FNB Gas - Hinweispapier

an das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz

zur Umsetzung der Richtlinie des EU-Gas/H2-Marktpaketes in nationales Recht

Horizontale Entflechtung

Berlin, 01.10.2024

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. Die Umsetzung in nationales Recht schafft die notwendigen entflechtungs- und gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für einen schnellen Hochlauf der Wasserstoffinfrastruktur. In den Verhandlungen auf europäischer Ebene haben sich die deutschen Regierungsvertreter für die Schaffung von Spielräumen und Ausnahmeregelungen von der Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen/horizontalen Entflechtung stark gemacht, die den spezifischen Gegebenheiten der deutschen Netzwirtschaft und gleichzeitig den Gesetzeszweck des Erhalts von Synergien in den Netzbereichen, der Kostentransparenz und der Trennung von Netz- und Marktbereichen Rechnung tragen. Bei der Umsetzung in nationales Recht sollten diese Spielräume nun auch national zur Umsetzung gebracht werden.

Hierfür hat FNB Gas dem BMWK bereits zwei Hinweispapiere (15.05.2024 und 27.08.2024) übermittelt, die auf einzelne wichtige Aspekte in der Umsetzung in nationales Recht wie Entflechtung und den Zertifizierungsprozess für die Mitgliedschaft bei ENNOH eingehen. Mit diesem weiteren Hinweispapier differenziert FNB Gas das Thema der horizontalen Entflechtung zwischen einem zertifizierten Fernleitungsnetzbetreiber und einem zertifizierten Wasserstofftransportnetzbetreiber insbesondere innerhalb eines vertikal integrierten Unternehmens weiter aus. Im Einzelnen werden auch Hinweise zur Zusammenarbeit zwischen eigentumsrechtlich entflochtenen zertifizierten Netzbetreibern (Erdgas und Wasserstoff) eines Unternehmens aufgenommen. FNB Gas plädiert jedoch wie bereits kommuniziert für die Ausnahme von der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung nach Art. 69 Abs. 1 Gas- und Wasserstoff-Richtlinie.

Für Rückfragen steht FNB Gas gern zur Verfügung.

I. Horizontale Entflechtung: Gesellschaftsrechtliche Entflechtung (Bezug: Art. 69)

Wie schon im Hinweispapier vom 15. Mai 2024 erläutert, sprechen sich die FNB für eine Ausnahme von der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung aus. Art. 69 Abs. 1 Gas- und Wasserstoff-Richtlinie sieht eine rechtliche Trennung auf horizontaler Ebene zwischen Wasserstoffnetzbetreibern und Netzbetreibern für Strom und/oder Gas innerhalb einer Unternehmensgruppe vor. Es sprechen gewichtige Argumente für die Erteilung einer entsprechenden Ausnahme, insbesondere:

- Die gewünschte Kostentrennung zwischen Gas- und Wasserstoffnetzbetrieb würde vollständig über die bereits in Art. 75 Gas- und Wasserstoff-Richtlinie vorgeschriebene buchhalterische Entflechtung sichergestellt. Dies wird in der Gas- und Wasserstoff-Richtlinie flankiert durch weitreichende regulatorische Aufsicht und Transparenzvorgaben an die Netzbetreiber. Ein Mehrwert einer zusätzlichen, verpflichtenden rechtlichen Entflechtung ist nicht erkennbar.

- Die Gründung einer neuen Gesellschaft sowie die durch die Entflechtungsvorgaben vorgesehene Übertragung von Eigentumstiteln an den jeweiligen Leitungen kann bürokratisch

aufwändig sowie kosten- und zeitintensiv sein. Ein verpflichtender Prozess könnte entsprechend zu einer Verzögerung bei der Realisierung des Wasserstoffnetzes sowie zu Mehrkosten bei den Netznutzern führen.

Sollte es aus überlagernden unternehmerischen Erwägungen dennoch eine gesellschaftsrechtliche Trennung zwischen einem Fernleitungsnetzbetreiber und einem Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber auf freiwilliger Basis geben, ist für einen schnellen und effizienten Hochlauf der Wasserstoffinfrastruktur die Nutzung der Synergien unverzichtbar und entspricht den Zielsetzungen der neuen Gas- und Wasserstoff-Richtlinie.

Dazu im Einzelnen:

II. Umsetzung der horizontalen Entflechtung bei einem Fernleitungsnetzbetreiber und einem Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber desselben vertikal integrierten Unternehmens unter Berücksichtigung der Zielsetzungen der RL 2024/1788

1. Änderungsvorschlag

Nachfolgend schlagen wir folgende Ergänzung des § 10 EnWG um einen neuen Absatz 3 vor:

§ 10 Abs. 3 (neu) Unabhängiger Transportnetzbetreiber

(3) Die Bestimmungen der Absätze 1 und 2 sowie der §§ 10a bis 10e finden im unmittelbaren Verhältnis zwischen einem Fernleitungsnetzbetreiber und einem Wasserstofftransportnetzbetreiber, die jeweils als unabhängige Transportnetzbetreiber demselben vertikal integrierten Unternehmen angehören, keine Anwendung, soweit gewährleistet ist, dass die Bestimmungen der Absätze 1 und 2 sowie der §§ 10a bis 10e im Verhältnis zwischen dem Fernleitungsnetzbetreiber und Wasserstofftransportnetzbetreiber und deren Beteiligungen einerseits und dem übrigen vertikal integrierten Unternehmen andererseits eingehalten werden. Zwischen Fernleitungsnetzbetreiber und Wasserstofftransportnetzbetreiber, die jeweils als unabhängige Transportnetzbetreiber demselben vertikal integrierten Unternehmen angehören, ist insbesondere unter Wahrung der Vorgaben des § 6b EnWG die gegenseitige oder gemeinsame Nutzung technischer, kaufmännischer, materieller und personeller Mittel und Dienstleistungen zulässig.

2. Begründung

Sowohl nach der Auslegung der einschlägigen Regelungen der RL 2024/1788 als auch nach ihrem Sinn und Zweck sind die bestehenden Regelungen zur horizontalen Entflechtung im Verhältnis zwischen einem Fernleitungsnetzbetreiber und einem Wasserstofftransportnetzbetreiber, die jeweils als unabhängige Transportnetzbetreiber demselben vertikal integrierten Unternehmen angehören, nur insoweit anzuwenden, als dass die beiden Netzbetreiber in separate Rechtsformen organisiert sind und

ihrerseits die Entflechtungsvorgaben gegenüber dem übrigen vertikal integrierten Unternehmen einhalten. Eine Anwendung der Entflechtungsregelungen zwischen den beiden Netzbetreibern wäre eine die Mindestvorgabe der RL 2024/1788 überschießende nationale Umsetzung, die zu erheblichen Synergieverlusten beim Betrieb von Fernleitungs- und Wasserstoffnetzen und damit zu erheblichen Kostensteigerungen führt.

a) Wahrung der Synergien durch Mindestvorgabe einer separaten Rechtsform und buchhalterischer Entflechtung

§ 69 Abs. 1 RL 2024/1788 besagt zunächst Folgendes:

> (1) Ist ein Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber Teil eines Unternehmens, das in einem der Bereiche Fernleitung bzw. Übertragung oder Verteilung von Erdgas oder Strom tätig ist, muss er zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform unabhängig sein.

Die Norm als spezialgesetzliche Regelung zur horizontalen Entflechtung der Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber enthält keine weiten Anforderungen an die horizontale Entflechtung eines Wasserstofffernleitungsnetzbetreibers, der Teil eines Fernleitungsnetzbetreibers ist. Hintergrund der Regelung ist, dass der Richtliniengeber die Einhaltung von Entflechtungsvorgaben über den zertifizierten Netzbetreiber Gas/Strom, zu dem der Wasserstofffernleitungsnetzbetreibers gehört, grundsätzlich für ausreichend erachtet. So wird in ausreichender Form gewährleistet, dass es nicht zu Quersubventionen zwischen Gas- und Wasserstofffernleitungsnetzen kommt und im erforderlichen Umfang Transparenz geschaffen.

Darüber hinaus ermöglicht § 69 Abs. 2 RL 2024/1788 dem Mitgliedsstaat, nach Durchführung einer entsprechenden Kosten-Nutzen-Analyse, die Organisation des Fernleitungsnetzbetreibers und des Wasserstofffernleitungsnetzbetreibers in derselben Rechtsform zuzulassen, so dass im Verhältnis zwischen den beiden Netzbetreibern zur Vermeidung von Quersubventionen und Herstellung von Transparenz ausschließlich die buchhalterische Entflechtung einzuhalten ist.

Diese Vorgaben stehen im Einklang mit dem Erwägungsgrund 81 und 82 RL 2024/1788:

> (81) Der Betrieb von Wasserstoffnetzen sollte von Tätigkeiten der Energieerzeugung und -versorgung getrennt werden, um die Gefahr von Interessenkonflikten der Netzbetreiber zu vermeiden. Durch eine strukturelle Trennung des Eigentums an Wasserstofffernleitungsnetzen von der Beteiligung an der Energieerzeugung und -versorgung wird die Vermeidung solcher Interessenkonflikte garantiert. […] Die Mitgliedstaaten sollten auch die Möglichkeit haben, die Nutzung des Modells des unabhängigen Wasserstofffernleitungsnetzbetreibers zu gestatten, um vertikal integrierten Eigentümern von Wasserstofffernleitungsnetzen zu erlauben, die Eigentumsrechte an ihren Netzen zu behalten, und gleichzeitig den nichtdiskriminierenden Betrieb solcher Netze zu gewährleisten.
>
> (82) Zwar kann der gemeinsame Betrieb von Wasserstoffnetzen und Erdgas- oder Stromnetzen Synergien schaffen und sollte daher zulässig sein, doch sollten die Tätigkeiten

zum Betrieb des Wasserstofffernleitungsnetzes in einer separaten Rechtsperson organisiert werden, um Transparenz in Bezug auf die Finanzierung und die Verwendung der Zugangsentgelte zu gewährleisten. Ausnahmen von dieser Anforderung der horizontalen rechtlichen Entflechtung sollten nur vorübergehend und nach Vorlage einer positiven Kosten-Nutzen-Analyse sowie einer Folgenabschätzung durch die Regulierungsbehörden gewährt werden. […] Gehört ein Wasserstoffnetzbetreiber zu einem Unternehmen, das im Bereich der Fernleitung oder Verteilung von Erdgas oder Elektrizität tätig ist, sollte der Netzbetreiber der Regulierungsbehörde eine Liste vorlegen, in der die Anlagen der Infrastruktur der Unternehmen im Hinblick auf die Zuweisung des Netzes für die Nutzung von Wasserstoff oder Erdgas im Einzelnen aufgeführt sind, um eine vollständige Transparenz hinsichtlich der Trennung des regulatorischen Anlagevermögens zu gewährleisten. Diese Liste sollte im Einklang mit den üblichen Verfahren der Rechnungsprüfung aktualisiert werden.

Die Erwägungsgründe 81 und 82 RL 2024/1788 zeigen, dass Sinn und Zweck der maßgeblichen Entflechtungsvorgaben darin bestehen, eine Einflussnahme der wettbewerblich organisierten Geschäftsbereiche Erzeugung, Gewinnung und Vertrieb von Elektrizität bzw. Erdgas innerhalb einer durch Beherrschung verbundenen Unternehmensgruppe auf die regulierten Netzbereiche 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.

Auch der Spruchpraxis der BNetzA zur Beziehung zwischen entflochtenen Netzbetreibern folgend (z. B. BK7-12-188 Zertifizierung NEL Gastransport GmbH) soll der Betrieb von Fernleitungsnetzen und Wasserstofffernleitungsnetzen in einem vertikal integrierten Unternehmen ausdrücklich ermöglicht werden, da mangels Wettbewerb zwischen diesen beiden Netzbetreibern keine Interessenkonflikte bestehen.

Die gesetzgeberische Intention für die Regelungen zur horizontalen Entflechtung (und deren Ausnahme) lag in der Gewährleistung der Transparenz und eindeutigen Zuordnung von Kosten und Finanzierung zwischen Erdgas- und Wasserstoffnetz. Dies wird durch den Erwägungsgrund 83 RL 2024/1788 verdeutlicht, auch wenn dieser weitere Aussagen zur Ausstattung des Wasserstofffernleitungsnetzbetreibers in der separaten Rechtsform trifft:

> (83) Um in Bezug auf die Kosten und die Finanzierung regulierter Tätigkeiten Transparenz zu gewährleisten, sollten Tätigkeiten des Wasserstofffernleitungsnetzes von anderen Tätigkeiten des Netzbetriebs für andere Energieträger getrennt werden, zumindest in Bezug auf die Rechtsform und die Rechnungslegung der Netzbetreiber. Zum Zweck der rechtlichen Entflechtung der Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber sollte die Schaffung eines Tochterunternehmens oder einer separaten Rechtsperson innerhalb der Konzernstruktur eines Erdgasfernleitungs- oder Verteilernetzbetreibers als

ausreichend angesehen werden, 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.

Nach diesem Erwägungsgrund ist Art. 69 Abs. 1 RL 2024/1788 derart auszulegen, dass die Transparenz hinsichtlich Kosten und Finanzierung gewährleistet ist und eine Quersubventionierung zwischen den Netzbereichen ausgeschlossen werden soll. Gleichzeitig soll die Trennung aber nicht dazu führen, dass die Synergien, die der Betrieb mehrere Netze durch Nutzung derselben Ressource ergeben, verloren gehen. Der Aufbau von doppelten Strukturen bei Erdgasfernleitungsnetzbetreiber und Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber der gleichen Unternehmensgruppe ist zu vermeiden. Insoweit stellt der Erwägungsgrund klar, dass keine funktionelle Entflechtung der Unternehmensführung oder eine Trennung der Unternehmensleitung oder des Personals zwischen dem Fernleitungsnetzbetreiber und dem Wasserstoffnetzbetreiber erfolgen soll. Für eine derartige Trennung sieht die RL 2024/1788 mangels Interessenkonflikts zwischen den Netzbetreibern keinen Bedarf. Vielmehr müssen Doppelfunktionen bzw. Personalunion von Funktionen sowohl für den Erdgasfernleitungsnetzbetreiber als auch für den Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber möglich sein.

Auch das von der EU-Kommission durchgeführte Impact Assessment stützt diese Auslegung. So hat sie bei der Untersuchung des aus ihrer Sicht notwendigen Grads der horizontalen Entflechtung mehrere Optionen betrachtet, unter anderem als Option 3 eine funktionale Trennung von Gas- und Wasserstofffernleitungsnetzbetreibern.[1] Die EU-Kommission hat diese Option jedoch aufgrund der vergleichsweisen 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."

b) Anforderungen des Art. 68 Abs. 4 RL 2024/1788 stehen Auslegung des Art. 69 Abs. 1 RL 2024/1788 nicht entgegen

Die Anforderungen des Art. 68 Abs. 4 RL 2024/1788 stehen der vorstehenden Auslegung des Art. 69 Abs. 1 RL 2024/1788 nicht entgegen.

---

[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**.

In Art. 68 Abs. 4 Unterabsatz 1 RL 2024/1788 heißt es:

> Gehört ein Wasserstofffernleitungsnetz einem oder mehreren zertifizierten Erdgasfernleitungsnetzbetreibern oder gehört ein Wasserstofffernleitungsnetz am 4. August 2024 einem vertikal integrierten Unternehmen, das auf dem Gebiet der Wasserstoffgewinnung oder -versorgung tätig ist, so können die Mitgliedstaaten beschließen, Absatz 1 nicht anzuwenden, und eine Rechtsperson unter der alleinigen Kontrolle des Fernleitungsnetzbetreibers oder unter der gemeinsamen Kontrolle von zwei oder mehr Fernleitungsnetzbetreibern oder unter der alleinigen Kontrolle des vertikal integrierten Unternehmens, das auf dem Gebiet der Wasserstoffgewinnung oder -versorgung tätig ist, als integrierten Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber zu benennen, der gemäß den in Abschnitt 3 dieses Kapitels festgelegten Vorschriften über unabhängige Erdgasfernleitungsnetzbetreiber entflochten ist.

Aus dieser Vorschrift könnte geschlossen werden, dass sich die Entflechtung nach dem Abschnitt 3 des Kapitels IX (Unabhängiger Fernleitungsnetzbetreiber (ITO)) auf das Verhältnis zwischen dem Erdgasfernleitungsnetzbetreiber und dem Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber derselben vertikal integrierten Unternehmen bezieht, auch wenn dies nicht explizit in Art. 68 Abs. 4 Unterabsatz 1 RL 2024/1788 formuliert ist. Diese Auslegung würde dazu führen, dass der Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber auch im Verhältnis zum zertifizierten Fernleitungsnetzbetreiber derselben vertikal integrierten Unternehmen ohne wettbewerbliche Notwendigkeit vollumfänglich gemäß den ITO-Regelungen entflochten werden müsste, da auch der Fernleitungsnetzbetreiber Teil des vertikal integrierten Unternehmens ist. Eine derartige, rein formale Anwendung der Regelung entfernt sich so weit von dem Schutzzweck der Entflechtung, überschreitet die Anforderungen des Grundtatbestandes des Art. 60 RL 2024/1977 und widerspricht sowohl der Systematik als auch dem Sinn und Zweck der entflechtungsrechtlichen Vorgaben der RL 2024/1788, dass eine finale bzw. dem Gesetzeszweck folgende Auslegung der Norm zwingend geboten ist.

Systematisch würde eine wörtliche Anwendung des Art. 68 Abs. 4 Unterabsatz 1 RL 2024/1788 dazu führen, dass der Ermessenspielraum, den Art. 69 Abs. 1 RL 2024/1788 den Mitgliedsstaaten ausdrücklich gewährt („zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform“), auf Null reduziert würde und Art. 69 Abs. 1 RL 2024/1788 damit vollständig leerliefe. Für eine Vorgabe, dass eine separate Rechtsform zu bilden ist, hätte es nicht der gesonderten Regelung des Art. 69 Abs. 1 RL 2024/1788 bedurft, da sich diese auch schon aus dem 3. Abschnitt des Kapitel IX ergäbe. Die Auslegung einer Norm in dem Sinne, dass eine andere Norm in derselben Richtlinie obsolet wird, ist nicht nachvollziehbar. Um den durch die spezialgesetzliche Regelung des Art. 69 Abs. 1 RL 2024/1788 gewährten Ermessenspielraum zu erhalten, ist Art. 68 Abs. 4 Unterabsatz 1 RL 2024/1788 dahingehend auszulegen, dass die Einhaltung der Entflechtungsvorschriften nicht zwischen dem Fernleitungsnetzbetreiber und dem Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber desselben vertikal integrierten Unternehmens zu gewährleisten ist, sondern ausschließlich im Verhältnis zum sonstigen vertikal integrierten Unternehmen.

Des Weiteren stellt der Richtliniengeber in Erwägungsgrund 82 und 83 ausdrücklich klar, dass er im Verhältnis von Fernleitungsnetzbetreiber und Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber überhaupt keinen Bedarf sieht, strengere Entflechtungsregelungen als eine separate Rechtsform und buchhalterische Entflechtung vorzusehen. Selbst von der separaten Rechtsform kann, nach entsprechender

Entscheidung des Mitgliedsstaates, abgesehen werden. Der Schutzzweck der Entflechtungsregelungen ist, wie bereits ausgeführt, die Verhinderung einer diskriminierenden Einflussnahme der wettbewerblich organisierten Geschäftsbereiche Erzeugung, Gewinnung und Vertrieb auf die Netzbereiche und nicht die Verhinderung einer Einflussnahme eines Netzbetriebes auf den anderen.

Diese Auslegung wird gestützt durch Art. 69 Abs. 2 RL 2024/1788, der eine Ausnahme für die Pflicht zur rechtlichen Trennung auf horizontaler Ebene vorsieht. Es wäre sehr widersprüchlich, wenn die Mitgliedsstaaten den Betrieb von Gas- und Wasserstoffnetzen einerseits innerhalb einer Gesellschaft regeln können. Netzbetreiber, die sich aber freiwillig und zulässigerweise für getrennte Gesellschaften entscheiden, wie es als gesetzlicher Regelfall in Art. 69 Abs. 1 RL 2024/1788 vorgesehen ist, diese dann anderseits gesondert u.a. mit getrennter Unternehmensleitung, eigenem Personal und eigenen Büroräumen ausstatten müssten.

Für eine einschränkende Auslegung des Art. 68 Abs. 4 Unterabsatz 1 RL 2024/1788 im Verhältnis zwischen Fernleitungsnetzbetreiber und Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber spricht auch, dass Art. 40 Abs. 1 RL 2024/1788 aufgrund des fehlenden Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Netzbetreibern festlegt, dass wirtschaftlich sensible Informationen auch zwischen Fernleitungs-, Verteiler- und Wasserstoffnetzbetreibern ausgetauscht werden dürfen.

Ausschlaggebend für die Auslegung der entflechtungsrechtlichen Vorgaben und klarer Regelungswille des Richtliniengebers ist somit die Einhaltung der strengen Entflechtungsvorgaben zwischen dem Fernleitungsnetzbetreiber und dem Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber und deren Beteiligungen auf der einen und dem wettbewerblichen Teil des vertikal integrierten Unternehmens auf der anderen Seite, nicht jedoch im direkten Verhältnis zwischen dem Fernleitungsnetzbetreiber und dem Wasserstofffernleitungsnetzbetreibern und deren Beteiligungen desselben vertikal integrierten Unternehmens.

III. Umsetzung der Entflechtungsvorgaben der RL 2024/1788 zwischen einem eigentumsrechtlich entflochtenen Fernleitungsnetzbetreiber und einem mit ihm verbundenen Wasserstofftransportnetzbetreiber, insb. Anforderung an die personellen Mittel

Aufgrund § 8 Abs.2 Satz 10 EnWG, der die (unveränderten) Anforderungen der Art. 60 RL 2024/1788 umsetzt, haben eigentumsrechtlich entflochtene Transportnetzbetreiber zu gewährleisten, dass sie über die finanziellen, materiellen, technischen und personellen Mittel verfügen, die erforderlich sind, um die Aufgaben eines Netzbetreibers (Teil 3, Abschnitte 1 bis 3 EnWG) wahrzunehmen. Hierzu zählen insbesondere alle für den Betrieb des Transportnetzes erforderlichen Anlagen und personellen Ressourcen. Dabei muss der Transportnetzbetreiber nicht alle Aufgaben mit eigenem Personal erfüllen können. Dienstleistungsverträge sind grundsätzlich zulässig, allerdings muss eine qualifizierte Überwachung und Kontrolle der Dienstleister gewährleistet sein. Ausweislich u.a. des Beschlusses BK 6-15-045 (Zertifizierung der TenneT Offshore 9. Beteiligungsgesellschaft mbH) vom 16.03.2016 besteht für den eigentumsrechtlich entflochtenen Fernleitungsnetzbetreiber die Anforderung und wird letztlich als ausreichend angesehen, dass der zu zertifizierende Netzbetreiber mit einer Geschäftsführung ausgestattet ist, die diese Kontrolle wahrnimmt. Im Übrigen werden die technischen und personellen Mittel durch einen anderen zertifizierten Netzbetreiber mit Netzbetreibergenehmigung (in

dem genannten Beschluss: der ÜNB TenneT TSO GmbH) gewährleistet. Die Anforderungen an die vertragliche Ausgestaltung der Dienstleistungsbeziehung sind ausweislich des Beschlusses so zu gestalten, dass der Einsatz von Dienstleistern es dem Transportnetzbetreiber bzw. also perspektivisch dem eigentumsrechtlich entflochtenen Wasserstofftransportnetzbetreiber im Ergebnis nicht unmöglich machen, letztverantwortlich die gesetzeskonforme Erfüllung seiner Netzbetreiberaufgaben gewährleisten zu können. Diese als entflechtungskonform anerkannte Ausgestaltung fand bereits unter den bisherigen Entflechtungsbestimmungen Anwendung und hat durch die Neufassung der RL 2024/1788 keine Änderungen erfahren. Folglich sind Dienstleistungen zwischen dem bestehenden eigentumsrechtlich entflochtenen Fernleitungsnetzbetreiber und dem Wasserstofftransportnetzbetreiber bzw. Betreiber von Leitungen des Kernnetzes mindestens entflechtungskonform, sofern und soweit die geforderte Kontrolle und Überwachung gewährleistet ist. Der Erwägungsgrund 83 geht sogar über die bisherige Spruchpraxis hinaus und beschreibt den möglichen Verzicht auf eine funktionelle Entflechtung der Unternehmensführung.

Diese Darstellung der durch die RL 2014/1788 allenfalls erleichterten Anforderungen an die Ausstattung eines zukünftigen, eigentumsrechtlich entflochtenen Wasserstofftransportnetzbetreibers wird als notwendig erachtet, da der Text des Art. 68 Abs.4 Satz 1 RL 2024/1788 demgegenüber bedauerlicherweise zweideutig interpretiert werden kann. Um in Übereinstimmung mit den Anforderungen aus Art. 68 Abs.1, Art. 60 RL sowie Erwägungsgrund 83 der RL 2014/1788 zu bleiben, kann der Wortlaut des ersten Halbsatzes des Art. 68 Abs. 4 Unterabsatz nur derart gelesen werden, dass er ausschließlich Anwendung findet auf ein Wasserstofffernleitungsnetz, das „einem oder mehreren [**nach § 9 oder § 10 EnWG]** zertifizierten Transportnetzbetreibern [gehört]“.

Eine andere Lesart führe zu dem nicht mit den Entflechtungsvorgaben im Einklang stehenden Ergebnis, dass ein eigentumsrechtlich entflochtener Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber, dessen Wasserstofffernleitungsnetz einem eigentumsrechtlich entflochtenen Fernleitungsnetzbetreiber gehört, und der unter dessen Kontrolle beispielsweise als Tochtergesellschaft gegründet werden soll, als sog. integrierter Wasserstofftransportnetzbetreiber zu gründen wäre mit allen daraus resultierenden Anforderungen, die für Wasserstofffernleitungsnetzbetreiber innerhalb eines vertikal integrierten Unternehmens nach Art. 68 Abs. 4 Unterabsatz 1 RL 2024/1788 gelten sollen. Eigentumsrechtlich entflochtene Fernleitungsnetzbetreiber unterliegen aber in keiner gesellschaftsrechtlichen Konstellation im Verhältnis zueinander entflechtungsrechtlichen Beschränkungen. Dies entspricht dem Willen des Unionsgesetzgebers, der dieses Grundmodell auch für den Wasserstofffernleitungsnetzbetrieb nicht weiter beschrieben, sondern nur durch Verweis auf Art. 60 RL 2024/1788 geregelt hat.

Es wird daher angeregt, bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben in nationales Recht diese entflechtungskonforme Interpretation zu berücksichtigen und unter Umständen, sofern angestrebt wird, den Wortlaut der Bestimmung Art. 68 Abs. 4 Satz 1 RL 2024/1788 in den deutschen Regelungstext zu übernehmen, eine wie zuvor dargestellte Klarstellung einzufügen.