

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

6/2021

S. 257 – 320

18. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Jochen Mohr
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Christian Seyfert
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

■	<i>Bernd Buchholz</i> Wettbewerb auf den Postmärkten stärken, Chancen der Marktöffnung nutzen	257
■	<i>Maximilian Emanuel Elspas/Corinna Lindau/ Stefanie Raissa Ramsauer</i> Die neuen Regelungen im EnWG zum Wasserstoff	258
■	<i>Carlos D. Cesarano</i> Das Gigabit-Fördermodell des Bundes	267
■	<i>Matthias Franken/Bernd Sörries/Marcus Stronzik</i> Entwicklung von 5G-Campusnetzen in Deutschland	275
■	<i>Jürgen Kühling/Kim-Ines Meier</i> Die Novelle des ERegG im Zeichen der Verkehrswende	281
■	<i>Ludwig Gramlich</i> Das Postrecht in den Jahren 2020/2021	286
■	<i>Jörg Meinzenbach/Rebecca Klein/Dirk Uwer</i> Anmerkung zum Urteil des EuGH: Zuständigkeiten und Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde im Energiesektor	304
■	<i>Olaf Schulz-Gardyan</i> Anmerkung zum Urteil des BGH: Wegekonzessionen für kommunale Eigenbetriebe – Gasnetz Berlin	314
	N&R-Beilage 2/2021 <i>Markus Ludwigs</i> Energiereregulierung nach der Zeitenwende	1

Aufsätze

Dr. Maximilian Emanuel Elspas, Corinna Lindau und Dr. Stefanie Raissa Ramsauer

Die neuen Regelungen im EnWG zum Wasserstoff

Der Gesetzgeber hat zum Ende der Legislaturperiode u. a. noch das „Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht“ verabschiedet. Es handelt sich hierbei um ein umfangreiches Artikelgesetz, das vor allem zur Umsetzung der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944 aus dem „Saubere Energie“- bzw. „Clean Energy“-Paket dient und daher auch Änderungen des EnWG vorsieht, die nach ihrer Verkündung im Bundesgesetzblatt ohne Übergangsfrist am 27. Juli 2021 in Kraft getreten sind. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die geänderten und neuen Regelungen im EnWG, die den Energieträger Wasserstoff betreffen.

I. Einleitung

Um die ambitionierten, aber ohne Zweifel notwendigen Klimaschutzziele¹ zu erreichen, muss sehr kurzfristig der Ausstoß von klimaschädlichen Kohlendioxidemissionen in allen Lebensbereichen erheblich reduziert werden. In Wirtschaft, Gesellschaft und Politik besteht daher dringender Handlungsbedarf.

Bei den zu ergreifenden Maßnahmen wird Wasserstoff seit einiger Zeit eine immer größere Rolle zugeschrieben. Grund hierfür ist vor allem, dass Wasserstoff unter Einsatz von erneuerbaren Energien kohlendioxidfrei hergestellt werden kann und sehr vielseitig einsetzbar ist, z. B. als Rohstoff in der Industrie, als alternativer Kraftstoff oder als Basis für synthetische Kraftstoffe im Verkehrssektor und nicht zuletzt als Energieträger.

Vor diesem Hintergrund war es sinnvoll, auf EU-Ebene,² aber vor allem auch national eine Wasserstoffstrategie zu entwickeln,³ um die Ziele beim Thema Wasserstoff zu definieren sowie einen kohärenten Handlungsrahmen für die zur Zielerreichung erforderlichen Maßnahmen zu schaffen. Als eines der zu erreichenden Ziele wurde in der nationalen Wasserstoffstrategie die Entwicklung einer Transport- und Verteilinfrastruktur festgelegt. Eine solche ist zwingend erforderlich, damit sich Absatzmärkte für Wasserstoff und seine Folgeprodukte entwickeln können.⁴ Dabei wird in der Wasserstoffstrategie richtigerweise darauf hingewiesen, dass diese Wasserstoffinfrastruktur nicht vollständig neu geschaffen werden muss, sondern in Deutschland bereits eine gut ausgebaute Infrastruktur von Erdgasnetzen und Gasspeichern besteht, die perspektivisch auch für Wasserstoff genutzt werden könnten.

Zur Umsetzung der nationalen Wasserstoffstrategie im Handlungsfeld Transport- und Verteilinfrastruktur hat der Gesetzgeber jüngst mit dem „Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht“ einen ersten Schritt unternommen.⁵

Mit Art. 1 dieses Gesetzes erfolgen Änderungen des EnWG⁶, die sich bezüglich des Themas Wasserstoff in drei Bereiche untergliedern lassen. Von zentraler Bedeutung ist der im Teil 3 des EnWG neu eingefügte Abschnitt 3b, der in den §§ 28j bis 28q

EnWG Vorschriften zur Regulierung von Wasserstoffnetzen enthält. Im Weiteren wurde im Teil 5 des EnWG, der in den §§ 43 bis 45b EnWG Regelungen zur Planfeststellung enthält,⁷ ein neuer § 43l EnWG mit planungsrechtlichen Regelungen zum Auf- und Ausbau von Wasserstoffnetzen eingefügt. Der dritte Bereich, in dem Änderungen vorgenommen worden sind, ist der Teil 10 des EnWG mit den Schlussvorschriften. Neben einer neuen Berichtspflicht in § 112b EnWG wurden dort vor allem die §§ 113a bis 113c EnWG ergänzt, die sich mit der Überleitung von Wegenutzungsrechten auf Wasserstoffnetze, der Umstellung von Erdgasleitungen auf den Transport von Wasserstoff und Sicherheitsanforderungen beschäftigen. Zusätzlich sind noch Änderungen beim Gesetzeszweck (§ 1 EnWG) und bei den Begriffsbestimmungen (§ 3 EnWG) vorgenommen worden, die alle drei der eben genannten Bereiche betreffen. Diese Änderungen in den allgemeinen Vorschriften des EnWG sollen daher zu Beginn dargestellt werden.

II. Gesetzeszweck und Begriffsbestimmungen

1. Erweiterter Gesetzeszweck

In § 1 EnWG, der den Zweck und die Ziele des Gesetzes regelt, wurde in Abs. 1 eine kleine, aber durchaus bedeutsame Ergänzung vorgenommen. Der dort beschriebene Zweck des EnWG, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, soll nun nicht mehr nur für die Energieträger Elektrizität und Gas gelten. Der Zweck wurde erweitert und bezieht sich nun auch auf den neuen Energieträger Wasserstoff.⁸

Die Erweiterung des Gesetzeszwecks in § 1 Abs. 1 EnWG wäre allerdings überhaupt nicht erforderlich gewesen, wenn die Definition des Gasbegriffs in § 3 Nr. 19a EnWG angepasst worden wäre, was von verschiedenen Seiten gefordert worden ist, um dadurch die Wasserstoffnetze in das geltende

1 Auf EU-Ebene besteht das Ziel, die Kohlendioxidemissionen bis 2030 um 55 % zu reduzieren, um 2050 klimaneutral zu sein. Auf nationaler Ebene wurden noch höhere Ziele gesetzt. Mit dem Ersten Gesetz zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes v. 25.6.2021 (vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/30230; Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, BR-Drs. 576/21) wurde festgelegt, die Treibhausgasemissionen im Vergleich zum Jahr 1990 bis zum Jahr 2030 um mindestens 65 % und bis zum Jahr 2040 um mindestens 88 % zu mindern (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2). Bis zum Jahr 2045 ist Nettotreibhausgasneutralität zu erreichen und nach dem Jahr 2050 sollen negative Treibhausgasemissionen erreicht werden.

2 Kommission, Mitteilung „Eine Wasserstoffstrategie für ein klimaneutrales Europa“, COM (2020) 301 final.

3 Bundesregierung, Die Nationale Wasserstoffstrategie, 2020.

4 Vgl. Bundesregierung (Fn. 3), S. 13.

5 Gesetz v. 16.7.2021, BGBl. 2021 I, 3026.

6 Zuvor zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 21.12.2020, BGBl. 2020 I, 3138.

7 Die §§ 46–48 EnWG enthalten Regelungen zur Wegenutzung.

8 Wärme wird weiterhin, auch wenn es sich um eine leitungsgebundene Energie handelt, nicht vom Gesetzeszweck erfasst.

Regulierungsregime für Gasnetze einzubeziehen. Der Gesetzgeber hat sich aber wegen des von ihm zunächst bevorzugten Ansatzes der getrennten Regulierung⁹ bewusst gegen diese Möglichkeit entschieden.¹⁰ Infolgedessen bleiben auch die Regulierungsziele in § 1 Abs. 2 EnWG unverändert und beziehen sich weiterhin nur auf die Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze. Eine Erweiterung auf die Wasserstoffnetze wurde hier noch nicht vorgenommen, sondern die Regulierung der Wasserstoffnetze ist bis auf weiteres gesondert in dem neuen Abschnitt 3b im Teil 3 des EnWG geregelt. Auch für den planungsrechtlichen Teil 5 des Gesetzes musste somit eine gesonderte Regelung für Wasserstoffnetze geschaffen werden.

2. Geänderte und neue Begriffsbestimmungen

Aufgrund der Erweiterung des Gesetzeszwecks in § 1 Abs. 1 EnWG hat der Gesetzgeber konsequenterweise auch die Definition des Begriffs „Energie“ in § 3 Nr. 14 EnWG erweitert. Im Rahmen des EnWG erfasst der Begriff „Energie“ zukünftig nicht nur Elektrizität und Gas, sondern auch Wasserstoff; wie bei Elektrizität und Gas allerdings nur dann, wenn er zur leitungsgebundenen Energieversorgung verwendet wird. Dementsprechend stellt die nicht leitungsgebundene Versorgung mit Wasserstoff auch keine Energieversorgung i. S. d. EnWG dar.

Vor dem Hintergrund der Einbeziehung des Energieträgers Wasserstoff in die Definition des Energiebegriffs in § 3 Nr. 14 EnWG wird auch die Definition der Energieversorgungsnetze in § 3 Nr. 16 EnWG um den Begriff der Wasserstoffnetze erweitert, die ihrerseits in § 3 Nr. 39a EnWG erstmalig definiert werden. Da sich der Gesetzgeber bewusst für eine getrennte Regulierung der Gas- und der Wasserstoffnetze entschieden hat, erfolgt für die Wasserstoffnetze im Rahmen der Begriffsdefinition in § 3 Nr. 16 EnWG allerdings eine klare Einschränkung. Wasserstoffnetze sind nur im Rahmen von Teil 5 des EnWG (§§ 43 bis 48 EnWG – Planfeststellung und Wegenutzung) Energieversorgungsnetze,¹¹ da anderenfalls die allgemeinen Regelungen zur Regulierung der Strom- und Gasnetze im Teil 3 des EnWG auch für Wasserstoffnetze gelten würden. Der Umfang der Regulierung für Wasserstoffnetze ergibt sich nun aber aus den neu geschaffenen Regelungen (§§ 28j ff. EnWG) in dem hierfür im Teil 3 des EnWG ergänzten Abschnitt 3b.

§ 3 Nr. 39a EnWG definiert ein Wasserstoffnetz als

„ein Netz zur Versorgung von Kunden ausschließlich mit Wasserstoff, das von der Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Kunden ausgelegt ist, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Kunden offensteht, dabei umfasst es unabhängig vom Durchmesser Wasserstoffleitungen zum Transport von Wasserstoff nebst allen dem Leitungsbetrieb dienenden Einrichtungen, insbesondere Spannungs-, Regel- und Messanlagen sowie Leitungen oder Leitungssysteme zur Optimierung des Wasserstoffbezugs und der Wasserstoffdarbietung“.

Die Definition des Begriffs „Wasserstoffnetz“ wird also vor allem von zwei Tatbestandsmerkmalen bestimmt: Zum einen gilt das Ausschließlichkeitsprinzip für die Versorgung mit Wasserstoff über dieses Netz. Die Begriffsdefinition erfasst also nur reine Wasserstoffnetze. Mit anderen Worten: Gasversorgungsnetze, in die Wasserstoff beigemischt wird, werden von der Begriffsdefinition nicht erfasst. Zum anderen muss das reine Wasserstoffnetz zur Versorgung der Allgemeinheit bestimmt sein. Ob dies der Fall ist, muss durch eine Negativabgrenzung anhand von Kriterien bestimmt werden, die von der Bestimmung von Strom- und Gasnetzen der

allgemeinen Versorgung i. S. v. § 3 Nr. 17 EnWG bekannt sind. Das Netz darf von seiner Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Kunden ausgelegt sein. Wird ein Gasnetz auf den ausschließlichen Transport von Wasserstoff umgestellt, wird man grundsätzlich davon ausgehen können, dass das Wasserstoffnetz für die Versorgung jedes Kunden offensteht, wenn es sich vor der Umstellung um ein Gasnetz für die allgemeine Versorgung gehandelt hat. Mangels weiterhin fehlender Definition des Begriffs „Netz“ kann es allerdings sowohl bei neu errichteten als auch umgestellten Wasserstoffleitungen im Einzelfall schwierig sein zu bestimmen, ob diese bereits ein Netz darstellen.

In § 3 Nr. 39b EnWG wurde der Begriff der Wasserstoffspeicheranlage definiert, weil die mit dem neuen Abschnitt 3b in den Teil 3 des EnWG eingefügten Regelungen der §§ 28j ff. EnWG auch Vorgaben für Betreiber von Wasserstoffspeicheranlagen enthalten. Eine Wasserstoffspeicheranlage ist definiert als

„eine einem Energieversorgungsunternehmen gehörende oder von ihm betriebene Anlage zur Speicherung von Wasserstoff, mit Ausnahme von Einrichtungen, die ausschließlich Betreibern von Wasserstoffnetzen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben vorbehalten sind“.

Diese Begriffsdefinition ist angelehnt an die Definition des Begriffs „Gasspeicheranlage“. Diese findet sich nun in einem neu geschaffenen § 3 Nr. 19c EnWG, ist aber letztlich inhaltsgleich mit dem Begriff der Speicheranlage, der bislang in § 3 Nr. 31 EnWG a. F. definiert war.¹²

Die Betreiber von Wasserstoffnetzen und Wasserstoffspeicheranlagen sind in § 3 Nr. 10b und 10c EnWG definiert. Die Formulierung der Betreiberbegriffe ist angelehnt an die im EnWG bereits vorhandenen Begriffsdefinitionen für Netz- und Speicherbetreiber (vgl. § 3 Nr. 2 bis 10 EnWG). So sind Betreiber von Wasserstoffnetzen natürliche oder juristische Personen, die die Aufgabe des Transports oder der Verteilung¹³ von Wasserstoff wahrnehmen und verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Wasserstoffnetzes.¹⁴ Bei Auslegungsfragen wird man daher

9 Trotz heftiger Diskussionen im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ist der Gesetzgeber zunächst bei seiner Entscheidung geblieben, die Regulierung der Gasnetze nicht auf die Wasserstoffnetze auszudehnen, sondern die Wasserstoffnetze gesondert zu regulieren. Vgl. zu alternativen Regulierungsmöglichkeiten auch *Rosin/Spiekermann*, et 2020, 54, und die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Bestandsaufnahme für die Regulierung von Wasserstoffnetzen mit Stand Juli 2020, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/NetzentwicklungUndSmartGrid/Wasserstoff/Wasserstoffpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 20.8.2021).

10 Nach der unverändert gebliebenen Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 19a EnWG ist Wasserstoff vom Gasbegriff des EnWG somit weiterhin nur dann erfasst, wenn er durch Wasserelektrolyse erzeugt worden ist und in ein Gasversorgungsnetz eingespeist wurde.

11 Bei der geänderten Definition des Begriffs „Großhändler“ in § 3 Nr. 21 EnWG erfolgt der Ausschluss der Betreiber von Wasserstoffnetzen ohne Einschränkung.

12 Der Begriff der Speicheranlage wurde umbenannt und inhaltsgleich in den Begriff der Gasspeicheranlage überführt, um eine bessere Abgrenzung der Gasspeicheranlagen von den Energiespeicheranlagen zu erreichen, die zur Umsetzung von Art. 2 Nr. 60 der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944 jetzt erstmalig in § 3 Nr. 15d EnWG definiert sind.

13 Der Begriff „Verteilung“ wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens noch aufgenommen; allerdings wurde vergessen, insoweit die Begründung des ursprünglichen Gesetzentwurfs zu ergänzen. In dieser ist weiterhin nur der Transport genannt.

14 Betreiber von Wasserstoffspeicheranlagen sind „natürliche oder juristische Personen oder rechtlich unselbständige Organisationseinheiten eines Energieversorgungsunternehmens, die die Aufgabe der

auf das Verständnis der seit längerer Zeit verwendeten Betreiberbegriffe zurückgreifen können, so dass man davon ausgehen kann, dass auch die (teilrechtsfähigen) Personengesellschaften (z. B. KG oder OHG) Betreiber eines Wasserstoffnetzes oder einer Wasserstoffspeicheranlage sein können.¹⁵ Ausgeschlossen ist nach dem Wortlaut des § 3 Nr. 10b EnWG allerdings, dass rechtlich unselbständige Organisationseinheiten eines Energieversorgungsunternehmens Betreiber eines Wasserstoffnetzes sein dürfen. Es dürfte sich hierbei nicht um eine unbewusste Regelungslücke handeln, sondern um eine bewusste Vorgabe durch den Gesetzgeber, die bei Anwendung der Regulierungsregelungen, insbesondere zur Entflechtung, zu berücksichtigen ist.

III. Regulierungsregime

1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der im EnWG neu geschaffenen Regelungen zur Regulierung der Wasserstoffnetze wird durch § 28j EnWG festgelegt, der entgegen seiner Überschrift auch Bestimmungen für Wasserstoffspeicheranlagen enthält.¹⁶

Nach § 28j Abs. 1 EnWG sind für die Errichtung, den Betrieb und die Änderung eines Wasserstoffnetzes i. S. v. § 3 Nr. 39a EnWG immer Teil 5, 7 und 8 des EnWG anzuwenden sowie die Übergangsvorschriften der §§ 113a bis 113c EnWG. Die Anwendung der Regelungen zur Regulierung der Wasserstoffnetze in §§ 28k bis 28q EnWG ist fakultativ.¹⁷ Für das neue, spezifisch für Wasserstoffnetze entwickelte Regulierungsregime hat der Gesetzgeber nämlich ein sog. „Opt-in“- bzw. „Opt-in“-Modell vorgesehen. Der Betreiber eines Wasserstoffnetzes i. S. v. § 3 Nr. 10b EnWG kann wählen, ob er seine Wasserstoffnetze (§ 3 Nr. 39a EnWG) der Regulierung nach den §§ 28k bis 28q EnWG unterwerfen will oder nicht. Ob die Wasserstoffnetze der Regulierung unterliegen, hängt aber nicht allein vom Willen des Betreibers ab, sondern auch vom positiven Ergebnis einer Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit.¹⁸

a) „Opt-in“-Modell

Um sein Wahlrecht auszuüben, muss der Betreiber eines Wasserstoffnetzes schriftlich oder in elektronischer Form gegenüber der Bundesnetzagentur erklären, dass seine Wasserstoffnetze der Regulierung nach den Regelungen im Abschnitt 3b des Teils 3 des EnWG unterfallen sollen.¹⁹ Dem ersten Anschein nach handelt es sich um eine relativ schlichte Erklärung. Ihre Abgabe will aber wohlüberlegt sein. Denn die „Opt-in“-Erklärung ist unwiderruflich, sie gilt unbefristet und sie gilt für alle Wasserstoffnetze des erklärenden Betreibers. Ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf muss sie auch vorbehaltlos und bedingungslos sein.²⁰

Diese weitreichenden Konsequenzen der „Opt-in“-Erklärung sind nachvollziehbar und grundsätzlich auch nicht zu beanstanden. Insbesondere die Netznutzer brauchen Planungssicherheit und müssen auf die Entscheidung des Wasserstoffnetzbetreibers vertrauen dürfen. Fraglich ist allerdings, ob diese langfristige Bindung auch für den Betreiber des Wasserstoffnetzes sachgerecht ist, vor allem wenn sich der Regulierungsrahmen zukünftig ändern sollte. Berücksichtigt man, dass der Netzbetreiber durch seine Entscheidung in ein gesichertes Regulierungsumfeld gelangt und vor allem über die Netznutzungsentgelte seine Investitionen refinanzieren kann, so erscheint die unbefristete Bindungswirkung bezüglich des „Ob“ der Regulierung sachgerecht. Beim „Wie“ der Regulierung muss der Gesetzgeber bei zukünftigen Änderungen des Regulierungsrahmens allerdings den verfassungsrechtlich abgesicherten Vertrauensschutz des Netzbetreibers berücksichtigen sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Wirksam wird die „Opt-in“-Erklärung des Wasserstoffnetzbetreibers nach § 28j Abs. 3 S. 1 EnWG erst dann, wenn erstmalig eine positive Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit nach § 28p EnWG vorliegt. Durch diese objektive Bedingung will der Gesetzgeber den Netzbetreiber davor schützen, Verpflichtungen nach den §§ 28k ff. EnWG erfüllen zu müssen, insbesondere Netzzugang gewähren und Netzzugangsentgelte bilden zu müssen, obwohl er noch über keine Wasserstoffleitung verfügt.²¹ Unterliegt ein Wasserstoffnetzbetreiber der Regulierung, so ist die Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit später bedeutsam für die Ermittlung der Netzzugangsentgelte.

b) Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit

Die Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit ist von der Bundesnetzagentur vorzunehmen, sobald ihr der Betreiber des Wasserstoffnetzes schriftlich oder in elektronischer Form die für die Prüfung erforderlichen Unterlagen vorgelegt hat.²² Grundsätzlich zu begrüßen ist die in § 28p Abs. 5 EnWG vorgesehene Fiktion, dass die Bedarfsgerechtigkeit als gegeben anzusehen ist, wenn die Bundesnetzagentur nicht innerhalb von vier Monaten nach Eingang der erforderlichen Unterlagen eine Entscheidung getroffen hat. Der Wert dieser Regelung für den Wasserstoffnetzbetreiber wird allerdings faktisch dadurch erheblich geschmälert, dass behördenseitig ohne zeitliche Beschränkung ergänzende Unterlagen angefordert werden können und die Viermonatsfrist erst ab Eingang dieser nachgeforderten Unterlagen zu laufen beginnt.²³ Veröffentlicht die Bundesnetzagentur keinen abschließenden verbindlichen Katalog der erforderlichen Unterlagen, was wünschenswert wäre, so bleibt allein die Möglichkeit, die Behörde bei Einreichung der Unterlagen aufzufordern, innerhalb angemessener Frist die Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen zu bestätigen.

Ein wesentlicher Anhaltspunkt für die Erforderlichkeit der vorzulegenden Unterlagen ist der Prüfungsmaßstab, der sich aus § 28p Abs. 2 EnWG ableiten lässt. Die Bundesnetzagentur hat vor allem den kundenseitigen Bedarf der Wasserstoffnetzinfrastruktur zu prüfen, weshalb ihr insbesondere ein zwischen dem Netznutzer und dem Netzbetreiber abgestimmter

Speicherung von Wasserstoff wahrnehmen und für den Betrieb einer Wasserstoffspeicheranlage verantwortlich sind“.

15 Vgl. Elspas/Graßmann/Rasbach, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 2018, § 3 Rn. 6 m. w. N.

16 Gemäß § 28j Abs. 2 EnWG finden die Anschluss- und Zugangsregelungen in § 28n EnWG für den Betreiber einer Wasserstoffspeicheranlage entsprechende Anwendung, wenn er gegenüber der Bundesnetzagentur erklärt hat, der Regulierung unterfallen zu wollen.

17 Im Übrigen sind die Regelungen des EnWG nur dann anzuwenden, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist, vgl. § 28j Abs. 1 S. 2 EnWG.

18 Entschieden sich der Betreiber eines Wasserstoffnetzes gegen die Regulierung oder erfüllt er die objektiven Voraussetzungen nicht, so unterliegt seine Infrastruktur jedenfalls den Regelungen des Wettbewerbsrechts, insbesondere § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB.

19 Die „Opt-in“-Erklärung kann postalisch an die Beschlusskammer 7 bei der Bundesnetzagentur übersendet werden oder in elektronischer Form an folgende E-Mail-Adresse: BK7.Wasserstoff@BNetzA.de.

20 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 118.

21 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 118 f.

22 Die Zuständigkeit für die Bedarfsprüfung liegt aufgrund des neuen § 59 Abs. 1 S. 2 Nr. 11 EnWG nicht bei der Beschlusskammer 7. Der Antrag für die Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit und die hierfür erforderlichen Unterlagen können per Post mit dem Stichwort „H2Netzbetreiber“ an das Referat 621/623 bei der Bundesnetzagentur gesendet werden oder elektronisch an H2Netzbetreiber@BNetzA.de. Ein Antragsformular und weiterführende Informationen für die Antragstellung hat die Bundesnetzagentur auf ihrer Internetseite veröffentlicht unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Wasserstoff/Infrastrukturbetreiber/start.html (zuletzt abgerufen am 20.8.2021).

23 Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Regelung, durch den insgesamt auf die Informationen aus Abs. 1 verwiesen wird und nicht nur auf die nach S. 1, sowie den Ausführungen in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 121.

Realisierungsfahrplan bezüglich der Wasserstoffinfrastruktur im Rahmen eines verhandelten Netzzugangs vorzulegen ist (vgl. § 28p Abs. 2 S. 1 EnWG). Die Prüfung allein des kunden-seitigen Bedarfs ist aber nicht ausreichend, sondern die Bundesnetzagentur hat auch die energiewirtschaftliche Notwendigkeit der Wasserstoffnetzinfrastruktur zu prüfen (vgl. § 28p Abs. 2 S. 2 EnWG). Welche Unterlagen der Netzbetreiber für diese Prüfung vorlegen muss und vor allem welcher Prüfungsmaßstab maßgeblich sein soll, ist nicht näher ausgeführt, so dass entsprechende Hinweise der Bundesnetzagentur sehr hilfreich wären.

Von Vorteil ist insoweit allerdings, dass der Gesetzgeber in zwei Fällen eine widerlegliche Vermutung für die Bedarfsgerechtigkeit vorgesehen hat und zumindest in diesen Fällen klar sein dürfte, welche Unterlagen vorzulegen sind. Nach § 28p Abs. 3 EnWG ist grundsätzlich von einer Bedarfsgerechtigkeit auszugehen, wenn ein positiver Förderbescheid nach den Förderkriterien der nationalen Wasserstoffstrategie der Bundesregierung ergangen ist²⁴ oder die Wasserstoffnetzinfrastruktur im Zusammenhang mit der Festlegung von sonstigen Energiegewinnungsbereichen i. S. v. § 3 Nr. 8 WindSeeG entsteht.²⁵

Im Fall der Umstellung einer Erdgasinfrastruktur im Fernleitungsnetz muss aber wegen § 28p Abs. 4 EnWG in jedem Fall nachgewiesen worden sein, dass die Erdgasinfrastruktur aus dem Fernleitungsnetz herausgenommen werden kann. Nach dem Willen der Verfasser des Gesetzentwurfs soll dieser Nachweis im Prozess der Netzentwicklungsplanung nach § 113b EnWG erbracht werden, insbesondere indem dargelegt wird, dass die Umrüstung keine negativen Auswirkungen auf das Kapazitätsangebot und die Versorgungssicherheit im Erdgasnetz haben wird.²⁶

2. Entflechtung

Hat der Betreiber eines Wasserstoffnetzes i. S. d. § 3 Nr. 10b EnWG die Regulierungserklärung nach § 28j Abs. 3 EnWG abgegeben und ist diese aufgrund einer (erstmaligen) positiven Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit wirksam geworden, so finden u. a. die §§ 28k, 28l und 28m EnWG Anwendung.²⁷ Diese sind inhaltlich angelehnt an die Entflechtungsvorschriften der §§ 6 ff. EnWG, die teilweise wortgleich übernommen oder für entsprechend anwendbar erklärt sind.

Die zentrale Regelung findet sich in § 28m Abs. 1 EnWG, die vergleichbar mit § 6 Abs. 1 EnWG die grundlegende Vorgabe für die sich der Regulierung unterwerfenden Wasserstoffnetzbetreiber²⁸ formuliert. Diese sind zur Gewährleistung von Transparenz sowie diskriminierungsfreier Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs verpflichtet und haben deswegen die Unabhängigkeit des Netzbetriebs von der Wasserstoff-erzeugung, der Wasserstoffspeicherung sowie vom Wasserstoffvertrieb sicherzustellen. Wie dies konkret erfolgen soll, wird leider nicht so deutlich formuliert wie durch die Verweisung in § 6 Abs. 1 EnWG auf die §§ 6a bis 10e EnWG. Gleichwohl lassen sich die konkreten Vorgaben aus den §§ 28k bis 28l EnWG entnehmen.

Aus S. 2 des § 28m Abs. 1 EnWG ergibt sich zunächst, dass der Betreiber eines Wasserstoffnetzes an Anlagen zur Wasserstoff-erzeugung, zur Wasserstoffspeicherung und zum Wasserstoffvertrieb weder Eigentum halten noch diese errichten oder betreiben darf.²⁹ Außerdem enthält § 28m Abs. 2 EnWG Vorgaben zur informatorischen Entflechtung, die inhaltsgleich sind mit den bekannten Vorgaben in § 6a EnWG.

Am umfangreichsten sind die Regelungen zur buchhalterischen Entflechtung in § 28k EnWG. Diese sind teilweise wortgleich mit den Regelungen in § 6b EnWG, die im Übrigen weitgehend entsprechend anzuwenden sind. Dies erklärt sich

mit der gleichen Zielrichtung der Regelungen, Diskriminierung und eine Quersubventionierung zwischen verschiedenen Geschäftsbereichen zu verhindern. Daher müssen die Betreiber von Wasserstoffnetzen einen Jahresabschluss und Lagebericht nach den für Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Ersten, Dritten und Vierten Unterabschnitts im Zweiten Abschnitt des Dritten Buchs des HGB aufstellen, prüfen lassen und offenlegen.³⁰ Werden neben dem Netzbetrieb noch weitere Tätigkeiten ausgeübt, muss der Betreiber des Wasserstoffnetzes für die interne Rechnungslegung für diese Tätigkeiten jeweils ein eigenes Konto führen und mit dem Jahresabschluss einen eigenen Tätigkeitsabschluss zur Prüfung vorlegen.³¹ Bei Verletzung der vorstehenden Verpflichtungen erklärt § 28l Abs. 1 (wie § 6c Abs. 1) EnWG die Ordnungsgeldvorschriften der §§ 335 bis 335b HGB für anwendbar.

3. Anschluss und Zugang

§ 28n EnWG enthält die Regelungen zum Anschluss und Zugang zu den Wasserstoffnetzen, die entsprechend auch für Wasserstoffspeichereinrichtungen von den Betreibern Anwendung finden, die gemäß § 28j Abs. 2 EnWG eine „Opt-in“-Erklärung abgegeben haben. Diese speziellen Regelungen für den Netzanschluss und -zugang sind erforderlich, weil Wasserstoffnetze nach § 3 Nr. 16 EnWG nur im Teil 5 des EnWG als Energieversorgungsnetze gelten, so dass die allgemeinen Regelungen nach den §§ 17 ff. EnWG nicht anzuwenden sind.³²

Vielmehr hat der Gesetzgeber für den Netzanschluss und Netzzugang auf das Konzept des verhandelten Netzzugangs zurückgegriffen, das aus den Anfängen der Liberalisierung der Energiemärkte bekannt ist (vgl. § 6 EnWG 1998). Die Erfahrungen von damals lassen sich allerdings nicht ohne weiteres auf die Regulierung der Wasserstoffnetze übertragen, da die Rahmenbedingungen nicht vergleichbar sind. Sie unterscheiden sich insbesondere darin, dass die Wasserstoffinfrastruktur erst aufgebaut werden soll und sich die Betreiber der

24 Vgl. z. B. die Förderkriterien in: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie/Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Bekanntmachung des Interessenbekundungsverfahrens zur geplanten Förderung im Bereich Wasserstofftechnologien und -systeme v. 11.1.2021, Ziff. 3, im Zusammenhang mit dem europäischen Förderprogramm für wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse („Important Projects of Common European Interest“, IPCEI), abrufbar unter https://www.bmwj.de/Redaktion/DE/Downloads/1/ipcei-bekanntmachung-interessenbekundungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=16 (zuletzt abgerufen am 20.8.2021). Im Rahmen dieses Förderprogramms wurden am 28.5.2021 insgesamt 62 deutsche Großvorhaben für die Klassifizierung als IPCEI ausgewählt.

25 Diese Festlegungen werden im Flächenentwicklungsplan getroffen, vgl. §§ 4 ff. WindSeeG.

26 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 121, sowie unten, unter V. 2.

27 Allerdings wurde in § 118 Abs. 32 EnWG eine Übergangsvorschrift aufgenommen, wonach §§ 28k und 28l sowie § 6b Abs. 3 EnWG erstmals auf Jahresabschlüsse und Tätigkeitsabschlüsse für das nach dem 31.12.2020 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden sind.

28 Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Begriff des Wasserstoffnetzbetreibers in § 3 Nr. 10b EnWG legaldefiniert ist und daher, wie oben (unter II. 2.) bereits erwähnt, eine rechtlich unselbständige Organisationseinheit eines Energieversorgungsunternehmens nicht Betreiber eines Wasserstoffnetzes i. S. d. Begriffsdefinition sein kann.

29 Eine Ausnahme hiervon, z. B. in Form einer De-minimis Regelung, ist nicht vorgesehen.

30 § 264 Abs. 3 und § 264b HGB sind insoweit nicht anzuwenden, jedoch sind die Regelungen in § 6b Abs. 1 S. 2 sowie Abs. 2, 6 und 7 EnWG entsprechend anzuwenden.

31 Die Regelungen in § 6b Abs. 3 bis 7 EnWG sind dabei entsprechend anzuwenden.

32 Infolgedessen ist bei Meinungsverschiedenheiten über den Netzanschluss und/oder -zugang auch nicht die Durchführung eines Missbrauchsverfahrens nach §§ 30, 31 EnWG möglich; aber durch die Verweisung in § 28j Abs. 1 S. 1 EnWG auf den Teil 8 des EnWG ist die allgemeine Aufsichts- und Eingriffsnorm des § 65 EnWG anwendbar.

Wasserstoffnetze freiwillig dem Regulierungsregime unterwerfen. Hinzu kommt, dass die Energiemärkte inzwischen seit mehr als 20 Jahren liberalisiert sind und es eine Vielzahl gesetzlicher Regelungen zum Anschluss und Zugang zu den Strom- und Gasnetzen gibt, die als Anhaltspunkte dienen können.³³ Zur Vermeidung von Regelungslücken und aus Gründen der Planungssicherheit für alle Beteiligten wäre es allerdings am besten, wenn die Bundesregierung von der Ermächtigungsgrundlage im Abs. 4 des § 28n EnWG Gebrauch machen und mit Zustimmung des Bundesrates im Verordnungswege insbesondere Vorschriften über die technischen und wirtschaftlichen Bedingungen für den Anschluss und Zugang zu den Wasserstoffnetzen, einschließlich der Regelungen zum Ausgleich der Wasserstoffnetze, erlassen würde.³⁴

Bis zum Erlass dieser Regelungen in entsprechenden Verordnungen gelten die gesetzlichen Vorgaben des § 28n EnWG. Danach haben Betreiber von Wasserstoffnetzen Dritten den Anschluss und den Zugang zu ihren Wasserstoffnetzen zu angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen zu gewähren. Diese Verpflichtung ist allerdings durch zwei Fallkonstellationen eingeschränkt, bei denen auch die Beweislast unterschiedlich verteilt ist. Zum einen besteht die Verpflichtung zum Netzanschluss und -zugang nach dem Wortlaut des § 28n Abs. 1 S. 1 EnWG nur, sofern der Anschluss oder Zugang für den Dritten erforderlich ist, was der Dritte im Zweifel beweisen müsste. Zum anderen kann der Netzbetreiber einen für den Petenten erforderlichen Netzanschluss oder -zugang verweigern, soweit er nachweisen kann, dass ihm der Anschluss oder Zugang aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist (§ 28n Abs. 2 EnWG). Diese Verweigerungsgründe sind aus § 17 Abs. 2 EnWG bekannt, so dass bei Auslegungsfragen die Literatur und Rechtsprechung zu dieser Norm herangezogen werden kann. Allerdings sind dabei die technischen Besonderheiten des Wasserstofftransports zu berücksichtigen.³⁵

§ 28n Abs. 3 EnWG enthält schließlich noch bestimmte Veröffentlichungs- und Mitteilungspflichten für den Wasserstoffnetzbetreiber. Die Geschäftsbedingungen für den Netzzugang mit insbesondere den Entgelten und der Beschreibung der verfahrensmäßigen Behandlung von Netzzugangsanfragen sind im Internet zu veröffentlichen und auf Anfrage haben die Netzbetreiber auch die im S. 3 näher beschriebenen Informationen mitzuteilen.

4. Zugangsbedingungen und -entgelte

Die Bedingungen und Entgelte für den Zugang zu den der Regulierung unterliegenden Wasserstoffnetzen werden in § 28o EnWG geregelt. Allerdings sind die dortigen Regelungen sehr knapp gehalten und die Details bleiben einer Verordnung vorbehalten. Durch § 28o Abs. 2 EnWG wird die Bundesregierung ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrats die Bedingungen und Methoden zur Ermittlung der Kosten und Entgelte näher auszugestalten sowie Regelungen darüber zu treffen, welche netzbezogenen und sonst für die Kalkulation der Kosten erforderlichen Daten die Wasserstoffnetzbetreiber erheben und für welchen Zeitraum sie diese aufbewahren müssen.

Es ist für den zügigen Ausbau der Wasserstoffinfrastruktur ein großes Hindernis, dass die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang noch nicht im Detail ausgestaltet sind.³⁶ Die Erfahrungen mit den entsprechenden Regeln für die Gas- und Stromnetze zeigen, dass die (potentiellen) Betreiber von Wasserstoffnetzen ohne genaue Kenntnis der zukünftigen Bedingungen und Methoden zur Ermittlung der Kosten und Entgelte für die Nutzung regulierter Wasserstoffnetze

Investitionen nicht sinnvoll planen können, insbesondere wenn für diese Fremdkapital eingesetzt werden soll.

Planungen können nur auf Grundlage der Vorgaben in § 28o Abs. 1 EnWG gemacht werden. Nach dessen S. 1 ist für die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang § 21 EnWG nach Maßgabe der S. 2 bis 5 des § 28o Abs. 1 EnWG entsprechend anzuwenden. Dies bedeutet zunächst, dass die Entgelte angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen (§ 21 Abs. 1 EnWG). Außerdem müssen sie auf Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikooangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals gebildet werden (vgl. § 21 Abs. 2 EnWG).³⁷

Ausdrücklich ausgeschlossen wird durch § 28o Abs. 1 S. 2 EnWG die Anwendbarkeit der aus der Regulierung der Strom- und Gasnetze bekannten Methode der Anreizregulierung nach § 21a EnWG und der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG. Vielmehr sieht § 28o Abs. 1 S. 3 bis 5 EnWG einen jährlichen Plan-Ist-Kostenabgleich vor, wobei die Kosten durch die Bundesnetzagentur nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegt oder genehmigt werden müssen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass vom Wasserstoffnetzbetreiber Kosten nur insoweit geltend gemacht werden dürfen, wie für die Wasserstoffnetzinfrastruktur eine positive Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit nach § 28p EnWG vorliegt.³⁸

Der Netzbetreiber wird also jährlich einen Antrag bei der Bundesnetzagentur stellen und dabei die Kosten darlegen müssen, die sich aus seinem unter Berücksichtigung der Entflechtungsvorschriften (§ 28k EnWG) erstellten Jahres- bzw. Tätigkeitsabschluss ergeben. Welche Kosten in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt konkret berücksichtigungsfähig sein werden, wird man aber frühestens nach Vorlage der auf Grundlage von § 28o Abs. 2 EnWG zu erlassenden Rechtsverordnung beurteilen können.

5. Berichtspflichten

Da sich die Wasserstoffinfrastruktur in Deutschland erst im Aufbau befindet und mit den neuen Regelungen im EnWG erste regulierungsrechtliche Grundlagen für diese geschaffen wurden, die nach eigener Aussage des Gesetzgebers nur eine Übergangsregelung darstellen, die insbesondere wegen der zu erwartenden EU-Vorgaben angepasst werden muss, finden sich in § 28q und § 112b EnWG richtigerweise verschiedene Berichtspflichten.

³³ Vgl. nur die Regelungen der StromNZV und der GasNZV.

³⁴ Auch wenn die Anschluss- und Zugangsregeln des § 28n EnWG gemäß § 28j Abs. 2 EnWG für Wasserstoffspeicheranlagen entsprechende Anwendung finden können, so ist mit Blick auf Art. 80 Abs. 1 GG fraglich, ob die Bundesregierung durch § 28n Abs. 4 EnWG auch zum Erlass von Anschluss- und Zugangsregeln für Wasserstoffspeicheranlagen berechtigt ist bzw. die etwaigen für Wasserstoffnetze getroffenen Regelungen entsprechend auf Wasserstoffspeicheranlagen anwendbar wären.

³⁵ Abweichend von § 17 Abs. 2 EnWG sind bei der Prüfung der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im Rahmen des § 28n Abs. 2 EnWG die Zwecke des § 1 Abs. 1 EnWG nicht zu berücksichtigen. Dies dürfte im Ergebnis aber unproblematisch sein, weil auch im § 17 Abs. 2 EnWG die Steuerungswirkung des § 1 Abs. 1 EnWG im Rahmen der Gesamtabwägung praktisch so gut wie keine Bedeutung hat.

³⁶ Bei Erstellung dieses Beitrags im August 2021 lag noch kein offizieller Entwurf für eine entsprechende Wasserstoffnetzentgeltverordnung vor.

³⁷ Vgl. zur Entgeltbildung für den Zugang zu den Strom- und Gasnetzen nach § 21 Abs. 2 EnWG *Knauff/Langer*, in: *Elspas/Graßmann/Rasbach* (Fn. 15), § 21 EnWG Rn. 46 ff. Im Bereich der Wasserstoffnetze wird es praktisch zu Beginn der Regulierung allerdings schwierig werden, „strukturell vergleichbare Netzbetreiber“ zu finden.

³⁸ Vgl. hierzu oben, unter 1. b).

§ 28q EnWG richtet sich primär an die Betreiber von Wasserstoffnetzen, die eine „Opt-in“-Erklärung abgegeben haben,³⁹ und an die Betreiber von Fernleitungsnetzen. Diese haben gemeinsam bei der Bundesnetzagentur in jedem geraden Kalenderjahr erstmals drei Monate nach Vorlage des Netzentwicklungsplans Gas im Jahr 2022, spätestens aber zum 1. September 2022 einen Bericht zum aktuellen Ausbaustand des Wasserstoffnetzes und zur Entwicklung einer zukünftigen Netzplanung Wasserstoff mit dem Zieljahr 2035 vorzulegen. Nähere Details zum Inhalt dieses Berichts sind in § 28q Abs. 1 und 2 EnWG festgelegt. Auf Grundlage dieses Berichts sollte die Bundesnetzagentur ursprünglich verpflichtet sein, Empfehlungen für die rechtliche Implementierung eines verbindlichen Netzentwicklungsplans Wasserstoff zu erstellen. Diese Verpflichtung wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens allerdings abgeschwächt und nun steht es der Bundesnetzagentur frei („kann“), solche Empfehlungen abzugeben (vgl. § 28q Abs. 3 EnWG).

Verpflichtend ist für die Bundesnetzagentur aber nach § 112b Abs. 2 EnWG, der Bundesregierung bis zum 30. Juni 2025 einen Bericht über die Erfahrungen und Ergebnisse mit der Regulierung von Wasserstoffnetzen sowie mit Vorschlägen zu deren weiteren Ausgestaltung vorzulegen. Dabei ist auch auf die Erfahrungen mit der Beimischung von Wasserstoff und die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Netzentgelte einzugehen. Mit Blick auf die Dynamik beim Thema „Wasserstoff“ und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit für eine Weiterentwicklung des Rechtsrahmens wäre ein Bericht der Bundesnetzagentur bereits zu einem früheren Zeitpunkt sinnvoll und nützlich.

Das Wirtschaftsministerium muss jedenfalls bereits bis zum 31. Dezember 2022 ein Konzept zum weiteren Aufbau des deutschen Wasserstoffnetzes veröffentlichen (vgl. § 112b Abs. 1 EnWG). Bezüglich des Inhalts dieses Konzeptes wurde S. 2 des § 112b Abs. 1 EnWG am Ende des Gesetzgebungsverfahrens noch dahingehend geändert, dass das Konzept im Lichte der Entwicklung unionsrechtlicher Grundlagen vor dem Hintergrund des Ziels einer Anpassung des regulatorischen Rahmens zur gemeinsamen Regulierung und Finanzierung der Gas- und der Wasserstoffnetze Überlegungen zu einer Transformation von Gasnetzen zu Wasserstoffnetzen einschließlich einer schrittweise integrierten Systemplanung beinhalten soll.

IV. Planungsrechtliche Regelungen

Mit den neu eingeführten §§ 43l und 113c EnWG ist erstmals ein planungsrechtlicher Genehmigungsrahmen für eine Wasserstoffinfrastruktur im EnWG geschaffen worden. Die ursprüngliche Fassung des § 43l im Gesetzentwurf der Bundesregierung⁴⁰ hat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine vollständige Überarbeitung erfahren.⁴¹ Nachdem der Begriff der Gasversorgungsleitung nicht insgesamt auf Wasserstoffleitungen erweitert wurde, ist stattdessen mit § 43l EnWG eine umfassende Regelung für die Zulassung der zu schaffenden Wasserstoffinfrastruktur eingeführt worden. Dabei hat sich der Gesetzgeber an der bestehenden Struktur der Regelungen im Zusammenhang mit der Planfeststellung in Teil 5 des Gesetzes orientiert.⁴² Zum einen ist nunmehr das Verfahren für die Genehmigung, den Betrieb und die Änderung neuer Wasserstoffleitungen geregelt (sogleich, unter 1.). Zum anderen sind Erleichterungen für die Umstellung bestehender Gasversorgungsleitungen in Wasserstoffleitungen vorgesehen (unten, unter 2.). Weitere Erleichterungen sind mit der ausdrücklichen Einbeziehung von Wasserstoffnetzen als nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegierte Vorhaben geschaffen worden (unten, unter 3.). Im Hinblick auf die

einzuhaltenden Sicherheitsanforderungen hat der Gesetzgeber zunächst eine an den bisherigen Bestimmungen zu Gasnetzen orientierte Übergangsregelung geschaffen (unten, unter 4.).

1. Errichtung, Betrieb und Änderung neuer Wasserstoffleitungen

Die Errichtung, der Betrieb und nachfolgende Änderungen von bisher noch nicht bestehenden, neuen Wasserstoffleitungen mit einem Durchmesser von mehr als 300 Millimetern stehen mit der Einführung des § 43l EnWG erstmals unter dem Vorbehalt einer energierechtlichen Planfeststellung. Ausgangspunkt ist zunächst § 43l Abs. 1 EnWG, der durch Verweisung die generelle Regelung trifft, dass von den Bestimmungen zur Planfeststellung in Teil 5 des EnWG – soweit diese (bisher) Gasversorgungsleitungen betreffen – auch Wasserstoffnetze umfasst sind. Damit gilt das gesamte Regelungsregime zur Planfeststellung in Teil 5 des EnWG⁴³ nunmehr auch für Wasserstoffnetze. Auf diese Weise wird Systematik, Reihenfolge und Struktur der energiewirtschaftlichen Planfeststellung unmittelbar auf die Zulassung neuer Wasserstoffinfrastruktur übertragen. Dieser Schritt ist im Sinne eines einheitlichen Systems als positiv zu bewerten.

Im Anschluss an die generelle Verweisung in Abs. 1 treffen die nachfolgenden Abs. 2 und 3 des § 43l EnWG spezielle Bestimmungen zu der energierechtlichen Planfeststellung betreffend die Schaffung von Wasserstoffleitungen. Im Übrigen gelten, insbesondere für das Verfahren, die Regelungen in Teil 5 des EnWG.

a) Verpflichtendes Planfeststellungsverfahren

Insoweit regelt § 43l Abs. 2 S. 1 EnWG, dass die Errichtung und der Betrieb sowie die Änderung von Wasserstoffleitungen einschließlich der Anbindungsleitungen von Anlandungsterminals für Wasserstoff mit einem Durchmesser von mehr als 300 Millimetern der Planfeststellung bedürfen. Es wird überdies ausdrücklich klargestellt, dass die Planfeststellung durch die nach Landesrecht für Verfahren nach § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 EnWG zuständigen Behörden erfolgt.⁴⁴

In diesem Zusammenhang wird in § 43l Abs. 2 S. 2 EnWG außerdem explizit geregelt, dass Anlage 1 Nr. 19.2 UVPG auf Wasserstoffnetze entsprechend anwendbar ist. Danach sind Gasversorgungsleitungen i. S. d. EnWG je nach Länge und Durchmesser umweltverträglichkeitsprüfungspflichtig bzw. besteht die Pflicht, eine allgemeine Vorprüfung oder eine standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls durchzuführen. Aufgrund der entsprechenden Anwendbarkeit dieser Bestimmung gilt dies nunmehr auch für Wasserstoffleitungen. Der Gesetzgeber hat auf diese Weise die Umweltverträglichkeitsprüfungspflichten auf die Errichtung und den Betrieb von neuen Wasserstoffleitungen erweitert. Dies war deshalb erforderlich, weil im UVPG – wie bisher auch im EnWG – nur Gasleitungen, aber keine Wasserstoffleitungen genannt werden und damit keine Verpflichtung besteht, eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen. Mit dieser Bezugnahme auf das UVPG wird sichergestellt, dass diese Pflichten nun auch für die Schaffung von Wasserstoffnetzen gelten. Die Vorschrift in § 43l Abs. 2 EnWG betrifft – wie die Pflicht zur Planfeststellung – ausweislich ihres ausdrücklichen Wortlauts

39 Für alle anderen Betreiber von Wasserstoffnetzen besteht gemäß § 28q Abs. 1 S. 2 EnWG eine Zusammenarbeitspflicht.

40 Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 41.

41 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 165/21 (Beschluss), 1–3.

42 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 165/21 (Beschluss), 3.

43 Vgl. hierzu ausführlich Greinacher, in: Elspas/Graßmann/Rasbach (Fn. 15), §§ 43 ff. EnWG.

44 In Schleswig-Holstein ist dies beispielsweise das Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung.

lediglich Wasserstoffleitungen mit einem Durchmesser von mehr als 300 Millimetern. Insgesamt ist festzuhalten, dass nunmehr die neu eingeführten Regelungen für Neuleitungen einen Rechtsrahmen nach dem EnWG setzen. Die dadurch geschaffene Rechtsicherheit ist zu begrüßen. Zugleich wird die Zulassung neuer Leitungen verfahrensbedingt erhebliche Zeit in Anspruch nehmen.

b) Fakultatives Planfeststellungsverfahren

Für kleinere Wasserstoffleitungen mit einem Durchmesser von bis zu 300 Millimetern trifft § 43l Abs. 3 EnWG Regelungen zur Zulassung. In diesen Fällen ist eine fakultative Planfeststellung vorgesehen. Bei der fakultativen Planfeststellung kann die zuständige Behörde auf Antrag des Vorhabenträgers die Errichtung, den Betrieb und die Änderung solcher Vorhaben durch Planfeststellung zulassen. Es besteht aber – anders als bei den großen Leitungen von mehr als 300 Millimetern Durchmesser – keine Verpflichtung zur Planfeststellung.

Ob und inwieweit Vorhabenträger in diesen Fällen einen entsprechenden Antrag auf Zulassung ihres Vorhabens durch Planfeststellung nach dem EnWG stellen werden, wird die Praxis zeigen. Aber schon zum gegenwärtigen Zeitpunkt lässt sich festhalten, dass es in diesem Zusammenhang maßgeblich auf die Abgrenzung zu den Regelungen betreffend die Planfeststellung und die Plangenehmigung von Rohrleitungen nach § 65 UVPG ankommen dürfte. Denn nach § 65 Abs. 1 UVPG bedürfen Rohrleitungsanlagen, die in der Anlage 1 des UVPG unter den Nr. 19.3 bis 19.9 aufgeführt sind, auch bisher schon der Planfeststellung, sofern für sie nach den §§ 6 bis 14 UVPG eine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung vorgesehen ist. Besteht eine solche Verpflichtung jedoch nicht, genügt eine Plangenehmigung nach § 65 Abs. 2 UVPG. Daraus dürfte sich für Wasserstoffleitungen mit einem Durchmesser von 300 Millimetern oder weniger Folgendes ergeben: Soweit für das Vorhaben eine allgemeine Vorprüfung oder eine standortbezogene Prüfung des Einzelfalls vorgesehen ist, wird es maßgeblich auf das Ergebnis dieser Vorprüfung ankommen. Führt die Vorprüfung zu dem Ergebnis, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist, besteht nach § 65 Abs. 1 UVPG eine Pflicht zur Planfeststellung. Nicht abschließend klar erscheint, ob dieses Planfeststellungsverfahren dann auf Antrag des Vorhabenträgers gemäß § 43l Abs. 3 EnWG nach dem EnWG durchgeführt werden kann. Bei einer fakultativen Planfeststellung nach dem EnWG bestünde gegenüber einer Planfeststellung nach dem UVPG der Vorteil darin, dass die spezifisch energierechtlichen Beschleunigungsregelungen⁴⁵ Anwendung finden. Steht nach der Durchführung der Vorprüfung dagegen fest, dass keine Umweltverträglichkeitsprüfungspflicht für das Vorhaben besteht, dürfte der Vorhabenträger hingegen eher eine Zulassung durch Plangenehmigung nach § 65 Abs. 2 UVPG anstreben. Denn das Plangenehmigungsverfahren bietet im Vergleich zum Planfeststellungsverfahren erhebliche Vorteile: Die Plangenehmigung hat die Rechtswirkung der Planfeststellung, ohne dass aber die Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren anzuwenden sind. So ist insbesondere weder die Durchführung des Anhörungsverfahrens nach § 73 VwVfG noch der Erörterungstermin erforderlich, wodurch ein nicht unerheblicher zeitlicher Vorteil entsteht. Für Vorhabenträger wird entscheidend sein, frühzeitig das für sie „richtige“ Verfahren zu ermitteln, um von den jeweiligen Vorteilen zu profitieren.

Schließlich hat der Gesetzgeber in § 43l Abs. 3 S. 2 EnWG klargestellt, dass die bisherige Regelung über die fakultative Planfeststellung in § 43 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EnWG unberührt bleibt. Damit war eine weitere Regelung für Anlagen, die

zum Betrieb von Wasserstoffnetzen erforderlich sind, nicht notwendig, weil Nebenanlagen zu Wasserstoffnetzen von der in § 43 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EnWG verwendeten Definition begrifflich bereits umfasst werden.⁴⁶

c) Vorbereitungsmaßnahmen für zukünftige Umstellungen

In Vorausschau auf Maßnahmen, die im Rahmen der künftigen Errichtung und des Betriebs sowie im Zusammenhang mit der Änderung oder Erweiterung von Gasversorgungsleitungen vorgenommen werden und der Vorbereitung auf einen Transport von Wasserstoff dienen, sind die Abs. 1 bis 7 entsprechend anzuwenden. Dies gilt ausdrücklich auch für Anbindungsleitungen von Flüssigerdgas- bzw. „Liquefied Natural Gas“ (LNG)-Terminals sowie Nebenanlagen. Die sog. „H₂-Readiness“ soll einen sukzessiven Anstieg des Anteils von Wasserstoff in Gasversorgungsnetzen bis zu einer vollständigen Versorgung mit Wasserstoff ermöglichen.⁴⁷

2. Erleichterungen bei der Umstellung bestehender Gasversorgungsleitungen

Die mit Abstand wichtigste planungsrechtliche Regelung zur Beschleunigung des Auf- und Ausbaus von Wasserstoffnetzen dürfte in den verfahrensrechtlichen Erleichterungen für die Umstellung bestehender Gasversorgungsleitungen auf Wasserstoff in § 43l Abs. 4 EnWG liegen.

a) Kein erneutes Planfeststellungsverfahren

Gemäß § 43l Abs. 4 S. 1 EnWG gelten behördliche Zulassungen für Gasversorgungsleitungen⁴⁸ auch als Zulassung für den Transport von Wasserstoff. Ein erneutes Planfeststellungsverfahren ist für die Umstellung von einer Gasversorgungsleitung auf eine Wasserstoffleitung somit ausdrücklich nicht erforderlich. Durch die Regelung soll die mit der Novelle bezweckte Beschleunigung beim Auf- und Ausbau einer Wasserstoffinfrastruktur erreicht werden,⁴⁹ indem bestehende Leitungen auf den Transport von Wasserstoff „umgewidmet“ werden können.⁵⁰ Diese Übertragbarkeit gilt gemäß § 43l Abs. 4 S. 2 EnWG nicht nur für bisherige Zulassungen, sondern soll auch dann Anwendung finden, wenn die bisherige Gasversorgungsleitung für Erdgas zum Zeitpunkt ihrer Errichtung lediglich einem Anzeigevorbehalt unterlag. Auch diese Gasversorgungsanlagen sollen demgemäß ohne Zulassungsverfahren auf Wasserstoff umgestellt werden dürfen.

Gemäß § 43l Abs. 5 EnWG gilt dies auch für behördliche Zulassungen und Anzeigevorbehalte für Gas-, Wasserstoff- und Produktleitungen auf Grundlage eines anderen Gesetzes, also außerhalb des EnWG.

b) Anzeigepflicht bei bloßer Umstellung

Gänzlich ohne Behördenbeteiligung soll die Umstellung aber dennoch nicht erfolgen. Gemäß § 43l Abs. 4 S. 3 EnWG bleiben die §§ 49 und 113c EnWG ausdrücklich unberührt. § 113c Abs. 3 EnWG statuiert eine *Anzeigepflicht* für die Umstellung einer Leitung für den Transport von Erdgas auf den Transport von Wasserstoff. Die Umstellung ist der zuständigen Behörde mindestens acht Wochen vor dem Beginn der Umstellung anzuzeigen. Der Anzeige sind alle für die Beurteilung der

45 Beschleunigtes Verfahren vor allem nach § 43a Nr. 1 EnWG sowie gesetzlicher Sofortvollzug gemäß § 43e Abs. 1 EnWG.

46 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 165/21 (Beschluss), 4.

47 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 165/21 (Beschluss), 6.

48 Vollständig heißt es: „behördliche Zulassungen für die Errichtung, die Änderung und den Betrieb einer Gasversorgungsleitung für Erdgas einschließlich der für den Betrieb notwendigen Anlagen, soweit sie in ein Planfeststellungsverfahren integriert wurden und keine nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen sind“.

49 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 132.

50 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 165/21 (Beschluss), 4.

Sicherheit erforderlichen Unterlagen beizufügen.⁵¹ Dabei ist außerdem die gutachterliche Äußerung eines Sachverständigen beizufügen, aus der hervorgeht, dass die angegebene Beschaffenheit der genutzten Leitung den Anforderungen des § 49 Abs. 2 EnWG entspricht,⁵² d. h. den technischen Regeln des Deutschen Vereins des Gas- und Wasserfaches e. V.⁵³

Die zuständige Behörde kann gemäß § 431 Abs. 3 S. 3 EnWG die geplante Umstellung beanstanden, wenn die angegebene Beschaffenheit der zu nutzenden Leitung nicht den Anforderungen des § 49 Abs. 1 EnWG entspricht, also wenn die technische Sicherheit nicht gewährleistet ist.⁵⁴ Die Beanstandungsfrist beträgt acht Wochen und beginnt, sobald die vollständigen Unterlagen und die gutachterlichen Äußerungen der Behörde vorliegen (§ 431 Abs. 3 S. 3 und 4 EnWG).

Ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht ist gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 EnWG bußgeldbewehrt.

c) Umstellung mit Änderungen oder Erweiterungen von Gasversorgungsleitungen ohne Umweltverträglichkeitsprüfung

Während die reine Umstellung von Gasversorgungsleitungen auf Wasserstoff gänzlich genehmigungsfrei ist, greift gemäß § 431 Abs. 4 S. 4 EnWG im Fall von damit einhergehenden Änderungen oder Erweiterungen die Regelung des § 43f EnWG. Danach ist für die Frage, ob auch die mit der Umstellung verbundene Änderung oder Erweiterung planfeststellungsfrei und damit lediglich im Rahmen eines Anzeigeverfahrens gemäß § 43f EnWG erfolgen kann, entscheidend, ob es sich um eine „unwesentliche Änderung oder Erweiterung“ handelt.

Für die Annahme der Unwesentlichkeit darf gemäß § 43f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EnWG insbesondere keine *Umweltverträglichkeitsprüfung* erforderlich sein. Hierzu hat der Gesetzgeber in § 431 Abs. 4 S. 5 EnWG festgelegt, dass Änderungen und Erweiterungen nach S. 4 der Vorschrift „Änderungen des Betriebskonzepts“ i. S. d. § 43f Abs. 2 Nr. 1 EnWG gleichstehen und damit eine Umweltverträglichkeitsprüfung für eine derartige Änderung oder Erweiterung abweichend von den Vorschriften des UVPG *nicht* durchzuführen ist. Das Entfallen einer Umweltverträglichkeitsprüfung dürfte eine wesentliche Verfahrenserleichterung für die betreffenden Vorhabenträger darstellen.⁵⁵

Entscheidend für die Frage der Unwesentlichkeit der Änderung oder Erweiterung und damit für die Frage, ob für die mit einer Umstellung einhergehende Änderung oder Erweiterung eine bloße Anzeige ausreicht, werden – da die Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung von Gesetzes wegen entfällt – regelmäßig die zweite und dritte Voraussetzung des § 43f Abs. 2 EnWG sein. Hiernach ist es für die Annahme der Unwesentlichkeit der Änderung oder Erweiterung des Weiteren erforderlich, dass andere öffentliche Belange nicht berührt sind oder die erforderlichen behördlichen Entscheidungen vorliegen (Nr. 2) und dass sie dem Plan nicht entgegenstehen und Rechte anderer nicht beeinträchtigt werden oder mit den vom Plan Betroffenen entsprechende Vereinbarungen getroffen werden (Nr. 3). Eine maßgebliche Rolle wird in diesem Zusammenhang dem Explosionsschutz zukommen.⁵⁶ Verneinte man im Einzelfall das Vorliegen dieser Voraussetzungen, läge eine wesentliche Änderung vor, die dann planfeststellungsbedürftig wäre.

d) Ggf. immissionsschutzrechtliche Genehmigungen für Verteilerstationen

Gemäß § 431 Abs. 6 EnWG bleiben die anlagenbezogenen Regelungen des BImSchG unberührt. Die Regelung betrifft Verteilerstationen, die nach dem BImSchG i. V. m. Ziff. 1.4.11. der Anlage 1 der 4. BImSchV genehmigungsbedürftig sind.⁵⁷ Hiermit hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Umstellung

einer solchen Anlage zwar nicht grundsätzlich zu einer neuen Anlage führt. Es ist aber zugleich nicht ausgeschlossen, dass es bei weitergehenden Maßnahmen zur Umstellung der Nebenanlage ggf. über die Anzeige hinaus dennoch einer Genehmigung bedarf.⁵⁸

3. Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

Nach der neu eingeführten Bestimmung in § 431 Abs. 7 EnWG umfasst der in § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB verwendete Begriff des Gases sowie der in § 1 Nr. 14 RoV genannte Begriff der Gasleitung auch Wasserstoffnetze. Soweit der Begriff des Gases im Rahmen der baurechtlichen Privilegierung im Außenbereich bisher Wasserstoff nicht umfasste, stellt die Regelung eine Erweiterung des Anwendungsbereiches dar. Soweit von dem Begriff „Gas“ in § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB bereits derzeit auch Wasserstoff umfasst ist, kommt § 431 Abs. 7 EnWG jedenfalls eine klarstellende Funktion zu. Unabhängig davon wird mit der Einbeziehung von Wasserstoffnetzen in die Liste der privilegierten Vorhaben in § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB die Möglichkeit der Errichtung und des Betriebes von Wasserstoffleitungen im Außenbereich erheblich erleichtert.

Überdies soll für Wasserstoffleitungen nunmehr auch ein Raumordnungsverfahren durchgeführt werden, wenn sie im Einzelfall raumbedeutsam sind und überörtliche Bedeutung haben (§ 431 Abs. 7 EnWG i. V. m. § 1 Nr. 14 RoV).

4. Übergangsregelungen zu Sicherheitsanforderungen

Der Gesetzgeber hat anerkannt, dass ein sicherer Betrieb der Wasserstoffinfrastruktur auch in der Markthochlaufphase unerlässlich ist. Durch die Erweiterung der Definition des Energiebegriffs um Wasserstoff in § 3 Nr. 14 EnWG fallen Wasserstoffanlagen unter den Energieanlagenbegriff des § 3 Nr. 15 EnWG, so dass auch für diese die Vorgaben des § 49 Abs. 1 EnWG gelten. Wasserstoffanlagen sind demnach so zu errichten und zu betreiben, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist.⁵⁹

Ergänzend hierzu hat der Gesetzgeber in § 113c EnWG zunächst eine Übergangsregelung im Hinblick auf die Sicherheitsanforderungen von Wasserstoffanlagen geschaffen.

Gemäß § 113c Abs. 1 EnWG ist für Wasserstoffleitungen, die für einen maximal zulässigen Betriebsdruck von mehr als 16 Bar ausgelegt sind, die Gashochdruckleitungsverordnung⁶⁰ entsprechend anzuwenden.

Bis zum Erlass von technischen Regeln für Wasserstoffanlagen ist gemäß § 113c Abs. 2 S. 1 EnWG die Regelung über die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik des § 49 Abs. 2 EnWG heranzuziehen. Die danach anzuwendenden

51 Gemäß § 113c Abs. 3 S. 1 EnWG schriftlich oder in elektronischer Form.

52 Siehe § 113c Abs. 3 S. 2 EnWG.

53 § 49 Abs. 2 EnWG und die dort genannten technischen Regeln des Deutschen Vereins des Gas- und Wasserfaches e. V. sind gemäß § 113c Abs. 2 EnWG übergangsweise auch auf Wasserstoffanlagen anwendbar; hierzu im Einzelnen unten, unter 4.

54 Dabei sind gemäß § 49 Abs. 1 S. 2 EnWG vorbehaltlich sonstiger Rechtsvorschriften die allgemein anerkannten Regeln der Technik zu beachten.

55 In der Literatur wurden hierzu teilweise Bedenken geäußert, weil auf diese Weise selbst eine Umweltverträglichkeitsvorprüfung entfällt, vgl. noch zum Entwurf der Bundesregierung: *Benrath*, EnWZ 2021, 195, 198.

56 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 165/21 (Beschluss), 4.

57 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 132.

58 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 165/21 (Beschluss), 5.

59 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 138.

60 Verordnung v. 18.5.2011, BGBl. 2011 I, 928; vgl. zu dieser auch *Fürst*, in: *Elsas/Graßmann/Rasbach* (Fn. 15), GasHDLtGV Rn. 1 ff.

technischen Regeln des Deutschen Vereins des Gas- und Wasserfaches e. V. sollen dabei auf Wasserstoffanlagen unter Beachtung der spezifischen Eigenschaften des Wasserstoffs sinn- gemäß angewendet werden.

Die zuständige Behörde kann gemäß § 113c Abs. 2 S. 3 EnWG die Einhaltung der technischen Anforderungen nach § 49 Abs. 1 EnWG regelmäßig überprüfen. Außerdem bleiben gemäß § 113c Abs. 2 S. 3 EnWG die aufsichtsbehördlichen Befugnisse in § 49 Abs. 5 bis 7 EnWG unberührt.

V. Umstellung der Gasverteilernetze

Schließlich hat der Gesetzgeber in den Schlussvorschriften des EnWG noch eine Regelung zur Überleitung von Wegenutzungsrechten auf Wasserstoffleitungen (§ 113a EnWG) sowie für die Umstellung von Erdgasleitungen im Netzentwicklungsplan Gas (§ 113b EnWG) vorgesehen.

1. Überleitung von Wegenutzungsrechten

Plant der Betreiber einer Erdgasleitung deren Umstellung auf den Transport von Wasserstoff, so wird er sich in der Praxis regelmäßig mit der Tatsache konfrontiert sehen, dass sich seine bestehenden zivilrechtlichen Vereinbarungen⁶¹ mit Grundstückseigentümern über die Errichtung und den Betrieb der Leitungen nach ihrem Wortlaut nicht auf Wasserstoff beziehen. Bei Meinungsverschiedenheiten mit dem Grundstückseigentümer über die Einbeziehung der umgestellten Wasserstoffleitung in den Anwendungsbereich der Vereinbarung wird daher eine Auslegung der relevanten Vereinbarung nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmen sein, wobei im Fall von beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten auch die gesetzliche Regelung des § 1091 BGB zu berücksichtigen ist.⁶² Um dem Netzbetreiber eine u. U. zeit- und kostenintensive Verhandlung der Verträge zu ersparen, hat der Gesetzgeber in § 113a Abs. 1 EnWG zu dessen Gunsten eine Auslegungsregelung vorgesehen. Danach sind die bestehenden Vereinbarungen im Zweifel so auszulegen, dass von ihnen auch die Errichtung und der Betrieb der Leitungen zum Transport von Wasserstoff umfasst sind.

§ 113a Abs. 2 und 3 EnWG sehen überdies Erleichterungen in Bezug auf Wegenutzungsverträge i. S. d. § 46 EnWG vor, der unabhängig von der „Opt-in“-Erklärung auf die Errichtung, den Betrieb und die Änderungen von Wasserstoffnetzen anwendbar ist (vgl. § 28j Abs. 1 S. 1 EnWG). Besteht zugunsten eines Energieversorgungsnetzbetreibers ein Wegenutzungsvertrag i. S. d. § 46 EnWG für Gasleitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, gilt dieser auch für den Transport und die Verteilung von Wasserstoff, allerdings nur bis zum Ende seiner Laufzeit.⁶³

Nach Ende der Vertragslaufzeit hat der Wasserstoffnetzbetreiber für die Verlegung und den Betrieb seiner Wasserstoffleitungen in öffentlichen Verkehrswegen gegenüber der zuständigen Gemeinde gemäß § 46 EnWG einen Anspruch auf Abschluss eines Wegenutzungsvertrags, dessen Bedingungen nicht schlechter sein dürfen als die der Verträge nach § 113a Abs. 2 EnWG.⁶⁴ Diese Formulierung ist etwas missverständlich, aber gemeint sind wohl die bestehenden Wegenutzungsverträge für Gasleitungen und nicht der konkret zuvor ausgelaufene Wegenutzungsvertrag.⁶⁵

2. Umstellung von Erdgasleitungen im Netzentwicklungsplan

Die Regelung des § 113b EnWG stellt für die geplante Umstellung von Erdgasleitungen auf die Nutzung als Wasserstoffleitungen eine Verbindung mit dem Netzentwicklungsplan Gas (NEP Gas)⁶⁶ her. In diesem können die Betreiber von

Fernleitungsnetzen Gasversorgungsleitungen kenntlich machen, die perspektivisch auf eine Wasserstoffnutzung umgestellt werden könnten. Dabei ist darzulegen, dass im Zeitpunkt der Umstellung das verbleibende Fernleitungsnetz die dem Szenariorahmen zugrunde gelegten Kapazitätsbedarfe erfüllen kann; hierfür kann der NEP Gas auch zusätzliche Ausbaumaßnahmen des Erdgasnetzes in einem geringfügigen Umfang ausweisen. Der Begriff „geringfügig“ wird dabei eher weit auszulegen sein, da die Regelung des § 113b EnWG den aus volkswirtschaftlicher Sicht sinnvollen Zweck verfolgt, aus Effizienzgründen eine Weiternutzung der bereits vorhandenen Erdgasinfrastruktur zum Zwecke des Wasserstofftransports zu ermöglichen.⁶⁷ Der Nachweis, dass die Erdgasinfrastruktur aus dem Fernleitungsnetz herausgenommen werden kann, ist bei einer Umstellung Voraussetzung für eine positive Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit (vgl. § 28p Abs. 4 EnWG).

VI. Fazit und Ausblick

Mit den vorstehend beschriebenen neuen und geänderten Regelungen im EnWG hat der Gesetzgeber begonnen, einen rechtlichen Rahmen für die Entwicklung einer Transport- und Verteilinfrastruktur für Wasserstoff zu schaffen, was nach der nationalen Wasserstoffstrategie eine erforderliche Maßnahme für den gewünschten Markthochlauf ist. Den rechtlichen Rahmen bilden vor allem die Regelungen zur Netzregulierung (§§ 28j ff. EnWG) und die planungsrechtlichen Regelungen (§§ 43l und 113c EnWG).

Aus planungsrechtlicher Sicht ist die Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens unter dem EnWG grundsätzlich zu begrüßen. Für die Zulassung neuer Wasserstoffleitungen ist zwar mit der Aufnahme in das EnWG und der bauplanungsrechtlichen Privilegierung ein klarer Weg geschaffen worden. Zugleich werden entsprechende Verfahren jedoch die übliche Zeit in Anspruch nehmen und somit kaum kurzfristig zu dem angestrebten Auf- und Ausbau der Wasserstoffinfrastruktur beitragen. Maßgebliche Bedeutung wird vielmehr der mit erheblichen Erleichterungen versehenen Umstellung von bereits bestehenden Gasleitungen auf Wasserstoff zukommen. Durch das vorgesehene Anzeigeverfahren liegt hier erhebliches Beschleunigungspotential. In materiell-rechtlicher Hinsicht werden die Sicherheitsanforderungen entscheidend sein, denen sowohl aus Sicht des Umweltschutzes als auch der durch die Leitungen Betroffenen besondere Bedeutung zukommen wird. Insoweit wird das Gelingen des angestrebten zügigen

61 Entgegen der eng gefassten Überschrift gilt § 113a EnWG nicht nur für Wegenutzungsrechte, sondern nach dem sehr weit gefassten Wortlaut des Abs. 1 für „bestehend[e] Gestattungsverträge[e], beschränkt persönlich[e] Dienstbarkeiten oder sonstige[e] Vereinbarungen, die keine Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit vorsehen“.

62 Danach bestimmt sich der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnis des Berechtigten. Vgl. hierzu auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 137 f., und *Stelter/Schieferdecker/Lange*, EnWZ 2021, 99, 104 f.

63 Der zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens im Abs. 2 noch vorgesehene S. 2, wonach die Höchstbeträge für Konzessionsabgaben bei Gas entsprechend auf Wasserstoffnetze angewendet werden sollten, wurde letztlich gestrichen. Dies zu Recht, weil es sich bei den Beträgen um Höchstbeträge handelt, die nicht vereinbart werden müssen, so dass die Regelung zu Missverständnissen hätte führen können.

64 Nach dem Wortlaut erfolgt die Verweisung auf S. 1 des Abs. 2. Dies ist jedoch irreführend, weil der Abs. 2 nach der Streichung von dessen S. 2 nur noch aus einem Satz besteht.

65 Vgl. auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 138.

66 Vgl. zum NEP Gas ausführlich *Scholz*, in: *Elspas/Graßmann/Rasbach* (Fn. 15), § 15a EnWG Rn. 1 ff.

67 Vgl. auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 57, 138.

Auf- und Ausbaus einer Wasserstoffinfrastruktur maßgeblich davon abhängen, in welchem Rahmen die betreffenden Leitungsbetreiber von den Umstellungsmöglichkeiten Gebrauch machen werden.

Hierfür wird es auch maßgeblich darauf ankommen, wie die Wasserstoffnetzinfrastruktur reguliert wird. Insoweit muss respektiert werden, dass der Gesetzgeber sich bewusst für ein eigenständiges Regulierungsregime für Wasserstoff entschieden hat, wobei es zu begrüßen ist, dass er den Wasserstoffnetzbetreibern die Möglichkeit des „Opt-in“ anbietet. Wer sich der Regulierung unterwirft, betritt allerdings kein völliges Neuland, weil sich der Gesetzgeber teilweise an bekannten Regelungen aus der Strom- und Gasnetzregulierung orientiert hat. Das Regulierungsregime hat allerdings zwei Schwachstellen, die einen schnellen Markthochlauf in der Praxis erheblich behindern dürften. Dies ist zum einen die Tatsache, dass das aktuelle Regulierungsregime noch unvollständig ist.

Es fehlen insbesondere noch konkretisierende Regelungen für den Netzzugang und vor allem die Netzzugangsentgelte. Hier sollte die Bundesregierung dringend von ihren Verordnungsermächtigungen in § 28n Abs. 4 und § 28o Abs. 2 EnWG Gebrauch machen. Der Erlass dieser Rechtsverordnungen wird aber nichts daran ändern, dass der aktuelle Rechtsrahmen zum anderen eine Übergangsregelung darstellt, so dass bereits zeitnah mit Sicherheit Veränderungen der gesetzlichen Regelungen vorgenommen werden (müssen).⁶⁸

Es bleibt daher mit Spannung abzuwarten, wie sich der gesetzliche Rahmen und damit der Markt für Wasserstoff in Deutschland in den kommenden Monaten weiterentwickeln werden.

68 Vgl. hierzu das Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27453, 1, 2, sowie die Entschließung im Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 578/21 (Beschluss), Ziff. 1.

Carlos D. Cesarano

Das Gigabit-Fördermodell des Bundes

Neue Eckdaten für die Förderung von Breitbandinfrastrukturen

Das Gigabit-Fördermodell des Bundes stellt seit dem 26. April 2021 den neuen zentralen Rechtsrahmen für den zügigen Breitbandausbau dar. Im Fokus des neuen Fördermodells steht nun der Ausbau der gigabitfähigen Breitbandinfrastruktur (mindestens 1 Gigabit pro Sekunde [Gbit/s]). Im Vergleich zum Fördermodell für die sog. Anschlussnetze der nächsten Generation („Next Generation Access“, NGA), das einen Ausbau der NGA-Netzinfrastruktur (mindestens 30 Megabit pro Sekunde [Mbit/s]) in „weißen NGA-Flecken“ i. S. d. Breitbandleitlinien der Kommission ermöglicht hat, zielt das Gigabit-Fördermodell nun auf eine Förderung von Ausbaumaßnahmen auch in „grauen NGA-Flecken“ ab. Das Gigabit-Fördermodell stellt in diesem Zusammenhang einen wichtigen Schritt in Richtung Gigabit-Konnektivität dar und ermöglicht Fördermaßnahmen, die der Verwirklichung der nunmehr aktualisierten Zielsetzungen der EU dienen.

I. Zielsetzungen der EU

Die Zielsetzungen der EU mit Blick auf den Breitbandausbau sind politischer und rechtlicher Ausgangspunkt der nationalen Fördermodelle. Dabei knüpfen die Zielsetzungen stets am praktischen Konnektivitätsbedarf der digitalen Wirtschaft und Gesellschaft in der EU an. Den Grundstein der unionalen Breitbandstrategie bildet in diesem Zusammenhang die Digitale Agenda 2020, die einen ersten Schritt in die Konnektivität der nächsten Generation darstellte (hierzu sogleich, unter 1.). Mittlerweile ist ein stetig wachsender Konnektivitätsbedarf zu beobachten, wodurch die Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Breitbandinfrastrukturen steigen. Dies spiegelt sich auch in den Zielsetzungen der EU wider, die zuletzt durch die Gigabit-Mitteilung 2025 (hierzu unten, unter 2.) angepasst wurden. Dieser Wandel auf Unionsebene ist Ausgangspunkt für die nun erfolgte Aktualisierung des nationalen Förderregimes.

1. Digitale Agenda 2020

Die Digitale Agenda 2020 wurde von der Kommission am 19. Mai 2010 veröffentlicht¹ und diente als Grundlage für eine flächendeckende Breitbandversorgung. Anliegen der Digitalen Agenda war eine zukunftsorientierte Ausrichtung der unionsweiten Digitalisierung. Dabei stand NGA-Infrastruktur als Funktionsbedingung einer raschen und funktionierenden Digitalisierung in allen Bereichen im Mittelpunkt. Konkret galten folgende Konnektivitätsziele:

- grundlegende Breitbanddienste („Basic Broadband“, mindestens 2 Mbit/s) für alle Europäer bis 2013,
- NGA-Anbindung (mindestens 30 Mbit/s) für alle Europäer bis 2020,
- Nutzung „ultraschneller“ Breitbandnetze² (mindestens 100 Mbit/s) durch 50 % der Haushalte bis 2020.

2 Gigabit-Mitteilung 2025

Die Gigabit-Mitteilung 2025 wurde von der Kommission am 14. September 2016 veröffentlicht,³ bekräftigt die Bedeutung der schnellen Internetanbindung für den digitalen Binnenmarkt und unterstreicht, dass Europa die Netze für seine digitale Zukunft auf- und ausbauen muss. Hierzu wird die Vision einer europäischen Gigabit-Gesellschaft vorgestellt, in der Netze mit sehr hoher Kapazität („Very High Capacity Networks“, VHCN) zur Verfügung stehen und genutzt werden.

- 1 Kommission, Mitteilung „Eine Digitale Agenda für Europa“, KOM (2010) 245 endgültig.
- 2 Der Begriff des ultraschnellen Breitbandnetzes richtet sich nach dem Europäischen Rechnungshof, Sonderbericht Nr. 12/2018, S. 11; vgl. zudem Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. EU 2013 C 25, 1, 22 Rn. 82; zur begrifflichen Unterscheidung zwischen NGA und ultraschnellen Breitbandnetzen auch *Prior*, Die Förderung des Breitbandausbaus im EU-beihilfenrechtlichen Fokus, 2021, S. 61.
- 3 Kommission, Mitteilung „Konnektivität für einen wettbewerbsfähigen digitalen Binnenmarkt – Hin zu einer europäischen Gigabit-Gesellschaft“, COM (2016) 587 final.