

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht

(Energiewirtschaftsrechtsänderungsgesetz)

Referentenentwurf des BMWi (Stand vom 22.01.2021)

Ergänzungs-/Änderungsvorschläge NeuConnect

1. ZU ARTIKEL 1, NR. 28 – ANWENDUNGSBEREICH

Wir schlagen vor, § 28d Satz 2 EnWG-Entwurf [Seite 24] zu streichen.

Begründung:

Bereits § 28d Satz 1 EnWG-Entwurf regelt unseres Erachtens nachvollziehbar und hinreichend, unter welchen Voraussetzungen die Regelungen des neu eingefügten Abschnitts 3a zur Anwendung kommen sollen. Danach ist nicht nur die Aufnahme der grenzüberschreitenden Elektrizitätsverbindungsleitung in einen Netzentwicklungsplan nach § 12b EnWG, sondern auch die Bestätigung eines solchen Vorhabens durch die Bundesnetzagentur gemäß § 12c Absatz 4 EnWG erforderlich. Ein energiewirtschaftlich bedarfsgerechter Ausbau des Stromnetzes mittels der grenzüberschreitenden Elektrizitätsverbindungsleitung (§12b Absatz 1 Satz 1 iVm Absatz 2 EnWG) wird damit bereits verbindlich festgestellt. Eine darüber hinausgehende Klarstellung bietet die in § 28d Satz 2 EnWG-Entwurf vorgesehene nochmalige regulierungsbehördliche Feststellung der Anwendbarkeit des Abschnitts 3a nicht. Im Gegensatz dazu ist eine solche nochmalige regulierungsbehördliche Feststellung der Anwendbarkeit des Abschnitts 3a geeignet, die (Re-)Finanzierung der im Netzentwicklungsplan bestätigten grenzüberschreitenden Elektrizitätsverbindungsleitung und deren Realisierung zu verzögern. Für den Fall, dass bereits bestehende grenzüberschreitende Elektrizitätsverbindungsleitungen in den Anwendungsbereich des neuen Abschnitts 3a einbezogen werden sollen, bedarf es nicht des § 28d Satz 2. Dafür würde es ohnehin noch einer zusätzlichen Übergangsbestimmung bedürfen, in der dann unmittelbar die entsprechende Ausweitung des Anwendungsbereichs von Abschnitt 3a durch regulierungsbehördliche Feststellung geregelt werden kann.

Daher schlagen wir die Streichung des § 28d Satz 2 EnWG-Entwurf vor.

2. ZU ARTIKEL 1, NR. 28 – KOSTEN VOR INBETRIEBNAHME

Im Ergebnis unserer Gespräche am 26. und 27. Januar 2021 scheint sich in dieser Frage eine für das Projekt „NeuConnect“ zufriedenstellende Lösung abzuzeichnen.

Nur der Vollständigkeit halber stellen wir nachfolgend nochmals den unserer Ansicht nach im Referentenentwurf noch bestehenden Anpassungsbedarf dar:

a) Wir schlagen vor, in § 28g Absatz 1 Satz 1 EnWG-Entwurf [Seite 25] die Formulierung „*ab deren Inbetriebnahme*“ zu streichen.

b) Wir schlagen vor, § 28g Absatz 6 EnWG-Entwurf [Seite 26] zu streichen.]

Begründung:

Mit § 28g Absatz 1 wird ein Zahlungsanspruch eingeführt, um eine Finanzierung und Realisierung grenzüberschreitender Elektrizitätsverbindungsleitungen durch selbständige Betreiber überhaupt erst zu ermöglichen.¹ Unverständlich ist dabei, weshalb die Erstattungsfähigkeit in § 28g Absatz 1 an eine Inbetriebnahme geknüpft wird. Daraus würde eine Ungleichbehandlung gegenüber Übertragungsnetzbetreibern mit Regelzonenverantwortung resultieren, die doch gerade vermieden werden soll.² Eine Netzkostenermittlung nach StromNEV knüpft die Anerkennung von Netzkosten nicht an die Inbetriebnahme, sondern an deren Einordnung als Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers.³

Mit § 28g Absatz 1 in der gegenwärtigen Entwurfsfassung werden jedoch die Kosten für das vor Inbetriebnahme eingesetzte Kapital gar nicht erstattet – anders als bei Übertragungsnetzbetreibern mit Regelzonenverantwortung. Nicht-aktivierungsfähige operative Kosten vor Inbetriebnahme finden bei Übertragungsnetzbetreibern i mit Regelzonenverantwortung m Rahmen der Netzkostenermittlung ebenfalls Berücksichtigung. Auch wenn insoweit gegenwärtig diskutiert wird, inwieweit es der Anerkennung solcher operativer Kosten vor Inbetriebnahme über eine Pauschale im Rahmen von Investitionsmaßnahmen gemäß § 23 ARegV bedarf, findet diese Diskussion ihren tatsächlichen Anknüpfungspunkt doch in der Frage, ob und inwieweit solche operative Kosten vor Inbetriebnahme nicht schon über die Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV abgebildet werden können bzw. abgebildet sind. Diese Frage stellt sich im Rahmen der in dem neuen Abschnitt 3a vorgesehenen Verfahrens der Netzkostenermittlung und -feststellung nicht. Über die in den § 28f Absatz 2 und § 28g Absätze 1 und 3 vorgesehene regulierungsbehördliche Verfahren zur Prüfung und Feststellung der anerkennungsfähigen Netzkosten besteht kein Risiko, das Be-

¹ So auch Referentenentwurf, Begründung unter B. Besonderer Teil, Zu Artikel 1 (Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes), Zu Nr. 28, S. 89; siehe auch Begründung unter A. Allgemeiner Teil, Ziffer I., S. 56, und Ziffer II., S. 57.

² Vgl. Referentenentwurf, Begründung unter B. Besonderer Teil, Zu Artikel 1 (Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes), Zu Nr. 28, S. 90 (Zu § 28e).

³ Vgl. § 4 Absatz 1 StromNEV; siehe entsprechend auch § 28e iVm § 21 Absatz 2 Satz 1, 1. Halbsatz EnWG.

träge für nur vermeintlich entstandene operative Kosten vereinnahmt werden, die tatsächlich gar nicht angefallen sind. Gerade weil es sich hier nicht um eine mit verschiedenen Investitionsprojekten, zum Teil auch reinen Ersatzinvestitionen, vermischte Tätigkeit handelt, sondern allein um die Errichtung und den Betrieb neuer grenzüberschreitender Elektrizitätsverbindungsleitungen, ist die Ermittlung der Netzkosten auf der Grundlage des entflochtenen Tätigkeitsabschlusses gemäß den entsprechend anwendbaren Bestimmungen des § 6b EnWG (§ 28f Absatz 2 Sätze 3 und 4) zwangsläufig außerordentlich transparent.

Daher schlagen wir die Streichung der Formulierung "*ab deren Inbetriebnahme*" in § 28g Absatz 1 Satz 1 sowie des § 28g Absatz 6 vor.

3. ZU ARTIKEL 1, NR. 28 – GENERALKLAUSEL

Wir schlagen vor, § 28f Absatz 1 Satz 2 EnWG-Entwurf [Seite 24] wie folgt zu fassen:

„Technische, betriebliche und wirtschaftliche Besonderheiten bei der Errichtung und dem Betrieb grenzüberschreitender Elektrizitätsverbindungsleitungen sind angemessen zu berücksichtigen.“

Der bisherige Satz 2 des Referentenentwurfs wird Satz 3.

Im Ergebnis unseres Gesprächs am 27. Januar 2021 könnte sich auch in dieser Frage eine für das Projekt „NeuConnect“ gegebenenfalls anderweitige akzeptable Lösung abzeichnen – je nachdem, wie eine Ergänzung der Regelungen und der Begründung im Referentenentwurf konkret ausgestaltet wird. Nur der Vollständigkeit halber stellen wir nachfolgend nochmals die Gründe für den nach unserer Ansicht im Referentenentwurf bisher bestehenden Anpassungsbedarf dar.

Begründung:

Ein selbständiger Betreiber grenzüberschreitender Elektrizitätsverbindungsleitungen wird sich in verschiedener Hinsicht von einem Übertragungsnetzbetreiber mit Regelzonenverantwortung unterscheiden. Dies betrifft organisatorische, betriebliche und strukturelle Fragen bei Finanzierung, Entwicklung, Bau und Betrieb solcher grenzüberschreitender Elektrizitätsverbindungsleitungen. Daraus ergibt sich eine Vielzahl von Detailthemen, die im Rahmen der Regulierung solcher Projekte berücksichtigt werden müssen. Insbesondere werden solche Unternehmungen in aller Regel rein projektfinanziert – anders als Übertragungsnetzbetreiber mit Regelzonenverantwortung.

Dadurch bedingt gibt es zum einen ein hohes Sicherheitsbedürfnis schon im Vorfeld des Entstehens bestimmter Detailthemen und zum anderen besondere Anforderungen von Seiten potenzieller Fremdkapitalgeber. Dem wäre über eine allgemein gehaltene „Generalklausel“ unmittelbar im Gesetz – auch bereits im Vorfeld der Finanzierungsentscheidung – jeweils sichtbar Rechnung getragen, ohne zugleich regulierungsbehördliche Entscheidungsspielräume in irgendeiner Weise gesetzlich einzuzengen. Einen Konflikt zu den Ausführungen im Schlussantrag des Generalanwalts vom 14.01.2021 in der Rechtssache C-718/18 beim EuGH sehen wir daher nicht. Praktisch indes würde eine solche, auch sichtbare Anerkennung der Möglichkeit unterschiedlicher Sachverhalte und einer möglicherweise notwendigen differenzierten regulierungsbehördlichen Praxis die (Projekt-)Finanzierung selbständiger grenzüberschreitender Elektrizitätsverbindungsleitungen erheblich erleichtern, auch wenn sich letztlich eine spätere regulierungsbehördliche Entscheidung dadurch nicht ändert.

4. ZU ARTIKEL 1, NR. 28 – HARMONISIERUNG

Wir schlagen vor, § 28e EnWG-Entwurf [Seite 24 f.] wie folgt um einen Satz 2 (neu) zu ergänzen:

„Zur Realisierung grenzüberschreitender Elektrizitätsverbindungsleitungen ist vorab zwischen den jeweils zuständigen Regulierungsbehörden ein Einvernehmen zu den wesentlichen Parametern der Vorhaben, wie insbesondere Abschreibungsdauern, herzustellen.“

Begründung:

Zunächst ist festzustellen, dass die in § 28f Absatz 3 vorgesehene gleiche Teilung der Kosten sachgerecht ist. Daraus folgt auch, dass die regulierungsbehördliche Tätigkeit zwischen den zuständigen Behörden koordiniert und harmonisiert stattfinden muss. Nur so ist eine marktübliche Finanzierung/Projektfinanzierung grenzüberschreitender Elektrizitätsverbindungsleitungen sicher zu stellen. Insoweit verweisen wir auf die Ausführungen oben zu **Ziffer 3**: Eine grenzüberschreitende Elektrizitätsverbindungsleitung verbindet regelmäßig auch zwei unterschiedliche Rechts- und Regulierungssysteme; technisch kann die grenzüberschreitende Elektrizitätsverbindungsleitung aber nur einheitlich betrieben werden. Sollte insbesondere die Abschreibungsdauer in den jeweils betroffenen Regulierungssystemen sich unterscheiden, drängt sich zwangsläufig die Frage auf, ob und unter welchen gesetzlichen und regulatorischen Vorgaben und Anforderungen eine grenzüberschreitende Elektrizitätsverbindungsleitung nach ihrer Abschreibung weiterbetrieben werden kann. Mit heutigem Blickwinkel hätte diese Frage eine erhebliche Unsicherheit zur Folge. Fremdkapitalgeber werden dann in einer solchen Situation nur den jeweils kürzeren, heute bereits

abgesicherten Zeitraum in ihre Betrachtung einbeziehen, und auf dieser Grundlage ihre Entscheidung treffen. Im konkreten Fall „NeuConnect“ nimmt die britische Regulierungsbehörde Ofgem bisher einen Zeitraum von 25 Jahren an, während sich die Bundesnetzagentur bisher an der angenommenen technischen Nutzungsdauer einer grenzüberschreitenden Elektrizitätsverbindungsleitung orientieren möchte. Blicke es bei dieser Diskrepanz, führt dies dazu, dass Fremdkapitalgeber nur die 25 (abgesicherten) Jahre Betrieb in ihrer Betrachtung berücksichtigen und folglich dem Projekt keine ausreichenden Fremdkapitalmittel zur Verfügung stellen. Darüber hinaus würden stark voneinander abweichende Abschreibungszeiträume zu zusätzlichen Unsicherheiten auf Seiten der Investoren führen.

In Artikel 10 des Referentenentwurfes, dort Ziffer 7, Nr. 9 und 10 (Seite 51) wird zwar die BNetzA ermächtigt, individuelle Festlegungen zur Abschreibung zu beschließen, allerdings fehlt ein Hinweis dazu im Gesetz, der eine Harmonisierung der Abschreibungszeiträume vorsieht. Dabei steht erneut nicht das regulierungsbehördliche Ergebnis im Vordergrund, sondern vielmehr die inhaltlich koordinierte und aufeinander abgestimmte Entscheidung der beteiligten Behörden. Dass sich insoweit im konkreten Fall von NeuConnect das britische Regulierungsregime bereits in einem fortgeschrittenen Stadium (mit mehreren laufenden, fortgeschrittenen Projekten) befindet, mag in praktischer Hinsicht eine harmonisierte Lösung zwischen Bundesnetzagentur und der britischen Regulierungsbehörde Ofgem im konkreten Fall „NeuConnect“ erschweren. Dies ändert aber zum einen nichts an einem entsprechenden generellen Bedürfnis in künftigen Fällen, zum anderen liegt dies nicht im Verantwortungsbereich von NeuConnect.

Einen Konflikt zu den Ausführungen im Schlussantrag des Generalanwalts vom 14.01.2021 in der Rechtssache C-718/18 beim EuGH sehen wir auch insoweit nicht: Wie bereits ausgeführt, ist nicht das Ergebnis der Harmonisierung und eine entsprechende gesetzliche Vorgabe dazu entscheidend⁴, sondern der Umstand einer harmonisierten Entscheidung. Dies steht im Einklang mit dem unionsrechtlichen Ziel der Energiepolitik nach Artikel 194 Absatz 1 lit d) AEUV, die Interkonnektion der Energienetze zu fördern, und mit dem europarechtlichen Prinzip des *effet utile* im Rahmen der Rechtsanwendung.

5. ZU ARTIKEL 1, NR. 48 LIT. C) – BEIHILFEVORBEHALT

Wir schlagen vor, die Einfügung des Absatzes 31 zu § 118 im EnWG-Entwurf [Seite 45] zu streichen.

⁴ Vgl. dazu die Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella vom 14.01.2021 zum Vertragsverletzungsverfahren in der in der Rechtssache EuGH, C-718/18, Rn. 144 (iVm mit Fußnote 77) und 124.

Begründung:

Die Neuregelung ist zu streichen, da kein Beihilfetatbestand im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erkennbar ist. Ein Beihilfetatbestand setzt voraus, dass bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen Begünstigungen über staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährt werden, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Alle Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Dies ist mit den Regelungen in Abschnitt 3a des Referentenentwurfs nicht der Fall. Auch wenn die gesetzlichen Regelungen in Abschnitt 3a zwangsläufig dem Staat zurechenbar sind, ist damit keine unmittelbare oder mittelbare Belastung öffentlicher Haushalte verbunden.⁵ Auch eine Begünstigung des selbständigen Betreibers einer grenzüberschreitenden Elektrizitätsverbindungsleitung erfolgt nicht; vielmehr sollen diese Betreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern mit Regelzonenverantwortung gleich behandelt werden.⁶ Aus demselben Grund wird zum einen im Rahmen der neu eingeführten gesetzlichen Definition des selbständigen Betreibers einer grenzüberschreitenden Elektrizitätsverbindungsleitung in Abgrenzung zu Übertragungsnetzbetreibern mit Regelzonenverantwortung (vgl. Artikel 1, Nr. 3 lit. r) – § 3 Nr. 31 lit. b) neu – Seite 9) keine Selektivität in dem Sinne begründet, dass nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen (vermeintliche) Begünstigungen über den Abschnitt 3a gewährt werden. Zum anderen droht damit durch die neuen Vorschriften des Abschnitts 3a auch keine Wettbewerbsverfälschung, sondern eine solche wird für einen selbständigen Betreiber einer grenzüberschreitenden Elektrizitätsverbindungsleitung gerade ausgeschlossen: Denn es wird die Möglichkeit der Errichtung und den Betrieb solcher grenzüberschreitenden Elektrizitätsverbindungsleitung für selbständige Betreiber als Übertragungsnetzbetreiber ohne Regelzonenverantwortung erst neu geschaffen. Schließlich wird dazu auch der zwischenstaatliche Handel nicht beeinträchtigt, sondern gefördert: Über private Kapitalgeber können neue grenzüberschreitende Elektrizitätsverbindungsleitungen realisiert, damit Netzrestriktionen abgebaut und der grenzüberschreitende Stromhandel gestärkt werden. Die grenzüberschreitende Übertragungskapazität des deutschen Elektrizitätssystems wird auf diese Weise unmittelbar erhöht und ein Beitrag zur Vollendung des europäischen Elektrizitätsbinnenmarkts geleistet.

Daher schlagen wir vor, die Einfügung des Absatzes 31 zu § 118 zu streichen. Das Projekt unterstützt gerne eine Abstimmung mit der Europäischen Kommission über das Nichtvorliegen eines beihilferechtlichen Sachverhalts nach Artikel 107 AEUV.

⁵ Zu den entsprechenden Voraussetzungen vgl. auch EuGH, Urteil vom 28.03.2019 in der Rechtssache C-405/16 P *Deutschland/Kommission* (im Hinblick auf den Wälzungsmechanismus der EEG-Umlage).

⁶ Vgl. Fußnote 2, oben; siehe auch EuGH, Urteil vom 11.03.2020 in der Rechtssache C-454/18 *Baltic Cable AB/Energimarknadsinspektionen*, Rn. 77 f.

6. WEITERE REDAKTIONELLE ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE

a) Wir schlagen vor, in Artikel 1, Nr. 28 – § 28g Absatz 1 Satz 2 EnWG-Entwurf [Seite 25], die Formulierung „*anererkennungsfähige Kosten*“ in „*anererkennungsfähige Netzkosten*“ zu ändern.

Der Begriff „*Netzkosten*“ wird auch in § 28f und in Artikel 10 des Referentenentwurfes, dort Ziffer 7, Nr. 4 (Seite 51) – § 3b Satz 1 StromNEV (neu), verwendet und beschreibt an dieser Stelle präzise den Gegenstand des Zahlungsanspruchs.⁷

b) Wir schlagen vor, in Artikel 10 des Referentenentwurfes, dort Ziffer 7, Nr. 4 – § 3b Satz 1 StromNEV-Entwurf [Seite 50 f.], die Bezugnahme auf die „*§§ 4 bis 11*“ der StromNEV zu ändern und nur auf die „*§§ 4 bis 10*“ Bezug zu nehmen.

§ 11 StromNEV regelt die periodenübergreifende Saldierung zwischen vereinnahmten Netzentgelten einerseits und den nach den §§ 4 bis 10 StromNEV ermittelten Netzkosten andererseits. Dies wird im neu eingefügten Abschnitt 3a bereits in § 28g Absatz 3 (Seite 25) speziell und umfassend geregelt. Bei dem Verweis auf § 11 StromNEV handelt es sich somit um eine Doppelung.⁸ Mangels erzielbaren Netzentgelten hätte § 11 StromNEV hier ohnehin keinen Anknüpfungspunkt und könnte allenfalls entsprechend zur Anwendung kommen.

* * * * *

⁷ Vgl. entsprechend die amtliche Überschrift zu § 4 StromNEV.

⁸ Vgl. insoweit auch die entsprechende Regelung in § 3a Absatz 1 Satz 1 StromNEV.