

# Aufsätze

Prof. Dr. Knut Werner Lange und Dr. Christina Möllnitz

## Die flächendeckende Markteinführung intelligenter Messsysteme zwischen Wettbewerb und Regulierung

*Der vermehrte Einsatz erneuerbarer Energien stellt aufgrund ihrer Volatilität und Dezentralität das bestehende Stromsystem vor neue Herausforderungen. Die Politik setzt zur Lösung der damit verbundenen Probleme zunehmend auf die „Digitalisierung der Energiewirtschaft“. Vom verstärkten Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnologie verspricht man sich eine intelligente Steuerung der Kapazitäten, etwa die Kopplung der Nachfrage an die Stromerzeugung, und eine bessere Marktintegration der erneuerbaren Energien. Da sich intelligente Messsysteme bislang am Markt nicht flächendeckend durchsetzen konnten, wurde auf Initiative der Bundesregierung am 2. September 2016 ein Gesetz verkündet, welches das hochgesteckte Ziel bereits prominent im Namen trägt: „Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende“ (BGBl 2016 I, 2034). Das Herzstück dieses Gesetzes bildet das neue Messstellenbetriebsgesetz (MsbG), das einen weitreichenden Pflichteinbau von intelligenten Messsystemen bzw. „Smart Meters“ vorsieht. Das Gesetz soll im vorliegenden Beitrag auf den Prüfstand gestellt werden.*

### I. Einleitung

Durch die Digitalisierung der Energiewirtschaft sollen Energieerzeugung und Energieverbrauch informationstechnisch enger vernetzt werden mit dem Ziel der wechselseitigen Kommunikation und ggf. sogar Interaktion. Fluktuierende, lastferne und dezentrale Energieerzeugungsquellen stellen große Herausforderungen an den Netzbetrieb und an die Versorgungssicherheit.<sup>1</sup> Ein Ausgleich von Angebot (Stromerzeugung) und Nachfrage (Stromverbrauch) erfolgt bislang nur unzureichend, weshalb vor allem auf der Ebene der Verteilnetze erheblicher Modernisierungsbedarf besteht. Die Forderung lautet derzeit, dass die Netze „intelligent“ werden sollen. Damit ist der umfangreiche Einsatz sog. „Smart Grids“ gemeint, also einer Verbindung von Stromleitungen mit Kommunikations-, Informations-, Mess- und Regeltechnik.<sup>2</sup> Solchermaßen technisch aufgerüstete Netze sollen in der Lage sein, selbständig Daten über Last und Zustand im Netz zu kommunizieren und sogar Anlagen autonom zu steuern.<sup>3</sup> Verbunden sind sie mit sog. „Smart Meters“, also intelligenten Stromzählern, die nicht länger nur den Verbrauch und die Nutzungsdauer messen, sondern zusätzlich als eine Art bidirektionale Kommunikationsschnittstelle fungieren und wechselseitig interagieren können.<sup>4</sup> Insgesamt sollen die neuen Netzinfrastrukturen genauere Verbrauchsplanungen ermöglichen, die dezentrale Stromerzeugung effizienter auslasten (Flexibilisierung der Stromnachfrage) und den Bedarf an Reservekapazitäten bei der Stromerzeugung reduzieren helfen.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hatte zunächst ein Eckpunktepapier für das „Verordnungspaket Intel-

ligente Netze“ vorgelegt, das ursprünglich den Weg zu einer flächendeckenden Markteinführung intelligenter Technologien (sog. Rollout) weisen sollte.<sup>5</sup> Angesichts der Komplexität der Materie, und wohl auch ihrer Grundrechtsrelevanz, hat man sich jedoch für ein Gesetzgebungsverfahren entschieden, das in diesem Jahr abgeschlossen wurde.

### II. Verbreitung intelligenter Messsysteme in Deutschland

#### 1. Bisherige Einbaupflichten nach dem EnWG

Eine Pflicht zum Einbau bestimmter Messsysteme zur Erfassung des Energieverbrauchs und der Nutzungszeit ist dem deutschen Energierecht nicht unbekannt. Bereits mit der am 4. August 2011 in Kraft getretenen Energierechtsnovelle<sup>6</sup> wurde eine Einbaupflicht in das EnWG aufgenommen mit dem Ziel, „den Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte“<sup>7</sup> zu legen und im Zusammenspiel mit variablen Tarifen „den Verbraucher zu einem umweltbewussten Verbrauchsverhalten anhalten“<sup>8</sup> zu können. Mit dieser Neuregelung bezweckte bereits die Gesetzesnovelle des Jahres 2011 eine breit angelegte Einbaupflicht der Messsysteme als zentrales Element intelligenter Energienetze.<sup>9</sup>

Seitdem waren in § 21c Abs. 1 lit. a bis c EnWG 2011 spezielle Einbaupflichten für Neuanschlüsse und nach größeren Reno-

- 1 Ausführlich zu den Begrifflichkeiten Wieser, Intelligente Elektrizitätsversorgungsnetze – Ausgewählte Rechtsfragen unter besonderer Berücksichtigung des EnWG 2011 und des EEG 2012, 2014, S. 20 ff.
- 2 Vgl. dazu Bundesnetzagentur, „Smart Grids“ und „Smart Markets“ – Eckpunktepapier zu den Aspekten des sich verändernden Energieversorgungssystems, 2011, S. 11 f.; Eder/vom Wege/Weise, ZNER 2012, 59.
- 3 Siehe die Anwendungsbeispiele bei Peters/Mohr, et 12/2015, 8.
- 4 Zum Begriff siehe Albrecht, Intelligente Stromzähler als Herausforderung für den Datenschutz, 2015, S. 5-7.
- 5 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Baustein für die Energiewende: 7 Eckpunkte für das „Verordnungspaket Intelligente Netze“, 2015, abrufbar unter <<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-fuer-das-verordnungspaket-intelligente-netze.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>> (zuletzt abgerufen am 5.9.2016); dazu Gabler/Pennekamp-Jost, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung der Energiewirtschaft, 2. A., 2016, Kap. 73 Rn. 16 u. 114; Stumpp/Pelka, et 8/2015, 34.
- 6 Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften, BGBl. 2011 I, 1554.
- 7 Vorblatt zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/6072, 1, 2; vgl. auch de Wyl/Thole/Bartsch, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. A., 2013, § 16 Rn. 297.
- 8 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/6072, 45, 77.
- 9 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/6072, 45, 77; tabellarischer Überblick bei Wengeler, EnZW 2014, 500, 502 f.

vierungen für Letztverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mehr als 6000 Kilowattstunden (kWh)<sup>10</sup> und für bestimmte Betreiber von Energieerzeugungsanlagen mit einer installierten Leistung von mehr als sieben Kilowatt (kW) normiert, die lediglich durch das Kriterium der technischen Möglichkeit begrenzt wurden. Nach Expertenschätzungen betrafen diese Einbaupflichten jedoch nur rund 15% aller Messstellen in Deutschland,<sup>11</sup> was durch den Monitoringbericht 2015 der Bundesnetzagentur bestätigt worden ist. Demzufolge unterlagen nach der Auswertung der Angaben von 770 Netzbetreibern, Lieferanten und anderen Messstellenbetreibern in der Summe lediglich etwa fünf Millionen Zählpunkte in Deutschland dem speziellen Pflichteinbau nach § 21c Abs. 1 EnWG 2011, wohingegen die Gesamtanzahl der Zählpunkte allein im Bereich der Kunden mit Standardlastprofil (SLP)<sup>12</sup> über 50 Millionen beträgt.<sup>13</sup>

Neben § 21c Abs. 1 lit. a bis c EnWG 2011 bestand mit § 21c Abs. 1 lit. d EnWG 2011 eine weitere Einbauverpflichtung für intelligente Messsysteme. Sie galt für alle nicht von den speziellen Einbaupflichten erfassten Gebäude, soweit der Einbau bei ihnen technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar war. Der Begriff der wirtschaftlichen Vertretbarkeit war in § 21c Abs. 2 S. 2 EnWG 2011 legaldefiniert. Danach war der Einbau wirtschaftlich vertretbar, wenn dem Anschlussnutzer durch Einbau und Betrieb keine Mehrkosten entstehen oder wenn das Bundeswirtschaftsministerium nach einer wirtschaftlichen Bewertung den Einbau befürwortet und er in einer Rechtsverordnung nach § 21i Abs. 1 Nr. 8 EnWG 2011 angeordnet wird.<sup>14</sup> Diese Rechtsverordnung ist allerdings nicht geschaffen worden.

## 2. Einbauverpflichtung, Zähler und Messsystem

Zu unterscheiden ist zwischen einem intelligenten Zähler und einem intelligenten Messsystem.<sup>15</sup> Unter einem Messsystem verstand der Gesetzgeber des EnWG 2011 „eine in ein Kommunikationsnetzwerk eingebundene Messeinrichtung zur Erfassung elektrischer Energie, das<sup>16</sup> den tatsächlichen Energieverbrauch und die tatsächliche Nutzungszeit widerspiegelt“ (§ 21d Abs. 1 EnWG 2011). Unter einer Messeinrichtung versteht man den Zähler, den Wandler sowie die Kommunikations- und Steuergeräte bzw. bei Gas auch die Druck- und Temperatureinrichtungen. Ein Messsystem muss daher stets in ein Kommunikationsnetz eingebunden sein. Verpflichtet zum Einbau eines solchen Messsystems war der jeweilige Messstellenbetreiber (§ 21b Abs. 1 EnWG 2011). Aus § 21b Abs. 1 EnWG 2011 ergab sich zunächst die „Grundzuständigkeit“ des Netzbetreibers für die Durchführung des Messstellenbetriebs, was in der Regel auch die Durchführung der Messung, also die Auslesung und die Weitergabe der Daten umfasste (§ 21b Abs. 2 S. 1 EnWG 2011). § 3 Nr. 26a EnWG 2011 differenzierte allerdings nicht zwischen den grundzuständigen und wettbewerblichen Messstellenbetreibern,<sup>17</sup> was die grundsätzliche Öffnung des Messstellenbetriebs für Dritte bestätigte. Der Messstellenbetrieb konnte daher auf Wunsch des Anschlussnutzers auch von einem Dritten durchgeführt werden (Wahlzuständigkeit des Dritten).<sup>18</sup> Beim Netzbetreiber verblieb dann eine Art Auffangzuständigkeit (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 MessZV a. F.). Zu den Aufgaben des Messstellenbetriebs gehörten der Einbau, der Betrieb und die Wartung von Messeinrichtungen (§ 3 Nr. 26b EnWG 2011).<sup>19</sup> Mit dem Begriff des Messstellenbetreibers wurde somit im EnWG 2011 eine Marktrolle bezeichnet.

## 3. Folgerungen

Während die Variante der Kostenneutralität (§ 21c Abs. 1 lit. d EnWG 2011) der Einbauverpflichtung in der Literatur zu Recht

kritisch gesehen worden war,<sup>20</sup> so hatte der Gesetzgeber durch die Möglichkeit der Konkretisierung mittels Rechtsverordnung seit 2011 eine zumindest potentiell allgemeingültige Einbaupflicht geschaffen,<sup>21</sup> von der er allerdings keinen Gebrauch gemacht hatte. Im Jahr 2014 betrug die Anzahl an mit Zählern nach den Anforderungen von §§ 21d, 21e EnWG 2011 ausgestatteten Messpunkten daher nur rund 150000 im Bereich der Kunden mit Standardlastprofil und 45000 von 406000 im Bereich der Kunden mit registrierender Leistungsmessung.<sup>22</sup> Diese Zahlen belegen recht eindrucksvoll, dass der Verbreitung intelligenter Messeinrichtungen bisher die notwendige Dynamik fehlte, um die hochgesteckten Ziele einer möglichst flächendeckenden Ausstattung<sup>23</sup> in Deutschland zu erfüllen.<sup>24</sup> Nach wie vor werden zur Messung des Stromverbrauchs zumeist elektromagnetische Stromzähler und zur Messung des Gasverbrauchs Verdrängungsgaszähler oder Strömungsgaszähler verwendet. Auch eine Einbindung in ein Zwei-Wege-Kommunikationsnetz steht vielerorts noch aus.

Nach dem EnWG 2011 war der Netzbetreiber grundsätzlich für den Messstellenbetrieb und die Messung zuständig, soweit nicht ein Dritter die Rolle übernahm (§ 21b Abs. 1 EnWG 2011). Der Monitoringbericht der Bundesnetzagentur aus dem Jahr 2015 hatte aber gezeigt, dass in den meisten Fällen Messstellenbetreiber nach wie vor der Netzbetreiber war.<sup>25</sup> Zwar gewährleistete das Konzept des EnWG 2011 im Grundsatz die Öffnung des Messstellenbetriebs für Dritte und damit eine Intensivierung des Wettbewerbs; gleichwohl ist es in der Praxis nur selten zu einem Wechsel zu einem netzunabhängigen Messstellenbetreiber gekommen. Vor diesem rechtstatistischen Hintergrund ist das neue MsbG zu untersuchen.

10 Der Schwellenwert von 6000 kWh erscheint beliebig gegriffen worden zu sein, vgl. *Gabler/Pennekamp-Jost* (Fn. 5), Kap. 73 Rn. 100.

11 *Herzmann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, 3. A., 2015, § 21c Rn. 11; *Lange*, EWERK 2016, 165, 166; unter Bezugnahme auf *Sörries*, N&R 2012, 58, 59.

12 Hierbei handelt es sich um ein Lastprofil, mit dessen Hilfe der Lastgang eines Letztverbrauchers prognostiziert und bilanziert wird und das regelmäßig im Haushaltskundenbereich zur Anwendung kommt.

13 Bundesnetzagentur, Monitoringbericht 2015, S. 234.

14 Kosten-Nutzen-Analyse; *Gabler/Pennekamp-Jost* (Fn. 5), Kap. 73 Rn. 13; *Lange*, EWERK 2016, 165, 166.

15 Tabellarischer Überblick bei *Wengeler*, EnZ 2014, 500, 501.

16 Sic!

17 *Drozella*, in: *Berliner Kommentar zum Energierecht*, Bd. 1, 3. A., 2014, § 21c EnWG Rn. 5.

18 Zu den Voraussetzungen vgl. *Teßmann/Varvodić*, in: *Mussaev/Rausch/Moraing*, Verträge der Energiewirtschaft, 2015, S. 480, 507 f.; zu den Anforderungen an den Dritten siehe *Heß/Jacobshagen/vom Wege*, EnWZ 2012, 56, 60.

19 *Eder*, in: *Danner/Theobald*, Energierecht, Loseblattsammlung, Stand: 67. Ergänzungslieferung (10/2010), § 21b EnWG Rn. 17; *Thiel*, in: *Kment*, EnWG, 2015, § 21b Rn. 11.

20 *Herzmann* (Fn. 11), § 21c Rn. 21, unter Hinweis darauf, dass sich bei fehlenden Mehrkosten die Messsysteme bereits durch Marktprozesse selbst eingestellt hätten und es somit keiner Einbaupflicht bedürfe; *Thiel* (Fn. 19), § 21c Rn. 18, mit Hinweis auf einen fehlenden Vergleichswert, der die Regelung ins Leere laufen ließe.

21 *Herzmann* (Fn. 11), § 21c Rn. 13.

22 Bundesnetzagentur (Fn. 13), S. 234, 236. Zum Standardlastprofil siehe bereits oben, in Fn. 12. Die registrierende Leistungsmessung (RLM) wird erst ab einem Verbrauch von über 120000 kWh/Jahr und damit im Industriekundenbereich angewandt.

23 Bis zum Jahr 2020 sollen 80% der Verbrauchsstellen in Europa mit intelligenten Stromzählern ausgestattet sein, vgl. Anhang I Nr. 2 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG.

24 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/8306, 7: „Erklärtes Ziel ist es, dass über diesen Prozess [der Marktöffnung im Bereich des Messwesens, d. Verf.] nach einem Zeitraum von sechs Jahren solche intelligenten Zähler in den Grenzen der wirtschaftlichen Vertretbarkeit möglichst flächendeckend, auch unter Einsatz lastvariabler Tarife, zum Einsatz kommen.“

25 Bundesnetzagentur (Fn. 13), S. 232.

### III. Flächendeckende Markteinführung nach MsbG

#### 1. Erweiterte Einbaupflichten nach MsbG

Das neue MsbG tritt an die Stelle der ursprünglich vorgesehenen Rollout-Verordnung nach § 21i Abs. 1 Nr. 8 EnWG 2011;<sup>26</sup> gleichzeitig wird § 21c EnWG 2011 aufgehoben. Im Hinblick auf die Verpflichtung zur flächendeckenden Markteinführung enthält das geplante Gesetz wesentliche Neuregelungen und konkretisiert die bisherigen §§ 21c ff. EnWG 2011: Verpflichtet zur flächendeckenden Markteinführung ist künftig allein der grundzuständige Messstellenbetreiber (§ 29 Abs. 1 MsbG). Ferner wird der Umfang der Einbaupflichtung konkretisiert und zugleich deutlich ausgeweitet. Neben dem verpflichtenden Einbau sind künftig auch optionale Einbaufälle vorgesehen.

Die Einbaupflichtung soll in Zukunft grundsätzlich Letztverbraucher mit einem Jahresdurchschnittsverbrauch von über 6000 kWh und Anlagenbetreiber mit einer installierten Leistung von über 7 kW treffen. Die deutliche Ausweitung der bestehenden Einbaupflichtung wird allerdings nicht durch eine konkrete Erweiterung der Pflichteinbaufälle erreicht; die Regelung ist schon aus § 21c Abs. 1 EnWG 2011 bekannt und wird gegenüber der bisherigen Rechtslage sogar um zwei Varianten verkürzt. Vielmehr ergibt sich die Ausweitung aus der geänderten Legaldefinition des Kriteriums der wirtschaftlichen Vertretbarkeit. Während nach der bisherigen Normierung keine Mehrkosten für den Letztverbraucher entstehen durften, verlangt das Gesetz künftig nur noch, dass ihm keine unverhältnismäßigen Mehrkosten entstehen.<sup>27</sup> Die festgelegten Preisobergrenzen sollen sich strikt am Nutzenpotential orientieren und setzen sich aus den Sowieso-Kosten eines Zählers und dem durchschnittlichen Einsparpotential der jeweiligen Verbrauchsgruppe zusammen.<sup>28</sup> Damit wird die wirtschaftliche Vertretbarkeit der flächendeckenden Markteinführung innerhalb der Preisobergrenzen quasi fingiert.<sup>29</sup>

Kann der grundzuständige Messstellenbetreiber die flächendeckende Markteinführung zu den festgelegten Obergrenzen nicht bewerkstelligen, so ist er künftig verpflichtet, ein Übertragungsverfahren für die Grundzuständigkeit einzuleiten. Wird in diesem Verfahren kein neuer grundzuständiger Messstellenbetreiber gefunden, ist der bisherige grundzuständige Messstellenbetreiber von seiner Rollout-Verpflichtung zunächst befreit; das Verfahren ist aber nach 24 Monaten zu wiederholen (vgl. §§ 44, 45 Abs. 1 Nr. 1 MsbG).

#### 2. Adressat der Neuregelung

Eine weitere Veränderung folgt aus der gesetzlichen Adressierung der in Rede stehenden Pflichten durch die Neuregelung. Anders als nach dem EnWG 2011 ist fortan nur noch der grundzuständige Messstellenbetreiber zur flächendeckenden Markteinführung verpflichtet. Die Verfasser des Gesetzentwurfs sehen in dem geänderten Ansatz eine Stärkung des wettbewerblichen Bereichs des Messwesens,<sup>30</sup> ohne dass zusätzliche Belastungen von der Neuregelung ausgehen sollen. Verpflichtet seien Unternehmen, zu deren Pflichtenkanon seit jeher die Betreuung aller Messstellen gehörte, solange und soweit nicht durch den Anschlussnutzer ein Dritter damit beauftragt werde. Mit der neuen Übertragungsoption gemäß §§ 41 ff. MsbG stehe im Gegenteil auch dem verpflichteten grundzuständigen Messstellenbetreiber künftig eine wettbewerblich orientierte Auswechoption zu, die es ihm ermögliche, sich auf das Kerngeschäft des Netzbetriebs zu konzentrieren.<sup>31</sup>

Die Begründung zum Gesetzentwurf kann durchaus kritisch gesehen werden. Der grundzuständige Messstellenbetreiber ist künftig verpflichtet, die flächendeckende Markteinführung

auch in solchen Gebieten durchzuführen, die aus seiner wirtschaftlichen Beurteilung heraus unattraktiv sind. Gleichzeitig steht er in wirtschaftlich interessanten Gebieten im zunehmenden Wettbewerb um den Messstellenbetrieb mit Dritten; ein Ausgleich seiner Aufwendungen mit den Einnahmen aus attraktiven Gebieten (Quersubventionierung) erscheint daher zumindest nicht ohne weiteres möglich zu sein.<sup>32</sup> Aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive mag eine Verpflichtung zur flächendeckenden Markteinführung auch in wirtschaftlich wenig attraktiven Gebieten sinnvoll erscheinen, da gerade in dünn besiedelten Regionen häufig große Mengen volatiler Energien erzeugt, aber nicht abgenommen werden. Jedoch sollte im Hinblick auf die Diskriminierungsfreiheit des Wettbewerbs unter den Messstellenbetreibern die geplante Finanzierungsstruktur der flächendeckenden Markteinführung überdacht werden. Wenig hilfreich erscheint an dieser Stelle jedenfalls der Hinweis auf die mögliche Übertragung des grundzuständigen Messstellenbetriebs (§§ 41 ff. MsbG). Es ist schon fraglich, ob sich für wirtschaftlich unattraktive Gebiete überhaupt ein neuer grundzuständiger Messstellenbetreiber finden lässt. Sollte das Ausschreibungsverfahren ergebnislos verlaufen, verzögert sich zudem die Markteinführung intelligenter Messsysteme in diesen Gebieten.

### IV. Folgen der Änderung

Es erscheint grundsätzlich möglich, durch Anhebung der Preisobergrenzen für den Einbau und den Betrieb intelligenter Messeinrichtungen zu einer größeren Dynamik im Bereich des „Smart Meter“-Rollouts zu gelangen. Die vom Gesetzgeber angestellten Erwägungen zur ökonomischen Bewertung der flächendeckenden Markteinführung (Kosten-Nutzen-Analyse) können in einem juristischen Beitrag ebenso wenig überprüft werden wie der behauptete gesamtwirtschaftliche Nutzen oder die angeblichen Einsparpotentiale. Aus rechtlicher Sicht sind aber folgende Probleme anzumerken:

#### 1. Entgeltstruktur und Pflicht zur flächendeckenden Markteinführung

##### a) Entgeltstruktur

Die geplante Entgeltstruktur ist aufgrund der Anknüpfung an die Zählpunkte<sup>33</sup> und nicht individuell an den betroffenen Letztverbraucher bei einem Anstieg und bei einem Rückgang der Verbrauchswerte problematisch. Ändern sich die Verbräuche erheblich, etwa weil aufgrund eines Mieterwechsels der Neumieter keinen Jahresverbrauch von über 6000 kWh mehr aufweist, war während des Gesetzgebungsverfahrens lange Zeit fraglich, welche Messentgelte der Messstellenbetreiber künftig erheben darf. Die Preisobergrenzen des § 31 Abs. 1 MsbG berücksichtigen eine solche Änderung nicht. In quasi letzter Minute wurde diese Ungenauigkeit vom Ausschuss

26 Vgl. das Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/7555, 1, 3; Lange, EWERK 2016, 165, 166.

27 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/7555, 62, 91.

28 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/7555, 62, 92.

29 Vom Wege/Wagner, N&R 2016, 2, 5.

30 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/7555, 62, 90.

31 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/7555, 62, 90.

32 Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), Stellungnahme zum Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende – Referentenentwurf, 2015, S. 2; abrufbar unter <<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Stellungnahmen/Stellungnahmen-Gesetzentwurf-Digitalisierung-Energiewende/bdi,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>> (zuletzt abgerufen am 5.9.2016).

33 Zur Zählpunktverwaltung nach dem MsbG-RegE siehe Filipowicz, EWERK 2016, 59.

für Wirtschaft und Energie erkannt und „klarstellend“ ein neuer § 31 Abs. 4 S. 3 eingefügt. Der grundzuständige Messstellenbetreiber hat demnach den Durchschnittswert jährlich zu überprüfen und, soweit erforderlich, das für den Messstellenbetrieb in Rechnung zu stellende Entgelt anzupassen.<sup>34</sup> Während sich die Rechtslage für den Letztverbraucher durch die Klarstellung grundsätzlich verbessert hat, liegen die Nachteile nun bei dem jeweiligen Messstellenbetreiber. Dieser muss den Messstellenbetrieb auch dann zu dem angepassten Entgelt durchführen, sollte die neue Preisobergrenze für ihn aufgrund der geänderten Situation nachteilig sein. Gerade bei dem Unterschreiten der Grenze von 6000 kWh bedeutet das eine Reduktion des möglichen Entgelts um 40% (vgl. § 31 MsbG). Trotz der Klarstellung bleibt weiter offen, wie der Durchschnittswert genau zu berechnen ist, etwa wenn der Mieterwechsel unterjährig erfolgt, und ob hierbei beispielsweise auf bereits bekannte Verbrauchswerte des Neumieteters der letzten Jahre zurückgegriffen werden kann.

#### b) Pflicht zur flächendeckenden Markteinführung und Freiwilligkeit

Die Notwendigkeit einer Pflicht zur flächendeckenden Markteinführung (und deren Erweiterung durch das neue MsbG) für intelligente Messsysteme ist dem Umstand geschuldet, dass der Markt bislang keine ausreichenden Anreize für Stromverbraucher zu einem freiwilligen Einbau der intelligenten Messtechnik gesetzt hat. Letztendlich muss der Verbraucher die Kosten der informationstechnischen Aufrüstung tragen; eine Widerspruchs- bzw. „Opt-out“-Möglichkeit ist für ihn nicht vorgesehen. Interessanterweise hat der Gesetzgeber jedoch auch keine Möglichkeit eines Einbaus auf Verlangen vorgesehen, sollte die Grenze für die flächendeckende Markteinführung im Einzelfall nicht erreicht werden.

Ob die prognostizierten Einsparungspotentiale tatsächlich realisierbar sind, wird sich erst noch zeigen müssen. Um das Ziel des staatlichen Eingriffs im Hinblick auf eine bessere Einbindung des Letztverbrauchers in den Gesamtmarkt zu erreichen, bedarf es neben dem Aufbau der Infrastruktur jedoch ebenso notwendig eines entsprechenden Marktumfelds und der richtigen Anreize, die digitale Infrastruktur zu nutzen. Ansonsten steht der zu erwartenden Kostensteigerung kein individueller Nutzen für den Letztverbraucher gegenüber, was Akzeptanzprobleme schafft. An einem zeitnahen Entstehen dieses Umfelds kann gezweifelt werden. So ist bereits fraglich, ob der Markt ausreichend darauf vorbereitet ist, kurzfristig diejenigen Produkte und Dienstleistungen bereitzustellen, die es dem Endverbraucher flächendeckend ermöglichen, entstehende Flexibilisierungspotentiale tatsächlich zu nutzen.<sup>35</sup> Die Entwicklung eines „Smart Markets“ scheint bislang der geplanten Infrastrukturentwicklung hinterherzuhinken; variable Energietarife, zu deren Angebot gemäß § 40 Abs. 5 EnWG Lieferanten bei wirtschaftlicher Zumutbarkeit schon heute verpflichtet sind, konnten sich bislang kaum durchsetzen. Lastvariable Tarife wurden im Jahr 2014 lediglich von rund 10% der Lieferanten angeboten; zeitvariable Tarife immerhin von 74%.<sup>36</sup> Die Nachfrage der Letztverbraucher nach kürzeren Abrechnungszeiträumen zur verbesserten Visualisierung des eigenen Energieverbrauchs ist mit lediglich 14000 Kundenanfragen<sup>37</sup> im gleichen Berichtszeitraum bislang sehr gering.

## 2. Einsparpotentiale, Wettbewerb, Preisobergrenze

Bei allem gesetzgeberischen Optimismus ist darauf hinzuweisen, dass sich die prognostizierten Einsparpotentiale des Verbrauchers regelmäßig nicht von allein realisieren; der Einbau des intelligenten Messsystems an sich führt für ihn zu keinerlei Einsparung. Vielmehr sind zusätzliche Anstrengungen finanzieller sowie tatsächlicher Art erforderlich, etwa im Hinblick auf die notwendige Anschaffung bzw. Aufrüstung tech-

nisch angepasster Stromverbraucher oder – soweit möglich – ein geändertes Nutzungsverhalten.<sup>38</sup> Für größere Gewerbe- und Industriekunden mag dies noch machbar und wirtschaftlich vernünftig sein. Es bleibt aber abzuwarten, ob die Einsparpotentiale hoch genug ausfallen und in einem angemessenen Verhältnis zum Mehraufwand stehen,<sup>39</sup> um eine entsprechende Anreizwirkung für die Mehrheit der privaten Verbraucher und Kleingewerbetreibenden zu schaffen, die zwangsweise teure Messeinrichtungen beschaffen müssen. Die „Energiewenden“ Deutschlands sind die privaten Stromverbraucher schon jetzt teuer zu stehen gekommen.

Zudem ist das grundsätzliche Nebeneinander von Preisobergrenze und Wettbewerb kritisch zu hinterfragen. Denn in der Regel ist es der Marktmechanismus, der die preisliche Begrenzung einer Leistung sicherstellt, und nicht der Staat. Preiswettbewerb ist zudem die sichtbarste und häufig auch die intensivste Form von Wettbewerb. Die gesetzliche Einführung von Preisobergrenzen stellt daher einen Systembruch dar. Was zudem auf den ersten Blick wie ein Vorteil für den Letztverbraucher erscheint, kann sich schnell in das Gegenteil umkehren, sollte im Bereich des Messstellenbetriebs der Wettbewerbsdruck nicht ausreichend stark sein, um ein aktives Bemühen der Messstellenbetreiber um Preissenkungen zu gewährleisten. In diesem Fall wird die Preisobergrenze nicht etwa die Kosten für den Letztverbraucher deckeln; vielmehr wird sie zum De-facto-Standardpreis werden. Als gutes Beispiel mögen hier die Konzessionsabgaben im Bereich der energierechtlichen Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG dienen. Zwar begrenzt die KAV die Höhe möglicher Konzessionsabgaben vergleichbar der Preisobergrenze; die Zusicherung der Höchstsätze im Bieterverfahren ist allerdings der Normalfall<sup>40</sup> und auch von Gesetzes wegen in § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG akzeptiert.<sup>41</sup>

## 3. Vertragsverhältnis und Ausstattung mit intelligenten Messsystemen

Als wenig verbraucherfreundlich erweist sich in diesem Zusammenhang ferner die Regelung des § 36 Abs. 1 MsbG. Danach soll die Ausstattungspflicht des grundzuständigen Messstellenbetreibers entfallen, wenn die Ausstattung mit intelligenten Messsystemen bereits durch einen wettbewerblichen Messstellenbetreiber vorgenommen worden ist. Ist dies nicht der Fall und nimmt der grundzuständige Messstellenbetreiber die Ausstattung vor, so „endet das laufende Vertragsverhältnis des Anschlussnutzers mit dem Dritten entscheidungslos und wird ab Einbau des intelligenten Messsystems durch den Messstellenvertrag des grundzuständigen Messstellenbetreibers mit dem Anschlussnutzer nach § 9 (MsbG, d. Verf.) abgelöst“. Auf diese Weise wird ein Verbraucher, der sich bereits einmal zu einem Wechsel des Messstellenbetreibers entschie-

34 Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/8919, 8, 10 f.

35 Vgl. hierzu auch v. Preysing, et 5/2015, 8, 9.

36 Bundesnetzagentur (Fn. 13), S. 193; zum begrenzten Nutzen zeitvariabler Tarife zur Abbildung der tatsächlichen Lastsituation vgl. Schnurre, et 6/2014, 53, 54.

37 Bundesnetzagentur (Fn. 13), S. 193.

38 Wengeler, EnZW 2014, 500, 502.

39 Die im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums von Ernst & Young durchgeführte Studie ergab bei einem Verbrauch von 7000 kWh pro Jahr lediglich ein durch Reduktion des Energieverbrauchs und durch Lastverschiebung zu realisierendes durchschnittliches Einsparpotential von 80 Euro und ein maximales Potential von 157 Euro, vgl. Ernst & Young, Variantenrechnungen von in Diskussion befindlichen Rollout-Strategien – Ergänzungen zur Kosten-Nutzen-Analyse vom Juli 2013, 2014, S. 7.

40 Albrecht, in: Schneider/Theobald (Fn. 7), § 9 Rn. 195.

41 Herzmann (Fn. 11), § 46 Rn. 47; Huber, in: Kment (Fn. 19), § 46 Rn. 26; Wegner, in: Berliner Kommentar zum Energierecht (Fn. 17), § 46 EnWG Rn. 47.

den hat, ggf. zu einem erneuten Tätigwerden gezwungen, will er seinen Messstellenbetrieb weiterhin von einem wettbewerblichen Dritten durchführen lassen. Gleichzeitig gelten die Preisobergrenzen gemäß § 36 Abs. 2 MsbG nicht für beauftragte Dritte. Bietet der gewählte Messstellenbetreiber mithin keinen Einbau eines intelligenten Messsystems innerhalb der gesetzlichen Preisobergrenzen an, so ist der Verbraucher entweder gezwungen, die höheren Entgelte des Dritten zu akzeptieren bzw. einen Wechsel hin zu dem grundzuständigen Messstellenbetreiber hinzunehmen oder aber erneut den Messstellenbetreiber nach Einbau zu wechseln. Insofern erscheint es sinnvoll, wettbewerbliche Messstellenbetreiber an der Verpflichtung zur flächendeckenden Markteinführung zumindest im Rahmen bereits bestehender Verträge zu beteiligen.

## V. Fazit

Bis zum Jahr 2005 waren der Betrieb der Messstelle und die Durchführung der Messung fest in der Hand der Netzbetreiber.<sup>42</sup> Mit dieser Aufgabenstellung verbunden war eine faktische Monopolstellung der Netzbetreiber beim Messstellenbetrieb. Mit § 21b EnWG 2005 hatte der Gesetzgeber den ersten Schritt unternommen, dieses Monopol aufzubrechen, auch wenn Messstellenbetrieb und Messung weiterhin grundsätzlich Aufgabe des Netzbetreibers blieben. Allerdings wurde dem Anschlussnehmer die Möglichkeit eröffnet, die Durchführung des Messstellenbetriebs auf einen Dritten zu übertragen (§ 21b EnWG 2005). Von der weitergehenden Möglichkeit, ihm das Recht zu gewähren, auch die Messung durch einen Dritten durchführen zu lassen, wurde jedoch kein Gebrauch gemacht, da die entsprechende Rechtsverordnung nie erlassen wurde (§ 21b Abs. 3 S. 2 EnWG 2005). Erst mit der Reform des EnWG im Jahr 2008<sup>43</sup> erhielten Anschlussnutzer erstmals das Recht, einen Dritten mit dem Messstellenbetrieb und mit der Messung zu beauftragen. Einzelheiten wurden in

der MessZV geregelt. Weitere Schritte in Richtung Wettbewerb unternahm der Gesetzgeber mit der Reform des Jahres 2011.<sup>44</sup> Allerdings blieb etwa die Zählpunktverwaltung noch beim Verteilnetzbetreiber monopolisiert.<sup>45</sup>

Trotz mehrfacher Reformbemühungen ist der Wettbewerb im Bereich des Messstellenbetriebs nie richtig in Gang gekommen, sind in den meisten deutschen Haushalten und auch bei vielen kleinen und mittleren Unternehmen immer noch Messgeräte installiert, die weder eine zeitgenaue Ablesung ermöglichen noch in ein wie auch immer geartetes Kommunikationsnetz eingebunden sind bzw. eingebunden werden können.<sup>46</sup> Das Beispiel Italien zeigt, dass vor allem die Verbindung von „Smart Grid“-Strategie mit intelligenter Messtechnik als ein wichtiger Erfolgsfaktor für die schnelle Einführung der Technologie anzusehen ist. Vor dem Hintergrund dieser Erfahrung muss die Trennung von Netzbetrieb und Messstellenbetrieb kritisch gesehen werden. Italien zeigt zudem, dass sich der Einsatz von „Smart Meter“-Technologie für Verbraucher nicht auszahlt; Haushalte sparen kaum Kosten ein.<sup>47</sup> Mit dem neuen MsbG als wichtigem Bestandteil des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende unternimmt der Gesetzgeber erneut den Versuch, den Wettbewerb zu steigern und zugleich die flächendeckende Markteinführung von intelligenten Messsystemen in Gang zu setzen. Er setzt dabei auf eine Art Wettbewerb mit staatlicher Regulierung. Es bleibt abzuwarten, ob sein Instrumentenmix von Erfolg gekrönt sein wird. Auf die Verbraucher werden jedenfalls neue Kosten zukommen.

42 *Gabler/Pennekamp-Jost* (Fn. 5), Kap. 73 Rn. 1.

43 Gesetz zur Öffnung des Messwesens bei Strom und Gas für Wettbewerb, BGBl. 2008 I, 1790.

44 Siehe Fn. 6.

45 Dazu *Filipowicz*, EWeRK 2016, 59.

46 *Gabler/Pennekamp-Jost* (Fn. 5), Kap. 73 Rn. 7.

47 Weiterführend *Di Nucci*, et 4/2014, 59.

Andreas Neumann

# Der Kommissionsvorschlag für einen europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation

## Geplante Änderungen im Bereich der Marktregulierung

*Am 14. September 2016 hat die Kommission den Vorschlag für eine Richtlinie zur Schaffung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation („European Electronic Communications Code“) vorgelegt (COM [2016] 590 final). Der Beitrag gibt einen ersten Überblick über die wichtigsten Änderungen, die das Gesetzesvorhaben im Bereich der Marktregulierung umfasst.*

### I. Einleitung

Sieben Jahre nach der letzten größeren Reform des europäischen Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation<sup>1</sup> bereitet die Kommission nun erneut eine umfassende Novellierung der einschlägigen Rechtsakte vor. Unmittelbare Grundlage der Mitte September 2016 veröffentlichten Legislativvorschläge ist die „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“, die von der Kommission im Mai 2015 vor-

gestellt worden war.<sup>2</sup> Diese erstreckt sich, auf insgesamt drei Pfeilern ruhend, erheblich über den Bereich der elektronischen Kommunikation hinaus, sah aber von Anfang an auch eine „eine ambitionierte Reform der Telekommunikationsvorschriften“ vor.<sup>3</sup> Diese hat die Kommission nun förmlich in die Wege geleitet.

1 Siehe hierzu *Busch*, N&R 2009, 159; *Klotz/Brandenberg*, N&R 2010, 8, 10 f.

2 Kommission, Mitteilung „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“, COM (2015) 192 final; hierzu etwa *Eckhardt/Baran/Van Roosebeke*, ccpAnalyse Nr. 12/2015; zu früheren Reformüberlegungen im Kontext des Gesetzespaketes „Vernetzter Kontinent“ – COM (2013) 627 final – siehe etwa *Gerpott*, K&R 2013, 781; *Klotz/Hofmann*, N&R 2014, 2, 5; *Sörries/Spiegel*, N&R 2014, 205, 206 f.

3 Kommission (Fn. 2), COM (2015) 192 final, S. 12.