

# Regelenergie: Vom Mischpreisverfahren zurück zum Leistungspreisverfahren

Zugleich Besprechung von OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. 7. 2019 – VI-3 Kart 806/18 [V]\*\*

## I. Einleitung

Das Stromnetz unterliegt starken Schwankungen, die es in Abhängigkeit zum Strombedarf bzw. der Stromnachfrage entsprechend auszugleichen gilt. Der dafür zuständige Regelenergiemarkt kann, um die erforderliche Netzstabilität zu gewährleisten, innerhalb von Sekunden (Primärreserve), fünf Minuten (Sekundärreserve) oder Viertelstunden (Minutenreserve) eingreifen. Basierend auf einem täglichen Gebotsverfahren können präqualifizierte Akteure am Regelenergiemarkt im Rahmen der Sekundär- und Minutenreserve teilnehmen. Dabei problematisch erscheint jedoch das Gebotsverfahren, zu dessen Ausgestaltung die Bundesnetzagentur durch den Gesetzgeber gemäß § 29 Abs. 1 u. 2 EnWG<sup>1</sup> in Verbindung mit § 27 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StromNZV<sup>2</sup> ermächtigt worden war und auf dessen Grundlage die Bundesnetzagentur zuletzt durch Beschluss vom 8. 5. 2018<sup>3</sup> das sog. „Mischpreisverfahren“ eingeführt hat. Dieses Gebotsverfahren stieß jedoch nicht bei allen teilnehmenden Akteuren des Regelenergiemarkts auf Zuspruch. Ein Dienstleistungsunternehmen, welches im Bereich der Erneuerbaren Energien agiert, wandte sich gegen das Mischpreisverfahren und reichte Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein – mit Erfolg, wie der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. 7. 2019<sup>4</sup> zeigt.

## II. Hintergrund: Einführung des Mischpreisverfahrens

Vor der Einführung des Mischpreisverfahrens galt mit den Beschlüssen der Bundesnetzagentur vom 13. 6. 2017<sup>5</sup> in der Sekundärreserve und Minutenreserve das sog. „Leistungspreisverfahren“, welches den Zuschlag allein in Abhängigkeit zu dem gebotenen Leistungspreis stellte. Zwar waren die Mitbieter bei der Gebotsabgabe verpflichtet sowohl einen Wert für den Leistungspreis als auch für den Arbeitspreis zu nennen, jedoch erfolgte der Zuschlag allein anhand des abgegebenen Leistungspreises, so dass die Akteure, mit dem niedrigsten abgegebenen Leistungspreis aufsteigend bis zur Bedarfsdeckung den Zuschlag erhielten. Im Falle eines Abrufs entschied jedoch nicht der Leistungspreis, sondern der zugleich im Gebotsverfahren abgegebene Arbeitspreis, beginnend auch hier mit dem günstigsten Arbeitspreisangebot, in aufsteigender Reihenfolge bis zur Bereitstellung der erforderlichen Abrufmenge. Bereits hierin sah die Bundesnetzagentur Missbrauchsmöglichkeiten, nahm jedoch zunächst Abstand von einer Änderung des bisherigen Anbietermarktes aufgrund der zeitnah bevorstehenden Einführung der Regularbeitsmärkte nach der Verordnung

(EU) 2017/2195 der Kommission vom 23. 11. 2017 zur Festlegung einer Leitlinie über den Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem.

Ein Abrücken von dieser Position erfolgte aufgrund des Vorfalles am 17. 10. 2017, bei dem im Rahmen der positiven Regelenergie, konkret in der Minutenreserve, ein Arbeitspreis von 77.777,- EUR/MWh für die Abrufung der Regelleistung durch den Übertragungsnetzbetreiber zu entrichten war<sup>6</sup>, was zu einem Ausgleichsenergiepreis von 20.614,97 EUR/MWh bzw. 24.455,05 EUR/MWh zu Lasten der Bilanzkreisverantwortlichen führte, obgleich der Spotmarkt in diesem Zeitraum keine Knappheitspreise aufzeigte. Vielmehr lagen die Spotmarktpreise im üblichen zweistelligen Bereich, so dass der Regelenergiemarkt um mehr als das 1000-fache anstieg. Zwar waren hohe Arbeitspreise bereits zuvor erkennbar, jedoch befanden diese sich erst am Ende der Merit-Order und nicht bereits in der Mitte mit einem mengenmäßig hohen Abruf. Auch in der Folgezeit hatte die Bundesnetzagentur weiterhin hohe Arbeitspreise zu verzeichnen, obgleich weiterhin eine Knappheitssituation auf dem Spotmarkt nicht zu erkennen war.

Dies führte zunächst zur Durchführung eines Analyseverfahrens sowie eines Konsultationsverfahren durch die Bundesnetzagentur, bei welchem die Akteure des Regelenergiemarktes die Möglichkeit zur Stellungnahme hinsichtlich des geplanten Mischpreisverfahrens hatten. Obgleich sich diverse Akteure

\* Die Verfasserin ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Brahms Groos Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Berlin.

\*\* Abgedruckt in REE 2019, 132 [in diesem Heft].

1 Energiewirtschaftsgesetz vom 7. 7. 2005 (BGBl. 2005 I, 1970, 3621), zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. 5. 2019 (BGBl. 2019 I, 706).

2 Stromnetzzugangsverordnung vom 25. 7. 2005 (BGBl. 2005 I, 2243), zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. 5. 2019 (BGBl. 2019 I, 706).

3 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 8. 5. 2018 – BK6-18-019; Beschl. v. 8. 5. 2018 – BK6-18-020, jeweils abrufbar unter [www.bnetza.de](http://www.bnetza.de)

4 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. 7. 2019 – VI-3 Kart 806/18 [V], REE 2019, 132 [in diesem Heft].

5 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 13. 6. 2017 – BK6-15-158; Beschl. v. 13. 6. 2017 – BK6-15-159, jeweils abrufbar unter [www.bnetza.de](http://www.bnetza.de)

6 Vgl. auch Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Bündnis90/Grüne zum Thema „Kosten und Marktentwicklung bei der Regelenergie“, BT-Drs. 19/7643.

gegen die Einführung dieses Verfahrens äußerten, führte die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 8.5.2018 das Mischpreisverfahren in der Minuten- und Sekundärreserve ein, wohl motiviert durch die Befürchtung einer Wiederholungsgefahr sowohl im Rahmen der positiven als auch in der negativen Minutenreserve, die Befürchtung eines vergleichbaren Vorkommens in der Sekundärregelung, die dem gleichen Zuschlagsmechanismus unterlag, sowie der bestehenden Gefahr der Existenzvernichtung für die Bilanzkreisverantwortlichen. Ziel war es dabei, bei der Beschaffung von Regelenergie den Wettbewerbsdruck auf die Arbeitspreise zu erhöhen. Im Rahmen des Mischpreisverfahrens bestimmte fortan der Zuschlagswert, der sich aus dem Leistungspreis, dem Arbeitspreis und einem quartalsweise zu bestimmenden festen Gewichtungsfaktor ergebende Arbeitswert zusammensetzte, in aufsteigender Reihenfolge bis zur Bedarfsdeckung den Zuschlag. Ziel war dabei, den Wettbewerbsdruck auf die Arbeitspreise zu erhöhen, um im Ergebnis unsachgemäße Ausgleichsenergiepreise zu verhindern und die Gesamtsystemkosten zu verbessern.

### III. Entscheidungsgründe des Gerichts

Der Entscheidung des OLG Düsseldorf, basierend auf die im Beschwerdeverfahren angegriffenen Beschlüsse der Bundesnetzagentur vom 8.5.2018, lag dabei im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beschwerdeführerin ist ein unabhängiges Dienstleistungsunternehmen, welches sich insbesondere die Vermarktung einer Vielzahl dezentraler Stromerzeugungsanlagen sowie flexiblen Verbrauchseinrichtungen oder Speichern auf den Stromhandels- und Regelenergiemärkten zum Ziel gemacht hat. Dabei agiert die Beschwerdeführerin nicht als Eigentümerin oder Betreiberin der Erzeugungsanlagen, sondern bindet die unterschiedlichen Anlagen zur einheitlichen Vermarktung in ein virtuelles Kraftwerk ein und vermarktet den Strom mittels Fernüberwachung und Fernsteuerung. Als präqualifiziertes Unternehmen nimmt es dabei als Mitbieter am Regelenergiemarkt teil. Aufgrund ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Beschlüsse der Bundesnetzagentur vom 8.5.2018 wandte sich die Beschwerdeführerin zunächst in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren gegen diese, aufgrund dessen der Senat mit Beschluss vom 11.7.2018 die aufschiebende Wirkung der Anwendbarkeit des Mischpreisverfahrens mit sofortiger Wirkung befristet bis zum 15.10.2018 anordnete.

Anders als von der Beschwerdeführerin vorgetragen, ist das Gericht der Auffassung, dass sowohl die Änderung des Zuschlagsmechanismus im Rahmen der Minutenreserve und Sekundärregelung als auch die inhaltliche Ausgestaltung eines solchen Mechanismus von der Ermächtigungsgrundlage des § 29 Abs. 1 u. 2 EnWG in Verbindung mit § 27 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StromNZV grundsätzlich erfasst und gedeckt sei. Das habe zur Folge, dass der Vorwurf der Beschwerdeführerin ins Leere gehe, dass die Einführung eines festen Gewichtungsfaktors die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage überschreite. Vielmehr sei dies eine Frage des Ermessens<sup>7</sup>, welches lediglich hinsichtlich seiner fehlerfreien Ausübung zu überprüfen sei,

sowie eine Frage der Grenzüberschreitung im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums.<sup>8</sup>

Dieser Prüfung nahm sich das Gericht an und gelangte zu dem Ergebnis, dass die Ermessensentscheidung der hier vorliegenden Entscheidung des Senats zum Zeitpunkt des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts nicht mehr rechtmäßig sei, da nach Erlass des begründeten Eilbeschlusses weitere Erkenntnisse hinzugetreten seien, wonach das Mischpreisverfahren weder erforderlich noch angemessen sei. Der zeitliche Ablauf der Rechtmäßigkeit liege nach der Begründung des Gerichts darin, dass es sich bei dem eingeführten Zuschlagsverfahren um eine zumindest mittelfristige Lösung bis zur Einführung der Regelenergiemärkte gemäß Systemausgleichsverordnung handeln sollte. Im Rahmen einer solchen Lösung, „die in die Rechte der Teilnehmer an der Sekundärregelungs- und Minutenreservemärkten eingreift, ist nur dann rechtmäßig, wenn die Sach- und Rechtslage, die ihren Erlass rechtfertigt, weiter fortbesteht. Ändert sich die Sachlage dergestalt, dass die Entscheidung, träfe sie die Behörde zu einem späteren Zeitpunkt, nicht mehr geeignet und angemessen wäre, muss dies im Rahmen einer Gerichtsentscheidung berücksichtigt werden“.

Zwar habe die Bundesnetzagentur im Rahmen der Lösungsfindung zunächst den Sachverhalt gemäß § 68 EnWG von Amts wegen ordnungsgemäß erfasst und analysiert und den vom OLG Düsseldorf nicht zu beanstanden Rückschluss gezogen, dass der Vorfall vom 17.10.2017, aber auch die im Nachgang erfolgten stark überhöhten Arbeitspreise, ohne dass eine Angebotsknappheit am Spotmarkt vorgelegen hätte, auf den bisherigen Zuschlagsmechanismus zurückzuführen sei, dessen Wettbewerbsdruck sich lediglich auf die Leistungspreise, nicht aber auf die Arbeitspreise auswirke. Aufgrund der begründeten gesteigerten Wiederholungsgefahr bzw. der Vorzeigewirkung war die Änderung des Zuschlagsmechanismus auch geboten. Auch die Wahl des Verfahrens unter mehreren zur Verfügung stehenden unterschiedlicher Verfahren sei dabei grundsätzlich nicht zu beanstanden gewesen, da eine kurzfristige Lösung erforderlich gewesen sei.

Entscheidende Bedenken beständen jedoch hinsichtlich der Erforderlichkeit des Mischpreisverfahrens in Bezug auf einen durchschnittlichen, für alle Gebote gleichermaßen geltenden Gewichtungsfaktor, der keine individuelle Abrufwahrscheinlichkeit für jedes einzelne Gebot oder auch für unterschiedliche Teilsegmente implementiere. Nach Angabe der Bundesnetzagentur beruhe der feste Gewichtungsfaktor darauf, dass dieser einfach ermittelbar sei, transparent bekannt gegeben werden könne und zudem kurzfristig in den Rechenalgorithmus der Übertragungsnetzbetreiber übernommen werden könne. Im Gegensatz dazu sei ein für jedes Gebot ermittelter Gewich-

7 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.10.2014 – VI-3 Kart 62/13 [V], RdE 2015, 90.

8 Vgl. BGH, Beschl. v. 22.7.2014 – EnVR 59/12, RdE 2014, 495.

tungsfaktor anhand der individuellen Abrufwahrscheinlichkeit deutlich komplexer und zeitaufwendiger und hätte nach Angaben der Übertragungsnetzbetreiber mindestens sechs Monate beansprucht. Schließlich handele es sich lediglich um eine Übergangslösung für ein bis eineinhalb Jahre bis zur Einführung der Regelenergiemärkte.

Dieser damaligen Einschätzung könne nicht mehr Folge geleistet werden, da die Einführung der Regelenergiemärkte bereits nach derzeitigem Stand frühstens 2020 erfolgen solle, so dass ein ungeeigneter und angemessener Übergangszeitraum von mindestens zwei bis zweieinhalb Jahre zu verzeichnen sei, innerhalb dessen ohne Weiteres ein kostenoptimaleres und die Interessen der Anbieter gleichermaßen berücksichtigendes Mischpreisverfahren mit individuellem Gewichtungsfaktor, zumindest für unterschiedliche Teilssegmente, eingeführt werden könne. Der Bundesnetzagentur hätte demnach zumindest die Möglichkeit der Einführung eines zweistufigen Systems, nämlich des Mischpreisverfahrens mit festen Gewichtungsfaktor für einen Zeitraum von sechs Monaten einerseits und einem sich zeitlich anschließenden Mischpreisverfahren mit individuellem Gewichtungsfaktors andererseits, zugestanden. Von einer angemessenen Lösung nahm die Bundesnetzagentur jedoch der Einfachheit halber Abstand, so dass der gewählte Zuschlagsmechanismus sich nunmehr als rechtswidrig erweise.

#### IV. Fazit und Bewertung des Urteils

Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. 7. 2019 ist zu begrüßen. Er lässt das Leistungspreisverfahren wiederaufleben und erleichtert bzw. ermöglicht Mitbietern aus dem Bereich der Erneuerbaren Energien die Teilnahme am Regelenergiemarkt, obgleich erneut die Gefahr der Steigerung der Arbeitspreise besteht. Zutreffend geht das Gericht zunächst davon aus, dass der Bundesnetzagentur auch im Nachgang des Gerichtsverfahrens nicht der Vorwurf gemacht werden könne, sie habe das ursprüngliche Problem der erhöhten Arbeitspreise nicht rechtzeitig erkannt sowie in der Folge nicht zeitnah und darüber hinaus nicht lösungsorientiert gehandelt. Wie das Gericht in seinem Beschluss richtigerweise feststellt, war das Mischpreisverfahren zunächst geeignet, dem Problem der erhöhten Arbeitspreise entgegenzuwirken, jedoch nicht dazu geeignet, eine dauerhafte Lösung zu bieten, die allen Marktteilnehmern und dem Markt selbst gerecht wird.

Im Rahmen des Mischpreisverfahren kam es nachweislich zur Reduzierung der erhöhten Arbeitspreise und zugleich auch zur Entlastung der Bilanzkreisverantwortlichen. An anderer Stelle musste jedoch festgestellt werden, dass eine Kostenumlage zu Lasten der Verbraucher erfolgte, die sich auf die Netznutzungsentgelte auswirkte. Zugleich war es Anbietern von Strom aus erneuerbaren Energien, anders als konventionellen Anbietern, nicht möglich den Leistungspreis hochzuhalten, so dass die Teilnahme am Markt nicht nur erhöht, sondern teilweise – beispielweise im Bereich der Erzeugung von Strom auf Basis von Biogas – ein Marktausschluss drohte bzw. stattfand. Aufgrund

dessen war insbesondere aus Sicht der Mitbieter aus dem Bereich der Erneuerbaren Energien die Aufhebung des Mischpreisverfahrens mit einem festen Gewichtungsfaktor geboten und begrüßenswert. Das Mischpreisverfahren mit einem festen Gewichtungsfaktor als Langzeitlösung ist – unter Berücksichtigung aller Marktteilnehmer, der Förderung Erneuerbarer Energien und der Netzstabilität – zutreffend durch das OLG Düsseldorf abgelehnt worden.

Ferner war die Einführung eines neuen Zuschlagsmechanismus durch das OLG Düsseldorf selbst weder Verfahrensgegenstand noch steht dieses Instrument im Kompetenzbereich des Gerichts. Vielmehr ist auch weiterhin die Bundesnetzagentur gemäß § 29 Abs. 1 u. 2 EnWG in Verbindung mit § 27 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StromNZV hinsichtlich der Einführung und der inhaltlichen Ausgestaltung eines solchen Verfahrens vom Gesetzgeber ermächtigt. Das Gericht präsentierte in seinem Beschluss jedoch ein mögliches Verfahren, welches aus Sicht des Senats auch zum jetzigen Zeitpunkt als rechtmäßig zu qualifizieren wäre, so dass sich hierbei die Frage stellt, ob das vorgeschlagene System der Praxis Abhilfe schaffen dürfte. Dabei schlug das Gericht vor, für jedes Gebot einen Gewichtungsfaktor anhand der individuellen Abrufwahrscheinlichkeit zu ermitteln. Zunächst wäre dieses Verfahren nach Angaben der Übertragungsnetzbetreiber mit einem Übergangszeitraum von sechs Monaten auch tatsächlich umsetzbar. Auch inhaltlich vermag dieses Konzept zur Reduzierung der Arbeitspreise dienlich und würde den Markt in tatsächlicher Hinsicht berücksichtigen und nicht pauschale Werte anlegen, die dem aktuellen Markt nicht entsprechen.

Im Ergebnis bleibt es abzuwarten, ob die Bundesnetzagentur sich diesen Vorschlägen annehmen wird oder bis zur Einführung des vorgeschriebenen Regelenergiemarkts durch die Europäische Union das Leistungspreisverfahren im Rahmen des Regelenergiemarktes beibehält.

Viel Zeit verbleibt der Bundesnetzagentur dabei nicht mehr, denn der Regelenergiemarkt wird nach mehreren zeitlichen Verschiebungen sehr wahrscheinlich im kommenden Jahr eingeführt. Dieser sieht dabei getrennte Auktionen für die Bereitstellung der Leistung und der Arbeit vor. Konkret handelt es sich dabei um die Einführung einer Zusatzoption für Anbieter von Regelenergie, denn diese sollen auch ohne vorherigen Zuschlag am Regelleistungsmarkt als sog. „free birds“ durch Abgabe eines Leistungspreises Regelenergiegebote abgeben können. Im Falle der Aktivierung des abgegebenen Angebots bekommen die „free birds“ nur den Arbeitspreis, jedoch nicht den Leistungspreis vergütet. Der Übertragungsnetzbetreiber wählt im Anschluss die günstigsten Regelenergiegebote aus dem Regelenergiemarkt und der Regelleistungsauction aus und reiht sie in eine Merit Order Liste ein. Das hat zur Folge, dass „free birds“ mit niedrigen Arbeitspreisen Anbieter aus der Leistungspreisauktion mit höheren Arbeitspreisen aus der Merit Order Liste drängen können. Allen genannten Verfahren gemein ist somit die Ausübung von Druck auf die Arbeitspreise, um die Kosten insgesamt zu senken.