

Stadtwerke Saarbrücken Netz AG · Hohenzollernstr. 104-106 · 66117 Saarbrücken

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 8
Stichwort "Festlegung nach § 6b EnWG (Strom)"
Postfach 80 01
53105 Bonn

Per E-Mail: poststelle.bk8@bnetza.de

Anschrift
Hohenzollernstraße 104-106
66117 Saarbrücken

Kontakt
Regulierungsmanagement

FON: [REDACTED]
FAX: [REDACTED]
Email: [REDACTED]

Datum: 01.10.2019

Konsultation „Festlegung nach § 6b EnWG (Strom)“

Sehr geehrte Damen und Herren,

am 27.08.2019 haben Sie den Entwurf einer „Festlegung von zusätzlichen Bestimmungen für die Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen und Tätigkeitsabschlüssen gegenüber vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen und rechtlich selbständigen Netzbetreibern“ (nachfolgend: **Festlegungsentwurf**) auf Ihrer Internetseite veröffentlicht. Den betroffenen Netzbetreibern und Unternehmen wurde Gelegenheit gegeben, bis zum 02.10.2019 Stellung zu nehmen.

Mit der geplanten Festlegung beabsichtigt die Beschlusskammer, den **Kreis der Adressaten**, die zur **Erstellung und Vorlage von Tätigkeitsabschlüssen** zur Prüfung nach § 6b Abs. 3 Satz 1, 6 EnWG verpflichtet sind, gegenüber dem bisherigen Rechtsrahmen deutlich **auszuweiten**. Zu diesem Zweck ordnet die Beschlusskammer in ihrem Festlegungsentwurf die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen gegenüber Netzbetreibern in ihrer Zuständigkeit als Tätigkeit im Sinne des § 6b Abs. 3 Satz 1 EnWG ein. Zusätzlich soll der Adressatenkreis des § 6b Abs. 3 Satz 1 EnWG dadurch ausgeweitet werden, dass die Beschlusskammer eine sehr extensive Auslegung des in § 6b Abs. 1 EnWG genannten Begriffs der energiespezifischen Dienstleistung rechtsverbindlich festschreiben will.

Daneben sieht die Festlegung erweiterte Pflichten bei der Erstellung von Jahres- und Tätigkeitsabschlüssen gegenüber den adressierten Netzbetreibern und Unternehmen vor.

Mit Blick auf diese von der Beschlusskammer erwogenen durchaus gravierenden Eingriffe in den bisher bestehenden Rechtsrahmen möchten wir nachfolgend fristgerecht Stellung nehmen:

I. Vorab: Umfang der behördlichen Ermächtigung nach § 6b Abs. 6 EnWG

Nach § 6b Abs. 6 Satz 1 EnWG kann die Regulierungsbehörde „*unbeschadet der besonderen Pflichten des Wirtschaftsprüfers nach Abs. 5 [...] zusätzliche Bestimmungen gegenüber dem Unternehmen nach Abs. 1 Satz 1 durch Festlegung [...] treffen, die vom Prüfer im Rahmen der Jahresabschlussprüfung über die nach Abs. 1 anwendbaren Prüfungsvoraussetzungen hinaus zu berücksichtigen sind*“. Bereits an dieser Stelle ist zu konstatieren:

Regelungsgegenstand einer Festlegung nach § 6b Abs. 6 EnWG können damit lediglich zusätzliche Bestimmungen sein, die „im Rahmen der Jahresabschlussprüfung“ zu beachten sind und sich damit auf das „wie“ des Prüfauftrages beziehen.

Hingegen ermöglicht § 6b Abs. 6 EnWG keine Ausdehnung des gesetzlich durch § 6b Abs. 1 und 3 EnWG gesteckten Adressatenkreises derjenigen Unternehmen, die zur Jahresabschlussprüfung bzw. Erstellung von Tätigkeitsabschlüssen nach diesen Normen verpflichtet werden („wer“). Insofern dürfen nur „ergänzende“ Bestimmungen zu bereits bestehenden gesetzlich normierten Prüfungspflichten gemacht, hingegen keine gänzlich neuen geschaffen werden.

§ 6b Abs. 6 EnWG ermächtigt die Regulierungsbehörde daher nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht dazu, Tatbestandsmerkmale des § 6b Abs. 1 und 3 EnWG, die zur Bestimmung des Adressatenkreises dieser Normen dienen, im Wege der Festlegung weiter zu konkretisieren bzw. erweiternd auszugestalten. Dies gilt konkret für den Begriff der „energiespezifischen Dienstleistung“ i. S. d. § 6b Abs. 1 Satz 1 EnWG und den Begriff der „Elektrizitätsverteilung“ i. S. d. § 6b Abs. 3 Satz 1 Nr.2 EnWG.

Die Beschlusskammer sieht die in Tenorziffer 1 bis 10 des Festlegungsentwurfs aufgeführten Vorgaben von der Festlegungsermächtigung gemäß § 29 Abs. 1 i. V. m. § 6b Abs. 6 Satz 1 EnWG abgedeckt. Dieser Einschätzung müssen wir in mehrfacher Hinsicht widersprechen (vgl. nachfolgend).

II. Kritikpunkte im Einzelnen

1. Verpflichtung verbundener Dienstleister zu Aufstellung von Tätigkeitsabschlüssen (Tenorziffer 3) rechtswidrig

In Tenorziffer 3 regelt die Beschlusskammer, dass verbundene Dienstleister, die energiespezifische Dienstleistungen gegenüber Netzbetreibern erbringen, diese Dienstleistungen der Tätigkeit Elektrizitätsübertragung und Elektrizitätsverteilung zuordnen müssen. Die Folge daraus wäre die Verpflichtung dieser Dienstleister zur Erstellung und Prüfung eines entsprechenden Tätigkeitsabschlusses.

Zunächst ist festzustellen, dass die in Tenorziffer 3 beabsichtigte Regelung gegen die gesetzlichen Vorgaben des § 6b Abs. 3 Satz 1 und 2 EnWG verstößt. Es handelt sich bei Tenorziffer 3 des Festlegungsentwurfs damit keineswegs um eine „klarstellende“ Anordnung, wie die Beschlusskammer auf den Seiten 17 ff. ihres Festlegungsentwurfs vertritt, sondern um die Begründung einer neuen Verpflichtung verbundener Dienstleister. § 6b Abs. 6 EnWG bietet für dieses Vorgehen keine Ermächtigungsgrundlage. Zudem sei bemerkt, dass § 6b Abs. 6 EnWG selbst dann keine Ermächtigung zum Erlass der Tenorziffer 3 enthält, wenn das darin niedergelegte Rechtsverständnis der Beschlusskammer mit dem Regelungsgehalt des § 6b Abs. 3 EnWG übereinstimmen würde.

a) Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen keine Tätigkeit im Sinne des § 6b Abs. 3 Satz 1 EnWG

In § 6b Abs. 3 Satz 1 EnWG werden zunächst die verschiedenen Tätigkeiten u. a. des regulierten Strom- und Gasnetzbetriebs aufgezählt. Sodann stellt § 6b Abs. 3 Satz 2 EnWG klar, dass Tätigkeit im Sinne dieser Bestimmung auch jede wirtschaftliche Nutzung eines Eigentumsrechts an Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetzen, Gasspeichern oder LNG-Anlagen ist. Hingegen hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen an einen verbundenen Netzbetreiber den genannten Tätigkeiten gleichzustellen. Energiespezifische Dienstleistungen finden vielmehr in § 6b Abs. 3 EnWG keinerlei Erwähnung. Folglich ist für die Erbringung

dieser Dienstleistungen auch kein Tätigkeitsabschluss gemäß § 6b Abs. 3 Satz 6 EnWG aufzustellen und zur Prüfung vorzulegen.

Mit Blick auf § 6b Abs. 3 Satz 2 EnWG überzeugt insbesondere die extensive Auslegung des Begriffs der „Elektrizitätsverteilung“ durch die Beschlusskammer nicht (vgl. Festlegungsentwurf, S. 18). So versucht die Beschlusskammer hierunter auch die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen durch verbundene Dienstleister zu subsumieren. Bei diesem – den Wortlaut deutlich überspannenden – Begriffsverständnis bleibt unklar, weshalb der Gesetzgeber für den Fall der Verpachtung gerade eine Klarstellung in § 6b Abs. 3 Satz 2 EnWG für erforderlich gehalten haben sollte, hiervon bei den energiespezifischen Dienstleistungen aber abgesehen hat.

Gegen das Rechtsverständnis der Beschlusskammer spricht nicht zuletzt auch eine verfassungskonforme Auslegung des § 6b EnWG. So ist nicht zu vermuten, dass der Gesetzgeber für jegliche energiespezifische Dienstleistung an verbundene Netzbetreiber, unabhängig von ihrem wirtschaftlichen Umfang, die Pflicht zur Aufstellung eines Tätigkeitsabschlusses etablieren wollte. Denn dadurch hätte er sich offenkundig dem Vorwurf ausgesetzt, gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verstoßen. Eben dies wäre aber die Konsequenz des von der Beschlusskammer in ihrem Festlegungsentwurf niedergelegten Rechtsverständnisses.

b) Überschreitung der Ermächtigungsgrundlage

Mit dieser von § 6b Abs. 3 EnWG abweichenden Regelung überschreitet Tenorziffer 3 die behördliche Ermächtigung. Wie bereits unter I. gezeigt, ermächtigt § 6b Abs. 6 EnWG lediglich zur Vorgabe zusätzlicher Bestimmungen, die „*im Rahmen der Jahresabschlussprüfung*“ zu beachten sind. Davon offenkundig nicht erfasst ist die Schaffung gänzlich neuer prüfungspflichtiger Tätigkeitsbereiche im Sinne des § 6b Abs. 3 EnWG bzw. die Erweiterung des Adressatenkreises dieser Norm.

c) Hilfsweise: Auch keine Ermächtigung zur „Klarstellung“

Selbst wenn man unterstellt, dass Tenorziffer 3 dem Regelungsgehalt des § 6b Abs. 3 EnWG entsprechen würde, fehlt es der Beschlusskammer an einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage. Denn soweit die Beschlusskammer in Tenorziffer 3 bestimmte Fälle (Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen) unter die generell-abstrakte Gesetzesnorm (§ 6b Abs. 3 EnWG) subsumiert, handelt es sich nicht lediglich um unverbindliche Feststellungen, sondern um verbindliche und mit den hierzu vorgesehenen Instrumenten durchzusetzende Regelungen, die einer Ermächtigungsgrundlage bedürfen. Für eine mit konkreten Rechtsfolgen verbundene – unterstellte – Wiederholung der gesetzlichen Regelung bietet weder § 6b Abs. 6 EnWG eine ausreichende Rechtsgrundlage, noch lässt sich eine Ermächtigung aus anderen rechtlichen Vorgaben ableiten.

2. Definition „energiespezifischer Dienstleistungen“ in Tenorziffer 4 rechtswidrig

Die in Tenorziffer 4 enthaltene Definition ist mit dem Tatbestandsmerkmal der energiespezifischen Dienstleistung im Sinne des § 6b Abs. 1 Satz 1 EnWG nicht vereinbar. Die Beschlusskammer kann sich auch für diese Regelung nicht auf eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage berufen.

a) Abweichung zum Regelungsgehalt des § 6b Abs. 1 EnWG

Zurückzuweisen sind insoweit insbesondere die Ausführungen der Beschlusskammer, wonach sich die in Tenorziffer 4 enthaltene Definition auf die Gesetzesbegründung zum Dritten Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 20.12.2012 (vgl. BT-Drs. 1//10754, S. 21) stützen könne (vgl. Festlegungsentwurf, S. 16).

Die dortigen Ausführungen werden nämlich durch die Beschlusskammer in einem entscheidenden Punkt abgeändert, indem sie in Tenorziffer 4 formuliert:

„Der Begriff der mittelbaren energiespezifischen Dienstleistung ist weit auszulegen. Er umfasst beispielsweise die Verbrauchsabrechnung sowie IT-Dienstleistungen. Somit gehören zu den energiespezifischen Dienstleistungen auch Dienstleistungen, die nach ihrer Art, wie z. B. Geschäftsführung, Rechnungswesen oder Controlling, nur gegenüber dem eigenen verbundenen Netzbetreiber erbracht werden und im vergleichbaren Umfang gegenüber externen bzw. anderen Dritten nicht erbracht werden.“

Die Beschlusskammer stellt dabei für die Einordnung einer Dienstleistung als energiespezifisch darauf ab, dass sie sich für den Erbringer als „energiespezifisch“ darstellt, weil er sie ausschließlich oder jedenfalls überwiegend gegenüber dem verbundenen Netzbetreiber erbringt. Diese „Erbringerperspektive“ bei der Auslegung des Begriffs der Dienstleistung ist mit der Vorstellung des Gesetzgebers, wie er sie in der Gesetzesbegründung geäußert hat, nicht vereinbar und überdies zur Abgrenzung völlig ungeeignet.

In der Gesetzesbegründung findet sich folgende Erläuterung der energiespezifischen Dienstleistung:

*„Unter unmittelbaren energiespezifischen Dienstleistungen ist die Erfüllung kommerzieller, technischer und/oder wartungsbezogener Aufgaben im Sinne der Artikel 2 Nr. 35 der Richtlinie 2009/72/EG und Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 2009/73/EG zu verstehen. Der Begriff der mittelbaren energiespezifischen Dienstleistungen ist weit auszulegen und umfasst beispielsweise die Verbrauchsabrechnung sowie IT-Dienstleistungen, soweit diese speziell für die Energiewirtschaft angeboten werden und es sich um **keine Standardanwendungen** handelt.“*

BT-Drs 17/10754, S. 21 (Hervorhebungen durch Verfasser)

Die Beschlusskammer spart die hervorgehobene Textstelle der Gesetzesbegründung in Tenorziffer 4 aus und ergänzt die Gesetzesbegründung sodann um Schlussfolgerungen, die aus dieser keineswegs ableitbar sind.

Denn insbesondere anhand der hervorgehobenen Stelle der Gesetzesbegründung wird deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Definition der energiespezifischen Dienstleistung auf den **Charakter der Dienstleistung** nach dem **objektiven Empfängerhorizont** abstellt und es nicht ausreichen lässt, dass irgendeine (Standard-) Dienstleistung nur oder weit überwiegend gegenüber einem verbundenen Netzbetreiber erbracht wird. Danach dürften insbesondere Dienstleistungen des Rechnungswesens oder des Controllings überwiegend keine speziellen Leistungen für die Energiewirtschaft enthalten, sondern sich vielmehr branchenübergreifend als „Standardanwendungen“ darstellen.

Auch der von der Beschlusskammer zur Rechtfertigung herangezogene Verweis auf die Festlegung der Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg vom 02.06.2015, Az. 4-4455.7/45 geht insoweit fehl. Zum einen kann die Rechtskraft einer für unser Unternehmen nicht zuständigen Behörde hier keine Rolle spielen. Zum anderen hatte die Festlegung in dem hier relevanten Punkt auch gar keinen Regelungscharakter, was die Landesregulierungsbehörde ausdrücklich dadurch klargestellt hat, dass mit ihrer Festlegung keine Verpflichtungen für konzernverbundene Dienstleister normiert werden sollten. Der Hinweis auf diese Festlegung spricht insoweit vielmehr gegen eine entsprechende Kompetenz der Beschlusskammer.

b) Keine Ermächtigung zur Definition energiespezifischer Dienstleistungen

Wie bereits unter I. gezeigt, ermächtigt § 6b Abs. 6 EnWG lediglich zur Vorgabe zusätzlicher Bestimmungen, die „im Rahmen der Jahresabschlussprüfung“ zu beachten sind. Davon offenkundig nicht erfasst ist eine Ausgestaltung des Gesetzesbegriffs der energiespezifischen Dienstleistungen durch die Exekutive bzw. die Erweiterung des Adressatenkreises nach § 6b Abs. 1 EnWG.

c) Definition in Tenorziffer 4 nicht zur Abgrenzung von „sonstigen“ Dienstleistungen geeignet

Die Definition der energiespezifischen Dienstleistungen in Tenorziffer 4 ist dessen ungeachtet auch nicht geeignet, entsprechende Dienstleistungen von sonstigen Dienstleistungen abzugrenzen. Soweit etwa Leistungen der konzerneigenen Kantinengesellschaft überwiegend gegenüber der Netzgesellschaft erbracht werden (um das Beispiel der Beschlusskammer aus dem Webinar vom 19.09.2019 aufzugreifen), müssten diese nach Tenorziffer 4 als energiespezifische Dienstleistungen eingeordnet werden. Dies folgt aus der „Erbringerperspektive“, welche die Beschlusskammer (abweichend vom Gesetzgeber) bei der Definition der energiespezifischen Dienstleistungen einnimmt. Dieses Auslegungsergebnis kann offenkundig nicht überzeugen und steht auch im Widerspruch zu den Aussagen der Beschlusskammer.

Letztlich fielen durch die unzulässig extensive Begriffsauslegung der Beschlusskammer faktisch alle von konzernverbundenen Dienstleistern an einen Netzbetreiber erbrachten Dienstleistungen unter den Begriff der energiespezifischen Dienstleistungen, was ganz offensichtlich dem oben dargestellten gesetzgeberischen Willen widerspräche.

III. Ergänzende Angaben gemäß Tenorziffer 5

Gegen die von der Beschlusskammer unter Tenorziffer 5 vorgesehenen Ergänzungen des dem jeweils tätigen Wirtschaftsprüfer zu erteilenden Prüfungsauftrags bestehen insbesondere unter folgenden Gesichtspunkten Bedenken:

Im Zusammenhang mit dem Ausweis von Forderungen und Verbindlichkeiten vor Saldierung (vgl. Tenorziffer 5.2.6) wird im Festlegungsentwurf eine Untergliederung des Postens „*Kassenbestand, Bundesbankguthaben, Guthaben bei Kreditinstituten und Schecks*“ nach den verschiedenen Umlagen gefordert. Eine solche Untergliederung wird regelmäßig nicht möglich sein.

Hinsichtlich der geforderten Angaben zu fortwirkenden Schuldbeitritten oder Schuldübernahmen (Tenorziffer 5.3) geht aus den Dokumenten des Festlegungsentwurfs nicht hervor, welche konkreten Angaben damit gemeint sein sollen.

Zu der in Tenorziffer 5.6 vorgesehenen Anordnung ist anzumerken, dass sich Verpflichtungen aus Gewinnabführungsverträgen nur auf das Gesamtunternehmen und nicht auf die einzelne Tätigkeit beziehen können. Die Beschlusskammer fordert insoweit, dass der auf den jeweiligen Tätigkeitsbereich entfallende Anteil des vom Gesamtunternehmen abzuführenden Gewinns ausgewiesen wird. Es sind aber auch Fälle zu bedenken, in welchen das Unternehmen insgesamt einen Gewinn abführt, eine einzelne Tätigkeit jedoch einen Verlust erzielt.

IV. Modalitäten der Prüfung (Tenorziffer 6)

In Tenorziffer 6 beabsichtigt die Beschlusskammer, den Prüfer zu einem bestimmten Vorgehen bei der Prüfung zu verpflichten. Dies wird auch durch die entsprechende Begründung zu Tenorziffer 6 bestätigt. Nicht verständlich ist insoweit das gegenüber Tenorziffer 5 abweichende Vorgehen der Beschlusskammer. Unseres Erachtens ist offenkundig, dass § 6b Abs. 6 EnWG der Behörde nicht

die Befugnis einräumt, eine unmittelbare Verpflichtung der Wirtschaftsprüfer auszusprechen. Diese sind nicht Adressaten einer Festlegung nach § 6b Abs. 6 EnWG.

V. Adressatenkreis und Anwendungszeitraum

Zu beanstanden ist ferner, dass der Festlegungsentwurf keinerlei Einschränkung dahingehend vorsieht, dass die entsprechenden Verpflichtungen mit einem bestimmten wirtschaftlichen Mindestvolumen bzw. einer Mindestgröße der betroffenen Unternehmen verbunden werden.

Ebenso bewerten wir es als unverhältnismäßig, dass die ergänzenden Vorgaben zu Jahresabschluss- und Tätigkeitsabschlussprüfung in jedem Jahr offenbar in gleicher Weise gelten sollen, unabhängig davon, ob es sich um ein Basisjahr i. S. d. § 6 Abs. 1 ARegV handelt oder um andere Jahre der Regulierungsperioden. Der dadurch entstehende erhebliche Aufwand rechtfertigt den verfolgten Zweck nicht.

VI. Übermittlung des Prüfberichts

Nach Tenorziffer 9 haben die Adressaten der Festlegung den Prüfungsbericht nebst Ergänzungsbänden unverzüglich nach Feststellung des Jahresabschlusses bei der Bundesnetzagentur einzureichen, spätestens jedoch bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres. Diese Frist ist mit Blick auf die handelsrechtlichen Vorgaben zur Erstellung und Prüfung von Tätigkeitsabschlüssen deutlich zu kurz bemessen.

Nach § 42a Abs. 2 GmbHG haben die Gesellschafter einer GmbH für die Feststellung des Jahresabschlusses grundsätzlich Zeit bis zum Ablauf der ersten acht Monate des neuen Geschäftsjahrs. Stellt bei einer Aktiengesellschaft die Hauptversammlung den Jahresabschluss fest, gilt die gleiche Frist von acht Monaten nach § 175 Abs. 1 und 3 AktG. Es ist nicht ersichtlich, dass die Prüfung des Ausgangsniveaus gemäß § 6 Abs. 1 ARegV oder des Regulierungskontos gemäß § 5 ARegV eine Verkürzung dieser Fristläufe rechtfertigen würden. Zudem gehen wir davon aus, dass auch diese Vorgabe nicht von der Ermächtigung des § 6b Abs. 6 EnWG gedeckt ist.

VII. Fazit

Die von der Beschlusskammer vorgesehene Ausgestaltung der Festlegung bewerten wir, insbesondere mit Blick auf die weitgehend fehlende Ermächtigung, als rechtswidrig.

Wir bitten daher, die aufgezeigten Gesichtspunkte im weiteren Verfahren zu beachten.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Freundliche Grüße

Stadtwerke Saarbrücken Netz AG



Franz-Josef Johann



