Plattformbetrieb selbst dennoch als Netzbetrieb eingeordnet werden kann, andernfalls könnte der Betrieb einer solchen Plattform nicht von einem unabhängigen Netzbetreiber übernommen werden. Die aufgestellten Thesen sind allerdings nicht rechtlich bindend und wurden von der Bundesnetzagentur im Dezember 2011 aufgestellt, sodass sich auch aus dem Eckpunktepapier letztlich keine letztgültigen Erkenntnisse für die Einordnung des Betriebs der Sekundärhandelsplattform in die energiewirtschaftliche Wertschöpfungskette ergeben.

2. Entflechtungsvorgaben bezogen auf die Weitergabe und Behandlung von Daten

Davon ausgehend, dass der Betrieb der Plattform nicht als Netzbetrieb einzuordnen ist, müssten Netzbetreiber und ein Plattformbetreiber, der Teil eines vertikal integrierten Unternehmens im Sinne des § 3 Nummer 38 EnWG ist, den Entflechtungsvorgaben des EnWG gerecht werden.

Die Befolgung der Entflechtungsvorgaben steht der Weitergabe von Messdaten und Quoten an den Betreiber der Sekundärhandelsplattform allerdings nicht zwingend entgegen.

Eine Weitergabe von Messdaten und Quoten an einen Plattformbetreiber, der mit dem Netzbetreiber im Rahmen eines vertikal integrierten Unternehmens verbunden ist, sowie die Weitergabe solcher Daten an einen Plattformbetreiber, der eine solche Verbindung nicht aufweist, ist trotz der Anforderung der informatorischen Entflechtung aus § 6a EnWG möglich, sofern der jeweilige Netzkunde, auf den sich die Daten beziehen, in die Übertragung (diskriminierungsfrei) eingewilligt hat und die Informationen tatsächlich diskriminierungsfrei offengelegt werden.

a) Einhaltung der Vorgaben des § 6a Absatz 1 EnWG

§ 6a Absatz 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber zur Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen, von denen sie in Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit als Transportnetzeigentümer, Netzbetreiber, Speicheranlagenbetreiber sowie Betreiber von LNG-Anlagen Kenntnis erlangen.

§ 6a Absatz 2 EnWG betrifft Daten, die wirtschaftlich sensible Informationen darstellen, von denen der Netzbetreiber im Rahmen seiner Tätigkeit Kenntnis erlangt hat. Dieser Begriff beschreibt Daten, die der

³ BNetzA, „Smart Grid“ und „Smart Market“ Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur zu den Aspekten des sich verändernden Energieversorgungssystems, S. 38.

Netzbetreiber also nicht selbst generiert, sondern von Netzkunden im Rahmen seiner Tätigkeit erhalten hat.⁴

Bei den Messdaten dürfte es sich um wirtschaftlich sensible Informationen handeln. Hierunter werden im Wesentlichen vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Entflechtung diskriminierungsrelevante Informationen verstanden. Mithin solche Informationen, die auf Marktstufen außerhalb des Netzbetriebs nicht bekannt werden und deren exklusive Kenntnis für einzelne Marktteilnehmer auf den anderen Marktstufen einen Wettbewerbsvorteil bedeuten kann.⁵

Ausgehend davon, dass es sich bei dem Betrieb der Plattform gerade um eine vom Netzbetriebs abzugrenzende Marktstufe im Bereich der Energiewirtschaft handelt, sind Informationen wie die Messdaten sensibel, da sie gerade die Voraussetzung des Plattformbetriebs bilden.

Zu den regelmäßig als wirtschaftlich sensibel eingeordneten Daten zählen unter anderem Verträge zwischen Netzbetreiber und Netznutzer, Informationen des Ablese- und Zählermanagements, physische und technische Maßnahmen betreffend des Netzanschlusses und des Netznutzers, Informationen über Anlagen der Netznutzer, Lastprofile von Netznutzern, Lastprognosen und Informationen zu Ein- und Ausspeisungen.⁶

Die Rechtsfolge des § 6a Absatz 1 besteht in der Verpflichtung der Normadressaten zur Wahrung der Vertraulichkeit der erlangten wirtschaftlich sensiblen Informationen. Dies beinhaltet das grundsätzliche Verbot der Informationsweitergabe an Dritte.⁷

Eine Ausnahme soll hiervon allerdings gemacht werden, wenn der Betroffene, also derjenige über den die jeweiligen Daten erhoben werden, in diesem Fall der Prosumer, seine Zustimmung zur Datenweitergabe erteilt hat.⁸

Von einem solchen Verständnis geht auch der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zur früheren Fassung des § 6a Absatz 1 EnWG aus:

„eine Offenbarung von Daten des Netzkunden dem Netzbetreiber [. . .] nur dann gestattet [ist], wenn [. . .] der Netzkunde [. . .] eingewilligt hat oder wenn eine gesetzliche Verpflichtung besteht.“⁹

⁴ Schönborn in: Säcker, BerlKommEnR I 1, 4. Aufl. 2019, § 6a Rn. 28.

⁵ Rasbach in Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG § 6a EnWG, Rn. 20.

⁶ Schönborn in: Säcker, BerlKommEnR I 1, 4. Aufl. 2019, § 6a, Rn. 30.

⁷ Knauff in: Kment, EnWG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 6a Rn. 10.

⁸ Knauff in: Kment, EnWG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 6a Rn. 10.

⁹ BT-Drs. 15/3917, S. 54 f.

Danach würde also eine Einwilligung des jeweiligen Prosumers, auf den sich die Informationen beziehen, genügen, um das Hindernis des § 6a Absatz 1 EnWG zu überwinden.

Trotz des eindeutig geäußerten gesetzgeberischen Willens bestehen allerdings erhebliche Zweifel daran, dass eine bloße Einwilligung genügt, um die Verpflichtung des Netzbetreibers zur Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen entfallen zu lassen. Grund dafür ist, dass die Einwilligung diese Verpflichtung nach allgemeinen Grundsätzen nur dann entfallen lassen kann, wenn die Verpflichtung zur Disposition des Einwilligenden steht. Berechtigterweise wird hier argumentiert, dass die Verpflichtung nicht in erster Linie dem Schutz der Daten des Netzkunden dient, sondern vielmehr wettbewerbsschützenden Interessen. Diese Zielsetzung würde konterkariert, wenn es dem Einwilligenden freistünde den Netzbetreiber zu ermächtigen sensible Informationen nur gegenüber bestimmten Marktteilnehmer zu offenbaren.¹⁰

Entsprechend würde nur eine diskriminierungsfreie Einwilligung ausreichen, also eine Einwilligung zur diskriminierungsfreien Informationsweitergabe an sämtliche Marktteilnehmer, die im Rahmen der geplanten Handelsplattform betroffen sind, da durch diese auch der Zweck des Wettbewerbsschutzes durch die Einwilligung nicht gefährdet würde.

Die Regulierungsbehörden scheinen der Ansicht, die eine diskriminierungsfreie Einwilligung für notwendig hält, zu teilen. In den von ihnen veröffentlichten Auslegungsgrundsätzen geben sie an, dass der Netzbetreiber zur Wahrung der Vertraulichkeit der Informationen nicht im Falle der diskriminierungsfreien Einwilligung verpflichtet ist.¹¹

Eine solche Einwilligung müsste also vom Prosumer eingeholt werden.

Weiterhin müsste die Weitergabe der Informationen dann auch diskriminierungsfrei erfolgen (zur diskriminierungsfreien Umsetzung siehe nachfolgend unter I.2.b).

b) Einhaltung der Vorgaben des § 6a Absatz 2 EnWG

Soweit der Netzbetreiber Informationen im Sinne des § 6a Absatz 2 EnWG an den Plattformbetreiber weitergibt, sind dessen Anforderungen einzuhalten. Dazu bedarf es wiederum einer Einwilligung zur diskriminierungsfreien Weitergabe an Informationen durch denjenigen, auf den sich die Informationen beziehen.

§ 6a Absatz 2 EnWG lautet wie folgt:

¹⁰ Schönborn in: Säcker, BerlKommEnR I 1, 4. Aufl. 2019, § 6a Rn. 32; Theobald/Theobald, Energiewirtschaftsrecht, 4. Teil. Marktöffnung und Wettbewerb in der Energiewirtschaft: Unbundling, S. 330.

¹¹ BNetzA, Gemeinsame Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden vom 1. 3. 2006, S. 25f.

„Legen das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, Transportnetzeigentümer, Netzbetreiber, ein Speichieranlagenbetreiber oder ein Betreiber von LNG-Anlagen über die eigenen Tätigkeiten Informationen offen, die wirtschaftliche Vorteile bringen können, so stellen sie sicher, dass dies in nichtdiskriminierender Weise erfolgt.“

§ 6a Absatz 2 EnWG betrifft Informationen über eigene Tätigkeiten des Netzbetreibers, die wirtschaftlich vorteilhaft sein können.

Der Begriff der potenziell wirtschaftlich vorteilhaften Information ist vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Norm weit auszulegen. Die Vorteilhaftigkeit ist dabei aus der Sicht der Informationsempfänger zu beurteilen. Jede Information, deren Kenntnis nicht von vornherein ungeeignet ist, Dritten eine bessere Position im Wettbewerb zu verschaffen, ist als wirtschaftlich vorteilhaft zu qualifizieren.¹²

Hier dürfte die Quote, die den einzelnen Prosumern zugeteilt wird als solche wirtschaftlich vorteilhafte Information einzuordnen sein. Zwar ergibt sich diese aus Netzkundendaten, ist aber Ergebnis der Tätigkeit des Netzbetreibers zur Wahrung der Netzsicherheit im Wege des Redispatch auf Einspeiseseite und des Spitzenglättung auf Verbrauchsseite. Die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit ergibt sich daraus, dass die Mitteilung der Quote notwendige Voraussetzung für den Betrieb einer Sekundärhandelsplattform darstellt.

§ 6a Absatz 2 EnWG untersagt bei der Offenlegung potenziell wirtschaftlich vorteilhafter Informationen über die Unternehmenstätigkeit Diskriminierungen jeder Art. Eine informatorische Besser- oder Schlechterstellung bestimmter Akteure ist daher unzulässig.¹³

Die Weitergabe der Informationen muss entsprechend gegenüber allen potentiellen Marktteilnehmern auf anderen Marktstufen so zur Verfügung gestellt werden, dass die Informationen sämtlichen Teilnehmern zeitgleich zur Verfügung stehen. Grundsätzlich verlangt die Regelung also auch einen Informationsmodus durch den sichergestellt wird, dass mit einer zeitgleichen Kenntnisnahme sämtlicher Informationsadressaten gerechnet werden kann.¹⁴ Regelmäßig wird hier die Bekanntgabe der Informationen im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Internetplattform empfohlen, wobei die Marktteilnehmer über die Veröffentlichung wiederum informiert werden müssten.¹⁵

Es können Informationen nach § 6a Abs. 2 auf unterschiedliche Art, beispielsweise auf unterschiedlichen Kommunikationswegen, offengelegt werden, solange die Informationsvermittlung bei allen Empfängern zu einem in technischer, zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht vergleichbaren Ergebnis führt.¹⁶

¹² Knauff in: Kment, EnWG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 6a Rn. 14.

¹³ Knauff in: Kment, EnWG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 6a Rn. 17.

¹⁴ Knauff in: Kment, EnWG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 6a Rn. 18.

¹⁵ Schönborn in: Säcker, BerlKommEnR I 1, 4. Aufl. 2019, § 6a Rn. 55.

¹⁶ Heinlein/Büsch in: Theobald/Kühling, EnWG Kommentar, 108. EL September 2020, § 6a Rn. 55.

3. Weitere Entflechtungsvorgaben

Ausgehend von der Annahme, dass der Netzbetreiber und der Betreiber der Sekundärhandelsplattform auf unterschiedlichen Ebenen der energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette agieren und beide in einem vertikal integrierten Unternehmen im Sinne des § 3 Nummer 38 EnWG verbunden sind, sind auch die Vorgaben der buchhalterischen, rechtlichen und operationellen Entflechtung einzuhalten.

Teils sind die Vorgaben auch dann einzuhalten, wenn der Plattformbetrieb als Teil des Netzbetriebs eingeordnet würde, da die Bestimmungen teilweise auch selbstständige Netzbetreiber adressieren.

Diese Vorgaben können aus unserer Sicht eingehalten werden und stellen keine grundlegenden Hindernisse im Hinblick auf die Umsetzung des Konzepts dar.

a) § 6b EnWG Buchhaltung und Rechnungsführung

Die diversen Vorgaben des § 6b EnWG zum Beispiel zur Führung unterschiedlicher Konten für verschiedene Bereiche der Tätigkeit des Netzbetreibers können eingehalten werden.

b) § 7 EnWG: Rechtliche Entflechtung

Ausgehend von der Annahme, dass der Netzbetreiber und der Betreiber der Sekundärhandelsplattform auf unterschiedlichen Ebenen der energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette agieren und beide ggf. in einem vertikal integrierten Unternehmen im Sinne des § 3 Nummer 38 EnWG verbunden sind, müssen Netzbetreiber und der Betreiber der Sekundärhandelsplattform gemäß § 7 Absatz 1 EnWG als voneinander separierte Rechtspersonen organisiert werden.

Die geforderte Separierung selbst dürfte der Umsetzung des Konzepts nicht entgegenstehen.

Sind an das Verteilernetz weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen bedarf es auf Grund der De Minimis-Regel des § 7 Absatz 2 EnWG keiner Separierung durch Rechtsformen des Verteilernetzbetreibers vom vertikal integrierten Unternehmen und entsprechend auch nicht vom Betrieb der Sekundärhandelsplattform.

c) § 7a Operationelle Entflechtung

Die Vorgaben zur operationellen Entflechtung aus § 7a EnWG, die im Wesentlichen die Organisation des Personals im vertikal integrierten Unternehmen betreffen, können ebenfalls eingehalten werden.

II. Regulierungsrechtliche Fragestellungen außerhalb des Energierechts

1. Finanzregulierung

Nach unserem derzeitigen Kenntnisstand von der geplanten Umsetzung der Sekundärhandelsplattform dürfte diese nicht den finanzregulierungsrechtlichen Vorschriften des KWG oder des WPhG unterworfen sein. Hinsichtlich des Börsengesetzes gilt eine differenzierte Betrachtungsweise.

Es ist nicht auszuschließen, dass andere regulatorische Vorgaben aus dem Bereich der Finanzregulierung eingreifen, die vom Betreiber der Plattform zu beachten sind. Wir empfehlen vor diesem Hintergrund mit Projektfortschritt, die geplante Konfiguration einer fachlichen Prüfung unter Einbindung eine(r) Spezialist:In im Bereich der Finanzmarktregulierung und des Börsenrechts zu unterziehen (vgl. dazu auch unten).

a) KWG

Das KWG stellt Vorgaben für Kreditinstitute im Sinne des § 1 Absatz 1 KWG und Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne des § 1 Absatz 1a KWG auf. Der Betreiber einer Sekundärhandelsplattform ist nach unserer Wertung nicht als Kreditinstitut im Sinne des KWG einzuordnen.

Kreditinstitute gemäß § 1 Absatz 1 KWG sind Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Der Betrieb der Sekundärhandelsplattform lässt sich unter keine der in § 1 Absatz 1 Satz 2 KWG aufgeführten Verhaltensweisen, die Bankgeschäfte darstellen, subsumieren.

Der Betreiber der Sekundärhandelsplattform ist auch kein Finanzdienstleistungsinstitut im Sinne des § 1 Absatz 1a KWG. Finanzdienstleistungsinstitute sind gemäß § 1 Absatz 1a KWG Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute sind. Der Betrieb der Sekundärhandelsplattform geht nicht mit dem Erbringen von Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 KWG einher.

Der Sekundärhandelsplattformbetreiber betreibt insbesondere keine Anlagevermittlung (§ 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1 KWG), kein multilaterales Handelssystem (§ 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1b KWG), kein organisiertes Handelssystem (§ 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1d KWG) und kein Kryptoverwahrgeschäft (§ 1 Absatz 1a Nummer 6 KWG).

Den Betrieb der Sekundärhandelsplattform unter eine der übrigen in § 1 Absatz 1a Satz KWG aufgeführten Finanzdienstleistungen zu subsumieren, ist nach unserer Auffassung fernliegend.

(1) Keine Einordnung als Anlagevermittlung, multilaterales Handelssystem oder organisiertes Handelssystem

Anlagevermittlung ist die Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten. Der Betrieb eines multilateralen Handelssystems setzt voraus, dass die Interessen einer Vielzahl von Personen am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems und nach festgelegten Bestimmungen in einer Weise zusammengebracht werden, die zu einem Vertrag über den Kauf dieser Finanzinstrumente führen.

Der Betrieb eines organisierten Handelssystems ist der Betrieb eines multilateralen Systems, bei dem es sich nicht um einen organisierten Markt oder ein multilaterales Handelssystem handelt und das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Schuldverschreibungen, strukturierten Finanzprodukten, Emissionszertifikaten oder Derivaten innerhalb des Systems auf eine Weise zusammenführt, die zu einem Vertrag über den Kauf dieser Finanzinstrumente führt.

Die Anlagevermittlung, der Betrieb eines multilateralen Handelssystems und eines organisierten Handelssystems setzen also sämtlich voraus, dass ein Finanzierungsinstrument im Sinne des § 1 Absatz 11 KWG gegeben ist, das den Gegenstand der genannten Finanzdienstleistungen bildet.

Im Rahmen der Sekundärhandelsplattform wird den Prosumern die Möglichkeit geboten, die ihnen im Rahmen der gelben Ampelphase zur Verfügung stehende Quote mit anderen Prosumern zu handeln und einem anderen Prosumer durch die Reduktion der eigenen Einspeisung oder des eigenen Verbrauchs eine erhöhte Einspeisung bzw. einen erhöhten Verbrauch zu ermöglichen. Für diese Quote erhält der Prosumer im Falle des Zustandekommens eines Matchings eine Bezahlung, die mindestens einem vom verkaufenden Prosumer festgelegten Mindestpreis pro kWh entspricht.

Eine solche Bereitstellung von Quote durch eigene Einspeisungs- oder Verbrauchsreduktion stellt nach einstweiliger Bewertung kein Finanzierungsinstrument im Sinne des § 1 Absatz 11 KWG dar. Soweit geplant ist, die mit der Abgabe der Gebote verbundenen Kosten durch Blockchain-Tokens zu bezahlen, führt dies nicht dazu, dass der Betrieb einer Sekundärhandelsplattform eines Finanzdienstleistung darstellt. Selbst, wenn man Blockchain-Tokens den Finanzierungsinstrumenten im Sinne des § 1 Absatz 11 KWG, etwa den Devisen im Sinne des § 1 Absatz 11 Nummer 7 KWG oder den Kryptowerten im Sinne des § 1 Absatz 11 Nummer 10 KWG zuordnet¹⁷, führt dies zu keinem anderen Ergebnis.

¹⁷ In diese Richtung: BaFin, Hinweise zu Finanzinstrumenten nach § 1 Abs. 11 Sätze 1 bis 5 KWG (Aktien, Vermögensanlagen, Schuldtitel, sonstige Rechte, Anteile an Investmentvermögen, Geldmarktinstrumente, Devisen, Rechnungseinheiten, Emissionszertifikate und Kryptowerte), Punkt 2 b gg, Punkt 2 b ii.

Die Plattform dient nicht der Anschaffung und der Veräußerung von Blockchain-Tokens, sondern setzt diese lediglich zur Deckung der Gebotskosten ein, sodass keine Anlagenvermittlung im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1 KWG gegeben ist.

Die Plattform bringt auch nicht eine Vielzahl an Personen zusammen, die am Kauf und Verkauf der Blockchain-Tokens interessiert sind. Der auf der Sekundärhandelsplattform zu handelnde Gegenstand ist die Quote und nicht etwa Blockchain-Tokens, sodass die Sekundärhandelsplattform auch kein multilaterales Handelssystem darstellt.

Da auch keines der in § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1d genannten Finanzierungsinstrumente gegeben ist, liegt auch kein organisiertes Handelssystem vor.

(2) Keine Einordnung als Kryptoverwahrgeschäft

Der Betrieb einer Sekundärhandelsplattform stellt auch keine Kryptoverwahrgeschäft dar. Ein solches würde gemäß § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 6 KWG hier voraussetzen, dass der Plattformbetreiber die Verwahrung, die Verwaltung und die Sicherung von Kryptowerten oder privaten kryptografischen Schlüsseln, die dazu dienen, Kryptowerte zu halten, zu speichern oder zu übertragen, für andere übernimmt.

Zwar dürfte sich bei den bei der Abwicklung des Handels zum Einsatz kommenden Blockchain-Tokens um Kryptowerte im Sinne der Norm handeln, doch dient die Plattform gerade nicht der Verwahrung, Verwaltung und Sicherung von Kryptowerten, sondern stellt lediglich eine Plattform bereit, bei der die Kosten der Abwicklung des Handels über Kryptowerte gedeckt werden können.

b) Börsengesetz

Die Sekundärhandelsplattform unterliegt auch nach einstweiliger Bewertung nicht den Anforderungen des Börsengesetzes.

Das Börsengesetz reguliert gemäß § 1 BörsG den Betrieb und die Organisation von Börsen, die Zulassung von Handelsteilnehmern, Finanzinstrumenten, Rechten und Wirtschaftsgütern zum Börsenhandel, die Ermittlung von Börsenpreisen und die Zuständigkeiten von Behörden in Bezug auf die Börsenregulierung.

Eine Börse ist nach ihrer Zulassung gemäß § 2 Absatz 1 Börsengesetz eine teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, die nach Maßgabe dieses Gesetzes multilaterale Systeme regelt und überwacht, welche die Interessen einer Vielzahl von Personen am Kauf und Verkauf von dort zum Handel zugelassenen Wirtschaftsgütern und Rechten innerhalb des Systems nach nicht diskretionären Bestimmungen in einer Weise zusammenbringen oder das Zusammenbringen fördern, die zu einem Vertrag über den Kauf dieser Handelsobjekte führt. Die Sekundärhandelsplattform stellt ohne Zulassung als Börse bereits keine

teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts dar, wobei nicht die Frage geklärt ist, ob eine solche Zulassung einzuholen ist (vgl. dazu unten IV. 3.).

Allerdings besteht nach unserer Auffassung aufgrund der geplanten Architektur eine erhebliche strukturelle Nähe der Handelsplattform zu einer Börse. Ob eine Zulassung als Börse sinnvoll ist, diskutieren wir im Abschnitt IV.

c) Wertpapierhandelsgesetz

Auch die Regularien des Wertpapierhandelsgesetzes dürften nach einstweiliger Einordnung für den Betrieb der Sekundärhandelsplattform nicht greifen. Das Wertpapierhandelsgesetz definiert in § 1 Absatz 1 WpHG seinen Anwendungsbereich. Keiner der dort genannten Regelungsgegenstände berührt den geplanten Betrieb der Sekundärhandelsplattform.

Der Betreiber einer Sekundärhandelsplattform erbringt keine Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen (§ 1 Nummer 1 WpHG), und betreibt keine(n) Handel, Vertrieb, Vermarktung oder Konzeption von Finanzinstrumenten im Sinne des WpHG (§ 1 Nummer 3,4,5 WpHG),

Die auf der Sekundärhandelsplattform gehandelte Quote lässt sich nach einstweiliger Einordnung nicht unter eine der Kategorien von Finanzinstrumenten gemäß § 2 Absatz 4 WpHG subsumieren.

2. Fairness und Transparenz (VO (EU) 2019/1150)

Die Fairness und Transparenz (VO (EU) 2019/1150) reguliert gemäß ihres Artikels 1 Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschinen. Es ist nach unserer Auffassung eher fernliegend, dass es sich bei der Sekundärhandelsplattform um einen solchen Online-Vermittlungsdienst oder eine Online-Suchmaschine handelt, sodass der Betreiber der Sekundärhandelsplattform nicht an die Anforderungen der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 gebunden wäre.

Im Falle einer anderen Rechtsauffassung könnten die Vorgaben der Fairness- und Transparenz-Verordnung jedoch eingehalten werden, sodass die Verordnung der Umsetzung des Konzepts nicht entgegensteht.

a) Anwendbarkeit

Gemäß Artikel 1 der Fairness und Transparenz (VO (EU) 2019/1150) sind die Regeln der Verordnung anwendbar beim Betrieb von Online-Suchmaschinen und Online Vermittlungsdiensten.

Online Vermittlungsdienste werden wiederum in Artikel 2 Nummer 2 der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 definiert. Danach handelt es sich um Dienste der Informationsgesellschaft, die es gewerblichen Nutzern ermöglichen, Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anzubieten, indem sie die Einleitung direkter Transaktionen zwischen diesen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern vermitteln,

unabhängig davon, wo diese Transaktionen letztlich abgeschlossen werden. Die Dienste werden gewerblichen Nutzern dabei auf der Grundlage eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Anbieter dieser Dienste und den gewerblichen Nutzern, die den Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anbieten, bereitgestellt.

Gewerbliche Nutzer im Sinne der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 sind gemäß Artikel 2 Nummer 1 Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 wiederum alle im Rahmen einer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit handelnden Privatpersonen oder juristische Personen, die über Online-Vermittlungsdienste und für Zwecke im Zusammenhang mit ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anbieten.

Die Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 zielt nach ihrer grundsätzlichen Konzeption darauf ab, das Verhältnis zwischen dem Anbieter eines solchen Vermittlungsdienstes und gewerblichen Nutzern im Kontext der Vermittlung der Waren und Dienstleistungen gewerblicher Nutzer an Verbraucher zu regeln.

Die Sekundärhandelsplattform zielt wiederum gerade nicht darauf ab, ausschließlich gewerblichen Nutzern eine Plattform zu bieten, um Waren und Dienstleistungen an Verbraucher zu vermitteln. Der Quotenhandel im Konzept dürfte sich für die Teilnehmer auf Grund des geringen Umfangs der Transaktionen kaum als Teil ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit darstellen.

Grundsätzlich stimmen die Konzeption des Online-Vermittlungsdienstes, wie er in der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 festgelegt wird, und die Sekundärhandelsplattform nicht überein. Die Regularien sollen dazu dienen, es gewerblichen Nutzern zu ermöglichen, unter im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern fairen und transparenten Bedingungen Zugang zu Verbrauchern zu erhalten. Die Konzeption geht also von einem festgelegten Verhältnis von gewerblichen Nutzern und Verbrauchern aus. Der gewerbliche Nutzer bietet Waren oder Dienstleistungen an, der zu vermittelnde Verbraucher konsumiert diese. Im Rahmen der Sekundärhandelsplattform nehmen die Konzeptteilnehmer allerdings wechselnde Rollen ein. Sie bieten teilweise Quote an, sind allerdings teilweise auch bloße Konsumenten der Quote.

Ausweislich der Gründe der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 soll die Verordnung entsprechend auch nicht für „*Peer-to-Peer-Online-Vermittlungsdienste ohne Beteiligung gewerblicher Nutzer*“ oder „*reine Business-to-Business-Online-Vermittlungsdienste*“ gelten (vgl. Gründe: Absatz 11 Fairness und Transparenz (VO (EU) 2019/1150).

Zwar ist es jedenfalls theoretisch möglich, dass einzelne Konzeptteilnehmer auf Grund eines besonders umfangreich betriebenen Quotenhandels als gewerbliche Nutzer qualifiziert werden könnten, doch wird anhand der Gründe deutlich, dass die Verordnung eben nicht auf Plattformnutzer mit revolvierenden Rollen bezogen sein soll.

Auch die in der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 festgelegten Regeln zeigen, dass mit ihr kein mit der hier angedachten Sekundärhandelsplattform vergleichbares Konzept reguliert werden sollte und es sich bei der Sekundärhandelsplattform entsprechend nicht um einen Online-Vermittlungsdienst im Sinne der Verordnung handelt. So sieht Artikel 5 der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 vor, dass der Betreiber des Online-Vermittlungsdienstes die Parameter für ein Rankingsystem bezüglich der gewerblichen Nutzer offenlegen soll. Es wird entsprechend unterstellt, dass ein Online-Vermittlungsdienst über ein System zur relativen Hervorhebung von Waren und Dienstleistungen, die über Online-Vermittlungsdienste angeboten werden (vgl. Artikel 2 Nummer 8 Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150) verfügt. Die Sekundärhandelsplattform basiert allerdings gerade auf einem anonymen Matchingsystem. Ein Ranking, das Verbrauchern die Auswahl einer Ware oder Dienstleistung von verschiedenen gewerblichen Nutzern ermöglicht, existiert also nicht.

Vergleichbares gilt für die Verpflichtung zur Information an gewerbliche Nutzer über eine differenzierte Behandlung einzelner gewerblicher Nutzer nach Artikel 7 der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150. Eine solche differenzierte Behandlung ist im Konzept nicht vorgesehen und widerspricht diesem bereits in seinen Grundzügen.

b) Mögliche Einhaltung der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150

Sollte die Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 entgegen unserer Auffassung anwendbar sein, stehen die in ihr vorgesehenen Regeln der Umsetzbarkeit des Konzepts jedenfalls nicht entgegen. Die Vorgaben zur Ausgestaltung von AGB des Betreibers der Plattform gegenüber gewerblichen Nutzern aus Artikel 3 der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 könnten eingehalten werden.

Artikel 4 der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 legt Regeln fest, die der Betreiber des Online-Vermittlungsdienstes im Falle der Einschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Vermittlungsdienstes gegenüber einem gewerblichen Nutzer zu beachten hat. Die einzige sich hieraus ergebende Anforderung, die sich ernsthaft nachteilig auf die Umsetzung des geplanten Konzepts auswirken könnte, ist die Pflicht, den jeweiligen gewerblichen Nutzer 30 Tage vor der Beendigung über die Beendigung zu informieren und die Entscheidung zu begründen (vgl. Artikel 4 Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150). Dies kann bei einem möglichen geplanten Ausschluss eines Prosumers aus dem Konzept im Zuge der im Konzept angedachten Pönalisierung ungewünschte Verzögerungseffekte zur Folge haben.

Allerdings muss selbst diese Frist nicht eingehalten werden, wenn der Plattformbetreiber den Nachweis erbringen kann, dass der jeweilige Prosumer wiederholt gegen die allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen hat. Da ein Ausschluss aus dem Quotenmodell ohnehin erst nach mehrmaligen Verstößen geplant ist, dürfte diese Ausnahme von der Fristeinhaltung hier greifen.

Insgesamt bestehen keine sich aus der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 ergebenden Pflichten, die die Umsetzung des Konzepts gefährden könnten.

Die Einhaltung bestimmter Verpflichtungen wie die Einführung eines internen Beschwerdemanagementsystems nach Artikel 11 der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 oder die Beachtung der Vorgaben zur Mediation zur außergerichtlichen Streitbeilegung nach Artikel 12 der Fairness und Transparenz VO (EU) 2019/1150 würden lediglich zusätzlichen Aufwand bei der Umsetzung des Konzepts bedeuten.

3. Wettbewerbs- und Kartellrecht

Wir gehen nach einstweiliger Einordnung davon aus, dass der Betrieb der Sekundärhandelsplattform zur Einhaltung kartellrechtlicher Vorgaben zwingen dürfte. Letztlich ist die Beantwortung der Fragestellung allerdings abhängig von der weiteren Entwicklung des Projekts in der Praxis und der Frage, ob und inwieweit ein Wettbewerb im Bereich des Sekundärhandels im Sinne des Konzepts tatsächlich entsteht bzw. entstehen kann.

Die Befolgung kartellrechtlicher Pflichten stünde der Umsetzung des Konzepts allerdings nach einstweiliger Einordnung nicht entgegen. Welchen Einfluss die kartellrechtlichen Vorgaben hätten, lässt sich derzeit allerdings ebenfalls mangels eines vorhandenen Sekundärhandelsmarktes kaum konkret und umfassend darstellen. Die konkreten kartellrechtlichen Pflichten ergeben sich nämlich regelmäßig aus einer Vergleichsbetrachtung eines bestimmten Marktes mit einem anderen zeitlichen und räumlichen Markt derselben Kategorie, in dem kein wettbewerbsstörendes Verhalten im Sinne des GWB vorliegt. Ein solcher besteht jedoch nicht.

Ein Sekundärhandelsplattformbetreiber hätte wohl letztlich die kartellrechtlichen Anforderungen an marktbeherrschende Unternehmen einzuhalten, da, sofern ein Markt für Sekundärhandelsplattformbetreiber im Sinne des Konzepts entstünde, das erste auf diesem Markt tätige Unternehmen jedenfalls zeitweise eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 18 GWB einnehmen dürfte. Sollte bezüglich des Sekundärhandelsplattformbetriebs, was wie ausgeführt zum derzeitigen Zeitpunkt schlicht nicht absehbar ist, ein eigener Markt im Sinne des § 18 Absatz 1 GWB entstehen, so wäre der erste Sekundärhandelsplattformbetreiber in einem Cluster auf diesem Markt wohl zumindest vorübergehend ohne Wettbewerber oder jedenfalls keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt (vgl. § 18 Absatz 1 Nummern 1 und 2 GWB).

Als marktbeherrschendes Unternehmen wäre es dem Sekundärhandelsplattformbetreiber verboten diese marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen (vgl. § 19 Absatz 1 GWB). Das Missbrauchsverbot umfasst Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, die ihm allein aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung offenstehen und die bei Vorherrschen von Wettbewerb nicht möglich

wären.¹⁸ § 19 Absatz 2 GWB konkretisiert den Begriff des Marktmissbrauchs mit nicht abschließenden Regelbeispielen.

Ein Sekundärhandelsplattformbetreiber dürfte beispielhaft keine Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (vgl. § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB). Konkrete Maßgaben für das Konzept lassen sich allerdings anhand dieser Vorgabe kaum bestimmen. Der Nachweis dieses sogenannten Preishöhenmissbrauchs erfolgt durch das sogenannte Vergleichsmarktkonzept. Danach werden die Entgelte und Geschäftsbedingungen am untersuchten Markt mit einem mit den Entgelten und Geschäftsbedingungen eines vergleichbaren Marktes mit wirksamem Wettbewerb verglichen.¹⁹ Ein vergleichbarer Markt existiert jedoch nicht.

Letztlich wird der Umfang des konkreten kartellrechtlichen Verbotstatbestands für den Sekundärhandelsplattformbetreiber also wohl erst in der Zukunft erkennbar. Anhaltspunkte, die dafür sprechen, dass der Tatbestand des § 19 GWB oder weiterer kartellrechtlicher Verbotstatbestände der Umsetzung des Konzepts hier grundlegend entgegenstehen würde, können wir nach einstweiliger Einordnung nicht erkennen.

a) Kartellrechtliche Anforderungen des GWB für den Netzbetreiber

Netzbetreiber sind als Inhaber eines natürlichen Monopols als marktbeherrschende Unternehmen im Sinne des § 18 Absatz 1 GWB einzuordnen. Auch der Netzbetreiber hat entsprechend kartellrechtliche Vorgaben zu beachten.

Relevant scheint hier zunächst die Vorgabe des § 19 Absatz 2 Nummer 4 GWB. Nach dieser stellt es den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar, wenn sich das Unternehmen weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit einer solchen Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht.

Dies umschreibt letztlich die bereits auf Ebene der Entflechtung dargestellte Thematik, dass der Netzbetreiber einem Umgang mit wettbewerbsrelevanten Daten pflegen muss, der einen Wettbewerb auf Ebene des Sekundärhandelsbetriebs ermöglicht, sofern es sich hierbei um einen dem Netzbetrieb vor-

¹⁸ Judith, in: Theobald/Kühling, Wettbewerbsrecht/Vergaberecht Wettbewerbsrecht I. Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft Rn. 51.

¹⁹ Judith, in: Theobald/Kühling, Wettbewerbsrecht/Vergaberecht Wettbewerbsrecht I. Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft Rn. 52.

bzw. nachgelagerten Markt handelt. Dieser Vorgabe dürfte der Netzbetreiber also bereits durch Einhaltung der entflechtungsrechtlichen Vorgaben gerecht werden.

b) Vorgaben des UWG

Mit den genannten kartellrechtlichen Vorgaben korrespondiert, dass den Netzbetreiber und den Plattformbetreiber auch wettbewerbsrechtliche Pflichten des UWG zum fairen Wettbewerb treffen. In welcher konkreten Ausgestaltung dies relevant wird, kann sich erst nach Marktimplementierung zeigen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass § 3a UWG auch bereits jetzt die Möglichkeit weiterer Marktakteure eröffnet, den Markteintritt durch eine Sekundärhandelsplattform zu behindern oder anzugreifen, wenn diese durch Verletzung (auch) den Wettbewerb schützender Rechtsnormen erfolgt. Dies betrifft in jedem Fall die Entflechtungsvorgaben. Es ist demnach nicht ausgeschlossen, dass diese Frage nach Markteintritt im Rahmen des Wettbewerbsrechts virulent wird.

Im Rahmen der Teilnahme an der Handelsplattform ist sicher zu stellen, dass die mit Anmeldung hinterlegten Daten abseits des Datenschutzrechts nicht für unzulässige Werbeansprachen (ohne Einwilligung) des Plattformbetreibers oder andere Akteure genutzt werden (§ 7 UWG). Hierbei handelt es sich aber je nach Anmeldeprozess um einen Standardvorgang.

4. Vergaberecht

Nach einstweiliger Einordnung stehen die Bestimmungen des Vergaberechts der Umsetzung des Konzepts nicht entgegen.

Handelt es sich bei dem Betrieb der Sekundärhandelsplattform um eine Tätigkeit, die dem Netzbetrieb zuzuordnen ist, sodass der Netzbetreiber den Betrieb der Sekundärhandelsplattform unter Beachtung der entflechtungsrechtlichen Vorgaben selbst, also durch die eigene Rechtsperson, ausüben kann, kommt eine Anwendung des Vergaberechts bereits deshalb nicht in Betracht, weil das Vergaberecht das Entstehen von Rechtsverhältnissen zwischen öffentlichen Auftraggebern bzw. Sektorenauftraggebern und dritten Unternehmen reguliert. In der beschriebenen Konstellation einer In-House-Vergabe, in der der Plattformbetrieb durch den Netzbetreiber oder ein in seiner alleinigen Kontrolle stehendes Unternehmen verwirklicht würde, fehlte ein solches drittes Unternehmen allerdings und vergaberechtliche Bestimmungen wären nicht anwendbar.²⁰

Würde der Sekundärhandelsbetrieb durch ein vom Netzbetreiber zu unterscheidendes Unternehmen übernommen, lägen nach unserer Auffassung insoweit die Grundsätze der Ausschreibungspflicht vor. Der Netzbetreiber ist Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 2 GWB i.V.m. § 102 Absatz 2 GWB. Neben den persönlichen (Merkmale der § 100 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 GWB) und sachlichen

²⁰ Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher) 3. Auflage 2017, § 103 Rn. 181.

(Sektorentätigkeit nach § 102 GWB) Voraussetzungen eines Sektorenauftraggeberatbestandes setzt die Anwendung des Regimes der Sektorenvergabe außerdem voraus, dass der im konkreten Einzelfall zur Debatte stehende Auftrag genau der Ausübung der einschlägigen Sektorentätigkeit dient, also mit dieser in einem sachlichen Zusammenhang steht und auf sie ausgerichtet ist. Fehlt dieser Bezug im Einzelfall, unterliegen öffentliche Sektorenauftraggeber den allgemeinen Vergaberegeln, während private Sektorenauftraggeber überhaupt aus der vergaberechtlichen Bindung herausfallen: Private Sektorenauftraggeber unterliegen bei Beschaffungen, die nicht ihrer Sektorentätigkeit dienen, überhaupt nicht dem harmonisierten Vergaberecht (vgl. § 137 Absatz 2 Nummer 1 GWB).

Um die Anwendung des Vergaberechts auf die Beauftragung der Realisierung der Handelsplattform vergaberechtlich einzuordnen, ist demnach auch hier wieder relevant, ob die Tätigkeit dem Netzbetrieb zuzuordnen ist (vgl. Entflechtungsaspekte). Der Anwendungsbereich des § 137 Absatz 2 Nummer 1 GWB wird in der Rechtsprechung sehr eng verstanden.²¹ Demnach fällt bereits die Anschaffung von IT-Geräten in den Anwendungsbereich der Sektorenauftrags. Insoweit ist mit Blick auf die allgemeine Wertung des § 103 GWB nach unserer Auffassung die Beauftragung der Realisierung der Handelsplattform unabhängig von der Enflechtungseinordnung als Sektorenauftrag einzuordnen und auszuschreiben. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, das Vergabeverfahren richtet sich demnach danach, ob die Schwellenwerte gem. § 106 GWB erreicht oder unterschritten werden.

Die Teilnahme von Akteuren an der Handelsplattform ist allerdings aus unserer Sicht als vergaberechtlich neutral zu bewerten. Sogar wenn beihilferechtliche Bezüge hergestellt werden könnten, insoweit denkbar als der Handel an der Plattform auch der Systemdienlichkeit dient, ist der börsenähnliche Handelsmechanismus insoweit hilfreich, da insoweit Marktkonformität vermutet werden kann.²²

III. Notwendigkeit der Einhaltung bestimmter informationstechnischer Sicherheitsstandards für die Sekundärhandelsplattform

Bei der Beantwortung der Frage, ob und welche informationstechnischen Sicherheitsanforderungen beim Betrieb der Sekundärhandelsplattform zu erfüllen sind, kommt es nach unserer einstweiligen Einordnung darauf an, ob die Sekundärhandelsplattform entsprechend der Ausführungen unter D.I.1. als Teil des Netzbetriebs einzuordnen ist oder ob dies nicht der Fall ist.

1. Sekundärhandelsplattform als Teil des Netzbetriebs

Wird die Sekundärhandelsplattform als Teil des Netzes eingeordnet und entsprechend vom Netzbetreiber selbst betrieben, sind nach unserer einstweiligen Einordnung nicht die Anforderungen an kritische

²¹ Vgl. Bosselmann, in: Reidt/Stickler/Glahs, GWB, 4. Auflage 2018, § 137 Rn. 14 mit Beispielen.

²² Vgl. zum Ganzen Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, GWB, 4. Auflage 2018, § 103 Rn. 186ff.

Infrastrukturen bei der Einrichtung und dem Betrieb der Sekundärhandelsplattform zu beachten. Allerdings bestehen in diesem Fall Anforderungen an die informationstechnische Sicherheit, die im Wesentlichen dem für kritische Infrastrukturen geforderten Schutzniveau entsprechen.

Gemäß § 11a Absatz 1 Satz 1 EnWG umfasst der Betrieb eines sicheren Energieversorgungsnetzes „*insbesondere auch einen angemessenen Schutz gegen Bedrohungen für Telekommunikations- und elektronische Datenverarbeitungssysteme, die für einen sicheren Netzbetrieb notwendig sind.*“

Ordnet man die Sekundärhandelsplattform dem Netzbetrieb zu, so sind diese Anforderungen dementsprechend zu erfüllen.

Auch wenn das Verteilernetz im Anhang 1 Teil 3 BSI-KritisV aufgeführt ist und entsprechend den kritischen Infrastrukturen im Sinne des BSI-Gesetz („BSIG“) und des EnWG (vgl. § 2 Absatz 10 BSIG, § 11 Absatz 1b EnWG) zuzuordnen ist, muss der Netzbetreiber die beschriebenen Anforderungen und nicht die des BSIG oder des § 11 Absatz 1b EnWG einhalten. Gemäß § 8d Absatz Nummer 2 BSIG sind die Anforderungen des § 8a BSIG nicht auf Netzbetreiber anzuwenden. § 11b Absatz 1 EnWG bezieht sich weiterhin nach unserer Auffassung, auf Grund systematischer Auslegung wohl entgegen des Wortlauts, nicht auf Netze, da diese bereits vom Anwendungsbereich des § 11 Absatz 1a EnWG erfasst werden. Selbst wenn man eine andere Einschätzung verträte, würde dies am Ergebnis für die Umsetzbarkeit des Konzepts wohl nichts ändern, da § 11 Absatz 1a EnWG gerade ein mit § 11 Absatz 1b EnWG vergleichbares Schutzniveau anstrebt.

Die technischen Anforderungen sind im von der Bundesnetzagentur veröffentlichten IT-Sicherheitskatalog gemäß § 11a Energiewirtschaftsgesetz (Sicherheitskatalog zu § 11a Absatz 1 EnWG) konkretisiert worden.²³

Weiterhin muss der Netzbetreiber beim Plattformbetrieb, die sich aus § 11 Absatz 1c bis 1e EnWG ergebenden Anforderungen beachten. Diese umfassen auch Meldepflichten im Falle von Störungen im Bereich informationstechnischer Systeme, die Pflicht zum Einsatz bestimmter Systeme zur Angriffserkennung ab 2023 sowie Nachweispflichten hinsichtlich der Erfüllung der genannten Anforderungen ab 2023.

Ob die Umsetzung der Anforderungen des Sicherheitskatalogs zu § 11a Absatz 1 EnWG und des § 11 Absatz 1c bis 1e EnWG der Umsetzung des Konzepts entgegenstehen, können wir nicht mit Sicherheit beurteilen, da die Anforderungen hauptsächlich die Umsetzung und den Einsatz bestimmter technischer Systeme

²³ BNetzA, IT-Sicherheitskatalog gemäß § 11 Absatz 1a Energiewirtschaftsgesetz, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Versorgungssicherheit/IT_Sicherheit/IT_Sicherheitskatalog_08-2015.pdf?__blob=publicationFile&v=1

betreffen und Mindeststandards für diese festlegen und die Frage, ob diese im Rahmen des Konzepts implementiert werden können, den Rahmen einer juristischen Prüfung überschreitet.

2. Sekundärhandelsplattform, die nicht dem Netzbetrieb zuzuordnen ist

Ob die Sekundärhandelsplattform für den Fall, dass sie nicht dem Netzbetrieb zuzuordnen ist, Teil der kritischen Infrastruktur im Sinne des § 11 Absatz 1b EnWG in Verbindung mit Anhang 1 Teil 3 BSI-KritisV ist, lässt sich nicht zweifelsfrei beantworten.

Nach unserer Auffassung ist es überzeugender, die Sekundärhandelsplattform als kritische Infrastruktur im Sinne der BSI-KritisV einzuordnen, sofern Störungen bei der Quotenzuteilung dazu führen können, dass Einspeisung oder Verbrauch erfolgen, die den Rahmen der durch den Netzbetreiber kollektiv zuge teilten Quote überschreiten. Ist dies nicht der Fall, scheint es naheliegender, dass die Sekundärhandelsplattform nicht als kritische Infrastruktur einzuordnen ist.

Gemäß § 11 Absatz 1b EnWG haben Betreiber von Energieanlagen, die durch Inkrafttreten der BSI-KritisV in der jeweils geltenden Fassung als Kritische Infrastruktur bestimmt wurden und an ein Energieversorgungsnetz angeschlossen sind, innerhalb einer von der Regulierungsbehörde festzulegenden Frist einen angemessenen Schutz gegen Bedrohungen für Telekommunikations- und elektronische Datenverarbeitungssysteme zu gewährleisten, die für einen sicheren Anlagenbetrieb notwendig sind.

a) Anschluss an ein Energieversorgungsnetz

Zunächst ist hier fraglich, ob die Sekundärhandelsplattform im Sinne des § 11 Absatz 1b EnWG an ein Energieversorgungsnetz angeschlossen ist.

Im Ergebnis halten wir es für überzeugender, dass die Sekundärhandelsplattform als an das Netz angeschlossen einzuordnen ist.

Legt man dem Begriff anhand des klassischen energierechtlichen Verständnisses des Netzanschlusses aus, bedürfte es hierfür eines physischen Anschlusses an das Netz, der eine Übertragung von Strommengen von der Energieanlage zum Netz ermöglicht. Ein solcher Anschluss zwischen Sekundärhandelsplattform und Netz besteht nicht. Nach unserer Auffassung ist es jedoch naheliegender, den Anschluss an das Netz vor dem Hintergrund des Zwecks des § 11 Absatz 1b EnWG auszulegen. § 11 Absatz 1b EnWG zielt darauf ab einen zuverlässigen Netzbetrieb im Interesse der öffentlichen Sicherheit zu gewährleisten und Gefährdungen des Netzbetriebs vorzubeugen. Als an das Netz angeschlossen dürften danach auch solche kritischen Infrastrukturen anzusehen sein, die im Falle von Störungen ihres eigenen Betriebs einen potentiellen negativen Effekt auf die Zuverlässigkeit des Netzbetriebs haben.

Da Störungen im Rahmen der Sekundärhandelsplattform auf Grund von fehlerhafter Quotenzuteilung zumindest das Potential aufweisen, den Netzbetrieb zu gefährden, sofern es den Konzeptteilnehmern

möglich ist, in Folge einer fehlerhaften Quotenzuteilung kollektiv mehr Strom einzuspeisen oder zu verbrauchen als es der vom Netzbetreiber dem jeweiligen Cluster zugeteilten Quote entspricht, wäre danach von einem Anschluss an das Netz auszugehen.

Forderte man einen physischen Netzanschluss, wäre die Sekundärhandelsplattform, sofern man sie als kritische Infrastruktur im Sinne der BSI-KritisV einordnete, ohnehin statt an den Anforderungen des § 11 Absatz 1b EnWG an den Anforderungen der §§ 8a ff. BStG zu messen. Diese Anforderungen sind mit denen des § 11 Absatz 1b EnWG vergleichbar.

b) Einordnung als kritische Infrastruktur

Kritische Infrastrukturen sind gemäß § 2 Absatz 5 BSI-KritisV Anlagen, die den in Anhang 1 Teil 3 Spalte B genannten Kategorien zuzuordnen sind und die für die Stromversorgung, Gasversorgung, Kraftstoff- und Heizölversorgung und Fernwärmeversorgung erforderlich sind. Außerdem müssen sie die Schwellenwerte nach Anhang 1 Teil 3 Spalte D erreichen oder überschreiten.

Die Sekundärhandelsplattform könnte nach einstweiliger Einordnung allenfalls als Anlage oder System zur Steuerung/Bündelung elektrischer Leistung im Sinne der Nummer 1.1.5. Anhang 1 Teil 3 Spalte B BSI-KritisV einzuordnen sein. Die Einordnung als Zentrale Anlage und System für den Stromhandel im Sinne der Nummer 1.1.2. Anhang 1 Teil 3 Spalte B der BSI-KritisV scheidet trotz der Ähnlichkeit der Plattform zu einem Börsenbetrieb nach unserer Auffassung aus, da sich diese Option ausdrücklich auf den Handel von Strom bezieht und im Konzept gerade kein Strom, sondern die zeitliche Verschiebung von Leistung gehandelt wird.

Weiterhin könnte es sich bei der Sekundärhandelsplattform um eine Anlage zur Steuerung elektrischer Leistung handeln. Dies dürfte nach Auslegung des Wortlauts voraussetzen, dass der Plattformbetreiber in der Lage wäre, die Erzeugung und den Verbrauch der am Konzept teilnehmenden Anlagen anzupassen. Nach unserem Verständnis des Konzeptes liegt die Möglichkeit dieser tatsächlichen Anpassung allerdings weiterhin (beispielsweise im Wege des zwangsweisen Redispatches nach § 13a EnWG) beim Netzbetreiber. Der Sekundärhandelsplattformbetreiber soll allenfalls, je nach vertraglicher Ausgestaltung, dazu in der Lage sein, Teilnehmer im Falle der Nichteinhaltung zugeteilter Quoten vom Netzbetrieb auszuschließen. Eine solche Befugnis ist nach unserer Auffassung nicht mit dem reinen Wortsinn von „Steuerung“ vereinbar.

Es könnte sich überdies um eine Anlage zur Bündelung elektrischer Leistung handeln. Der Begriff der Bündelung elektrischer Leistung wird dabei teilweise als eine Tätigkeit verstanden, die mit der Tätigkeit

von Aggregatoren, also dem aktiven Zusammenführen von Erzeugungsleistung und Lasten, vergleichbar ist.²⁴ Eine solche Aggregation von Leistung und Lasten dürfte im Konzept nach dem Wortsinn durchaus möglich sein. Im Rahmen des Plattformbetriebs wird die zeitliche Verschiebung von Leistung gehandelt. Dabei werden Leistung und Lasten nicht zusammengeführt und vertrieben. Allerdings könnte eine „Bündelung“ hier insoweit in Betracht kommen, als dass elektrische Leistung im Cluster im Rahmen des Plattformbetriebs zusammengeführt wird. Auch wenn kein Vertrieb elektrischer Leistung stattfindet, so wird doch jedenfalls das Potential einer Vielzahl von Erzeugungsanlagen und Verbrauchseinrichtungen zur Anpassung ihrer jeweiligen elektrischen Leistung im Rahmen der Plattform zusammenführt.

Vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der Regelungen der BSI-KritisV, Gefährdungen von Versorgungseinrichtungen und der öffentlichen Sicherheit zu vermeiden, ließe sich wiederum vertreten, dass die Sekundärhandelsplattform durchaus als Energieanlage zur Steuerung und Bündelung elektrischer Leistung zu verstehen ist, sofern Störungen beim Betrieb der Sekundärhandelsplattform Gefährdungen der Netzstabilität zur Folge haben können. Der beschriebene Zweck rechtfertigt eine sehr weite Auslegung der Begriffe Steuerung und Bündelung. Es käme hier also wie bereits unter D.III.6.a) beschrieben darauf an, ob und inwieweit Störungen der Plattform sich negativ auf die Zuverlässigkeit des Netzes auswirken können, in dem sich das jeweilige Cluster befindet. Ein Potential zur Gefährdung des Netzes ist auch in diesem Fall anzunehmen, wenn Fehler bei der Quotenzuteilung dazu führen können, dass Einspeisung oder Verbrauch erfolgen, die den Umfang der ursprünglich vom Netzbetreiber zugeteilten Quote überschreiten.

Ist dies nicht der Fall, scheint es naheliegender, dass die Sekundärhandelsplattform nicht als kritische Infrastruktur einzuordnen ist.

Wie dargestellt ist die Subsumtion der Vorgänge bei Betrieb der Sekundärhandelsplattform unter den Wortsinn „Steuerung“ und „Bündelung“ keinesfalls eindeutig. Angesichts der Systematik der BSI KritisV scheint es uns auch fernliegend, dass der Ordnungsgeber ein Konzept wie das hiesige bei der Ausgestaltung der BSI-KritisV im Blick hatte. Die in Anhang 1 Teil 3 der BSI-KritisV aufgeführten übrigen Varianten kritischer Infrastrukturen, zielen eher darauf ab Anlagen zu erfassen, die tatsächliche Strom erzeugen, übertragen oder vertreiben. Eine zeitliche Verschiebung von Leistung ist jedenfalls nicht im Fokus der Verordnung. Beschränkt sich der Einfluss der Sekundärhandelsplattform auf die Bereitstellung eines bloßen Marktplatzes, der ein Matching der Gebote der Teilnehmer ermöglicht und besteht nicht das oben beschriebene Gefährdungspotential bei der Quotenzuteilung, so ist die Plattform auch eher mit

²⁴ Vgl. Würzburger Studien zum Umweltenergie recht, Der Rechtsrahmen für regionale Peer to Peer-Energieplattformen unter Einbindung von Blockchains, S.101f.

einer Stromhandelsplattform vergleichbar. Diese wird allerdings erst ab einem jährlichen Handelsvolumen von 200 TWh als kritische Infrastruktur eingeordnet (vgl. Nummer 1.1.2. Anhang 1 Teil 3 Spalte D BSI-KritisV). Ein solches Handelsvolumen dürfte innerhalb eines Clusters kaum bestehen.

c) Überschreiten der Schwellenwerte

Die Sekundärhandelsplattform müsste die Anforderungen an kritische Infrastrukturen dann einhalten, wenn die installierte Netto-Nennleistung sämtlicher im Cluster vorhandenen Anlagen mindestens 420 MW beträgt.

d) Rechtsfolgen

Sollte die Sekundärhandelsplattform als kritische Infrastruktur im Sinne des § 11 Absatz 1b EnWG einzuordnen sein, müssten die Vorgaben des 11 Absatz 1b EnWG die im diesbezüglichen IT- Sicherheitskatalog der Bundesnetzagentur konkretisiert wurden, sowie die Vorgaben der § 11 Absatz 1c bis 1e EnWG erfüllt werden.²⁵

Auch hier ist uns eine Beurteilung, ob die Anforderungen eingehalten werden können, nicht abschließend möglich, da die Vorgaben die Implementierung technischer Mindeststandards vorsehen und die Prüfung solcher Standards nicht Teil einer juristischen Betrachtung sein kann.

IV. Datenschutzrecht

1. Die datenschutzrechtliche Machbarkeit der Nutzung des Smart Metering im Konzept

Die Verarbeitung und Weitergabe der von den intelligenten Messsystemen aufgezeichneten Daten durch den Netzbetreiber ist unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten möglich.

Bei den im Rahmen des Messstellenbetriebs erfassten Daten handelt es sich für den Netzbetreiber um personenbezogene Daten.

Die Vorgaben des Messstellenbetriebesgesetzes zur Datenverarbeitung können eingehalten werden. Grundsätzlich legt das Messstellenbetriebesgesetz hier teils sehr kleinteilig die notwendigen Voraussetzungen, möglichen Zwecke und die Art und Weise der Datenverarbeitung fest.

Es ist allerdings möglich den Umgang mit Daten auch außerhalb der vom Messstellenbetriebesgesetz festgelegten Anforderungen umzusetzen, sofern derjenige, dessen Daten erfasst werden, in eine entsprechende Form der Datenverarbeitung einwilligt.

²⁵ BNetzA, IT-Sicherheitskataloggemäß § 11 Absatz 1b Energiewirtschaftsgesetz, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Versorgungssicherheit/IT_Sicherheit/IT_Sicherheitskatalog_2018.pdf?__blob=publicationFile&v=4

a) Personenbezug der im Wege des Smart Metering aufgezeichneten Daten

Bei den vom intelligenten Messsystem aufgezeichneten Daten handelt es sich um personenbezogene Daten²⁶. Gemäß Art. 4 Nr. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) sind dies alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Im Wege des Smart Metering werden durch die intelligenten Messsysteme zahlreiche Verbraucherdaten aufgezeichnet, die Rückschlüsse auf den Lebenswandel zulassen. Die Aufzeichnung von Verbrauchsdaten erfolgt zwar auch beim Einsatz herkömmlicher Messsysteme (z.B. des bislang verbreiteten elektromechanischen Ferraris-Zählers). Allerdings erhöhen sich beim Einsatz eines Smart Meters sowohl die Quantität als auch die Qualität der erfassten Daten erheblich²⁷. Denn insbesondere die kurzen Erhebungsintervalle (15-min-Intervall) lassen verstärkt Rückschlüsse auf die Lebensgewohnheiten der jeweiligen Verbraucher in ihrer Wohnung zu²⁸. So können etwa durch Kenntnisse über Zustand und Energieeffizienzklasse der Haushaltsgegenstände Rückschlüsse auf die finanziellen Verhältnisse von Verbrauchern gezogen werden. Insbesondere können sogar mithilfe der Zähler einzelne Haushaltsgeräte identifiziert werden, was sehr detaillierte Rückschlüsse auf das jeweilige Nutzerverhalten zulässt²⁹. Auch die Daten über die Erzeugungswerte können dem jeweiligen Prosumer zugeordnet werden³⁰. Dabei gilt dies sowohl für die Daten, die auf der Entnahmeseite erhoben werden, als auch für diejenigen, die auf der Einspeiseseite anfallen; allerdings sind letztere in ihrer Entstehung tendenziell nicht verhaltensabhängig³¹.

b) Vorgaben durch das Messstellenbetriebsgesetz

Für den Umgang mit diesen Daten, ihren Umfang und die beteiligten Akteure gilt seit 2016 das Messstellenbetriebsgesetz (MsbG). Dieses ersetzt gemäß § 49 Abs. 1 S. 2 MsbG die Vorschriften zu intelligenten Messsystemen im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG). Das MsbG verfolgt das Datenschutzkonzept des privacy-by-design³². Der Umfang der erlaubten Datenkommunikation ist in Teil 3 des MsbG abschließend geregelt (§§ 49-73 MsbG)³³. Insofern ist diesbezüglich das MsbG vorrangig vor dem BDSG und der DSGVO³⁴. Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nach dem MsbG nur dann zulässig, wenn dies im Gesetz selbst vorgesehen ist oder aber eine Einwilligung erteilt wurde.

²⁶Lüdemann/ Jürgens/ Sengstacken ZNER 2013, 592; Göge/ Boers ZNER 4/2009, 368; vom Wege/Reichwein, in: Sassenberg/ Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn. 54; außerdem handelt es sich auch um personenbezogene Daten im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG).

²⁷Es fallen grundsätzlich drei wesentliche Arten von Daten an: Messwerte, Netzzustandsdaten und Stammdaten, vgl. Lüdemann/ Ortmann/ Pokrant, RDV 2016, 125 (127).

²⁸Greveler/ Justus/ Löhr, Hintergrund und experimentelle Ergebnisse zum Thema „Smart Meter und Datenschutz“, 2011, S. 1; Karg, DuD 2010, 365 (366); Müller, DuD 2010, 359 (361); Cavoukian/ Polonetsky/ Wolf, SmartPrivacy for the Smart Grid: Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation, 2009, S. 11.

²⁹Greveler/ Justus/ Löhr, Identifikation von Videoinhalten über granulare Stromverbrauchsdaten, 2012, Kap. 4.1; Müller, DuD 2010, 359 (361).

³⁰Haubrich, Energieoptimierendes Verbraucherverhalten durch Smart Metering, 2017, S. 80.

³¹Haubrich, Energieoptimierendes Verbraucherverhalten durch Smart Metering, 2017, S. 80.

³²Damit gelten nach den §§ 19-28 MsbG bereits weitreichende Vorschriften für die technische Beschaffenheit intelligenter Messsysteme, die zwingend einzuhalten sind.

³³Wiesemann, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Kap 6 Rn. 14.

³⁴In Teilen ist das Verhältnis von DSGVO und MsbG noch ungeklärt. Dort, wo das MsbG hinter den Anforderungen der DSGVO

Gemäß Art. 4 Nummer 2 DSGVO meint Verarbeitung jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung. Grundsätzlich meint die Verarbeitung also auch die Weitergabe von Daten an Dritte. Jedoch ist für jeden Datenverarbeitungsvorgang darauf zu achten, ob dieser auch im MsbG vorgesehen ist.

c) Voraussetzung für die Verarbeitung personenbezogener Daten nach dem MsbG

Die Datenverarbeitung durch das Smart Metering sowie die Weitergabe der für den Sekundärhandel notwendigen Daten im geplanten Konzept steht der Umsetzung des Konzepts nicht entgegen, solange die Vorgaben des MsbG bzw. die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung abschließend beachtet werden.

Personenbezogene Daten dürfen gemäß § 49 Absatz 1 MsbG nur durch die berechtigten Stellen verarbeitet werden. Nach § 49 Abs. 2 MsbG zählen dazu nach Nummer 2 der Netzbetreiber sowie nach Nr. 7 jede Stelle, die über eine Einwilligung des Anschlussnutzers verfügt, die den Vorgaben des Art. 7 DSGVO entspricht.

Der Netzbetreiber ist also schon vom Gesetz als berechtigte Stelle zur Datenverarbeitung vorgesehen. Der Sekundärhandelsplattformbetreiber kann, wenn er nicht mit dem Netzbetreiber identisch ist, durch Einwilligung des Betroffenen (z.B. Anlagenbetreiber) zur Datenverarbeitung berechtigt werden.

§ 50 MsbG konkretisiert die Voraussetzungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Eine Verarbeitung ist gemäß § 50 Abs. 1 Hs. 2 Nr. 1 – 4 MsbG im Rahmen der Erfüllung der hier aufgezählten gesetzlichen Zulässigkeitstatbestände (dazu nachfolgen unter: (1)) oder nach § 50 Abs. 1 Hs. 1 MsbG bei Einwilligung möglich ((dazu nachfolgend unter (2)).

(1) Gesetzliche Zulässigkeitstatbestände

§ 50 MsbG normiert die gesetzlichen Zulässigkeitstatbestände für die Datenverarbeitung. In § 50 Absatz 2 MsbG findet sich eine Reihe nicht abschließender Regelbeispiele zur Konkretisierung des Absatz 1. Zur Erfüllung von Verträgen mit dem Anschlussnutzer dürfen Daten aus intelligenten Messsystemen im erforderlichen Umfang verarbeitet werden.

zurückbleibt, dürfte der Schutzmaßstab der DSGVO anzulegen sein.

(a) Vertragserfüllung nach § 50 Absatz 1 Nummer 1 MsbG

Hier bildet die Erfüllung des Messstellenvertrages zwischen dem grundzuständigen Messstellenbetreiber und dem Anschlussnutzer den Hauptanwendungsfall (vgl. § 50 Absatz 1 Nummer 1 bzw. 2 MsbG).³⁵

Allerdings sind auch andere Verträge an dieser Stelle denkbar. In Betracht kommt hier etwa eine Mehrpersonenkonstellation, in welcher der Anschlussnutzer, der Netzbetreiber sowie der Betreiber der Sekundärhandelsplattform übereinkommen, mit Quoten auf dem Sekundärmarkt zu handeln.

In diesem Falle wäre die Erhebung, Verarbeitung (zur Definition siehe oben) und Nutzung der personenbezogenen Daten des Anschlussnutzers von einem solchen denkbaren „FlexQGrid-Vertrag“ umfasst³⁶.

Allerdings unterläge hier die Datenverarbeitung den strengen Grenzen des MsbG, sodass in einer solchen Mehrpersonenkonstellation die Einwilligung des Betroffenen vorrangig zu wählen wäre (dazu sogleich).

(b) Wahrnehmung der Aufgaben des Netzbetreibers

Auch § 50 Abs. 1 Nr. 4 MsbG ist relevant, vorliegend bei den Übermittlungspflichten des Messstellenbetreibers nach § 60 Abs. 3 Nr. 1 sowie denen des Netzbetreibers nach § 66 Abs. 2 MsbG³⁷. So besteht eine Pflicht des Messstellenbetreibers, dem Verteilernetzbetreiber Messwerte im Rahmen der Elektrizitätsnutzung zu übermitteln, vgl. § 60 Abs. 3 Nr. 1, für den Netzbetreiber bezieht sich die Übermittlungspflicht auf Bilanzsummenzeitreihen und auf Last- und Einspeisegänge sowie Arbeitswerte nach § 66 Abs. 2 MsbG. Nicht vorgesehen ist in § 50 Absatz 2 MsbG indes eine Übermittlung von Daten durch den Netzbetreiber an den Betreiber der Sekundärhandelsplattform, sodass man hier entweder auf die Option der Vertragserfüllung (siehe oben) oder auf die Option der Einwilligung (siehe unten) zurückgreifen müsste. Vorzugswürdig ist hier – um den engen Grenzen der Verarbeitung nach dem MsbG zu entgehen – die Einwilligung.

Dem steht auch nicht § 60 Absatz 1 MsbG entgegen, welcher festlegt, dass eine Datenübermittlung nur für die in § 60 Abs. 1 MsbG geregelten Zwecke durch den Netzbetreiber erfolgen darf, da – wie bereits ausgeführt – die Einwilligung die Verarbeitung auf Basis der gesetzlich geregelten Zulässigkeitstatbestände ergänzt. Für die Übermittlung von personenbezogenen Daten an den Betreiber der Sekundärhandelsplattform ist somit eine Einwilligung der Betroffenen erforderlich bzw. jedenfalls vorzugswürdig.

³⁵Bartsch, in: Theobald/ Kühling, Energierecht, 108. EL 2020, § 50 MsbG Rn. 7.

³⁶Vgl. Steinbach/ Weise: MsbG : Kommentar zum Messstellenbetriebsgesetz, Berlin 2018, § 50 Rn. 25 f.

³⁷Bartsch, in: Theobald/ Kühling, Energierecht, 108. EL 2020, § 50 MsbG Rn. 9.

Die Datenverarbeitung aufgrund der gesetzlichen Zulässigkeitstatbestände unterliegt dem Kriterium der Erforderlichkeit. Zur Beurteilung der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung ist der konkrete Vertragsinhalt entscheidend. Von einer Erforderlichkeit der Datenverarbeitung ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn legitime Ziele auf andere Weise nicht oder nicht angemessen erreicht werden können. Zwischen der Datenverwendung und dem konkreten Verwendungszweck muss jedenfalls ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen.³⁸

Es ist entsprechend zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung auf Grund der gesetzlichen Zulässigkeitstatbestände darauf zu achten, dass nur tatsächlich zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlichen Daten weitergegeben werden.

In den § 55 ff. MsbG werden die Voraussetzungen für bestimmte Arten von Datenerhebungen konkretisiert. So wird hinsichtlich der Datenerhebung der Messwertdaten für Strom, der Netzzustandsdaten, der Stammdaten und der Messwertdaten für Gas unterschieden. Hauptsächlich relevant sind in der vorliegenden Konstellation die Messwertdaten für Strom nach § 55 MsbG. Die Datenübermittlung durch den Messstellenbetreiber hat nach Maßgabe des § 60 MsbG zu erfolgen, in welchem für verschiedene Datenempfänger und Verarbeitungszwecke differenzierte Vorgaben für die Datenübermittlung getroffen werden. Last- oder Zählerstandsgänge darf der Messstellenbetreiber nach § 60 Abs. 3 Nr. 2 MsbG für die Bewirtschaftung des Differenzbilanz- und Netzverlustbilanzkreises des Verteilernetzbetreibers lediglich für den Vortag in viertelstündlicher Auflösung im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 7 MsbG übermitteln. Hier geht es darum, dass eine Profilbildung durch zeitnahe/zeitgleiche Übermittlung der Messwerte vermieden werden soll. § 60 MsbG ist als nicht-dispositive Regelung ausgestaltet worden, worauf § 60 Absatz 5 hinweist, der dem Letztverbraucher die Möglichkeit eröffnet, unter bestimmten Voraussetzungen eine sparsamere Datenverarbeitung zu verlangen, nicht jedoch, auf die Umsetzung der in § 60 MsbG aufgestellten Restriktionen der Datenübermittlung seitens des Messstellenbetreibers zu verzichten. Jedoch dürfte, sollte eine zeitgleiche Übermittlung für den Betrieb des Sekundärmarktes notwendig sein, auch dieses Problem über das Konstrukt der Einwilligung lösbar sein, da diese neben die gesetzlichen Verarbeitungsrechte tritt und somit einen „ausweitenden“ Effekt auf die Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitungen (und somit auch Übermittlungen hat).

Flankierend gelten die Regelungen der DSGVO, wenn es über die Bereichsspezifität des MsbG hinaus um die Erfüllung weiterer rechtlicher Pflichten geht. Dies stellt auch § 70 MsbG klar: Eine über die §§ 66 – 69 MsbG hinausgehende Verarbeitung von Messwertdaten oder Datenübermittlung ist nach dem MsbG nicht zulässig, insofern es sich um personenbezogene Daten handelt. Etwas anderes gilt jedoch, wenn eine Einwilligung bezüglich der Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO erteilt worden ist. Im Ergebnis

³⁸Herb, in: Steinbach/Weise, MsbG, § 50 Rn. 22.

kann daher der Anschlussnutzer weitreichend in Datenverarbeitungen einwilligen, sodass auch im Bereich der Datenübermittlung an den Betreiber der Sekundärhandelsplattform hier kein Problem erkennbar ist, soweit die Voraussetzungen für die Erteilung der Einwilligung und die Gewährleistung der Betroffenenrechte nach der DSGVO gewahrt werden (dazu sogleich).

(2) Einwilligung in die Datenverarbeitung

Über die gesetzlichen Zulässigkeitstatbestände hinaus ist – wie bereits angesprochen – die Verarbeitung von Daten beim Vorliegen einer Einwilligung des Anschlussnutzers zulässig. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Einwilligung richten sich nach Artikel 7 DSGVO. Der Verantwortliche muss die Erteilung der Einwilligung nachweisen können. Grundsätzlich ist bei mehreren Bewohnern eines Haushaltes die Einwilligung aller Bewohner einzuholen, da diese gemeinsam die Anlagen in der jeweiligen Wohneinheit nutzen. Da die Datenverarbeitung im geplanten Projekt teils über die gesetzlichen Verarbeitungen des MsbG hinausgeht, ist eine Einwilligung auch notwendig. Die Einwilligung ist nicht zwingend schriftlich zu erteilen, der Datenverarbeiter muss sie lediglich nachweisen können. Es sollte sich um eine informierte Einwilligung handeln, bei deren Erteilung der Einwilligende sich über Zweck und Umfang der Datenverarbeitung im Klaren ist. Dies könnte ggf. über eine Rahmenvereinbarung gelöst werden. Die Einwilligung kann gemäß Artikel 7 Absatz 3 Satz 1 DSGVO jederzeit widerrufen werden. Hierauf ist der Betroffene bei Erteilung der Einwilligung hinzuweisen. Wie eine Einwilligung im Rahmen von smart contracts ausgestaltet werden könnte, hängt maßgeblich von der Vertragsgestaltung ab. Hier könnte sich weiterer Klärungsbedarf ergeben.

Grundsätzlich bleibt es dem Anschlussnutzer unbenommen, gemäß § 50 Abs. 1 in die Verarbeitung weiterer Daten einzuwilligen. Die Einwilligung wäre dann jedenfalls mit Problemen behaftet, wenn zwischen der Person des Betroffenen und der des für die Verarbeitung Verantwortlichen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, da dann die Freiwilligkeit der Einwilligung zweifelhaft sein kann.³⁹ Die Freiwilligkeit der Einwilligung kann insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge – zu dem auch die Stromversorgung gehört – in Frage stehen, da der Betroffene auf die Nutzung bestimmter Dienste in diesem Bereich angewiesen ist. Allerdings ist immer genau zu betrachten, ob wirklich ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt. Dies dürfte zumindest dann der Fall sein, wenn die Nutzung bestimmter Dienste an die Einwilligung zur Verarbeitung weiterer Daten geknüpft wird, die zum Zweck der Erbringung der Dienste nicht erforderlich sind (vertikales Koppelungsverbot)⁴⁰. Von einer Freiwilligkeit dürfte jedoch dann – wie im vorliegenden Fall gegeben – ausgegangen werden, wenn dem Einwilligenden im Bereich der Daseinsvorsorge andere Optionen zur Verfügung stehen. Beispielhaft kann man sich vorstellen, dass ein Nutzer von einem Träger der Daseinsvorsorge (also z.B. Netzbetreiber) nur dann beliefert wird, wenn er einwilligt,

³⁹Vgl. Erwägungsgrund 43 zur DSGVO.

⁴⁰Lüdemann/ Ortmann/ Pokrant, RDV 2016, 125 (131); Gola, in: Gola, DS-GVO, Art. 4 Rn. 68; Schulz, in: Gola, DS-GVO, Art. 7 Rn. 19 ff.

dass der Netzbetreiber alle Daten des Anschlussnutzers an einen Dritten (z.B. Facebook, EVU) übermittelt. Wenn der Anschlussnehmer keine andere Möglichkeit hat, sich mit Elektrizität zu versorgen, dann gilt die Einwilligung als nicht freiwillig. Da es hier aber den Anschlussnehmern anheimgestellt ist, ob sie am Sekundärhandel teilnehmen wollen und der Sekundärhandel selbst nicht dem Bereich der Daseinsvorsorge unterfallen dürfte, ist die Freiwilligkeit der Einwilligung im vorliegenden Fall gewährleistet.

d) Pseudonymisierung

Die Datenkommunikation hat nach Maßgabe des § 52 MsbG zu erfolgen. Es muss sich um eine verschlüsselte Kommunikation von personenbezogenen Daten, Mess-, Stamm- und Netzzustandsdaten handeln.

Sie hat im Rahmen des von der Bundesnetzagentur vorgegebenen, bundesweit einheitlichen Formats zu erfolgen.⁴¹ Soweit möglich, sind personenbezogene Daten zu anonymisieren und zu pseudonymisieren. Pseudonymisierung bedeutet insofern gemäß Art. 4 Nr. 5 DSGVO, dass die personenbezogenen Daten ohne Hinzuziehung zusätzlicher Informationen nicht mehr einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können, sofern diese zusätzlichen Informationen gesondert aufbewahrt werden und technischen und organisatorischen Maßnahmen unterliegen, die gewährleisten, dass die personenbezogenen Daten nicht einer identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Person zugewiesen werden. Der Messstellenbetreiber muss durch den Einsatz geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen zusätzlich sicherstellen, dass auf den „Schlüssel“ zur Herstellung des spezifischen Personenbezugs nicht ohne weiteres zugegriffen werden kann.⁴²

Im vorliegenden Fall liegt das Mapping nur beim Netzbetreiber. Indes werden der Fahrplan (unverschlüsselt), Quoten (unverschlüsselt), Gebote (verschlüsselt) und Messwerte-Leistung (unverschlüsselt) auf der Blockchain gespeichert und einem regelmäßig wechselnden Pseudonym zugeordnet. Eine Zuordnung zur jeweiligen realen Anlage/zum jeweiligen Teilnehmer ist nur über das Off-Chain-Mapping möglich, sodass hier den Anforderungen an § 52 MsbG wohl genüge getan wird (zur schwierigen Beurteilung der Frage nach der Wahrung der Betroffenenrechte aus der DSGVO im Bereich der Blockchain sogleich unter 2.).

Für die Kommunikation von personenbezogenen Daten aus intelligenten Messsystemen, Stammdaten und Netzzustandsdaten sind die Vorgaben der Smart-Metering-Public-Key-Infrastruktur des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik zu beachten.⁴³

⁴¹Ausführlich zu den Vorgaben der BNetzA vgl. Bartsch, in: Theobald/ Kühling, Energierecht, 108. EL 2020, § 52 MsbG Rn. 8 ff.

⁴²Bartsch, in: Theobald/ Kühling, Energierecht, 108. EL 2020, § 52 MsbG Rn. 12.

⁴³BSI, Smart Metering PKI - Public Key Infrastruktur für Smart Meter Gateways, Bonn 2017, abrufbar unter: https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/TechnischeRichtlinien/TR03109/TR-03109-4_PKI.pdf?__blob=publicationFile&v=1

e) Verantwortlicher der Datenverarbeitung

Die zur Datenverarbeitung berechtigten Personen sind abschließend in § 49 Absatz 2 MsbG aufgeführt. Insbesondere gehören nach § 49 Absatz 2 Nummer 2 MsbG hierzu auch die Netzbetreiber, sodass grundsätzlich eine Weitergabe der Daten an diese durch die Smart Meter Gateways möglich ist. Auch eine Verarbeitung durch Auftragsdatenverarbeiter im Sinne des Art. 28 DSGVO ist möglich. Zu achten ist darauf, dass die Auftragsdatenverarbeiter alle an sie gestellten Voraussetzungen nach Art. 28 DSGVO erfüllen. Dazu gehört insbesondere auch das Vorhandensein von technischen und organisatorischen Maßnahmen im Sinne des Art. 32 DSGVO (TOMs). Über eine Einwilligung kann nach § 49 Abs. 2 Nr. 7 auch der Betreiber der Sekundärhandelsplattform zur berechtigten Person werden.

f) Einhaltung der Grundsätze zur Datenverarbeitung nach der DSGVO

Überdies gelten die Grundsätze zur Datenverarbeitung nach Art. 5 DSGVO. Diese müssen im Rahmen von Datenverarbeitungen immer beachtet werden. Hier sind keine Probleme in Bezug auf die Datenübermittlung mittels Smart Metering zu erkennen. Grundsätzlich gilt in der DSGVO ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in Bezug auf die Datenverarbeitung⁴⁴. Die Erlaubnis zur Datenverarbeitung ergibt sich, wie bereits oben ausgeführt, aus der Erfüllung eines der gesetzlichen Zulässigkeitstatbestände oder aus einer wirksamen Einwilligung des Betroffenen in die Datenverarbeitung. Aufgrund des Transparenzgrundsatzes muss bereits im Vorhinein der Datenverarbeitung für den Betroffenen erkennbar sein, welche seiner Daten der Verarbeitung unterliegen werden. Die Informationen müssen in leicht verständlicher Form erteilt werden.⁴⁵ Es gilt außerdem das Gebot der Zweckbindung: Die Datenverarbeitung darf nur zu einem konkret festgelegten Zweck erfolgen.⁴⁶ Aufgrund der Geltung des Grundsatzes der Datenminimierung muss die Datenverarbeitung im Sinne des verfolgten Zweckes verhältnismäßig sein. Insbesondere dürfen nicht exzessiv unnötige Daten verarbeitet werden.⁴⁷ Es ist im Rahmen der Verwendung der intelligenten Messsysteme darauf zu achten, dass die Daten nicht über das unbedingt notwendige zeitliche Mindestmaß hinaus gespeichert werden, vgl. z.B. auch § 60 Absatz 6 MsbG.⁴⁸ Hier wäre zu entscheiden, nach Ablauf welcher Zeitspanne das Mapping durch den Netzbetreiber gelöscht werden soll. In diesem Rahmen ist außerdem sicherzustellen, dass die Sicherheit und Integrität der Daten gewährleistet bleibt.⁴⁹ Gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO sind die Rechenschaftspflichten zu beachten und bereits im Vorfeld der Verarbeitung Compliance-Maßnahmen zu treffen.

⁴⁴ Schantz, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/ Brink, 35. Edition, 2020, Art. 5 DS-GVO Rn. 5.

⁴⁵ Schantz, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/ Brink, 35. Edition, 2020, Art. 5 DS-GVO Rn. 11.

⁴⁶ Schantz, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/ Brink, 35. Edition, 2020, Art. 5 DS-GVO Rn. 12.

⁴⁷ Schantz, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/ Brink, 35. Edition, 2020, Art. 5 DS-GVO Rn. 24-26.

⁴⁸ Schantz, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/ Brink, 35. Edition, 2020, Art. 5 DS-GVO Rn. 32 ff.

⁴⁹ Zu den erheblichen Risiken, die mit dem Einsatz von intelligenten Messsystemen einhergehen, anschaulich Lüdemann/ Ortmann/ Pokrant, RDV 2016, 125 (129).

2. Die datenschutzrechtliche Machbarkeit der Sekundärhandelsplattform unter Einbindung einer Blockchain – Personenbezug und Gewährleistung der Betroffenenrechte

Auch die Umsetzung des Konzepts durch Nutzung der Sekundärhandelsplattform, die auf einer Blockchain-Architektur basiert, sollte mit dem geltenden Datenschutzrecht vereinbar gestaltet werden können.

a) Personenbezug der Daten auf der Blockchain

Im Ergebnis handelt es sich auch bei den auf der Blockchain gespeicherten Daten um personenbezogene Daten. Diese Einordnung ist allerdings wesentlich komplexer als bei den Daten, die direkt aus den intelligenten Messsystemen stammen, und auch abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Designs der Blockchain. Wie bereits oben ausführlich erörtert, handelt es sich dann um personenbezogene Daten, wenn diese Daten einer Person zuordenbar sind. Hierbei ist nach der nun überwiegend vertretenen relativen Theorie auf den Verantwortlichen der Datenverarbeitung und seine konkreten Zuordnungsmöglichkeiten abzustellen. Für die Beurteilung des Personenbezugs sind alle Mittel zu beachten, die dem Verantwortlichen zur Verfügung stehen, um einen Personenbezug herzustellen, und die er voraussichtlich zur Identifizierung nutzen wird.⁵⁰

Um also den Personenbezug von Daten, die in einer Blockchain gespeichert werden, beurteilen zu können, muss zunächst der Verantwortliche identifiziert werden. Gem. Artikel 4 Nummer 7 DSGVO ist der Verantwortliche die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.

Bei einer öffentlichen Blockchain kann grundsätzlich jeder an der Datenverarbeitung teilhaben, sodass demnach auch jeder Verantwortlicher im Sinne des Artikel 4 DSGVO wäre. Allerdings soll die Blockchain des FlexQGrids nicht als öffentliche Blockchain geführt werden, sondern eine Veränderung der Blockchain soll nur durch die Teilnehmer der Sekundärhandelsplattform möglich sein. Auf ihre Fähigkeiten und Mittel ist in Bezug auf die Qualifikation der in der Blockchain dokumentierten Daten als personenbezogene Daten abzustellen. Die Funktionsweise der Sekundärhandelsplattform wurde bereits oben beschrieben. Wie ausgeführt, liegt das Mapping, das eine Zuordnung der dezentralen Identitäten zu den realen Marktteilnehmern ermöglicht, ausschließlich beim Netzbetreiber. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Betreiber der Sekundärhandelsplattform nicht mit dem Netzbetreiber identisch ist.

Daraus ergibt sich, dass bei Fehlen von auf der Blockchain gespeicherten Transaktionsdaten mit direktem Personenbezug (also z.B. Namens- oder Adressdaten) lediglich für den Netzbetreiber ein Personen-

⁵⁰EuGH, Urt. v. 19. 10. 2016 – C-582/14, ZD 2017, 24 ff.; Bechtolf/ Vogt, DSRITB 2017, 873 (877); Rein, in: Sassenberg/ Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, § 14 Rn. 61.

bezug hinsichtlich der auf der Blockchain gespeicherten Daten besteht. Denn Hashes, öffentliche Schlüssel oder sonstige Angaben, die als Nutzererkennung dienen können, sind nur für denjenigen personenbezogen, der die hinter diesen Daten stehende Person anhand von Zusatzwissen identifizieren kann.⁵¹ Dies gilt hier nur für den Netzbetreiber, denn nur er kann über das Mapping, auf das er alleine Zugriff hat, einen Bezug zwischen den Daten auf der Blockchain (Quoten, Fahrpläne usw.) und konkreten Personen herstellen.

Dass es sich bei den Daten auf der Blockchain um personenbezogene Daten handelt, ergibt sich grundsätzlich auch schon daraus, dass es sich bei der geplanten Blockchain um eine zulassungsbeschränkte Blockchain handelt. Hier kann regelmäßig derjenige, der den Zugang gewährt, eine Zuordnung der Daten zu konkreten Personen zuordnen.⁵² Somit sind hinsichtlich der Informationen, die auf der Blockchain in Zusammenhang mit dem Mapping beim Netzbetreiber vorhanden sind und eine Zuordnung zu einer konkreten Person erlauben, die Vorschriften der DSGVO bzw. des MsbG einzuhalten.

Man könnte sogar so weit gehen, zu sagen, dass es sich grundsätzlich bei Daten auf Blockchains (öffentlich oder zulassungsbeschränkt) um personenbezogene Daten handelt, da man nie sicher sein kann, dass über die Analyse verschiedener Transaktionen nicht doch ein Personenbezug hergestellt werden kann oder ein Nutzer selbst personenbezogene Daten in die Blockchain schreibt.⁵³ Es ist daher grundsätzlich darauf abzielen, den datenschutzrechtlichen Anforderungen der DSGVO jedenfalls vorsichtshalber gerecht zu werden. Grundsätzlich ist immer zu beachten, dass auch private Schlüssel tendenziell gehackt werden oder abhandenkommen können. Je digitalisierter die Datenverarbeitung erfolgt, desto mehr Angriffsflächen existieren, um die Daten abzufangen. Es sind daher zwingend auch Maßnahmen für die Datensicherheit und die Sicherheit der verwendeten IT-Systeme zu treffen. Im Bereich „Blockchain“ sind viele rechtliche Fragen außerdem noch nicht abschließend beurteilt; ebenso hinsichtlich von smart contracts. Es ist daher grundsätzlich notwendig, dass man sich als Datenverarbeiter im Klaren darüber ist, dass man hier teils rechtliches Neuland betritt.

b) Hashwerte als personenbezogene Daten

Konkret nur zu den Hashwerten als personenbezogene Daten lässt sich Folgendes festhalten: Ob Hashwerte von personenbezogenen Daten wiederum als personenbezogene Daten anzusehen sind, beurteilt sich danach, ob im konkreten Anwendungsfall aus dem Hashwert personenbezogene Informationen ausgelesen werden können. Zumindest dort, wo dies praktisch unmöglich ist, ist ein Hashwert nicht als

⁵¹Rein, in: Sassenberg/ Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, § 14 Rn. 62.

⁵²Rein, in: Sassenberg/ Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, § 14 Rn. 64.

⁵³So vertreten von Rein, in: Sassenberg/ Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, § 14 Rn. 65 ff.; ähnlich streng auch Bechtolf/ Vogt, DSRITB 2017, 873 (879); weniger streng im Ergebnis Schrey/ Thalhofer, NJW 2017, 1431 (1433), wobei auch hier der Personenbezug in einer zulassungsbeschränkten Blockchain tendenziell eher als gegeben erachtet wird.

personenbezogenes Datum anzusehen. Nach Ansicht des EuGH liegt zudem auch dann kein personenbezogenes Datum vor, wenn die Identifikation nur mit einem unverhältnismäßigen hohen Aufwand möglich ist.⁵⁴ Wenn das gehashte Objekt außerdem sicher gelöscht wird, dann hört der Hashwert auf, ein personenbezogenes Datum zu sein, auch wenn vorher eine Zuordnung personenbezogener Daten zu diesem Hash möglich war. Wenn also das Mapping nicht mehr gebraucht und im Folgenden gelöscht wird, dann kann den Hashwerten kein Objekt mehr zugeordnet werden. In diesem Fall handelt es sich dann nicht mehr um personenbezogene Daten, auch wenn die Pseudonyme einschließlich der ihnen zugeordneten unverschlüsselten Daten weiterhin auf der Blockchain gespeichert bleiben.

c) Gewährleistung der Betroffenenrechte, insbesondere des Rechts auf Vergessenwerden

Im vorliegenden Fall müssen in der gegebenen Konstellation (nur Netzbetreiber hat Zugriff auf Mapping, kann somit Identitäten zuordnen und löscht das Mapping letztlich wieder) die Vorschriften der DSGVO gewahrt werden, da es sich um personenbezogene Daten handelt, da der Netzbetreiber einen Personenbezug herstellen kann. Dieser ist somit der Verantwortliche im Sinne der DSGVO und somit auch der Adressat für die sich aus der DSGVO ergebenden Betroffenenrechte. Hervorzuheben ist hier insbesondere das Recht auf Vergessenwerden sowie das Recht auf Berichtigung und Herausgabe von Daten. Das Recht auf Vergessenwerden nach Art. 17 DSGVO könnte durch die konkrete Ausgestaltung von Blockchain und Mapping ebenfalls gewahrt werden. Zwar könnte nicht der Hashwert auf der Blockchain gelöscht werden⁵⁵, wohl aber das Mapping, welches eine Zuordnung des Hashwertes zum Hashobjekt erst möglich macht.

Allein die anvisierte Pseudonymisierung ist jedoch nicht ausreichend. Eine Pseudonymisierung beseitigt nämlich nicht die Qualität der Daten als personenbezogene Daten, sondern ist eine technisch-organisatorische Maßnahme der Datensicherheit, die dann zum Einsatz kommt, wenn eine Zuordnung der Daten unter bestimmten Voraussetzungen möglich bleiben soll, die jederzeitige (und allgemeine) Kenntnis ihrer Identität jedoch verzichtbar ist.⁵⁶

Das Recht auf Berichtigung nach Art. 16 DSGVO kann über das Mapping ebenfalls gewährleistet werden, da der Hashwert ja lediglich das Mapping in Bezug nimmt. Dieses ist aber im Gegensatz zu den auf der Blockchain gespeicherten Daten nicht unveränderbar. Unproblematisch gewährleistet ist das Recht des Betroffenen auf Auskunft, auf Datenübertragbarkeit und auf Einschränkung der Verarbeitung.

⁵⁴Erbguth, MMR 2019, 654 (658).

⁵⁵Zu den – insgesamt eher unbefriedigenden – Möglichkeiten der Löschung personenbezogener Daten, die auf der Blockchain gespeichert sind ausführlich BSI, Blockchain sicher gestalten: Konzepte, Anforderungen, Bewertungen, Bonn 2019, S. 63 f.

⁵⁶Klar/ Kühling, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl., München 2020, Art. 4 Abs. 5 DSGVO, Rn. 1 ff.

d) Zusammenfassendes Ergebnis zur Sekundärhandelsplattform

Abschließend kann daher zusammengefasst werden: Bei den auf der Blockchain gespeicherten Daten handelt es sich um personenbezogene Daten, da mithilfe des Mapping durch den Netzbetreiber ein Personenbezug hergestellt werden kann. Die Daten verlieren ihren Personenbezug, wenn das Mapping gelöscht wird. Solange das Mapping noch existiert, ist der Netzbetreiber der Verantwortliche in Bezug auf die Betroffenenrechte nach DSGVO/MsbG.

Grundsätzlich ist insbesondere im Zusammenhang mit der Blockchain für ein hohes Maß an Datensicherheit zu sorgen, da gerade digital gespeicherte Daten durch Hacking angegriffen werden können.

Wie genau der Umgang mit den Daten und insbesondere auch den Erlaubnistatbeständen zur Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO ausgestaltet wird, hängt maßgeblich von der Vertragsgestaltung (Stichwort: smart contracts) ab. In diesem Zusammenhang ist ggf. noch weitere Recherche vonnöten.

V. Vertragsgestaltung

Im Folgenden werden für die Umsetzung des Konzepts mögliche vertragliche Gestaltungsoptionen und mögliche Hindernisse dargestellt.

Besonders die Gestaltung der Verträge zwischen den Prosumern zum Quotenhandel dürfte angesichts der Anwendbarkeit des Verbrauchervertragsrechts zu erheblichen Problemen bei der Umsetzung des Konzepts führen. Viele Fragen hinsichtlich der Umsetzbarkeit von Verbrauchervertragsrecht im Kontext von durch smart contracts herbeigeführten Vertragsschlüssen sind rechtlich ungeklärt. Dass das Verbrauchervertragsrecht nach der bisherigen Ausrichtung des Konzepts Anwendung findet und mit dieser Ausrichtung teilweise unvereinbar ist, ist nach unserer Auffassung und einstweiliger Einordnung allerdings anzunehmen.

1. Vertragliche Gestaltung betreffend das Verhältnis von Netzbetreiber und Prosumer im Kontext der Umsetzung des Ampelsystems

Resultierend aus den Ergebnissen des 1. Teils der Machbarkeitsstudie vom [XX] betreffend den regulatorischen Rahmen des Konzepts ergibt sich, dass es kaum vertraglicher Beziehungen zwischen Netzbetreiber und Prosumern zur Umsetzung des sogenannten Ampelkonzepts und der Zuteilung einer Quote für die Begrenzung der Einspeisung oder der Entnahme von Strom bedarf.

Zur Begrenzung der Einspeisung bedarf es keiner Verträge, da die Zuteilung der Quote wie im 1. Teil der Machbarkeitsstudie dargestellt, keine vertragliche Vereinbarung voraussetzt, sondern auf Grund des regulatorischen Redispatches bei Vorliegen der Voraussetzungen einseitig durch den Netzbetreiber erfolgen kann.

Hinsichtlich der Begrenzung des Verbrauchs bedarf es wiederum vertraglicher Vereinbarungen zwischen Netzbetreiber und Prosumer im Rahmen des Netzanschlussverhältnisses. Die notwendigen Regelungspunkte wie die Festlegung der bedingten und unbedingten Quote (vgl. § 14a Absatz 1 Satz 1 E-EnWG) oder die Bestimmung der Netzentgelte für Prosumer mit steuerbaren Verbrauchseinrichtungen (vgl. § 17a E-Strom-NEV) sind jedoch ebenfalls gesetzlich festgelegt.

Die Möglichkeit der Vorgabe der Quote sowie ihre Voraussetzungen ergeben sich wiederum unmittelbar aus den gesetzlichen Regelungen, wie sie im ersten Teil der Machbarkeitsstudie festgelegt wurden und bedürfen keiner weitergehenden vertraglichen Vereinbarung.

2. Vertragsgestaltung betreffend die Sekundärhandelsplattform

a) Einordnung der Rollen der Konzeptteilnehmer

Die genaue Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen im Kontext der Sekundärhandelsplattform bleibt abhängig von der Frage welche Rollen der Netzbetreiber hier einnehmen kann. Da wie oben dargestellt weiterhin eine gewissen rechtliche Unklarheit bezüglich der Frage besteht, ob der Netzbetreiber den Betrieb der Sekundärhandelsplattform in eigener Person umsetzen kann oder ob es eines Dritten bedarf, sind hier kurz beide Szenarien darzustellen.

Im Falle der Möglichkeit der Übernahme des Sekundärhandelsbetriebs durch den Netzbetreiber bedarf es zunächst nur eines zweiseitigen Rahmenvertrags zum Sekundärhandelsbetrieb zwischen Netzbetreiber und Prosumer.

In der anderen Konstellation müssten Netzbetreiber, Plattformbetreiber und die einzelnen Prosumer Vertragspartner einer solchen Rahmenvereinbarung werden.

b) Einordnung der Prosumer als Verbraucher oder Unternehmer im Sinne des BGB im Kontext des Plattformhandels

Nach unserer Auffassung, ist die Einordnung de Prosumer als Unternehmer und Verbraucher im Rahmen ihrer Handelstätigkeit abhängig vom jeweiligen Ausmaß der Handelstätigkeit des Prosumers auf der Plattform. Unabhängig davon, dass sich zum derzeitigen Zeitpunkt noch keine realistische Einschätzung treffen lässt, welche Umsätze ein Prosumer an der Sekundärhandelsplattform generieren kann, ist angesichts der geplanten Beteiligung von Aggregatoren am Konzept jedenfalls davon auszugehen, dass die Prosumer teilweise als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB und teilweise als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB einzuordnen sein werden. Weiterhin dürfte auch ein Wechsel von der Verbrauchereigenschaft in die Unternehmereigenschaft und auch umgekehrt möglich sein.

Als Unternehmer ist nach der Legaldefinition des § 14 BGB diejenige Person einzuordnen, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Die gewerbliche Tätigkeit im Sinne von § 14 BGB setzt jedenfalls ein selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich. Nur wenn der Unternehmer einen gewissen organisatorischen Mindestaufwand betreibt, kann eine planvolle Tätigkeit angenommen werden.⁵⁷

Dass diese Voraussetzungen zumindest bei einzelnen Prosumern gegeben sein werden, ist vor allem im Hinblick auf die Aggregatoren vorstellbar und naheliegend.

c) Verbrauchervertragsrecht

Das Vertragsverhältnis zwischen den Prosumern, mit dem der Handel der Quote vereinbart wird, kann je nachdem welche Prosumer den Vertrag schließen dem Verbrauchervertragsrecht unterworfen sein.

Gemäß § 312 Absatz 1 BGB ist dies dann der Fall, wenn der Prosumer, der die Quote anbietet, entsprechend der obigen Ausführungen als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB einzuordnen ist und der andere Teil ein Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist.

In sämtlichen anderen denkbaren Konstellationen muss das Verbrauchervertragsrecht (gegebenenfalls abgesehen von §§ 312i, 312j BGB) nicht beachtet werden. Allerdings stellt sich hier die Frage, ob es möglich ist, das Konzept technisch so umzusetzen, dass der smart contract in der Lage ist, die oben genannten Rollenverteilung zu identifizieren und für diesen Fall, die im Folgenden erörterten Pflichten zu erfüllen.

Im Falle eines Matchings zwischen Unternehmer und Verbraucher, wobei der Verbraucher die Quote anfragt, müsste der Unternehmer nach unserer Auffassung grundsätzlich die Informationspflichten gemäß § 312d BGB, sowie die Pflicht zur Übermittlung des Vertragsinhalts nach § 312f Absatz 2 BGB erfüllen.

Dies ergibt sich daraus, dass der Vertrag zwischen den Prosumern im Konzept einen Fernabsatzvertrag im Sinne des § 312d Absatz 1 darstellt, da der Vertragsschluss unter ausschließlicher Nutzung von Fernkommunikationsmitteln zustande kommt.

Der Begriff der Fernkommunikationsmittel wird in § 312d Absatz 2 BGB weit gefasst und dürfte auch die Vertragsabwicklung mittels smart contracts wie im Konzept vorgesehen umfassen.

⁵⁷ Martinek/Heine in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 14 BGB Rn. 14.

d) Informationspflichten

Der Unternehmer ist in der beschriebenen Konstellation zur Erfüllung der Informationspflichten aus § 312d Absatz 1 BGB verpflichtet. Er muss den Verbraucher nach Maßgabe des Artikel 246a EGBGB informieren.

Der in Artikel 246a EGBGB festgelegte Umfang an mitzuteilenden Informationen sowie der angedachte Zeitpunkt der Informationsmitteilung stehen im Spannungsverhältnis zum derzeitigen technischen Konzept.

Beispielhaft muss der Unternehmer gemäß Artikel 246a, § 1 Absatz 1 Nummer 2 dem Verbraucher seine Identität nebst Kontaktdaten zur Verfügung zu stellen. Gerade die Offenlegung der Identität soll im Rahmen des Sekundärhandels noch nicht einmal nach dem Matching der Gebote zweier Prosumer erfolgen. Eine Information über die Identität des Unternehmers vor Vertragsschluss wäre mit dem Konzept erst recht nicht vereinbar.

Von besonderer Relevanz im hiesigen Kontext ist auch die Pflicht zur Information über das Widerrufsrecht des Verbrauchers nach § 312g BGB und das mögliche vorzeitige Erlöschen des Widerrufsrechts gemäß § 356 Absatz 4 BGB sowie über die Umstände, unter denen der Verbraucher ein zunächst bestehendes Widerrufsrecht verliert. Diese Information ist Voraussetzung für einen möglichen Wertersatzanspruch bei teilweise durch den Unternehmer erbrachter Leistung vor Widerruf des Vertrags durch den Verbraucher.

Gemäß Artikel 246a, § 4 Absatz 1 EGBGB muss der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen bereits vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung stellen. Ob diese zeitliche Abfolge angesichts der automatisierten Abläufe des angedachten technischen Konzepts möglich ist, ist mindestens fraglich.

Zunächst ist hier problematisch, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung, also sein Gebot in Form von „Bid“ oder „Ask“, abgibt bevor das Matching einsetzt und damit bevor überhaupt klar ist, ob es sich bei seinem gematchten Vertragspartner um einen Unternehmer oder einen Verbraucher handelt und entsprechend Informationspflichten überhaupt bestehen.

Weiterhin ist es zum Beispiel nach der derzeitigen Konzeption des Handelssystems nicht möglich dem Prosumer vor Abgabe seines Gebots die Identität seines Vertragspartners mitzuteilen. Selbst wenn eine solche Identifizierung datenschutzrechtlich möglich wäre und selbst, wenn eine solche Identifizierbarkeit im Konzept gewünscht wäre, besteht derzeit schlicht keine Möglichkeit den späteren gematchten Vertragspartner bereits vor Abgabe des Gebots des Prosumers zu ermitteln.

e) Verpflichtung zur Übermittlung der Vertragsbestätigung

Der Unternehmer ist weiterhin verpflichtet dem Verbraucher spätestens vor Ausführung der Dienstleistung, also der Beschränkung der eigenen Einspeisung bzw. des Verbrauchs die Vertragsbestätigung auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.

Das technische Konzept müsste also im Falle eines Verbrauchertrages auch eine automatische Übermittlung des Vertragsinhalts, der die in Artikel 246a EGBGB aufgeführten Informationen enthält, an den Verbraucher implementieren.

Wie ausgeführt können die Informationen, die im Katalog des § 246a EGBGB abgefragt werden, teilweise nach dem derzeitigen technischen Konzept nicht umgesetzt werden.

f) Widerrufsrecht

Problematisch ist auch das sich aus § 312g in Verbindung mit § 355 BGB ergebende Widerrufsrecht, dass es dem Verbraucher grundsätzlich ermöglichen würde, sich ohne Grund vom geschlossenen Vertrag zu lösen.

Der Vertrag zwischen den Prosumern mit Unternehmerbeteiligung fällt nicht unter eine der in § 312 g Absatz 2 BGB genannten Ausnahmen. Die einzige aus unserer Sicht in Betracht kommende Möglichkeit das Widerrufsrecht im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen den Prosumern auszuschließen, ist das in § 356 Absatz 4 BGB vorgesehene Erlöschen des Widerrufsrechts.

Danach erlischt das Widerrufsrecht bei einem Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen dann, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht hat und mit der Ausführung der Dienstleistung erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher dazu seine ausdrückliche Zustimmung gegeben hat und der Verbraucher gleichzeitig seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert.

Das Konzept müsste also so umgesetzt werden, dass wenn eine Konstellation identifiziert wird, in der ein Verbrauchervertrag entstehen könnte, der Verbraucher zur Zustimmung aufgefordert wird, dass der Unternehmer seine Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist vollständig erbringt und seine Kenntnis bestätigt, dass bei vollständiger Vertragserfüllung das Widerrufrecht erlischt. Die Bestätigung des Verbrauchers müsste auch ausdrücklich erfolgen.

Diese ausdrückliche Bestätigung dürfte den auf automatisierte Abläufe abzielenden Matchingprozess verkomplizieren. Die bisher zur Thematik ergangenen Entscheidungen der Rechtsprechung gehen davon aus, dass eine ausdrückliche Entscheidung im Sinne des § 356 Absatz 4 BGB ein aktives Handeln des

Verbrauchers voraussetzt.⁵⁸ Es muss dem Verbraucher jedenfalls theoretisch möglich sein, sich mit dem Verlust seines Widerrufsrechts zu beschäftigen, sodass eine konkludente, stillschweigende Entscheidung des Verbrauchers nicht ausreichen soll.⁵⁹ Die einzig hier in Betracht kommende Lösung wäre, den Verbraucher bereits in einer Rahmenvereinbarung zur ausdrücklichen Entscheidung im Sinne des § 356 Absatz 4 BGB aufzufordern und damit die Zustimmung ausdrücklich für sämtliche im Rahmen des Sekundärplattformhandels entstehenden Vertragsverhältnisse zu erteilen. Ob dies möglich ist, ist fraglich und rechtlich ungeklärt. Bedenken bestehen hier insoweit, als dass die Regelung des § 356 Absatz 4 BGB auf Einzelverträge bezogen ist und eine pauschale Zustimmung des Verbrauchers für eine unbestimmte Vielzahl von Verträgen mit wechselnden (unbekannten) Vertragspartnern im Voraus angesichts des Verbraucherschützenden Zwecks der Vorschrift problematisch scheint.

Außerdem würde das Widerrufsrecht selbst bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen erst nach vollständiger Vertragserfüllung hier also nach Ende der gelben Ampelphase erlöschen. Zwischen Beginn der gelben Ampelphase und ihrem Ende könnte der Verbraucher den Vertrag weiterhin widerrufen.

Die Folgen des Widerrufs ergeben sich aus §§ 355, 357 BGB. Gemäß § 355 Absatz 1 BGB wandelt sich der zunächst zwischen den Prosumern geschlossene Vertrag in ein Rückabwicklungsverhältnis um.

Die zwischen den Prosumern ausgetauschten Leistungen sind gemäß § 357 BGB binnen 14 Tagen zurückzugewähren. Die Rückgewährung der bereits reduzierten Einspeisung bzw. des erhöhten Verbrauchs ist objektiv unmöglich.

Gemäß § 357 Absatz 8 BGB muss der Verbraucher in einer solchen Konstellation in der eine Dienstleistung bereits teilweise bis zum Zeitpunkt des Widerrufs erbracht wurde wiederum Wertersatz für die bereits erbrachte Leistung an den Unternehmer zahlen, wobei sich die Höhe des Wertersatzes gemäß § 357 Absatz 8 Satz 4 BGB grundsätzlich anhand des zwischen den Vertragspartnern vereinbarten Preises für die vertragliche Leistung ermitteln lässt. Dieser Anspruch besteht allerdings nur dann, wenn der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich aufgefordert hat, mit der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist zu beginnen. Weiterhin setzt der Wertersatzanspruch gemäß § 357 Absatz 8 Satz 2 BGB voraus, dass bestimmte Informationspflichten aus Artikel 246a BGB erfüllt wurden.

Ein möglicher Widerruf des zwischen den Prosumern geschlossenen Vertrags im gesamten Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Beendigung der gelben Ampelphase lässt sich kaum mit dem Konzept vereinbaren.

Ein Widerruf wäre grundsätzlich auch nach dem Zeitpunkt möglich, nach dem der Markt für die vom Widerruf betroffene Periode geschlossen wurde und eigentlich eine feste Quotenzuteilung bestehen

⁵⁸ LG Köln, Urteil vom 21. Mai 2019 – 31 O 372/17 –, Rn. 30,

⁵⁹ LG Berlin, Urteil vom 30. Juni 2016 – 52 O 340/15 –, Rn. 117.

sollte. Dies könnte zu erheblichen Unsicherheiten der Konzeptteilnehmer hinsichtlich der einzuhaltenen Quote führen, die potentiell auch die Netzsicherheit gefährden könnten.

Die technische Umsetzung einer Rückabwicklung ist nach derzeitiger Konzeption wohl ebenfalls nicht gewährleistet. Weiterhin scheint es uns fernliegend, dass Unternehmer bereit wären, den Sekundärhandel zu nutzen, da ein Wertersatz für bereits erbrachte Leistungen nur dann in Betracht kommt, wenn die oben beschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind und die Erfüllung dieser Voraussetzungen nach der technischen Konzeption der Sekundärhandelsplattform kaum möglich scheint.

g) Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr §§ 312i, 312j BGB

Auch aus §§ 312i, 312j BGB ergeben sich Pflichten für die am Sekundärhandel teilnehmenden Unternehmer, die sich nicht ohne eine weitreichende technische Umstellung bzw. Ergänzung des Konzepts erfüllen lassen.

Beispielhaft verpflichtet § 312i BGB den Unternehmer dazu, dem Verbraucher die in § 246c EGBGB genannten Informationen vor Abgabe der Bestellung des Verbrauchers mitzuteilen. Auch hier besteht die Problematik, dass zum Zeitpunkt der Abgabe des Gebots des Verbrauchers noch nicht bekannt ist, wer letztlich Vertragspartner des Verbrauchers sein wird. Abgesehen davon bietet die uns bekannte Plattformarchitektur keine entsprechende technische Möglichkeit.

3. Mögliche Lösungsansätze

Das Verbrauchervertragsrecht stellt ein erhebliches Hindernis oder nach derzeitiger Einordnung einen Ausschlussgrund für die Umsetzung des Konzepts dar.

a) Anpassungen der Plattform zur Ermöglichung der vertraglichen Anforderungen

Ob die Anforderungen des Verbrauchervertragsrechts sich technisch sinnvoll umsetzen lassen, ohne die dem Konzept inhärente technische Architektur, die wohl notwendigerweise auf eine hohe Automatisierung der Abläufe setzt, weitgehend auszuhebeln, können wir nicht abschließend beantworten. Allerdings scheint uns dies in jedem Fall sehr fraglich.

Da das technische Konzept auch gerade der Einhaltung datenschutzrechtlicher Anforderungen dient, ist es wohl naheliegend, dass Veränderungen in diesem Bereich wiederum rechtliche Folgeprobleme nach sich zögen.

Weiterhin dürften die beschriebenen verbrauchervertraglichen Anforderungen die Bereitschaft potentieller Prosumer zur Teilnahme am Sekundärhandel auf Grund von entstehenden Unsicherheiten und erhöhten Aufwand bei der Teilnahme am Sekundärhandel sinken lassen.

Angesichts dessen scheint es uns naheliegender den Anwendungsbereich des Verbrauchervertragsrechts im Konzept zu umgehen, anstatt den Versuch zu unternehmen, das Verbrauchervertragsrecht im Konzept umzusetzen.

Es wäre hier denkbar Unternehmer generell vom Konzept auszuschließen und den Sekundärhandel nur für Verbraucher zu eröffnen. Gleichzeitig müsste dann allerdings sichergestellt werden, dass einzelne bisher als Verbraucher einzuordnende Konzeptteilnehmer nicht auf Grund vermehrter Aktivität beim Handel zu Unternehmern werden. Wann dieser Zeitpunkt erreicht wäre, lässt sich derzeit nicht festlegen. Generell lässt sich nur schwer quantifizieren ab welchem Zeitpunkt die Schwelle zwischen Verbraucher und Unternehmer überschritten wird. Um sicher zu gehen, wäre hier konzeptintern wohl ein sehr restriktiver Ansatz bei der Zulassung zum Sekundärhandel zu wählen.

b) Nutzung einer zulassungspflichtigen Börse

Ein weiterer potentieller Lösungsansatz, dessen Erfolgsaussichten wir bisher allerdings nicht abschließend einschätzen können, wäre es die Sekundärhandelsplattform als Börse im Sinne des Börsengesetzes zu organisieren. Das Konzept wäre dann zwar jedenfalls den Vorschriften des Börsengesetzes unterworfen, die Problematik des Verbrauchervertragsrechts würde sich in diesem Fall allerdings nicht stellen.

Der Börsenbegriff ist in § 2 BörsG legaldefiniert. Zentrales Merkmal der Börsendefinition ist das „Zusammenbringen der Interessen am Kauf und Verkauf“. Darin kommt die Markt- und Allokationsfunktion von Börsen zum Ausdruck. Markt und Börse sind verwandt, Börse ist eine Unterart des Markts. An Börsen wie allgemeiner an Märkten bilden sich Preise. Laut der Legaldefinition reicht es aus, dass das Zusammenbringen durch das System gefördert wird. Damit käme es nicht darauf an, dass Verträge im System zustande kommen, sodass sogar Inseratsysteme von diesem Begriff erfasst werden. Aufgrund der Weite des Begriffs ist dieser teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass das Matching von Kauf- und Verkauforders (nicht die Abwicklung) innerhalb des Systems erfolgen muss. Damit wird am Merkmal der Systemgebundenheit festgehalten (Zusammenbringen innerhalb des Systems), das die früher erforderliche Ortsgebundenheit ersetzt hat.⁶⁰

Mit dem Merkmal „Vielzahl von Interessen“ wird verdeutlicht, dass nicht nur ein begrenztes Angebot und eine begrenzte Nachfrage zusammengeführt werden sollen. Handelssysteme, die nicht einer Vielzahl von Marktteilnehmern für den – zumindest mittelbaren – Handel offenstehen, sondern von vornherein nur wenigen die Nutzung ermöglichen, sind von ihrer Bestimmung her nicht auf eine Zentralisierung von Angebot und Nachfrage angelegt, wie dies bei einem Markt regelmäßig der Fall ist. Für bilaterale Systeme ist typisch, dass die Geschäfte stets mit dem Systembetreiber zustande kommen, was im Rahmen der Sekundärhandelsplattform aber gerade nicht Fall ist. Nicht ausgeschlossen wird auch der

⁶⁰ Baumbach/Hopt/Kumpan, 40. Aufl. 2021, BörsG § 2 Rn. 2.

Handel über einen zentralen Kontrahenten (Central Counterparty, CCP). Bei Systemen mit einem CCP werden die Geschäfte zwar rechtlich immer mit diesem geschlossen und er übernimmt die Risiken hinsichtlich der Gegenparteien, wirtschaftlich finden die Geschäfte aber weiterhin zwischen den Handelsteilnehmern statt.⁶¹

Nach unserer Auffassung ist die gesamte Plattformarchitektur in einem Rahmen angelegt, der der genannten Definition einer Börse entspricht und die Merkmale erfüllt. Die Zulassung einer Börse folgt den Vorgaben in § 4 BörsG dessen Absatz 1 und 2 (Satz 1) lauten:

(1) Die Errichtung einer Börse bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Börsenaufsichtsbehörde.

(2) Der Antrag auf Erteilung der Erlaubnis ist schriftlich bei der Börsenaufsichtsbehörde zu stellen. Er muss enthalten:

- 1. einen geeigneten Nachweis der nach § 5 Abs. 5 zum Börsenbetrieb erforderlichen Mittel,*
- 2. die Namen der Geschäftsleiter und der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichts*organs des Börsenträgers sowie die Angaben, die für die Beurteilung der Anforderungen nach den §§ 4a und 4b erforderlich sind,*
- 3. einen Geschäftsplan, aus dem die Art der geplanten Geschäfte und der organisatorische Aufbau und die geplanten internen Kontrollverfahren des Trägers der Börse hervorgehen, sowie das Regelwerk der Börse,*
- 4. die Angabe der Eigentümerstruktur des Trägers der Börse, insbesondere die Inhaber bedeutender Beteiligungen im Sinne des § 6 Abs. 6 und deren Beteiligungshöhe, und*
- 5. die Angaben, die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Inhaber bedeutender Beteiligungen erforderlich sind; ist der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung eine juristische Person oder Personenhandelsgesellschaft, sind die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit seiner gesetzlichen oder satzungsmäßigen Vertreter oder persönlich haftenden Gesellschafter wesentlichen Tatsachen anzugeben.*

Aus unserer Sicht liegt es nahe, diesen Ansatz zunächst weiterzuverfolgen, da nach unserer Auffassung und derzeitiger Befassung die Errichtung einer Börse Chancen bietet, die geplante Architektur weitgehend plangemäß umzusetzen. Eine abschließende Prüfung ist uns hier nicht möglich, da insoweit eine spezialisierte Prüfung zu erfolgen hat.

⁶¹ Vgl. o. Fn. 57.

4. Notwendige Änderungen des Verbrauchervertragsrechts

Die vorgehend unter D.V.2.c) beschriebenen Hindernisse, die das Verbrauchervertragsrecht aufwirft, könnten durch Änderungen des Verbrauchervertragsrechts entfallen.

Wir weisen in diesem Zusammenhang daraufhin, dass das Verbrauchervertragsrecht der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben dient und eine Änderung des Verbrauchervertragsrechts ohne den Willen des europäischen Gesetzgebers daher fernliegend ist.

Folgende Änderungen des Verbrauchervertragsrechts wären nach unserer einstweiligen Einordnung (teilweise kumulativ) geeignet die Umsetzung des Konzepts zu erleichtern.

a) Ausnahmeregelungen

Eine mögliche Änderung des Verbrauchervertragsrechts ist die Aufnahme des geplanten Vertrags zwischen den Prosumern in die Ausnahmeregelung des § 312 Absatz 2 BGB.

Auf die unter § 312 Absatz 2 BGB genannten Verträge sind die Vorschriften des Verbrauchervertragsrechts beschränkt anzuwenden. Die noch anzuwendenden Vorschriften des § 312a Absatz 1, 3, 4 und 6 BGB dürften der Umsetzung des Konzepts nach unserer einstweiligen Einordnung nicht entgegenstehen.

Allerdings müssten auch in diesem Fall die noch anwendbaren Vorschriften zu Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr angepasst werden, da die dort vorgesehenen Informationspflichten im Konzept derzeit nicht umgesetzt werden können (dazu unter c).

Insoweit wäre eine weitere Aufnahme des geplanten Vertragstyps in die Ausnahmeregelung des § 312j Absatz 5 Satz 2 BGB, zielführend.

Eine Anpassung des § 312c BGB dahingehend, dass es sich bei dem geplanten Vertragsschluss nicht um einen Fernabsatzvertrag im Sinne des § 312c BGB handelt, würde für sich genommen ebenfalls nicht ausreichen. Bereits die Bestimmung des § 312a Absatz 2 BGB, die für „allgemeine“ Verbraucherverträge gilt, verlangt die Erfüllung von Informationspflichten, wie die Preisgabe der Identität des Unternehmers, die mit dem derzeitigen Konzept nicht vereinbar sind.

b) Verringerte Anforderungen an Informationspflichten für Fernabsatzverträge

Für das Konzept hilfreich wäre es weiterhin, wenn der Umfang der sich aus Artikel 246a EGBGB ergebenden Informationspflichten verringert würde und gleichzeitig der Zeitpunkt der Erfüllung der Informationspflichten auf einen späteren Zeitpunkt verlagert würde.

Die Pflicht zur Erfüllung der Informationspflichten vor Abgabe der Vertragserklärung ist im Konzept wie dargestellt problematisch, da zu diesem Zeitpunkt noch nicht klar ist, ob ein Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer entsteht oder nicht.

Insofern wäre es notwendig, die Erfüllung bestehender Informationspflichten jedenfalls auf einen Zeitpunkt zu verlagern, an dem klar ist, dass ein Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher entsteht oder auf einen noch späteren Zeitpunkt. Bei einem Zeitpunkt vor dem Matching dürften weiterhin Probleme für die automatischen Abläufe im Konzept bestehen. Bei einem Zeitpunkt nach dem Matching würde der Zweck der Informationspflichten allerdings letztlich ad absurdum geführt.

Sämtliche Informationspflichten, die die Identifizierung des Unternehmers ermöglichen, müssten weiterhin entfallen.

c) Beschränkung der Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr

Die in § 312 j BGB vorgesehenen Pflichten des Unternehmers müssten, sofern keine Ausnahmereglung für den geplanten Vertragstyp erfolgt, angepasst werden.

Hier sind ebenfalls der Zeitpunkt der Erfüllung der Informationspflichten vor Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers und der Umfang der Informationspflichten, die die Preisgabe der Identität des Unternehmers beinhalten, problematisch (vgl. § 312j Absatz 1 und 2 BGB).

d) Anpassungen hinsichtlich des Widerrufsrechts

Das Widerrufsrecht ist an sich aus den oben aufgeführten Gründen nicht mit dem Konzept vereinbar,

Sollte die Aufnahme in die Ausnahmereglung nach § 312 Absatz 2 BGB für den gewünschten Vertragstyp nicht in Betracht kommen, bedürfte es also der Aufnahme in die Ausnahmereglung nach § 312d Absatz 2 BGB.