

**Rechtliche Erstbewertung des BNetzA-Auslegungspapiers „Gemeinsame Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu entflechtungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Messstellenbetrieb“ mit Stand vom 14. Juli 2017**

21. Juli 2017

Geertje Stolzenburg

Das Auslegungspapier ist rechtlich nicht verbindlich und gibt nur die Rechtsauffassung der BNetzA sowie der Landesregulierungsbehörden wieder. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Regulierungsbehörden entsprechend ihre Missbrauchskontrolle ausüben werden (Selbstbindung der Verwaltung), so dass sich alle Beteiligten bei der Organisation und Ausgestaltung des Messstellenbetriebs in ihrem Unternehmen mit der Sichtweise auseinandersetzen sollten. So ist angeraten, die Vereinbarkeit der rechtlichen Auslegung mit der eigenen unternehmerischen Lösung zu prüfen und bei abweichender Ausgestaltung die Erfolgchancen einer Rechtsauseinandersetzung in die Bewertung einzubeziehen. Diese rechtliche Bewertung soll hier eine erste Hilfestellung bieten.

Den Aussagen der Regulierungsbehörden:

- der grundzuständige Messstellenbetrieb eines Netzbetreibers gehöre immer zum Netzbetrieb und
- der grundzuständige Messstellenbetreiber könne in dem betreffenden Netzgebiet nicht zugleich als wettbewerblicher dritter Messstellenbetreiber tätig sein

lässt sich nach Auffassung des BDEW mit guten Argumenten entgegentreten. Etwas anderes gilt nur für den konventionellen Messstellenbetrieb. Hier hält der BDEW die Auffassung der BNetzA für gut vertretbar.

Erfolgversprechende rechtliche Schritte setzen voraus, dass die Regulierungsbehörden konkrete Maßnahmen ergreifen, gegen die dann gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann. Endgültige Klarheit über die Rechtslage könnte nur eine letztinstanzliche gerichtliche Entscheidung oder eine Gesetzesänderung schaffen.

Zu den Fragen im Einzelnen:

Vorab ist festzustellen, dass durch die Einführung des Messstellenbetriebsgesetzes (MsBG) und der damit verbundenen Ausgestaltung einer neuen Marktrolle eine Vielzahl von Rechtsfragen entstanden sind, die noch ungeklärt sind. Schon allein das Zusammenwirken des neuen MsBG mit den bereits bestehenden Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und dem Erneuerbaren-Energien-Gesetz (EEG) ist in weiten Teilen noch ungeklärt. Es beginnt nun der Prozess der Auslegung der Gesetzesvorschriften mit dem Ziel, dadurch ein einheitliches Verständnis herzustellen. Die BNetzA hat sich mit ihrem Auslegungspapier nun einseitig auf Ent-

flechtungsfragen konzentriert und dabei Folgewirkungen ihrer Auslegung auf andere Fragestellungen nicht geprüft, bzw. außer Acht gelassen. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich problematisch, da sie einerseits die Regelungen nicht in den Gesamtkontext stellt und andererseits neue Rechtsunsicherheiten provoziert.

## 1. Entflechtung

Die BNetzA legt in ihrem Papier das MsBG so aus, dass die Entflechtungsregelungen des EnWG auf grundzuständige Messstellenbetreiber vollumfänglich anwendbar sind, soweit dieser Messstellenbetreiber ein Netzbetreiber ist. Dies gelte sowohl für den Messstellenbetrieb mit konventionellen Messeinrichtungen als auch mit modernen Messeinrichtungen und intelligenten Messsystemen. In allen Fällen sei der Messstellenbetrieb als Netzbetrieb anzusehen. Damit würden auch alle Anforderungen der operationellen und rechtlichen Entflechtung für den Messstellenbetrieb gelten. Damit gelten alle Vorgaben zur Markenpolitik und zum Kommunikationsverhalten auf den Messstellenbetrieb.

### Rechtliche Erstbewertung

Für den konventionellen Messstellenbetrieb ist dies mit guten Argumenten vertretbar. Davon ist auch der BDEW in seiner gemeinsam mit dem VKU erstellten [Stellungnahme](#)<sup>1</sup> zur Änderung des von der BNetzA festgelegten Netznutzungs- und Lieferantenrahmenvertrages ausgegangen. Hier hat die Einordnung als Netzbetrieb auch keine nachteiligen Auswirkungen.

Hinsichtlich der Einordnung der modernen Messeinrichtungen und intelligenten Messsystemen dagegen lässt sich nach Einschätzung des BDEW dem Gesetz keine eindeutige Aussage entnehmen.

Es sprechen auch gute Gründe gegen die Auslegung der BNetzA. Das Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) enthält außer dem Verweis auf die rechnungsmäßige Entflechtung keine Vorgaben für die Anwendung anderer Entflechtungsvorgaben. Weder der Regierungsentwurf noch seine Vorgängerversionen im EnWG enthielten je einen Verweis auf die operationelle oder rechtliche Entflechtung. Der BDEW-Stellungnahme des BDEW ist anders als im Auslegungspapier behauptet, keine Festlegung zu entnehmen, dass der grundzuständige Messstellenbetrieb rechtlich dem Netzbetrieb zuzuordnen sei. Der BDEW hatte im Gesetzgebungsprozess hinsichtlich der Vorgaben zur Entflechtung (erfolgreich) argumentiert, dass es eines Verweises auf §§ 6a bis c EnWG (Informatorische Entflechtung) nicht bedürfe, da für den Messstellenbetreiber die weit über die Entflechtung hinaus gehenden Vorgaben des Datenschutzes nach dem MsbG gelten. Eine Einordnung als Netzbetrieb erfolgte damit nicht.

Nicht unbeachtet sollte bleiben, dass sich aus einer Einordnung des Messstellenbetriebs zum Netzbetrieb – jedenfalls bei konsequenter Anwendung dieser Auslegung auf andere offene

---

<sup>1</sup> BDEW/VKU-Stellungnahme zum BNetzA-Entwurf der Standardverträge vom 1. März 2017 in den Festlegungsverfahren BK6-17-042 und BK7-17-026 vom 29. März 2017

Rechtsfragen – auch Vorteile ergeben können. Wäre der Messstellenbetrieb auch im Sinne der Netzanschlussverordnung und der Grundversorgungsverordnung als Netzbetrieb anzusehen, könnten die Regelungen der Sperrung aus der Netzanschlussverordnung auf den Messstellenbetrieb Anwendung finden. Gleiches gilt für die Regelungen zur Haftung des Lieferanten für Fehler des Netzbetreibers/Messstellenbetreibers nach der Grundversorgungsverordnung. Beide Fragen sind bisher nur für den Netzbetrieb in den Verordnungen geklärt.

Hier wird auch die Schwäche des Auslegungspapiers der BNetzA deutlich. Es will den Messstellenbetrieb wenig konsequent, allein vor dem Hintergrund der Entflechtung, einordnen. Ob und mit welcher Begründung der Messstellenbetrieb für andere Themen unter gleichen Umständen kein Netzbetrieb sein soll, wird nicht geklärt.

## **2. Messstellenbetrieb als Dritter im Sinne von § 5 MsbG**

Die BNetzA geht in ihrem nun veröffentlichten Papier davon aus, dass ein zur rechtlichen (§ 7 EnWG) und operationellen (§ 7a EnWG) Entflechtung verpflichteter Netzbetreiber weder im eigenen noch im fremden Netzgebiet als dritter Messstellenbetreiber tätig sein kann. Ein de-minimis-Unternehmen soll danach im eigenen Netzgebiet nicht als dritter Messstellenbetreiber tätig sein können, wohl aber in einem fremden Netzgebiet.

### **Rechtliche Erstbewertung**

Der BDEW hält es – anders als die Regulierungsbehörden – für gut argumentierbar, dass der grundzuständige Messstellenbetreiber auch wettbewerblich im eigenen Netzgebiet tätig werden kann. Die Regelung in § 5 MsbG stellt lediglich klar, dass neben dem Grundzuständigen weitere Messstellenbetreiber am Markt tätig sein können. Sie beinhaltet aber keine ausdrückliche Beschränkung des Netzbetreibers. Die von der BNetzA vertretenen Einschränkungen, vor allem hinsichtlich der Entflechtung, ergeben sich nicht aus dem MsbG. Weder der Gesetzestext noch die Begründung enthalten Hinweise darauf, dass es dem grundzuständigen Messstellenbetreiber untersagt sei, den Messstellenbetrieb wettbewerblich anzubieten. Aus den Grundsätzen der Entflechtung lässt sich dies ebenfalls nicht ableiten. Nicht überzeugend ist auch, dass der Messstellenbetrieb in einem fremden Netzgebiet vom Messstellenbetrieb im eigenen Netzgebiet rechtlich und operationell zu trennen sei. Es handelt sich bei beiden Tätigkeiten um den Messstellenbetrieb im wettbewerblichen Umfeld, den der Gesetzgeber dem Netzbetreiber zugeordnet hat. Jedenfalls entsteht das der Entflechtung zugrunde liegende Potenzial für Interessenskonflikte (die z.B. in die Diskriminierung von Netznutzern münden könnten) bei der Tätigkeit in einem fremden Netzgebiet nicht.

Die Aussagen zu de-minimis-Unternehmen werfen weitere Fragen auf. Denn das Auslegungspapier unterscheidet nicht ausreichend zwischen wettbewerblichen Angeboten und dem Auftreten eines Unternehmens als Dritter im Sinne des § 5 MsbG. Selbstverständlich kann auch der grundzuständige Messstellenbetreiber wettbewerbliche Angebote machen. Nicht jedes Angebot, das von den gesetzlichen Standardleistungen oder Pflichteinbaufällen

abweicht, ist zugleich ein Messstellenbetrieb, der nur durch einen Dritten im Sinne des § 5 MsbG auszuüben wäre. Eine derartige Einschränkung sieht das MsbG nicht vor.

Es bedarf aus Sicht des BDEW einer differenzierten rechtlichen Einordnung der Aktivitäten des grundzuständigen Messstellenbetreibers. Angebote des grundzuständigen Messstellenbetreibers im Wettbewerb müssen möglich sein.

### **3. All-inclusive-Verträge**

Nicht angesprochen wird in dem Auslegungspapier, dass die Möglichkeit für de-minimis-Unternehmen all-inclusive-Verträge abzuschließen, unverändert bleibt. All-inclusive-Verträge, die neben der Lieferung sowohl die Netznutzung als auch die Nutzung der Messstelle an den Letztverbraucher vermitteln, werden als Kombiverträge im Sinne des MsbG angesehen. Der Abschluss eines Kombivertrages macht den Lieferanten nach weit überwiegender Auffassung nicht automatisch zum Messstellenbetreiber. In diesen Fällen tritt der Lieferant nicht als Dritter (Messstellenbetreiber) auf, der dem Kunden den Messstellenbetrieb anbietet, sondern als Lieferant, der verschiedene Leistungen bündelt.