

**Oberverwaltungsgericht NRW, 21 B 1162/20**

Datum: 04.03.2021
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 21. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 21 B 1162/20
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2021:0304.21B1162.20.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Köln, 9 L 663/20

Tenor: Der angegriffene Beschluss wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert. Die aufschiebende Wirkung der Klage 9 K 3784/20 (VG Köln) gegen die Allgemeinverfügung der Antragsgegnerin vom 7. Februar 2020 wird wiederhergestellt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 15.000,- EUR festgesetzt.

Gründe

1

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Die gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO maßgeblichen Darlegungen in der Beschwerdebegründung geben Anlass, den angegriffenen Beschluss abzuändern. Die im Rahmen von § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Abwägung zwischen dem öffentlichen Vollzugsinteresse und dem Aufschubinteresse der Antragstellerin fällt zu deren Gunsten aus, da sich die angefochtene Allgemeinverfügung bei der im Eilverfahren gebotenen vorläufigen Überprüfung als offensichtlich rechtswidrig erweist.

2

Als Rechtsgrundlage für die streitige Allgemeinverfügung kommt allein § 30 MsbG in Betracht. Nach Satz 1 dieser Vorschrift ist die Ausstattung von Messstellen mit einem intelligenten Messsystem nach § 29 MsbG technisch möglich, wenn mindestens drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme am Markt anbieten, die den am Einsatzbereich des Smart-Meter-Gateways orientierten Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG genügen und das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (im Folgenden: BSI) dies feststellt. Die Feststellung sowie die erforderlichen Marktanalysen sind nach § 30 Satz 2 MsbG

3

von dem BSI auf seinen Internetseiten, auf die eine Fußnote der gesetzlichen Vorschrift verweist, bereitzustellen. Nach der Ausgestaltung des § 30 MsbG kommt es für die Bejahung der technischen Möglichkeit somit maßgeblich auf die Feststellung des BSI an; allein das Bestehen der technischen Möglichkeit ist unbeachtlich. Diese Feststellung ist nach der Konzeption des Gesetzes ein Verwaltungsakt in Gestalt einer Allgemeinverfügung. Sie löst die in § 29 Abs. 1 MsbG gesetzlich angeordnete Pflicht der grundzuständigen Messstellenbetreiber aus, Messstellen an den im Weiteren näher bezeichneten ortsfesten Zählpunkten mit intelligenten Messsystemen auszustatten, die über § 36 Abs. 1 MsbG mittelbar auch für gewerbliche Messstellenbetreiber gilt. Zugleich löst die Feststellung das mit der Einbaupflicht korrespondierende Einbauverbot des § 19 Abs. 5 Satz 1 MsbG aus, der bestimmt, dass Messsysteme, die den Anforderungen aus § 19 Abs. 2 und 3 MsbG nicht entsprechen, nur noch bis zum Zeitpunkt der Feststellung nach § 30 MsbG eingebaut werden dürfen.

Vgl. zur ähnlichen Konstellation nach der Verpackungsverordnung BVerwG, Urteil vom 16. Januar 2003 - 7 C 31.02 - , juris, Rn. 12. f. 4

Den Anforderungen des § 30 Satz 1 MsbG genügt die streitige Allgemeinverfügung vom 7. Februar 2020 indes nicht, in der das BSI feststellt, dass drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme am Markt anbieten, die den Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 MsbG genügen und damit die technische Möglichkeit zum Einbau bei intelligenten Messsystemen besteht, soweit Messstellen bei Letztverbrauchern an Zählpunkten in der Niederspannung mit einem Jahresstromverbrauch von höchstens 100.000 Kilowattstunden ausgestattet werden sollen und bei diesen Messstellen keine registrierende Lastgangmessung erfolgt und keine Vereinbarung nach § 14a EnWG besteht. Weder bieten drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme an, die den am Einsatzbereich des Smart-meter-Gateways orientierten Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG genügen (I.), noch ermächtigt § 30 MsbG das BSI zu der vorgenommenen Beschränkung der technischen Möglichkeit des Einbaus auf die in der Allgemeinverfügung bezeichneten Fallgruppen (II.). 5

I. Die Beschwerde rügt zu Recht, dass – ungeachtet der Nachimplementierung der Tarifierungsfälle („TAF“) 9, 10 (und 14) durch den Hersteller PPC – keine drei Smart-Meter-Gateways am Markt angeboten werden, die den Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG genügen. 6

Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 MsbG müssen Smart-Meter-Gateways zum Nachweis der sicherheitstechnischen Anforderungen nach § 22 Abs. 1 und 2 MsbG im Rahmen eines Zertifizierungsverfahrens nach den Common Criteria durch das BSI zertifiziert werden. Nach Satz 2 der Norm haben Hersteller von Smart-Meter-Gateways dieses Zertifikat dem Smart-Meter-Gateway-Administrator vorzulegen. § 24 Abs. 1 Satz 3 MsbG bestimmt, dass der Zeitpunkt der Nachweispflicht zur Interoperabilität durch das BSI festgelegt und nach § 27 im Ausschuss Gateway-Standardisierung bekannt gemacht wird. Nach Satz 4 der Vorschrift haben Hersteller von Smart-Meter-Gateways zu diesem Zeitpunkt das Zertifikat zur Konformität nach der Technischen Richtlinie (Hervorhebungen jeweils durch den Senat) dem Smart-Meter-Gateway-Administrator vorzulegen. Hinsichtlich der in den Sätzen 3 und 4 behandelten Interoperabilität geht die Vorschrift zwar nicht ausdrücklich auf Anforderungen ein. 7

Diese ergeben sich jedoch aus der in Satz 4 in Bezug genommenen Technischen Richtlinie. Damit sind die in § 22 Abs. 4 Satz 1 MsbG genannten Technischen Richtlinien gemeint, welche in Konkretisierung von § 22 Abs. 1 und 2 MsbG zur Gewährleistung der Interoperabilität Anforderungen festlegen.

Nach der der Allgemeinverfügung zugrundeliegenden Marktanalyse des BSI vom 3. Februar 2020 bzw. der zwischenzeitlich aktualisierten Marktanalyse vom 30. Oktober 2020 sind zwar Smart-Meter-Gateways von ursprünglich drei – nunmehr vier – Herstellern (PPC, Dr. Neuhaus, EMH und Theben) am Markt erhältlich, die den Anforderungen des in Anlage VII vom 16. Januar 2019 zur Technischen Richtlinie BSI TR-03109-1 (nachfolgend: Stammrichtlinie), Version 1.0.1, vom 16. Januar 2019– ergänzt durch die Errata vom 12. Dezember 2019 in Bezug auf TAF 14 – aufgeführten Geräteprofils SMGW_G1_BASIS entsprechen. Auf der Grundlage der Anforderungen dieses Geräteprofils ist für die Smart-Meter-Gateways im Hinblick auf die eichrechtsrelevanten Funktionalitäten (vgl. § 31 MessEG, § 8 Abs. 2 Satz 1 MsbG) jeweils eine Baumusterprüfbescheinigung durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt erteilt worden und hinsichtlich der sicherheitstechnischen Anforderungen eine Zertifizierung durch das BSI nach den Common Criteria erfolgt. Im Hinblick auf die Erfüllung der Anforderungen an die Interoperabilität hat das BSI Erklärungen der Hersteller der Smart-Meter-Gateways entgegengenommen, in denen diese versichern, ihre Produkte seien richtlinienkonform. Eine Zertifizierung der Konformität mit den – nach § 22 Abs. 4 MsbG in Technischen Richtlinien zu beschreibenden – Interoperabilitätsanforderungen hat weder das BSI noch eine von ihm anerkannte sachverständige Stelle vorgenommen. Diese Vorgehensweise genügt jedoch nicht den gesetzlichen Anforderungen, und zwar unabhängig von der Frage, ob beide Zertifizierungen in einem einheitlichen Zertifikat zusammenzufassen sind. Für letzteres spricht zumindest der Wortlaut des § 24 Abs. 4 Satz 1 MsbG, der festlegt, dass ein Smart-Meter-Gateway ohne ein gültiges und gegenüber dem Smart-Meter-Gateway-Administrator nachgewiesenes Zertifikat nach § 24 Abs. 1 MsbG nicht als Bestandteil eines intelligenten Messsystems verwendet werden darf. Die Einholung einer Herstellererklärung ist mit dem Zweck einer Zertifizierung durch das BSI, eine Konformität anhand einer eigenen unabhängigen Prüfung festzustellen und zu bescheinigen

8

(vgl. auch [https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ Unternehmen-und-Organisationen/Standards-und-Zertifizierung/Zertifizierung-und-Anerkennung/zertifizierung-und-erkennung_node.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Standards-und-Zertifizierung/Zertifizierung-und-Anerkennung/zertifizierung-und-erkennung_node.html))

9

nicht vergleichbar und daher mit den Vorgaben in § 24 Abs. 1 Satz 3 und 4 MsbG nicht zu vereinbaren. Dabei geht auch das BSI ausweislich der Ausführungen auf S. 18 der Marktanalyse vom 30. Oktober 2020 von dem Erfordernis einer Zertifizierung der Interoperabilitätseigenschaften aus. Ein insoweit erforderliches Testverfahren ist aber offenbar nach wie vor noch nicht abschließend entwickelt.

10

Vgl. [https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ Unternehmen-und-Organisationen/Standards-und-Zertifizierung/ Smart-metering/Smart-Meter-Gateway/Testspezifikation/testspezifikation_TR_03109-1_node.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Standards-und-Zertifizierung/Smart-metering/Smart-Meter-Gateway/Testspezifikation/testspezifikation_TR_03109-1_node.html).

11

Das Fehlen des Zertifikats zur Konformität nach der Technischen Richtlinie ist auch nicht deshalb irrelevant, weil das BSI noch keinen Zeitpunkt der Nachweispflicht zur

12

Interoperabilität gemäß § 24 Abs. 1 Satz 3 MsbG festgelegt hat. Zwar bestimmt diese Vorschrift, dass der Zeitpunkt der Nachweispflicht zur Interoperabilität durch das BSI festgelegt und nach § 27 MsbG im Ausschuss Gateway-Standardisierung bekannt gemacht wird. Nach Satz 4 der Vorschrift haben Hersteller von Smart-Meter-Gateways (erst) zu diesem Zeitpunkt das Zertifikat zur Konformität nach der Technischen Richtlinie dem Smart-Meter-Gateway-Administrator vorzulegen. Mit dieser Bestimmung dürfte der Gesetzgeber jedoch lediglich dem Umstand Rechnung getragen haben, dass zum damaligen Zeitpunkt ein entsprechendes Zertifizierungsverfahren noch nicht entwickelt war. Denn von der auf das Zertifizierungsverfahren zum Nachweis der sicherheitstechnischen Anforderungen nach § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 MsbG bezogenen Regelung unterscheidet sich die auf die Interoperabilitätsanforderungen bezogene Gesetzesfassung in der Sache im Wesentlichen durch den fehlenden Verweis auf ein bestehendes Zertifizierungsverfahren und modifiziert dementsprechend die in § 24 Abs. 1 Satz 2 MsbG vorgesehene Vorlagepflicht – nach Erteilung des Zertifikats – auf einen Zeitpunkt, zu dem (gemeint dürfte sein: nach dem) das BSI die Nachweispflicht festgelegt und nach § 27 MsbG im Ausschuss Gateway-Standardisierung bekannt gemacht hat. Ausgeschlossen ist jedenfalls ein Verständnis der Norm dahingehend, eine Zertifizierung könne auch nach dem Einbau und der Inbetriebnahme der Smart-Meter-Gateways erfolgen.

§ 24 MsbG soll sicherstellen, dass nur solche Messsysteme in Verkehr gebracht und verwendet werden, die den Anforderungen aus Schutzprofilen und Technischen Richtlinien genügen und zugleich Herstellern und Anwendern insoweit mit Hilfe der Vergabe eines entsprechenden Zertifikates Rechtssicherheit verschaffen. 13

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 86 (zu § 24) sowie S. 73 f. (zu Nummer 7 und Nummern 9 bis 15). 14

Zu diesem Zweck bestimmt § 19 Abs. 3 Satz 1 MsbG, dass Messstellen nur mit solchen Messsystemen ausgestattet werden dürfen, bei denen zuvor die Einhaltung der Anforderungen nach den §§ 21 und 22 MsbG – diese beinhalten sowohl die sicherheitstechnischen Anforderungen als auch diejenigen an die Interoperabilität – in einem Zertifizierungsverfahren nach den Vorgaben dieses Gesetzes festgestellt wurde. Nach § 24 Abs. 4 Satz 1 MsbG darf ein Smart-Meter-Gateway ohne ein gültiges und gegenüber dem Smart-Meter-Gateway-Administrator nachgewiesenes Zertifikat nach § 24 Abs. 1 MsbG nicht als Bestandteil eines intelligenten Messsystems verwendet werden. Eine Differenzierung hinsichtlich der beiden in § 24 Abs. 1 MsbG geregelten Zertifikate enthält die Vorschrift nicht. Im Zusammenhang mit den Pflichten des Smart-Meter-Gateway-Administrators regelt ferner § 25 Abs. 1 Satz 3 MsbG, dass der Smart-Meter-Gateway-Administrator ausschließlich Smart-Meter-Gateways mit gültigem Zertifikat nach § 24 Abs. 1 MsbG verwenden darf; auch insoweit findet sich keine Einschränkung auf ein bestimmtes Zertifikat. Die – ggf. auf Ausführungen des Ausschusses für Wirtschaft und Energie im Gesetzgebungsverfahren im Zusammenhang mit einer Änderung von § 30 MsbG (vgl. BT-Drs. 18/8919, S. 25) zurückgehende – Annahme des BSI, § 24 Abs. 1 Satz 3 MsbG ermögliche den Einbau und die Verwendung eines Smart-Meter-Gateways zunächst auch ohne vorherige Zertifizierung der Interoperabilitätsanforderungen, bzw. dies gelte jedenfalls für den Beginn des Rollouts, steht danach in erkennbarem Widerspruch zu den Vorgaben des Gesetzes 15

und dem mit der Zertifizierung verfolgten Gesetzeszweck. Insbesondere ist weder der Regelung des § 24 Abs. 1 Satz 3 MsbG selbst noch der hierauf bezogenen Begründung des Gesetzentwurfs irgendein Anhalt dafür zu entnehmen, dass eine vorläufige Suspendierung von der Nachweispflicht der Interoperabilität zu Beginn des Rollouts, d. h. der Erstausrüstung von Messstellen mit intelligenten Messsystemen ermöglicht werden sollte. Zudem gibt es nach dem vom Gesetzgeber in § 31 MsbG vorgegebenen Zeitrahmen für einen Rollout auch keinen einheitlichen Beginn (vgl. § 31 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 2 Nr. 4 MsbG). Mit Blick darauf, dass § 24 Abs. 1 Satz 3 MsbG keine zeitlichen Vorgaben enthält, liefe die Annahme des Ausschusses für Wirtschaft und Energie letztlich darauf hinaus, dass eine Zertifizierung dauerhaft hinausgeschoben und sie damit – obwohl gesetzlich gefordert – vollständig obsolet werden könnte. Ungeachtet des sich aus § 19 Abs. 3 Satz 1, § 24 Abs. 4 Satz 1 und § 25 Abs. 1 Satz 3 MsbG ergebenden Verbots des Einbaus nicht (vollständig) zertifizierter Geräte könnte die Vorstellung des Ausschusses, die Feststellung nach § 30 MsbG und damit der Beginn des Rollouts sei ohne vorherigen Nachweis der Interoperabilität möglich, zudem eine auch wirtschaftlich unakzeptable Rückabwicklung des gesamten Rollouts zur Folge haben, die der Gesetzgeber mit Sicherheit nicht billigend in Kauf nehmen wollte. Wenn sich nämlich die Smart-Meter-Gateways im Verlaufe des nachfolgenden Zertifizierungsverfahrens als nicht konform (interoperabel) erweisen, wäre die Allgemeinverfügung (von Amts wegen) aufzuheben und müssten die Smart-Meter-Gateways wieder ausgebaut werden, es sei denn, der Anschlussnutzer stimmte im jeweiligen Einzelfall der Nutzung des nicht-konformen Smart-Meter-Gateways – trotz der ihm durch dessen Einbau entstandenen und weiter entstehenden Kosten – zu (vgl. § 19 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 MsbG).

Selbst wenn man – entgegen den vorstehenden Ausführungen – eine Feststellung gemäß § 30 Satz 1 MsbG auch ohne Zertifizierung hinsichtlich der Interoperabilität für zulässig hielte, änderte dies nichts daran, dass keine drei Smart-Meter-Gateways am Markt angeboten werden, die den Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG genügen. Denn nach dem zuvor Ausgeführten kann die Bezugnahme in § 30 Satz 1 MsbG auf die Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG nicht dahingehend verstanden werden, dass es für die Feststellung gemäß § 30 Satz 1 MsbG auf die Interoperabilität der am Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways nicht ankomme, diese also nicht geprüft werden müsse. Solches hat auch das BSI ersichtlich nicht angenommen. Seine sinngemäße Auffassung, die von ihm in den Blick genommenen Geräte erfüllten die Interoperabilitätsanforderungen, weil sie – so jedenfalls die Herstellererklärungen – der Anlage VII der Technischen Richtlinie BSI TR-03109-1 entsprächen, greift dagegen nicht durch. Die Anlage VII beschreibt nicht die derzeit geltenden Interoperabilitätsanforderungen, weil sie unwirksam ist. Dementsprechend kann die Erfüllung der Interoperabilitätsanforderungen auf ihrer Grundlage nicht geprüft und bejaht werden. 16

§ 24 Abs. 1 Satz 3 und 4 MsbG verweist, wie ausgeführt, jedenfalls mittelbar hinsichtlich der Anforderungen an die Interoperabilität auf § 22 Abs. 1, 2 und 4 MsbG. Die zuletzt genannte Vorschrift regelt nach ihrer amtlichen Überschrift „Mindestanforderungen an das Smart-Meter-Gateway durch Schutzprofile und Technische Richtlinien“ und bestimmt in Absatz 1, dass Smart-Meter-Gateways eines intelligenten Messsystems zur Gewährleistung von Datenschutz, Datensicherheit und Interoperabilität nach dem Stand der Technik die in den Nrn. 1 17

bis 4 näher umschriebenen Anforderungen (in der Sache handelt es sich um weiter ausfüllungsbedürftige Regelungsbereiche) erfüllen müssen. Die Einhaltung des Standes der Technik wird nach § 22 Abs. 2 MsbG vermutet, wenn die in der Anlage (des Gesetzes) aufgeführten Schutzprofile und Technischen Richtlinien des BSI in der jeweils geltenden Fassung eingehalten werden. Dabei haben nach § 22 Abs. 3 MsbG Schutzprofile u. a. technische Vorgaben zur Gewährleistung von Datenschutz und Datensicherheit (sowie Manipulationsresistenz) zu enthalten, während Technische Richtlinien nach § 22 Abs. 4 Satz 1 MsbG technische Anforderungen an die Interoperabilität von intelligenten Messsystemen und einzelnen Teilen oder Komponenten zu beschreiben haben. Im Hinblick darauf, dass ein intelligentes Messsystem nach § 2 Satz 1 Nr. 15 MsbG aus einem Smart-Meter-Gateway (§ 2 Satz 1 Nr. 19 MsbG) und einer modernen Messeinrichtung (§ 2 Satz 1 Nr. 15 MsbG) besteht, das MsbG an letztere jedoch aufgrund unionsrechtlicher Regelungen keine Anforderungen stellt,

vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 65, 74 und 85,

18

richten sich insoweit die Anforderungen, die das Gesetz an intelligente Messsysteme richtet, in erster Linie an das Smart-Meter-Gateway.

19

Die Anforderungen an Smart-Meter-Gateways, die diese erfüllen müssen, um nach § 24 Abs. 1 MsbG zertifiziert werden zu können, ergeben sich hiernach maßgeblich aus den Schutzprofilen sowie – was vorliegend allein im Streit steht – den Technischen Richtlinien. Soweit § 19 MsbG, der nach der amtlichen Überschrift „Allgemeine Anforderungen an Messsysteme“ regelt, in seinem Absatz 3 Satz 1 bestimmt, dass Messstellen nur mit solchen Messsystemen ausgestattet werden dürfen, bei denen zuvor die Einhaltung der Anforderungen nach den §§ 21 und 22 in einem Zertifizierungsverfahren nach den Vorgaben dieses Gesetzes festgestellt wurde, folgt aus dem Verweis auf die Anforderungen des – in § 24 Abs. 1 und § 22 Abs. 2 MsbG nicht erwähnten – § 21 MsbG weder, dass die Voraussetzungen des § 21 MsbG in einem gesonderten – gesetzlich indes nicht geregelt – Zertifizierungsverfahren zu prüfen wären, noch, dass im Rahmen der in § 24 Abs. 1 MsbG in Bezug genommenen Zertifizierungsverfahren über den Nachweis der sicherheitstechnischen Anforderungen – durch Erfüllung der Vorgaben in Schutzprofilen – und der Interoperabilität – durch Erfüllung der Vorgaben in Technischen Richtlinien – hinaus auch unmittelbar eine Konformität der Messsysteme bzw. des Smart-Meter-Gateways mit § 21 MsbG zu prüfen wäre. Denn der Regelungsgehalt des § 19 Abs. 3 MsbG soll sich nach Auffassung des Gesetzgebers lediglich darauf beschränken, die Anforderungen an Messsysteme auf die notwendig einzuhaltenden Anforderungen aus Schutzprofilen und Technischen Richtlinien zu konkretisieren.

20

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 82.

21

Daraus ergibt sich, dass die Vorgaben des § 21 MsbG zwar nicht gesondert im Rahmen eines Zertifizierungsverfahrens zu prüfen sind, sie jedoch durch die vom BSI zu erstellenden Schutzprofile und Technischen Richtlinien umgesetzt werden müssen, was sich im Übrigen auch an § 22 Abs. 4 Satz 1 MsbG festmachen lässt.

22

Den Vorgaben der die Interoperabilitätsanforderungen ausformenden Technischen

23

Richtlinie TR-03109-1 (sog. Stammrichtlinie) entsprechen die am Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways unstreitig nicht. Das BSI hat im Rahmen der Feststellung nach § 30 MsbG auch nicht auf die Stammrichtlinie abgestellt, sondern auf die Erfordernisse der der Stammrichtlinie am 16. Januar 2019 beigefügten Anlage VII, die nach dem Verständnis des BSI die Stammrichtlinie – ob vorübergehend oder endgültig, bleibt letztlich unklar – abändern und eigenständig die Interoperabilitätsanforderungen regeln soll. Die Anlage VII ist jedoch sowohl formell als auch materiell rechtswidrig. Zum einen ist sie nicht in dem gesetzlich vorgesehenen Verfahren zustande gekommen und zum anderen verstößt sie bzw. das in ihr niedergelegte Geräteprofil „Basis“ gegen zwingende gesetzliche Interoperabilitätsanforderungen.

- Vorab ist klarzustellen, dass das BSI im Grundsatz zu einer Änderung der Technischen Richtlinien – hier der TR-03109-1 – befugt ist. Nach § 22 Abs. 1 MsbG haben Smart-Meter-Gateways eines intelligenten Messsystems zur Gewährleistung von Datenschutz, Datensicherheit und Interoperabilität nach dem Stand der Technik die in den Nrn. 1 bis 4 näher umschriebenen „Anforderungen“ zu erfüllen. Die Einhaltung des Standes der Technik im Sinne von Absatz 1 wird nach § 22 Abs. 2 Satz 1 MsbG vermutet, wenn die in der Anlage aufgeführten Schutzprofile und Technischen Richtlinien des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik in der jeweils geltenden Fassung eingehalten werden. Nach Satz 2 wird die jeweils geltende Fassung im Bundesanzeiger durch Verweis auf die Internetseite des BSI bekannt gemacht. Auf diesem Wege sollen die erarbeiteten Schutzprofile und Technischen Richtlinien für allgemeinverbindlich erklärt werden, damit Geräte auf Basis dieses Standards entwickelt werden können. 24
- Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 64. 25
- Den auf der Grundlage des § 22 Abs. 2 MsbG bekannt gemachten Schutzprofilen und Technischen Richtlinien kommt damit die Aufgabe zu, den Stand der Technik im Sinne des § 22 Abs. 1 MsbG zu konkretisieren und verbindlich festzulegen. 26
- Vgl. zur auf § 57 Abs. 2 Satz 1 WHG gestützten Abwasserverordnung: BVerwG, Urteil vom 2. November 2017 - 7 C 25.15 -, juris, Rn. 38 ff.; zu den auf § 48 BImSchG gestützten Allgemeinen Verwaltungsvorschriften: BVerwG, Urteile vom 29. August 2007 - 4 C 2.07 -, juris, Rn. 12 und vom 20. Dezember 1999 - 7 C 15.98 -, juris, Rn. 9 ff. sowie Beschluss vom 10. Januar 1995 - 7 B 112.94 -, juris, Rn. 4 f. 27
- Auf die Frage, ob und inwieweit entsprechend der Vermutungsregelung neben den Festlegungen durch die Schutzprofile und Technischen Richtlinien noch Raum für eine anderweitige Beurteilung des Standes der Technik ist, 28
- vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 85: dies sei „insbesondere“ der Fall, wenn die in den Schutzprofilen und Technischen Richtlinien niedergelegten Anforderungen erfüllt werden, 29
- kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an. Mit Blick darauf, dass der „Stand der Technik“ naturgemäß nicht statisch ist, sondern einem fortlaufenden Wandel unterliegt, hat der Gesetzgeber in § 22 Abs. 2 Satz 1 MsbG eine dynamische Verweisung auf die jeweils aktuelle Fassung der veröffentlichten 30

Schutzprofile und Technischen Richtlinien geregelt und in den §§ 26, 27 MsbG das Verfahren zu deren Weiterentwicklung normiert. Hieraus folgt unmittelbar, dass das BSI befugt ist, solche „Weiterentwicklungen“ vorzunehmen, die dem Zweck dienen, die Schutzprofile und Technischen Richtlinien im Rahmen des technischen Fortschritts fortzuentwickeln und an den jeweiligen aktuellen Stand anzupassen. Das – insbesondere in sicherheitstechnischer Hinsicht notwendige – Erfordernis, flexibel auf einen sich verändernden – gleichsam vorwärtsgewandten – Entwicklungsstand reagieren zu können, war danach zwar leitend für die Ausgestaltung des Verfahrens namentlich in § 27 MsbG. Weder der Wortlaut der Norm noch deren Zweck schließen es jedoch aus, dass auch – rückwärtsgewandte – Änderungen einer Technischen Richtlinie von ihr erfasst werden, die dem Ziel dienen sollen, einen unzutreffend als gegeben angenommenen Stand der Technik zu korrigieren. Nach § 27 Abs. 1 Halbs. 1 MsbG werden durch das BSI unter Beteiligung der im Einzelnen genannten Akteure weitere Schutzprofile und Technische Richtlinien sowie neuere Versionen Technischer Richtlinien und von Schutzprofilen nach § 22 Abs. 2 MsbG erarbeitet. § 27 Abs. 1 Halbs. 2 MsbG regelt das Verfahren bei wesentlichen Änderungen. Die Vorschrift unterscheidet insoweit nicht, ob die Erstellung einer neuen Richtlinie oder einer neuen Version einer bestehenden Richtlinie auf eine technologische Fortentwicklung zurückgeht oder mit ihr eine Berichtigung einer fehlerhaften Einschätzung des technisch Möglichen vollzogen werden soll. Maßgeblich ist allein, dass die Schutzprofile und Technischen Richtlinien den Stand der Technik im Sinne des § 22 Abs. 1 MsbG wiederzugeben haben. Auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 27 MsbG spricht nichts dafür, dass der Anwendungsbereich von vornherein nur im Hinblick auf eine Anpassung an den Fortschritt eröffnet sein soll. Dem BSI obliegt im Rahmen der §§ 26, 27 MsbG die Weiterentwicklungsarbeit der Sicherheits- und Interoperabilitätsanforderungen, insbesondere wenn aufgrund verschiedener Einsatzszenarien oder weiterer Anwendungsfälle nach dem MsbG neue und zusätzliche Anforderungen an das Smart-Meter-Gateway, dessen angeschlossene Komponenten und den sicheren Betrieb gestellt werden. Im Zusammenhang mit dieser Aufgabe ist das BSI der zentrale Ansprechpartner für Hersteller und Anwender, wenn es Probleme bei der Umsetzung der technischen „Mindest“-Anforderungen gibt oder wenn Sicherheitsmängel zu Tage treten.

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 88.

31

Insoweit hat schon der Gesetzgeber selbst in den Blick genommen, dass – namentlich angesichts der verhältnismäßig neuen Technologie der Smart-Meter-Gateways und der Kombination einer Vielzahl von Anwendungsfällen – sich ein Korrekturbedarf hinsichtlich des in den Technischen Richtlinien wiedergegebenen Standes der Technik ergeben kann, weil die Umsetzung der Anforderungen sich nicht oder nicht in der vorgesehenen Weise realisieren lässt.

32

Ist danach in Anwendung der §§ 26, 27 MsbG auch eine – rückwärtsgewandte – Änderung der Technischen Richtlinien grundsätzlich möglich, so erweist sich die Anlage VII indes bereits deshalb als rechtswidrig, weil sie nicht in dem gesetzlichen Verfahren zustande gekommen ist.

33

Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 MsbG obliegt dem BSI – im Einvernehmen mit der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt und der Bundesnetzagentur – die

34

Planung und Erarbeitung von neuen Versionen der Schutzprofile und Technischen Richtlinien nach § 22 Abs. 2 MsbG sowie die Einbringung von neuen Versionen der Schutzprofile und Technischen Richtlinien nach § 22 Abs. 2 MsbG in das Verfahren nach § 27 MsbG und deren anschließende Freigabe. Gemäß § 27 Abs. 1 MsbG werden weitere Schutzprofile und Technische Richtlinien sowie neuere Versionen Technischer Richtlinien und von Schutzprofilen nach § 22 Abs. 2 MsbG erarbeitet unter Beachtung der Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur nach § 47 MsbG durch das BSI im Einvernehmen mit der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt und der Bundesnetzagentur unter Anhörung der/des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit; der Ausschuss Gateway-Standardisierung ist bei wesentlichen Änderungen unter Vorsitz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie im Ausschuss anzuhören. Eine Anhörung des Ausschusses Gateway-Standardisierung ist – mangels Einrichtung des Ausschusses – vor der Zustimmung zur Anlage VII zur Stammrichtlinie durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie nach § 27 Abs. 4 Satz 1 MsbG mit Mail vom 23. Januar 2019 und nachfolgender Bekanntgabe durch das BSI gemäß § 27 Abs. 4 Satz 2 MsbG jedoch nicht erfolgt. Die Anhörung des Ausschusses Gateway-Standardisierung – dessen Einrichtung das BSI mit Mail vom 16. Januar 2019 an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zur Gewährleistung von Planungs- und Investitionssicherheit von Herstellern und Anwenden angemahnt hatte – war entgegen der Auffassung des BSI auch nicht entbehrlich. Weder handelt es sich bei der mit der Anlage VII beabsichtigten Änderung der Stammrichtlinie um eine nur unwesentliche Änderung noch ist die anderweitig erfolgte Einbeziehung verschiedener Verbände und sonstiger Akteure geeignet, die unterbliebene Anhörung zu ersetzen.

Die Einschätzung des BSI im Schriftsatz vom 22. Oktober 2020, bei der Anlage VII zur TR-03109-1 handele es sich nur um Klarstellungen in Bezug auf den Umgang mit der Stammrichtlinie, ist nicht nachvollziehbar. Insoweit kann offen bleiben, wie es zu bewerten ist, dass die zeitgleich mit der Erstellung der Anlage VII unter dem 16. Januar 2019 neu gefasste Stammrichtlinie in der Version 1.0.1 sich von der vorgehenden Fassung vom 18. März 2013 (Version 1.0) lediglich durch die Anfügung der Anlage VII unterscheidet mit der Folge, dass die Interoperabilitätsanforderungen der Stammrichtlinie (TAF 1 bis 10 verpflichtend, TAF 11 bis 14 optional) neben denen der Anlage VII (TAF 1, 2, 6 und 7 verpflichtend, alle weiteren optional) weiterhin bestehen. Beabsichtigt war mit der Anlage VII ausweislich der Angaben unter den Nummern 1 und 2.2.3 jedenfalls eine grundlegende Neuausrichtung der Interoperabilitätsanforderungen. Anstelle des in der Stammrichtlinie vorgesehenen Konzepts, das auf eine vielseitige Einsetzbarkeit eines Smart-Meter-Gateways ausgerichtet ist und daher eine verpflichtende Ausstattung mit einer Vielzahl von (Tarif-) Anwendungsfällen vorsieht, soll mit der Anlage VII eine Aufspaltung („Clusterung“) in verschiedene Geräteprofile erfolgen: Als Ausstattungsgrundlage dient ein für alle Smart-Meter-Gateways verpflichtendes Basis-Geräteprofil, das je nach dem konkreten Einsatzgebiet des Smart-Meter-Gateways mit weiteren auf den jeweiligen Einsatzzweck abgestimmten Geräteprofilen ergänzt werden soll. Abgesehen davon, dass dieses Konzept über die Vorgabe des Basisgeräteprofils hinaus – jedenfalls soweit erkennbar – noch nicht ansatzweise weiterentwickelt ist und dass mit Blick auf die offenbar vorgesehene umfassende Nachimplementierung des derzeit nur obligatorischen Geräteprofils SMGW_G1_NETZ (mit den TAF 9 und 10) Zweifel bestehen, ob

35

tatsächlich eine Systemabkehr von der nach wie vor unverändert gebliebenen Stammrichtlinie erfolgen soll,

vgl. hierzu auch S. 3 der vom BDEW gefertigten Zusammenfassung des BMWi-BSI-BDEW-Austausches vom 11. Mai 2020, 36

handelt es sich hierbei um eine wesentliche Änderung im Sinne des § 27 Abs. 1 Halbs. 2 MsbG. Dabei kann offen bleiben, ob für die Annahme des Gesetzgebers, Anpassungen von Schutzprofilen und Technischen Richtlinien richteten sich nach § 26 MsbG, während § 27 MsbG (insgesamt) das Verfahren für wesentliche Änderungen der Dokumente sowie das Verfahren bei der Erstellung neuer Versionen regelt, 37

vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 88, 38

ein hinreichender Anhalt im Gesetz besteht. In diesem Falle wäre die mit der Einführung der Anlage VII verbundene Erstellung einer neuen Technischen Richtlinie bzw. einer neuen Version – bezogen auf die Stammrichtlinie – in jedem Falle wesentlich. Aber auch unabhängig hiervon stellt sich die vorgenommene Änderung als wesentlich dar. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass die Anlage VII einen grundlegenden Systemwechsel hinsichtlich der an ein Smart-Meter-Gateway zu stellenden Anforderungen vollzieht oder jedenfalls vollziehen soll. Mit Blick auf die Funktion, die dem Ausschuss Gateway-Standardisierung im vorliegenden Zusammenhang zukommt, sind zudem die individuellen und (gesamt-)wirtschaftlichen Auswirkungen des nach Maßgabe der Anlage VII beabsichtigten Systemwechsels als wesentliche Änderung zu qualifizieren. Dem Ausschuss Gateway-Standardisierung gehören – neben dem BSI, den Akteuren, mit denen nach § 27 Abs. 1 MsbG Einvernehmen herzustellen ist, und dem nach § 27 Abs. 4 MsbG zu beteiligenden Bundesministerium für Wirtschaft und Energie – je ein Vertreter von mindestens drei auf Bundesebene bestehenden Gesamtverbänden an, die jeweils die Interessen von Letztverbrauchern, Herstellern und Anwendern vertreten. Die Einbindung dieses Ausschusses in das Verfahren zur Weiterentwicklung von Schutzprofilen und Technischen Richtlinien sowie der Erstellung neuer Versionen soll gewährleisten, dass sich sämtliche wesentlichen Akteure in den Prozess der Weiterentwicklung einbringen können, damit ein für Hersteller und Anwender auch wirtschaftlich umsetzbarer Weiterentwicklungsprozess ermöglicht wird. 39

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 88.; vgl. auch Mätzig/Fischer/Mohs in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 4, 4. Auflage 2017, § 27 Rn. 15. 40

Dass der Systemwechsel von einem universal einsetzbaren Smart-Meter-Gateway hin zu einem nur beschränkt verwendbaren „Grundmodell“ (Basis-Geräteprofil) mit wirtschaftlichen Auswirkungen sowohl auf Seiten der Hersteller als auch der Anwender (Messstellenbetreiber, Netzbetreiber, aber auch Smart-Meter-Gateway-Administratoren) verbunden ist, liegt auf der Hand. Hinzu kommt, dass mit Blick auf die eingeschränkten Funktionalitäten des Gerätemodells „Basis“ und das fehlende Gesamtkonzept einer einsatzbereichsbezogenen Ausstattung der Smart-Meter-Gateways der (gesamt-)wirtschaftliche Nutzen des Einsatzes der Smart-Meter-Gateways einer grundlegenden Neubeurteilung bedarf. Beispielsweise ist 41

angesichts des derzeit nur optional ausgestalteten Geräteprofils „Netz“ mit den für eine Anbindung der Betreiber von EEG- und KWK-Anlagen erforderlichen TAF 9 und 10 offen, ob bei diesen überhaupt ein Einsatz von Smart-Meter-Gateways technisch und wirtschaftlich sinnvoll ist.

Die danach gemäß § 27 Abs. 1 Halbs. 2 MsbG gebotene Anhörung des Ausschusses Gateway-Standardisierung war auch nicht angesichts der von dem BSI mit Schriftsatz vom 16. September 2020 dargelegten Beteiligungen einzelner Akteure und verschiedener Gesamtverbände entbehrlich. Dass die Bundesnetzagentur und die Physikalisch-Technische Bundesanstalt ihr Einvernehmen nach § 27 Abs. 1 Halbs. 1 MsbG erteilt haben, führt schon nach dem Wortlaut der Norm nicht zu einer Entbehrlichkeit der Beteiligung des Ausschusses. Gleiches gilt für die in § 27 Abs. 1 Halbs. 1 MsbG geregelte Anhörung des/der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit sowie die nach § 27 Abs. 4 Satz 1 MsbG erforderliche Zustimmung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Darüber hinaus belegt die Zusammensetzung des Ausschusses gerade unter Einbeziehung der ohnehin gesetzlich – in unterschiedlicher Form – zu beteiligenden Akteure nachdrücklich, dass der gemeinsamen Erörterung im Ausschuss unter Beratung durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit maßgebliche Bedeutung für das Verfahren der Weiterentwicklung und Neuerstellung von Schutzprofilen und Technischen Richtlinien zukommt.

Die Anlage VII ist zudem rechtswidrig, weil das Geräteprofil „Basis“ aus den von der Beschwerde dargelegten Gründen gegen zwingende gesetzliche Vorgaben verstößt mit der Folge, dass auch eine – unterstellte – auf ihr beruhende Zertifizierung von Smart-Meter-Gateways nach § 24 Abs. 1 MsbG rechtswidrig wäre.

Gesetzliche Anforderungen an intelligente Messsysteme regelt, wie bereits ausgeführt, die Vorschrift des § 21 MsbG. Die Maßgeblichkeit dieser Norm folgt auch aus der – sprachlich wenig gelungenen – Legaldefinition des § 2 Satz 1 Nr. 7 MsbG. Hiernach ist ein intelligentes Messsystem ein Messsystem, das aus einer modernen Messeinrichtung im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 15 MsbG und einem Smart-Meter-Gateway im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 19 MsbG besteht und den besonderen Anforderungen nach den §§ 21 und 22 MsbG genügt, die zur Gewährleistung des Datenschutzes, der Datensicherheit und Interoperabilität in Schutzprofilen und Technischen Richtlinien festgelegt werden können. Während sich § 22 Abs. 4 Satz 2 MsbG im Hinblick auf die im vorliegenden Verfahren allein streitigen Anforderungen an die Interoperabilität von Smart-Meter-Gateways auf die Aufzählung der wesentlichen von den Technischen Richtlinien zu erfassenden Regelungsgegenstände beschränkt,

vgl. BT-Drs. 18/7555 S. 85,

enthält § 21 Abs. 1 MsbG konkrete Anforderungen. Diese beziehen sich in der Sache im Wesentlichen auf das Smart-Meter-Gateway, da die andere Komponente des intelligenten Messsystems, die moderne Messeinrichtung, nicht zur Kommunikation fähig und zudem, wie oben bereits ausgeführt, von den Anforderungen des Gesetzes nicht erfasst sein soll.

Die vom BSI im Schriftsatz vom 22. April 2020 geäußerte Auffassung, § 21 Abs. 1

MsbG enthalte keine Anforderungen, sondern führe nur – mehr oder weniger beachtliche – „Gründe“ auf, weshalb ein intelligentes Messsystem bestimmten Anforderungen genügen müsse, ist mit den Formulierungen der Norm, die sich von denen in § 22 Abs. 4 Satz 2 MsbG deutlich unterscheiden, nicht zu vereinbaren, entspricht nicht der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers und dürfte angesichts der Ausführungen unter Ziffer 3.1 der Marktanalyse vom 3. Februar 2020 auch mit der eigenen (vorgerichtlichen) Einschätzung nicht übereinstimmen.

Bezeichnenderweise stehen die gesetzlichen Vorgaben des § 21 Abs. 1 MsbG und die Anwendungsfälle der Stammrichtlinie auch in Übereinstimmung. Aus dem Umstand, dass die Einhaltung der Vorgaben des § 21 Abs. 1 MsbG, wie oben zu § 19 Abs. 3 MsbG bereits ausgeführt, nach Auffassung des Gesetzgebers nicht gesondert im Rahmen des Zertifizierungsverfahrens der Smart-Meter-Gateways zu prüfen sein sollen, folgt unmittelbar, dass dessen Anforderungen durch die vom BSI zu erstellenden Schutzprofile und Technischen Richtlinien umzusetzen sind. Die Vorgaben namentlich des § 21 Abs. 1 Nr. 1 MsbG erfüllt das in der Anlage VII beschriebene Geräteprofil „Basis“ jedoch nicht.

Insoweit ist bereits zweifelhaft, ob die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b Halbs. 2 MsbG erfüllt sind. Hiernach muss ein intelligentes Messsystem die zuverlässige Verarbeitung von aus Messeinrichtungen stammenden Messwerten gewährleisten, um die zuverlässige Administration und Fernsteuerbarkeit von Anlagen im Sinne von § 14a EnWG und von Erzeugungsanlagen nach dem EEG und dem KWK zu gewährleisten. Zu diesem Zweck ist es nach Auffassung des Gesetzgebers insbesondere erforderlich, dass neben dem Abruf der Ist-Einspeisung gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c MsbG auch eine ferngesteuerte Reduzierung der Einspeiseleistung der Anlage über das intelligente Messsystem erfolgen kann. 48

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 83. 49

Mit diesem Erfordernis soll nach dem Willen des Gesetzgebers erreicht werden, dass sowohl der Netzbetreiber über das intelligente Messsystem mit Steuerungstechnik Maßnahmen des Einspeisemanagements durchführen kann als auch der Direktvermarkter über dasselbe System die Anlage marktorientiert fernsteuern kann. Auf diese Weise soll dem bislang bestehenden Zustand begegnet werden, dass ein weiteres Gerät bzw. ein zusätzlicher Kommunikationsweg installiert werden muss, um die Anlage für die verschiedenen Zwecke fernsteuerbar zu machen. 50

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 90. 51

Die einheitliche Kommunikations- und Steuerungstechnik über das Smart-Meter-Gateway soll zudem das Wechselspiel zwischen Einspeisemanagement und marktorientierter Fernsteuerung verbessern, um die Ausgleichskosten zu reduzieren, und überdies dem Anlagenbetreiber einen Wechsel des Direktvermarktungsunternehmers erleichtern. 52

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 90. 53

Mit Blick darauf, dass der auf eine Fernsteuerbarkeit von Anlagen bezogene TAF 11, der schon in der Stammrichtlinie nur optional ausgestaltet ist, in dem 54

Geräteprofil „Basis“ nicht enthalten und auch von keinem der am Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways implementiert ist, kommt für die Fernsteuerung nach Einschätzung des BSI (vgl. Marktanalyse vom 30. Oktober 2020, Nummer 3.1, Seite 14) insoweit nur der CLS-Proxy-Kanal in Betracht. Diese Anbindung, bei der nach Angaben des BSI nur eine „Durchleitung“ der Daten durch das Smart-Meter-Gateway erfolgt (vgl. Marktanalyse vom 30. Oktober 2020, Nummer 4.2.3, Seite 30), ermöglicht jedoch schon nach Auffassung des BSI allenfalls „einfache“ Steuerungshandlungen (vgl. Marktanalyse vom 30. Oktober 2020, Nummer 4.3.6, Seite 36). Mit Blick auf die Ausführungen des BDEW im Positionspapier vom 2. Dezember 2019 (dort Nummer 2.2) zu einer Fernsteuerung über den CLS-Kanal nur mittels proprietärer Herstellerlösungen ist zudem fraglich, ob die Nutzung der Steuerungstechnik durch mehrere Marktakteure, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, erfolgen kann.

Unabhängig von dem Vorstehenden werden jedenfalls die Anforderungen des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c MsbG nicht erfüllt, weil der auch nach Auffassung des BSI dem Abruf der Ist-Einspeisung von Erzeugungsanlagen nach dem EEG und dem KWK dienende TAF 9 (vgl. Marktanalyse vom 30. Oktober 2020, Nummer 3.1, Seite 12) nicht in dem Geräteprofil „Basis“, sondern nur in dem in der Anlage VII lediglich obligatorisch ausgestalteten Geräteprofil „Netz“ enthalten ist und in der Praxis derzeit auch nur bei einem der auf dem Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways implementiert ist. 55

Darüber hinaus sind die Anforderungen des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d MsbG nicht erfüllt. Danach ist – im Übrigen in Übereinstimmung mit § 22 Abs. 4 Nr. 3 MsbG – erforderlich, dass ein intelligentes Messsystem die zuverlässige Verarbeitung von aus Messeinrichtungen stammenden Messwerten gewährleisten muss, um Netzzustandsdaten messen, zeitnah übertragen und Protokolle über Spannungsausfälle mit Datum und Zeit erstellen zu können. Nach der Ansicht des Gesetzgebers ist diese „Anforderung in Bezug auf Erhebung und Ermittlung von Netzzustandsdaten“ von erheblichem Gewicht, da es hierbei um die netzdienliche Ausgestaltung von intelligenten Messsystemen gehe, um das volle Potential moderner Messsysteme auch zu Zwecken des Netzbetriebes auszuschöpfen. Netzbetreiber sollten die Möglichkeit haben, für Netzzustandsdaten auf intelligente Messsysteme zugreifen zu können, statt eigene separate Betriebsmittel zusätzlich installieren zu müssen; dies diene der Effizienz des Netzbetriebs und steigere den Nutzen von intelligenten Messsystemen. 56

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 83. 57

Die Relevanz der Netzzustandsdaten insbesondere im Hinblick auf die Einbindung der Anlagen nach dem EEG und dem KWK, sieht zwar auch das BSI (vgl. Marktanalyse vom 30. Oktober 2020, Nummer 4.3.6, Seite 35). Der das Erfordernis des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d MsbG umsetzende TAF 10 (vgl. auch Marktanalyse vom 30. Oktober 2020, Nummer 3.1., S. 12) ist in dem verpflichtenden Geräteprofil „Basis“ jedoch gleichwohl nicht enthalten, sondern nur im obligatorischen Geräteprofil „Netz“ und auch in tatsächlicher Hinsicht erst von einem Hersteller nachimplementiert. 58

Es ist ferner – über das Beschwerdevorbringen hinaus – darauf hinzuweisen, dass 59

Smart-Meter-Gateways voraussichtlich nur dann nach § 24 Abs. 1 MsbG zertifiziert werden dürfen, wenn die Plausibilisierung und Ersatzwertbildung (§ 2 Satz 1 Nr. 17 MsbG) insgesamt im Smart-Meter-Gateway selbst erfolgen kann. Ein dahingehendes Erfordernis enthalten zwar weder die in Teil 2, Kapitel 3 enthaltenen Vorschriften der §§ 19 ff. MsbG, die sich explizit zu den Anforderungen an intelligente Messsysteme bzw. Smart-Meter-Gateways verhalten, noch die Technischen Richtlinien. Der Gesetzgeber hat diese Form der Messwertaufbereitung im Smart-Meter-Gateway jedoch an anderen Stellen im Gesetz als selbstverständlich gegeben vorausgesetzt. § 2 Satz 1 Nr. 17 MsbG definiert die Plausibilisierung und Ersatzwertbildung als rechnerische Vorgänge im Rahmen der Aufbereitung von Messwerten, die ausgefallene Messwerte oder Messwertreihen überbrücken oder unplausible Messwerte korrigieren. Nach Auffassung des Gesetzgebers beschreibt Nr. 17 „die Plausibilisierung und Ersatzwertbildung als Vorgänge zur Messwertaufbereitung in einer Weise, wie sie zukünftig im Smart-Meter-Gateway erfolgen sollen“.

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 74.

60

Diese Grundannahme aufgreifend regelt die in Teil 2, Kapitel 4 – ergänzende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Messstellenbetrieb mit modernen Messeinrichtungen und intelligenten Messsystemen – enthaltene Vorschrift des § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MsbG, dass bei der Ausstattung von Messstellen mit intelligenten Messsystemen die Durchführung des Messstellenbetriebs insbesondere die in § 60 MsbG benannten Prozesse einschließlich der Plausibilisierung und Ersatzwertbildung im Smart-Meter-Gateway umfasst. Die in Teil 3, Kapitel 3, Abschnitt 1 – Pflichten des Messstellenbetreibers – enthaltene Vorschrift des § 60 MsbG regelt in Absatz 1 die Pflicht des Messstellenbetreibers, die nach den §§ 55 bis 59 MsbG erhobenen Daten aufzubereiten und im erforderlichen Umfang an die nach § 49 MsbG berechtigten Stellen zu übermitteln. Bei Messstellen mit intelligenten Messsystemen soll hingegen nach § 60 Abs. 2 Satz 1 MsbG die Aufbereitung der Messwerte, insbesondere die Plausibilisierung und Ersatzwertbildung im Smart-Meter-Gateway und die Datenübermittlung über das Smart-Meter-Gateway direkt an die berechtigten Stellen erfolgen. Satz 2 räumt der Bundesnetzagentur die Kompetenz ein, in einer Festlegung nach § 75 MsbG zu bestimmen, dass bis zum 31. Dezember 2019 die Aufbereitung und Übermittlung nach Satz 1 nicht vom Smart-Meter-Gateway, sondern von berechtigten Stellen nach § 49 Abs. 2 MsbG vorgenommen werden kann, um auf diese Weise die technische „Übergangsphase“ bis zum 31. Dezember 2019 und eine technische „Einführungsphase“ nach diesem Stichtag zu regeln.

61

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 108.

62

Mit dieser Vorschrift soll – namentlich zum Zweck des Datenschutzes – der Messstellenbetreiber bzw. bei Messstellen mit intelligenten Messsystemen der diesem nach § 3 Abs. 1 Satz 2 MsbG zugeordnete Smart-Meter-Gateway-Administrator und mit ihm das Smart-Meter-Gateway als sog. Datendrehscheibe zur Verwirklichung der „sternförmigen Kommunikation“ etabliert werden.

63

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 108.

64

Die technische Umsetzung der dem Messstellenbetreiber nach § 60 Abs. 1 MsbG

65

obliegenden Pflicht zur Messwertaufbereitung soll in der Regel und soweit vorhanden direkt im Smart-Meter-Gateway erfolgen und die sternförmige Kommunikation der Messdaten über das Smart-Meter-Gateway entweder direkt zu den autorisierten Marktteilnehmern über einen beim jeweiligen Marktteilnehmer endenden Verschlüsselungskanal oder unter Beteiligung des Smart-Meter-Gateway-Administrators, der die vom Smart-Meter-Gateway verschlüsselten Datenpakete weiterleitet.

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 108. 66

Wäre entsprechend der Auffassung des BSI die Aufgabe der Plausibilisierung und Ersatzwertbildung nicht vom Smart-Meter-Gateway zu erfüllen, liefen die Regelungen sowohl in § 35 Abs. 1 MsbG als auch in § 60 Abs. 2 Satz 1 MsbG ins Leere. Dass dem Konzept des MsbG eine Messwertaufbereitung im Smart-Meter-Gateway zugrunde liegt, belegt zudem auch die Entstehungsgeschichte des MsbG. So hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf vorgeschlagen, in § 60 MsbG eine Regelung aufzunehmen, die es der Bundesnetzagentur ermöglichen hätte, dauerhaft eine Aufbereitung und Übermittlung der Messwerte außerhalb des Smart-Meter-Gateways zu regeln. 67

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 131. 68

Dieser Vorschlag ist jedoch – nach ablehnender Gegenäußerung der Bundesregierung, 69

vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 144 – 70

nicht Gesetz geworden. 71

Zur Klarstellung sei angemerkt, dass der Ausgestaltung des § 60 Abs. 2 Satz 1 MsbG als Soll-Regelung im vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung zukommen dürfte. Denn § 60 Abs. 2 Satz 1 MsbG regelt, wie aus der Überschrift „Datenübermittlung; sternförmige Kommunikation; Löschung“ und der Stellung der Norm im Abschnitt „Pflichten des Messstellenbetreibers“ folgt, im Wesentlichen die Datenaufbereitung und -übermittlung, nicht aber unmittelbare Anforderungen an das Smart-Meter-Gateway. 72

So auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2019 - VI-3 Kart 710/19[V] -, S. 15 des Beschlussabdrucks, n. v. 73

Ebenso wenig ist von Belang, dass der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 22. Dezember 2018 - BK6-18-032 - bestandskräftig geworden ist. Denn die auf § 75 Nr. 4 i. V. m. § 60 Abs. 2 Satz 1 MsbG gestützte Festlegung zur weiteren Anpassung der Vorgaben der MaKo 2020 (hier maßgeblich: der Anlage 2 Nummer 2.2.2), die u. a. vorschreibt, dass die Plausibilisierung, Aufbereitung und Übermittlung von Messwerten ausschließlich im und aus dem Backend-IT-System des Messstellenbetreibers erfolgen soll und von einem Smart-Meter-Gateway keine Werte an weitere Markttrollen als den Messstellenbetreiber zu senden sind, trägt gerade dem Umstand Rechnung, dass die gegenwärtig auf dem Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways die ihnen zugeordnete Aufgabe der Messwertaufbereitung derzeit nicht in der vorgesehenen Form erfüllen können. Dies suspendiert aber nicht 74

von diesem – wie zuvor aufgezeigt gesetzlich festgelegten – Erfordernis.

II. Die Allgemeinverfügung erweist sich darüber hinaus, was die Beschwerde ebenfalls zutreffend geltend macht, auch im Hinblick auf die vorgenommene Beschränkung der technischen Möglichkeit der Ausstattung von Messstellen mit intelligenten Messsystemen auf die in ihr näher bezeichneten Fallgruppen als rechtswidrig. 75

Nach § 30 Satz 1 MsbG ist die Ausstattung von Messstellen mit einem intelligenten Messsystem nach § 29 MsbG technisch möglich, wenn mindestens drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme am Markt anbieten, die den am Einsatzbereich des Smart-Meter-Gateways orientierten Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG genügen und das BSI dies feststellt. Die zuerst genannte Vorschrift beinhaltet auch in Ansehung der Wendung „am Einsatzbereich des Smart-Meter-Gateways orientierten Vorgaben“ grundsätzlich keine Ermächtigung, bei der Feststellung der technischen Möglichkeit nach Einsatzbereichen oder Einbaugruppen zu differenzieren. 76

Dies ergibt sich zunächst aus der Historie der Vorschrift. Eine Einbaupflicht für in Kommunikationsnetze eingebundene Messsysteme regelte zuvor die mit dem Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011 (BGBl. I, S. 1554) eingeführte und bis zu ihrer Aufhebung durch das Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende (BGBl. I, S. 2034) zum 1. September 2016 geltende Vorgängervorschrift des § 21c EnWG a. F. Diese verpflichtete in Absatz 1 – unmittelbar durch Gesetz – die Messstellenbetreiber zum Einbau von Messsystemen, die den Anforderungen nach § 21d und § 21e EnWG a. F. genügten, und zwar bei den in den Buchst. a bis c pauschalierend bezeichneten Einbaugruppen, soweit dies technisch möglich war und nach Buchst. d zum Einbau in allen übrigen Gebäuden, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar war. Technisch möglich war ein Einbau nach der Legaldefinition in § 21c Abs. 2 Satz 1 EnWG a. F., wenn Messsysteme, die den gesetzlichen Anforderungen genügten, am Markt verfügbar waren. Den Messstellenbetreibern kam nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in diesem Zusammenhang die Aufgabe zu, die Anforderungen an Messsysteme, die in Verordnungen, Schutzprofilen und Technischen Richtlinien näher geregelt werden sollten, mit einem vorhandenen Angebot an technischen Produkten abzugleichen. 77

Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 79. 78

§ 30 MsbG in der Fassung des Referentenentwurf eines Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie hat den rechtlichen Ansatz des § 21c EnWG a. F. – eine Einbaupflicht unmittelbar kraft Gesetzes, soweit dies technisch möglich ist – aufgegriffen und bestimmte: 79

„Die Ausstattung von Messstellen mit einem intelligenten Messsystem nach § 29 MsbG ist technisch möglich, wenn mindestens drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme am Markt anbieten, die den am Einsatzbereich des Smart Meter Gateways orientierten Vorgaben in Schutzprofilen und Technischen Richtlinien des Bundesamts für Sicherheit in der 80

Informationstechnik im Sinne von § 22 Abs. 2 genügen. Entsprechende Marktanalysen und deren Veröffentlichungen werden vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik vorgenommen.“

Die Einbaupflicht unmittelbar kraft Gesetzes regelte im Referentenentwurf § 29 Abs. 1 MsbG, der später – mit im vorliegenden Zusammenhang unbeachtlichen Abweichungen – Gesetz geworden ist. Die wirtschaftliche Vertretbarkeit des verpflichtenden Einbaus konkretisierte im Referentenentwurf § 31 Abs. 1 und 2 MsbG, der ebenfalls später Gesetz geworden ist. Eine Begründung dazu, was mit „den am Einsatzbereich des Smart Meter Gateways orientierten Vorgaben“ in § 30 Satz 1 MsbG gemeint ist, enthält der Referentenentwurf nicht. Aus dieser Wendung ergibt sich lediglich die Vorstellung oder Annahme, die Vorgaben in Schutzprofilen und Technischen Richtlinien sollten oder müssten sich am Einsatzbereich des Smart Meter Gateways „orientieren“, also diesen berücksichtigen. Da die im Entwurf im Übrigen vorgeschlagenen gesetzlichen Vorschriften weder den Begriff des Einsatzbereichs definierten noch ausdrücklich solche festlegten und zudem nicht ersichtlich ist, dass es bereits zum Zeitpunkt des Referentenentwurfs Schutzprofile und Technische Richtlinien des BSI gab, in denen (bestimmte) Einsatzbereiche festgelegt wurden oder nach solchen differenziert wurde, sind mit „Einsatzbereich“ nicht konkrete unterschiedliche Verwendungszwecke/-bereiche gemeint, sondern gemeint ist allgemein die – sicherheitsrelevante – Einsatzumgebung des Smart-Meter-Gateways. 81

Vgl. in diesem Sinne auch Schmidt in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 4, 4. Auflage 2017, § 30 Rn. 15. 82

Hiervon ausgehend kam der zitierten Wendung „den am Einsatzbereich des Smart Meter Gateways orientierten“ nach dem Regelungsmodell des Referentenentwurfs keine eigenständige Bedeutung hinsichtlich der Beurteilung der technischen Möglichkeit zu, weil Maßstab für die Beurteilung allein die Vorgaben der Schutzprofile und Technischen Richtlinien sein sollten. Der „Einsatzbereich des Smart Meter Gateways“ – im zuvor verstandenen Sinne – sollte lediglich bei der Entwicklung der Vorgaben berücksichtigt werden („orientieren“). 83

An dieser Konzeption hat der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/7555), der den Referentenentwurf im Wesentlichen übernommen hat, nichts geändert. Zwar ist abweichend von dem Referentenentwurf am Ende des ersten Satzes von § 30 MsbG „und das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik dies feststellt“ eingeführt worden. Dies tangiert jedoch nicht die zuvor dargestellte Konzeption, dass der „Einsatzbereich“ (lediglich) im Rahmen der Entwicklung der Vorgaben der Schutzprofile und Technischen Richtlinien zu berücksichtigen ist und für die Beurteilung der technischen Möglichkeit allein diese Vorgaben maßgeblich sind. Auch sonst ist nicht ersichtlich, dass mit der Anfügung des zuvor zitierten Halbsatzes am Ende von § 30 Satz 1 MsbG dem BSI eine über die Vorgaben in Schutzprofilen und Technischen Richtlinien hinausgehende Kompetenz zu einer nach Einsatzbereichen oder Einbaugruppen differenzierenden Beurteilung der technischen Möglichkeit eingeräumt werden sollte. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs präzisiert § 30 MsbG zusammen mit den §§ 31 und 32 MsbG die Vorgaben aus § 29 MsbG. Klargestellt werde, dass von einer technischen Möglichkeit erst ausgegangen werden könne, wenn intelligente 84

Messsysteme in bestimmter Weise im Marktangebot Niederschlag gefunden hätten. Um allgemeine Klarheit über den Zeitpunkt des Vorliegens der technischen Möglichkeit zu schaffen, sehe die Regelung vor, dass es Aufgabe des BSI sei, entsprechende Marktanalysen durchzuführen, die technische Möglichkeit festzustellen und auf seinen Internetseiten bekannt zu geben.

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 91. 85

Danach ist eindeutig, dass dem BSI im Rahmen des § 30 MsbG (allein) eine Sichtung des Marktes dahingehend obliegt, ob eine für einen flächendeckenden Einbau von intelligenten Messsystemen genügende Anzahl von Smart-Meter-Gateways, die den Vorgaben in den Schutzprofilen und Technischen Richtlinien entsprechen, sowie mit diesen kompatible moderne Messeinrichtungen, Sicherheitsmodule und Administratorsysteme vorhanden sind, sowie eine Prüfung, ob die jeweiligen Hersteller voneinander unabhängig sind. 86

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass § 30 Satz 1 MsbG in der Fassung des zuvor genannten Gesetzentwurfs nicht Gesetz geworden ist, sondern sich ein Änderungsvorschlag des Ausschusses für Wirtschaft und Energie durchgesetzt hat, der dahin ging, die Wörter „in Schutzprofilen und Technischen Richtlinien des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik im Sinne von § 22 Absatz 2“ durch die Wörter „des § 24 Absatz 1“ zu ersetzen. 87

Vgl. BT-Drs. 18/8919, S. 10 (unter Buchst. k). 88

Damit ist (lediglich) das Bezugsobjekt des unverändert gebliebenen „Vorgaben“ ausgetauscht worden (vormals: Vorgaben in Schutzprofilen und Technischen Richtlinien, nunmehr: Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG). Ungeachtet der Frage, ob § 24 Abs. 1 MsbG überhaupt am Einsatzbereich des Smart Meter Gateways orientierte Vorgaben enthält oder enthalten kann, hatte die Änderung des Bezugsobjekts keinen Zusammenhang mit den dem BSI zustehenden „Feststellungskompetenzen“ hinsichtlich der technischen Möglichkeit. Nach Auffassung des Ausschusses sollte die Änderung des Bezugsobjekts im Ergebnis (lediglich) bewirken, dass der Nachweis zur Interoperabilität beim Beginn des Rollouts noch nicht vorliegen oder vorgelegt werden muss. 89

Vgl. in diesem Sinne BT-Drs. 18/8919, S. 25 (zweiter und dritter Absatz). 90

Soweit in der vom Ausschuss gegebenen Begründung zudem die Vorstellung anklingt, die Feststellung gemäß § 30 Satz 1 MsbG müsse sich auf den konkreten Anwendungsfall beziehen, und zudem auf unterschiedliche Einsatzbereiche (z. B. Industriepark mit gleichzeitiger Erfassung mehrere Medien, Windturbine mit Funktionalitäten zum Einspeisemanagement und zur Direktvermarktung, PV-Kleinanlage mit Speicherung eines Steuerprofils) und sich daraus ergebende unterschiedliche Anforderungen an ein Smart-Meter-Gateway hingewiesen wird, 91

vgl. BT-Drs. 18/8919, S. 24 (letzter Absatz) und S. 25 (zweiter Absatz), 92

findet dies weder in den gesetzlichen Vorschriften der §§ 19 ff. MsbG, die die Anforderungen an intelligente Messsysteme bzw. Smart-Meter-Gateways regeln – hinsichtlich derer der Ausschuss für Wirtschaft und Energie im Übrigen keine 93

Änderungen angeregt hat –, eine Grundlage noch in den seinerzeit bereits vorliegenden Technischen Richtlinien, insbesondere der TR-03109-1 in der Version 1.0 vom 18. März 2013. Den maßgeblichen Vorschriften des Gesetzes ist für eine von dem Ausschuss für Wirtschaft und Energie in den Blick genommene Spezialisierung der Smart-Meter-Gateways nichts zu entnehmen. Insoweit legt schon die Bezeichnung „Mindestanforderungen“ in den Überschriften von § 21 und § 22 MsbG nahe, dass das Regelungskonzept des MsbG darauf abzielt, einheitliche (Mindest-)Standards für alle Smart-Meter-Gateways auszugestalten. Zudem verdeutlicht insbesondere die Regelung des § 21 Abs. 1 Nr. 1 MsbG mit den in ihr enthaltenen generellen Vorgaben für intelligente Messsysteme bzw. Smart-Meter-Gateways unter Einbeziehung verschiedener Gruppen (Letztverbraucher, Anlagen im Sinne des § 14a EnWG, Erzeugungsanlagen nach dem EEG und dem KWK), dass Smart-Meter-Gateways für einen umfassenden Einsatz ausgestaltet werden sollen. Dieses Regelungsziel hat der Gesetzgeber in der Begründung zudem ausdrücklich betont, in der er ausgeführt hat, über die Smart-Meter-Gateways sollten möglichst viele energiewirtschaftlich notwendige Anwendungsfälle bedient werden können, um ihre vielseitige Einsetzbarkeit zu gewährleisten.

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 63 f.

94

Mit diesem gesetzgeberischen Ziel einher ging auch die zum Zeitpunkt der Entwurfsfassung des Gesetzes – und damit auch der Beschlussfassung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie – bereits vorliegende TR-03109-1 in der Version 1.0, die mit einer Vielzahl verpflichtend ausgestalteter (Tarif-)Anwendungsfälle auf einen breit angelegten Einsatz ausgerichtet war (und auch in der Version 1.0.1 nach wie vor ist). Dieses Konzept schließt zwar nicht aus, dass Smart-Meter-Gateways zusätzlich zu den Anforderungen, die sie aufgrund der vorgegebenen Mindeststandards erfüllen müssen, weitere von dem jeweiligen Anschlussnutzer für sinnvoll erachtete Anwendungsfälle bedienen können. Das sieht im Übrigen auch die TR-03109-1 im Rahmen der optionalen (Tarif-)Anwendungsfälle vor. Maßgeblich für die Zertifizierung der Interoperabilitätsanforderungen nach § 24 Abs. 1 MsbG und infolgedessen auch für die Feststellung nach § 30 Satz 1 MsbG sind jedoch die für alle Smart-Meter-Gateways geltenden verpflichtenden (Mindest-)Anforderungen.

95

Eine nach Einsatzbereichen und/oder Einbaugruppen differenzierende Feststellung der technischen Möglichkeit stünde zudem auch mit dem gesetzlichen Ziel des flächendeckenden Rollouts nicht im Einklang, der im Grundsatz einheitlich mit der Feststellung nach § 30 Satz 1 MsbG beginnen soll (vgl. § 29 Abs. 1 MsbG). Soweit der Gesetzgeber im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit des Einbaus in § 31 MsbG Regelungen zu verschiedenen Einbau- oder Verbraucherguppen getroffen hat, betrifft dies von vornherein nicht die technische Möglichkeit gemäß § 30 Satz 1 MsbG. Würde die Feststellung der technischen Möglichkeit in Abhängigkeit von wie auch immer zu definierenden Einsatzbereichen – offensichtlich versteht das BSI den Begriff ausweislich der Marktanalyse vom 3. Februar 2020, S. 27, anders als der Ausschuss für Wirtschaft und Energie – erfolgen, müssten für jeden Einsatzbereich mindestens drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme anbieten. Dass dies angesichts notwendig werdender unterschiedlicher Entwicklungs- und Herstellungsprozesse zu einem zeitlich erheblich breiter gestreckten Einsatz intelligenter Messsysteme führen würde, als ihn der

96

Gesetzgeber beabsichtigt und vorgesehen hat, liegt schon mit Blick auf den bisherigen Verlauf des Zertifizierungsverfahrens auf der Hand.

Ausgehend von dem Vorstehenden ermächtigt § 30 Satz 1 MsbG das BSI nicht, im Rahmen der Feststellung der technischen Möglichkeit über die vorzunehmende Sichtung am Markt verfügbarer gesetzes- und richtlinienkonformer Messsysteme hinausgehende Betrachtungen anzustellen. Zwar erscheint nicht ausgeschlossen, dass es im Rahmen einer Annexzuständigkeit die Feststellung der technischen Möglichkeit modifizieren kann, um einen wirksamen Vollzug der gesetzlichen Bestimmungen zur Einbaupflicht zu ermöglichen und in diesem Zusammenhang insbesondere bestehenden normativen Widersprüchen – entweder innerhalb des MsbG oder zwischen dem MsbG und anderen gesetzlichen Vorschriften – oder einer in einem Sonderfall tatsächlich nicht bestehenden technischen Möglichkeit des Einsatzes von Smart-Meter-Gateways Rechnung zu tragen. 97

In diesem Zusammenhang könnte etwa mit Blick auf den in § 31 Abs. 1 Nr. 1 MsbG geregelten Ausstattungszeitraum von 16 Jahren in Erwägung zu ziehen sein, die Feststellung der technischen Möglichkeit in zeitlicher Hinsicht zu modifizieren, weil angesichts des in § 19 Abs. 5 MsbG geregelten Einbauverbotes ab dem Zeitpunkt der Feststellung der technischen Möglichkeit nach § 30 MsbG und des – unter bestimmten Voraussetzungen gegebenen – Bestandsschutzes für bereits verbaute Messsysteme für die Dauer von 8 Jahren ab dem Einbau der gesetzlich vorgesehene Ausstattungszeitraum tatsächlich nicht zur Verfügung stehen dürfte. Entsprechendes könnte auch hinsichtlich der Einbaugruppe des § 31 Abs. 1 Nr. 6 MsbG in Betracht zu ziehen sein, die nach dem Willen des Gesetzgebers erst drei Jahre nach Beginn der Einbaupflicht – und damit auch des Einbauverbotes – in den „Rollout“ einbezogen werden soll, damit diese zahlenmäßig größte Gruppe der verbrauchsstärkeren Mehrpersonenhaushalte und der Kleingewerbetreibenden von den Erfahrungen der Vorreitergruppe profitieren kann. 98

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 94. 99

Solche Modifizierungen hat das BSI mit der angegriffenen Allgemeinverfügung indes nicht vorgenommen. Soweit die Allgemeinverfügung eine generelle Ausnahme von der Einbaupflicht hinsichtlich der Messstellen, bei denen eine registrierende Lastgangmessung (RLM) erfolgt, vorgenommen hat, also im Ergebnis diesbezüglich die technische Möglichkeit verneint hat, ist dies nicht zulässig. Es ist weder vorgetragen worden noch ersichtlich, dass zwingende rechtliche Gründe oder eine technische Unmöglichkeit im engeren Sinne einer Einbeziehung der Letztverbrauchergruppe mit RLM-Messung entgegenstehen könnten. 100

Der Gesetzgeber hat die Gruppe der Letztverbraucher, die standardmäßig im Wege der registrierenden Lastgangmessung gemessen wird, ausdrücklich – wenn auch zeitlich gestreckt – in die Einbaupflicht einbezogen. Dies ergibt sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 31 Abs. 1 Nr. 1 MsbG, in der es heißt (BT-Drs. 18/7555, S. 93): 101

„Ein einheitlicher Datensicherheitsstandard macht perspektivisch auch die Einbeziehung der Gruppe in den Rollout erforderlich, die nach aktueller Rechtslage im Wege der registrierenden Lastgangmessung (RLM) gemessen wird. Da die RLM- 102

Messung zumindest schon die technischen Grundlagen für Verbrauchsveranschaulichung, variable Tarife und höhere Bilanzkreistreue bietet, muss bei dieser Gruppe ein technologischer Wechsel insoweit nicht vordringlich eingeleitet werden. Daher sieht Nummer 1 einen großzügigen Umrüstungszeitraum von 16 Jahren vor.“

An der gleichen Stelle geht die Begründung des Gesetzentwurfs auch darauf ein, dass bei der Einbaugruppe gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 MsbG ebenfalls RLM-Messungen verbreitet sind. 103

Dass dem – im Gesetz zum Ausdruck gekommenen – Willen des Gesetzgebers zur Einbeziehung von Letztverbrauchern mit RLM-Messungen in die Einbaupflicht technische Gründe entgegenstehen, zeigt das BSI nicht auf. Zwar hat es diesbezüglich in der der Allgemeinverfügung zugrundeliegenden Marktanalyse vom 3. Februar 2020 (Seite 32) ausgeführt, die Erfassung und Übermittlung von viertelstündigen Zählerstandsgängen erfolge mittels TAF 7. Eine Umrechnung der Zählerstandsgänge in Lastgänge sei mit den derzeit verfügbaren intelligenten Messsystemen jedoch noch nicht möglich. Die Begründung ist in dieser Form schon im Ausgangspunkt nicht nachvollziehbar. RLM-Zähler – fernauslesbare Zähler, mit denen eine registrierende Leistungsmessung vorgenommen wird – sind eine in ein Kommunikationsnetz eingebundene Messeinrichtung und damit ein Messsystem im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 13 MsbG. 104

So ausdrücklich BT-Drs. 18/7555, S. 74. 105

Diese Zähler entsprechen jedoch nicht den Anforderungen des § 19 Abs. 2 und 3 MsbG und dürfen daher nach § 19 Abs. 5 MsbG ab dem Zeitpunkt der Feststellung nach § 30 MsbG nicht mehr eingebaut werden. Statt dessen sind Messstellen – in den Pflichteinbaufällen des § 29 Abs. 1 MsbG zwingend, in den Fällen des § 29 Abs. 2 MsbG optional – mit intelligenten Messsystemen im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 7 MsbG auszustatten. Inwiefern sich mit Blick auf den danach erforderlichen– und vom Gesetzgeber ausdrücklich so vorgesehenen, 106

vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 93 – 107

Austausch des RLM-Zählers durch ein intelligentes Messsystem die Frage nach der Notwendigkeit einer Umrechnung von Zählerstandsgängen in Lastgänge stellen könnte, ist weder der Marktanalyse noch dem sonstigen Vorbringen des BSI im vorliegenden Verfahren zu entnehmen. Darüber hinaus hat das BSI mit Schriftsatz vom 26. Mai 2020 auf entsprechenden Vorhalt der Antragstellerin eingeräumt, dass die Umrechnung von Zählerstandsgängen in Leistungswerte technisch problemlos möglich sei. Soweit das BSI nunmehr unter Bezugnahme auf § 17 StromNEV offenbar Abrechnungsvorgaben als maßgeblich für die von ihm vorgenommene generelle Ausnahme für Fälle mit RLM-Messungen von der Feststellung nach § 30 MsbG erachtet, sind die Ausführungen insgesamt – soweit sie überhaupt verständlich sind – nicht nachvollziehbar. Die diesbezüglichen Ausführungen auf Seite 4 des Widerspruchsbescheids vom 16. Juni 2020 erschöpfen sich in einer Wiedergabe der Abrechnungssystematik in § 17 Abs. 2 bzw. Abs. 6 Satz 1 StromNEV, ohne dass ersichtlich wird, aus welchem Grunde die Fallgruppe der registrierenden Lastgangmessung von dem Einbau eines intelligenten Messsystems 108

ausgenommen werden müsste. Soweit das BSI mit Schriftsatz vom 26. Mai 2020 geltend macht, insbesondere für Entnahmestellen in der Niederspannung bis 100.000 kWh sei bei einer Zählerstandsgangmessung nach § 17 Abs. 6 Satz 1 StromNEV eine Abrechnung mittels Leistungspreises ausgeschlossen, diese bleibe damit den RLM-Messungen vorbehalten, ist nicht zu erkennen, worauf das abzielt. Falls das BSI meinen sollte, Letztverbrauchern mit registrierender Lastgangmessung müsse auch zukünftig eine Abrechnung mittels Arbeits- und Leistungspreises ermöglicht werden, was bei einer mit dem Einbau intelligenter Messsysteme verbundenen Umstellung auf eine Zählerstandsgangmessung durch § 17 Abs. 6 Satz 1 StromNEV ausgeschlossen werde, sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit der durch Art. 4 Nr. 1 Buchst. a) des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende erfolgten Änderung der Stromnetzentgeltverordnung § 17 Abs. 6 Satz 1 StromNEV bewusst durch die Aufnahme der Zählerstandsgangmessung ergänzt hat, um von ihm befürchteten erheblichen Netzentgeltsteigerungen entgegenzuwirken.

Vgl. BT-Drs. 18/8919, S. 26.

109

Sofern das BSI im Übrigen meinen sollte, einer etwaigen Unstimmigkeit zwischen den Vorgaben des MsbG und den Abrechnungsvorgaben der StromNEV oder den Regelungen der StromNZV Rechnung tragen zu müssen, sei darauf hingewiesen, dass in erster Linie der Bundesregierung als Verordnungsgeberin die Aufgabe zukommt, soweit erforderlich die normhierarchisch unter dem MsbG stehenden Rechtsverordnungen an dessen Regelungen anzupassen.

110

Hinsichtlich der Letztverbrauchergruppe des § 31 Abs. 1 Nr. 5 MsbG (Fälle des § 14a EnWG) war das BSI zu einer Ausnahme ebenfalls nicht befugt. Nach dieser Norm ist die Ausstattung einer Messstelle mit einem intelligenten Messsystem nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 MsbG wirtschaftlich vertretbar, wenn ab 2017 Messstellen an Zählpunkten mit einer unterbrechbaren Verbrauchseinrichtung nach § 14a EnWG vor der Teilnahme der unterbrechbaren Verbrauchseinrichtung am Flexibilitätsmechanismus nach § 14a EnWG mit einem intelligenten Messsystem ausgestattet [...] werden. Für diese Gruppe hat der Gesetzgeber – anders als im Übrigen – einen Zeitrahmen für den Einbau nicht vorgegeben, was nach der Gesetzesbegründung dem Umstand geschuldet ist, dass allein das Vorhandensein einer steuerbaren Verbrauchseinrichtung für die Einbauverpflichtung noch nicht ausreicht. Zwingend sei der Abschluss einer Vereinbarung mit dem Netzbetreiber nach den Regeln, die eine „Lastmanagement-Verordnung“, zu deren Erlass § 14a EnWG ermächtigt, noch aufstellen werde.

111

Vgl. BT-Drs. 18/7555, S. 94.

112

Eine solche Rechtsverordnung hat die Bundesregierung trotz des Umstandes, dass die mit Artikel I Nr. 13 des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011 (BGBl I, S. 1554) eingeführte und mit Art. 3 Nr. 3 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende neu gefasste Vorschrift des § 14a EnWG bereits in ihrer Ursprungsfassung den Erlass einer Rechtsverordnung vorsah, zwar bis heute nicht erlassen.

113

Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Frage des Abgeordneten Kühn (BT-Drs.

114

18/8190): Plenarprotokoll 18/166 vom 27. April 2016, S. 16342; s. a.

<https://www.pv-magazine.de/unternehmensmeldungen/bne-statement-zur-fehlenden-verordnung-fuer-flexibilitaet-im-verteilstrom-%C2%A714a-enwg/> 115

Infolge des Ausbleibens einer Verordnung haben aber offensichtlich zahlreiche Netzbetreiber mit Verbrauchern eigenständig Vereinbarungen nach § 14a EnWG getroffen. 116

Vgl. etwa https://www.energienetze-mittelrhein.de/enm/Downloads/Stromnetz/Netzzugang%20und%20Netzentgelte/Zusatzvereinbarung%2014a%20EnWG/Zusatzvereinbarung_14aEnWG.pdf, 117

<https://www.bayernwerk-netz.de/content/dam/revu-global/bayernwerk-netz/files/netz/netzzugang/netzentgeltstrom/20191212-bage-preisblatt-14a-enwg.pdf>, 118

https://www.stadtwerke-bochum-netz.de/etc/medialib/nmr/pdfs_nmr/strom/formulare_bedingungen/rahmenvereinbarung.Par.0001.File.tmp/Rahmenvereinbarung%20%C2%A7%2014a%20EnWG.pdf 119

So führt der auch vom BSI in der Marktanalyse vom 3. Februar 2020 zitierte Monitoringbericht 2019 der Bundesnetzagentur insgesamt 1.054.789 Messlokationen im Segment Verbrauchseinrichtungen nach § 14a EnWG auf. Sind danach aber – ungeachtet der vom Gesetzgeber erwarteten Rechtsverordnung – tatsächlich Vereinbarungen zwischen Verbrauchern und Netzbetreibern nach § 14a EnWG geschlossen worden, nehmen diese Messstellen im Sinne des § 31 Abs. 1 Nr. 5 MsbG am Flexibilitätsmechanismus teil und unterliegen damit der Einbaupflicht. 120

Zu einer Herausnahme der Einbaugruppen auf Seiten der Anlagenbetreiber nach § 31 Abs. 2 MsbG war das BSI ebenso wenig ermächtigt. Soweit die Herausnahme ausweislich der Begründung in der Marktanalyse vom 3. Februar 2020 auf den Umstand zurückzuführen ist, dass die am Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways die für eine Einbindung von Erzeugungsanlagen nach dem EEG und KWK erforderlichen TAF 9 und 10 nicht erfüllen, dürfte damit zwar ein einer technischen Unmöglichkeit vergleichbarer oder nahekommender Grund aufgezeigt sein. Auf diesen kann sich das BSI jedoch nicht mit Erfolg berufen, weil es ihn selbst geschaffen hat, indem es bei der Feststellung gemäß § 30 Satz 1 MsbG auf am Markt verfügbare Smart-Meter-Gateways abgestellt hat, die – wie ausgeführt – den gesetzlich vorgeschriebenen Interoperabilitätsanforderungen nicht genügen. 121

Sofern die Fallgruppe des § 31 Abs. 2 Nr. 4 MsbG zudem im Hinblick auf die RLM-Messung (vgl. auch Tabelle 10 auf Seite 30 der Marktanalyse vom 3. Februar 2020) ausgenommen worden sein sollte, greift das nach den vorstehenden Ausführungen nicht durch (vgl. auch § 55 Abs. 3 MsbG). Die nicht weiter substantiierte Behauptung auf Seite 32 der Marktanalyse vom 3. Februar 2020, die Messaufgabe könne bei Anlagen dieser Größe mit den aktuell zertifizierten intelligenten Messsystemen nicht realisiert werden, zeigt keine konkreten technischen Gründe auf, die einer Einbaupflicht entgegenstehen. Es ist nicht einmal ersichtlich, ob sich die Behauptung auf das Smart-Meter-Gateway oder die moderne Messeinrichtung bezieht. 122

Schließlich ist weder der Marktanalyse vom 3. Februar 2020 noch dem von dieser auf Seite 33 in Bezug genommenen „Fahrplan für die Digitalisierung der Energiewende“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zu entnehmen, dass Regelungen des EEG dem Einbau von Smart-Meter-Gateways nach Maßgabe des MsbG zwingend entgegenstehen. 123

Abschließend wird ergänzend darauf hingewiesen, dass es keine rechtliche Unmöglichkeit begründet, wenn eine der gesetzlichen Konzeption entsprechende Feststellung gemäß § 30 Satz 1 MsbG daran scheitert, dass die entwickelten und am Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways nicht die vom Gesetzgeber festgelegten Mindestanforderungen hinsichtlich der Interoperabilität erfüllen, und dementsprechend auch kein flächendeckender „Rollout“ stattfinden kann. Sollten die Mindestanforderungen tatsächlich nicht erfüllbar sein, ist es gegebenenfalls Sache des Gesetzgebers, diese zu ändern. So weit reicht die oben erwähnte Annexzuständigkeit des BSI jedenfalls nicht. 124

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO; die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 und 2 GKG. 125

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG). 126