

Entwurf für ein Gebäudeenergiegesetz – rechtliche Aspekte der Vereinbarkeit von Wasserstoffnetzausbaubereichen mit dem Konzessionsrecht, Entflechtungsvorgaben u.a.

Wesentliche Erkenntnisse der kurzgutachterlichen Stellungnahme „Fahrpläne zur Gasnetztransformation gemäß § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG-E im Lichte des Konzessionsrechts und künftiger Entflechtungsvorgaben“ im Auftrag des Verbands kommunaler Unternehmen e.V. (VKU)

Mit dem **Gesetz für die Wärmeplanung** u.a. (Ref-E v. 21.07.2023; WPG-RefE) und dem **Gebäudeenergiegesetz** (BT-Drs. 20/7619 v. 05.07.2023; GEG-E) werden vor dem Ziel treibhausgasneutral zu wirtschaften, sogenannte *Wasserstoffnetzausbaubereiche* eingeführt. In diesen erfolgt bis zum Jahr 2045 eine sukzessive Umstellung der heutigen Gasnetze auf Wasserstoff nach Maßgabe eines verbindlichen *Fahrplans* (§ 71k Abs. 2 Nr. 2 GEG-E).

Während Eigentümer von Bestandsgebäuden grundsätzlich verpflichtet werden, künftig nur noch Heizungsanlagen einzubauen, die mindestens 65 Prozent der Wärme mit erneuerbaren Energien erzeugen (§ 71 Abs. 1 S. 1 GEG-E), dürfen im Geltungsbereich eines Fahrplans zur Gasnetztransformation einstweilen weiter Gasheizungen eingebaut werden (§§ 71 Abs. 3, 71f GEG-E), wenn diese auf eine Verbrennung von 100 % Wasserstoff umrüstbar sind („H₂-ready-Heizungen“).

Der Fahrplan ist bei normativer Würdigung ein *öffentlich-rechtlicher Vertrag*, mit dem sich Gasverteilernetzbetreiber gegenüber den Trägern der Wärmeplanung (Kommunen) zur Umstellung verpflichten (können). Der Aufbau von Wasserstoffnetzen ist mithin kein Automatismus. Für ein Engagement der Gasverteilernetzbetreiber ist indes zumindest erforderlich, dass diese von Rechts wegen überhaupt – zumindest während der Phase der Umstellung – zugleich als Wasserstoffnetzbetreiber tätig werden dürfen (Teil 2, A. II. des Gutachtens).

Vor diesem Hintergrund wurde kurzgutachterlich geprüft, ob und wenn ja welche rechtlichen Probleme die Aufstellung und Umsetzung verbindlicher Fahrpläne zur Gasnetztransformation im Sinne des § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG-E im Hinblick auf **konzessionsrechtliche** sowie **entflechtungsrechtliche Regelungen** aufwirft und inwieweit die geplanten **Regelungen zum Wasserstoff-Kernnetz** in § 28r EnWG-E und dessen Weiterentwicklung damit im Einklang stehen.

Die Kernaussagen des Kurzgutachtens im Überblick:



I. Fahrpläne im Lichte des geltenden Konzessionsrechts

Gasverteilernetzbetreiber verbindet ein **Konzessionsvertrag** nach § 46 Abs. 2 EnWG mit der Gemeinde (Teil 2, B. des Gutachtens), der einer Höchstlaufzeit von 20 Jahren unterliegt und der nach seinem Auslaufen nach geltendem Konzessionsrecht zwingen in einem wettbewerblichen Verfahren von der Gemeinde neu vergeben werden muss. Die Umsetzung des Fahrplans setzt allerdings eine Kontinuität in der Person des Gasverteilernetzbetreibers bis zum Ende der Umstellung, d. h. bis zum 31.12.2044 voraus. Diese Kontinuität wird durch die wettbewerblich geprägten Vorgaben des geltenden Konzessionsrechts nicht sicher gewährleistet; die Wirksamkeit des Instruments der Fahrpläne ist in vielen Fällen einer Konzessionsneuvergabe in Frage zu stellen. Im Fall eines Konzessionärswechsels bei einer Neuvergabe ist der Neukonzessionär mangels gesetzlicher Verpflichtung nicht an den vom Altkonzessionär aufgestellten Fahrplan gebunden. Ob eine Gemeinde die Einhaltung eines bereits aufgestellten Fahrplans zur Mindestanforderung an die Bewerber in einem Konzessionsverfahren machen darf, ist im derzeitigen Rechtsrahmen unklar und müsste letztlich im Einzel- bzw. Streitfall durch die Rechtsprechung (mit einem deutlichen Zeitversatz bei entsprechender Rechtsunsicherheit) geklärt werden.

Mit Blick auf Regelungsinhalte der Fahrpläne wie die in § 71k Abs. 3 Satz 3 GEG-E aufgeführten erforderlichen Verträge und Finanzierungszusagen ist zudem unklar, ob Fahrpläne überhaupt einer Rechtsnachfolge zugänglich sind. Offen bleibt auch, was mit der Erfüllung eines Fahrplans geschieht, wenn sich auf die Ausschreibung einer Gaskonzession kein Unternehmen mehr bewirbt.

Um die mit dem GEG-E verfolgte gesetzgeberische Intention zu erreichen und ein Scheitern der Fahrplanumsetzung möglichst zu vermeiden, dürfte eine **Anpassung des Konzessionsrechts unausweichlich** sein. Denkbar wäre hier insbesondere, dass für solche Konzessionsgebiete, in denen bei Auslaufen des bestehenden Gaskonzessionsvertrages bereits ein genehmigter Fahrplan gemäß § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG-E besteht, die Möglichkeit eröffnet wird, dass die Gemeinde – im Einvernehmen mit dem Altkonzessionär – den bestehenden Gaskonzessionsvertrag mit dem bisherigen Gaskonzessionär ohne Ausschreibung der Konzession jedenfalls bis zu dem für die Vollendung des Fahrplans vorgesehenen Zeitpunkt verlängern kann. Ein weiterer Lösungsansatz wäre, dass den Gemeinden die Möglichkeit eingeräumt wird, die derzeit laufenden Gaskonzessionsverträge vor einer Erstellung des Fahrplanes vorzeitig zu beenden und ohne Ausschreibung mit dem bisherigen Konzessionär zu verlängern oder jedenfalls neu auszuschreiben.

II. Fahrpläne im Lichte der Entflechtungsproblematik nach EU-GasRL-E

Im Rahmen der Novellierung der EU-Gasbinnenmarktrichtlinie (GasRL-E) läuft derzeit der Trilog zwischen den Organen der EU. Falls sich dabei nicht die Position des Europäischen Parlaments durchsetzt, scheitert die geplante Transformation der Gasverteilernetze an den dann vermutlich geltenden **Entflechtungsvoraussetzungen für Wasserstoffnetze** (Teil 2, C. des Gutachtens).

Die Position der Europäischen Kommission zur Trennung des Betriebs der Infrastruktur von anderen Wertschöpfungsstufen des Wasserstoffmarkts (vertikale Entflechtung) sowie von dem Betrieb von Gasnetzen (horizontale Entflechtung) in Art. 62 f. EU-GasRL-E ist derart restriktiv, dass die notwendige Aufnahme des Betriebs eines Wasserstoffnetzes durch bestehende Verteilernetzbetreiber im Prinzip ausgeschlossen erscheint. Die Vorgaben sehen nämlich keine gesonderte Verteilerebene und stattdessen die strenge eigentumsrechtliche Trennung („Ownership Unbundling“) für *alle* Wasserstoffnetze vor.

Zwar will der Europäische Rat die aus dem Gassektor für Fernleitungsnetze bekannten Entflechtungsmodelle ISO und ITO für Wasserstoffnetze dauerhaft zulassen sowie unter engen Voraussetzungen eine Ausnahme von den Vorgaben einer eigentumsrechtlichen Entflechtung für geographisch begrenzte Wasserstoffnetze ermöglichen. Doch auch die Vorgaben des Netzbetriebs im ISO- oder ITO-Modell sind für Stadtwerke bzw. die Verteilernetzbetreiber rechtlich, wirtschaftlich und strukturell nicht umsetzbar. Der Vorschlag einer Ausnahmegenehmigung in Art. 48 GasRL-E ist in der derzeitigen Form nicht geeignet und müsste zumindest grundlegend erweitert werden. Die Notwendigkeit der Durchführung eines planungs- und investitionsfeindlichen weiteren Genehmigungsverfahrens bleibt dem Vorschlag immanent, so dass die Ausnahmeregelung nach Art 48 GasRL-E keine tragfähige Alternative darstellen dürfte.

Demgegenüber schlägt das **Europäische Parlament** vor, **auch für Wasserstoffnetze auf die bewährten Entflechtungsvorgaben für Strom- und Gasnetze zu setzen**. Dies ließe den Betrieb mehrerer Netzbetreiber in einer Gesellschaft zu, wie es erkennbar auch die gesetzgeberische Konzeption in § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG-E ist. Die Position des Europäischen Parlaments sollte deshalb von der Bundesregierung im Rahmen des laufenden Trilog-Verfahrens entschieden unterstützt werden.

III. Fahrpläne und Entwicklung des Wasserstoff-Kernnetzes

Schließlich wird in Teil 2, D. des Gutachtens festgestellt, dass die geplanten Regelungen zum Wasserstoff-Kernnetz in § 28r EnWG-E die Anbindung von Gasverteilernetzen nicht berücksichtigen.

Dadurch wird in vielen Fällen eine gesicherte Planung und Entwicklung eines lokalen Wasserstoffnetzgebiets und damit eine verbindliche Verabschiedung von Fahrplänen zur Gasnetztransformation nach § 71k Abs. 1 GEG-E nicht möglich sein, da eine Anbindung an das in der Planung befindliche Wasserstoff-Kernnetz nicht gesichert und eine Anbindung auch nicht mit hinreichender Verlässlichkeit zu einem späteren, aber hinreichend bestimmten Zeitpunkt absehbar ist.

Zielführend und im Einklang mit der Idee des Gesetzgebers nach WPG-E und GEG-E wäre eine entsprechende Berücksichtigung der kommunalen Belange bei Anbindung der Gasverteilernetze im Rahmen der Planung (gemäß § 28r Abs. 1 und 4 EnWG-E) sowie die Verpflichtung der Fernleitungsnetzbetreiber zur unverzüglichen Erstellung einer integrierten Wasserstoff- und Gasnetzentwicklungsplanung, die mindestens alle zwei Jahre aktualisiert werden sollte. Hierbei sind die Interessen der Kommunen und der Verteilnetzbetreiber angemessen zu berücksichtigen. Zudem sollte als direkte Verzahnung zum WPG und zum GEG ein gesetzlicher Auftrag an die Gasverteilnetzbetreiber zur Erstellung lokaler Netzentwicklungspläne für Erdgas und Wasserstoff geregelt werden.