

Freie Universität Berlin - Fachbereich Rechtswissenschaft
Postanschrift: Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Fachbereich Rechtswissenschaft
Univ.-Prof. Dr. Helmut Lecheler
Van't-Hoff-Str. 8
14195 Berlin
Tel 030 / 773 63 17
Fax 030 / 773 5823
Email: lecheler@t-online.de

29.6.2010

Nachgetragene Stellungnahme

zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung EDL- E

zu der ich als Sachverständiger geladen war, an der ich reisebedingt aber
nicht teilnehmen konnte.

- I. Der Entwurf dient der Umsetzung der RL 2006/32/EG vom 5. April 2006. Daher einige Worte zu dieser Richtlinie (einer von mehreren im Kontext der Energieeffizienz) vorab:
 1. Ihr Ziel ist ein doppeltes: Die Verbesserung der „**Endenergieeffizienz**“ (ein Begriff, der selbst nicht definiert wird, dessen Gehalt sich aber aus dem Kontext ergibt; der E ist in § 2 Nr. 10 ungenau (er setzt Endenergie mit Energieeffizienzverbesserung gleich; zutreffend dagegen ist die Formulierung in § 3 Abs. 1 des E) **und das Angebot von Energiedienstleistungen** auszuweiten (vgl. insoweit Erw.Grde 7, 17 und 24 ff der RL). Beide Ziele stehen freilich in einem engen innerem Zusammenhang.
 2. Sie ist marktorientiert abgefasst. Das ist angesichts des Regelungsziels der Ausweitung des Angebots und der Nachfrage nach Energiedienstleistungen zu begrüßen und sollte auch die „Grundstimmung“ der Umsetzung bestimmen.
 3. Und sie lässt den Mitgliedstaaten große Freiräume bei der Umsetzung (vgl. z.B. die Erwägungsgründe 21, 24, Art. 2 Abs. a und –vor allem– in Art. 6, dem der RegE in seinem umstrittenen § 5 gerecht werden will).

II. Bei der **Umsetzung** macht vor allem Kapitel III der RL („Förderung von Energieeffizienz und Energiedienstleistungen“) Probleme und dort vor allem Art. 6 mit den Pflichten der Energieunternehmen und der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, deren Erfüllung sicherzustellen.

1. Art. 6 Abs. 1 RL umreißt die Informationspflichten der – wieder vereinfacht- Energieunternehmen, die bisher vor allem § 4 des E umsetzt.
2. Art. 6 Abs. 2 lit a) der RL gibt den Mitgliedstaaten für ihre Umsetzung 3 Möglichkeiten (i – iii) zur Wahl. Der E scheint sich insgesamt am ehesten an der Möglichkeit i) („Förderung von Energiedienstleistungen mit wettbewerbsorientierter Preisgestaltung und Sicherstellung des entsprechenden Angebots für ihre Endkunden“) zu orientieren.

Die dort normierte Verpflichtung zur Sicherstellung des entsprechenden Angebots (eine bei Richtlinien häufig verwendete Formulierung) lässt wiederum erhebliche Freiräume: Europarechtlich geschuldet ist der Erfolg. Das heißt hier: Jeder Endverbraucher muss letztlich auf ein entsprechendes Angebot zurückgreifen können.

Wie der Mitgliedstaat das bewirkt, das bleibt ihm allein überlassen – ob er nun das Ergebnis mit marktgemäßer Förderung zu erreichen sucht (so die Ausrichtung der RL) oder andere – wie in § 5 Abs. 1 - dazu mit den Mitteln der Eingriffsverwaltung zwingt oder es schließlich durch eine Bundesstelle - § 5 Abs. 2 – oder in eigener Hand per RVO - § 5 Abs. 3 herstellen will.

III. Der **RegierungsEntwurf**

Hier muss ich mich auf den zentralen Kritikpunkt beschränken.

Die in § 5 des Kabinettsentwurfs vorgesehene „Sorgepflicht der Energieunternehmen“ ist in dieser Form europarechtlich sicher nicht geboten (vgl. oben vor III). Sie geht vielmehr über diese europarechtliche Umsetzungspflicht weit hinaus.

Das ist europarechtlich natürlich zulässig und auch innerstaatlich, soweit diese überobligationsmäßige Umsetzung mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar ist. Das dürfte aber in der vorliegenden Form kaum der Fall sein, so dass der Bund mit dieser Regelung verfassungsrechtliche Risiken eingeht, für

die es keinen politischen oder wirtschaftlichen Grund geben dürfte. Dazu hier nur stichwortartige Andeutungen:

Abs. 1: Die Beschränkung auf stadt- oder kreisgebundene Anbieter ist angesichts der räumlichen Marktabgrenzungen der Anbieter solcher Leistungen und der Nachfragemacht der Endverbraucher willkürlich (Art. 3 I GG).

Die Belastung „der Energieunternehmen“ bedürfte genauerer Spezifizierung. Ihre Verpflichtung zur Herstellung des entsprechenden Angebots dürfte grundrechtlich nicht zu rechtfertigen sein (nicht erforderlich, unklarer Verteilungsmaßstab und auch unpraktikabel). Dazu bietet die RL in Art. 6 Abs. 2 lit a) iii) Fondslösungen, die auch als Auffangregelungen infrage kämen (vgl unten am Ende von IV).

Abs. 2 verschärft die verfassungsrechtlichen Einwände noch, insofern er „die Energieunternehmen“ in der Diktion und Intensität von Polizeigesetzen in Pflicht nimmt, ohne wenigstens die hier besonders gebotene Bestimmtheit zu beachten („in angemessener Frist geeignete und erforderliche Maßnahmen).

Abs. 3

Nr. 1: Die Zahl der Anbieter lässt sich kaum generell festlegen.

Nr. 2: das sollte – wenn schon- das verpflichtete Unternehmen und nicht eine RVO festlegen.

Nr. 3 bleibt ganz unbestimmt, was angesichts des Verpflichtungsgehalts mehr als zweifelhaft ist.

Mit alledem entfernt sich der E hier von sachbezogenen Regelungen für die Stärkung der entsprechenden Märkte.

Kriterien, nach denen der Ordnungsgeber diese regulativen Festlegungen treffen sollte, werden nicht genannt. Es gibt sie wohl auch nicht.

Abs. 4 übernimmt Art. 6 Abs. 1 lit b) ersten Halbsatz der RL , **lässt aber den Satz 2 weg**, der die Unterbindung solcher wettbewerbsbehindernder Maßnahmen gebietet. Das wird mit der „Sorgepflicht“ der Energieunternehmen nicht aufgefangen. Hier ist der Staat selbst nun wirklich gefragt, indem er ein Verbot für ein derartiges Verhalten normiert, soweit dieses Verbot nicht schon durch geltendes Recht (GWB) gewährleistet ist. Dann aber wäre ausdrücklich darauf zu verweisen. Insoweit jedenfalls bleibt der E eindeutig hinter der Vorgabe der RL zurück.

IV. Auf Initiative der Koalitionsfraktionen wird derzeit ein **Vorschlag zur Einführung einer flächendeckenden Energieberatung ohne Sorgspflicht des § 5 im EDL-G (Basis Kabinettsfassung vom 21.4.10)** diskutiert, der bei entsprechender Änderung bzw. Ergänzung des § 4 des E von einer europarechtskonformen Streichung des § 5 ausgeht.

1. Korrektur des § 4 E „(1) Energielieferanten unterrichten ihre Endkunden mindestens jährlich in geeigneter Form über die Wirksamkeit von Energieeffizienzmaßnahmen in ihrem Zuständigkeitsbereich sowie über die in ihrer kreisfreien Stadt oder ihrem Landkreis **oder bundesweit** tätigen
 1. Energiedienstleister mit wettbewerbsorientierter Preisgestaltung,
 2. Anbieter von Energieaudits mit wettbewerbsorientierter Preisgestaltung, die ~~unabhängig von den Energieunternehmen~~ durchgeführt werden,“

Dazu:

Die Ergänzung (**oder bundesweit**) ist wirtschaftlich (wegen der Struktur der angesprochenen Märkte) und bundesverfassungsrechtlich (Art. 3 I GG) geboten.

Die Streichung „von den Energieunternehmen“ ist ebenfalls sachlich geboten, da anders „Energieunternehmen“ sich nicht – wie gerade angestrebt – zu Energiedienstleistern wandeln könnten. Das Wesentliche ist Unabhängigkeit der Durchführung, nicht nur der Energiewirtschaft gegenüber.

2. Der neue Abs. 3 in § 4

(„(3) Die Bundesstelle für Energieeffizienz richtet eine zentrale Internetseite ein, auf der die unter Absatz 1 Nummer 1 bis 3 genannten verfügbaren Informationen über Marktteilnehmer und deren aktuelle Dienstleistungs-Angebote regional verfügbar abrufbar sind und auf die alle Energielieferanten verweisen. Die Energielieferanten stellen der Bundesstelle für Energieeffizienz für die Internetseite allgemeine Informationen gemäß Absatz 1 zu wirtschaftlichen Energiedienstleistungen zur Verfügung.“)

erscheint mir sachlich angemessen im Sinne eines Beitrags zur richtliengebotenen Sicherstellung der notwendigen Information.

3. Der in § 4 des E ebenfalls neue Abs. 4 entspricht wörtlich der Regelung des Regierungsentwurfs und der in Art. 6 Abs. 1 lit b) ersten Halbsatz der RL, sie **lässt aber ebenfalls den Satz 2 weg**, der die Unterbindung solcher wettbewerbsbehindernder Maßnahmen gebietet (vgl. dazu meine Anmerkung beim Regierungsentwurf).

Die Ergänzung des § 4 Abs. 3 E (hier § 5 S. 2 : „Darüber hinaus kann in dieser Rechtsverordnung festgelegt werden, auf welche Weise für ein ausreichendes Informationsangebot gemäß Absatz 1 zu sorgen ist für den Fall, dass kein flächendeckendes Angebot verfügbar ist.“) ist eine sinnvolle und unter dem Aspekt der wirksamen Umsetzung (Mitgliedsstaat „stellt sicher“) auch gebotene Auffangregelung für den Fall, dass sich bundesweit (das würde ich flächendeckend vorziehen) tatsächlich nicht genügend Anbieter finden. Das sollte dem VO-Geber auch aufgegeben und nicht nur freigestellt werden.

Mit diesen beiden Anmerkungen halte ich den Vorschlag europarechtlich für geeignet, den bisherigen § 5 des RegE zu ersetzen.

V. Zu einem mir **heute zugänglicher Alternativvorschlag (Breil)** zur Umsetzung EDL-Richtlinie:

1. Die Änderung des § 4 **Abs. 1** des RegE (offenbar nicht ergänzend zu dem vorstehend unter IV beurteilten Vorschlags):

„(1) Energielieferanten unterrichten mindestens jährlich ihre Endkunden über **die für sie verfügbaren Angebote** von wirksamen Energieeffizienzmaßnahmen, die durch

1. Energiedienstleister,
2. Anbieter von Energieaudits, **insbesondere solchen**, die von Energieunternehmen unabhängig sind,
3. Anbieter von sonstigen Energieeffizienzmaßnahmen,

mit **wettbewerbsorientierter Preisgestaltung** durchgeführt werden. Diese Informationen können im Rahmen der Abrechnung des Energieverbrauchs durch ausdrücklichen Hinweis auf die Anbieterliste nach § 7 Absatz 1 Satz 1 oder eine Anbieterliste, auf die die Bundesstelle für Energieeffizienz nach § 7 Absatz 1 Satz 3 hinweist, sowie auf die Berichte nach § 6 Absatz 1 **und die Marktplattform nach § 5 Abs.1** gegeben werden.“

Die beiden ersten Änderungen halte ich zwar für noch zulässig (unter dem Gesichtspunkt wirksamer Umsetzung und in Anbetracht möglicher Umgehungen), ziehe aber die Fassung unter oben IV eindeutig vor.

Änderung 3 (**wettbewerbsorientierter Preisgestaltung**) enthält auch Vorschlag oben IV.

Zur letzten Änderung vgl hier unter 2.

2. Neufassung des § 5 des RegE durch die Einrichtung einer elektronischen und interaktiven **Marktplattform**.

Dieser Vorschlag enthält einen neuartigen Weg zur Sicherstellung der entsprechenden Information.

Er beseitigt eine Reihe von verfassungsrechtlichen Bedenken, die dem RegE entgegenstehen.

Im Einzelnen stellen sich auch bei diesem Vorschlag Fragen, die ich hier nicht näher abhandeln kann, zumal sie im Bereich gesetzgeberischen Gestaltungsermessens bleiben (ist es zweckmäßig, die Plattform bei der Bundesstelle einzurichten? Immerhin sieht die RL auch freiwillige Vereinbarungen (etwa betroffener Unternehmen) vor, deren Einhaltung lediglich zu überwachen wäre. Wie kann hier die „aktive“ Mitwirkung von Nachfragern wie von Anbietern sicher gestellt werden? Und schließlich: Kommen hier nicht durch die Hintertür Maßnahmen wie im bisherigen § 5 des RegE?).

Insgesamt gesehen kann dieser Vorschlag bei überschlägiger Beurteilung durchaus ergänzende neue Elemente beisteuern, wenn die vorstehend angedeuteten Fragen geklärt sind.

Gemeinschaftsrechtlich sehe ich – abgesehen von dem auch hier unverändert gebliebenen Abs. 4 des RegE – keine Einwände.

Der Vorschlag ließe sich – bei verbleibender Zeit für ruhige Redaktion – auch in den unter IV beurteilten einarbeiten. Allerdings würde ich **diese** Reihenfolge klar einer umgekehrten vorziehen.

Berlin, 29.6.2010

Helmut Lecheler

o.Univ.Prof. Dr. Helmut Lecheler
Fachbereich Rechtswissenschaften
Freie Universität Berlin
Boothstrasse 20
12207 Berlin
T: +4930 7736317
F: +4930 7735823
mail: lecheler@t-online.de