


Anmerkung zu:	OVG Münster 21. Senat, Beschluss vom 04.03.2021 - 21 B 1162/20
Autor:	Thorsten Kirch, RA
Erscheinungsdatum:	08.04.2021
Quelle:	
Normen:	§ 25 MsbG, § 26 MsbG, § 27 MsbG, § 22 MsbG, § 21 MsbG ... mehr
Fundstelle:	jurisPR-UmwR 4/2021 Anm. 5
Herausgeber:	Prof. Dr. Ferdinand Kuchler, RA Dr. Martin Spieler, RA
Zitiervorschlag:	Kirch, jurisPR-UmwR 4/2021 Anm. 5

OVG Münster stoppt Einbauverpflichtung für intelligente Messsysteme

Orientierungssätze

1. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hat das Oberverwaltungsgericht auf die Beschwerde eines privaten Unternehmens, das auch andere Messsysteme als das „intelligente“ Messsystem (Stromzähler) vertreibt, die Vollziehung der Allgemeinverfügung ausgesetzt. Das hat zur Folge, dass nun vorläufig weiterhin andere Messsysteme eingebaut werden dürfen und bereits - möglicherweise auch in Privathaushalten - verbaute intelligente Messsysteme nicht ausgetauscht werden müssen.

2. Zur Begründung hat der 21. Senat im Wesentlichen ausgeführt: Die Allgemeinverfügung mit der Feststellung der technischen Möglichkeit der Ausrüstung von Messstellen mit intelligenten Messsystemen sei voraussichtlich rechtswidrig. Die am Markt verfügbaren intelligenten Messsysteme genügen nicht den gesetzlichen Anforderungen. Sie seien hinsichtlich der Erfüllung der im Messstellenbetriebsgesetz (juris: MessbG) und in Technischen Richtlinien normierten Interoperabilitätsanforderungen nicht, wie gesetzlich vorgeschrieben, zertifiziert. Diese Messsysteme könnten auch nicht zertifiziert werden, weil sie die Interoperabilitätsanforderungen nicht erfüllten. Dass sie den Anforderungen der Anlage VII der Technischen Richtlinie TR-03109-1 des BSI genügten, reiche nicht. Die Anlage VII sei nicht formell ordnungsgemäß zustande gekommen, weil die vorgeschriebene Anhörung des Ausschusses für Gateway-Standardisierung nicht erfolgt sei. Die Anlage VII sei auch materiell rechtswidrig, weil sie hinsichtlich der Interoperabilitätsanforderungen hinter den gesetzlich normierten Mindestanforderungen zurückbleibe. Bestimmte Funktionalitäten, die intelligente Messsysteme nach dem Messstellenbetriebsgesetz zwingend erfüllen müssten, sehe die Anlage VII nicht vor. Dies habe unter anderem zur Konsequenz, dass Betreiber von Stromerzeugungsanlagen, die nach dem Gesetz mit intelligenten Messsystemen auszurüsten seien, nicht ausgestattet werden könnten. Die dem BSI zustehende Kompetenz, Technische Richtlinien entsprechend dem technischen Fortschritt abzuändern, gehe nicht so weit, dadurch gesetzlich festgelegte Mindestanforderungen zu unterschreiten. Seien die dortigen Mindestanforderungen nicht erfüllbar, müsse der Gesetzgeber tätig werden.

A. Problemstellung

Das Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) regelt in den §§ 29 ff. MsbG die Ausstattung von Messstellen mit intelligenten Messsystemen (Rollout). Nach § 29 MsbG haben die grundzuständigen Messstellenbetreiber Messstellen an ortsfesten Zählpunkten mit intelligenten Messsystemen auszustatten, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist.

Ein intelligentes Messsystem ist gemäß § 2 Satz 1 Nr. 7 MsbG eine über ein Smart-Meter-Gateway in ein Kommunikationsnetz eingebundene moderne Messeinrichtung zur Erfassung elektrischer Energie, die den tatsächlichen Energieverbrauch und die tatsächliche Nutzungszeit widerspiegelt 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. Smart-Meter-Gateway ist nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 19 MsbG die Kommunikationseinheit eines intelligenten Messsystems, die ein oder mehrere moderne Messeinrichtungen und weitere technische Einrichtungen wie insbesondere Erzeugungsanlagen nach dem EEG und dem KWKG zur Gewährleistung des Datenschutzes, der Datensicherheit und Interoperabilität unter Beachtung der besonderen Anforderungen von Schutzprofilen und Technischen Richtlinien nach § 22 Abs. 1 und 2 MsbG sicher in ein Kommunikationsnetz einbinden kann und über Funktionalitäten zur Erfassung, Verarbeitung und Versendung von Daten verfügt.

Die Ausstattung von Messstellen mit einem intelligenten Messsystem ist gemäß § 30 Satz 1 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 (BSI) dies feststellt. Nach § 30 Satz 2 MsbG stellt das BSI die Feststellung nach § 30 Satz 1 MsbG sowie erforderliche Marktanalysen auf seinen Internetseiten bereit.

Mit der Feststellung des BSI (sog. Marktverfügbarkeitserklärung) beginnt somit nach dem MsbG die Verpflichtung für die Messstellenbetreiber, intelligente Messsysteme einzubauen.

Am 31.01.2020 aktualisierte das BSI eine bereits zuvor veröffentlichte Marktanalyse und veröffentlichte die Allgemeinverfügung zur Feststellung der technischen Möglichkeit zum Einbau intelligenter Messsysteme. Zahlreiche Messstellenbetreiber haben die Allgemeinverfügung des BSI im Eilverfahren angegriffen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das OVG Münster hat mit Beschl. v. 04.03.2021 entschieden, dass das Aufschiebinteresse der Antragstellerinnen vorliegend überwiege. Die angefochtene Allgemeinverfügung erweise sich nach vorläufiger Bewertung als offensichtlich rechtswidrig.

Rechtsgrundlage für die streitige Allgemeinverfügung sei § 30 MsbG. Nach Satz 1 dieser Vorschrift sei 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 feststelle. Diese Feststellung sei nach der Konzeption des Gesetzes ein Verwaltungsakt in Gestalt einer Allgemeinverfügung. Sie löse 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. Zugleich löse die Feststellung das mit der Einbaupflicht korrespondierende Einbauverbot des § 19 Abs. 5 Satz 1 MsbG aus, der bestimme, dass Messsysteme

me, 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.

In der streitigen Allgemeinverfügung vom 07.02.2020 stelle das BSI fest, 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 bestehe, soweit Messstellen bei Letztverbrauchern an Zählpunkten in der Niederspannung mit einem Jahresstromverbrauch von höchstens 100.000 kw ausgestattet werden sollen und bei diesen Messstellen keine registrierende Lastgangmessung erfolge und keine Vereinbarung nach § 14a EnWG bestehe.

Nach Auffassung des OVG Münster genügt dies den Anforderungen des § 30 Satz 1 MsbG nicht. Es sei bereits unzutreffend, dass drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme anbieten, die den am Einsatzbereich des Smart-Meter-Gateways orientierten Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG genügen (nachfolgend unter I.). Darüber hinaus ermächtige § 30 MsbG das BSI nicht zu der vorgenommenen Beschränkung der technischen Möglichkeit des Einbaus auf die in der Allgemeinverfügung bezeichneten Fallgruppen (nachfolgend unter II.).

I. Voraussetzungen des § 24 MsbG

Nach Auffassung des OVG Münster werden keine drei Smart-Meter-Gateways am Markt angeboten, die den Vorgaben des § 24 MsbG genügen. Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 MsbG müssten 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 hätten Hersteller von Smart-Meter-Gateways dieses Zertifikat dem Smart-Meter-Gateway-Administrator vorzulegen. § 24 Abs. 1 Satz 3 MsbG bestimme, dass der Zeitpunkt der Nachweispflicht zur Interoperabilität durch das BSI festgelegt und nach § 27 MsbG im Ausschuss Gateway-Standardisierung bekannt gemacht werde. Nach Satz 4 der Vorschrift hätten Hersteller von Smart-Meter-Gateways zu diesem Zeitpunkt das Zertifikat zur Konformität nach der Technischen Richtlinie dem Smart-Meter-Gateway-Administrator vorzulegen. Hinsichtlich der in den Sätzen 3 und 4 behandelten Interoperabilität gehe die Vorschrift zwar nicht ausdrücklich auf Anforderungen ein. Diese ergäben sich jedoch aus der in Satz 4 in Bezug genommenen Technischen Richtlinie. Damit seien 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 festlege.

§ 24 MsbG solle 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.

Zu diesem Zweck bestimme § 19 Abs. 3 Satz 1 MsbG, dass Messstellen nur mit solchen Messsystemen ausgestattet werden dürften, bei denen zuvor die Einhaltung der Anforderungen nach den §§ 21 und 22 MsbG in einem Zertifizierungsverfahren nach den Vorgaben des MsbG festgestellt wurde.

Nach § 24 Abs. 4 Satz 1 MsbG dürfe 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 enthalte die Vorschrift nicht. Im Zusammenhang mit den Pflichten des Smart-Meter-Gateway-Administrators regele ferner § 25 Abs. 1 Satz 3 MsbG, dass dieser ausschließlich Smart-Meter-Gateways mit gültigem Zertifikat nach § 24 Abs. 1 MsbG verwenden dürfe; auch insoweit finde sich keine Einschränkung auf ein bestimmtes

Zertifikat. Die Annahme des BSI, dass § 24 Abs. 1 Satz 3 MsbG den Einbau und die Verwendung eines Smart-Meter-Gateways zunächst auch ohne vorherige Zertifizierung der Interoperabilitätsanforderungen ermögliche bzw. dies jedenfalls für den Beginn des Rollouts gelte, stehe danach in erkennbarem Widerspruch zu den Vorgaben des MsbG und dem mit der Zertifizierung verfolgten Gesetzeszweck. Insbesondere sei 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.

Am Markt würden keine drei Smart-Meter-Gateways angeboten, die den Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG genügten. Aufgrund der Bezugnahme in § 30 Satz 1 MsbG auf die Vorgaben des § 24 Abs. 1 MsbG erfordere die Feststellung gemäß § 30 Satz 1 MsbG die Interoperabilität der am Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways.

Den Vorgaben der die Interoperabilitätsanforderungen ausformenden Technischen Richtlinie TR-03109-1 (sog. Stammrichtlinie) entsprechen die am Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways unstreitig nicht. Das BSI habe im Rahmen der Feststellung nach § 30 MsbG auch nicht auf die Stammrichtlinie abgestellt, sondern auf die Erfordernisse der der Stammrichtlinie am 16.01.2019 beigefügten Anlage VII, die nach dem Verständnis des BSI die Stammrichtlinie abändern und eigenständig die Interoperabilitätsanforderungen regeln solle. Die Anlage VII sei jedoch sowohl formell als auch materiell rechtswidrig. Zum einen sei sie nicht in dem gesetzlich vorgesehenen Verfahren zustande gekommen (nachfolgend unter 1.) und zum anderen verstoße sie bzw. das in ihr niedergelegte Geräteprofil „Basis“ gegen zwingende gesetzliche Interoperabilitätsanforderungen (nachfolgend unter 2.).

Mit Blick darauf, dass der „Stand der Technik“ naturgemäß nicht statisch ist, sondern einem fortlaufenden Wandel unterliege, habe der Gesetzgeber in § 22 Abs. 2 Satz 1 MsbG eine dynamische Verweisung auf die jeweils aktuelle Fassung der veröffentlichten Schutzprofile und Technischen Richtlinien geregelt und in den §§ 26, 27 MsbG das Verfahren zu deren Weiterentwicklung normiert. Hieraus folge unmittelbar, dass das BSI befugt sei, 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 Erfordernis, flexibel auf einen sich verändernden Entwicklungsstand reagieren zu können, sei danach zwar leitend für die Ausgestaltung des Verfahrens namentlich in § 27 MsbG gewesen. Weder der Wortlaut der Norm noch deren Zweck schließen es jedoch aus, dass auch rückwärtsgerichtete Änderungen einer Technischen Richtlinie von ihr erfasst würden, die dem Ziel dienen sollen, einen unzutreffend als gegeben angenommenen Stand der Technik zu korrigieren. Nach § 27 Abs. 1 Halbsatz 1 MsbG würden 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 Halbsatz 2 MsbG regle das Verfahren bei wesentlichen Änderungen. Die Vorschrift unterscheide insoweit nicht, ob die Erstellung einer neuen Richtlinie oder einer neuen Version einer bestehenden Richtlinie auf eine technologische Fortentwicklung zurückgehe oder mit ihr eine Berichtigung einer fehlerhaften Einschätzung des technisch Möglichen vollzogen werden solle. Maßgeblich sei allein, dass die Schutzprofile und Technischen Richtlinien den Stand der Technik i.S.d. § 22 Abs. 1 MsbG wiederzugeben hätten. Auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 27 MsbG spreche nichts dafür, dass der Anwendungsbereich von vornherein nur im Hinblick auf eine Anpassung an den Fortschritt eröffnet sein solle. Dem BSI obliege 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 zusätz-

liche Anforderungen an das Smart-Meter-Gateway, dessen angeschlossene Komponenten und den sicheren Betrieb gestellt würden. Im Zusammenhang mit dieser Aufgabe sei das BSI der zentrale Ansprechpartner für Hersteller und Anwender, wenn es Probleme bei der Umsetzung der technischen „Mindest“-Anforderungen gebe oder wenn Sicherheitsmängel zu Tage treten.

II. Formelle Rechtswidrigkeit der Anlage VII

Die Anlage VII sei bereits deshalb rechtswidrig, weil sie nicht in dem gesetzlichen Verfahren zustande gekommen sei.

Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 MsbG obliege dem BSI die 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 würden 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 sei bei wesentlichen Änderungen unter Vorsitz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie im Ausschuss anzuhören. Eine Anhörung des Ausschusses Gateway-Standardisierung sei – 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 23.01.2019 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 16.01.2019 an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zur Gewährleistung von Planungs- und Investitionssicherheit von Herstellern und Anwendern angemahnt hatte – sei entgegen der Auffassung des BSI auch nicht entbehrlich gewesen. Weder handele es sich bei der mit der Anlage VII beabsichtigten Änderung der Stammrichtlinie um eine nur unwesentliche Änderung noch sei die anderweitig erfolgte Einbeziehung verschiedener Verbände und sonstiger Akteure geeignet, die unterbliebene Anhörung zu ersetzen.

Mit Blick auf die Funktion, die dem Ausschuss Gateway-Standardisierung im vorliegenden Zusammenhang zukomme, seien zudem die individuellen und (gesamt-)wirtschaftlichen Auswirkungen des nach Maßgabe der Anlage VII beabsichtigten Systemwechsels als wesentliche Änderung zu qualifizieren. Dem Ausschuss Gateway-Standardisierung gehöre je ein Vertreter von mindestens drei auf Bundesebene bestehenden Gesamtverbänden an, die jeweils die Interessen von Letztverbrauchern, Herstellern und Anwendern vertreten würden. Die Einbindung dieses Ausschusses in das Verfahren zur Weiterentwicklung von Schutzprofilen und Technischen Richtlinien sowie der Erstellung neuer Versionen solle gewährleisten, dass sich sämtliche wesentlichen Akteure in den Prozess der Weiterentwicklung einbringen können, damit ein für Hersteller und Anwender auch wirtschaftlich umsetzbarer Weiterentwicklungsprozess ermöglicht werde.

III. Materielle Rechtswidrigkeit der Anlage VII

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

§ 21 MsbG regle gesetzliche Anforderungen an intelligente Messsysteme. Nach der Legaldefinition des § 2 Satz 1 Nr. 7 MsbG sei ein intelligentes Messsystem ein Messsystem, das aus einer modernen Messeinrichtung i.S.d. § 2 Satz 1 Nr. 15 MsbG und einem Smart-Meter-Gateway i.S.d.

§ 2 Satz 1 Nr. 19 MsbG bestehe und den besonderen Anforderungen nach den §§ 21 und 22 MsbG genüge, 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 beschränke, enthalte § 21 Abs. 1 MsbG konkrete Anforderungen. Diese bezögen 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 solle.

Insoweit sei bereits zweifelhaft, ob die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b Halbsatz 2 MsbG erfüllt seien. Hiernach müsse ein intelligentes Messsystem die zuverlässige Verarbeitung von aus Messeinrichtungen stammenden Messwerten gewährleisten, um die zuverlässige Administration und Fernsteuerbarkeit von Anlagen i.S.v. § 14a EnWG und von Erzeugungsanlagen nach dem EEG und dem KWKG zu gewährleisten. Zu diesem Zweck sei 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 könne.

Mit diesem Erfordernis solle nach dem Willen des Gesetzgebers erreicht werden, dass sowohl der Netzbetreiber über das intelligente Messsystem mit Steuerungstechnik Maßnahmen des Einspeisemanagements durchführen könne als auch der Direktvermarkter über dasselbe System die Anlage marktorientiert fernsteuern kann. Auf diese Weise solle dem bislang bestehenden Zustand begegnet werden, dass ein weiteres Gerät bzw. ein zusätzlicher Kommunikationsweg installiert werden müsse, um die Anlage für die verschiedenen Zwecke fernsteuerbar zu machen (BT-Drs. 18/7555, S. 90).

Die einheitliche Kommunikations- und Steuerungstechnik über das Smart-Meter-Gateway solle zudem das Wechselspiel zwischen Einspeisemanagement und marktorientierter Fernsteuerung verbessern, um die Ausgleichskosten zu reduzieren, und überdies dem Anlagenbetreiber einen Wechsel des Direktvermarktungsunternehmers erleichtern (BT-Drs. 18/7555, S. 90).

Ungeachtet dessen seien 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 KWKG dienende TAF 9 nicht in dem Geräteprofil „Basis“, sondern nur in dem in der Anlage VII lediglich obligatorisch ausgestalteten Geräteprofil „Netz“ enthalten sei und in der Praxis derzeit auch nur bei einem der auf dem Markt verfügbaren Smart-Meter-Gateways implementiert sei.

Darüber hinaus seien die Anforderungen des § 21 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d MsbG nicht erfüllt. Danach sei erforderlich, dass ein intelligentes Messsystem die zuverlässige Verarbeitung von aus Messeinrichtungen stammenden Messwerten gewährleisten müsse, um Netzzustandsdaten messen, zeitnah übertragen und Protokolle über Spannungsausfälle mit Datum und Zeit erstellen zu können. Nach der Ansicht des Gesetzgebers sei 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 Potenzial 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 (BT-Drs. 18/7555, S. 83).

Die Allgemeinverfügung des BSI sei zudem im Hinblick auf die vorgenommene Beschränkung der technischen Möglichkeit der Ausstattung von Messstellen mit intelligenten Messsystemen auf die in ihr näher bezeichneten Fallgruppen rechtswidrig.

Nach § 30 Satz 1 MsbG sei 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 feststelle. Die zuerst genannte Vorschrift beinhalte 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.

Zur Begründung verweist das OVG Münster insbesondere auf die Historie der Vorschrift. Danach sei eindeutig, dass dem BSI im Rahmen des § 30 MsbG (allein) eine Sichtung des Marktes dahingehend obliege, 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 seien, sowie eine Prüfung, ob die jeweiligen Hersteller voneinander unabhängig seien.

Die Bezeichnung „Mindestanforderungen“ in den Überschriften der §§ 21 und 22 MsbG lege nahe, dass das Regelungskonzept des MsbG darauf abziele, einheitliche (Mindest-)Standards für alle Smart-Meter-Gateways auszugestalten. Zudem verdeutliche 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 i.S.d. § 14a EnWG, Erzeugungsanlagen nach dem EEG und dem KWK), dass Smart-Meter-Gateways für einen umfassenden Einsatz ausgestaltet werden sollten. Dieses Regelungsziel habe der Gesetzgeber in der Begründung zudem ausdrücklich betont, in der er ausgeführt habe, über die Smart-Meter-Gateways sollten möglichst viele energiewirtschaftlich notwendige Anwendungsfälle bedient werden können, um ihre vielseitige Einsetzbarkeit zu gewährleisten (BT-Drs. 18/7555, S. 63 f).

Mit diesem gesetzgeberischen Ziel einher gehe die TR-03109-1 in der Version 1.0, die mit einer Vielzahl verpflichtend ausgestalteter (Tarif-)Anwendungsfälle auf einen breit angelegten Einsatz ausgerichtet gewesen sei. Dieses Konzept schließe zwar nicht aus, dass Smart-Meter-Gateways zusätzlich zu den Anforderungen, die sie aufgrund der vorgegebenen Mindeststandards erfüllen müssten, weitere von dem jeweiligen Anschlussnutzer für sinnvoll erachtete Anwendungsfälle bedienen könnten. Das sehe 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 seien jedoch die für alle Smart-Meter-Gateways geltenden verpflichtenden (Mindest-)Anforderungen.

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 solle. Soweit der Gesetzgeber im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit des Einbaus in § 31 MsbG Regelungen zu verschiedenen Einbau- oder Verbrauchergruppen getroffen habe, betreffe 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 erfolgen, müssten für jeden Einsatzbereich mindestens drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme anbieten. Dass dies angesichts notwendig werdender unter-

schiedlicher Entwicklungs- und Herstellungsprozesse zu einem zeitlich erheblich breiter gestreckten Einsatz intelligenter Messsysteme führen würde, als ihn der Gesetzgeber beabsichtigt und vorgesehen habe, liege 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 erscheine nicht ausgeschlossen, dass es im Rahmen einer Annexzuständigkeit die Feststellung der technischen Möglichkeit modifizieren könne, um einen wirksamen Vollzug der gesetzlichen Bestimmungen zur Einbaupflicht zu ermöglichen und in diesem Zusammenhang insbesondere bestehenden normativen Widersprüchen oder einer in einem Sonderfall tatsächlich nicht bestehenden technischen Möglichkeit des Einsatzes von Smart-Meter-Gateways Rechnung zu tragen.

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 Bestandsschutzes für bereits verbaute Messsysteme für die Dauer von acht 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 in den „Rollout“ einbezogen werden sollte, damit diese zahlenmäßig größte Gruppe der verbrauchsstärkeren Mehrpersonenhaushalte und der Kleingewerbetreibenden von den Erfahrungen der Vorreitergruppe profitieren könne.

Solche Modifizierungen habe das BSI mit der angegriffenen Allgemeinverfügung aber nicht vorgenommen. Soweit die Allgemeinverfügung eine generelle Ausnahme von der Einbaupflicht hinsichtlich der Messstellen, bei denen eine registrierende Lastgangmessung (RLM) erfolge, vorgenommen habe, also im Ergebnis diesbezüglich die technische Möglichkeit verneint habe, sei dies nicht zulässig. Es sei 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.

Der Gesetzgeber habe die Gruppe der Letztverbraucher, die standardmäßig im Wege der registrierenden Lastgangmessung gemessen werde, ausdrücklich in die Einbaupflicht einbezogen. Diese ergebe sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 31 Abs. 1 Nr. 1 MsbG, in der es heiße (BT-Drs. 18/7555, S. 93):

„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-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 gehe die Begründung des Gesetzentwurfs auch darauf ein, dass bei der Einbaugruppe gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 MsbG ebenfalls RLM-Messungen verbreitet seien.

Dass dem Willen des Gesetzgebers zur Einbeziehung von Letztverbrauchern mit RLM-Messungen in die Einbaupflicht technische Gründe entgegenstünden, zeige das BSI nicht auf. Zwar habe es diesbezüglich in der der Allgemeinverfügung zugrunde liegenden Marktanalyse vom 03.02.2020

ausgeführt, dass die Erfassung und Übermittlung von viertelstündigen Zählerstandsgängen mittels TAF 7 erfolge. Eine Umrechnung der Zählerstandsgänge in Lastgänge sei mit den derzeit verfügbaren intelligenten Messsystemen jedoch noch nicht möglich. Die Begründung sei in dieser Form schon im Ausgangspunkt nicht nachvollziehbar. RLM-Zähler – fernauslesbare Zähler, mit denen eine registrierende Leistungsmessung vorgenommen werde – seien eine in ein Kommunikationsnetz eingebundene Messeinrichtung und damit ein Messsystem i.S.d. § 2 Satz 1 Nr. 13 MsbG (BT-Drs. 18/7555, S. 74).

Diese Zähler entsprächen jedoch nicht den Anforderungen des § 19 Abs. 2 und 3 MsbG und dürften daher nach § 19 Abs. 5 MsbG ab dem Zeitpunkt der Feststellung nach § 30 MsbG nicht mehr eingebaut werden. Stattdessen seien Messstellen – in den Pflichteinbaufällen des § 29 Abs. 1 MsbG zwingend, in den Fällen des § 29 Abs. 2 MsbG optional – mit intelligenten Messsystemen i.S.d. § 2 Satz 1 Nr. 7 MsbG auszustatten. Inwiefern sich mit Blick auf den danach erforderlichen Austausch des RLM-Zählers durch ein intelligentes Messsystem die Frage nach der Notwendigkeit einer Umrechnung von Zählerstandsgängen in Lastgänge stellen könnte, sei weder der Marktanalyse noch dem sonstigen Vorbringen des BSI im vorliegenden Verfahren zu entnehmen. Darüber hinaus habe das BSI im Verfahren eingeräumt, dass die Umrechnung von Zählerstandsgängen in Leistungswerte technisch problemlos möglich sei.

C. Kontext der Entscheidung

Mit der Marktverfügbarkeitserklärung nach § 30 MsbG hat das BSI festgestellt, dass es technisch möglich ist, Messstellen für Stromverbrauch und -erzeugung mit intelligenten Messsystemen (Smart-Meter-Gateways) auszurüsten. Diese Feststellung beruhte auf der Annahme des BSI, dass inzwischen auf dem Markt von unterschiedlichen Herstellern entwickelte intelligente Messsysteme verfügbar sind, die den gesetzlichen Anforderungen in Bezug auf Sicherheit und Interoperabilität genügen. Die Marktverfügbarkeitserklärung des BSI löste bundesweit zum einen für Messstellenbetreiber die Pflicht aus, ihre Messstellen innerhalb gewisser Zeiträume mit diesen intelligenten Messsystemen auszurüsten. Zum anderen bewirkte die Feststellung faktisch ein Verwendungsverbot für andere Messsysteme.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das OVG Münster hat mit seinem Beschluss die Vollziehung der Marktverfügbarkeitserklärung des BSI vorläufig ausgesetzt und damit die Einbauverpflichtung für intelligente Messsysteme zunächst gestoppt. Damit dürfen nun zunächst weiterhin auch andere Messsysteme eingebaut werden. Zur Begründung verweist das OVG Münster darauf, dass die Allgemeinverfügung nach vorläufiger Bewertung rechtswidrig sein dürfte. Die am Markt verfügbaren intelligenten Messsysteme seien nicht zertifiziert und genügten daher nicht den Anforderungen des MsbG und den in Technischen Richtlinien normierten Interoperabilitätsanforderungen. Der Umstand, dass die am Markt verfügbaren Messsysteme die Anforderungen der Anlage VII der Technischen Richtlinie TR-03109-1 des BSI erfüllen, sei unerheblich, weil diese mangels Anhörung des Ausschusses für Gateway-Standardisierung bereits formell rechtswidrig sei. Zudem sei die Anlage VII auch materiell rechtswidrig, weil sie hinter den gesetzlich geforderten Mindestanforderungen zurückbleibe. Das BSI dürfe zwar Technische Richtlinien entsprechend dem technischen Fortschritt abändern, dabei aber die gesetzlich festgelegten Mindestanforderungen unterschreiten.