

**Kurzgutachterliche Analyse
zur Frage der Rechtmäßigkeit der Gasbeschaffungsumlage**

im Auftrag von
Bündnis Bürgerwille e.V.

Hiermit komme ich dem [.....] Auftrag von Bündnis Bürgerwille e.V. nach, eine erste Einschätzung zur Frage der Rechtmäßigkeit der von der Bundesregierung am 4. August 2022 beschlossenen und am 9. August 2022 in Kraft getretenen Gasbeschaffungsumlage (sog. „Gasumlage“) sowie zu dagegen eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten abzugeben.

Rechtsgrundlage für die Gasumlage ist die „Verordnung nach § 26 des Energiesicherungsgesetzes über einen finanziellen Ausgleich durch eine saldierte Preisanpassung (Gaspreisanpassungsverordnung – GasPrAnpV)“.

Im Folgenden wird zunächst die hintergründige Sach- und Rechtslage dargelegt (I.), sodann die Gasbeschaffungsumlage und ihre Begründung im Näheren erläutert (II.), um schließlich die Frage nach etwaigen rechtlichen Einwänden aufzuwerfen (III.) und die möglichen Wege gerichtlichen Rechtsschutzes zu benennen (IV.).

I. Hintergründige Sach- und Rechtslage

1. Zur Aufrechterhaltung der Gasversorgungssicherheit sind in der jüngeren Vergangenheit zahlreiche staatliche Maßnahmen ergriffen worden. Hintergrund der eingetretenen Gasknappheit und des damit einhergehenden Anstiegs der Gaspreise ist vor allem das Ausbleiben bzw. die Reduzierung von Gasimporten aus Russland, die zuvor über die Hälfte der deutschen Erdgasversorgung ausmachten.

Russisches Erdgas gelangt gegenwärtig vor allem unmittelbar über die Nord Stream 1-Pipeline (Grenzübergabepunkt Greifwald) sowie über das Ukraine-Leitungssystem (Grenzübergabepunkt Waidhaus) nach Deutschland. Die Gaslieferung über die Jamal-Europa-Pipeline (Grenzübergabepunkt Mallnow/Polen) ist von dem Lieferanten Gazprom Mitte Mai 2022 eingestellt worden. Die Gasflüsse aus der Nord Stream 1-Pipeline liegen derzeit (bis Ende August) lediglich bei etwas über 20 % der Maximalleistung, diejenigen über den Ukraine-Transit bei etwas über 10 %.

So Lagebericht der Bundesnetzagentur (Stand: 25.8.2022, 13 Uhr), abgerufen am 26.8.2022 unter

https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Versorgungssicherheit/aktuelle_gasversorgung/start.html.

Unter Verweis auf technische Mängel (austretendes Öl) an der Verdichterstation Portovaya/RUS wurden die Gaslieferungen durch Nord Stream 1 Anfang September von russischer Seite unterbrochen und bislang nicht wieder aufgenommen.

So Lagebericht der Bundesnetzagentur (Stand: 7.9.2022, 13 Uhr), abgerufen am 7.9.2022 unter

https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Versorgungssicherheit/aktuelle_gasversorgung/start.html.

2. Am 30. März 2022 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) zunächst die erste, die Frühwarnstufe und sodann, am 23. Juni 2022, die zweite, die Alarmstufe des „Notfallplans Gas“ ausgerufen.

a) Der *Notfallplan Gas* (vom September 2019),

abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/notfallplan-gas-bundesrepublik-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=5,

basiert auf Art. 8 ff. der Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung;

sog. SoS (Security of Supply)-Verordnung, ABl. 2017, L 280 S. 1, geänd. ABl. 2022, L 104 S. 53, geänd. ABl. 2022, L 173 S. 17; konsolidierte Fassung abrufbar unter

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:02017R1938-20220701&from=EN>.

Danach bestimmen sich die in einer Gasmangellage von den Mitgliedstaaten zu ergreifenden Maßnahmen nach drei Krisenstufen. Das Eintreten der einzelnen Krisenstufen ist ab-

hängig vom Schweregrad der Störung, den erwarteten ökonomischen und technischen Auswirkungen und der Dringlichkeit der Störungsbeseitigung auf nationaler Ebene.

b) Die *Frühwarnstufe* ist dadurch gekennzeichnet, dass „konkrete, ernst zu nehmende und zuverlässige Hinweise darauf vor[liegen], dass ein Ereignis eintreten kann, welches wahrscheinlich zu einer erheblichen Verschlechterung der Gasversorgungslage sowie wahrscheinlich zur Auslösung der Alarm- oder der Notfallstufe führt“;

Art. 11 Abs. 1 Buchst. a) SoS-Verordnung.

c) In der *Alarmstufe* „liegt eine Störung der Gasversorgung oder eine außergewöhnlich hohe Nachfrage nach Gas vor, die zu einer erheblichen Verschlechterung der Gasversorgungslage führt, der Markt ist aber noch in der Lage, diese Störung oder Nachfrage zu bewältigen, ohne dass nicht marktbasierende Maßnahmen ergriffen werden müssen“;

Art. 11 Abs. 1 Buchst. b) SoS-Verordnung.

Die Frühwarn- und die Alarmstufe werden informell, durch Presseerklärung des BMWK verlautbart.

Sinn der Alarmstufe ist es in erster Linie, Gasversorgungsunternehmen zu marktbasierenden Maßnahmen (nach dem Energiewirtschaftsgesetz, EnWG) anzuhalten, um Versorgungsengpässe zu bewältigen (wie insbesondere durch den vermehrten Einkauf von Regelenergie), des Weiteren die Fernleitungsnetzbetreiber zu verpflichten, das BMWK engmaschig über die Gasversorgungslage zu unterrichten, sowie Verbrauchern und Industrieunternehmen ein eindeutiges Signal zu geben, möglichst den Gasverbrauch zu reduzieren. Weitergehende Instrumentarien in Form von tätigen Markteingriffen seitens des BMWK oder der Bundesnetzagentur (BNetzA) eröffnet die Ausrufung der Alarmstufe selbst nicht (siehe aber so gleich unter Punkt 3.).

d) Hoheitliche Eingriffsbefugnisse sind erst mit der dritten Stufe, der sog. *Notfallstufe*, verbunden.

Die Notfallstufe setzt „eine außergewöhnlich hohe Nachfrage nach Gas, eine erhebliche Störung der Gasversorgung oder eine andere erhebliche Verschlechterung der Versorgungslage“ voraus, in der alle einschlägigen marktbasierenden Maßnahmen nicht ausreichen, um die Gasnachfrage zu decken, vielmehr zusätzlich nicht-marktbasierende Maßnahmen ergriffen werden müssen, um die Gasversorgung sicherzustellen;

Art. 11 Abs. 1 Buchst. c) SoS-Verordnung.

Derartige Markteingriffsbefugnisse in der Notfallstufe ergeben sich insbesondere aus dem Energiesicherungsgesetz (EnSiG) und der Gassicherheitsverordnung (GasSV).

Was den Gasverbrauch anbelangt, ist dabei besonders relevant, dass die BNetzA hier zum sog. Bundeslastverteiler wird, dem die Gasverteilung innerhalb Deutschlands obliegt. Das heißt konkret, dass die BNetzA befugt wird, unter Berücksichtigung des lebenswichtigen Bedarfs an Gas durch Einzelverfügungen an Gasunternehmen und Endverbraucher den Gasbezug zu regulieren bzw. zu reduzieren. Nach aktuellem Stand werden im Notfall private Haushalte, soziale Einrichtungen wie Krankenhäuser und sonstige kritische Infrastrukturen vorrangig mit Gas versorgt. Im Übrigen soll über eine Abschaltung der Gaszulieferung – anhand zahlreicher Kriterien – in jedem Einzelfall entschieden werden; eine konkrete, planungssichernde Abschaltreihenfolge für Unternehmen gibt es nicht.

Einzelheiten im „Notfallplan Gas“,

https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/notfallplan-gas-bundesrepublik-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

Die Ausrufung der Notfallstufe ist bislang nicht erfolgt. Sie bedarf einer Rechtsverordnung der Bundesregierung,

§ 3 Abs. 3 EnSiG.

3. Neben den Rechtsfolgen, die nach Ausrufung der Alarmstufe Gas nach der SoS-Verordnung eintreten, hat der Gesetzgeber indessen Mitte 2022 zahlreiche weitere Instrumentarien geschaffen, die die Versorgungssicherheit gewährleisten und eine Gefährdung des Gasversorgungssystems verhindern sollen.

a) Dazu zählen neben u.a. der Einführung von Füllstandsvorgaben für Gasspeicheranlagen durch das Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) vom 26. April 2022,

vgl. §§ 35a ff. EnWG,

insbesondere die Maßnahmen, die für den Fall einer drohenden Gasmangellage (Alarmstufe oder Notfallstufe) mit dem Gesetz bzw. dem Gesetzespaket zur Bereithaltung von Ersatzkraftwerken zur Reduzierung des Gasverbrauchs im Stromsektor vom 8. Juli 2022 eingeführt wurden.

Der zugrundeliegende Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 20/2356, war im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens kurzfristig durch eine sog. Formulierungshilfe aus dem BMWK umfangreich geändert worden; abrufbar unter

<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/formulierungshilfe-anderung-ensig.html>; <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/formulierungshilfe-ensig.html>;

[änderung-ensig.pdf? blob=publicationFile&v=8](#); dementsprechend Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/2594, 20/2664.

b) So hat das Gesetz durch *Ergänzungen des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)* die Grundlage dafür geschaffen, dass (Ersatz-)Kraftwerke, die mit Öl oder Kohle betrieben werden, aus der Netzreserve geholt wurden, um sie nunmehr befristet am Strommarkt einzusetzen,

vgl. § 50a Abs. 1 EnWG in Verbindung mit der Stromangebotsausweitungsverordnung – StaaV vom 13. Juli 2022.

Ebenso sind in das EnWG Ermächtigungen für Rechtsverordnungen eingefügt worden, durch die an sich stillzulegende (Braunkohle-)Kraftwerke als Reserveanlagen befristet der Stromerzeugung zurückgeführt werden können oder der Betrieb von Gaskraftwerken zur Stromerzeugung reduziert oder vollständig eingestellt werden kann,

vgl. §§ 50d, 50f EnWG.

c) Zum anderen hat das genannte (Ersatzkraftwerkebereithaltungs-)Gesetz vom 8. Juli 2022 zahlreiche *Änderungen des Energiesicherungsgesetzes (EnSiG)* bewirkt.

Dazu gehört insbesondere die Novellierung des (bereits mit Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 vom 20. Mai 2022 geschaffenen) *Preisanpassungsrechts* gemäß § 24 EnSiG sowie die Neuregelung einer Verordnungsermächtigung zur Einführung eines durch sog. *saldierte Preisanpassung* finanzierten finanziellen Ausgleichs in § 26 EnSiG.

aa) Beide Preisanpassungsmechanismen setzen, erstens, eine ausgerufenen (und andauernde) Alarm- oder Notfallstufe Gas voraus; diese Voraussetzung ist gegenwärtig erfüllt.

Zweitens muss eine *erhebliche Reduzierung der Gasimportmengen* nach Deutschland gegeben sein.

Für die Auslösung des Preisanpassungsrechts nach § 24 EnSiG bedarf es dazu einer entsprechenden förmlichen Feststellung der BNetzA, die im Bundesanzeiger bekannt zu machen ist;

vgl. § 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 6 EnSiG.

Das ist bislang nicht geschehen.

Für die Einführung der saldierten Preisanpassung auf der Grundlage des § 26 EnSiG genügt es hingegen, „wenn eine erhebliche Reduzierung der Gasimportmengen nach Deutschland unmittelbar bevorsteht oder von der Bundesnetzagentur ... festgestellt worden ist“;

vgl. § 26 Abs. 2 EnSiG.

bb) Das *Preisanpassungsrecht des § 24 EnSiG* sieht vor, dass mit der genannten Feststellung der BNetzA (und bis zu deren Aufhebung) alle Energieversorgungsunternehmen, die von der Reduzierung der Gasliefermengen unmittelbar durch Lieferausfälle oder mittelbar durch Preissteigerung ihres Lieferanten betroffen sind, das Recht erhalten, entlang der Lieferkette (innerhalb des deutschen Marktgebiets) die Gaspreise gegenüber ihren Kunden auf ein angemessenes Niveau anzupassen. Dabei ist eine Preisanpassung ist jedenfalls dann nicht mehr angemessen, wenn sie die Mehrkosten des betroffenen Energieversorgers für eine Ersatzbeschaffung überschreitet;

vgl. § 24 Abs. 1 S. 3, 4 EnSiG.

Dieses Recht zur (individuellen) Preisanpassung besteht ausdrücklich unabhängig von dem auf den Vertrag im Übrigen anwendbaren Recht; es kann nicht durch vertragliche Regelungen ausgeschlossen werden;

vgl. § 24 Abs. 2 S. 2, 3 EnSiG.

Allerdings ist dem Kunden für den Fall einer derartigen Preisanpassung ein außerordentliches, unverzüglich auszuübendes Kündigungsrecht eingeräumt. Auch sind für diesen Fall vertraglich vereinbarte Preisanpassungsrechte ausgesetzt. Zudem kann der Kunde periodisch die Überprüfung und Anpassung des vertraglichen Preises auf ein angemessenes Niveau verlangen;

vgl. § 24 Abs. 3, 4 EnSiG.

cc) Die Regelung zur *saldierten Preisanpassung in § 26 EnSiG* sieht dagegen vor, dass nach Maßgabe einer Rechtsverordnung die von der Reduzierung der Gasimportmengen unmittelbar betroffenen Energieversorgungsunternehmen (Gasimporteure) einen finanziellen Ausgleich erhalten können, der wiederum durch eine saldierte Preisanpassung, d.h. durch eine von allen Gaslieferanten im Markt (sog. Bilanzkreisverantwortliche) zu zahlende Umlage (Gasbeschaffungsumlage) finanziert wird;

vgl. § 26 Abs. 1 S. 1, Abs. 5, 6 EnSiG.

Für diesen Mechanismus bestimmt das Gesetz einen „Anwendungsvorrang“ gegenüber § 24 EnSiG,

so BT-Drs. 20/2664, S. 20.

Das bedeutet hier: Die saldierte Preisanpassung steht als Alternative „abweichend von § 24 Abs. 1 Satz 3“ zur Verfügung. Sie tritt mit dem Inkrafttreten der entsprechenden Rechtsverordnung „an die Stelle“ der dortigen Preisanpassungsrechte, so dass diese dann „nicht mehr ausgeübt“ werden dürfen;

vgl. § 26 Abs. 1 EnSiG.

Umgekehrt setzt die Auslösung der Preisanpassungsrechte nach § 24 EnSiG voraus, dass die „Option“ des § 26 EnSiG zuvor „geprüft“ wurde;

vgl. § 24 Abs. 1 S. 2 EnSiG.

II. Die Regelung der Gasbeschaffungsumlage

1. Mit dem Erlass der *Gaspreisanpassungsverordnung (GasPrAnpV)* vom 8. August 2022 hat die Bundesregierung von der Ermächtigung zur Einführung der saldierten Preisanpassung nach § 26 EnSiG Gebrauch gemacht;

verkündet im Bundesanzeiger, BAnz AT 08.08.2022 V1; Mitteilung an den Bundestag gemäß § 26 Abs. 4 S. 1 EnSiG am 4. August 2022 mit BT-Drs. 20/2985.

Zur Begründung s. unten, Punkt 2.

a) Der Zeitraum, für den die saldierte Preisanpassung nach dieser Verordnung vorgesehen ist (*Saldierungsperiode*), beginnt am 1. Oktober 2022, 6 Uhr, und endet am 1. April 2024, 6 Uhr;

§ 1 Abs. 2 GasPrAnpV.

b) Gegenstand der saldierten Preisanpassung ist der *finanzielle Ausgleich*, der den Gasimporteuren, die von der erheblichen Reduzierung der Gasimportmengen unmittelbar betroffen sind, zum Ausgleich der Mehrkosten einer Ersatzbeschaffung zu leisten ist; auf die Zahlung dieses Ausgleichs haben die Gasimporteuren einen (Rechts-)Anspruch;

§§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 GasPrAnpV.

aa) *Anspruchsberechtigt* sind alle (unmittelbar betroffenen) Gasimporteure, die (am 1. Mai 2022 und fortdauernd) ihren Sitz in der EU oder im EWR, in Großbritannien, Nordirland oder in der Schweiz haben (sofern Lieferverträge zur Lieferung im deutschen Marktgebiet betroffen sind).

§ 2 Abs. 1 GasPrAnpV, § 26 Abs. 4 EnSiG.

Nicht anspruchsberechtigt sind demnach Energieunternehmen, die nicht selbst Gas importieren, sondern auf das Netz- oder das Vertriebsgeschäft (Netzbetreiber, Versorger) konzentriert sind (wie z.B. E.ON [nach Verkauf von Uniper], Vattenfall oder Stadtwerke) und daher entlang der Lieferkette allenfalls mittelbar betroffen sind.

bb) Der *Ausgleichsanspruch* umfasst nicht alle, sondern gilt nur für bestimmte Mehrkosten der Ersatzbeschaffung:

Ausgleichsfähig sind (nur) die Ersatzbeschaffungskosten, die (1) für nicht gelieferte Importmengen anfallen, die vor dem 1. Mai 2022 vertraglich fest kontrahiert (gekauft) worden sind (Stichtag Beschaffung), die (2) innerhalb der Saldierungsperiode (1. Oktober 2022 bis 1. April 2024) entstehen (nicht vorher, nicht nachher) und die (3) Gasmengen betreffen, die am 9. August 2022 (dem Tag des Inkrafttretens der Rechtsverordnung) zur physischen Lieferung innerhalb des deutschen Marktgebiets in der Saldierungsperiode bereits kontrahiert (verkauft) waren (Stichtag Absatz);

§ 2 Abs. 2 S. 1, 3 GasPrAnpV in Verbindung mit Ziff. 1 der Anlage.

Die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen ist durch Aufstellungen mit allen für die Berechnung des Ausgleichs erforderlichen Angaben (im Wesentlichen die Differenz zwischen dem [höheren] Ersatzbeschaffungspreis und dem [niedrigeren] Festabsatzpreis für vertragswidrig nicht erhaltene, aber vertragsgemäß zu liefernde Gasmengen) *nachzuweisen*;

§ 2 Abs. 4, 5 GasPrAnpV in Verbindung mit Berechnungsformel in Ziff. 2 und 3 Anlage.

Des Weiteren hat der Gasimporteur einen *Eigenanteil* an den Mehrkosten in der Saldierungsperiode in Höhe von 10 % zu tragen; erstattet werden also 90 % der ausgleichsfähigen Ersatzbeschaffungskosten;

§ 2 Abs. 4 GasPrAnpV in Verbindung mit Ziff. 2 letzter Spiegelstrich der Anlage.

Zudem sind *Ersatzansprüche* des Gasimporteurs wegen der Nichtlieferung von fest kontrahierten und ausgleichsfähigen Gasimportmengen auf den Ausgleichsanspruch *anzurechnen*, sofern sie erfolgreich durchgesetzt werden können;

§ 2 Abs. 7 GasPrAnpV.

Alle anderen Mehrkosten aus Ersatzbeschaffungen für ausgefallene Importmengen, die die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllen, sind nicht erstattungsfähig, unterfallen also auch nicht der Umlagefinanzierung (unten, Punkt c.), sondern sind von den Gasimporteuren zu tragen, die die höheren Einkaufspreise für diese Ersatzmengen freilich je nach Vertragsgestaltung an ihre Kunden weitergeben (können).

Was indessen die höheren Einkaufspreise für Ersatzmengen anbelangt, die ausgleichsfähig sind, so gilt für etwaig erfolgte Preisanpassungen für deren Lieferung, dass sich der erstat-

tungsfähige Ausgleichsanspruch um den Betrag der durch die Preiserhöhung für diese Gas-
mengen erzielten *Mehrerlöse reduziert*.

§ 2 Abs. 4 GasPrAnpV in Verbindung mit Ziff. 3.3 der Anlage.

cc) Der Anspruch auf den – monatlich abzurechnenden – Ersatzkostenausgleich richtet sich
gegen den sog. Marktgebietsverantwortlichen;

§ 2 Abs. 3 GasPrAnpV.

Der Marktgebietsverantwortliche ist seit dem 1. Oktober 2021 (vgl. § 21 Abs. 1 GasNZV)
für das gesamte deutsche Marktgebiet (Gasversorgungsgebiet) die *Trading Hub Europe
GmbH* (THE), ein Zusammenschluss von 11 Fernleitungsnetzgesellschaften.

EXKURS:

Glossar: *Akteure im Gasmarkt*

Auf dem deutschen Gasmarkt sind verschiedene Akteure tätig. Zu unterscheiden
sind insbesondere die folgenden (privatrechtlich organisierten) Marktrollen (ohne
den Bereich der Gasspeicherung):

Fernleitungsnetzbetreiber: Betreiber von Netzen zum Transport von Erdgas, die
Grenzübergangspunkte aufweisen, die insbesondere die Einbindung großer europäi-
scher Importleitungen in das deutsche Fernleitungsnetz gewährleisten (vgl. § 3 Nrn.
5, 19 EnWG); derzeit gibt es in Deutschland 16 Fernleitungsnetzgesellschaften Gas.

Marktgebietsverantwortlicher: von den Fernleitungsnetzbetreibern beauftragte be-
stimmte natürliche oder juristische Person, die in einem Marktgebiet für eine effzi-
ente Abwicklung des Gasnetzzugangs und des Marktgeschehens im sog. Entry-Exit-
System (Einspeisung und Auspeisung an jedem beliebigen Einspeise- oder Ent-
nahmepunkt, vgl. § 8 GasNZV) sorgt, wie insbesondere für die Abrechnung des
Ausgleichs von Differenzen zwischen ein- und ausgespeisten Gasmengen durch den
Einsatz von Ausgleichs- und Regelenergie zwischen den Marktbeteiligten (Bilanz-
kreisabwicklung), zudem für die Beschaffung bzw. den Verkauf von Regelenergie
zum Ausgleich von Gasmengendifferenzen im Markt (Regelenergiemanagement)
sowie für den Betrieb des virtuellen Handlungspunktes als (nicht-physische) Überga-
bestelle für den Gashandel (vgl. § 3 Nr. 26a EnWG, §§ 2 Nr. 11, 20 ff. Gasnetzzu-
gangsverordnung – GasNZV).

Das Marktgebiet ist die Zusammenfassung gleichgelagerter (Fernleitungs-)
und nachgelagerter (Gasverteiler-)Netze, in denen Netz- bzw. Transportkun-

den (Gashändler, Gaslieferanten) Gasmengen jedem beliebigen Einspeise- oder Entnahmepunkt zuordnen, Gas an Letztverbraucher ausspeisen, in andere Bilanzkreise übertragen oder (ohne Inanspruchnahme entgeltpflichtiger Transportleistung) über den virtuellen Handlungspunkt handeln können (vgl. § 2 Nr. 10 GasNZV).

Gasverteilternetzbetreiber: Betreiber von (regionalen / örtlichen) Netzen zur Verteilung von Gas an Letztverbraucher (vgl. § 3 Nrn. 6, 8 EnWG); derzeit gibt es Deutschland über 700 Verteilternetzbetreiber.

Gas(groß)händler / Gasimporteur / Gasunternehmen: natürliche oder juristische Personen, die Gas zum Zwecke des Weiterverkaufs innerhalb oder außerhalb des Netzes, in dem sie ansässig sind, kaufen (vgl. § 3 Nr. 21 EnWG).

Gaslieferant / Gasversorger / Gasanbieter: natürliche und juristische Personen, deren Geschäftstätigkeit ganz oder teilweise auf den Einkauf und den Vertrieb von Gas zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern ausgerichtet ist (vgl. § 3 Nr. 19b EnWG).

Bilanzkreisverantwortlicher: natürliche oder juristische Person, die (aufgrund eines Bilanzkreisvertrages) gegenüber dem Marktgebietsverantwortlichen für die Abwicklung, insbesondere für den Ausgleich von Ein- und Ausspeisemengen des Bilanzkreises verantwortlich ist (§§ 2 Nr. 5, 22 GasNZV); das ist in der Regel der jeweilige Transportkunde (Gashändler, Gaslieferant) oder ein von diesem Beauftragter; derzeit gibt es Deutschland über 600 Bilanzkreisverantwortliche.

Ein Bilanzkreis ist die virtuelle Zusammenfassung von beliebig vielen Einspeise- und Ausspeisepunkten eines oder mehrerer Netze im Marktgebiet durch Transportkunden zu dem Zweck, Einspeise- und Ausspeisemengen wie in einem Energiemengenkonto zu saldieren (auszugleichen) und die Abwicklung von Handelstransaktionen zu ermöglichen (§§ 2 Nr. 4 GasNZV).

Bei allem gilt – zum Zwecke der Förderung des Wettbewerbs – der *Grundsatz der Entflechtung* (Unbundling):

Seit dem EU-Binnenmarktpaket zur Strom- und Erdgasmarktliberalisierung, zuletzt geändert mit dem Dritten Binnenmarktpaket, umgesetzt mit der Energierrechtsnovelle 2011 (§§ 4 ff., 6 ff. EnWG) sind der Betrieb von Gasversorgungsnetzen (Fernleitungs- und Verteilnetze) und Gasspeichern grundsätzlich von Gewinnung, Handel und Vertrieb von Erdgas zu trennen.

Dieser Grundsatz entfaltet sich in mehreren Abstufungen: informatorische, buchhalterische, operationelle, rechtliche, eigentumsrechtliche Entflechtung. Für vertikal integrierte Unternehmen (§ 3 Nr. 38 EnWG) belässt er allerdings eine unüberschaubare Gestaltungsvielfalt, verschiedene Marktrollen unter einem Konzerndach zu bündeln. (Zudem greift der Grundsatz nach den De minimis-Regelungen des EnWG

nicht in gleicher Weise für die kleinen/örtlichen Gasverteilernetzbetreiber mit weniger als 100.000 angeschlossenen Kunden).

dd) Ausgleichsansprüche können nur geltend gemacht werden, wenn der betroffene Gasimporteur dem Marktgebietsverantwortlichen THE innerhalb von vier Werktagen nach dem 9. August 2022 eine Anzeige, dass er derartige Ansprüche haben kann, und eine *Prognose über deren voraussichtliche Höhe* (für die Saldierungsperiode) übermittelt.

Theoretisch hätte jedes Unternehmen, das russisches Gas zur Lieferung im deutschen Marktgebiet importiert, den Antrag auf den Ausgleich stellen können. Aus Deutschland kamen nach Schätzungen bis zu 20 Unternehmen in Frage.

Tatsächlich haben 12 Import-Unternehmen rund 34 Mrd. Euro fristgerecht als Prognosewert an THE gemeldet:

Uniper SE (dem Unternehmen nach mit einem Anteil von 50 bis 66 %) sowie SEFE – Security Energy for Europe Ltd. (vormals Gazprom Germania, unter deutscher Treuhandverwaltung nach dem AWG, mit Tochter Windgas, mit etwa 25 %-Anteil).

Ferner (in Höhe des verbleibenden Anteils von rund 10 %): VNG – Verbundnetz Gas GmbH (EnBW-Tochter), EWE GmbH (Niedersachsen), RWE Supply & Trading GmbH (RWE-Tochter), WIEH GmbH, OMV Gas GmbH (OMV-Tochter, Österreich), AXPO AG (Schweiz), Gunvor Group Ltd. (Niederlande-Schweiz), Vitol SA (Schweiz), DXT Commodities SA (Schweiz), ENET Energy SA (Schweiz).

Vgl.

https://www.tradinghub.eu/Portals/0/Bundesnetzagentur/20220822_FAQ%20Gasbeschaffungsumlage_Gasspeicherumlage.pdf?ver=hBckkxxmZBwLfHcHvLODTA%3d%3d;
<https://www.n-tv.de/wirtschaft/Diese-Firmen-profitieren-von-der-Gasumlage-article23549636.html>.

Die gemeldeten Werte stellen noch keine geprüften Ansprüche dar. Die tatsächlichen (monatlichen) Auszahlungen (in der Saldierungsperiode) sind gesondert monatlich (jeweils für den Folgemonat) zu beantragen und können niedriger, aber auch höher ausfallen.

Der Prognosewert bildet allein die Grundlage zur (erstmaligen) Ermittlung der Gasbeschaffungsumlage.

§ 4 Abs. 2 GasPrAnpV.

c) Die *Gasbeschaffungsumlage* dient der Finanzierung der an die Gasimporteure geleisteten Ausgleichszahlungen.

aa) Der Marktgebietsverantwortliche THE ist berechtigt, ab dem 1. Oktober 2022 die Kosten, die im Zusammenhang mit der Zahlung des Ausgleichs entstehen (§ 5 Abs. 2 GasPrAnpV), *auf die Bilanzkreisverantwortlichen* (Gashändler, Gasversorger eines Bilanzkreises; s.o.) umzulegen;

§ 3 Abs. 1 GasPrAnpV.

Diese Umlage wird auf die täglich aus einem Bilanzkreis (an Netzentnahmestellen) physisch ausgespeisten Gasmengen (ungeachtet der Bezugsquelle ihrer Einspeisung) erhoben;

§ 3 Abs. 2 GasPrAnpV.

bb) Demzufolge wird die Gasbeschaffungsumlage zur Deckung der durch die anspruchsberechtigten Unternehmen gemeldeten Kosten im Hinblick auf die von THE prognostizierten Ausspeisemenge im Marktgebiet für die Saldierungsperiode ermittelt;

§ 4 Abs. 2 GAsPrAnpV.

Auf dieser Basis hat THE die Gasbeschaffungsumlage am 15. August 2022 auf 2,419 ct/kWh (24,19 EUR/MWh) festgelegt;

vgl. Pressemitteilung, abrufbar unter

https://www.tradinghub.eu/Portals/0/DLC%20Presse/20220815_Pressemitteilung.pdf?ver=-m_ISzmttD3FnZA-DA-bEA%3d%3d.

Die Umlage wird monatlich in einer separaten Abrechnung gegenüber den Bilanzkreisverantwortlichen abgerechnet. Der vom jeweiligen Bilanzkreisverantwortlichen monatlich an den Marktgebietsverantwortlichen zu zahlende Betrag ergibt sich mithin aus den in seinem Bilanzkreis ausgespeisten Gasmengen für den betreffenden Monat multipliziert mit der (jeweils geltenden) Gasbeschaffungsumlage;

§ 6 GasPrAnpV.

cc) THE kann die Gasbeschaffungsumlage unter Berücksichtigung des aktuellen Kontostands des Umlagekontos (§ 5 Abs. 4 GasPrAnpV) und der ihr für den verbleibenden Zeitraums der Saldierungsperiode prognostizierten Ausgleichsansprüche *anpassen*; sie kann so auch verringert oder gar auf Null gesetzt werden, etwa wenn Russland seine vertraglich zugesicherten Mengen wieder vollumfänglich liefert. Der Abstand zwischen zwei Anpassungen soll mindestens drei Monate betragen;

§ 4 Abs. 4 GasPrAnpV.

d) Zur Abwicklung dieses Preisanpassungsmechanismus hat der Marktgebietsverantwortliche THE ein sog *Umlagekonto* zu führen, in das die Kosten (insbesondere also alle Ausgleichszahlungen) und die Erlöse (insbesondere also alle Zahlungen auf die Gasbeschaffungsumlage) einzustellen sind;

§ 4 Abs. 3, § 5 GasPrAnpV.

Am *Ende der Saldierungsperiode* soll das Umlagekonto möglichst einen Saldo von null Euro aufweisen. Bis zum 30. September 2024 ist eine Endabrechnung zu erstellen; etwaige Überschüsse und Unterdeckungen sind gegenüber den Bilanzkreisverantwortlichen abzurechnen. In diese Endabrechnung gehen auch die Rückzahlungen ein, die die Gasimporteure auf den erhaltenen Ausgleich in dem Umfang leisten müssen, wie sie Ersatzansprüche wegen nicht erhaltener Gasmengen tatsächlich durchsetzen konnten oder wie sie zu hohe Ausgleichszahlungen erhalten haben, weil die für deren Berechnung prognostizierten Liefermengen (Einspeisemengen) die tatsächlich ausgespeisten Liefermengen (Ausspeisemengen) überstiegen haben;

§ 5 Abs. 4 in Verbindung mit § 2 Abs. 7 GasPrAnpV sowie Ziff. 3.4 der Anlage.

e) Die Gaspreisanpassungsverordnung regelt nicht die Frage, ob die Bilanzkreisverantwortlichen (Händler, Versorger; s.o.) die ihnen durch die *Gasumlage* entstehenden Kosten ihrerseits an ihre Kunden (Händler, Verbraucher [Haushalte, Unternehmen], § 3 Nr. 22, 24 EnWG) *weitergeben* können.

Das betrifft das jeweilige Vertragsverhältnis etwa eines Gasversorgers mit seinem/seinen Kunden.

Die Bundesregierung geht davon aus, dass die Umlage grundsätzlich weitergegeben werden kann;

vgl. BT-Drs. 20/2985, S. 4, 19.

Für den Fall der Weitergabe erhöht sich der vom Kunden zu zahlende Gaspreis.

Der *Gaspreis* setzt sich aus drei wesentlichen Bestandteilen zusammen:

(1) dem Preis für die Beschaffung sowie den Vertrieb des Gases plus Marge (Wettbewerbsanteil; derzeit etwa 55-60%); (2) den Entgelten für die Netznutzung (wird vom Ausspeisenetzbetreiber einschließlich der Netzentgelte vorgelagerter Netze erhoben und im Rahmen der Erlösobergrenzen von der Bundesnetzagentur und ggf. den Landesregulierungsbehörden festgelegt [§§ 24, 29 EnWG in Verbindung mit Gasnetzentgeltverordnung – GasNEV und Anreizregulierungsverordnung – ARegV]); sowie (3) den staatlich veranlassenen Preisbestandteilen; das sind neben Gas-, CO₂- und Umsatzsteuer auch die Entgelte und Umlagen, die der Marktgebietsverantwortliche THE erhebt, wie u.a. (zukünftig) die Gasbeschaffungsumlage;

vgl. die Zusammenstellung unter <https://www.tradinghub.eu/de-de/Ver%C3%B6ffentlichungen/Preise/Entgelte-und-Umlagen>.

2. Zur *Begründung* und Rechtfertigung für den Erlass der Gaspreisanpassungsverordnung bzw. die Einführung der Gasumlage zum Ausgleich der Mehrkosten des Gasimports führt die Bundesregierung an:

Vgl. BT-Drs. 20/2984 vom 4. August 2022 (Hervorhebungen und Absatzgliederung durch Verf.).

„Der völkerrechtswidrige Angriff Russlands auf die Ukraine hat die ohnehin angespannte Lage auf den Energiemärkten drastisch verschärft. In der Folge kam es immer wieder zu Reduzierungen der Gasimportmengen von russischen Lieferanten nach Deutschland. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat am 23. Juni 2022 die Alarmstufe ... ausgerufen. Es ist jederzeit mit weiteren Reduzierungen der Liefermengen zu rechnen. *Eine erhebliche Reduzierung der Gasimportmengen ist somit erfolgt.*“ – Das wird eingehend mit Zahlenmaterial, zumal unter Hinweis auf die gesunkenen Importmengen aus der Nord Stream 1 unterlegt. Auch wird dargetan, dass die Reduzierung der russischen Gasimportmengen durch die Gasimportmengen aus Norwegen, Belgien und den Niederlanden nicht kompensiert wird.

„Die Bundesregierung rechnet nicht mit einer Verbesserung der Situation. Sie geht vielmehr davon aus, dass *weitere Reduzierungen* mit erheblicher Wahrscheinlichkeit *unmittelbar bevorstehen.*“ – Dazu wird auch darauf verwiesen, dass Russland Erdgas als politisches Druckmittel einsetzt und sich aus dem willkürlichen Verhalten der Russischen Föderation ein hohes Risiko ergibt, dass die Lieferungen noch weiter gedrosselt werden.

„Gasimporteure, deren Lieferansprüche von ihren Lieferanten nicht mehr erfüllt werden, müssen für diese Mengen am Markt *Ersatz beschaffen*. Dies ist aufgrund der Lage am Gasmarkt nur *zu wesentlich höheren Kosten* als zu den vereinbarten Preisen für die Importmengen möglich. Die gestiegenen Preise der Ersatzbeschaffung können aufgrund von vertraglichen Regelungen häufig nicht an die Kunden weitergegeben werden. Hierdurch entstehen bei den betroffenen *Gasimporteuren erhebliche Verluste*, die sie nur zeitlich begrenzt decken können.

Außerdem besteht ein hohes Risiko, dass die Rating-Agenturen das *Rating* der betroffenen Unternehmen herabstufen. Dies erhöht deren Refinanzierungskosten und kann sogenannte Margining-Forderungen der Vertragspartner aus Termingeschäften in hohem Umfang auslösen.“

Margining-Forderungen können aus Sicherheitsleistungen für Terminkontrakte über Strom, Erdgas und Emissionszertifikaten entstehen; der Verf.

„In einer solchen Situation *droht der Zusammenbruch großer, für das Funktionieren des Gasmarkts relevanter Gasimportunternehmen.* Die Fortsetzung der unternehmerischen Tä-

tigkeit der Gasimporteure ist wesentlich, damit es nicht zu einer weiteren massiven Verschärfung der angespannten Lage auf dem Gasmarkt kommt. Mit der Insolvenz von Gasimporteuren würden voraussichtlich weitere fest kontrahierte Gasimportmengen zu günstigen Preisen wegfallen.

Auf Seiten der gewerblichen und privaten Gaskunden würde der beschriebene faktische Zusammenbruch wesentlicher Teile des Gasmarktes erhebliche Risiken mit sich bringen: Diese beziehen sich sowohl auf die Gewährleistung der *Versorgungssicherheit* als auch auf stark *steigende Kosten*.“

Zur Eignung des umlagefinanzierten Ausgleichs für Gasimporteure zur Behebung der beschriebenen Problematik, insbesondere zur denkbaren Alternative des Preisanpassungsrechts nach § 24 EnSiG, wird gesagt:

„Die Entlastung der Gasimporteure von der alleinigen Tragung der finanziellen Last der Ersatzbeschaffung ist erforderlich, *um ihre Insolvenz und damit ihren Ausfall in der Gaslieferkette zu verhindern*. Anderenfalls ist mit weiteren Reduzierungen der Gasimporte durch Wegfall der von ihnen kontrahierten Liefermengen, einer weiteren erheblichen Kostensteigerung und gegebenenfalls sogar einer Gasmangellage zu rechnen.“

„Bezweckt ist damit (also), Ausgleichszahlungen an die Gasimporteure zu ermöglichen, *die ausreichen, um Insolvenzen zu verhindern*, aber *nicht zugleich zu einer Absicherung von Gewinnen* auf Kosten der Verbraucher führen. Dadurch sollen unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Verbraucher *weitere massive Preissteigerungen* durch den insolvenzbedingten Ausfall von für den Markt wichtigen Gasimporteuren *verhindert werden*.“

„Die ... Problematik kann *nicht wirksam durch Preisanpassungsrechte nach § 24 des Energiesicherungsgesetzes* aufgefangen werden. Die durch die Lieferausfälle entstandenen Kosten würden nicht gleichmäßig, sondern allein entlang der jeweiligen Lieferkette entstehen. Abhängig davon, wie stark der jeweilige Gaslieferant sein Gas von Vorlieferanten aus Russland bezieht, würde es individuell zu stark unterschiedlichen Gaspreiserhöhungen bei Endkunden kommen.

Bei gewerblichen und industriellen Gaskunden könnte es dadurch zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen kommen, bei privaten Haushalten zu erheblichen sozialen Verwerfungen. Entlang der Lieferkette kann es zudem zu einer Unterbrechung der Weitergabe der Preisanpassungen kommen. Entscheidet sich ein Unternehmen gegen eine Preisanpassung nach § 24 des Energiesicherungsgesetzes und geht insolvent, kann sich dies auf alle Folgeunternehmen in der Lieferkette auswirken. Dies würde absehbar zu erheblichen finanziellen Belastungen einzelner Energieversorgungsunternehmen in der Lieferkette bis zu ihrem Ausfall durch Insolvenz führen und würde wiederum die Erfüllung einer Vielzahl von Lieferverträgen gefährden.“

Deshalb „bedarf [es] einer Regelung der *Preisanpassung, die gleichmäßig wirkt*, um eine zufällige und ungleichmäßige Verteilung des Kostenrisikos unter den Verbrauchern zu vermeiden.“

Anders gewendet: „Die Regelung ermöglicht es ... die Belastung gleichmäßiger zu verteilen und untragbare Preissteigerungen für einzelne Kundengruppen zu vermeiden. Auch wenn die Belastung durch die Ausgleichszahlungen an die Gasimporteure faktisch von den Bilanzkreisverantwortlichen an die Gasverbraucher weitergegeben werden sollte, ist dies gerechtfertigt, weil es im Interesse aller Gasverbraucher liegt, eine Gasmangellage und weitere massive Preissteigerungen durch den insolvenzbedingten Ausfall für den Markt wichtiger Gasimporteure zu verhindern.“

III. Rechtliche Einwände und Bedenken

1. Das „Projekt Gasumlage“ hat nicht erst, aber insbesondere in den letzten Tagen, seit die anspruchserhebenden Importunternehmen und der Umlagesatz bekannt geworden sind, zum Teil harsche *politische Kritik* auf sich gezogen. Nicht nur von der Opposition, sondern auch von Teilen der Regierungskoalition sowie von Verbraucherzentralen, der Industrie und von Gasversorgern, wie insbesondere den Stadtwerken, wurden vielfache Einwendungen erhoben, die zumindest Nachbesserungen einfordern, wenn nicht überhaupt die Gasumlage für den falschen Weg halten.

Im Zentrum stehen gegenwärtig die Vorhalte, die Gasumlage (genauer: die an die Versorkunden weitergereichte Gasumlage) sei ordnungspolitisch falsch, weil auch Unternehmen profitieren würden, die dies wirtschaftlich nicht benötigen; sie sei unsozial, weil sie die Endverbraucher für gescheiterte Geschäfte der Gasimporteure in Haftung nehme; sie sei zu teuer, weil eine Staatsbeteiligung an den betroffenen Unternehmen billiger wäre; sie wirke falsch, weil sie eher zu einer Steigerung der Preise an den Gasbörsen beitrage; sie führe zu Vorfinanzierungslasten der Versorger, weil die Umlage erst mit zeitlicher Verzögerung an die Endkunden weitergegeben werden könne, u.a.m.

Nicht alles freilich, was politischen Unmut begründet und bemängelt werden kann, begründet auch aus rechtlicher Sicht beachtliche Einwände. Gleichwohl haben sich im Zuge der anschwellenden politischen Kritik schon Stimmen hervorgetan, die die Gasumlage auch für rechtswidrig, insonderheit für verfassungs- und unionsrechtswidrig halten. Sogar von einer möglichen Klagewelle wird gesprochen.

Die Bundesregierung hält die Verordnung der Gasumlage selbstredend für rechtmäßig.

Jedenfalls kann der Bundestag binnen zwei Monaten seit Unterrichtung über den Erlass der Gaspreisanpassungsverordnung (vom 4. August 2022) deren *Aufhebung verlangen*;

§ 26 Abs. 4 EnSiG.

Das Aufhebungsverlangen kann sich auch auf Teile der Verordnung beziehen; sie ist aufzuheben, „soweit“ es der Bundestag verlangt. Das gibt dem Bundestag die Macht an die Hand, von der Bundesregierung *auch Änderungen* bzw. Nachbesserungen der Verordnung einzufordern. Davon kann er auch wiederholt Gebrauch machen.

Weil der (Neu-)Erlass einer geänderten Verordnung wiederum der Regel des § 26 EnSiG unterliegt, wird in jedem Fall einer Änderung die Unterrichtungspflicht und die daran geknüpfte Frist, deren Aufhebung oder Änderung zu verlangen, erneut ausgelöst.

2. Stellt man die Gasumlage auf den *rechtlichen Prüfstand*, so lassen sich u.a. folgende Fragen aufwerfen:

a) Ad (1): Die Belastung der Versorger (als Bilanzkreisverantwortliche) mit der Gasbeschaffungsumlage und ihre Überwälzung auf den Endverbraucher bedeuten *Eingriffe* in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und (jedenfalls) in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Insoweit stellt sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, namentlich diejenige nach der Verhältnismäßigkeit.

Ad (2): In Betracht kommt zudem eine Beeinträchtigung des *Gleichbehandlungsgebots* aus Art. 3 Abs. 1 GG. Auch insoweit kann es dann zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung auf die Wahrung der Verhältnismäßigkeit ankommen.

Obwohl die Belastung mit der Gasumlage von der Entscheidung des THE als Marktgebietsverantwortlichem einerseits und des Versorgers als Bilanzkreisverantwortlichem andererseits abhängig ist, ist sie in ihrer grundrechtlichen Eingriffswirkung *dem Staat zurechenbar*, weil sie unmittelbar auf der Umlageberechtigung des § 26 EnSiG in Verbindung mit der Gaspreisanpassungsverordnung beruht.

b) In *finanzverfassungsrechtlicher Hinsicht* (Art. 105 GG) und unter dem Gesichtspunkt der Belastungsgleichheit aller Steuerpflichtigen (Art. 3 Abs. 1 GG) könnte es sich bei Gasumlage um eine *Sonderabgabe* handeln, deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts strengen Anforderungen unterliegt;

vgl. BVerfGE 91, 186 ff. – Kohlepfennig; BVerfGE 135, 155 ff. – Filmförderabgabe.

aa) Jedoch fehlt es der Gasumlage bereits an jeder Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand oder einen von ihr verwalteten Sonderfonds. Man wird daher sagen müssen, dass es sich ähnlich wie bei der EEG-Umlage lediglich um eine *Preisregelung* oder um einen Preis(abwälzungs)mechanismus handelt, der allein Geldflüsse zwischen privaten Wirtschaftssubjekten betrifft und modifiziert;

vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2014, Az. VIII ZR 169/13, BGHZ 201, 355 = NVwZ 2014, 1180 – EEG-Umlage (dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG-K, Beschluss vom 6. Oktober 2014, Az. 2 BvR 2015/14); ebenso Bundesregierung, BT-Drs. 20/2985, S. 17.

bb) Es könnte sich allerdings die Frage stellen, ob dies im Hinblick darauf anders zu beurteilen wäre, als in den mehrstufigen Abwälzungsvorgang auch Unternehmen einbezogen sind, die sich – wie häufig die *Stadtwerke* – in öffentlichem bzw. kommunalem Mehrheitsbesitz befinden.

Insoweit wäre jedoch erstens zu bedenken, dass die Stadtwerke als Gasversorger (und Bilanzkreisverantwortliche) in dem Abwälzungsmechanismus zunächst die Belasteten der Umlage sind.

Zweitens werden sie nicht verpflichtet, sondern allein berechtigt, diese Umlagekosten an ihre Kunden weiterzureichen. Im Falle der Weiterreichung handelt es sich also bei ihnen um einen finanziellen Durchlaufposten auf der „Strecke“ zwischen dem Marktgebietsverantwortlichen und dem Endkunden. Die von dem Versorger erhobene Umlage hat insofern keine öffentliche Finanzierungsfunktion: sie dient nicht der Erfüllung öffentlicher (kommunaler) Aufgaben; die Stadtwerke haben keinen eigenverwaltenden Zugriff auf die Gelder.

cc) Dass all das gesetzlich geregelt ist und aufgrund der gesetzlichen Regelung der Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit als eines öffentliches Guts oder Belangs dient, qualifiziert den Mechanismus noch nicht zu einer Sonderabgabe.

Auch dass das Regelungsziel, die Entlastung der Gasimporteure, und die Regelungswirkung, die Belastung der Gasverbraucher, ähnlich oder gar identisch sind wie in dem Fall, in dem der Gesetzgeber zum Mittel der Sonderabgabe gegriffen hätte, führt nicht dazu, dass die Preisregelung in eine Sonderabgabe „umschlägt“. Denn insoweit ist eben zwischen dem Ziel und der Wirkung einerseits und der Form der ergriffenen Maßnahme zu unterscheiden;

vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2014, Az. VIII ZR 169/13, BGHZ 201, 355 = NVwZ 2014, 1180 (1182) – EEG-Umlage; s. auch EuGH, Urteil vom 28. März 2019, Rs. C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 – Deutschland v. Europäische Kommission, Rn. 71: dass die sich aus der EEG-Umlage ergebende finanzielle Belastung „in der Praxis“ auf die Letztverbraucher abgewälzt werde und folglich „hinsichtlich ihrer Wirkungen einer Abgabe ... gleichgestellt“ werden könnte, ist keine ausreichende Grundlage für die Schlussfolgerung, dass die EEG-Umlage die gleichen Merkmale aufweist wie eine Abgabe.

c) Nun zu ad (1):

Nach dem *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* muss es sich bei der Gasumlage bzw. ihrer Überwälzung auf den Endverbraucher um eine zur Erreichung eines verfassungsrechtlich legitimen Ziels geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme handeln.

aa) Zur *Legitimität der Zielsetzung* der Gasumlage führt die Bundesregierung aus:

„Die mit der saldierten Preisanpassung verfolgte Stabilisierung der Gaswirtschaft und der damit verbundene Beitrag zur Versorgungssicherheit in Deutschland stellen legitime öffentliche Ziele für eine staatliche Maßnahme zur Preisregelung dar. Dies gilt auch für die angestrebte Vermeidung eines Down-Rating systemrelevanter Unternehmen oder der Insolvenz solcher Unternehmen, soweit mit der saldierten Preisanpassung Ersatzbeschaffungskosten der Gasimporteure ausgeglichen werden, um erhebliche wirtschaftliche Nachteile der Gasimporteure im Interesse der Versorgungssicherheit und damit des Allgemeinwohls abzuwenden“.

BT-Drs. 20/2985, S. 17.

Dagegen ist im Ergebnis aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern.

bb) Zur *Geeignetheit* der Maßnahme meint die Bundesregierung:

„Der vorgesehene Ausgleichs- und Umlagemechanismus ist geeignet, zur Erreichung dieses gewichtigen Gemeinwohlzwecks beizutragen. Er sichert die Existenz der betroffenen Gasimporteure und damit die Versorgungssicherheit.“

BT-Drs. 20/2985, S. 17.

Das nimmt sich etwas dürftig aus. Indessen ist hier der dem Gesetz- bzw. Verordnungsgeber zustehende weite Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum in Rechnung zu stellen. Dass ein durch Umlage (saldierte Preisanpassung) finanzierter Ausgleich für Kosten der Ersatzbeschaffung ausgefallener Gasliefermengen nicht geeignet sei, um die Sicherheit der Gasversorgung aufrechtzuerhalten, wird man schwerlich behaupten können.

Dem steht auch nicht entgegen, dass der gezahlte Ausgleich dazu dient, die höheren Beschaffungspreise am Tages-/Spotmarkt auszugleichen. Dass durch diese Nachfrage die Gaspreise tendenziell weiter in die Höhe getrieben werden, ist keine unmittelbare Folge der Ausgleichsregelung, sondern des Ausfalls von Importmengen, für die bereits Lieferpflichten eingegangen sind.

cc) Die *Erforderlichkeit* der Maßnahme wird von der Bundesregierung wie folgt bejaht:

„Der Ausgleichs- und Umlagemechanismus ist auch erforderlich, weil kein milderes und gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht. Zwar wäre der Ausgleich der Ersatzbeschaffungskosten aus dem Staatshaushalt aus Sicht der betroffenen Gasverbraucher ein milderes Mittel. Es würde allerdings den angestrebten Zweck nicht in gleicher Weise erfüllen, weil eine solche Maßnahme mit erheblichen Belastungen des Staatshaushalts verbunden wäre. Der Verordnungsgeber ist nicht verpflichtet, von einer finanziellen Belastung einer bestimmten Gruppe immer schon dann abzusehen, wenn die Belastung in der einen oder anderen Weise auf dem Weg über den öffentlichen Haushalt auch der Allgemeinheit auferlegt werden könnte. Die zeitlichen Beschränkungen der Ausgleichsansprüche begrenzen das Umlagevolumen auf das zur Erreichung des Zwecks unbedingt notwendige Maß.“

BT-Drs. 20/2985, S. 17.

Hier wird man etwas näher nachfragen können:

(1) Zum einen fragt sich, ob die kritische Gas-Versorgungslage nicht doch eine Angelegenheit ist, deren Bekämpfung nicht allein von dem Kreis der Gasversorger und ihrer Kunden, sondern – wegen der übergreifenden Konnektivitäten – von allen Beziehern/Kunden von Energie und Wärme zu leisten wäre oder gar – wegen der in mehrfacher Hinsicht gesamtgesellschaftlichen „Systemrelevanz“ der Gasimporteure – von der Gesamtheit der Steuerzahler.

Insofern gilt es freilich zu bedenken, dass dem Gesetz- und Verordnungsgeber auch insofern ein Regelungsspielraum zukommt und insbesondere dass die Maßgabe der Erforderlichkeit keine Maßgabe zur Änderung des Regelungsziels enthält: Konkretes Ziel der Gasumlage ist die Stabilisierung der Gaswirtschaft zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Gasversorgungssicherheit. Nicht hingegen geht es um – unbeschadet der bestehenden Konnektivitäten und Interdependenzen – um die Stabilität und Versorgungssicherheit auf dem Energie- und Wärmemarkt. Auch eine allgemeine „Systemrelevanz“ der von der Maßnahme zielgerecht Begünstigten gebietet von Verfassungs wegen nicht, die mit dieser Begünstigung verbundene Belastung zu verallgemeinern. Ebenso wenig lässt sich ein vollkommen anderer Politikansatz zur Krisenbewältigung, wie etwa eine Deckelung der Gaspreise oder die (vorübergehende) Kapitalübernahme der Importeure, als Verfassungsgebot ausweisen.

(2) Zum Zweiten kann danach gefragt werden, warum der Kreis der Ausgleichsanspruchsberechtigten alle – von der Reduzierung der fest kontrahierten Gasimportmengen unmittelbar betroffenen – Gasimporteure umfasst und nicht auf diejenigen beschränkt ist, die tatsächlich die Versorgungssicherheit gefährden, weil sie eine systemrelevante Stellung im Markt einnehmen (also: systemrelevante Einspeisemengen verantworten) und eine negative Fortführungsprognose haben. Würde der Kreis der Ausgleichsanspruchsberechtigten auf diese beschränkt, würde die Höhe der Gasumlage (auf Versorger und Endkunden) entsprechend (wenn auch wenig) niedriger ausfallen. Tatsächlich ist weder die Höhe der – wegen des Ausfalls von kontrahierten Importmengen – betroffenen Einspeisemenge noch die Insolvenzgefahr ein Kriterium für einen Ausgleichsanspruch.

Auch insoweit ist freilich – in rechtlicher Hinsicht – an den Einschätzungsspielraum des Gesetz- und Verordnungsgebers zu erinnern. Ob der Erforderlichkeitsgrundsatz ihn verfassungsrechtlich dazu verpflichtet, ausschließlich von der Insolvenz bedrohte Gasimporteure im Wege der Gasumlage zu unterstützen, erscheint doch sehr zweifelhaft. Zwar stellt die Begründung der Verordnung darauf ab, Preissteigerungen am Gasmarkt durch insolvenzbedingte Ausfälle von Gasimporteuren verhindern zu wollen. Doch macht dies zugleich deutlich, dass es der Verordnung nicht primär um Insolvenz-, sondern um Verbraucherschutz und Versorgungssicherheit geht. Spezifischem Insolvenzschutz dienen (parallele) Stabilisierungsmaßnahmen nach § 29 EnSiG, die die Bundesregierung auch tatsächlich (zugunsten Uniper) ergriffen hat; ebenso das Margining-Finanzierungsinstrument (Bereitstellung von mit Bundesgarantie unterlegten KfW-Kreditlinien zur Liquiditätsunterstützung für Sicherheiten an den Terminmärkten).

Darüber hinaus wäre zu prüfen, ob nicht praktische Abgrenzungsschwierigkeiten (zwischen insolvenzbedrohten und nicht insolvenzbedrohten) Unternehmen die (gleiche) Wirksamkeit des Gasumlageinstruments beeinträchtigen. Und schließlich könnten sich umgekehrt verfassungsrechtliche Bedenken erheben, wenn man (system- bzw. marktrelevante) Gasimporteure von der Ausgleichsberechtigung für erhöhte Ersatzbeschaffungskosten ausnimmt, die die dadurch entstehenden Verluste durch Verrechnung mit Gewinnen an anderer Stelle innerhalb einer Konzernstruktur kompensieren können. In dieser Richtung gehen allerdings die mittlerweile von der Bundesregierung angekündigten Korrekturen (siehe unten, Punkt e.).

Auch was eine denkbare Beschränkung des Ausgleichsanspruchs auf systemrelevante Gas-mengen anbelangt, scheint es zweifelhaft, ob das zur Minderung der Umlagebelastung für verfassungsrechtlich geboten gehalten werden kann. Dagegen sprechen u.a. drohende Wettbewerbsverzerrungen, die das mit sich bringen könnte. Im Hinblick auf die gegenwärtig tatsächlich erhobenen Ausgleichsansprüche würden zudem lediglich etwa 10 % der Gesamtumlagesumme „eingespart“. Auch insofern sind indessen mittlerweile Anpassungen der Anspruchsvoraussetzungen angekündigt (siehe unten, Punkt e.).

(3) Drittens lässt sich fragen, ob es nicht ein milderer Mittel wäre, an Stelle aller Versorger und ihrer Kunden nur diejenigen mit der Gasumlage zu belasten und zur Weiterreichung zu berechtigen, die Gas von ausgleichsbegünstigten Importeuren beziehen. Das führte in die Nähe des Preisanpassungsrechts nach § 24 EnSiG. Dazu hat die Bundesregierung mit Hinweis auf drohende Wettbewerbsverzerrungen und sozialen Verwerfungen Gründe dargetan, die jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt des Gebots der Erforderlichkeit als ungenügend erachtet werden können.

Die beiden zuletzt genannten „Problemfelder“ treten indessen deutlicher unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots zutage (s. unten, Punkt d.).

(4) Viertens erscheint es unter dem Gesichtspunkt der Belastungsmilderung für den Letztverbraucher doch auffällig, dass die Versorger aus dem Umverteilungsmechanismus der Ausgleichszahlungen an die Importeure gänzlich herausgenommen sind. Ein von den Versorgern zu tragender Beitrag, der die Umlage an die Letztverbraucher mindern würde, ist

nicht vorgesehen. Es ist aus der Begründung der Bundesregierung keine dahingehende Erwägung bzw. nicht erkennbar, warum dies nicht in Betracht gezogen wurde.

dd) Zur *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* erklärt die Bundesregierung:

„Die Regelung ist auch angemessen und demnach verhältnismäßig im engeren Sinne, weil die Funktionsfähigkeit des Gasmarktes und damit die Versorgungssicherheit mit Gas im Interesse aller Gasverbraucher liegen. Die mit der Umlage belasteten Bilanzkreisverantwortlichen und letztlich die Gasverbraucher haben damit eine größere Nähe zu dem mit der Regelung verfolgten Zweck der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Gasmarktes als andere Personen und Unternehmen. Die finanzielle Belastung ist erheblich, angesichts der überragenden Bedeutung eines funktionierenden Gasmarktes aber nicht unverhältnismäßig. Die Bundesregierung ist sich einig, dass es weitere Entlastungsmaßnahmen für Letztverbraucher geben soll.“

BT-Drs. 20/2985, S. 17.

(1) Dabei gehört der Hinweis auf die Gruppenbetroffenheit der Gasversorger und Gasverbraucher nicht hierher, sondern ist eine Erwägung, die die Anforderung gleichheitskonformer Ausgestaltung betrifft (dazu unten, Punkt d.).

(2) Im Übrigen ist im Hinblick auf die Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit der Gasumlage für Versorger wie für Letztverbraucher danach zu fragen, ob es nicht – unter Berücksichtigung der Typisierungskompetenz des Ordnungsgebers – Ausnahmen oder Abfederungen für absehbare Fälle und Konstellationen bedarf, in denen anders die Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit nicht mehr gewahrt ist.

Dabei sind allerdings (anderweitige) soziale Ausgleichsmaßnahmen für bedürftige Letztverbraucher (insbesondere Haushaltskunden), die bereits bestehen oder in der Bundesregierung noch geprüft werden, in Rechnung zu stellen.

Dem Vernehmen nach wird in der Bundesregierung gegenwärtig ebenfalls noch geprüft, ob die Umlage auch auf Verbraucherverträge mit Preisgarantie / Festpreisgarantie anwendbar ist; die dahingehende Bestimmung des § 24 Abs. 2 S. 3 EnSiG wird wohl auf die saldierte Preisanpassung nach § 26 EnSiG nicht ohne gesetzgeberische Anordnung anwendbar sein. Zu beachten ist aber auch: Selbst wenn für solche Fälle die Umlage nicht weitergereicht werden kann, m.a.W. eine Weiterreichung den betroffenen Liefervertrag verletzt und daher (zivil)rechtswidrig ist, bliebe die Frage, ob und welche verfassungsrechtlichen Folgerungen daraus zu ziehen sind.

(3) Die absolute Höhe der Umlage wird man schwerlich für unverhältnismäßig halten können, zumal sie einem Mechanismus der Anpassung an veränderte Verhältnisse unterliegt. Auch hat der Letztverbraucher wohl nach § 41 Abs. 5 EnWG die Möglichkeit, nach Ankündigung der Umlage den Vertrag zu kündigen und zu einem Versorger zu wechseln, der auf die Weitergabe der Umlage verzichtet.

Die Zumutbarkeit für den Letztverbraucher wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass und wenn er reguläre Gaspreiserhöhungen bereits hinnehmen musste oder zukünftig hinnehmen muss. Die Aussetzung vertraglich vereinbarter Preisanpassungsrechte gemäß § 24 Abs. 3 S. 6 EnSiG ist hier wohl nicht (entsprechend) anwendbar. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass etwaige Mehrerlöse, die aus Preisanpassungen resultieren, die ausgleichsfähige Liefermengen betreffen, in die Höhe der Gasumlage bereits eingerechnet sind (§ 2 Abs. 4 GasPrAnpV in Verbindung mit Ziff. 3.4 der Anlage).

(4) Bedenken erregt allerdings der Umstand, dass und wenn der Letztverbraucher nicht von einer etwaigen Überfinanzierung der Gasersatzbeschaffungen profitiert, weil die Rückzahlungen der Gasimporteure wegen zu viel erhaltenen Ausgleichs in die Endabrechnung gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen (Versorger) eingehen und von diesem einbehalten werden.

(5) Gleichwohl: In einer Gesamtbetrachtung drängen sich Probleme mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht auf.

d) Weiter zu ad (2):

Verfassungsrechtliche Kritik lässt sich nach alledem möglicherweise eher an Art. 3 Abs. 1 GG festmachen:

Insoweit geht es um die Frage, ob der Gasumlagemechanismus *gleichheitskonform* ausgestaltet ist – in Bezug auf die Gasimporteure, die Gasversorger und die Gaskunden.

aa) Weitergehende Erwägungen zu Ungleichbehandlungen dieser Gruppen *gegenüber anderen*, wie etwa Stromerzeugern, -versorgern und -kunden, die kein Gas einsetzen, oder Steuerzahlern, treffen vorneweg auf die Schwierigkeit, sie unter ein verbindendes Kriterium zu fassen, das die substantielle oder valide Vergleichbarkeit begründet. Jedenfalls wird man die Unterscheidung für sachgerecht halten können. Der Gassektor ist von den massiven Verwerfungen des Gasmarktes besonders betroffen und weist eine besondere Nähe zur Problematik der Kürzung von Importmengen auf;

ähnlich auch die Bundesregierung, BT-Drs. 20/2985, S. 17.

bb) Innerhalb der Gruppe der begünstigten *Gasimporteure* können die – schon angesprochenen – Fragen gestellt werden, ob eine Differenzierung zwischen von Insolvenz bedrohten und nicht bedrohten bzw. von dem Anstieg der Gaspreise besonders oder weniger profitierenden Gasunternehmen oder zwischen (markt-)systemrelevanten und nicht relevanten Importeuren oder Einspeisemengen geboten bzw. deren Gleichbehandlung nicht gerechtfertigt / unverhältnismäßig ist.

cc) In Anbetracht der mit der Umlage belasteten *Gasversorger* kann danach gefragt werden, ob es gerechtfertigt ist, alle mit der Umlage zu belasten und sie zur Weiterreichung zu berechnen, oder diejenigen ausgenommen werden müssten, die von dem Ausfall von Gasimportmengen gar nicht (mittelbar) betroffen sind, weil sie kein Gas aus Ersatzbeschaffungen für nicht geliefertes Gas aus Russland beziehen.

Ein Sonderproblem stellt die Frage dar, warum nicht auch Fernwärmeanbieter (Gasheizkraftwerke) wie Versorger umlageberechtigt sind; auch diese Frage wird derzeit in der Bundesregierung geprüft.

dd) Im Blick auf die *Gasverbraucher* können ebenso eine Anzahl gleichheitsrelevanter – zum Teil schon angesprochener – Fragen aufgeworfen werden, namentlich ob nicht berücksichtigt werden müsste, ob das von ihnen bezogene Gas entlang der (Vor-)Lieferkette aus ausgleichsfähigen Ersatzbeschaffungen stammt, ob sie über langfristige Lieferverträge, allemal über solche mit Preisgarantien verfügen, ob sie bereits mit Preiserhöhungen infolge der Importmengenreduzierung belastet sind oder ob sie nicht Erdgas, sondern Biogas beziehen (für Flüssiggas stellte sich die gleiche Frage).

ee) Was die verfassungsrechtliche Rechtfertigung solcher (angenommen:) Gleichbehandlungen von Ungleichen angeht, so kommt es darauf an, ob dafür eine *sachliche Rechtfertigung* gegeben ist, die zudem in einem angemessenen Verhältnis zum Gewicht oder zur Schwere der Gleichbehandlung des Ungleichen steht.

Das bedürfte einer genauen Prüfung in jedem Einzelfall. Gleichwohl muss man auch insoweit sagen: Offenkundige, d.h. sich von vornherein aufdrängende Verfassungsverstöße lassen sich hier schwerlich ausmachen.

e) Am Rande der Klausurtagung des Bundeskabinetts am 30./31. August 2022 hat das BMWK – in der Reaktion auf den gestiegenen öffentlichen Druck – *Nachbearbeitung und Feinjustierungen* des Anwendungsbereichs der Gasumlage *angekündigt*. „Erste Kernpunkte“ seien „unter anderem“:

„Einen finanziellen Ausgleich, also Geld aus der Umlage, sollen nur die bekommen, die für die Versorgungssicherheit relevant sind und die so hohe ausfallenden Mengen haben, dass das wirklich eine Relevanz für das Unternehmen hat. Wer in anderen Bereichen hohe Profite macht, kann da leichter ausgleichen.

Der Ausgleich soll nur an die gehen, die keine Boni und Dividenden auszahlen. Auch bei Staatshilfen handhaben wir es ja so: Wer Staatshilfe bekommt, kann nicht das Geld als Boni und Dividende ausschütten. Wer Boni und Dividenden ausschütten kann, braucht keine Hilfe.

Und wir werden auch das Thema Transparenz nochmal adressieren, auch das ist anspruchsvoll, aber auch daran arbeiten wir.“

Siehe die entsprechende Ergänzung der „Fragen und Antworten zur Gasumlage zur Sicherung der Gas- und Wärmeversorgung“ vom 5. September 2022, abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/faq-gasumlage.pdf?__blob=publicationFile&v=12.

Die erklärte Absicht mutet ziemlich unausgegoren an und zieht aus rechtlicher Sicht eine Reihe von *problemträchtigen Fragen* nach sich:

aa) So sehr die beabsichtigten Korrekturen dem politischen Gerechtigkeitsgefühl zuträglich sein mögen, für verfassungsrechtlich geboten kann man sie schwerlich halten. Vielmehr stellen sich umgekehrt – wie bereits angedeutet (oben, unter Punkt c.cc. und d.) – verfassungsrechtliche Bedenken ein, soweit die beabsichtigte Differenzierung (oder Auslese) der anspruchsberechtigten Unternehmen nicht nur nach dem Kriterium der Relevanz für die Versorgungssicherheit (die anhand der ausgefallenen Einspeisemengen aus dem russischen Gasimport zu bemessen wäre) erfolgt, sondern auch und zugleich – d.h. kumulativ („und“) – danach, welche Relevanz diese (!) Mengen für das Unternehmen haben.

Nicht vollends deutlich ist, um welche Relevanz es dabei eigentlich gehen soll: um den Umsatzanteil des Gasimportgeschäfts an der gesamten Unternehmenstätigkeit oder um den Verlustanteil aus dem Gasgeschäft am gesamten Unternehmensergebnis. Ersteres wäre unter der Zielsetzung des EnSiG von vornherein völlig unerheblich.

Geht man davon aus, dass es um den Ergebnisanteil geht und deshalb darum, inwieweit das Unternehmen in der Lage ist, die hier entstehenden Verluste durch Gewinne aus anderen seiner Geschäftsbereiche zu decken, dann mag dies den in der amtlichen Begründung genannten Beweggrund, Unternehmensinsolvenzen vorzubeugen, konkretisieren. Auch würde sich die Umlagebelastung für Endkunden reduzieren, wenn auf diese Weise der Umlagesatz sinken würde (wenn auch nur geringfügig, sieht man auf den Kreis der Unternehmen, die den umlagefinanzierten Ausgleich beantragt haben).

Doch muss man eben auch bedenken, dass damit eine Differenzierung eingezogen würde, die die spartenbezogene Betrachtung des Unternehmens für die Gasversorgungslage aufgeben, sondern an Stelle dessen einen Blickpunkt setzen würde, dessen Kohärenz mit dem Ziel der Gasumlageverordnung und seiner gesetzlichen Ermächtigung keineswegs auf der Hand liegt, sondern erst noch geprüft werden müsste.

bb) In der Folge dessen erhebt sich zudem die weitere Frage, ob eine solche Einschränkung der ausgleichsberechtigten Unternehmen (polemisch: Ausschluss von Trittbrettfahrern) einfach im Verwaltungsvollzug umgesetzt werden könnte oder ob es dafür nicht einer Änderung der Gasumlageverordnung bedürfte – und noch weitergehend: ob dies nicht sogar –

wegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG („Inhalt, Zweck und Ausmaß“, sprich: das Wesentliche einer Verordnung muss schon im Gesetz geregelt sein) – eine Änderung der gesetzlichen Grundlage in § 26 EnSiG erforderlich machen würde. Denn hier wie dort sind als Anspruchsberechtigte des umlagefinanzierten Ausgleichs ohne Differenzierung alle Gasimporteure genannt, die von der erheblichen Reduzierung der Gasimportmengen nach Deutschland unmittelbar betroffen sind.

cc) Und schließlich ist in rechtspraktischer Hinsicht darauf hinzuweisen, dass eine tatsächliche Verringerung der Zahl der ausgleichsberechtigten Unternehmen, die die Anlegung dieses Kriteriums nach sich ziehen würde, notwendig eine entsprechende Anpassung des Gasumlagesatzes (von gegenwärtig 2,419 ct/kWh) durch den Marktgebietsverantwortlichen THE nach ziehen müsste.

dd) Alles in allem wäre dadurch der bislang vorgesehene Termin für die Einführung der Gasumlage (der Beginn der „Saldierungsperiode“), der 1. Oktober 2022, nicht mehr zu halten. Denn über anstehende Preisänderungen (über deren Anlass, Voraussetzungen und Umfang) sind die betroffenen (Gas-)Verbraucher spätestens zwei Wochen, bei Haushaltskunden spätestens einen Monat, vor Eintritt der beabsichtigten Änderung zu unterrichten;

vgl. § 41 Abs. 5 S. 2, 3 EnWG.

d) Was letztlich zu prüfen wäre, das ist die *unionsrechtliche Vereinbarkeit* der Gasumlage. Im Fokus steht insoweit das Beihilferecht der Art. 107 ff. AEUV.

aa) Indessen scheidet es wohl aus, die Gasumlage selbst für eine (verbotene oder auch nur zu notifizierende) Beihilfe zu qualifizieren. Es handelt sich dabei nicht um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung bestimmter Unternehmen, durch die der Wettbewerb im Binnenmarkt verfälscht wird oder zu verfälschen droht (Art. 107 Abs. 1 AEUV).

Die Bundesregierung führt dazu zutreffend aus:

„Die Konzeption des finanziellen Ausgleichs und der Gasbeschaffungsumlage nach dieser Verordnung sieht vor, dass die damit unmittelbar verbundenen Zahlungsströme ohne die Inanspruchnahme staatlicher Mittel aus dem Bundeshaushalt oder eines Landeshaushaltes erfolgen. Die durch diese Verordnung vorgesehenen Zahlungen zwischen dem Marktgebietsverantwortlichen, den Gasimporteuren und den Akteuren entlang der Lieferkette stellen demnach allein Zahlungen zwischen Privatrechtssubjekten dar.“

BT-Drs. 20/2985, S. 17.

Auch liegt hier wiederum der Vergleich zur EEG-Umlage nahe. Zu dieser hat der Europäische Gerichtshof (entgegen der Auffassung der Kommission) 2019 festgestellt, dass es sich bei dieser nicht um eine staatliche Beihilfe handelt;

EuGH, Urteil vom 28. März 2019, Rs. C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 – Deutschland v. Europäische Kommission.

bb) Einzig beihilferechtlich relevant könnte sein, dass die Bundesregierung eine Unterstützung für die Zwischenfinanzierung des Marktgebietsverantwortlichen in Aussicht stellt. Sie erklärt dazu:

„Dem Marktgebietsverantwortlichen entsteht durch den zeitlichen Versatz zwischen der Auszahlung des Ausgleiches an die Gasimporteure nach § 2 Absatz 6 und 9 dieser Verordnung und der späteren Erhebung der Umlage nach § 6 Absatz 1 dieser Verordnung gegenüber den Bilanzkreisverantwortlichen ein kurzfristiger Bedarf zur Zwischenfinanzierung. Dieser kann unter Zuhilfenahme von Finanzierungsinstrumenten gedeckt werden. Der Bund wird hierbei bei Bedarf und Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen zum Beispiel eine Garantie für die dafür notwendigen Kredite stellen. In Abhängigkeit vom Umfang der Ersatzbeschaffungsmengen der Importeure und den Marktpreisen ist derzeit mit einem Liquiditätsbedarf von bis zu 18 Milliarden Euro zu rechnen.“

BT-Drs. 20/2985, S. 3, auch S. 19, 20, 22.

Zu dem benannten „zeitlichen Versatz“ tritt zudem der Finanzierungsbedarf hinzu, der dadurch anfällt, dass die ausgleichsberechtigten Gasimporteure vom Marktgebietsverantwortlichen Abschlagszahlungen auf ihren Ausgleichsanspruch verlangen können;

vgl. § 2 Abs. 9 GasPrAnpV.

Insoweit käme es in Betracht, den unionsrechtlichen Beihilfetatbestand eingehender zu prüfen.

IV. Rechtsschutzmöglichkeiten

Nach alledem Gesagten wäre es sicherlich nicht falsch, der Empfehlung der Verbraucherzentralen zu folgen, Zahlungen der Gasumlage nur unter Vorbehalt zu tätigen.

Die Möglichkeit, die Gaspreisanpassungsverordnung wegen verfassungsrechtlicher Einwände direkt beim Bundesverfassungsgericht anzugreifen, besteht für Letztverbraucher, insbesondere Haushaltskunden, nicht. Dazu fehlt es an der unmittelbaren Betroffenheit durch die Verordnung selbst; vielmehr bedarf es deren Vollziehung durch eine individuelle Gaspreisrechnung, die die Gasumlage umfasst. Entsprechendes gilt ohnehin für die gesetzliche Verordnungsermächtigung in § 26 EnSiG.

Gegen die Zahlungsverpflichtung aus einer Gaspreisrechnung gerichtete Klagen wären im Zivilrechtsweg zu erheben. Ein Zivilgericht (Eingangs- oder Instanzgericht) könnte dabei die Gaspreisanpassungsverordnung als Rechtsgrundlage (mit Wirkung für den von ihm zu entscheidenden Fall) verwerfen, wenn es diese für (gesetz- oder) verfassungswidrig hielte; einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (Art. 100 Abs. 1 GG) bedürfte es dafür nicht. Würde es hingegen schon die gesetzliche Verordnungsermächtigung in § 26 EnSiG für verfassungswidrig erachten, so müsste das zivilgerichtliche Verfahren ausgesetzt und die Frage dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt werden. Andernfalls könnte ein Letztverbraucher erst gegen eine im Zivilrechtsweg letztinstanzlich ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Wege einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht vorgehen.

Marburg, 31. August / 7. September 2022

(Hans-Detlef Horn)