

STELLUNGNAHME

zum

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben

Die GEODE bedankt sich für die Möglichkeit, zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsgesetzes an unionsrechtliche Vorgaben (nachfolgend Ref-E) Stellung nehmen zu können. Leider konnte innerhalb der extrem knappen Stellungnahmefrist (lediglich 4 Werktage) keine abschließende Prüfung des Entwurfs durch die GEODE erfolgen. Die in der Kürze der Zeit möglichen Anmerkungen der GEODE finden Sie im Folgenden.

Die GEODE begrüßt zunächst die in Art. 17 des Ref-E avisierte Regelung zum sukzessiven Ersatz der bisher geltenden Regelungen zum Netzzugang und zur Entgeltregulierung aus den darin genannten Verordnungen. Hieraus ist erkennbar, dass der Referentenentwurf in zeitlicher Hinsicht auf die Schaffung eines stabilen Übergangsrahmens ausgerichtet ist. Dieser sukzessive Übergang in die neue Regelungssystematik ist aus Sicht der GEODE zur Gewährleistung der Rechtssicherheit der handelnden Akteure unerlässlich.

In materiell-rechtlicher Hinsicht gibt der Ref-E aus Sicht der GEODE allerdings Anlass zu grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Zum einen nimmt der **Gesetzgeber** im vorgelegten Ref-E seine – auch angesichts der EuGH-Rechtsprechung bestehende – Aufgabe nicht wahr, jedenfalls „**Eckpfeiler**“ **der zukünftigen Entgeltregulierung selbst** zu regeln.

Zum anderen wird der Ref-E den verfassungsrechtlichen Anforderungen zur **Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes**, der zwingend darauf angepasst werden muss, dass es in Umsetzung der Entscheidung des EuGH nun zu einer Reduzierung der normativen Steuerung der Entscheidungen der Regulierungsbehörden kommt, nicht gerecht. Auf dieses elementare aus dem Grundrechtsschutz folgende Erfordernis geht der vorgelegte Ref-E nicht ein und sieht auch keine Regelungen zur Stärkung eines Rechtsschutzes vor.

Zudem ist im Ref-E ein verfassungsrechtlich bedenklicher Verlust an **Mitbestimmung der Länder** gegenüber der bisherigen Verordnungsgebung zu verzeichnen. Die im Ref-E zur Beteiligung der Länder/ Landesregulierungsbehörden vorgesehenen Maßnahmen sind aus Sicht der GEODE unzureichend.

Insbesondere in diesen wesentlichen Punkten bedarf es dringender Nachbesserung.

I. Weitreichende Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur

Aus Sicht der GEODE erweist sich insbesondere die Neufassung der §§ 21, 21a EnWG als problematisch. Festzuhalten ist zunächst, dass der Gesetzgeber seine auch nach der EuGH-Rechtsprechung verbleibenden Entscheidungskompetenzen im Bereich der Entgeltregulierung durch die vorgesehenen umfänglichen Festlegungskompetenzen der Bundesnetzagentur weitestgehend aus der Hand gibt. Leitlinien, an denen sich die Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Bedingungen und Methoden zur Entgeltregulierung orientieren müsste, sehen §§ 21, 21a EnWG-Ref-E nicht mehr vor.

Mit dieser weitreichenden Festlegungskompetenz hat der Gesetzgeber eine über die Anforderungen des Urteils des Europäischen Gerichtshof vom 2. September 2021 (EuGH, Urteil vom 2. September 2021, Az.: C-718/18, Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland) hinausgehende Delegation seiner Entscheidungskompetenz an die Bundesnetzagentur vorgenommen, die nicht im Einklang mit verfassungsrechtlichen Grundprinzipien wie dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip steht.

Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Um diesen Grundsatz nicht ins Leere laufen zu lassen, ist es erforderlich, dass sich aus der Gesetzgebung hinreichend konkrete Maßstäbe ergeben, an denen sich das Verwaltungshandeln überprüfen lässt. Neben Zweck und Ausmaß der erteilten Festlegungskompetenz bedarf es daher insbesondere weiterer inhaltlicher Vorgaben, welche die Bundesnetzagentur zu berücksichtigen hat.

Diese aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierenden Anforderungen werden durch den aktuellen Gesetzesentwurf jedoch nicht gewahrt. § 21, 21a EnWG-Ref-E enthalten lediglich Programmsätze, jedoch keine Leitlinien.

Die fehlende Regelungsdichte der §§ 21, 21a EnWG-Ref-E wird besonders im Vergleich zu § 14a EnWG deutlich. Mit Wirkung zum 01.01.2023 wurde der Bundesnetzagentur eine Festlegungskompetenz im Bereich der Netznutzungsverträge zwischen Netzbetreibern und Inhabern von steuerbaren Verbrauchseinrichtungen oder von Netzanschlüssen mit steuerbaren Verbrauchseinrichtungen (steuerbare Netzanschlüsse) erteilt. Zu diesen steuerbaren Netzanschlüssen hat der Gesetzgeber – bereits in Ansehung und ausdrücklicher Berücksichtigung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes – wesentliche inhaltliche Leitlinien

und Orientierungspunkte gesetzt, die die Bundesnetzagentur in Umsetzung dieser Norm in einer Festlegung zu beachten hätte.

Das Fehlen konkreter materieller Vorgaben im Gesetz wird auch nicht durch die Regelungen des Unionsrechts kompensiert (vgl. *Di Fabio*, Unabhängige Regulierungsbehörden und gerichtliche Kontrolldichte, EnWZ 2022, 291, 294; *Di Fabio*; Rechtsschutz von Netzbetreibern gegen Regulierungsentscheidungen nach EuGH, Urt. vom 2.9.2021: Europa- und verfassungsrechtlicher Rahmen für einen effektiven Rechtsschutz, Rechtsgutachten im Auftrag des BDEW vom 30. Juni 2022, S. 23 ff., BeckRS 2022, 20657).

II. Überprüfbarkeit von Regulierungsentscheidungen in der Zukunft

Um dem Schutzzweck des Art. 19 Abs. 4 GG zu genügen, muss trotz des Wegfalls der Steuerung regulierungsbehördlicher Entscheidungen durch untergesetzlich konkretisierte Normen **weiterhin eine gerichtliche Kontrolle** ermöglicht werden; dies wird sich wegen der Reduzierung der inhaltlichen Vorgaben nur durch eine Stärkung der Anforderungen an die behördlichen Verfahren und Regelungen zum Erlass der Allgemeinverfügungen im Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben erreichen lassen.

Zu diesem Zweck muss zunächst in materiell-rechtlicher Hinsicht festgeschrieben werden, dass Methodenentscheidungen der Regulierungsbehörden dem – für die Gerichte gegebenenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen überprüfbaren – **Stand der Wissenschaft entsprechen** müssen. Diese Anforderung muss einer gerichtlichen Vollkontrolle zugänglich sein. Unzureichend ist angesichts dessen etwa die Formulierung in § 21 Abs. 3 EnWG-Ref-E, wonach die dort in Bezug genommenen Methoden „den Stand der Wissenschaft berücksichtigen müssen.“ Darüber hinaus sollte die Bundesnetzagentur in den nun mit deutlich verringertem normativem Rahmen stattfindenden Entscheidungen zu einer **Plausibilisierung** des mit einer gewählten Methode gefundenen Ergebnisses verpflichtet werden.

Ausgehend von diesen aus Sicht der GEODE zwingend vorzunehmenden materiell-rechtlichen Anpassungen sind auch die **Anforderungen an die Begründung der regulierungsbehördlichen Entscheidung** über die bisher in § 73 Abs.1b) EnWG-Ref-E vorgesehen Vorgaben hinaus zu **erhöhen**. Diese müssen auf die verfassungsrechtlich gebotene Ausweitung einer gerichtlichen Vollkontrolle regulierungsbehördlicher Entscheidungen abgestimmt werden. Dies betrifft u.a. die Begründungsanforderungen zur Nachvollziehbarkeit einer von der Bundesnetzagentur vorzunehmenden Ergebnisplausibilisierung.

Zudem sollte durch Änderung des § 67 Abs. 2 EnWG sichergestellt werden, dass die Bundesnetzagentur bei Methodenentscheidungen verpflichtet ist, rechtzeitig und auf hinreichend detaillierter und nachvollziehbarer Dokumentationsgrundlage **Vertretern der von den Verfahren berührten Wirtschaftskreise Gelegenheit zur Stellungnahme** zu geben.

Die Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur wirft zudem Fragen zur **prozessualen Umsetzung des in Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Anspruchs** auf effektiven Rechtsschutz auf, die durch den aktuellen Ref-E jedoch nicht adressiert werden.

Die Festlegungen der Bundesnetzagentur werden als Allgemeinverfügungen im Sinne des § 35 S. 2 VwVfG erlassen. Als Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet, erwächst die Allgemeinverfügung in Bestandskraft. Sofern die betroffenen Netzbetreiber nicht in der in § 78 Abs. 1 Satz 1 EnWG vorgesehenen Monatsfrist gegen die Festlegung Beschwerde einlegen, kann die Festlegung nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG oder im Falle eines Widerrufsvorbehalts zurückgenommen werden. Daraus folgt, dass die Netzbetreiber gegen die zukünftigen Festlegungen zur Bestimmung der Methoden der Bundesnetzagentur vorgehen müssten, um den Eintritt der Bestandskraft zu verhindern.

Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Rechtsbeschwerde gegen eine solche (abstrakte) Methodenfestlegung wäre das Vorliegen einer konkreten Beschwer des Betroffenen. Eine solche Beschwer dürfte zu diesem Zeitpunkt aber regelmäßig noch nicht konkret abschätzbar sein, da die Festlegung nur abstrakt die Methoden für die zukünftigen Regulierungsentscheidungen bestimmt. Soweit eine solche Methodenfestlegung jedoch in Bestandskraft erwachsen würde, wäre sie in den späteren individuellen Verfahren nicht mehr gerichtlich überprüfbar, weil sie von den Gerichten bereits als bestandskräftig anzuwenden wäre. Der Rechtsschutz wird so dramatisch ausgehöhlt; den Festlegungen käme insoweit eine höhere Geltungskraft zu als materiellen Gesetzen oder Rechtsverordnungen. Letztere können von den Gerichten in den Verfahren inzident auf deren Richtigkeit überprüft werden. Diese Möglichkeit würde indes entfallen; ohne dass der Betroffene bereits gegen die Methodenfestlegung vorgehen und diese gerichtlich überprüfen lassen könnte.

Die vorgezeichnete Ausgangslage verdeutlicht, dass eine Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur kein geeignetes Instrument zur Konkretisierung von Rechtsnormen darstellt. Soweit gleichwohl eine Rechtssetzung im Wege einer Festlegung erfolgt, muss jedenfalls auf gesetzlicher Ebene eine klare Regelung getroffen werden, die es dem betroffenen Netzbetreiber ermöglicht, seinen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz durchzusetzen, ohne auf die Bestandskraft der Festlegung verwiesen zu werden.

III. Stellungnahme im Einzelnen

§ 3 EnWG-Ref-E

Die Aufnahme einer Definition von standardisierten Lastprofilen in Nr. 31a greift zu kurz. Wenn eine Definition erfolgt, sollten die Begriffe aus der Festlegung MaBiS, BK6-06-002 in der Änderungsfassung gemäß Beschluss BK6-20-160, (Oberbegriff: normiertes Profil; Unterbegriffe: synthetisches Last-/Einspeiseprofil; tagesparameterabhängiges Last-/Einspeiseprofil) übernommen werden.

§ 17 EnWG-Ref-E

In § 17 Abs. 1 und 2 sollten im Zuge der geplanten Novelle des EnWG wegen der anstehenden Dekarbonisierung der Energieversorgung auch Regelungen zur Verringerung der Netzausbau- und Netzanschlusspflichten im Gasnetzbereich vorgesehen werden. Dies könnte durch die Abschaffung der bisher uneingeschränkten Anschlusspflichten für Gasnetzbetreiber beispielsweise durch die Aufnahme einer Regelung mit Bezug auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit im Einzelfall erfolgen. Zusätzlich sollte im Zuge der anstehenden Transformationsphase auch die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur Kündigung von bestehenden Anschlussnutzungsverhältnissen in Abhängigkeit verfügbarer alternativer Energieträger oder den Ergebnissen der jeweiligen kommunalen Wärmeleitplanung und in Verbindung mit einer angemessenen Frist vorgesehen werden. Die aktuell in § 17 Abs. 3 vorgesehene Verordnungsermächtigung ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, konkrete Regelungen im Zuge der anstehenden EnWG-Novelle wären gleichwohl vorzugswürdig.

§ 20 Abs. 1a EnWG-Ref-E

Der Entwurf fügt am Ende des Absatzes zusätzliche Regelungen zur sog. „Bilanzkreistreue“ an. Diese ist bereits Gegenstand von Festlegungsvorgaben der BNetzA und Bestandteil des branchenweit einheitlichen und von der BNetzA vorgegebenen Bilanzkreisvertrages und muss nicht zusätzlich im Gesetz geregelt werden. Wenn eine Regelung (zusätzlich) im Gesetz erfolgen soll, muss zumindest klargestellt werden, dass es naturgemäß und immer zu Abweichungen in der Bilanzkreisbewirtschaftung kommt. Diese sind nicht immer „unvermeidbar“. Der letzte Satz muss daher lauten: „Er ist verpflichtet, seinen Bilanzkreis vollständig auszugleichen, Abweichungen sind durch die Anwendung der erforderlichen Sorgfalt und die Anwendung sachgerechter Prognosen soweit möglich zu vermeiden.“

Zudem ist der Satz „Der Bilanzkreisverantwortliche trägt die finanzielle Verantwortung für Bilanzkreisabweichungen.“ zu streichen, da er den geltenden (und seit jeher praktizierten) Regelungen für Unterbilanzkreise zuwiderläuft; der Unterbilanzkreis trägt nicht die finanzielle Verantwortung, diese liegt beim Abrechnungsbilanzkreis.

§ 20 Abs. 4 EnWG-Ref-E

Die in Ziffer 9 neu vorgesehene Informationspflicht bezieht sich ausschließlich auf vertriebliche und wettbewerbliche Aspekte. Für diese gibt es weder eine Kompetenz der BNetzA noch eine Notwendigkeit. Diese Ziffer ist daher zu streichen.

§ 21 EnWG-Ref-E

Die Vorschrift des § 21 EnWG ist das „Herzstück“ der Entgeltregulierung für die gesamte Gas- und Elektrizitätsnetzwirtschaft. Sie enthielt bereits jetzt die Programmsätze für die materiellen Vorgaben der Entgeltregulierung („Kostenorientierung“, „effiziente Leistungserbringung“ und „angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals“).

Wie bereits oben angeführt, bleibt der Entwurf hinsichtlich dieser Vorgaben grds. jedoch auf dem bisherigen Stand: Es wäre zu erwarten – und wegen der deutschen verfassungsrechtlichen Vorgaben („Wesentlichkeitstheorie“) auch dringend geboten, dass hier eine deutliche Erweiterung von materiellen Vorgaben vorzunehmen ist. Jedenfalls die „Eckpfeiler“ der zukünftigen Entgeltregulierung muss schließlich der Gesetzgeber vorgeben; eine auch nicht mehr an gesetzliche Vorgaben gebundene Behörde ist dem deutschen Rechtssystem fremd. Eine Regulierung lediglich anhand der bereits bisher vorhandenen Programmsätze und der ansonsten vollständigen Delegation der inhaltlichen Ausgestaltung ist jedenfalls nicht mit dem deutschen Verfassungsrecht in Einklang zu bringen.

a) Allgemein zur Neuregelung des § 21 EnWG

Der Neugestaltung fehlt die verfassungsrechtlich erforderliche Vorgabe jedenfalls von „Eckpfeilern“ eines künftigen Regulierungssystems. Der Vorschlag geht weit über die Anforderungen, die vom Europäischen Gerichtshof festgestellt wurden, hinaus. Es dürfen zwar der unabhängigen Regulierungsbehörde keine Detailvorgaben gemacht werden und – so wie es der Wortlaut des bisherigen § 24 EnWG suggerierte – wesentliche Elemente des Netzzugangs und der Entgeltregulierung auf den Verordnungsgeber delegiert werden.

Die nunmehr vorgeschlagene Regelung überzeugt indes nicht: Letztlich würde sich der Gesetzgeber vollständig der Kompetenz berauben, hier jedenfalls die wesentlichen und für die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Entgeltregulierung elementaren Grundlagen selbst zu regeln. Der vorliegende Entwurf überlässt sämtliche inhaltlichen Vorgaben der Bundesnetzagentur; die Aufzählung der möglichen Themenfelder ist nicht abschließend und enthält auch keine inhaltlichen, die späteren Entscheidungen lenkenden Vorgaben.

Demgegenüber ist jedoch – im völligen Widerspruch zur sonstigen Neuregelung – mit dem neuen Satz 2 in Absatz 2 vorgesehen, es könnten „auch zukünftig wirkende Kosteneinsparungen aus netzbezogenen Maßnahmen berücksichtigt werden“. Zum einen ist diese Vorgabe viel zu unbestimmt, um daraus Rechtsfolgen abzuleiten; zum anderen steht die Begrün-

dung im Widerspruch zur Rechtsfolge der Norm. Dort heißt es (S. 79), es sollten entsprechende Maßnahmen angereizt werden, die bspw. zu einer Reduzierung des Netzausbaubedarfs führen könnten. Eine Anreizwirkung ist indes nicht zu erkennen, wenn entstandene Kosten nicht anerkannt werden, weil sich (erst) aus zukünftigen Maßnahmen eine Reduzierung der Kosten ergeben könnte. Diese Unbestimmtheit auf Tatbestandsseite kann auch keine wirksame Einschränkung der Kostenorientierung vornehmen.

Die GEODE fordert daher, auf diese widersprüchliche und im Kontrast zur sonstigen Ausgestaltung des § 21 EnWG-Ref-E stehende Ergänzung zu verzichten.

Sinnvoller wäre es vielmehr – wenn bereits fast vollständig auf materielle Vorgaben verzichtet wird – mehr formale Vorgaben für die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur zu regeln. Dass die von der Bundesnetzagentur gewählten Methoden – gerichtlich überprüfbar – dem Stand der Wissenschaft entsprechen müssen, sollte eine Selbstverständlichkeit sein. Wichtig wäre darüber hinaus, dass die Bundesnetzagentur bei ihrer Entscheidungsfindung verpflichtet wird, ein auf wissenschaftlicher Basis ermitteltes Ergebnis zu plausibilisieren. Erst mit einer solchen Plausibilisierung – die letztlich auch ein wissenschaftlicher Standard ist – wäre gewährleistet, dass aus den festgelegten Methoden auch valide Ergebnisse resultieren.

b) Neuregelung des § 21 und § 23e EnWG – Transformation der Gasnetze

Im Gesetzentwurf fehlt die dringend gebotene Vorgabe, dass die gemäß Bundes-Klimaschutzgesetz bis 2045 vorzunehmende Dekarbonisierung der Wirtschaft, auch bei den Entgelten für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen zu berücksichtigen ist.

Zwar hat die BNetzA in ihrer Festlegung von kalkulatorischen Nutzungsdauern von Erdgasleitungsinfrastrukturen „KANU“ (BK9-22/614 vom 08.11.2022) schon die erforderliche Verkürzung der kalkulatorischen Nutzungsdauern für ab jetzt investierte Anlagegüter der Gasversorgung ermöglicht, so dass jede ab dem 01.01.2023 getätigte Neuinvestition bis zum 31.12.2044 über Netzentgelte zurückverdient werden kann. Diese Festlegung hat die BNetzA umfassend mit der klimapolitischen Zielsetzung der Bundesregierung und dem daraus folgenden weitgehenden Funktionsverlust der Erdgasnetze begründet.¹ So ist es – wie die Beschlusskammer auf S. 20 des Beschlusses ausführt – „für neu errichtete Netzinfrastrukturen bei einer auch nur ansatzweisen Erreichung der Klimaziele“ bereits zum aktuellen Zeitpunkt „offenkundig“, dass diese ab dem Jahr 2045 funktionslos werden. Obwohl diese Begründung ohne jede Einschränkung auch für vor dem 01.01.2023 hergestellte Bestandsanlagen Gültigkeit hat, hat die BNetzA jedoch ausdrücklich auf eine entsprechende Festlegung für Bestandsanlagen verzichtet, da deren Behandlung „Gegenstand fortgesetzter energiepolitischer Debatten“ bleibt, welche die BNetzA mit ihrer Festlegung nicht abschnei-

¹ BNetzA - BK9-22/614 vom 08.11.2022, Seite 20 ff.

den wollte.² Mit dieser Zurückverweisung von der Regulierungsbehörde an die Politik ist diese explizit gefordert, die feststehenden Ergebnisse dieser energiepolitischen Debatte (Treibhausgasneutralität bis 2045 gemäß Bundes-Klimaschutzgesetz, prognostiziertes Ende der Gasversorgung gemäß § 23e EnWG-Entwurf) als politische Rahmenvorgabe für die Berechnung der Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen festzulegen.

Die Verkürzung der kalkulatorischen Nutzungsdauern bis zum 31.12.2044 ist in einem kostenbasierten Netzentgeltsystem (§ 21 Abs. 2 EnWG) auch für Bestandsanlagen unmittelbar geboten. Ein weiteres Zuwarten würde eine verursachungsgerechte Tragung der Netzkosten verhindern und diejenigen Gasnetzkunden unangemessen belasten, die erst spät vom Gasversorgungsnetz abgetrennt werden. Zudem erwächst den Gasnetzbetreibern mit einer verspäteten Berücksichtigung der Bestandsinvestitionen in den Netzentgelten das Risiko, diese Netzkosten am Ende der Nutzungsdauer nicht mehr auf die zu verteilenden Gas-mengen umlegen zu können. Dieses Absatzmengenrisiko wurde bei der staatlichen Regulierung kostenbasierter Netzentgelte jedoch ausgeschlossen. Auch die Festlegung der den Gasnetzbetreibern zugestandenen Eigenkapitalzinssätze erfolgte immer auf der Basis, dass die Amortisation der Gesamtkosten gesichert ist und ausdrücklich kein Absatzmengenrisiko bestehe (siehe BNetzA-Festlegungen zu den Eigenkapitalzinssätzen für Gasnetzbetreiber: BK4-08-068 vom 07.07.2008, Seite 33 / BK4-11-304 vom 31.10.2011, Seite 10 / BK4-16-161 vom 05.10.2016, Seite 19 / BK4-21-056 vom 12.10.2021, Seite 29).

§ 21a-EnWG-Ref-E

Aus Sicht der GEODE sollten im § 21a für die Ausgestaltung der Anreizregulierung im Rahmen der Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur konkrete Vorgaben auf Gesetzes-ebene formuliert werden. Diese sollten sich mindestens am Detaillierungsgrad des bisherigen § 21a orientieren und auch einzelne Punkte, die bisher in der Anreizregulierungsverordnung geregelt werden, umfassen.

Hierbei sollten insbesondere konkrete Vorgaben zu folgenden Aspekten aus der bisherigen Regelung in § 11 Abs. 2 ARegV in § 21a Abs. 3 EnWG vorgesehen werden:

Unterscheidung in **beeinflussbare und nicht beeinflussbare Kostenanteile**: Dies ist eine Vorgabe, in der der Ordnungsgeber eine abwägende Entscheidung über die Bedeutung bestimmter sozialpolitischer Errungenschaften getroffen hat; eine solche Entscheidung wäre weiterhin von der Politik zu treffen.

Um weiterhin **erreichbare Effizienzvorgaben** zu erzielen, muss die bisherige Bestabrechnung der verschiedenen zum Einsatz kommenden Methoden und Kostenbasen sowie eine Mindesteffizienz zwingend beibehalten werden. Bisher ist aus der Wissenschaft keine „optimale“ Methode bekannt, die die in der betrieblichen Praxis zwangsläufig auftretende Hetero-

² BNetzA - BK9-22/614 vom 08.11.2022, Seite 27.

genität sachgerecht abbilden könnte. Aus der Erfahrung bei der Ausgestaltung der bisherigen Effizienzvergleiche für die ersten vier Regulierungsperioden ist vielmehr davon auszugehen, dass sich die Vor-/Nachteile der einen Methode bzw. Kostenbasis mit den Nach-/Vorteilen einer anderen Methode bzw. Kostenbasis bestmöglich ergänzen. Aktuell wäre dies aus wissenschaftlicher Sicht die zwingende Kombination im Sinne einer **Bestabrechnung** aus einer parametrischen (z.B. SFA) und einer nicht-parametrischen Methode (z.B. DEA). Die Möglichkeit einer Beschränkung auf nur ein Verfahren sollte nicht gegeben sein. Schließlich wäre auch weiterhin eine Vorgabe zum Umgang mit nachweislich nicht erfüllbaren Effizienzvorgaben (analog § 16 ARegV) sowie die Pflicht zur Konsultation der konkret ausgestalteten Effizienzvergleiche und -ergebnisse mit der Branche vorzusehen.

Das bisherige System des **Kapitalkostenabgleichs** aus § 6 Abs. 3 i.V.m. § 10a ARegV sollte insbesondere zur Vermeidung von Investitionshemmnissen und neuerlichen Unsicherheiten bei den Unternehmen, deren Gesellschaftern und sonstigen Investoren gerade im Hinblick auf die Investitionserfordernisse im Zuge der Energiewende zwingend beibehalten und damit vom Gesetzgeber vorgegeben werden. Gleichzeitig sollten auch konkrete Vorgaben zur Ermittlung der Eigenkapital- und Fremdkapitalverzinsung und deren zeitliche Anpassungsmechanismen vorgesehen werden.

Darüber hinaus sollte im Zuge der geplanten Novelle des EnWG mit Blick auf die anstehende Dekarbonisierung der Energieversorgung aufgrund der zu erwartenden heterogenen Entwicklungen der bisherigen **Effizienzvergleich im Gasnetzbereich** gänzlich abgeschafft und auch der **sektorale Produktivitätsfortschritt** bis auf weiteres mindestens ausgesetzt werden.

Weiterhin sollte auch noch eine Vorgabe zur regelmäßigen Evaluierung der bestehenden Regelungen zur Anreizregulierung und eine entsprechende Berichterstattung durch die Bundesnetzagentur an den Gesetzgeber ergänzt werden.

Schließlich erachtet die GEODE zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Ergänzung der Vorschrift als erforderlich. In § 21a, Abs. 3 Satz 2 Nr. 10 EnWG-Ref-E wäre daher nach den Worten „zu **vereinfachten Verfahren** für kleine Netzbetreiber“ zu ergänzen:

„wobei dieses zumindest für Netzbetreiber, an deren Gasverteilernetz weniger als 15.000 Kunden oder an deren Elektrizitätsverteilernetz weniger als 30.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind, eröffnet sein sollte,“

Auf diese Weise könnte für kleine Netzbetreiber, die ohnehin durch die zahlreichen aktuellen gesetzlichen Anforderungen im Zuge der Energiewende und der Digitalisierung besonders gefordert sind, zumindest an dieser Stelle erhöhte Rechtssicherheit angesichts des grundlegenden Umbaus des Regulierungsrahmens geschaffen werden.

§ 23e EnWG-Ref-E

Der Gesetzesentwurf antizipiert in § 23e EnWG-Entwurf völlig sachlogisch, dass die auf den einzelnen Gasnetzkunden entfallenden Netzentgelte progressiv steigen werden, je näher das Ziel der Dekarbonisierung des Energiesektors heranrückt.

Es ist von daher unverständlich, dass diese Erkenntnis zwar in einer neuen Informationspflicht für die Netzbetreiber verarbeitet wird, aber in allen anderen Regelungsbereichen des EnWG unberücksichtigt bleibt.

Die dem Entwurf des § 23e zugrundeliegende Erkenntnis zieht unmittelbaren Anpassungsbedarf bei den Regelungen zur Allgemeinen Anschlusspflicht an das Gasversorgungsnetz (§ 18 EnWG) und zum System der Entgeltbildung (§ 21 EnWG) nach sich. Der sich abzeichnende Paradigmenwechsel von einem „unendlichen“ Gasnetzbetrieb hin zu einer „zeitlich befristeten“ Gasversorgung wird – außer beim § 23e – im Gesetzesentwurf trotz des bereits extrem hohen Handlungsdrucks nicht abgebildet.

Auch können die gem. § 23e EnWG-E zu prognostizierenden Netzentgelte vom Gasnetzbetreiber rein praktisch gar nicht ermittelt werden, da der regulatorische Rahmen für den Ausstieg aus der Erdgasversorgung gerade nicht geregelt wird (siehe auch bereits oben unter § 21).

§ 29 EnWG

Eine Änderung des § 29 EnWG ist bisher nicht Gegenstand des Ref-E. Die GEODE fordert, eine Klarstellung in Abs. 2 der Vorschrift aufzunehmen. Nach dem Wortlaut des geltenden § 29 Abs. 2 EnWG ist die Regulierungsbehörde befugt, die nach Absatz 1 von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen. Da – wie oben dargelegt – eine gerichtliche Kontrolle nur sehr eingeschränkt möglich ist, muss jedenfalls gewährleistet werden, dass die Bundesnetzagentur **keine rückwirkenden** Änderungen von Entscheidungen vornehmen darf. Anderenfalls wäre ein Rechtsschutz komplett ausgehöhlt, da sich die Bundesnetzagentur sogar noch ex-post ihr eigenes Recht schaffen könnte.

§ 41 EnWG-Ref-E

In Absatz 8 werden neue formale Pflichten im Kontext des Lieferantenwechsels vorgesehen. Diese sind nicht erforderlich und nahezu vollständig bereits in den einschlägigen Festlegungen der BNetzA (GPKE und GeLi Gas) bereits kodifiziert. Zur Vermeidung von erneuten Brüchen und weiterem Prozessaufwand sollten diese Vorgaben gestrichen werden. Der Lieferantenwechsel funktioniert in Deutschland reibungslos und ist prozessual bereits durch die

Vorgaben der BNetzA optimiert geregelt worden (inkl. Prozessschritten, Mitteilungen, Datenformaten und Fristen).

§ 41a EnWG-Ref-E

Für die erneute Senkung des Schwellenwerts für dynamische Tarife ist kein Bedarf. Diese werden sich nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen mit dem Fortschreiten des Rollouts intelligenter Messsysteme ohnehin durchsetzen. Die (erneute Neu-)Regelung in Abs. 2 S. 1 ist daher zu streichen.

§ 54 Abs. 3 Satz 3 ff. EnWG-Ref-E

Nach § 54 Abs. 3 ff. EnWG-Ref-E wird der Bundesnetzagentur u.a. die umfassende Kompetenz zur Festlegung der Bedingungen und Methoden für den Netzzugang und der Bedingungen und Methoden zur Ermittlung der dafür erhobenen Entgelte eingeräumt. Damit werden bisher in den Entgeltverordnungen und Netzzugangsverordnungen geregelte und damit den **Zustimmungserfordernissen des Bundesrates** unterliegende Themenkomplexe vollständig in die Festlegungskompetenz der Bundesbehörde überführt.

Nach Ansicht der GEODE sind die insoweit in den §§ 54 Abs. 3 Satz 3 ff., 79 Abs. 3 EnWG-Ref-E sowie Art. 2 Ref-E vorgesehenen Maßnahmen zur Beteiligung der Landesregulierungsbehörden an der Festlegung grundlegender Vorgaben der Netzentgeltregulierung und des Netzzugangs unzureichend, um die bisherige Teilnahme der Länder im Verfahren zum Erlass von Verordnungen adäquat zu spiegeln. Damit ist aus Sicht der GEODE im Ref-E ein verfassungsrechtlich bedenklicher Verlust an Mitbestimmung der Länder gegenüber der bisherigen Verordnungserlasse zu verzeichnen. Die konzeptionelle Einbeziehung des nach Art. 2 Ref-E zu konstituierenden Länderausschusses sowie die hierbei vorgesehenen Fristigkeiten erscheinen der GEODE nicht geeignet, die berechtigten Länderinteressen in den Festlegungsprozessen angemessen abzubilden.

§ 67 Abs. 5 EnWG-Ref-E

Mit § 67 Abs. 5 Ref-E soll die Akteneinsicht und Auskunftserteilung seitens unbeteiligter Dritter durch die Regulierungsbehörde als *lex specialis* zum allgemeinen Informationsanspruch nach dem Informationsfreiheitsgesetz (§ 1 Abs. 1 IFG) geregelt werden. Die GEODE begrüßt, dass entsprechend § 56 Abs. 5 GWB eine spezialgesetzliche Regelung im EnWG geschaffen werden soll.

§ 77 EnWG-Ref-E

Für eine Verschlechterung des Rechtsschutzes im Eilrechtsschutz durch schärfere Fristen- und Präklusionsregelungen ist kein Bedarf. Der Rechtsschutz gegen Verfügungen der BNetzA ist ohnehin stark beschränkt, weitere Verschärfungen sind nicht hinnehmbar.

§ 78a EnWG-Ref-E

Die GEODE begrüßt das Vorhaben, eine Regelung zur beschleunigten und konzentrierten Bewältigung von Massenbeschwerdeverfahren einzuführen. Hierbei muss aber gewährleistet sein, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen nicht verkürzt werden. Die § 78 a EnWG wirft insoweit rechtsstaatliche Bedenken auf. Diesen kann dadurch begegnet werden, dass Abs. 1 wie folgt geändert wird (hervorgehoben):

„Ist die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme Gegenstand von fünf oder mehr Verfahren, kann das Gericht eines oder mehrere geeignete Verfahren vorab durchführen (Musterverfahren) und die übrigen Verfahren aussetzen. Die Beteiligten aller Verfahren sind zur Auswahl des bzw. der Musterverfahren zu hören. Die Beteiligten der ausgesetzten Verfahren sind zu dem bzw. den Musterverfahren beizuladen.“

§ 91 Abs. 7 EnWG-Ref-E

Warum eine Kostenfestsetzung über einen derart langen Zeitraum (sogar länger als die zivilrechtliche Regelverjährung) möglich sein soll, erschließt sich nicht. Von allen Marktbeteiligten wird im EnWG an vielen Stellen effizientes und unverzügliches Handeln gefordert - das muss auch für die beteiligten Behörden gelten. Die Frist ist daher auf maximal ein Jahr zu begrenzen.

§ 95 Abs. 1 Nr. 3j EnWG-Ref-E

Diese Neuregelung soll erstmalig einen Bußgeldtatbestand bei der Verletzung von bloßen Veröffentlichungspflichten vorsehen. Das ist unangemessen, für eine solche Verschärfung gibt es keinen Bedarf. Die bisherigen Zwangsmittel bei der Überwachung der Veröffentlichungspflichten sind vollständig ausreichend. Gravierende Verstöße gegen diese gesetzlichen Nebenpflichten sind nicht bekannt und auch bisher nicht Gegenstand behördlicher Verfahren gewesen. Die Regelung ist zu streichen.

IV. Fazit

Insgesamt ist festzuhalten, dass mit diesem Entwurf die Steuerungs- und Überprüfungsmöglichkeiten der Regulierung eines derart bedeutenden Wirtschaftsbereiches, der auch für das Gelingen der Energiewende unerlässlich ist, derart verkürzt wird, dass mit einer massiven Verunsicherung auch auf Investorensseite zu rechnen ist. Daher bedarf es der dringenden Überprüfung und insbesondere Ergänzung der vorgesehenen Regelungen.

Gern steht die GEODE auch für einen Dialog über eine sachgerechte und angemessene Lösung der vorstehend angesprochenen Problemstellungen mit der Beschlusskammer zur Verfügung.

Berlin, 05.05.2023

Prof. Christian Held
Stv. Präsident GEODE AISBL

Stefan Ohmen
Vorstand GEODE Deutschland e. V.

GEODE
Magazinstraße 15/16
10179 Berlin

Tel.: 0 30 / 611 284 070
Fax: 0 30 / 611 284 099

E-Mail: info@geode.de
www.geode.de
www.geode-eu.org

GEODE AISBL (R001212) und GEODE Deutschland e. V. (R001207) sind im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung registriert und unterliegen dem gesetzlichen Verhaltenskodex des LobbyRG.

Die GEODE ist der europäische Verband der unabhängigen privaten und öffentlichen Strom- und Gasverteilerunternehmen. Mit dem Ziel, diese Unternehmen in einem sich zunehmend europäisch definierten Markt zu vertreten, wurde der Verband 1991 gegründet. Mittlerweile spricht die GEODE für mehr als 1.400 direkte und indirekte Mitgliedsunternehmen in vielen europäischen Ländern, davon 150 in Deutschland.