

FNB Gas - Hinweispapier

an das Bundesministerium für Wirtschaft und
Klimaschutz
zur Umsetzung der Richtlinie des EU-Gas/H2-
Marktpaketes in nationales Recht
Ausdifferenzierung einzelner wichtiger Aspekte

Berlin, 27.08.2024

Über FNB Gas:

Die Vereinigung der Fernleitungsnetzbetreiber Gas e.V. (FNB Gas) mit Sitz in Berlin ist der 2012 gegründete Zusammenschluss der deutschen Fernleitungsnetzbetreiber, also der großen überregionalen und grenzüberschreitenden Gastransportunternehmen. Ein inhaltlicher Schwerpunkt der Vereinigung ist die Netzentwicklungsplanung für Gas und Wasserstoff auf der Transportebene. Zudem vertritt die Vereinigung ihre Mitglieder auch als Ansprechpartner gegenüber Politik, Medien und Öffentlichkeit.

Mitglieder der Vereinigung sind die Unternehmen bayernets GmbH, Fluxys TENP GmbH, Ferngas Netzgesellschaft mbH, GASCADE Gastransport GmbH, Gastransport Nord GmbH, Gasunie Deutschland Transport Services GmbH, GRTgaz Deutschland GmbH, Nowega GmbH, ONTRAS Gastransport GmbH, Open Grid Europe GmbH, terranets bw GmbH und Thyssengas GmbH. Sie betreiben zusammen ein rund 40.000 Kilometer langes Leitungsnetz.

FNB Gas hält die Umsetzung der EU-Gas- und Wasserstoff-Richtlinie (im Folgenden „RL 2024/1788“) in nationales Recht für eines der wichtigsten und dringlichsten Regelungsvorhaben der Bundesregierung im Bereich der Energiewirtschaft. In den Verhandlungen auf europäischer Ebene haben sich die deutschen Regierungsvertreter für die Schaffung von Spielräumen und Ausnahmeregelungen stark gemacht, die den spezifischen Gegebenheiten der deutschen Netzwirtschaft Rechnung tragen. Bei der Umsetzung in nationales Recht sollten diese Spielräume nun auch national zur Umsetzung gebracht werden.

Hierfür hat FNB Gas bereits im Mai 2024 dem BMWK ein erstes Hinweispapier (15.05.2024) übermittelt, das auf einzelne wichtige Aspekte in der Umsetzung in nationales Recht wie Entflechtung und den Zertifizierungsprozess für die Mitgliedschaft bei ENNOH eingeht. Mit diesem weiteren Hinweispapier kommt FNB Gas der Bitte nach einer weiteren Konkretisierung dieser Punkte nach. Für Rückfragen steht FNB Gas gern zur Verfügung.

1. Horizontale Entflechtung

→ **Ausnahme von der Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Entflechtung als Marktstrukturbestimmung für alle FNB im EnWG regeln.**

Der Verzicht auf die Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Entflechtung sollte im nationalen Umsetzungsgesetz zur Änderung des EnWG abstrakt-generell für alle Wasserstoffnetzbetreiber umgesetzt werden. Die Zuständigkeit hierfür liegt beim nationalen Gesetzgeber. Hierfür sprechen der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Norm sowie der Grundsatz der Verfahrensökonomie.

Der Wortlaut des Art. 69 Abs. 2 RL 2024/1788 regelt, dass „die Mitgliedstaaten“ eine Ausnahme von den Anforderungen des Art. 69 Abs. 1 RL 2024/1788 gewähren können. Sofern eine Richtlinie „die Mitgliedstaaten“ als Pflichtadressaten ausdrücklich anspricht, ist in erster Linie der nationale Gesetzgeber angesprochen, weil Richtlinien regelmäßig einer Umsetzung mittels materiellen Gesetzes bedürfen. Dafür spricht auch, dass Art. 69 Abs. 2 i. V. m. Abs. 4 RL 2024/1788 zusätzlich eine Bewertung der Auswirkungen der Ausnahme durch die Regulierungsbehörde verlangt, der Widerruf aber gemäß Art. 69 Abs. 4, S. 3 RL 2024/1788 dem Mitgliedstaat (und nicht der BNetzA) obliegt. Hätte der Unionsgesetzgeber von Anfang an eine Einzelfallentscheidung der nationalen Regulierungsbehörde im Wege des Zertifizierungsverfahrens je Netzbetreiber vor Augen gehabt, hätte er ohne Umweg über „die Mitgliedstaaten“ die Ausnahmegewährung direkt den mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden im Rahmen der Prüfung der Zertifizierungsvoraussetzungen zuweisen können. Art. 71 RL 2024/1788, der die Zertifizierungsvoraussetzungen aufstellt, verweist aber lediglich auf die Einhaltung der Anforderungen nach Art. 60 oder 68 RL 2024/1788, nicht aber auf Art. 69 RL 2024/1788. Auch die Entstehungsgeschichte spricht für eine abstrakt-generelle Ausnahme im Rahmen der nationalen Umsetzung. Die Aufnahme der Kosten-Nutzen-Analyse sowie der Bewertung der Ausnahme seitens der Regulierungsbehörde erfolgte insbesondere als Zugeständnis an die EU-

Kommission in den Trilog-Verhandlungen. Diese wollte zunächst keine Ausnahme durch die Mitgliedstaaten von der horizontalen Entflechtung zulassen. Erst das Angebot einer positiven Kosten-Nutzen-Analyse im Rahmen der nationalen Umsetzung sowie einer zusätzlichen Bewertung durch die nationale Regulierungsbehörde hinsichtlich der genannten Parameter und die Bewertung eines Zeitplanes für die zu erwartenden Übertragungen der Vermögenswerte durch die Behörde konnte die EU-Kommission letztlich umstimmen. Wären die Verhandlungspartner von Anfang an davon ausgegangen, dass die Ausnahme im Rahmen einer Einzelfallentscheidung von der Behörde zu erteilen ist, wäre eine gesonderte Kosten-Nutzen-Analyse durch den Mitgliedstaat gar nicht notwendig gewesen.

Dementsprechend muss die Ausnahmemöglichkeit von der Pflicht zur rechtlichen Entflechtung als die Marktstruktur bestimmende Regelung für alle Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber gleichermaßen vom Mitgliedstaat gesetzlich geregelt werden, nachdem die BNetzA dies auf Basis einer Kosten-Nutzen-Analyse positiv nach Art. 69 Abs. 2 und Abs. 4 RL 2024/1788 bewertet hat.

Außerdem würde eine unternehmensindividuelle Prüfung einen erheblichen Verwaltungsaufwand sowohl bei der Behörde als auch bei den betroffenen Unternehmen bedeuten. Angesichts der Vielzahl insbesondere deutscher Netzbetreiber, der kurz bemessenen Entscheidungsfrist von 100 Tagen im Zertifizierungsverfahren (Art. 71 Abs. 5 RL 2024/1788) sowie der Anstrengungen der Union zum Abbau bürokratischer Hürden kann dies nicht gewollt gewesen sein.

Zusammenfassend erlaubt die in der RL 2024/1788 vorgesehene Ausnahmemöglichkeit von der Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Entflechtung den Unternehmen, ihre Ausgestaltung – entweder innerhalb eines gemeinsamen Erdgas- und Wasserstofffernleitungsnetzbetreibers oder in zwei getrennten Unternehmen – allein nach den für Finanzierung und Organisation des Hochlaufs der Wasserstoffinfrastruktur optimierten Gesichtspunkten zu wählen.

2. Vertikale Entflechtung

- **Entflechtung und Unabhängiger Transportnetzbetreiber (UTB) - Vorschriften entsprechend der Zielsetzungen der RL 2024/1788 ausgestalten.**

Im Rahmen der Regelung zur horizontalen Entflechtung betont die RL 2024/1788 die Vorteile von Synergien aus dem gemeinsamen Betrieb von Gas-, Strom- und Wasserstoffnetzen durch die gemeinsame Nutzung von Ressourcen. Entsprechend ist im **Erwägungsgrund 83** der RL 2024/1788 beschrieben, dass „die Schaffung eines Tochterunternehmens oder einer separaten Rechtsperson innerhalb der Konzernstruktur eines Erdgasfernleitungs- oder Verteilernetzbetreibers als ausreichend angesehen“ werden sollte, „ohne dass eine funktionelle Entflechtung der Unternehmensführung oder eine Trennung von Unternehmensleitung **oder Personal** vorgenommen werden muss. Somit sollte Transparenz in Bezug auf die Kosten und die Finanzierung regulierter Tätigkeiten erreicht werden, ohne dabei die Synergien und Kostenvorteile zu verlieren, die sich aus dem Betrieb mehrerer Netze ergeben könnten.“

Die Umsetzung der Entflechtung „ohne Trennung von Personal“, wie es der Erwägungsgrund 83 vorgibt, setzt sachlogisch den Einsatz von Dienstleistungen voraus. Ohne Dienstleistungen des ebenfalls nach den Vorschriften der Richtlinie streng entflochtenen FNB an den Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber wären nur noch Dienstleistungen Dritter möglich. Dies würde die in Erwägungsgrund 83 geschützten Synergien unmöglich machen.

Der klare Regelungswille des Richtliniengebers ist somit die Einhaltung der strengen Unabhängigkeitsvorgaben zwischen dem Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber und dem wettbewerblichen Teil des vertikal integrierten Unternehmens, nicht jedoch zwischen den nach den gleichen Grundsätzen entflochtenen FNB und Wasserstofffernleitungsnetzbetreibern der Unternehmensgruppe. Hier müssen Dienstleistungsbeziehungen möglich sein und in der nationalen Umsetzung klarstellend ausdrücklich erlaubt werden.

Art. 69 RL 2024/1788 sieht eine Ausnahmemöglichkeit für die Pflicht zur rechtlichen Trennung auf horizontaler Ebene vor. Es wäre widersprüchlich, wenn die Mitgliedsstaaten den Betrieb von Gas- und Wasserstoffnetzen innerhalb einer Gesellschaft regeln können, Netzbetreiber, die sich aber freiwillig für getrennte Gesellschaften entscheiden, diese dann gesondert mit Personal ausstatten müssten.

Für diese rechtliche Bewertung spricht auch die Spruchpraxis der BNetzA. Diese hatte in bisherigen Beschlüssen (z. B. [BK7-12-188](#) Zertifizierung NEL Gastransport GmbH) bereits festgelegt, dass eine uneingeschränkte Anwendung der Entflechtungsvorgaben auf Transportnetzbetriebenebene, deren Unabhängigkeit gegenüber dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen gewährleistet ist, trotz deren Zugehörigkeit zum vertikal integrierten Unternehmen weder sinnvoll noch erforderlich ist. Nach Maßgabe der Beschlusskammer sind Entflechtungsvorgaben in solchen Fällen einschränkend auszulegen, sodass Dienstleistungsbeziehungen entflechtungsrechtlich nicht zu beanstanden sind.

Sinn und Zweck der maßgeblichen Entflechtungsvorgaben bestehen darin, eine Einflussnahme der wettbewerblich organisierten Geschäftsbereiche Erzeugung, Gewinnung und Vertrieb von Elektrizität bzw. Erdgas innerhalb einer durch Beherrschung verbundenen Unternehmensgruppe auf den regulierten Netzbereich zu verhindern. Dadurch soll ein diskriminierungsfreier Netzzugang für nicht mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbundene Unternehmen gewährleistet und der Wettbewerb auf den Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufen gefördert werden. Bei den Entflechtungsvorgaben geht es folglich um die Unabhängigkeit gegenüber Unternehmen des vertikal integrierten Unternehmens, die Funktionen in den Wettbewerbsbereichen Erzeugung, Gewinnung und Vertrieb wahrnehmen (§ 6 Abs. 1 S. 2 EnWG) und nicht um eine Unabhängigkeit von entflochtenen Netzbetreibern untereinander. Dies bestätigen auch die Regelungen zur informatorischen Entflechtung. Nach Art. 40 Abs. 1 RL 2024/1788 können wirtschaftlich sensible Informationen auch zwischen Fernleitungs-, Verteiler- und Wasserstoffnetzbetreibern ausgetauscht werden.

Schließlich wurden im Rahmen des Impact Assessments (Seite 51) zum notwendigen Grad der horizontalen Entflechtung mehrere Optionen durch die EU-Kommission untersucht, unter anderem

als Option 3 eine funktionale Trennung von Gas- und Wasserstoffnetzbetreibern.¹ Die EU-Kommission hat diese Option jedoch aufgrund der vergleichsweise hohen Kosten ausdrücklich verworfen und sich für eine reine rechtliche bzw. buchhalterische Trennung im Rahmen der Option 2b entschieden:

„Therefore, legal and accounts unbundling (but without functional unbundling), as a low level of horizontal unbundling, can be considered sufficient. This allows for the combined operation of natural gas and hydrogen networks within a group of undertakings (i.e. by creating a subsidiary). The possibility for gas TSOs to retain ownership of methane infrastructure intended for hydrogen transport within their group structure reduces regulatory costs and facilitates infrastructure repurposing.“

Nach den gleichen Grundsätzen sollten daher auch Pachtbeziehungen zumindest in geringerem Umfang möglich sein.

3. Überlegungen zur Ermöglichung der steuerneutralen Übertragung von Assets

→ **Zur Förderung des Hochlaufs der Wasserstoffinfrastruktur muss die steuerneutrale Übertragung von Wirtschaftsgütern gewährleistet sein.**

Mit der Vorgabe einer horizontalen rechtlichen Trennung, aber auch bei einer freiwilligen gesellschaftsrechtlichen Trennung z. B. aus Finanzierungsgründen, sind im Kontext einer Umstellung von Erdgasleitungen zu Wasserstoffleitungen auch steuerliche Fragen verbunden. Zur Förderung des Hochlaufs der Wasserstoffinfrastruktur muss die steuerneutrale Übertragung von Wirtschaftsgütern, insb. Leitungen und Anlagen, gewährleistet sein. Anders als bei der Übertragung von Wirtschaftsgütern bei der damaligen Ausgründung der Transportnetzbetreiber im Rahmen des dritten Energiebinnenmarktpakets wird der Übergang bei Wirtschaftsgütern für den Wasserstoffnetzbetrieb schrittweise erfolgen. Diese schrittweise Übertragung, welche entsprechend der Netzentwicklungsplanung in großem zeitlichem Abstand zum Akt einer möglichen gesellschaftsrechtlichen Entflechtung erfolgen wird, muss in den Regelungen zur Steuerneutralität abgebildet werden.

Nachfolgend schlagen wir folgende Anpassungen des § 6 EnWG vor (notwendige Ergänzungen in blau):

§ 6 Anwendungsbereich und Ziel der Entflechtung

(1) Vertikal integrierte Unternehmen und rechtlich selbstständige Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen, die im Sinne des § 3 Nummer 38 mit einem vertikal integrierten Unternehmen verbunden sind, sind zur Gewährleistung von

¹ European Commission, Directorate-General for Energy, Cihlar, J., Krabbe, O., Deng, Y. et al., *Assistance to the impact assessment for designing a regulatory framework hydrogen*, Publications Office, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2833/025965>.

Transparenz sowie diskriminierungsfreier Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs verpflichtet. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen sie die Unabhängigkeit der Netzbetreiber von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung nach den §§ 6a bis 10e sicherstellen. Die §§ 9 bis 10e sind nur auf solche Transportnetze anwendbar, die am 3. September 2009 im Eigentum eines vertikal integrierten Unternehmens standen.

(2) **Die**¹ Die in engem wirtschaftlichem Zusammenhang mit der rechtlichen und operationellen Entflechtung eines Verteilernetzes, eines Transportnetzes oder eines Betreibers von Gasspeicheranlagen nach § 7 Absatz 1 und §§ 7a bis 10e oder im Rahmen bzw. infolge der rechtlichen oder operationellen Entflechtung eines Wasserstoffnetzbetreibers nach [entsprechende Normen EnWG] übertragenen Wirtschaftsgüter gelten als Teilbetrieb im Sinne der §§ 15, 16, 18, 20 und 24 des Umwandlungssteuergesetzes. **2Satz** 1 gilt nur für diejenigen Wirtschaftsgüter, die unmittelbar auf Grund des Organisationsakts der Entflechtung eines Verteilernetzes, eines Transportnetzes oder eines Betreibers von Gasspeicheranlagen nach § 7 Absatz 1 und §§ 7a bis 10e übertragen werden sowie für alle Wirtschaftsgüter, die im Rahmen bzw. infolge der Entflechtung eines Wasserstoffnetzbetreibers nach [entsprechende Normen EnWG] auf einen Wasserstoffnetzbetreiber übertragen werden. **Für**³ Für die Anwendung des § 15 Absatz 1 Satz 1 des Umwandlungssteuergesetzes gilt auch das Vermögen als zu einem Teilbetrieb gehörend, dass der übertragenden Körperschaft im Rahmen des Organisationsakts der Entflechtung sowie nach Übertragungen im Sinne von Satz 2, 2. **Halbsatz** verbleibt. **4** § 15 Absatz 2 und § 22 des Umwandlungssteuergesetzes, § 34 Absatz 7a des Körperschaftsteuergesetzes sowie § 6 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 5 Satz 4 bis 6 sowie § 16 Absatz 3 Satz 3 und 4 des Einkommensteuergesetzes sind auf Maßnahmen nach Satz 1 nicht anzuwenden, sofern diese Maßnahme von Transportnetzbetreibern im Sinne des § 3 Nummer 31h oder Betreibern von Gasspeicheranlagen bis zum 3. März 2012 ergriffen worden sind. Satz oder im Rahmen bzw. infolge der Entflechtung eines Wasserstoffnetzbetreibers nach [entsprechende Normen EnWG] oder bei der Übertragung von Wirtschaftsgütern auf einen Wasserstoffnetzbetreiber bis zum 31. Dezember 2055 ergriffen werden. **5Satz** 4 gilt bezüglich des § 22 des Umwandlungssteuergesetzes und der in § 34 Absatz 7a des Körperschaftsteuergesetzes genannten Fälle für Verteilernetzbetreiber, Transportnetzbetreiber oder eines Betreibers von Gasspeicheranlagen nach § 7 Absatz 1 und §§ 7a bis 10e...[ggf. nachfolgende Normen EnWG für Transportnetzbetreiber hinter § 10e] nur für solche mit der siebenjährigen Sperrfrist behafteten Anteile, die zu Beginn der rechtlichen oder operationellen Entflechtung bereits bestanden haben und deren Veräußerung unmittelbar auf Grund des Organisationsakts der Entflechtung erforderlich ist. **Für**⁶ Für den Erwerber der Anteile gilt Satz 4 nicht und dieser tritt bezüglich der im Zeitpunkt der Veräußerung der Anteile noch laufenden Sperrfrist unter Besitzzeitanrechnung in die Rechtsstellung des Veräußerers ein. **Bei**⁷ Bei der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen für die Anwendung der Sätze 1 und 2 vorliegen, leistet die Regulierungsbehörde den Finanzbehörden Amtshilfe (§ 111 der Abgabenordnung).

(3) **1** Erwerbsvorgänge im Sinne des § 1 des Grunderwerbsteuergesetzes, die sich für Verteilernetzbetreiber, Transportnetzbetreiber oder Betreiber von Gasspeicheranlagen aus

der rechtlichen oder operationellen Entflechtung nach § 7 Absatz 1 und den §§ 7a bis 10e ergeben oder die sich im Rahmen bzw. Infolge der Entflechtung eines Wasserstoffnetzbetreibers nach [entsprechende Normen EnWG] ergeben, sind von der Grunderwerbsteuer befreit. ²Absatz 2 Satz 4 und 7 gelten entsprechend.

(4) Die¹Die Absätze 2 und 3 gelten nicht für diejenigen Unternehmen, die eine rechtliche Entflechtung auf freiwilliger Grundlage vornehmen. ²Satz 1 gilt nicht für die rechtliche Entflechtung eines Wasserstoffnetzbetreibers.

4. Integrierte Netzentwicklungsplanung Gas & Wasserstoff

Zur Umsetzung der Vorschriften der RL 2024/1788 zum Thema integrierte Netzplanung haben sich die Netzbetreiber auf der Fernleitungs- und Verteilernetzebene gemeinsam auf Grundsätze zur Verzahnung der Netzentwicklungsplanung auf VNB- und FNB-Ebene geeinigt. Die Position wird in einem separaten Inputpapier übermittelt.