

Die Liberalisierung des Messwesens

Am 13. Juli 2005 ist das neue Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) in Kraft getreten. Anders als im ursprünglich von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf soll nun doch mit der Regelung in § 21 b EnWG erstmals auch der Wettbewerb im Mess- und Zählerwesen eröffnet werden. Das Messwesen soll vom Netzbetrieb abgetrennt und wettbewerblich organisiert werden. Netznutzern soll das Recht eingeräumt werden, eine dritte Person mit den Messdienstleistungen zu beauftragen. Diese neuen Regelungen werden im Folgenden einer ersten Analyse unterzogen.

VON DR. BETTINA TUGENDREICH UND CHRISTIAN VON HAMMERSTEIN

I. Einleitung

Schon in der Begründung des Entwurfes eines ersten Gesetzes zur Änderung des EnWG vom 17. Dezember 2002 hat die Bundesregierung dargelegt, dass die in § 6 EnWG a.F. angesprochene gute fachliche Praxis keine ausschließliche Zuweisung des Mess- und Regelwesens an die Netzbetreiber bedeute. Der Gesetzgeber ging damals davon aus, dass die Übernahme von Netzdienstleistungen grundsätzlich frei vereinbart werden könne. Dennoch ist es in der Folgezeit tatsächlich zu keinem Wettbewerb um die zu erbringenden Dienstleistungen im Mess- und Zählwesen gekommen. Diese Praxis wurde gefestigt durch eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 17. Dezember 2003. Das Gericht verneinte die Existenz eines eigenständigen Marktes für Messung und Verrechnung. Messung, Abrechnung und Inkasso seien integrale Bestandteile der vom Netzbetreiber zu erbringenden Dienstleistung „Netznutzung“.

In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit vom 13. April 2005 (Bundestags-Ausschussdrucksache 15(9)1811) wurde erstmals eine Regelung zur Liberalisierung des Messwesens vorgeschlagen, jedoch beschränkt auf eine Teilliberalisierung. § 23 EnWG-E sah eine Liberalisierung der Messung nur für die Netzebenen Mittelspannung/Mitteldruck und höhere Spannungs- oder Druckebenen vor. Darüber hinaus waren erhebliche Übergangsvorschriften vorgesehen. Erst im Vermittlungsverfahren einigte man sich dann auf eine Regelung, wonach nicht nur der Einbau, der Betrieb und die Wartung von Messeinrichtungen, sondern auch die Messung für alle Spannungs- bzw.

Druckebenen dem Wettbewerb geöffnet wird.

Vorbild für die Regelung des § 21 b EnWG war die bereits seit dem 1. August 2004 in Kraft getretene Regelung in § 13 EEG. Danach hat der Anlagenbetreiber die Wahl, ob er die Errichtung und den Betrieb der Messeinrichtung von dem Netzbetreiber oder einem fachkundigen Dritten durchführen lassen will. Als Reaktion auf diese Neuregelung wurden die Mess- und Verrechnungsentgelte von den Netzbetreibern um bis zu 80 Prozent gesenkt. Diese Tatsache war auch Anlass, eine grundlegende Regelung zur Liberalisierung des Mess- und Zählwesens in das neue EnWG aufzunehmen.

II. Grundstruktur des § 21 b EnWG

Die Neuregelung des § 21 b EnWG stellt zunächst in Absatz 1 den Grundsatz auf, dass der Einbau, der Betrieb und die Wartung von Messeinrichtungen sowie auch die Messung der gelieferten Energie grundsätzlich Aufgabe des Betreibers von Energieversorgungsnetzen ist. Eine anderweitige individuelle Vereinbarung auf der Grundlage der weiteren Absätze des § 21 b EnWG soll aber möglich sein. Damit ist sichergestellt, dass bei fehlender anderweitiger Vereinbarung der Netzbetreiber verpflichtet ist, eine Messeinrichtung zu betreiben und die Messung vorzunehmen.

Die Vorschrift nimmt dann in den folgenden Absätzen eine Zweiteilung vor. In Absatz 2 geht es um die Möglichkeit, Einbau, Betrieb und Wartung der Messanlage von einem Dritten durchführen zu lassen. Gemäß § 21b Absatz 3 Satz 2 EnWG wird zusätzlich die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechts-

verordnung vorzusehen, dass auch die Verantwortung für die Messung (also die Ableseung und die Datenweitergabe) auf der Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung auf Dritte übertragen werden kann. § 21b Absatz 3 Sätze 1 und 3 EnWG sehen darüber hinaus weitere Verordnungsermächtigungen für Detailregelungen vor.

II. Betrieb, Einbau und Wartung von Messeinrichtungen

Gemäß § 21 b Absatz 2 EnWG kann abweichend vom grundsätzlichen Betrieb der Messeinrichtung durch den Netzbetreiber auf Wunsch des betroffenen Anschlussnehmers der Einbau, der Betrieb und die Wartung von Messeinrichtungen auch von einem Dritten durchgeführt werden.

Anschlussnehmer

Weder das EnWG selbst noch die dazu gehörigen Verordnungen definieren den Begriff des Anschlussnehmers. In Anlehnung an den Transmission-Code bzw. den Distribution-Code ist Anschlussnehmer derjenige, dessen elektrische Anlage unmittelbar über einen Anschluss mit dem Netz des Netzbetreibers verbunden ist bzw. dessen Rechtsnachfolger, also z.B. der Hauseigentümer. Dieser ist jedoch häufig nicht identisch mit dem tatsächlichen Nutzer des Anschlusses (Mieter, Pächter). Ein solches Verständnis des Begriffs „Anschlussnehmer“ auch im Rahmen des EnWG könnte zu Problemen führen. Denn den Hauseigentümer muss aus dem Einbau, dem Betrieb und der Wartung einer Messanlage keine Zahlungsverpflichtung treffen, wenn die tatsächlichen Kosten hierfür der Anschlussnutzer trägt oder von ihm erstattet werden. Eine mögliche Kosteneinsparung würde dann für den Hauseigentümer ohne Auswirkung bleiben.

Gelöst werden könnte dieses Problem dadurch, dass der Letztverbraucher dem Vertrag zwischen dem Anschlussnehmer (z.B. Hauseigentümer) und dem mit dem Einbau, dem Betrieb und der Wartung beauftragten Dritten zustimmen muss. Ungelöst bliebe bei dieser Auslegung aber das Problem, dass der Anschlussnehmer überhaupt kein finanzielles Interesse an der Beauftragung eines eventuell preiswerteren Dritunternehmens hat. Es bliebe zu befürchten, dass die bezweckte Liberalisierung des Messwesens tatsächlich nicht praktiziert würde.

Alternativ ließe sich deshalb überlegen, eine dem Wettbewerb verpflichtete Auslegung des Begriffes des Anschlussnehmers der Regelung zugrunde zu legen. Es böte sich an, den tatsächlich Zahlungsverpflichteten als Anschlussnehmer einzustufen. Dem Wortlaut der Norm stünde dies nicht entgegen, denn schließlich ist der Zahlungsverpflichtete (zumeist der Letztverbraucher) auch derjenige, der den Strom „entnimmt“. Diese

Anzeige

Auslegung entspräche dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Problematisch an dieser Auslegung wäre allein, dass der Gesetzgeber in § 21b Abs. 3 S. 2 EnWG im Unterschied zu § 21b Abs. 2 EnWG vom „Anschlussnutzer“ spricht, der bei der hier vorgeschlagenen Auslegung nur schwer vom Anschlussnehmer abzugrenzen ist.

Technische Anforderungen

Dem Anschlussnehmer steht das Wahlrecht in § 21b Abs. 2 EnWG nur unter der Bedingung zu, dass der ausgewählte Dritte einen einwandfreien, den eichrechtlichen Vorschriften entsprechenden Betrieb der Netzeinrichtung gewährleistet.

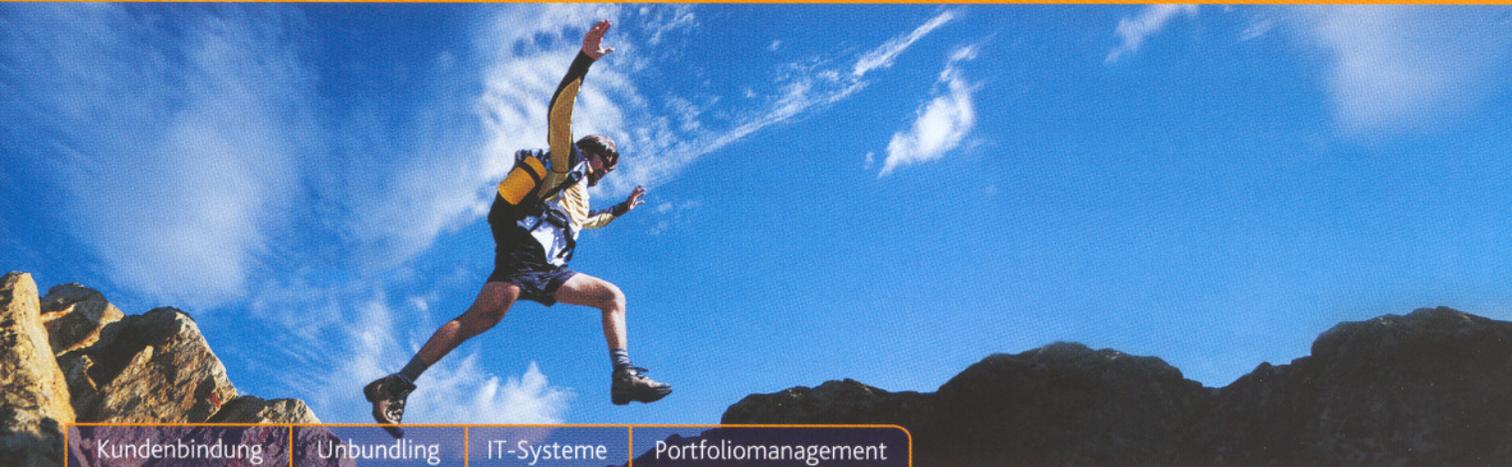
Weiterhin sieht die Vorschrift vor, dass nur dann die Messeinrichtungen eines Dritten verwendet werden dürfen, wenn diese Einrichtungen bestimmten technischen Mindestanforderungen und Mindestanforderungen in Bezug auf Datenumfang und Daten-

qualität genügen. Im Unterschied zu den Eignungskriterien des Dritten, geht es hier um die Anforderungen an die Messeinrichtung selbst. Der Netzbetreiber stellt die technischen Mindestanforderungen einheitlich für sein Netzgebiet auf. Um zu verhindern, dass der Netzbetreiber mittels dieser technischen Anforderungen unüberwindbare Hindernisse aufstellt, sieht das Gesetz vor, dass die Mindestanforderungen sachlich gerechtfertigt und nicht diskriminierend sein müssen. Dies bedeutet im Ergebnis vor allen Dingen, dass der Netzbetreiber keine höheren Anforderungen an fremde Messeinrichtungen als an seine eigenen stellen darf.

Erfüllt der Dritte nicht die vom Netzbetreiber ausgestellten technischen Mindestanforderungen und Mindestanforderungen in Bezug auf Datenumfang und Datenqualität, entspricht seine Messeinrichtung nicht den Anforderungen nach dem Eichgesetz oder fehlt es an der erforderlichen Eignung des

Kommune - Stadtwerk - Energie:

Die Chancen liegen bei Ihnen...



...denn für die Risiken sind wir da.

Kunden bedienen, Netze betreiben, Energie beschaffen:

Die Anforderungen an das einzelne Stadtwerk steigen in allen operativen Bereichen. Die Kooperation mit rhenag ist **das** Modell zur Risikominimierung für Stadtwerke im beschleunigten Liberalisierungsprozess.

 **rhenag**
Das EnergieBündel

Dritten, so ist der Netzbetreiber berechtigt, den Einbau, den Betrieb und die Wartung von Netzeinrichtungen durch den Dritten abzulehnen. Diese Ablehnung hat der Netzbetreiber in Textform zu begründen.

Darüber hinaus statuiert § 21 b Abs. 2 S. 4 einen Anspruch des Messstellenbetreibers auf den Einbau einer in seinem Eigentum stehenden Messeinrichtung. Ohne den Begriff des Messstellenbetreibers näher zu definieren, ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes, dass Messstellenbetreiber derjenige ist, der die beschriebenen Voraussetzungen für den Einbau, den Betrieb und die Wartung von Messeinrichtungen unabhängig vom Netzbetreiber erfüllt und der vereinbarungsgemäß auf Wunsch des betroffenen Anschlussnehmers diese Tätigkeit übernimmt.

Vertragliche Ausgestaltung

Der so definierte Messstellenbetreiber und der Netzbetreiber sind verpflichtet, zur Ausgestaltung ihrer rechtlichen Beziehungen einen Vertrag abzuschließen. Bei einem Wechsel des Messstellenbetreibers sind weiterhin der bisherige und der neue Messstellenbetreiber verpflichtet, die für einen effizienten Wechselprozess erforderlichen Verträge abzuschließen und die notwendigen Daten unverzüglich auszutauschen. Weder das Gesetz noch die Gas- oder Stromnetzzugangsverordnung detaillieren die inhaltlichen Anforderungen an diese Verträge. Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift lässt sich jedoch entnehmen, dass jeder der potentiellen Vertragspartner eine sachgerechte Regelung fordern kann, die den Einbau, den Betrieb und die Wartung einer Netzeinrichtung durch einen Dritten den Wechsel des Messstellenbetreibers bei einer angemessenen Berücksichtigung der wirtschaftlichen Risiken regelt. Erst die Rechtspraxis wird zeigen, ob eine Regelung in dieser allgemeinen Form ausreichend ist, um geeigneten Dritten den Weg zu öffnen, Einbau, Betrieb und Wartung von Messeinrichtungen anstelle des Netzbetreibers zu übernehmen. § 21b Abs. 3 S. 3 EnWG ermächtigt darüber hinaus den Ordnungsgeber, den Wechsel des Messstellenbetreibers in einer Rechtsverordnung näher auszugestalten. Zwar beschränkt sich der Wortlaut des § 21b Abs. 3 S. 2 EnWG

auf einen Wechsel des Messstellenbetreibers, sieht also keine weiteren Vorgaben für den zu schließenden Vertrag zwischen dem Netzbetreiber und dem Messstellenbetreiber vor. Angesichts des klaren Wortlauts der Verordnungsermächtigung („insbesondere“) ist eine solche Detailregelung in einer Verordnung jedoch möglich.

Zeitliche Geltung

Die Möglichkeit, Einbau, Betrieb und Wartung der Messeinrichtung von einem Dritten durchführen zu lassen, besteht unmittelbar mit In-Kraft-Treten des Gesetzes. Dies ergibt sich zum einen aus der klaren Formulierung des § 21 b Abs. 2 EnWG, der einen entsprechenden Anspruch des Anschlussnehmers ohne Einschränkungen normiert. Zum anderen ist die zunächst im Entwurf des § 118 EnWG vorgesehene Übergangsvorschrift im Vermittlungsverfahren gestrichen worden.

Allerdings ist die allgemeine Übergangsvorschrift des § 115 EnWG zu beachten. Nach dieser Vorschrift gelten bestehende Verträge je nach Typus des Vertrages auch nach In-Kraft-Treten des neuen EnWG fort. Ist also der Betrieb der Messeinrichtung und die Messung selbst derzeit vertraglich geregelt, so ist eine davon abweichende Regelung erst möglich, wenn der jeweilige Vertragspartner - also der Anschlussnehmer - ein Anpassungsrecht hat. Im Einzelfall ist dann zu prüfen, welcher Vertrag den Betrieb der Messeinrichtung bzw. dann auch die Messung regelt und wann die Möglichkeit nach der Übergangsvorschrift besteht, eine Anpassung des jeweiligen Vertrages zu fordern. Eine Regelung zum Betrieb der Messeinrichtung, zur Messung und dem dafür zu zahlenden Entgelt findet sich sehr häufig in bestehenden Netznutzungsverträgen, die häufig auf unbestimmte Zeit abgeschlossen sind und deshalb auf Verlangen des Netznutzers gemäß § 115 Abs. 1 S. 2 EnWG frühestens sechs Monate nach Inkrafttreten einer Verordnung nach den §§ 17, 18 oder 24 EnWG angepasst werden können.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob für die Sechs-Monatsfrist einer möglichen Anpassung der vertraglichen Regelung auf den Erlass der Gas- oder Stromnetzzu-

gangsverordnung vom 28. Juli 2005 oder auf den noch nicht erfolgten Erlass der Rechtsverordnungen gemäß § 17 bzw. 18 EnWG abzustellen ist. Es wird darauf ankommen, in welchem Vertrag bisher der Betrieb der Messeinrichtung und auch der Messvorgang einschließlich der dafür zu entrichtenden Entgelte geregelt wurde. Findet sich eine solche Regelung bisher im Netzanschlussvertrag, so ist auf die Rechtsverordnung nach § 17 oder 18 EnWG abzustellen. Finden sich Regelungen zum Betrieb der Messeinrichtung und zur Messeinrichtung aber im Netznutzungsvertrag oder in einem All-inclusive-Vertrag, der die Stromversorgung und die Netznutzung umfasst, ist maßgeblicher Fristbeginn das In-Kraft-Treten der Gas- oder Stromnetzzugangsverordnung am 29. Juli 2005. Eine erstmalige Anpassung des Vertrages wäre danach zum 29. Januar 2006 erstmals möglich. Der Netznutzer könnte ab diesem Zeitpunkt verlangen, dass die bisherige Regelung des Messstellenbetriebes aus dem Vertrag herausgenommen wird oder entsprechend so angepasst wird, dass ein Dritter unabhängig vom Netzbetreiber den Messstellenbetrieb übernehmen kann. Von diesen Überlegungen unberührt bleiben selbstverständlich Neuverträge, die entsprechend dem oben genannten Grundsatz sofort eine entsprechende Regelung in den Verträgen vorsehen können.

Entgeltregulierung

Weiterhin stellt sich die Frage, ob die vom Kunden für den Einbau, den Betrieb und die Wartung der Messeinrichtung geforderten Entgelte auf jeden Fall oder nur unter bestimmten Bedingungen einer Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur oder die Landesregulierungsbehörden unterliegen. Für eine Entgeltregulierung spricht auf den ersten Blick, dass § 21b EnWG Teil der Normen zur Regulierung des Netzbetriebes ist. In § 14 Abs. 4 und Anlage 2 Ziff. 10 StromNEV und § 12 und Anlage 2 Ziff. 5 GasNEV wird die „Messung“ ausdrücklich als Kostenstelle im Rahmen für die Entgeltkalkulation nach § 21 EnWG genannt.

Dies führt allerdings nicht dazu, dass auch die von einem Messstellenbetreiber, der nicht auch Netzbetreiber ist, verlangten Entgelte der Regulierung unterliegen. Denn § 21 EnWG

bezieht sich nur auf die von Netzbetreibern geforderte Entgelte für den Netzzugang. Ob es allerdings sachgerecht ist, dass die mit der Messung zusammenhängenden Entgelte von Netzbetreibern reguliert werden, die entsprechenden Entgelte von unabhängigen Unternehmen nicht, ist zweifelhaft. Denn wenn in diesem Bereich durch § 21b EnWG tatsächlich Wettbewerb eingeführt wird, wäre es angemessen und aus verfassungsrechtlichen Gründen (Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 GG, Berufsfreiheit, Art. 12 GG) möglicherweise sogar geboten, die staatliche Aufsicht über die Preise zu beenden.

III. Messungen

Das EnWG ermächtigt die Bundesregierung in § 21b Abs. 3 Satz 2 EnWG zum Erlass einer Rechtsverordnung, nach der die Messung von Energie auf Wunsch des betroffenen Anschlussnutzers von einem Dritten durchgeführt werden kann.

Grundsätzliche Durchführung der Messung

Zunächst stellt sich die Frage, wer außerhalb dieser Verordnungsermächtigung grundsätzlich die Messung von Energie durchführt. Gemäß dem Grundsatz in § 21b Abs. 1 EnWG würde man auf den ersten Blick zu dem Ergebnis kommen, bis zum Erlass einer Verordnung nach § 21b Abs. 3 S. 2 und einer entsprechenden Auswahl durch den Anschlussnutzer sei immer der Netzbetreiber für die Messung zuständig. Fraglich ist jedoch, ob nicht immer der Messstellenbetreiber auch für die Messung zuständig sein soll. Insbesondere bei ordnungsgemäßer Auswahl eines Dritten gemäß § 21b Abs. 2 EnWG wäre dies dann nicht der Netzbetreiber, sondern der Dritte. Einer Verordnung nach § 21b Abs. 3 S. 2 EnWG verbleibt damit nur noch die Aufgabe zu bestimmen, dass die Messung darüber hinaus auch unabhängig vom Messstellenbetrieb von jedem Dritten durchgeführt werden kann.

Dagegen spricht, dass die Messung in § 21b Abs. 1 EnWG neben dem Einbau, dem Betrieb und der Wartung der Messeinrichtung aufgeführt wird. Dafür spricht jedoch, dass unter dem Begriff des „Betriebes“ im Sinne von 21b Abs. 1 EnWG rein sprachlich auch die Messung verstanden werden kann, denn

ein Betrieb einer Messeinrichtung ohne Messung macht wenig Sinn. So hat es offensichtlich auch die Bundesregierung und der Bundesrat gesehen, denn § 38 Abs. 1 GasNZV sieht vor, dass grundsätzlich der Messstellenbetreiber die Messung von Gasmengen vornimmt. Diese ausdrücklich aufgrund der Ermächtigung zur Regelung von Einzelheiten für den Einbau, den Betrieb und die Wartung gemäß § 21b Abs. 3 Satz 1 EnWG erlassene Regelung würde jedoch gegen § 21b Abs. 2 EnWG verstoßen, wenn zum Betrieb gar nicht die Messung gehören würde. Eine § 38 GasNEV vergleichbare Regelung enthält die StromNZV nicht. Dort wird allerdings in § 19 Abs. 1 StromNZV der Messstellenbetreiber verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass eine einwandfreie Messung gewährleistet wird. Dies lässt sich auch so verstehen, dass er damit auch die Messung „einwandfrei“ vorzunehmen hat. Weiterhin wird für die Verordnung nach § 21b Abs. 3 Satz 1 EnWG in § 21b Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 - 3 EnWG bestimmt, dass diese Regelungen zur Messung enthalten kann. Auch diese Ermächtigung würde keinen Sinn machen, wenn zum Betrieb nicht auch die Messung gehören würde.

Erlass einer Verordnung erforderlich

Anders als beim Einbau, dem Betrieb und der Wartung der Messeinrichtung ist für den Anspruch des Anschlussnutzers, einen Dritten, der nicht Messstellenbetreiber ist, mit der Durchführung der Messung zu beauftragen, jedoch der Erlass einer Rechtsverordnung durch die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erforderlich. Dies bedeutet, dass zumindest die Liberalisierung der Messung unabhängig vom Messstellenbetreiber nur im Gesetz vorgesehen, nicht aber durch das Gesetz selbst realisiert wird. Eine entsprechende Verordnung existiert bisher noch nicht.

Unabhängig von diesem Bedenken gibt der Gesetzgeber vor, dass - anders als noch in § 21b Abs. 2 EnWG - es der Anschlussnutzer sein soll, auf dessen Wunsch die Messung durch einen Dritten durchgeführt werden können soll. Das Gesetz lässt offen, wer Anschlussnutzer im Sinne der Norm ist. Nach der oben vertretenen funktionalen Auslegung der Begriffe unterscheiden sich die Begriffe

des Anschlussnehmers und des Anschlussnutzers in diesem Zusammenhang tatsächlich nicht. In beiden Fällen hat der tatsächlich Zahlungsverpflichtete (in der Regel der Letztverbraucher) das Wahlrecht sowohl für den Einbau, den Betrieb und die Wartung der Messeinrichtung als auch für die Messung selbst.

Voraussetzungen der Messung durch einen Dritten

Die in § 21b Abs. 3 S. 2 EnWG vorgesehene Verordnungsermächtigung sieht vor, dass ein Dritter die Messung nur dann übernehmen kann, wenn durch ihn die einwandfreie Messung und eine Weitergabe der Daten an alle berechtigten Netzbetreiber und Lieferanten, die eine fristgerechte und vollständige Abrechnung ermöglicht, gewährleistet ist. Wie schon im Rahmen von § 21b Abs. 2 EnWG dargestellt, können sich diese Eignungskriterien zum einen auf die fachliche wie auch auf die finanzielle Situation des Dritten beziehen. Anders als bei § 21b Abs. 2 EnWG stellt die Verordnungsermächtigung jedoch nicht auf bestimmte technische Anforderungen von Einrichtungen, z. B. zur Datenübertragung ab.

Weiterhin sieht die Verordnungsermächtigung vor, dass in Bezug auf die Zulassung eines Dritten zur Messung eine noch zu erlassene Rechtsverordnung angemessene Übergangsfristen vorzusehen hat. Darüber hinaus sind auch in diesem Zusammenhang die allgemeinen Übergangsvorschriften des § 115 EnWG (s.o.) zu beachten. ■

zur Person

Dr. Bettina Tugendreich

- Studium der Rechtswissenschaften in Berlin und New York (USA)
- Rechtsanwältin im Berliner Büro der internationalen Sozietät Hogan & Hartson Raue L.L.P.

Christian von Hammerstein

- Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg und Freiburg
- Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- Partner im Berliner Büro der internationalen Sozietät Hogan & Hartson Raue L.L.P.
- Öffentliches Wirtschafts-, Energie-, Telekommunikations- und Kartellrecht