

Die Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur

*Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bayreuth*

*Vorgelegt von
Emily Stumpp
aus
Stuttgart*

<i>Dekan:</i>	<i>Prof. Dr. Claas Christian Germelmann</i>
<i>Erstberichterstatte:</i>	<i>Prof. Dr. Jörg Gundel</i>
<i>Zweitberichterstatte:</i>	<i>Prof. Dr. Christoph Krönke</i>
<i>Tag der mündlichen Prüfung:</i>	<i>17. Dezember 2025</i>

Inhaltsverzeichnis

<u>Abkürzungsverzeichnis</u>	
Inhaltsverzeichnis	2
Abkürzungsverzeichnis	10
Einleitung	1
I. Einführung	1
II. Ziel der Untersuchung	2
III. Gang der Untersuchung	3
Kapitel 1 - Die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas Telekommunikation, Post und Eisenbahnen	4
I. Regulierung	5
1. Begriff der Regulierung	5
2. Zwecke/Rechtfertigung der Regulierung	6
a. Marktversagen	6
b. Gemeinwohlsicherung.....	7
3. Bedürfnis einer Regulierung im Energiesektor	8
a. Strukturelle Besonderheiten von Netzen	8
b. Energieversorgungsnetze als natürliches Monopol.....	8
c. Disaggregierter Regulierungsansatz	9
d. Wettbewerbstheoretischer Ansatz: Theorie der angreifbaren Märkte.....	10
e. vor- und nachgelagerte Marktstufen.....	10
f. konkrete Umsetzung	11
g. Zwischenfazit	11
II. Zuständigkeit der Bundesnetzagentur	12
1. Aufgaben	12
2. Verfassungsrechtliche Grundlage	13
3. Europarechtliche Grundlage.....	14
a. Unionsrechtliche Vorgaben zur Regulierung im europäischen Energierecht	15
b. Aktueller Rechtsrahmen	16
4. Abgrenzung zu den allgemeinen Wettbewerbsbehörden	17
5. Abgrenzung zur Fachverwaltung	18
III. Föderale Zuständigkeitsabgrenzung	19
1. Organleihe	20
2. Zusammenarbeit	21

IV. Struktur und Aufbau der Bundesnetzagentur	21
1. Rechtsstellung der Bundesnetzagentur.....	21
2. Eingliederung in das europäische Regulierungssystem	22
a. Europäische Kommission: Rechtsgrundlagen, Kompetenzen/Aufgaben.....	23
b. ACER	24
c. Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten	24
d. ENTSO Strom bzw. Gas	25
e. sonstige Akteure	25
3. Organisationsstruktur/ Aufbau und interne Organisation	26
a. Präsidium.....	26
b. Beschlusskammern.....	27
c. Beirat	27
d. Länderausschuss.....	28
e. wissenschaftliche Beratung	29
f. Außenstellen	29
Kapitel 2 - Dogmatische Einordnung der Festlegungskompetenz.....	29
I. Regulierungskonzept	30
1. Geschichte der Netzzugangsregulierung	30
2. Methodenregulierung	33
a. Bedeutung/Zweck.....	33
b. Abgrenzung zur konkreten Entgelt- und Bedingungsregulierung.....	33
c. Umsetzung in Deutschland.....	34
d. Konkrete Ausgestaltung	36
e. Bindungswirkung	37
3. Regelungssystematik der Netzentgeltregulierung	38
4. Normierende Regulierung	39
a. Begriff.....	39
b. Abgrenzung zur administrativen Regulierung	40
c. Systemwechsel im Energiesektor	40
II. Anwendungsbereich	41
1. Entscheidungsformen der Regulierungsbehörden.....	41
a. Genehmigung	42
b. Festlegung	42
2. Abgrenzung zu Berichten, Leitfäden und Positionspapieren	43

III. Die Festlegungskompetenz	44
1. Entstehungsgeschichte	44
2. Die rechtlichen Grundlagen der Festlegungskompetenz	45
3. Ausgestaltung	45
a. Entscheidungsinhalt	45
b. Bedingungs- und Methodenregulierung durch Festlegung	47
c. Festlegungsermächtigungen	47
4. Rechtsnatur der Festlegung und Einordnung in System der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen	49
a. Meinungsstand	49
aa. Individualverwaltungsakt	49
bb. Allgemeinverfügung	50
(1) Literatur	50
(2) Bundesgerichtshof	52
cc. Verwaltungsvorschrift	53
dd. Rechtsverordnung	54
ee. Handlungsform sui generis	54
b. Wertung	55
5. Verfahren zum Erlass von Regulierungsentscheidungen	58
6. Verfassungsrechtliche Bedenken	59
Kapitel 3 - Die (relative) Unabhängigkeit der BNetzA	60
I. Das Urteil des EuGH vom 2. September 2021 in der Rechtssache C-718/18	61
1. Sachverhalt und Gang des Verfahrens	61
2. Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella	63
3. Die Entscheidung des EuGH	63
4. Bedeutung des Urteils	65
a. Allgemein	66
b. Auswirkungen des Urteils auf die laufende Regulierungspraxis	66
aa. Grundsatz Anwendungsvorrang	66
(1) Unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen als Voraussetzung	67
(2) Sonderbehandlung von Vertragsverletzungsurteilen	67
(3) Fehlende unmittelbare Anwendbarkeit im konkreten Fall	68
bb. Ausnahme Identitätskontrolle	69
cc. Ausnahme aus Gründen der Rechtssicherheit	70

dd. Zwischenfazit	71
c. Auswirkungen auf vergangene Regulierungsentscheidungen	71
d. Abhilfeerfordernis	72
5. Kritik/Bewertung.....	73
II. Unionsrechtliche Unabhängigkeitsvorgaben	76
1. Notwendigkeit der Unabhängigkeit	76
a. Unabhängigkeitsbegriff	76
b. Entwicklung der sekundärrechtlichen Vorgaben	76
c. Gründe für die Unabhängigkeit	78
2. Elemente der Unabhängigkeit (Anforderungen an die Unabhängigkeit)	79
a. institutionelle/organisatorische Unabhängigkeit	79
b. Funktionelle Unabhängigkeit	80
c. Politische bzw. sachliche Unabhängigkeit	81
d. Personelle Unabhängigkeit.....	81
e. Finanzielle Unabhängigkeit.....	82
3. Freiheit von ministeriellen Weisungen	83
a. Problemaufriss	83
b. Auslegung.....	83
aa. Entstehungsgeschichte und Wortlaut.....	84
bb. Sinn und Zweck.....	84
cc. Systematik.....	85
dd. Zwischenergebnis.....	86
c. Meinungsstand	86
d. Ministerielle Weisungen des BMWK gegenüber den Beschlusskammern.....	87
e. Ministerielle Weisungen des Präsidenten gegenüber den Beschlusskammern	89
f. Einzelweisungen außerhalb des Anwendungsbereichs der unionsrechtlichen Richtlinien ..	90
4. Unabhängigkeit in Bezug auf die Legislative	91
5. Status quo betreffend die BNetzA.....	92
a. Selbständige Bundesoberbehörde.....	92
b. Einfachgesetzliche Rechtslage	92
III. Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip	93
1. Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip	93
a. Anwendungsvorrang des Unionsrechts	94
aa. Prüfungs- und Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts	94

bb. Unionsrechtliches Gebot der Achtung der nationalen Identität gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV	96
(1) Gewährleistungsgehalt.....	96
(2) Rechtsfolgen	97
cc. Mitgliedstaatliche institutionelle Autonomie	98
dd. Zwischenfazit	99
b. Das klassische Modell der demokratischen Legitimation/ herrschendes Legitimationsmodell	99
aa. sachlich-inhaltliche Legitimation	100
bb. organisatorisch-personelle Legitimation	101
cc. institutionell-funktionelle Legitimation.....	101
dd. Zusammenspiel und Ersetzung der Legitimationsformen.....	102
c. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von ministerialfreien Räumen	103
aa. Grundsatz: Ministerialprinzip der Verwaltungsorganisation.....	104
(1) Begriff des ministerialfreien Raumes	104
(2) Verfassungsrechtliche Gebotenheit	105
bb. Anforderungen an die Zulässigkeit ministerialfreier Räume	106
(1) Die Rechtsprechung des BVerfG zur demokratischen Legitimation unabhängiger Verwaltungsbehörden.....	106
(2) Meinungsstand in der Literatur.....	109
(3) Ansätze zur Kompensation des Legitimationsdefizits.....	109
cc. Zwischenfazit.....	111
d. Hierarchieprinzip als Teil der geschützten nationalen Identität?	111
e. Fazit	113
2. Vereinbarkeit mit unionsrechtlichem Demokratieprinzip	113
a. Demokratieprinzip in seiner unionsrechtlichen Ausprägung	113
b. Maßgeblichkeit auch für mitgliedstaatliche Behörden.....	114
c. Die Rechtsprechung des EuGHs zu unabhängigen Behörden.....	114
d. Fazit	115
Kapitel 4 - Rechtsschutz	116
I. Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen	116
1. Unionsrechtliche Vorgaben.....	116
2. Einfachgesetzliche Ausgestaltung.....	117
a. Rechtswegzuweisung	117
b. Kritik an der Rechtswegzuweisung.....	118

c. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	119
c. Eilrechtsschutz, § 77 EnWG.....	120
II. Kontrolldichte für behördliche Regulierungsentscheidungen	120
1. Rechtsprechung	121
a. Entwicklung des Regulierungsermessens durch die Rechtsprechung.....	121
b. Begründungsanforderungen	123
c. Kritik an der Rechtsprechung	124
2. Literatur	125
3. Zwischenfazit	126
III. Administrative Letztentscheidungsbefugnisse als Beschränkung der Kontrolldichte der Gerichte	126
1. Grundsatz: vollständige rechtliche und tatsächliche Verwaltungskontrolle	126
2. Einschränkung durch administrative Letztentscheidungsbefugnisse	127
3. Modifikation durch unionsrechtliche Vorgaben.....	128
a. Keine Einräumung eines Letztentscheidungsrechts durch Sekundärrecht	129
b. Keine unionsrechtliche Forderung der Einräumung eines Letztentscheidungsrechts durch die Mitgliedstaaten.....	131
aa. Auslegung des Sekundärrechts	131
bb. Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-718/18	132
c. Zwischenfazit	133
IV. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	133
1. Art. 20 GG (Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip).....	133
a. Grundsatz der Gewaltenteilung	133
b. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	134
aa. Vorbehalt des Gesetzes.....	134
bb. Vorrang des Gesetzes	135
cc. Bestimmtheitsgrundsatz.....	136
2. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	136
a. Gewährleitung/Inhalt	137
b. Behördliche Entscheidungsspielräume	138
aa. Grundsatz: normative Ermächtigungslehre	138
(1) Fallgruppen.....	139
(2) Indizien	140
bb. Ausnahme: Funktionsgrenzen der Rechtsprechung - funktionelle Ermächtigungslehre .	142
3. Materielle Grundrechte.....	143

4. Grenzen: Abwägungskontrolle.....	145
5. Zwischenergebnis.....	147
V. Dogmatische Einordnung exekutiver Entscheidungsspielräume.....	147
1. Ermessen	148
2. Beurteilungsspielraum.....	149
3. Planungsermessen (Gestaltungsspielraum)	150
4. Regulierungsermessen.....	151
5. Abgrenzung zum Telekommunikationsrecht und § 83 Abs. 5 EnWG.....	151
6. Zwischenergebnis.....	154
Kapitel 5 - Perspektiven für den nationalen Regulierungsrahmen	154
I. EnWG-Novelle aus Dezember 2023	155
1. Gesetzentwurf der Bundesregierung	155
2. In Kraft getretenes Änderungsgesetz	156
3. Bewertung	157
a. Ausweitung der Kompetenzen der BNetzA	157
b. Notwendige Folgeänderungen.....	157
c. Defizite des Änderungsgesetzes	158
aa. Materielle Vorgaben des parlamentarischen Gesetzgebers	159
(1) Vorgaben mit Abweichungsbefugnis	160
(2) Wiedergabe von unmittelbar geltendem Unionsrecht	161
bb. Normativ begründete Festlegungskompetenzen der Regulierungsbehörde	161
cc. Verordnungsermächtigung	162
dd. Zwischenfazit	162
II. Alternative rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der neusten Judikatur.....	162
1. Erhaltung des bisherigen Rechtsrahmens.....	163
2. Änderung des Regulierungsgehalts	163
3. Hochzonung	164
4. Herabzonung	164
a. (Rahmen-)Festlegungen	165
b. Rechtsverordnungen.....	166
c. Verwaltungsvorschriften	168
5. Duales Modell	169
6. Parlamentarische Einflussnahme.....	170

a. Beirat	171
b. Rechenschaftspflichten.....	172
c. Ex-post Kontrolle der Regulierungsentscheidungen bzw. des -ergebnisses	173
d. Konzeptprüfung durch den Deutschen Bundestag	173
e. Ernennung des Leitungspersonals durch das Parlament	173
7. Sonstige Vorschläge zur Erhöhung der Legitimation der BNetzA	174
8. Rechtsaufsicht	174
10. Einbindung in den europäischen Regulierungsverbund.....	175
11. Vorbild des TKG ohne normativen Unterbau	176
12. Erfordernis gesetzlicher Vorgaben	176
13. Energiepolitische Leitlinien als Gestaltungsmöglichkeit des deutschen Mitgliedstaats..	177
III. Anpassungsbedarf im Bereich des Rechtsschutzes.....	178
1. Auswirkungen des EuGH-Urteils C-718/18 auf den Rechtsschutz.....	178
2. Änderungen im Bereich des Rechtsschutzes durch Gesetzesnovelle aus 2023	180
3. Weitere Anpassungsvorschläge.....	180
a. Einschränkung des Regulierungsermessens	181
b. Ausweitung der Vorgaben für den gerichtlichen Überprüfungsmaßstab	181
c. Weitere Instanzen/Gremien/Institutionen.....	182
aa. Behördeninterne Beschwerdeinstanz	182
bb. Unabhängiges wissenschaftliches und interdisziplinäres Expertengremium	182
d. Verrechtlichte Zweckmäßigkeitprüfung	184
e. Ausgestaltung des Verfahrens	185
4. Ausblick zum Rechtsschutz	185
Kapitel 7 - Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	187
Literaturverzeichnis.....	190

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. F.	alte(r) Fassung
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ACER	Agency for the Cooperation of Energy Regulators
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ARegV	Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (Anreizregulierungsverordnung)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAnz.	Bundesanzeiger
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWK	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BNetzA	Bundesnetzagentur
BEGTPG	Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BEVVG	Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise

BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
COM	Europäische Kommission (Commission)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
diff.	differenzierend
DJT	Deutscher Juristentag
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft
Drs.	Drucksachen
DV	Die Verwaltung (Zeitschrift)
DVBt	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ElRL	Elektrizitätsrichtlinie
endg.	endgültig
engl.	englisch
EnK-Aktuell	EnergieKrise-Aktuell (Zeitschrift)
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz)
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen (Zeitschrift)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
ER	EnergieRecht (Zeitschrift)
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EuEnR	Europäisches Energierecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EWeRK	Zeitschrift des Institutes für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft e.V
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgend(e)
ff.	folgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GasRL	Gasrichtlinie
GasNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung)
GasNZV	Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzzugangsverordnung)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb.	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IR	InfrastrukturRecht (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
K&R	Kommunikation & Recht (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KlimR	Klima und Recht (Zeitschrift)
KOM	Europäische Kommission
Komm	Kommentar
krit.	kritisch

lit.	littera
LS.	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
n. F.	neue(r) Fassung
Nr.	Nummer
NRB	ationale Regulierungsbehörde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
N&R	Netzwirtschaften und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
PostG	Postgesetz
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RRL	Rahmenrichtlinie
Rs.	Rechtssache
RuP	Recht und Politik (Zeitschrift)
S.	Satz
S.	Seite
sog.	so genannt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StromNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung)
StromNZV	Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung)
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Teilziffer
UAbs.	Unterabsatz

u. a.	unter anderem
v.	von/ vom
verb.	verbundene
VerwArch	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Tagungsband)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WAR	Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
Ybk. Europ. Law	Yearbook of European Law (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft (Springer)
ZHR	Zeitschrift Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrech

Einleitung

Der Energiesektor unterliegt, insbesondere durch die rechtlichen Entwicklungen der letzten Jahre, einer besonderen Dynamik.

Für besondere Aufmerksamkeit sorgte jüngst das Urteil des Europäischen Gerichtshofes aus September 2021 in der Rechtssache C-718/18. Im Schrifttum wurde die Entscheidung mit Spannung erwartet, da sie sich als richtungsweisend für die Zukunft der Energieregulierung erweist. Die Entscheidung bedeutet einen Strukturwandel für die Energieregulierung in Deutschland. Der Gerichtshof entschied, dass die gesetzlich bzw. verordnungsrechtlich vorstrukturierte Regulierung gegen die sekundärrechtlich vorgegebene ausschließliche Zuständigkeit und Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden verstößt. Der deutsche Energieregulierungsrahmen war damit weitreichend anzupassen. Ähnlich wie im Telekommunikationssektor wird das Steuerungskonzept für die Regulierung künftig stärker administrativ geprägt und die Regulierungsbehörde damit weniger intensiv gesteuert sein.

I. Einführung

Als Wirtschaftszweig kommt der Energiewirtschaft enorme Bedeutung zu, da heutzutage jeder Energieverbraucher ist. Zwar enthält das Grundgesetz, abgesehen von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes betreffend „sämtliche kernenergierelevante Sachverhalte“¹ in Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG, keine konkreten Regelungen zur Energieversorgung. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht schon im Jahr 1994 ausgeführt, das Interesse an einer Stromversorgung sei „so allgemein sei wie das Interesse am täglichen Brot“.² Die Sicherstellung der Stromversorgung sei deshalb eine Gemeinwohlaufgabe des Parlaments.³ Der tägliche Strombedarf ist seitdem nur gestiegen. Insbesondere ist eine zuverlässige Energieversorgung essenziell für Wirtschaft und Gesellschaft eines Landes.

Für den Energiebereich folgt das Bedürfnis nach einer Regulierung des Netzzugangs aus der Tatsache, dass der Transport und die Verteilung von Strom und Gas nur netzgebunden erfolgen kann und diese Netze natürliche Monopole darstellen (vgl. dazu ausführlich **Kapitel 1 I. 3. b.**). Wesentlicher Regulierungsauftrag ist es deshalb, durch Wettbewerbsanreize effizientes Verhalten zu fördern und eine leistungsfähige Infrastruktur zu betreiben. Dabei sind die verschiedenen Interessen entlang der Wertschöpfungsstufen der Energiewirtschaft zu berücksichtigen.

Nach § 1 Abs. 2 S. 1 EnWG dient konkret die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas, der Sicherung eines langfristig angelegten

¹ BVerfG Beschl. v. 07.12.2021 - 2 BvL 2/15, NVwZ 2022, 704 Rn. 77.

² BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994 - 2 BvR 633/86, NJW 1995, 381, 383.

³ Vgl. ebd.; BVerfG, Beschl. v. 20.03.1984 - 1 BvL 28/82, NJW 1984, 1872, 1873; Beschl. v. 16.03.1971 - 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 - NJW 1971, 1255, 1258.

leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen sowie der gesamtwirtschaftlich optimierten Energieversorgung.

Auch in der Europäischen Union kommt dem Energiesektor eine wachsende Bedeutung zu. In den letzten Jahren wurde das nationale Energierecht immer weiter europäisiert. Nach und nach hat sich eine gemeinschaftliche Energiepolitik hin zu einem liberalisierten Energiebinnenmarkt entwickelt.⁴ Dementsprechend sind auch die gesetzlichen Vorgaben zunehmend auf europäischer Ebene zu finden. Die Kommission hat in ihrer Mitteilung „Eine Energiepolitik für Europa“⁵ aus dem Jahr 2007 Ziele für eine nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie formuliert und die dazu erforderlichen Anforderungen an die Netzstruktur dargestellt. Mittlerweile ist die sog. Energieunion eine der politischen Prioritäten der Europäischen Kommission.⁶

Durch den erst mit dem Vertrag von Lissabon im Vertrag über die Arbeitsweise der Union eingeführten Art. 194 enthält das Primärrecht nun eine Regelung über die europäische Energiepolitik. Als Ermächtigungsgrundlage ermöglicht die Norm der Europäischen Union umfassenden Zugriff auf die Regulierung und Steuerung der nationalen Energiemärkte.⁷ Gemeinsam mit der allgemeinen Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV bestehen damit die Rechtsgrundlagen für den Energiebinnenmarkt der EU.

Unter diesen Rahmenbedingungen sollen die dargestellten Ziele der Regulierung durch Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur erreicht werden. Ausgehend von der angesprochenen Entscheidung des EuGH und dem daraufhin novellierten EnWG gewinnt dabei die Regulierung im Wege von Festlegungen an Bedeutung.

II. Ziel der Untersuchung

In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist die rechtliche Einordnung der Entscheidungsform der Festlegung, die durch das EnWG 2005 eingeführt wurde, zwar von Beginn an umstritten gewesen. Gleichwohl wird die Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur als Fremdkörper in der deutschen Dogmatik nicht weiter untersucht.

Ziel der Arbeit ist es daher, die der Bundesnetzagentur zukommende Festlegungskompetenz zu analysieren und dogmatisch einzuordnen. Insbesondere soll die Entstehungsgeschichte, die Funktion und etwaige Besonderheiten der Festlegungsbefugnis aus verwaltungsrechtlicher Sicht beleuchtet werden. Damit soll zugleich eine Grundlage für die neusten Entwicklungen im Energiewirtschaftsrecht, insbesondere die zunehmende Bedeutung der Festlegungen vor dem Hintergrund der letzten EnWG-Novelle, geschaffen werden.

Darüber hinaus nimmt die Arbeit den Zusammenhang zwischen der Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur und der Organisation der Regulierungsverwaltung in den Blick. Dabei stehen insbesondere die unionsrechtlichen Vorgaben zur Unabhängigkeit der nationalen

⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß*, Berl.Komm I 1, Einl. B, Rn. 1.

⁵ *Europäische Kommission*, Mitteilung v. 10.01.2007, KOM(2007) 1 endg.

⁶ Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung v. 23.11.2017, COM(2017) 688 final, S. 1.

⁷ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 194 AEUV Rn. 15.

Regulierungsbehörde im Fokus. Die rechtliche Untersuchung der Festlegungskompetenz der Regulierungsbehörde konzentriert sich auf die Frage, welche gewachsene Rolle die Festlegungen der Bundesnetzagentur im Rahmen der durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-718/18 erforderlichen Anpassungen des Energieregulierungsrechts spielen. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob und wie die erweiterte Festlegungsbefugnisse der Bundesnetzagentur dazu geeignet sind, die Regulierung künftig unionsrechtskonform auszugestalten.

Schließlich geht die Untersuchung der Frage nach, wie Rechtsschutz gegen die Festlegungen zu erlangen ist. Im Fokus steht dabei die Beantwortung der umstrittenen Frage, welche Kontrolldichte für regulierungsbehördliche Entscheidungen sachangemessen ist. Darüber hinaus soll die Arbeit aufzeigen, welche rechtlichen Möglichkeiten für den nationalen Rechtsrahmen in Zukunft bestehen.

III. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in fünf Teile.

Im ersten Kapitel werden die wirtschaftswissenschaftlichen Hintergründe von Regulierung allgemein sowie dem Erfordernis der Regulierung konkret in den Netzwirtschaften und im Bereich der Elektrizitäts- und Gasnetze dargelegt. Dabei wird der regulierungstheoretische Hintergrund für die anschließende Untersuchung des Regulierungskonzepts im Energiebereich dargestellt. Hierzu wird zu Beginn der Energiesektor als solcher in den Blick genommen und aufgezeigt, welche Besonderheiten dieser aufweist und weshalb eine Regulierung in den Infrastruktursektoren überhaupt notwendig ist. Sodann wird die Zuständigkeit der als allgemeine Infrastrukturbehörde tätigen Bundesnetzagentur sowie deren Struktur und Aufbau einschließlich ihrer Zusammenarbeit mit internationalen Akteuren betrachtet.

Im zweiten Teil wird die Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur dogmatisch untersucht und eingeordnet. Dazu wird zunächst das bestehende Regulierungskonzept und die geschichtliche Entwicklung der Netzzugangsregulierung von den 90er-Jahren bis heute analysiert, bevor die Festlegungskompetenz als solche eingehend untersucht wird. Als nächstes wird der Anwendungsbereich von Festlegungen in Abgrenzung zu Genehmigungen der Bundesnetzagentur herausgearbeitet. Sodann wird die Entstehungsgeschichte der Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur und ihre rechtlichen Grundlagen dargestellt, bevor die inhaltliche Ausgestaltung derselben in den Blick genommen wird.

Es wird die lange umstrittene Frage der Rechtsnatur der Festlegung untersucht und diese Entscheidungsform der Verwaltung in das bestehende System der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen eingeordnet. Zuletzt wird ein kurzer Überblick über bestehende Verfahrensvorschriften zum Erlass von Regulierungsentscheidungen gegeben und aufgezeigt, welche verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Festlegungsermächtigungen teilweise geäußert werden.

Das dritte Kapitel beschäftigt sich mit den unionsrechtlichen Unabhängigkeitsvorgaben. Dabei wird zunächst das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-718/18

untersucht, dessen Auswirkungen auf vergangene und künftige Regulierungsentscheidungen dargelegt und die Entscheidung sodann kritisch bewertet. Anschließend wird die Entwicklung der Unabhängigkeitsvorgaben beschrieben und herausgearbeitet, aus welchen Elementen sich diese zusammensetzt. Es wird das Erfordernis einer Unabhängigkeit untersucht und dabei insbesondere auch die viel diskutierte Frage, ob die unionsrechtlich geforderte Unabhängigkeit auch die Freiheit von ministeriellen Weisungen umfasst, beantwortet.

Das vierte Kapitel widmet sich dem Rechtsschutz der Betroffenen gegen Regulierungsentscheidungen. Dabei wird zunächst untersucht, welche Kontrolldichte konkret für behördliche Regulierungsentscheidungen sachangemessen ist, bevor allgemein administrative Letztentscheidungsbefugnisse als Beschränkung der Kontrolldichte der Gerichte und deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit veranschaulicht und exekutive Entscheidungsspielräume dogmatisch eingeordnet werden.

Im letzten Kapitel wird die Untersuchung der Frage nachgehen, welche Neuerungen die Gesetzesnovelle des EnWG aus Dezember 2023 bringt. In einem weiteren Schritt wird gefragt, ob dem durch den EuGH festgestellten Unionsrechtsverstoß mit dem Änderungsgesetz wirksam abgeholfen wurde. Das Änderungsgesetz wird kritisch bewertet und es wird aufgezeigt, welche alternativen rechtlichen Umsetzungsmöglichkeiten zur Abhilfe des Verstoßes bestehen. Darüber hinaus wird ein Ausblick gegeben, welche Perspektiven für die weitere Entwicklung der Energieregulierung und insbesondere den rechtlichen Regulierungsrahmen bestehen.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

Kapitel 1 - Die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

Die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen ist die zentrale Regulierungsbehörde in der Bundesrepublik Deutschland. Ursprünglich ging sie aus der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post hervor und wurde durch § 1 BEGTPG⁸ umbenannt. Gleichzeitig wurde sie zur maßgeblichen Infrastrukturbehörde für die Aufsicht und sektorspezifische Regulierung der großen Netzwirtschaften ausgebaut. Damit hat man sich trotz anfänglicher Skepsis für eine sektorübergreifende Netzwirtschaftsregulierungsbehörde entschieden.⁹ Durch eine für alle Netzsektoren zuständige Regulierungsinstitution wird eine Regulierung aus einer Hand gewährleistet. Die Tätigkeitsgebiete, auf welchen der BNetzA Aufgaben zukommen, ergeben sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BEGTPG. Als neustes Aufgabengebiet der Behörde ist jüngst die Wasserstoffnetzinfrastuktur hinzugekommen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 BEGTPG).

⁸ Vgl. Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BEGTPG), BGBl I, S. 1970.

⁹ Vgl. *Monopolkommission*, XIV. Hauptgutachten, Tz. 800 f.

I. Regulierung

1. Begriff der Regulierung

Unter Regulierung versteht man im Allgemeinen staatliche Eingriffe in das Wirtschaftsgeschehen zur Verhaltensbeeinflussung von Wirtschaftssubjekten mit dem Ziel, unerwünschte Marktergebnisse zu korrigieren bzw. zu vermeiden.¹⁰ Darüber hinaus können gegebenenfalls politische Ziele verfolgt und der Markt gestaltet werden.¹¹ Regulierung bedeutet eine Einschränkung der Gewerbe- und Vertragsfreiheit durch staatliche Eingriffe.¹²

Neben der Differenzierung nach den Regulierungsinstrumenten, wird auch nach den verfolgten Zielen und Auswirkungen der Regulierung unterschieden.¹³ Dabei wird zwischen ökonomischer und sozialer Regulierung, die andere, nicht auf wirtschaftliches Handeln gerichtete Belange verfolgt, differenziert.¹⁴

Ökonomische Regulierung bezieht sich im Gegensatz zur sozialen Regulierung auf Märkte, in welchen ein Regulierungsbedarf aufgrund von monopolistischen Strukturen oder sonstigen Marktversagens besteht. Die Wettbewerbsregulierung als Teil der ökonomischen Regulierung dient unmittelbar der Schaffung und Erhaltung wirksamen Wettbewerbs.¹⁵ Reguliert wird folglich dort, wo kein wirksamer Wettbewerb besteht.¹⁶

Einschränkend bezieht sich die sektorspezifische Regulierung nur auf bestimmte Wirtschaftssektoren.¹⁷ Auch der Gesetzgeber hat im Kontext des Energiewirtschaftsrechts ein enges netzbezogenes Regulierungskonzept zugrunde gelegt.¹⁸ Bestandteile des Energiesektors sind nach § 3 Nr. 14 EnWG Elektrizität, Gas und Wasserstoff, soweit sie zur leistungsgebundenen Energieversorgung verwendet werden.

Letztlich stellt die Regulierung auch eine Form der Wirtschaftsaufsicht dar.¹⁹ Sofern von „Regulierungsverwaltungsrecht“ die Rede ist, bezieht sich der Begriff auf die öffentlich-rechtliche Komponente der Regulierung in Abgrenzung zur Wirtschaftsaufsicht.²⁰

¹⁰ Vgl. *Baldwin/Cove/Lodge*, Understanding Regulation, S. 3; *Fehling*, in: Zukunft d. öff. Sektors, S. 97; *Groebel*, in: Verantwortung für Netze, S. 74; einen Überblick der verschiedenen Definitionen gibt *Spulber*, Regulation and Markets, S. 22 ff.

¹¹ Vgl. *Eifert*, in: GVwR I, § 19 Rn. 9.

¹² Vgl. *Leschke*, in: Regulierungsrecht, § 6 Rn. 18.

¹³ Vgl. *Kneihs*, ZÖR 60 (2005), 11.

¹⁴ Vgl. ebd.; *Merk*, in: FS Schmidt-Preuß, S. 720.

¹⁵ Vgl. *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 14, 20; *Ogus*, Regulation, S. 5.

¹⁶ Vgl. *Baldwin/Cave/Lodge*, Understanding Regulation, 15 f.; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 76 ff.; *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 46.

¹⁷ Vgl. *Picot*, in: 10 J. wettbewerbsorientierte Regulierung, S. 9; *Säcker*, in: BerlKomm I 1, Einl. A Rn. 66.

¹⁸ Vgl. *Ludwigs*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, § 1 Rn. 47.

¹⁹ Vgl. *Knauff*, VerwArch 2007, 384; *Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel*, in: Öff. WirtschaftsR. § 23 Rn. 47; *von Danwitz*, DÖV 2004, 977.

²⁰ Vgl. *Knauff*, VerwArch 2007, 384; *Masing*, Gutachten D zum 66. DJT, D 20 ff.

2. Zwecke/Rechtfertigung der Regulierung

In einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung, wie sie in Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV verankert ist und deren wesentliches Ordnungsprinzip der Wettbewerb darstellt, bedürfen staatliche Eingriffe einer Begründung.²¹

Die wie oben dargestellt verstandene Regulierung verfolgt zwei Zwecke. Sie dient zum einen der Behebung dieses Marktversagens und der Schaffung von funktionierendem Wettbewerb. Der zweite Zweck ist die Gemeinwohlsicherung.²²

a. Marktversagen

Wettbewerbstheoretischer Grund für die Regulierung ist ein Versagen des Marktes in bestimmten Bereichen des Energiesektors. Marktversagen bezeichnet eine Situation, in welcher der Markt ineffizient ist, weil die Preise nicht die richtigen Signale an Konsumenten und Produzenten senden.²³

Grundsätzlich funktioniert Wettbewerb als freies Spiel der Kräfte ohne staatliche Eingriffe.²⁴ Eine Volkswirtschaft verteilt ihre Ressourcen durch die „unsichtbare Hand des Marktes“²⁵ automatisch ohne regulierende Eingriffe von außen effizient. Der Begriff effizient ist dabei im Sinne von „pareto-effizient“ zu verstehen. Das heißt eine Möglichkeit der Neuverteilung von Gütern und Ressourcen, die mindestens einen Akteur besserstellt, ohne einen anderen schlechter zu stellen, existiert nicht (allokative Effizienz).²⁶

Im „Modell des vollkommenen Marktes“ führt ein Preismechanismus zu einem Marktgleichgewicht, das eine effiziente Zuteilung (Allokation) von Ressourcen und Gütern bewirkt.²⁷ Der Preis bildet sich dabei im Regelfall nach den sog. Grenzkosten, als den Kosten, die für die zusätzliche Produktion einer Einheit eines Produktes entstehen.²⁸ Die Konkurrenten eines Anbieters eines bestimmten Produktes unterbieten dessen Preis so lange, bis dieser den Grenzkosten entspricht.²⁹

Marktversagen meint demgegenüber eine Situation, in welcher der Markt aufgrund struktureller Eigenschaften nicht in der Lage ist, die Ressourcen und Güter effizient zu verteilen.³⁰

Der Monopolist hat keine Konkurrenten, welche den Preis den Grenzkosten annähern könnten. Er kann deshalb seinen Gewinn dadurch maximieren, dass er eine Menge anbietet, bei der die

²¹ Vgl. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 15 f.; *Schmidt-Preuß*, in: FS Sacker, S. 977.

²² Vgl. *Lepsius*, in: Regulierungsrecht, § 4 Rn. 3; *Picot*, in: 10 J. wettbewerbsorientierte Regulierung, S. 12.

²³ Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, S. 377.

²⁴ Vgl. *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Rn. 3; *Schmidt-Preuß*, in: *BerIKomm I* 1, Einl. B Rn. 30.

²⁵ *Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, S. 35.

²⁶ Vgl. *Leschke*, in: Regulierungsrecht, § 6 Rn. 23; *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, S. 700.

²⁷ Vgl. *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 3; *Leschke*, in: Regulierungsrecht, § 6 Rn. 23; *Mühlenkamp*, in: *Hrbek/Nettesheim*, Europäische Union, S. 65.

²⁸ Vgl. *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 3; *Breyer*, Regulation and Its Reform, S. 15.

²⁹ Vgl. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 175 f.

³⁰ Vgl. *Leschke*, in: Regulierungsrecht, § 6 Rn. 24; *Mühlenkamp*, in: *Hrbek/Nettesheim*, Europäische Union, S. 65.

Grenzkosten mit den Grenzerlösen übereinstimmen.³¹ Der Grenzerlös ist der Erlös, der durch den Verkauf einer zusätzlichen Einheit eines Produktes erwirtschaftet wird.³²

Im Vergleich zu einem funktionierenden Markt wird bei dieser Form der Preisbildung eine geringere Menge zu einem höheren Preis angeboten. Der Monopolist verhält sich somit regelmäßig allokativ ineffizient.³³ Die Selbststeuerung der Wirtschaft wirkt unter diesen Bedingungen nicht und es liegt ein Fall des Marktversagens vor. In der Folge kann sich auch kein angemessener Preis herausbilden. Die staatliche Regulierung soll deshalb Marktkräfte simulieren und die „unsichtbare Hand des Marktes“ substituieren.³⁴ Durch den ex-ante Eingriff der Regulierungsbehörde soll ein „level-playing-field“ hergestellt werden, das Marktzutritte ermöglicht, schon bevor es zu einer Marktstörung kommt.³⁵ Mangels Bestehens eines effektiven Marktes muss ein solcher mit rechtlichen Mitteln durch eine Regulierung der monopolistischen Bereiche des Energiesektors hergestellt werden.³⁶

b. Gemeinwohlsicherung

Aus wirtschaftsverfassungstheoretischer Sicht ergibt sich ein Regulierungsbedarf auch aus dem Bedürfnis der Bevölkerung nach den Dienstleistungen des Energiesektors.³⁷ Ziel ist es eine leistungsfähige Infrastruktur zu betreiben.

Dies gilt umso mehr, als die Energieversorgung der Daseinsvorsorge unterfällt.³⁸ So hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die Sicherstellung der Energieversorgung als Leistung, die zu den elementaren menschlichen Bedürfnissen gehört, ein „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“ darstellt.³⁹ Der Qualifizierung von Energie als öffentliches Gut entspricht auch die Verankerung einer Allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht bereits im EnWG von 1935⁴⁰ (vgl. § 6 Abs. 1).

Um auch nach dem staatlichen Rückzug infolge der Privatisierung dieser Bereiche sicherzustellen, dass die Leistungserbringung gewährleistet ist, muss der Staat bei Bedarf regelnd eingreifen.⁴¹

³¹ Vgl. *Aschinger*, WiSt 1985, 546; *Leschke*, in: *Regulierungsrecht*, § 6 Rn. 56; *Müller/Vogelsang*, Staatliche Regulierung, S. 37.

³² Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, S. 332.

³³ Vgl. *Aschinger*, WiSt 1985, 546; *Keeler/Foreman*, in: *Palgrave Dictionary*, S. 213; *Salop*, in: *Palgrave Dictionary*, S. 669.

³⁴ Vgl. *Säcker*, in: *Verantwortung für Netze*, S. 125; *Schmidt-Preuß*, in: *FS Kühne*, S. 331; *Ders.*, *BerlKomm*, Einl. B, Rn. 31.

³⁵ Vgl. *Groebel*, in: *Verantwortung für Netze*, S. 75; *Kurth*, in: 10 J. wettbewerbsorientierte Regulierung, S. 3.

³⁶ Vgl. *Cremer*, in: *Regulierungsrecht*, § 5 Rn. 94; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 229; *Kneihs*, ZÖR 60 (2005), 25.

³⁷ Vgl. *Ruffert*, in: *Regulierungsrecht*, § 7 Rn. 24 f.

³⁸ Vgl. *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 1; *Wolff*, in: *Schneider/Theobald*, § 5 Rn. 43.

³⁹ So BVerfG, Beschl. v. 20.03.1984 - 1 BvL 28/82, NJW 1984, 1872, 1873; Beschl. v. 16.03.1971 - 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 - NJW 1971, 1255, 1258.

⁴⁰ Vgl. Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft, RGBI. I, S. 1451.

⁴¹ Vgl. *Knauff*, VerwArch 2007, 383; *Ruffert*, in: *Regulierungsrecht*, § 7 Rn. 25; *von Danwitz*, DÖV 2004, 984.

3. Bedürfnis einer Regulierung im Energiesektor

a. Strukturelle Besonderheiten von Netzen

Während sich in der juristischen Praxis bisher keine Definition des Netzbegriffs findet, hat sich in der Wirtschaftswissenschaft bereits eine Begriffsbestimmung ergeben. Der Netzbegriff erfasst Wirtschaftszweige mit im Wesentlichen vergleichbaren wirtschaftlichen Besonderheiten.⁴² Netze lassen sich als „raumübergreifende, komplex verzweigte Transport- und Logistiksysteme für Güter, Personen oder Informationen“⁴³ beschreiben. Sie ermöglichen den Austausch von Gütern und Dienstleistungen.

Netzinfrastrukturen sind typischerweise durch Bündelungs- (Economies of Scope) und Größenvorteile (Economies of Scale) gekennzeichnet.⁴⁴ Zudem ist der Aufbau und die Instandhaltung der Netze mit sehr hohen irreversiblen Kosten verbunden.⁴⁵ Charakteristische Eigenschaften von Netzen sind zudem die so genannten Netzwerkeffekte, die beim Aufbau und Betrieb von Netzen auf der Nutzen- und Kostenseite der Netze auftreten.⁴⁶ Netzwerkeffekte sind die Vorteile, die sich für die Nutzer eines Gutes dadurch ergeben, dass die Anzahl der Netznutzer steigt und der Nutzen der Konsumenten damit mit der Anzahl der Netzteilnehmer bzw. -anschlüsse korreliert.⁴⁷ Ein zusätzlicher Netznutzer steigert die Verbindungsmöglichkeiten und die Reichweite des Netzes.

b. Energieversorgungsnetze als natürliches Monopol

Für den Energiebereich folgt das Bedürfnis nach einer Regulierung des Netzzugangs aus der Tatsache, dass der Transport und die Verteilung von Strom und Gas nur netzgebunden erfolgen kann und diese Netze natürliche Monopole darstellen.⁴⁸ Solche liegen in der Ökonomik vor, wenn die Belieferung des relevanten Marktes durch einen Anbieter allein wirtschaftlicher ist, als wenn die Nachfrage durch mehrere Unternehmen bedient werden würde.⁴⁹

⁴² Vgl. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 41; Monopolkommission, XI. Hauptgutachten, Tz. 49.

⁴³ Vgl. von Weizsäcker, ZfE 1994, 197.

⁴⁴ Vgl. Blankart/Knieps, Netzökonomik, S. 3; Ruffert, in: Regulierungsrecht, § 7 Rn. 46.

⁴⁵ Vgl. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 42; Blankart/Knieps, Netzökonomik, S. 4.

⁴⁶ Vgl. Economides, International Journal, S.691; Leschke, in: Regulierungsrecht, § 6 Rn. 65.

⁴⁷ Vgl. Blankart/Knieps, Netzökonomik, S. 8; Economides, International Journal, S. 678; Katz/Shapiro, Journal of Political Economy 1986, 822 f.; von Weizsäcker, ZfE 1994, 198.

⁴⁸ Vgl. Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 166; Schmidt-Preuß, in: FS Kühne, S. 331, 341; Theobald, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 1 EnWG, Rn. 34; Monopolkommission, 3. Sektorgutachten Energie, Tz. 55.

⁴⁹ Vgl. Demsetz, Journal of Law and Economics, 56; Knieps, Wirtschaftsökonomie, S. 23; Krakowski, Wirtschaftsdienst 1985, 407. Baumol/Panzar/Willig, Contestable Markets, S. 169; Monopolkommission, 3. Sektorgutachten Energie, Tz. 91; Spulber, Regulation and Markets, S. 3.

Die Hauptursache für diesen Effekt, der als Subadditivität der Kostenfunktion bezeichnet wird, sind Größen- und Verbundvorteile.⁵⁰ Die hohen Fixkosten der Netzzurhaltung führen erst bei zunehmender Auslastung des Netzes zu einer Kostendegression.⁵¹

Daneben sind natürliche Monopole durch irreversible Kosten („sunk costs“) charakterisiert, da die tendenziell hohen Investitionskosten für den Netzaufbau im Falle des Marktaustritts wertlos werden. Ursächlich dafür ist zum einen die geographische Lage der Netze, zum anderen das Fehlen einer alternativen Nutzungsmöglichkeit.⁵² Diese irreversiblen Kosten bestimmen, wie hoch die Marktzutrittschancen sind.⁵³ Für den alteingesessenen Netzbetreiber als Marktinhaber sind diese Kosten anders als für die potentiellen Wettbewerber nicht mehr relevant.⁵⁴

Sowohl die subadditive Kostenfunktion als auch die irreversiblen Kosten sind typisch für ein sogenanntes monopolistisches Bottleneck.⁵⁵ Freier und gleicher Wettbewerb ist unter diesen Bedingungen nicht möglich. Deshalb stellen natürliche Monopole einen der wettbewerbstheoretischen Gründe für ein Marktversagen dar, die eine Regulierung rechtfertigen können.⁵⁶ Liegt eine Marktmacht infolge eines natürlichen Monopols vor, ist ein regulatorischer Eingriff notwendig, um zu verhindern, dass der Monopolist gesamtwirtschaftlich unbefriedigende Investitionsentscheidungen trifft.⁵⁷

c. Disaggregierter Regulierungsansatz

Im Rahmen eines disaggregierten Regulierungsansatzes sollen jedoch nur die Teilbereiche mit stabiler Marktmacht reguliert werden und nicht wie in der traditionellen Regulierungsökonomie das natürliche Monopol als Ganzes.⁵⁸ Um den regulatorischen Eingriff so gering wie möglich zu halten und gleichzeitig funktionsfähigen Wettbewerb in den vor- und nachgelagerten Marktstufen herzustellen, ist es danach ausreichend die Zutrittsbedingungen zu dem monopolistischen Bottleneck zu regulieren. So wird eine unerwünschte Überregulierung vermieden.

Entsprechend dieses Ansatzes muss man zwischen Netzbereichen mit funktionsfähigem Wettbewerb (aktiver oder potentieller Natur) und Netzbereichen mit stabiler Marktmacht unterscheiden.

⁵⁰ Vgl. *Bettzüge/Kesting*, in: *Regulierung in der Energiewirtschaft*, Kap. 4 Rn. 5; *Fritsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, S. 168 ff.; *Knieps*, *Wettbewerbsökonomie*, S. 23 ff.; *Krakowski*, *Wirtschaftsdienst*, 407.

⁵¹ Vgl. *Leschke*, in: *Regulierungsrecht*, § 6 Rn. 100; *Monopolkommission*, XIV. Hauptgutachten, Tz. 816.

⁵² Vgl. *Bettzüge/Kesting*, in: *Regulierung in der Energiewirtschaft*, Kap. 4 Rn. 8; *Knieps*, in: *Zwischen Regulierung und Wettbewerb*, S. 11, 13.

⁵³ Vgl. *Elberfeld*, in: *FS von Weizsäcker*, S. 173; *Spulber*, *Regulation and Markets*, S. 603.

⁵⁴ Vgl. *Blankart/Knieps*, *Netzökonomik*, S. 4.

⁵⁵ Vgl. *Bettzüge/Kesting*, in: *Regulierung in der Energiewirtschaft*, Kap. 4 Rn. 3, 8; *Spulber*, *Regulation and Markets*, S. 603.

⁵⁶ Vgl. *Cameron*, *Competition in Energy Markets*, Rn. 1.76; *Eekhoff/Vossler*, in: *Regulierung in der Energiewirtschaft*, Kap. 1 Rn. 21.

⁵⁷ Vgl. *Bettzüge/Kesting*, in: *Regulierung in der Energiewirtschaft*, Kap. 4 Rn. 3.

⁵⁸ Ausführlich hierzu *Knieps*, *Wettbewerbsökonomie*, S. 95 ff.; *Knieps*, in: *Zwischen Regulierung und Wettbewerb*, S. 4 ff.

d. Wettbewerbstheoretischer Ansatz: Theorie der angreifbaren Märkte

Um die regulierungsbedürftigen monopolistischen Engpassbereiche zu identifizieren wurde die Theorie der angreifbaren Märkte (Theory of Contestable Markets) entwickelt.⁵⁹ Die Möglichkeit der Ausnutzung der Marktmacht hängt maßgeblich von der Bestreitbarkeit der Marktposition ab. Ein bestreitbarer Markt ist ein Markt, bei welchem der Marktzutritt frei und der Marktaustritt für jeden Teilnehmer ohne Kosten realisierbar ist.⁶⁰

Nach dieser Theorie ist die Position des Monopolisten dann bestreitbar, wenn dieser mangels irreversibler Kosten und durch das Vorhandensein vollständiger Informationen der potentiellen Konkurrenz nur kostendeckende Durchschnittskostenpreise verlangen kann.⁶¹ Weitere Bedingung ist das sogenannte Bertrand-Nash-Verhalten der Wettbewerber: Diese berechnen ihre Marktchancen, indem sie den aktuellen Preis des Marktinhabers als gegeben annehmen und ihre Entscheidung danach ausrichten.⁶²

Unter diesen Umständen verhält sich der Monopolist genau wie unter Wettbewerb. Der Marktinhaber kann seine Situation nicht ausnutzen, da keine Marktzutrittsschranken bestehen, die Wettbewerber über vollständige Marktinformationen verfügen und auf Preisänderungen reagieren würden. Eine stabile Marktmacht besteht aufgrund der Angreifbarkeit folglich nicht.

e. vor- und nachgelagerte Marktstufen

Die Anwendung dieser Ansätze zeigt, dass es auch in den Netzwirtschaften Bereiche gibt, in welchen Wettbewerb möglich ist. Dabei handelt es sich um die vorgelagerten Marktstufen der Erzeugung und Beschaffung sowie um die nachgelagerte Marktstufe des Vertriebs. Diese Wertschöpfungsstufen sind durch funktionsfähigen Wettbewerb aktiver oder potentieller Art gekennzeichnet und weisen keinen Bottleneck-Effekt auf.⁶³ Im Rahmen der Energieversorgung stellt somit lediglich das Verteilnetz einen monopolistischen Engpassbereich dar.⁶⁴

Gleichzeitig stellt der ungehinderte Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen für den Wettbewerb (Third Party Access) auf den vor- und nachgelagerten Ebenen eine wesentliche Einrichtung (essential facility) dar.⁶⁵ Eine solche wesentliche Einrichtung liegt immer dann vor, wenn diese unverzichtbar ist, um Wettbewerbern die Geschäftstätigkeit zu ermöglichen oder um Kunden zu erreichen und die Einrichtung nicht mit angemessenen Mitteln neu erschaffen werden kann.⁶⁶ Das monopolistische Bottleneck verhindert Wettbewerb auf den vor- und

⁵⁹ Vgl. *Knieps*, in: Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 12.

⁶⁰ Vgl. *Aschinger*, WiSt 1984, 217; *Picot*, in: 10 J. wettbewerbsorientierte Regulierung, S. 19.

⁶¹ Vgl. *Baumol/Panzar/Willig*, Contestable Markets, S. 5 ff.; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 184 ff.; *Schwintowski*, WuW 1999, 848.

⁶² Vgl. *Baumol/Panzar/Willig*, Contestable Markets, S. 5; *Blankart/Knieps*, Netzökonomik, S. 4.

⁶³ Vgl. *Knieps*, Wirtschaftsökonomie, S. 35 f.; *Knieps*, in: Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 10 f.; *Leschke*, in: Regulierungsrecht, § 6 Rn. 99.

⁶⁴ Vgl. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 211.

⁶⁵ Vgl. *Brunekreeft*, in: Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 25; *Monopolkommission*, 3. Sektorgutachten Energie, Tz. 91.

⁶⁶ Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, Abl. C 265 v. 22.08.1998, S. 2 ff. Tz. 68. Zur dem im

nachgelagerten Wertschöpfungsstufen. Freier Marktzutritt zu den Versorgungsnetzen ist deshalb unabdingbare Voraussetzung dafür, dass es im Energiebereich zu Wettbewerb kommen kann.

f. konkrete Umsetzung

Die Netzzugangsregulierung soll dementsprechend dazu führen, dass die Beteiligten der dem Netz vor- und nachgelagerten Marktstufen dieses zu wettbewerbsanalogen Bedingungen nutzen können.⁶⁷ Eine Marktmachtübertragung auf diese grundsätzlich wettbewerbsfähigen Stufen soll dadurch verhindert werden, dass den Konkurrenten diskriminierungsfreier Zugang zur Netzinfrastruktur gewährt wird.⁶⁸ Dementsprechend regelt § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG die Pflicht zur Gewährung des Netzzugangs sowie dessen Voraussetzungen. Das Ziel der Wettbewerbsöffnung wird dabei durch einen privatrechtlichen Netzzugangsanspruch verwirklicht.

Die Zwecke der Regulierung des Netzzugangs könnten jedoch nicht erreicht werden, wenn nicht auch das Entgelt reguliert werden würde. Deshalb müssen in einem zweiten Schritt auch die Zugangsgebühren (access charges) reguliert werden.⁶⁹ Die §§ 21 ff. EnWG regeln die Entgelte und die Rahmenbedingungen der als Anreizregulierung ausgestalteten ex-ante Entgeltregulierung (vgl. dazu **Kapitel 2 I. 2. c. und 3.**). Konkretisiert werden diese Vorschriften durch die Anreizregulierungsverordnung. Um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs zu gewährleisten, wurde flankierend dazu die Entflechtungsregulierung nach den §§ 6 ff. EnWG etabliert.

Die relevanten Instrumente zur Förderung des Wettbewerbs in der Energiewirtschaft sind somit die Zugangs-, Entgelt- und Entflechtungsregulierung.⁷⁰ Die den Netzen komplementären Marktstufen sind dagegen der Regulierung entzogen und werden von den Kartellbehörden ex-post überwacht (zur Abgrenzung unten unter **II. 3.**).⁷¹

g. Zwischenfazit

Dieses Ergebnis entspricht der Konzeption des EnWG. Bereits aus § 1 Abs. 2 EnWG, der als Zweck und Ziele des Gesetzes die „Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze“ nennt, ergibt sich, dass der Regulierungsgegenstand auf die Netze beschränkt sein soll.

Wesentlichen entsprechenden aus dem amerikanischen Antitrust-Recht stammenden *essential facilities doctrine* zusammenfassend Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV, Rn. 250 ff.

⁶⁷ Vgl. Franke, in: Handbuch Öffentliches WirtschaftsR, § 10 Rn. 49. Monopolkommission, 3. Sektorgutachten Energie, Tz. 91, 134; Theobald, in: Theobald/Kühlung, Bd. 1, § 1 EnWG Rn. 35.

⁶⁸ Vgl. Brunekreeft, in: Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 25; Fehling, in: Zukunft d. öff. Sektors, S. 102.

⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 14/9903, Rn. 729; Brunekreeft, in: Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 25; Kühling/Rasbach/Busch, Energierecht, Kap. 1 Rn. 2; Ludwigs, in: Ruffert [Hrsg.], § 5 Rn. 178; Theobald, in: Theobald/Kühlung, Bd. 1, § 1 EnWG Rn. 39.

⁷⁰ Vgl. Kühling/Rasbach/Busch, Energierecht, Kap. 1 Rn. 2.

⁷¹ Vgl. Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 374.

Auch das Ziel, wirksamen und unverfälschten Wettbewerb herzustellen bezieht sich auf das Verhältnis zwischen dem Netzbereich und dem diesen vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufen. Durch die Regulierung soll sichergestellt werden, dass der Monopolist seine Marktmacht nicht dazu ausnutzen kann, Konkurrenten auf den vor und nachgelagerten Marktstufen zu behindern.

So war es auch Ziel der Gesetzesnovelle aus dem Jahr 2005, neben der europarechtskonformen Umsetzung der Richtlinien durch die Regulierung des Netzbetriebs wirksamen Wettbewerb auf den dem Netzbereich vor- und nachgelagerten Märkten zu erreichen.⁷² Dieses Ziel wird durch eine Regulierung des Energietransports erreicht (vgl. die Regelungen zum Betrieb von Versorgungsnetzen, §§ 11 ff. EnWG, zum Netzanschluss, §§ 17 ff. sowie zum Netzzugang §§ 20 ff. EnWG).

Die beiden Richtlinien des zweiten Binnenmarktpakets aus dem Jahr 2003⁷³ sehen zwar ein umfassendes Regulierungssystem für den Strom- und Erdgasbetrieb für die Mitgliedstaaten vor⁷⁴, belassen diesen aber noch Ausgestaltungsfreiräume.

II. Zuständigkeit der Bundesnetzagentur

1. Aufgaben

Die Zuständigkeiten der BNetzA sind im EnWG, dem Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen sowie bis zu deren gestuften Außerkrafttreten in den ausführenden Begleitverordnungen geregelt. Danach kommt der Bundesnetzagentur in erheblichem Umfang Regulierungskompetenzen zu, wobei es sich vornehmlich um den Bereich der netzbezogenen Regulierung handelt.

Nach § 2 Abs. 1 BEGTPG ist die Bundesnetzagentur auf den Gebieten des Rechts der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff, einschließlich des Rechts der erneuerbaren Energien im Strombereich, des Telekommunikationsrechts, des Postrechts sowie des Rechts des Zuganges zur Eisenbahninfrastruktur nach Maßgabe des Bundes Eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetzes tätig. Nach § 2 Abs. 2 BEGTPG nimmt die Bundesnetzagentur der ihr nach Abs. 1 zugewiesenen Tätigkeiten die Verwaltungsaufgaben des Bundes wahr, die ihr durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zugewiesen sind. Zentrale Aufgabe der Bundesnetzagentur ist die wettbewerbliche Regulierung der Netzwirtschaften.

Innerhalb des Energierechts ist ihr die ausschließliche Zuständigkeit für die Regulierungsentscheidungen im Bereich der Netzanschluss und -zugangsbedingungen für Strom- und Gasnetze zugewiesen. Zudem kommen ihr nach §§ 65 bis 74 EnWG vielfältige

⁷² Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 46.

⁷³ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, Abl. L 176 v. 15.07.2003, S. 37 ff. (im Folgenden EltRL 2003); Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, Abl. L 176 v. 15.07.2003, S. 57 ff. (im Folgenden GasRL 2003).

⁷⁴ Vgl. Erwägungsgründe Nr. 14 ff., Art. 23 Abs. 1 EltRL 2003; Erwägungsgründe Nr. 12 ff., Art. 25 Abs. 1 GasRL 2003.

Handlungs- und Eingriffsbefugnisse zu. Die BNetzA nimmt als Bundesbehörde alle Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz wahr, die nicht von den Landesregulierungsbehörden übernommen werden. Aus § 54 Abs. 3 S. 1 EnWG ergibt sich zudem eine Auffangzuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Aufgaben nach dem EnWG zu, die keiner bestimmten Behörde zugewiesen sind. Darüber hinaus ist die BNetzA für den Vollzug des europäischen Rechts zuständig. Sie nimmt dazu nach § 56 Abs. 1 EnWG die Aufgaben wahr, die den Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten mit den entsprechenden Rechtsakten⁷⁵ übertragen sind. Schon aus der Errichtung als „selbständige Bundesoberbehörde“ ergibt sich die Zuständigkeit der BNetzA nur für zentrale Aufgaben, die das gesamte Bundesgebiet betreffen und durch eine zentrale Behörde ohne Verwaltungsunterbau und ohne Inanspruchnahme der Landesverwaltungen wahrgenommen werden können.⁷⁶

Seit dem Legislativpaket von 2009 muss die nationale Regulierungsbehörde ihre Aufgaben nicht mehr ausschließlich unabhängig von Marktinteressen, sondern auch personell und funktional unabhängig von Regierungsstellen ausüben können (vgl. dazu **Kapitel 3 II. 1. b. und 2. b.**).⁷⁷

2. Verfassungsrechtliche Grundlage

Die Zuständigkeit für die Regulierung des Netzbetriebs in der Strom- und Gaswirtschaft wurde der Bundesnetzagentur durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005 übertragen.⁷⁸

Damit findet die sektorspezifische Regulierung zentralisiert durch eine Bundesbehörde statt. In Abweichung von Art. 83 Abs. 1 GG werden Bundesgesetze für das gesamte Bundesgebiet von der Bundesverwaltung ausgeführt. Die einfachgesetzliche Grundlage hierfür beruht verfassungsrechtlich auf Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG.

Aufgrund der Gesetzgebungskompetenz des Bundes konnte die Bundesnetzagentur als selbständige Bundesoberbehörde durch Bundesgesetz errichtet werden. Bei dem einschlägigen Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft“ einschließlich der Energiewirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG handelt es sich um einen solchen der konkurrierenden Gesetzgebung. Sofern der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat, sind die Länder nach Art. 72 GG aufgrund der Sperrwirkung nicht mehr gesetzgebungsbefugt.

Allerdings ergibt sich aus Art. 72 Abs. 2 GG für bestimmte Gesetzgebungsbereiche die besondere Voraussetzung, dass der Bund nur gesetzgebungskompetent ist, „wenn und soweit

⁷⁵ Bspw. Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.06.2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 158 v. 14.06.2019, S. 54 ff. (im Folgenden *EltVO 2019*) und Verordnung (EG) Nr. 715/2009 v. 13.07.2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. L 211 v. 14.08.2009, S. 36 ff. (im Folgenden *GasfernleitungsVO 2009*) sowie auf Grundlage dieser Verordnungen erlassene Änderungen, Ergänzungen oder Verordnungen der Europäischen Kommission.

⁷⁶ So BVerfG, Urteil v. 24.07.1962 - 2 BvF 4, 5/61 u. 1, 2/62, NJW 1962, 1670; *Burgi*, in: Allg. VerwR § 9 Rn. 4; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, § 22 Rn. 37.

⁷⁷ Vgl. Art. 35 Abs. 4, 5 *EltRL 2009* und Art. 39 Abs. 4, 5 *GasRL 2009*.

⁷⁸ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 46; BT-Drs. 16/2460, S. 63.

die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet und die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.“ Der Bundesgesetzgeber hat die notwendige Erforderlichkeit bei den vergangenen EnWG-Novellierungen ausweislich der Gesetzesbegründungen jeweils angenommen.⁷⁹ Da der Wille des Gesetzgebers im Rahmen der Novellen darauf gerichtet gewesen ist, eine abschließende Regelung zu verabschieden⁸⁰, verbleibt kein Raum mehr für eine Gesetzgebungskompetenz der Länder.

So hat schon das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass für die Bestimmung der Reichweite einer gesetzlichen Regelung diese selbst, der dahinterstehende Regelungszweck sowie die Gesetzgebungsgeschichte maßgeblich sind. Der Sachbereich muss tatsächlich umfassend und lückenlos geregelt sein oder hätte nach der historischen Auslegung zumindest abschließend geregelt werden sollen.⁸¹

3. Europarechtliche Grundlage

Von dem von der EU nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV verfolgten zentralen Ziel, einen Binnenmarkt zu errichten, ist auch die Errichtung eines Binnenmarktes für Energie umfasst.

Die Gemeinwohlbelange der Europäischen Union sollen durch Binnenmarkt und Wettbewerb verwirklicht werden.⁸² Die Union verpflichtet sich nach Art. 119 Abs. 1 AEUV einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb. Zur Erreichung dieses Zieles können auch Regulierungsmechanismen notwendig werden.⁸³

Die Regulierungsaufgaben der Bundesnetzagentur sind dabei maßgeblich durch Unionsrecht vorgeformt. Prägend ist dabei insbesondere das Sekundärrecht. Die relevanten unionsrechtlichen Rechtsgrundlagen im Energiesektor sind die jeweils geltende Elektrizitäts- und Gasbinnenmarkttrichtlinie.⁸⁴ Hinzu kommen unmittelbar anwendbare Verordnungen. Durch die Entscheidung des EuGH und die damit einhergehende eingeschränkte nationale Gesetzgebung wird es in Zukunft wohl zu einer Ausweitung der unionalen Normsetzung kommen, sodass auch Tertiärrecht wie Netzkodizes und Leitlinien der Kommission (vgl. Art. 58 ff. EltVO 2019) eine wichtige Rolle spielen.⁸⁵

⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 12 f.; BT-Drs. 15/3917, S. 46 f.

⁸⁰ Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 13; BT-Drs. 15/3917, S. 47; *Theobald/Werk*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 54 EnWG, Rn. 6.

⁸¹ So BVerfG, Beschl. v. 29.03.2000 - 2 BvL 3/96, BVerfGE 102, 99.

⁸² Vgl. *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 280 ff.; *Ruffert*, in: *Regulierungsrecht*, § 3 Rn. 25.

⁸³ Vgl. *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 288 f.; *Ruffert*, in: *Regulierungsrecht*, § 3 Rn. 27.

⁸⁴ Aktuell Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.06.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, Abl. L 158 v. 14.06.2019, S. 125 ff. (im Folgenden EltRL 2019) und Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, Abl. L 211 v. 14.08.2009, S. 94 ff. (im Folgenden GasRL 2009).

⁸⁵ Vgl. auch *Weyer*, KlimR 2022, 86.

a. Unionsrechtliche Vorgaben zur Regulierung im europäischen Energierecht

Für den Erlass von Gesetzen sind nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) entsprechende Gesetzgebungskompetenzen der EU notwendig.⁸⁶

Der Energiesektor zählt nach Art. 4 Abs. 2 lit. i) AEUV zu den geteilten Zuständigkeiten der EU. Diese unionsrechtliche Kompetenzart weist Ähnlichkeiten zu der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Grundgesetzes auf.⁸⁷ Die Mitgliedstaaten verlieren nach Art. 2 Abs. 2 AEUV i. V. m. Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, Abs. 4 AEUV ihre Zuständigkeit, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit rechtmäßig ausübt.

Der konkrete Umfang der Gesetzgebungskompetenz ergibt sich nach Art. 2 Abs. 6 AEUV aus den Bereichsregeln des Vertrages. Relevanz kommt dabei insbesondere der Energiekompetenznorm des Art. 194 AEUV zu.⁸⁸ Diese ist erst seit dem Vertrag von Lissabon Teil des Primärrechts.⁸⁹ Vorher hat das allgemeine Harmonisierungskonzept des Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV als Grundlage für energiepolitische Gesetzesvorhaben in den Mitgliedstaaten gedient.⁹⁰ Auf diese Norm sind auch die drei Binnenmarktpakete zur Öffnung der nationalen Elektrizitäts- und Gasmärkte gestützt worden. Dieser und anderen unspezifischen Kompetenznormen geht Art. 194 AEUV als *lex specialis* vor.⁹¹ Ziel der neuen Norm ist es, eine Bündelung und vertragliche Legitimierung der Zuständigkeiten in der Energiepolitik zu erreichen und so einen gemeinschaftsweiten Rechtsrahmen zu schaffen.⁹² Leitprinzipien der Norm sind nach ihrem Wortlaut Solidarität, Binnenmarktverwirklichung sowie Umweltschutz. Der Begriff, der im Lichte dieser Prinzipien angestrebten „Energiepolitik“ ist dabei umfassend zu verstehen.⁹³

Die Energiekompetenznorm stellt die Ermächtigung für Rechtssetzungsmaßnahmen dar. Art. 194 Abs. 2 AEUV ermächtigt die Europäische Union dazu „Maßnahmen“ im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 Abs. 1, 294 AEUV zu erlassen. Eine Einschränkung dieser Kompetenz enthält Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV mit dem „Souveränitätsvorbehalt“ zur Wahrung der mitgliedstaatlichen Entscheidungsspielräume.⁹⁴ Zudem resultiert aus dem Solidaritätsgebot des Art. 194 Abs. 1 AEUV für die Berechtigten die Pflicht, im Rahmen der Ausübung der Befugnisse auf die Interessen der anderen Beteiligten Rücksicht zu nehmen.⁹⁵

⁸⁶ Vgl. *Pelka*, in: Schwarze, Art. 2 AEUV Rn. 26.

⁸⁷ Vgl. *Kahl*, EuR 2009, 601, 607.

⁸⁸ Vgl. *Gundel*, in: Theobald/Kühling, Bd. 2, EuEnR Rn. 21; *Kahl*, EuR 2009, 601, 603 ff.

⁸⁹ Vgl. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), Abl. C 115 v. 09.05.2008, S. 47 ff.

⁹⁰ Vgl. *Ehrlicke/Hackländer*, ZEuS 2008, 580; *Franke*, Handbuch Öffentliches WirtschaftsR, § 10 Rn. 2.

⁹¹ Vgl. *Gundel*, in Theobald/Kühling, Bd. 2, EuEnR Rn. 22.

⁹² Vgl. *Hirsbrunner*, in: Schwarze, Art. 194 AEUV Rn. 5; *Kreuter-Kirchhof*, in: Energie und Recht, 142.

⁹³ Vgl. *Hirsbrunner*, in: Schwarze, Art. 194 AEUV Rn. 11; *Schmidt-Preuß*, in: Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap. 10 Rn. 7.

⁹⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap. 10 Rn. 9 ff; *Schneider*, in: *Schneider/Theobald*, § 2 Rn. 11.

⁹⁵ Vgl. *Schneider*, in: *Schneider/Theobald*, § 2 Rn. 11.

Art. 35 Abs. 1 der EltRL 2009⁹⁶ und Art. 39 Abs. 1 der GasRL 2009 verpflichten die Mitgliedstaaten der EU „eine einzige nationale Regulierungsbehörde“ zu benennen. Weitergehende Anforderungen wurden an die zuständige Stelle nicht gestellt, sodass auch die Legislative diese Rolle im Sinne einer normierenden Regulierung übernehmen konnte.⁹⁷ Der EuGH hat jedoch in seinem Urteil in der Rechtssache C-718/18 aus dem Jahr 2021 festgestellt, dass die in Deutschland bis dato bestehende „normgeleitete“ Regulierung von Netzzugang und -entgelten die Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörde sowie deren Unabhängigkeit in unzulässiger Weise einschränke. Der Behörde müsse mehr Unabhängigkeit von allen öffentlichen Stellen der Exekutive und Legislative eingeräumt werden (vgl. dazu ausführlich **Kapitel 3 I. 3.**). Diesem Erfordernis würde mit dem Gesetzgeber als für die Regulierungsaufgabe zuständige Stelle nicht Genüge getan werden.

b. Aktueller Rechtsrahmen

Der aktuelle Rechtsrahmen für den Elektrizitätsbinnenmarkt wird maßgeblich durch das 2018 bzw. 2019 in Kraft getretene neue EU-Legislativpaket „Saubere Energie für alle Europäer“ (sog. Winterpaket) abgesteckt. Teil dieses Rechtsrahmens bildet die Neufassung der EltRL 2009 durch die EltRL 2019⁹⁸. Diese enthält Vorschriften für die Erzeugung, Übertragung, Versorgung und Speicherung sowie den Vertrieb von Strom sowie zu Verbraucherschutzaspekten, um wettbewerbsfähige, kundenorientierte, flexible und transparente Elektrizitätsmärkte in der Europäischen Union zu schaffen. Darüber hinaus wurde die bestehende Stromhandelsverordnung⁹⁹ als neue Elektrizitätsbinnenmarktverordnung, die Vorschriften für den Großhandelsmarkt und den Netzbetrieb enthält, neu gefasst.¹⁰⁰ Aufgrund der umfangreichen Änderungen der Verordnung kann diese als „rechtliches Kernstück des Elektrizitätsbinnenmarktes“ bezeichnet werden.¹⁰¹ Aus den jüngsten Rechtsakten des Energiebinnenmarkts ist ein neuer Rechtsrahmen entstanden, der ein ganz neues Strommarktdesign etabliert. Zum Teil ergibt sich dieser aus der unmittelbar anwendbaren Verordnung, zum Teil aus der von den Mitgliedstaaten größtenteils bis Ende Dezember 2020 umzusetzenden¹⁰² Richtlinie.

⁹⁶ Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, Abl. L 211 v. 14.08.2009, S. 55 ff.

⁹⁷ Vgl. *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 73.

⁹⁸ Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.06.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, Abl. L 158 v. 14.06.2019, S. 125 ff.

⁹⁹ Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, Abl. L 211 v. 14.08.2009, S. 15 ff. (im Folgenden StromhandelsVO 2009).

¹⁰⁰ Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.06.2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. L 158 v. 14.06.2019, S. 54 ff.

¹⁰¹ Vgl. *Pause*, ZUR 2019, 390.

¹⁰² Art. 71 EltRL 2019.

Für den Gasbinnenmarkt stellen die GasRL 2009 und die GasRL 2019¹⁰³, die die Vorgängerrichtlinie lediglich ändert, nicht aber aufhebt, die aktuellen Regelwerke dar. Auf Verordnungsebene besteht die GasfernleitungsVO.

Die wesentliche Struktur des Energiebinnenmarkts der Union wird durch die EltVO 2019, die EltRL 2019, die GasVO 2009 und die GasRL 2009 gestaltet. Insbesondere legen diese vier Rechtsakte die wichtigsten Grundsätze für das Funktionieren des Strom- und Erdgasbinnenmarktes fest.

4. Abgrenzung zu den allgemeinen Wettbewerbsbehörden

Im Rahmen der Zuständigkeit stellt sich die Abgrenzungsfrage zwischen den Regulierungs- und den allgemeinen Wettbewerbsbehörden, namentlich des Bundeskartellamts sowie der Landeskartellbehörden.

Die netzbezogene Energieregulierung fällt vorrangig in den Aufgabebereich der Bundesnetzagentur (vgl. § 54 EnWG). Zwar sind die Kartellbehörden von Bund und Ländern nach wie vor für energiewirtschaftliche Fragestellungen zuständig (vgl. §§ 19, 20 GWB). Allerdings nur, sofern die Anwendbarkeit der Normen des GWB nicht ausdrücklich nach § 111 Abs. 1 EnWG ausgeschlossen ist. Die Norm sieht vor, dass §§ 19, 20 GWB nicht anzuwenden sind, soweit durch das Energiewirtschaftsgesetz oder auf Grund dieses Gesetzes erlassener Rechtsverordnungen ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Gemäß § 111 Abs. 2 EnWG stellen die ausführlichen Regelungen des EnWG zur Materie des Netzzugangs und des Netzbetriebs in Teil 3 des Gesetzes *lex specialis* zu den Vorschriften des GWB dar. Faktisch ist deshalb allein die Bundesnetzagentur für diesen monopolistisch geprägten Bereich zuständig.

Die kartellrechtliche Aufsicht über die dem Netz vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufen sowie die Fusionskontrolle sind demgegenüber weiterhin Aufgaben der Kartellbehörden.¹⁰⁴

Diese Beschneidung der Befugnisse der Kartellbehörden wird durch die Beteiligung derselben in den Regulierungsverfahren, die mit wettbewerblichen Fragestellungen verbunden sind, ausgeglichen.¹⁰⁵ § 58 Abs. 1 S. 1 EnWG sieht vor, dass bestimmte Entscheidungen nur im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt getroffen werden dürfen.

Darüber hinaus sieht das EnWG eine enge Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden und der Bundesnetzagentur vor. Nach § 58 Abs. 3 EnWG sollen die Behörden auf eine „einheitliche und den Zusammenhang mit dem GWB wahrende Auslegung des EnWG hinwirken“.

¹⁰³ Richtlinie (EU) 2019/692 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.04.2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, Abl. L 117 v. 03.05.2019, S. 1 ff.

¹⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 69; *Neveling*, ZNER 2005, S. 268.

¹⁰⁵ Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn. 23.

Zur Durchsetzung dieses Prinzips der behördlichen Kooperation sind im EnWG neben den Einvernehmensregelungen Stellungnahmerechte (vgl. § 58 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 EnWG) und Rechte zu Weitergabe von Informationen geregelt (vgl. § 58 Abs. 4 EnWG). Die Zusammenarbeit erfolgt durch fachlichen Austausch und die Bildung von fach- und verfahrensbezogenen Arbeitsgruppen.¹⁰⁶ Diese Kooperationsregelungen sind Reste der bis 1998 geltenden Zuständigkeit der Kartell- und Energieaufsichtsbehörden für die Aufsicht der Gebietsmonopole.¹⁰⁷

Flankierend dazu unterfällt die Nichtgewährung von Zugang zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen, der objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein, dem Behinderungsmissbrauch gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Während die Regulierungsbehörden ex-ante tätig werden, greifen die Kartellbehörden typischerweise ex-post ein.

Weiterer Akteur ist die Monopolkommission als unabhängiges Beratungsgremium. Diese stellt zwar keine Kartellbehörde dar, ihre Stellung, Aufgaben und Rechte ergeben sich gleichwohl unter anderem aus dem GWB. Nach § 44 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB erstattet die Monopolkommission Hauptgutachten im zweijährigen Rhythmus. Darüber hinaus kann die Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 S. 3 GWB durch die Bundesregierung mit der Erstellung von Sondergutachten beauftragt werden und gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 GWB aus eigener Veranlassung Gutachten und Stellungnahmen erstellen.¹⁰⁸ Im Rahmen dieser Aufgaben und Befugnisse nimmt die Monopolkommission auch regelmäßig zu energiewirtschaftlichen Fragestellungen Stellung.¹⁰⁹ So kommt ihr auch nach § 62 Abs. 1 EnWG die Aufgabe zu, periodische Gutachten zum Stand und der Entwicklung des funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas in der Bundesrepublik Deutschland zu erstellen und dabei die Anwendung der Vorschriften des EnWG über die Regulierung und Wettbewerbsaufsicht zu würdigen sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas Stellung zu nehmen.

5. Abgrenzung zur Fachverwaltung

Weiterhin sind die Aufgaben der Bundesnetzagentur von denen der Fachverwaltung abzugrenzen. Den Schwerpunkt der Regulierungsverwaltung bilden die Sicherstellung der wettbewerblichen Netznutzung. Konkret fällt es in den Zuständigkeitsbereich der Regulierungsbehörde, Netzzugang und -anschluss zu gewährleisten und die entsprechenden Entgelte und Verflechtungen zu kontrollieren (vgl. dazu bereits unter **II. 1.**). Klassische Aufgaben des Gewerbe- und Ordnungsrechts, wie z. B. die Fragen der Planung, der Anlagensicherheit oder der Durchsetzung der Wegrechte, fallen dagegen in den Aufgabenbereich der Fachverwaltung.¹¹⁰

¹⁰⁶ Vgl. *BNetzA*, Jahresbericht 2005, S. 120.

¹⁰⁷ Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn. 1.

¹⁰⁸ Gem. § 44 Abs. 1 S. 4 GWB.

¹⁰⁹ Vgl. *Monopolkommission*, XIV. Hauptgutachten und *Monopolkommission*, 2. Sektorgutachten Energie (2009).

¹¹⁰ Vgl. *Masing*, Gutachten D zum 66. DJT, D 20.

III. Föderale Zuständigkeitsabgrenzung

Besondere Relevanz kommt der föderalen Zuständigkeitsabgrenzung zu. Die Regulierungsaufgaben sind nach der Konzeption des EnWG zwischen der Bundesnetzagentur und den Landesregulierungsbehörden aufgeteilt.

Die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche zwischen der Bundes- und den Landesbehörden wird im Wesentlichen durch die Größe der zu regulierenden Netze bestimmt. Nach § 54 Abs. 1 EnWG übernimmt die BNetzA grundsätzlich die Aufgaben der Regulierungsbehörde, sofern keine Aufgabenzuweisung an die Landesregulierungsbehörden nach § 54 Abs. 2 EnWG vorliegt. Eine solche ist nur dann gegeben, soweit Energieversorgungsunternehmen betroffen sind, an deren Elektrizitäts- oder Gasverteilernetz jeweils weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind (de-minimis-Regelung).¹¹¹ Ausgenommen davon sind Verteilernetze, die über das Gebiet eines Landes hinausreichen (vgl. § 54 Abs. 2 S. 2 EnWG).

Nach § 54 Abs. 2 EnWG sind die Zuständigkeiten der Landesregulierungsbehörden zudem beschränkt auf die dort enumerativ aufgezählten Aufgaben (numerus clausus der Landeszuständigkeiten). Aufgaben die dort nicht aufgezählt sind unterfallen ungeachtet der Anzahl der angeschlossenen Kunden der Zuständigkeit der BNetzA.

Fernleitung- und Übertragungsnetze liegen damit im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur, örtliche und regionale Verteilernetze nur dann, wenn mehr als 100.000 Kunden angeschlossen oder die Netze länderübergreifend sind. In die Zuständigkeit der Länder fallen kleinere Versorger mit bis zu 100.000 Kunden.

Sofern zur Wahrung gleichwertiger wirtschaftliche Verhältnisse im Bundesgebiet eine bundeseinheitliche Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG erforderlich ist, fällt dies nach § 54 Abs. 3 S. 2 EnWG ebenfalls in die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur. Satz 3 der Norm konkretisiert die bundesweit einheitlichen Festlegungen. Die Vorschrift wurde durch die letzte Gesetzesnovelle nunmehr neu gefasst und inhaltlich erweitert. Da die bislang erfolgte Konkretisierung der normativen Vorgaben des EnWG durch Rechtsverordnungen nach § 24 EnWG infolge des Urteils des EuGH in der Rechtssache C-718/18 nicht mehr möglich ist, musste § 54 Abs. 3 EnWG angepasst werden. Darüber hinaus kommt der BNetzA nach § 54 Abs. 3 S. 1 EnWG eine Auffangzuständigkeit zu.

Auch § 54 Abs. 3 S. 4 EnWG wurde mit Blick auf den angepassten Anwendungsbereich des neuen S. 3 neu gefasst. Der novellierte § 54 Abs. 3 S. 5 EnWG verpflichtet die Bundesnetzagentur, das Benehmen mit dem Länderausschuss (vgl. dazu unten unter **IV. 3. d.**) mit dem beabsichtigten Inhalt der Festlegung herzustellen und stärkt damit die Rolle des Länderausschusses im Rahmen von bundesweit einheitlichen Festlegungen der Bundesnetzagentur im Vergleich zur bisherigen Regelung, nach welcher die BNetzA die mehrheitliche Auffassung des Länderausschusses bei ihrer Festlegung so weit wie möglich berücksichtigen musste. Der neue S. 6 der Vorschrift sieht für den Fall, dass zwei Wochen nach

¹¹¹ Vgl. Holznapel/Göge/Schumacher, DVBl 2006, 472.

der Befassung des Länderausschusses ein Benehmen nicht hergestellt ist, vor, dass die Bundesnetzagentur die mehrheitliche Auffassung des Länderausschusses bei ihrer Festlegung entweder zu berücksichtigen oder im Rahmen ihrer Festlegung zu begründen hat, aus welchen Gründen eine Berücksichtigung nicht erfolgen konnte.

Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen diese intensivierten Beteiligungspflichten zum einen die unterschiedlichen Einschätzungen transparent machen, die später in einem gerichtlichen Verfahren zur Überprüfung einer Festlegung der BNetzA relevant werden können. Zum anderen ist die Bundesnetzagentur dadurch angehalten, sich im Rahmen ihrer Festlegung inhaltlich mit den Argumenten des Länderausschusses auseinanderzusetzen.¹¹²

Die Zuständigkeit muss jeweils für Elektrizitäts- und Gasverteilernetze gesondert festgestellt werden, sodass ein Unternehmen mit Netzen in beiden Bereichen sowohl unter die Aufsicht der BNetzA als auch unter die einer Landesregulierungsbehörde fallen kann.¹¹³ Auch Zuständigkeitswechsel bei Über- oder Unterschreiten der Schwelle sind möglich, wobei zur Vermeidung von häufigen Zuständigkeitswechseln die Kundenzahl am Stichtag des 31.12. eines Jahres für das kommende Jahr maßgebend ist.¹¹⁴

Die geteilte Zuständigkeit ist Resultat eines Kompromisses im Rahmen des Vermittlungsverfahrens zum Energiewirtschaftsgesetz.¹¹⁵ Die Länder hatten erfolgreich unter Berufung auf die „Vorteile eines ortsnahe Vollzugs“ auf eine eigene Kompetenz gedrängt.¹¹⁶

1. Organleihe

Vier Bundesländer¹¹⁷ haben keine Landesregulierungsbehörde eingerichtet und bedienen sich für die Aufgabenerfüllung der BNetzA im Wege der Organleihe.¹¹⁸ Eine solche zeichnet sich dadurch aus, dass neben den eigenen Aufgaben solche eines anderen Verwaltungsträgers wahrgenommen werden und das ausgeliehene Organ dem ausleihenden Verwaltungsträger zugeordnet wird.¹¹⁹ Grundlage für die Organleihe stellt ein Verwaltungsabkommen¹²⁰ zwischen der zuständigen Landesbehörde und der Bundesnetzagentur dar.¹²¹

Wird die BNetzA so tätig, untersteht sie der Aufsicht des Bundeslandes, dessen Aufgaben sie wahrnimmt. Dem zuständigen Landesministerium kommt das volle fachaufsichtliche

¹¹² Vgl. dazu BT-Drs. 20/7310, S. 109.

¹¹³ Vgl. Pielow, DÖV 2005, 1020; Theobald/Werk, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 54 EnWG Rn. 53.

¹¹⁴ Vgl. Franke/Schütte, in: Schneider/Theobald, § 21 Rn. 7.

¹¹⁵ Vgl. Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drs. 15/5736, S. 6.

¹¹⁶ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 92 f.; siehe dazu auch Hermes, in: Britz/Hellermann/Hermes, § 54. Rn. 8; Schmidt/Preuß, in: BerlKomm I 2, § 54 Rn. 2.

¹¹⁷ Berlin, Brandenburg, Bremen und Schleswig-Holstein.

¹¹⁸ Vgl. dazu die Zusage der BReg, BR-PIPr. 812. Sitzung v. 17.06.2005, S. 240.

¹¹⁹ Vgl. Neveling, ZNER 2005, 267.

¹²⁰ Vgl. Holznagel/Göge/Schumacher, DVBl 2006, 472.

¹²¹ Zum Erfordernis der Vereinbarung zwischen zwei Verwaltungsträgern BVerfG, Beschl. v. 12.01.1983 - 2 BvL 23/8163, NVwZ 1983, 537, 539 f.

Weisungsrecht zu.¹²² Die Dienstaufsicht verbleibt demgegenüber beim Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz.

Auch der Rechtsschutz ist in diesen Fällen anders ausgestaltet. Geklagt werden kann nicht gegen die Bundesnetzagentur, sondern nur gegen das entsprechende Land.¹²³ Der Rechtsweg führt zu dem für das jeweilige Bundesland zuständigen Kartellsenat des Oberlandesgerichts und nicht zum OLG Düsseldorf.¹²⁴ Dieses ist gemäß § 106 Abs. 1 EnWG lediglich für die BNetzA und die Landesregulierungsbehörde NRW zuständig.

2. Zusammenarbeit

Im Sinne einer einheitlichen Rechtsauslegung und zur Gewährleistung standardisierter Vorgehensweisen arbeitet die Bundesbehörde eng mit den Landesregulierungsbehörden zusammen. Da die im Katalog des § 54 Abs. 2 S. 1 EnWG genannten Aufgaben von den Behörden parallel wahrgenommen werden, ist für einen einheitlichen Vollzug eine Abstimmung notwendig.¹²⁵ Dies geschieht vorrangig im Länderausschuss (vgl. dazu unter **IV. 3. d.**). Neben diesem Abstimmungserfordernis besteht nach § 64a Abs. 1 EnWG eine Kooperationspflicht zwischen den Behörden.

Hintergrund dieser Pflichten bei einer alleinigen Zuständigkeit der BNetzA sind zum einen die Auswirkungen der Entscheidungen auf die Länder und zum anderen die Möglichkeit der Unterstützung der Bundesnetzagentur bei der Aufgabenwahrnehmung durch die Landesregulierungsbehörden nach § 64a Abs. 2 EnWG.¹²⁶

IV. Struktur und Aufbau der Bundesnetzagentur

1. Rechtsstellung der Bundesnetzagentur

Die BNetzA ist die nationale sektorspezifische Regulierungsbehörde für die großen Netzindustrien Strom, Gas, Wasserstoff, Telekommunikation, Post und Eisenbahn in Deutschland. Sie ist aus der ehemaligen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) hervorgegangen.

Die interne Organisation der BNetzA wird durch das Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen geregelt. Nach § 1 S. 2 BEGTPG ist die BNetzA eine selbständige Bundesoberbehörde mit Sitz in Bonn und untersteht dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz.

¹²² So BVerfG, Beschl. v. 12.01.1983 - 2 BvL 23/81, NVwZ 1983, 537, 539; *Neveling*, ZNER 2005, 267. Dies erfordert der Grundsatz der getrennten Verwaltungsräume, der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung sowie allgemein das Verbot der Mischverwaltung. Zu verfassungsrechtlichen Grenzen der Organleihe *Holznagel/Göge/Schumacher*, DVBl 2006, 474 ff.

¹²³ Vgl. *Recknagel*, WuW 2008, 157.

¹²⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.04.2008 - KVR 30/07, NVwZ 2009, 199; *Recknagel*, WuW 2008, 157 f.

¹²⁵ Vgl. *Franke/Schütte*, in: Schneider/Theobald, § 21 Rn. 10.

¹²⁶ Vgl. ebd.

Die Bundesnetzagentur ist damit Teil der Exekutive. Organisatorisch ist die BNetzA aus dem Ministerium ausgegliedert, untersteht jedoch der Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht desselben.¹²⁷

Ursprünglich basiert die Errichtung der Bundesnetzagentur auf Art. 23 Abs. 1 EltRL 2003, der die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Regulierungsbehörden mit spezifischen Zuständigkeiten verpflichtete. Heute ist die Rechtsgrundlage für die Bundesnetzagentur das Dritte Energiebinnenmarktpaket der EU, das im Jahr 2009 vom Europäischen Parlament beschlossen wurde. Die beiden darin enthaltenen Richtlinien wurden durch die entsprechende EnWG-Novelle in das nationale Recht integriert. Gleichzeitig wurde die Rolle der nationalen Regulierungsbehörden durch dieses Legislativpaket modifiziert. So führt die EU-Kommission durch das ihr zukommende Vetorecht quasi die Aufsicht über die nationalen Regulierungsbehörden.¹²⁸

Zudem sollte nach den entsprechenden Richtlinien aus dem Jahr 2009 nur noch „eine einzige nationale Regulierungsbehörde“ benannt werden (Art. 35 Abs. 1 EltRL 2009, Art. 39 Abs. 1 GasRL 2009), während nach der Vorgängerrichtlinie noch „eine oder mehrere ständige Stellen mit der Aufgabe als Regulierungsbehörde“ zu betrauen waren (Art. 23 Abs. 1 S. 1 EltRL 2003, Art. 25 Abs. 1 S. 1 GasRL 2003). Durch diese Zentralisierung wurde die nationale Behörde stärker in den europäischen Verbund integriert und die dezentrale Ebene geschwächt. Gleichzeitig ging mit der Zuweisung neuer Aufgaben und Befugnisse (vgl. Art. 37 EltRL 2009 und Art. 41 GasRL 2009) auch eine Stärkung der Bundesnetzagentur als nationaler Regulierungsbehörde einher.¹²⁹ Außerdem wurde durch dieses Legislativpaket die Ausgliederung der Regulierungsbehörden aus der mitgliedstaatlichen Verwaltungshierarchie sichergestellt (vgl. dazu **Kapitel 3 II. 1. b.**).

2. Eingliederung in das europäische Regulierungssystem

Während die institutionelle Organisation unter dem Zweiten Binnenmarktpaket noch durch Vollzugsteilung und Vollzugsverflechtung durch gegenseitige Einwirkungsmöglichkeiten sowie Kooperationspflichten geprägt war¹³⁰, kann man seit dem Dritten Binnenmarktpaket von einer Zentralisierung der Regulierung hin zu einem europäischen Regulierungsverbund sprechen.¹³¹ Dementsprechend sieht § 57 EnWG eine Zusammenarbeit zwischen den nationalen und unionalen Akteuren der energiewirtschaftlichen Regulierung vor und gestaltet diese näher aus.

Darüber hinaus sind die nationalen Regulierungsbehörden auch in ein Gesamtsystem aller Energieregulierungsbehörden innerhalb der Europäischen Union eingegliedert. Dieser europäische Regulierungsverbund ermöglicht die Kooperation mit anderen mitgliedstaatlichen

¹²⁷ Vgl. Kühling/Rasbach/Busch, Energierecht, Kap. 11 Rn. 4; Schmidt, DÖV 2005, 1030.

¹²⁸ Vgl. Ludwigs, DVBl 2011, 64 f.

¹²⁹ Vgl. Ludwigs, in: Ruffert [Hrsg.], § 5 Rn. 171 f.

¹³⁰ Vgl. Britz, EuR 2006, 63.

¹³¹ Vgl. Ludwigs, in Ruffert [Hrsg.], § 5 Rn. 135; Schmidt-Preuß, in: BerlKomm I 1, Einl. B Rn. 63.

Regulierungsbehörden und führt zugleich dazu, dass die nationalen Behörden im Verhältnis zur EU-Kommission „nachgeordnete“ Behörden darstellen.¹³²

a. Europäische Kommission: Rechtsgrundlagen, Kompetenzen/Aufgaben

Der Europäischen Kommission kommt traditionell die Rolle als Hüterin des Unionsrechts zu.¹³³ Sie hat grundsätzlich ein Initiativrecht zum Erlass unionalen Sekundärrechts (vgl. Art. 289 Abs. 1 S. 1 AEUV). Seit dem Dritten Binnenmarktpaket 2009 hat die Europäische Kommission einen deutlichen Kompetenzzuwachs im Energiebereich erfahren.¹³⁴

Im Rahmen der Normierungsbefugnisse wurden die Befugnisse zum Erlass abstrakt-genereller Leitlinien erweitert (vgl. Art. 58 EltVO 2019).¹³⁵ Die Leitlinien stellen Durchführungsakte dar, die das Sekundärrecht ergänzen.¹³⁶ Die Kommission kann dadurch zum einen die Vollzugstätigkeit der mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden und zum anderen das Handeln anderer Akteure im Rahmen der EU-Regulierung beeinflussen.¹³⁷ Die Aufwertung der Rolle der Europäischen Kommission im Rahmen der Regulierungstätigkeit resultiert dabei aus der Verbindlichkeit der im förmlichen Komitologieverfahren erlassenen Leitlinien.¹³⁸

Weiterhin hat die Kommission die Möglichkeit, durch Vetorechte in Bezug auf bestimmte Einzelmaßnahmen auf die Vollzugstätigkeit der mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden einzuwirken. Neben dem Ziel, so den Energiebinnenmarkt zu sichern, sollen die Rechte zudem die Durchsetzung der von der Kommission erlassenen Leitlinien gewährleisten.¹³⁹ Die BNetzA kann dazu Entscheidungen anderer Regulierungsbehörden der Kommission zur Prüfung vorlegen (vgl. Art. 63 Abs. 4 EltRL 2019, § 57a Abs. 2 EnWG).

Nach Art. 39 Abs. 5 EltRL 2009 und Art. 43 Abs. 2, 3 GasRL 2009 kann die Kommission Entscheidungen einer nationalen Regulierungsbehörde beanstanden, sofern diese gegen Vorgaben der Leitlinien verstoßen hat. Ihr kommt damit die Kompetenz zu, die Vollzugsbehörde indirekt zu steuern.¹⁴⁰

Zudem ergeben sich aus dem Sekundärrecht teilweise originäre Entscheidungskompetenzen der Kommission.¹⁴¹ Letztlich kommen ihr Informations- und Stellungnahmerechte zu (vgl. bspw. Art. 5 Abs. 8, 9 EltRL 2019, Art. 20 Abs. 4, 5 und 7 EltVO 2019).

¹³² Vgl. *Hermes*, in: EuropaR-HdB, § 36 Rn. 126.

¹³³ Vgl. *Weiß*, in: Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap 32 Rn. 19.

¹³⁴ Vgl. *Gundel/Germelmann*, EuZW 2009, 767; *Ludwigs*, in: Ruffert [Hrsg.], § 5 Rn. 158; *Ludwigs*, DVBl 2011, 63.

¹³⁵ Vgl. *Ludwigs*, in: Ruffert [Hrsg.], § 5 Rn. 161. Art. 18 StromhandelsVO; Art. 23 GasfernleitungsVO 2009.

¹³⁶ Vgl. *Ludwigs*, in: Ruffert [Hrsg.], § 5 Rn. 160.

¹³⁷ Vgl. *Britz*, EuR 2006, 61, 65.

¹³⁸ Vgl. *Gundel*, in: VwR der EU, § 20 Rn. 51, *Hermes*, in: EuropaR-HdB, § 36 Rn. 129; *Leffler/Fischerauer*, in: Praxishandbuch, § 1 Rn. 27; *Schneider*, in: Schneider/Theobald, § 2 Rn. 73; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 63 EltRL 2009, Erwägungsgrund Nr. 61 GasRL 2009.

¹³⁹ Vgl. *Ludwigs*, in: Ruffert [Hrsg.], § 5 Rn. 165; *Schneider*, ZWeR 2003, 407.

¹⁴⁰ Vgl. *Gundel*, in: Theobald/Kühling, Bd. 2, EuEnR Rn. 57 f.

¹⁴¹ Vgl. bspw. Art. 13 Abs. 4 StromhandelsVO; Art. 44 Abs. 1 EltRL 2009.

b. ACER

Durch eine Verordnung des Dritten Binnenmarktpakets¹⁴² wurde die Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER, engl. Agency for the Cooperation of Energy Regulators) mit Sitz in Ljubljana gegründet. Zweck der Agentur ist die Koordination der verschiedenen nationalen Energieregulierungsbehörden, deren Verstärkung eines der Ziele des Unionsrechts darstellt.¹⁴³ Gemeinsame Arbeitsgruppen und der Regulierungsrat ermöglichen einen institutionellen Rahmen für den Austausch zwischen den Behörden.¹⁴⁴ Durch mehrfache Veränderungen der Gründungsverordnung ist die Rechtsgrundlage der Agentur nun die ACER-VO¹⁴⁵. Durch diese Verordnung ist es zu einer Aufgabenerweiterung gekommen.¹⁴⁶ So führt die Agentur nun die Aufsicht über die ENTSO-Verbünde.¹⁴⁷

Über die Mitgliedschaft im Regulierungsrat sind die nationalen Regulierungsbehörden in die Organisation der ACER eingebunden und haben ein Stimmrecht.¹⁴⁸ Als Mitglied in den verschiedenen Arbeitsgruppen können die Regulierungsbehörden für den Regulierungsrat sowie den Direktor unterstützend tätig werden (vgl. Art. 30 Abs. 1 ACER-VO).

Zudem stellt die Agentur gegenüber den Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten eine koordinierende Behörde dar.¹⁴⁹ In dieser Eigenschaft kommt ihr vornehmlich beratende Funktion zu, insbesondere ist der Schwerpunkt der Tätigkeit der Agentur die Abgabe von Stellungnahmen und Empfehlungen (vgl. Art. 6 ACER-VO).¹⁵⁰ Vereinzelt kommt ihr die Befugnis zu eigenen verbindlichen Entscheidungen zu (vgl. Art. 6 Abs. 1, Art. 10 ACER-VO). Diese können nach einem Beschwerdeverfahren vor dem Beschwerdeausschuss der Agentur mit der Klage vor dem Europäischen Gerichtshof angegriffen werden (vgl. Art. 28 f. ACER-VO).

c. Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten

Neben dem Austausch über die ACER kommt eine Zusammenarbeit zwischen den Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten auch über eine gegenseitige Unterstützung bei der Wahrnehmung der Aufgaben in Betracht.¹⁵¹ Dabei geht es vornehmlich um einen Informationsaustausch (vgl. Art. 61 Abs. 1 EltRL 2019, § 57 Abs. 4 EnWG). Darüber hinaus kann die Bundesnetzagentur im Interesse der Einheitlichkeit im Rahmen ihrer Entscheidungen

¹⁴² Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, Abl. L 211 v. 14.08.2009, S. 1 ff.

¹⁴³ Vgl. Art. 1 Abs. 2 VO (EG) Nr. 713/2009; Art. 61 EltRL 2019.

¹⁴⁴ Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn. 12.

¹⁴⁵ Verordnung (EU) 2019/942 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.06.2019 zur Gründung einer Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörde, Abl. L 158 v. 14.06.2019, S. 22 ff.

¹⁴⁶ Vgl. 2. Erwägungsgrund sowie Art. 2, 3, 4, 6, 11 ACER-VO; *Hermes*, in *EuropaR-HdB*, § 36 Rn. 128; *Ludwigs*, DVBl 2011, 62.

¹⁴⁷ Vgl. *Ludwigs*, DVBl 2011, 62.

¹⁴⁸ Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn. 16.

¹⁴⁹ Vgl. ebd. Rn. 17.

¹⁵⁰ Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung v. 25.02.2015, COM(2015) 80 final, S. 11; *Gundel/Germelmann*, EuZW 2009, 767.

¹⁵¹ Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn.13.

auch Sachverhalte und Entscheidungen von Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten berücksichtigen, soweit sich diese auch in Deutschland auswirken können (vgl. § 57 Abs. 2 S. 1 EnWG).

Zudem finden in Fällen mit grenzüberschreitender Bedeutung Verfahren mit einvernehmlicher Entscheidung statt. Unterschieden wird zwischen abgestimmten Entscheidungsverfahren („All-NRA-Entscheidungen“), die von allen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten und koordinierten Entscheidungsverfahren, die nur von den von einer bestimmten Maßnahme betroffenen Behörden einheitlich zu treffen sind.¹⁵²

Da die Wahrnehmung ihrer Aufgaben einen bestimmten Informationsstand voraussetzt, bestehen informationelle Verschränkungen mit den anderen Regulierungsakteuren auf nationaler und unionaler Ebene. Den Mitgliedsstaaten sind vielfach Mitteilungs-, Berichts- und Beratungspflichten auferlegt.¹⁵³

d. ENTSO Strom bzw. Gas

Zwei weitere europäische Institutionen wurden im Jahr 2009 in Gestalt des Europäischen Netzes der Übertragungsnetzbetreiber (ENTSO (Strom) und (Gas), engl. European Network of Transmission System Operators) gegründet.¹⁵⁴

Ziel der Organisationen ist eine Zusammenarbeit auf Unionsebene, um die Vollendung und das Funktionieren des Elektrizitätsbinnenmarktes sowie des zonenübergreifenden Handels zu fördern und die optimale Verwaltung, den koordinierten Betrieb und die sachgerechte technische Weiterentwicklung des europäischen Stromübertragungsnetzes sicherzustellen.¹⁵⁵ Dazu haben die Zusammenschlüsse die Aufgabe Netzkodizes zu entwickeln, die Fragen der Netzsicherheit sowie -zuverlässigkeit, der Interoperabilität, der Kapazitätsvergabe und des Engpassmanagements zu regeln und sind für den Zehn-Jahres-Netzentwicklungsplan zuständig.¹⁵⁶

e. sonstige Akteure

Darüber hinaus war die Bundesnetzagentur Mitglied der European Regulators Group for Electricity and Gas (EREG), einem formellen Beratungsgremium der Kommission, dessen Arbeit seit dem Inkrafttreten des Dritten Binnenmarktpakets im Wesentlichen von der ACER weitergeführt wird.¹⁵⁷ Demgegenüber ermöglicht die Mitgliedschaft im Council of European Energy Regulators (CEER) den Austausch zu wichtigen Themen im Zuständigkeitsbereich

¹⁵² Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn. 14; siehe für ein abgestimmtes Verfahren bspw. Art. 9 Abs. 7 VO (EU) 2015/1222, für ein koordiniertes Verfahren bspw. Art. 12 VO (EU) Nr. 347/2013.

¹⁵³ Vgl. bspw. Art. 4 S. 4, Art. 5 S. 3, Art. 25 EltRL 2003; *Ludwigs*, in: *Ruffert* [Hrsg.], § 5 Rn. 159; *Schneider*, *ZWeR* 2003, 404.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 5 Abs. 4 StromhandelsVO 2009; Art. 5 Abs. 4 GasfernleitungsVO 2009.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 28 Abs. 1 VO (EU) 2019/943.

¹⁵⁶ Vgl. *Hermes*, in: *EuropaR-HdB*, § 36 Rn. 127; *Ludwigs*, in: *Ruffert* [Hrsg.], § 5 Rn. 153.

¹⁵⁷ Vgl. *BNetzA*, Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden.

seiner Mitglieder über eine informelle Plattform. Der Verband ist nicht auf EU-Mitgliedstaaten beschränkt, sondern richtet sich an alle europäischen Regulierungsbehörden.¹⁵⁸ Zudem ist die BNetzA auch in den Prozess des Florence Electricity Forum¹⁵⁹ und des Madrid Gas Forum¹⁶⁰ eingebunden. Zweimal jährlich finden Treffen der Regulierungsbehörden, der Kommission, Vertreter der Regierungen sowie Vertreter von Industrie und Verbrauchern statt, um aktuelle Probleme bei der Realisierung des Binnenmarkts zu diskutieren, Erfahrungen auszutauschen und Standards zu erarbeiten.¹⁶¹

3. Organisationsstruktur/ Aufbau und interne Organisation

Zur internen Organisation der BNetzA finden sich keine Vorgaben in den maßgeblichen Richtlinien. Solche Regelungen zu Status, Rechtsstellung und Aufgaben der Behörde und ihrer Organe regelt das BEGTPG, das als Organisationsgesetz zu qualifizieren ist.¹⁶² Das Gesetz enthält selbst keine Befugnisnormen. Befugnisse der BNetzA sind dieser durch das Energiewirtschaftsgesetz sowie durch weitere Fachgesetze übertragen.¹⁶³

a. Präsidium

Das Präsidium der Bundesnetzagentur besteht nach § 3 Abs. 1 S. 1 BEGTPG aus einem Präsidenten¹⁶⁴, der die Behörde leitet und die Vertretung nach außen ausübt.¹⁶⁵ Dabei wird er von zwei Vizepräsidenten unterstützt.¹⁶⁶ Ferner ist dem Präsidium ein Leitungsstab unmittelbar zugeordnet. Detaillierte Regelungen zur Rechtsstellung und zum öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis treffen §§ 3 und 4 BEGTPG.

Der Präsident regelt zudem die Verteilung und den Gang der Geschäfte durch eine vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz zu bestätigende Geschäftsordnung (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 BEGTPG). Als Bestandteil der Geschäftsordnung wird zudem ein Geschäftsverteilungsplan erstellt, der die Aufgabenverteilung auf die Abteilungen, Beschlusskammern, Unterabteilungen, Referate und deren Arbeitsbereiche regelt.

Dem Präsidium untergeordnet sind die Verwaltungsabteilungen sowie die Post-Telekommunikations- und Energieabteilungen. Die insgesamt zehn Abteilungen sind wiederum in fachspezifische Unterabteilungen und Referate aufgeteilt. Die Energiemarktregulierung liegt dabei im Aufgabenbereich der Abteilung 6.¹⁶⁷

¹⁵⁸ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *CEER*, Collaboration on key regulation issues; Electricity.

¹⁵⁹ Vgl. *Europäische Kommission*, Expert meetings, 39th European Electricity Regulatory Forum.

¹⁶⁰ Vgl. *Europäische Kommission*, Expert meetings, 38th European Gas Regulatory Forum.

¹⁶¹ Vgl. dazu insgesamt *BNetzA*, Jahresbericht 2005, S. 121 f.

¹⁶² Vgl. *Burgi*, NJW 2006, 2440.

¹⁶³ Vgl. *Lippert*, in: Theobald/Kühling, Bd. 2, Einf. BNetzA Rn. 18.

¹⁶⁴ Bzw. Präsidentin. Soweit im Folgenden die männliche oder weibliche Sprachform verwendet wird, geschieht dies lediglich zur sprachlichen Vereinfachung. Alle Personenbezeichnungen beziehen sich auf sämtliche Geschlechter.

¹⁶⁵ Seit 01.03.2022 Klaus Müller.

¹⁶⁶ Gem. § 3 Abs. 2 EnWG.

¹⁶⁷ Vgl. Organisationsplan der Bundesnetzagentur (Stand 22.02.24).

b. Beschlusskammern

Die wesentlichen regulierungsrechtlichen Entscheidungen der BNetzA nach dem EnWG werden in fachlich spezialisierten Beschlusskammern getroffen (vgl. § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG).¹⁶⁸ Dabei muss sich die entsprechende Ermächtigungsgrundlage auf das Energiewirtschaftsgesetz zurückführen lassen.¹⁶⁹ Entscheidungen, die nicht von den Beschlusskammern getroffen werden, sind in § 59 Abs. 1 S. 2 EnWG aufgeführt.

Die Beschlusskammern sind Organe und unselbständige Organisationseinheiten der Bundesnetzagentur.¹⁷⁰ Die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz sind auf Grundsatzfragen begrenzt, da nur so die unionsrechtlich vorgegebene Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde gewahrt werden kann.¹⁷¹ Fünf der insgesamt neun Beschlusskammern sind für die Energiewirtschaft zuständig.¹⁷²

Nach § 59 Abs. 2 S. 2 EnWG müssen die Mitglieder der Beschlusskammern die Befähigung für eine Laufbahn des höheren Dienstes oder alternativ die Befähigung zum Richteramt aufweisen. Als Kollegialorgane sind die Beschlusskammern der Besetzung und der Entscheidungsform nach einem Gericht vergleichbar. Sie entscheiden justizförmig auf Grund öffentlicher, mündlicher Verhandlung durch ein Kollegium in entsprechender Anwendung zivil- und strafprozessualer Vorschriften.¹⁷³ Die Beschlusskammer trifft ihre Regulierungsentscheidungen in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern (vgl. § 59 Abs. 2 S. 1 EnWG). Entscheidungsinstrumente der Beschlusskammern sind nach § 29 EnWG die Festlegung und die Genehmigung (vgl. dazu ausführlich **Kapitel 2 II. 1.**).

c. Beirat

Nach § 5 BEGTPG wird zur Sicherung der Länderinteressen im Rahmen der Regulierung ein Beirat bei der BNetzA gebildet. Dieser ist Ausschuss i. S. v. § 88 VwVfG.¹⁷⁴

Die Errichtung des Beirats stellt die Zusammenarbeit zwischen den BNetzA und den gesetzgebenden Organen Bundestag und Bundesrat sicher. Eine unmittelbare Beteiligung der Länder an der Regulierung wird durch das Verbot der Mischverwaltung verhindert.¹⁷⁵

Der Beirat der BNetzA besteht aus jeweils 16 Mitgliedern des Deutschen Bundestages und 16 Vertretern des Bundesrates (vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 BEGTPG) und führt damit zu einer demokratischen Legitimation der Entscheidungen der Bundesnetzagentur. Den Mitgliedern

¹⁶⁸ Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Schneider/Theobald*, § 21, Rn. 28.

¹⁶⁹ Vgl. *Theobald/Werk*, in: *Theobald/Kühling*, Bd. 1, § 59 EnWG Rn. 17.

¹⁷⁰ Vgl. *Schmidt*, NVwZ 2006, 908.

¹⁷¹ Vgl. ebd.

¹⁷² Beschlusskammer 4 und 6 bis 9.

¹⁷³ Vgl. *Schmidt*, NVwZ 2006, 908.

¹⁷⁴ Vgl. *Schmidt*, DÖV 2005, 1031.

¹⁷⁵ So BVerfG, Beschl. v. 12.01.1983 - 2 BvL 23/81, NVwZ 1983, 537, 540 f.; *Ibler*, in: *Dürig/Herzog/Scholz V*, Art. 87 Rn. 195.

wird jeweils ein Stellvertreter beigeordnet. Geleitet wird er von einem Vorsitzenden sowie einem stellvertretenden Vorsitzenden (vgl. § 6 Abs. 2 S. 1 BEGTPG).

Nach § 60 S. 1 EnWG berät der Beirat die Bundesnetzagentur bei der Erstellung der Energiemarktberichte nach § 63 Abs. 3 bis 5 EnWG. Zudem kann er Auskünfte und Stellungnahmen der BNetzA anfordern (vgl. § 60 S. 2 und 3 EnWG). Die Bundesnetzagentur kann sich des Beirats nach § 64 Abs. 1 und 2 EnWG zur wissenschaftlichen Unterstützung bei ihren Aufgaben bedienen. Zudem schlägt der Beirat den Präsidenten und die Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur nach § 3 Abs. 3 S. 1 BEGTPG vor.

Insgesamt wird der Beirat damit in erster Linie beratend tätig. Er ist kein Organ der Bundesnetzagentur, jedoch Teil ihrer Organisationsstruktur. Er hat lediglich im Innenverhältnis Kompetenzen, tritt aber nicht nach außen auf. Da der Beirat nicht in die Verwaltungshierarchie eingegliedert ist, untersteht er nicht den Weisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz und des Präsidenten der Bundesnetzagentur.¹⁷⁶

d. Länderausschuss

Nach § 8 BEGTPG wird ein Länderausschuss gebildet. Die Errichtung des Länderausschusses im Rahmen der Novelle des EnWG aus dem Jahr 2005 ist Teil der föderativen Aufgabenverteilung zwischen der Bundesnetzagentur und den Landesregulierungsbehörden.¹⁷⁷ Ziel des Länderausschusses ist es, den bundeseinheitlichen Vollzug zwischen BNetzA und den Landesregulierungsbehörden sicherzustellen. Über den Länderausschuss erfolgt eine inhaltliche Abstimmung der Bundesnetzagentur mit den einzelnen Bundesländern (vgl. § 60a Abs. 1 EnWG).

Der Länderausschuss besteht aus je einem Vertreter pro Landesregulierungsbehörde. Der Ausschuss hat die Möglichkeit vor dem Erlass von Entscheidungen gemäß § 54 Abs. 2 S. 1 EnWG Stellungnahmen abzugeben oder nach § 54 Abs. 3 S. 1 EnWG selbst Auskünfte und Stellungnahmen von der Bundesnetzagentur einzuholen. Schwerpunkt seiner Arbeit ist die interne Abstimmung zwischen den verschiedenen Behörden, um einen bundeseinheitlichen Vollzug der Regulierungsaufgaben sicherzustellen.¹⁷⁸

Auch der Länderausschuss wird als Ausschuss i. S. v. § 88 VwVfG tätig.¹⁷⁹ Für die innere Organisation gibt er sich eine Geschäftsordnung und wählt ein vorsitzendes sowie ein stellvertretendes vorsitzendes Mitglied (vgl. § 9 Abs. 1 und 2 BEGTPG). Er nimmt die ihm nach § 10 BEGTPG übertragenen Aufgaben wahr, wobei er aufgrund des Verbots der Mischverwaltung jedoch auf Auskünfte, Stellungnahmen und Benehmenserfordernisse beschränkt bleibt (vgl. § 60a EnWG).¹⁸⁰

¹⁷⁶ Vgl. Schmidt, NVwZ 2006, 907.

¹⁷⁷ Vgl. Säcker, in: Berl.Komm I 1, § 60a Rn. 1.

¹⁷⁸ Vgl. Franke/Schütte, in: Schneider/Theobald, § 21 Rn. 10.

¹⁷⁹ Vgl. Schmidt, DÖV 2005, 1032.

¹⁸⁰ Vgl. ebd.; ders., NVwZ 2006, 909.

Der Länderausschuss ist damit beratendes und zugleich Kontrollgremium, wenn auch ohne Weisungsrechte gegenüber der Bundesnetzagentur. Der Präsident hat das Recht, an ordentlichen sowie außerordentlichen Sitzungen des Ausschusses teilzunehmen und gehört zu werden.¹⁸¹

e. wissenschaftliche Beratung

Darüber hinaus wird die BNetzA regelmäßig durch den Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen beraten. Der WAR setzt sich aus Wissenschaftlern aus verschiedenen Fachbereichen zusammen. Er teilt der Bundesnetzagentur im Rahmen öffentlicher Stellungnahmen Ergebnisse zu rechtlichen, ökonomischen oder technischen Fragen mit regulierungspolitischer Bedeutung mit. Der Arbeitskreis kommt regelmäßig sechsmal jährlich zusammen, wobei an den Sitzungen auch das Präsidium teilnimmt.¹⁸²

f. Außenstellen

Zudem gibt es Außenstellen der Bundesnetzagentur. Diese sind unselbständige Untergliederungen mit der Bedeutung eines Standortes, da die Organisation der BNetzA als selbstständige Bundesoberbehörde einen eigenen Verwaltungsunterbau verhindert.¹⁸³

Über die Außenstellen hält die BNetzA den Kontakt zu den Kunden. Sie sind fachspezifisch organisiert und die Aufgabenwahrnehmung erfolgt bundesweit. Im Energiebereich wurde die Außenstelle Augsburg mit dem „Verbraucherservice Energie“ eingerichtet.

Kapitel 2 - Dogmatische Einordnung der Festlegungskompetenz

Seit der Einführung der Festlegungskompetenz in § 29 EnWG im Jahr 2005 hat diese Entscheidungsart der Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde stetig an Bedeutung gewonnen.¹⁸⁴ So kommt der Bundesnetzagentur zum einen auf immer mehr Gebieten die Kompetenz zur Entscheidung durch Festlegungen zu. Zum anderen wurden diese Konkretisierungen der unbestimmten Vorgaben des EnWG und der Verordnungen in den letzten Jahren auch immer detaillierter. Mittlerweile stellt die Festlegung wettbewerbsanaloger und effizienzorientierter Netznutzungsentgelte den Kern der Regulierung der Monopole in den Infrastruktursektoren dar.¹⁸⁵

Diese Entwicklung hat schon vor dem Urteil des EuGH zur unionsrechtswidrigen normativen Vorstrukturierung der Entscheidungen der Regulierungsbehörde die Frage aufgeworfen, ob es sich bei der Festlegungskompetenz noch um Normanwendung durch die Regulierungsbehörde

¹⁸¹ Vgl. *Theobald/Werk*, in: *Theobald/Kühling*, Bd. 1, § 60a EnWG Rn. 11.

¹⁸² Vgl. *BNetzA*, Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen.

¹⁸³ Vgl. *Schmidt*, DÖV 2005, 1027.

¹⁸⁴ So auch *Pielow*, in: *Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 43 Rn. 3; *Schmidt-Preuß*, in: *Berl.Komm I 1*, § 29 Rn. 5.

¹⁸⁵ Vgl. *Mohr*, N&R-Beilage 1/2020, 4.

handelt oder ob mit den Festlegungen nicht schon normative Regelungen der Exekutive vorliegen.¹⁸⁶

Einen weiteren Bedeutungsgewinn haben die Festlegungen durch das aktuelle Urteil des EuGH in der Rechtssache C-718/18 aus dem Jahr 2021 zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde erlangt. Denn zur Abhilfe des mit der Entscheidung festgestellten Verstoß gegen Unionsrecht hat sich der Gesetzgeber zum Erlass neuer Festlegungskompetenzen der Bundesnetzagentur entschieden, die die bisherige normative Vorstrukturierung der Entscheidungen der Behörde beseitigen sollen (vgl. dazu **Kapitel 5**).

I. Regulierungskonzept

1. Geschichte der Netzzugangsregulierung

Die Energiepolitik wurde in den letzten Jahren im Sinne der Schaffung eines liberalisierten Energiebinnenmarktes, wie das gesamte Verwaltungsrecht¹⁸⁷, immer weiter europäisiert.¹⁸⁸

Die europarechtlichen Binnenmarktrichtlinien aus den Jahren 1996/1998¹⁸⁹ sahen für den Netzzugang zwei verschiedene Systeme vor und überließen es den Mitgliedstaaten, für welches Modell sie sich entschieden (vgl. Art. 16 EltRL 1996, Art. 14 EltRL 1998). Die konkrete Ausgestaltung des Netzzugangs konnte entweder im Rahmen des Modells des verhandelten Netzzugangs (vgl. Art. 17 Abs. 1 EltRL 1996, Art. 15 EltRL 1998 bzw. Art. 15 GasRL 1998) oder des regulierten Netzzugangs (vgl. Art. 17 Abs. 4 EltRL 1996, Art. 16 EltRL 1998 bzw. Art. 16 GasRL 1998) erfolgen.

Beim verhandelten Netzzugang legt der Gesetzgeber lediglich den Netzzugang, etwaige Ausnahmetatbestände und inhaltliche Rahmenbedingungen normativ fest und überlässt die Konkretisierung der Netznutzungsentgelte und -bedingungen den Netzbetreibern und -nutzern.¹⁹⁰

Im Rahmen des regulierten Netzzugangs erfolgt eine detaillierte normative Steuerung durch den Gesetzgeber, die von einer administrativen Einflussnahme auf die konkreten Preise und Bedingungen flankiert wird.¹⁹¹

Im Elektrizitätsbereich hat sich die Bundesrepublik Deutschland als einziger Mitgliedstaat der EU sowie im Gasbereich neben wenigen anderen Mitgliedstaaten für das Modell des

¹⁸⁶ Diese Frage wirft auch *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. C Rn. 2 auf. Vgl. zu dieser Problematik auch *Britz*, RdE 2006, 4 ff.; *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 23; *Pielow*, DÖV 2005, 1022 f.

¹⁸⁷ Vgl. *Ludwigs*, NVwZ 2015, 1327.

¹⁸⁸ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. B Rn. 1.

¹⁸⁹ Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. L 27 v. 30.01.1997, S. 20 ff.; Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.06.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, Abl. L 204 v. 21.07.1998, S. 7 ff.

¹⁹⁰ Vgl. *Büdenbender*, ET 2005, 643.

¹⁹¹ Vgl. ebd.

verhandelten Netzzugangs entschieden.¹⁹² Das EnWG 1998¹⁹³ regelte diesen verhandelten Netzzugang allerdings nur bruchstückhaft durch die generalklauselartigen Netzzugangsgewährungspflichten, die die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen verpflichteten, die Leitungen anderen Energieversorgern diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen (vgl. §§ 6 Abs. 1, 6a Abs. 2 EnWG 1998) sowie die Verordnungsermächtigungen an das Bundeswirtschaftsministerium in §§ 4a Abs. 3, 6 Abs. 2, Abs. 5, 6a Abs. 4 EnWG 1998.

Ergänzt wurden diese Regelungen durch den allgemeinen kartellrechtlichen Zugangsanspruch nach § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 4 GWB a. F. bzw. § 20 Abs. 1 GWB a. F. sowie aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der Netzbetreiber durch die Missbrauchstatbestände des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 bis 3 GWB a. F.¹⁹⁴ Allerdings ist die Missbrauchsaufsicht durch die Wettbewerbsbehörden eher auf grundsätzlich funktionsfähige Märkte ausgelegt und stellte sich als zur Herstellung von Wettbewerb ungeeignet heraus.¹⁹⁵ Heute scheitert eine doppelte Kontrolle von marktbeherrschenden Netzbetreibern an § 111 Abs. 1, Abs. 2 EnWG, der das Verhältnis der Vorschriften des EnWG zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen regelt.

Um die große Anzahl an Nutzungsverträgen zu bewerkstelligen, schlossen die Wirtschaftsverbände sog. Verbändevereinbarungen¹⁹⁶ zur Festlegung einheitlicher Bedingungen und Entgelte.¹⁹⁷ Nachdem sich die Verbändevereinbarungen als wettbewerbsfördernd erwiesen, verrechtlichte der Gesetzgeber diese mit der nächsten EnWG-Novelle (vgl. §§ 6 Abs. 1 S. 4 und 5, 6a Abs. 2 EnWG 2003¹⁹⁸) und konkretisierte damit die Maßstäbe anhand derer die Wettbewerbsbehörden und Zivilgerichte die Netzzugangsbedingungen auf ihre Angemessenheit überprüften.¹⁹⁹ Während zuvor nur die Vereinbarung unterzeichnenden Verbände zur Einhaltung verpflichtet waren, enthielt das neue EnWG 2003 eine widerlegliche Vermutung für die Erfüllung der Bedingungen guter fachlicher Praxis bei Einhaltung der Verbändevereinbarungen (vgl. §§ 6 Abs. 1 S. 5, 6a Abs. 2 S. 5 EnWG 2003).²⁰⁰

Mit dem Zweiten Binnenmarktpaket aus dem Jahr 2003 wurde der regulierte Netzzugang und damit methodisch eine flächendeckende ex-ante Regulierung vorgegeben (vgl. Art. 20 Abs. 1 EltRL 2003, Art. 18 Abs. 1 GasRL 2003). Die bisher bestehenden Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten wurden folglich eingeschränkt. In Deutschland war damit ein Paradigmenwechsel vom verhandelten zum regulierten Netzzugang notwendig.²⁰¹

¹⁹² Vgl. *Schütz/Tüngler*, RdE 2003, 102 (dort Fn. 48).

¹⁹³ Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 24.04.1998, BGBl. I S. 730.

¹⁹⁴ Vgl. *Scholz*, in: Wiedemann, § 34 Rn. 96.

¹⁹⁵ Vgl. *Säcker*, EnWZ 2015, 532.

¹⁹⁶ Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netzentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung v. 13.12.2001 (VV Strom II plus), BAnz. Nr. 85b v. 08.05.2002; Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas v. 03.05.2002 (VV Erdgas II), BAnz. Nr. 87b v. 03.05.2002.

¹⁹⁷ Vgl. *Ludwigs*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 6 Rn. 8.

¹⁹⁸ Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 20.05.2003, BGBl. I S. 686.

¹⁹⁹ Vgl. *Jacob*, N&R 2020, 107 f.; *Ludwigs*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 6 Rn. 12.

²⁰⁰ Vgl. *Lange*, in: Schneider/Theobald, § 19 Rn. 2; *Ludwigs*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 6 Rn. 12.

²⁰¹ Vgl. *Groebel*, in: B/H/H, § 21 Rn. 2.

Später regelten auch die EltRL 2009, die GasRL 2009 sowie die EltRL 2019 wie schon die Vorgängerrichtlinien die Methodenregulierung als Mindestmaß der Regulierung (vgl. Art. 32 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1 lit. a), Abs. 6 EltRL 2009; Art. 32 Abs. 1, Art. 41 Abs. 1 lit. a), Abs. 6 GasRL 2009, Art. 6 Abs. 1, Art. 59 Abs. 1 lit. a), Abs. 7 EltRL 2019). Mit der dadurch vorgeschriebenen antizipierten staatlichen Steuerung anstelle der bisherigen nur repressiven Kontrolle wurde das Energierecht neu ausgerichtet. Darüber hinaus ist in den Beschleunigungsrichtlinien aus dem Jahr 2003 lediglich der Grundsatz der Kostenorientierung enthalten, nach welchem die Übertragungs- und Verteilungstarife nichtdiskriminierend und kostenorientiert sein sollen.²⁰² Die Anreizregulierung, die später durch § 21a EnWG und die noch bis zum Ablauf des Jahres 2028 geltende Anreizregulierungsverordnung²⁰³ etabliert wurde, findet in den Richtlinien keine Erwähnung.

Die Überlegung, dass neben der zur Sicherstellung eines effektiven Marktzugangs erforderlichen nichtdiskriminierenden und kostenorientierten Ausgleichsmechanismen geeignete Anreize gegeben werden, um die Einspeisung und Abnahme von Elektrizität und Gas auszugleichen und das System nicht zu gefährden enthielten erstmals die Richtlinien aus dem Jahr 2009 (vgl. Erwägungsgrund Nr. 35 EltRL 2009, Erwägungsgrund Nr. 31 GasRL 2009). Auch die EltRL 2019 enthält die Erwägung, dass die Mitgliedstaaten den Verteilernetzbetreibern mittels Netzentgelten Anreize bieten sollten (vgl. Erwägungsgrund Nr. 61).

Zudem regelt das auf die Beschleunigungsrichtlinien folgende Sekundärrecht, dass die Regulierungsbehörde sicherzustellen hat, dass für Netzbetreiber und -nutzer kurz- und langfristig angemessene Anreize bestehen, für Effizienzsteigerungen bei der Netzleistung zu sorgen und die Marktintegration zu fördern (vgl. Art. 36 lit. f) EltRL 2009, Art. 40 lit. f) GasRL 2009, Art. 58 lit. f) EltRL 2019, vgl. auch Art. 37 Abs. 8 EltRL 2009, Art. 41 Abs. 8 GasRL 2009).

Nach Art. 37 Abs. 6 lit. b) EltRL 2009, Art. 41 Abs. 6 lit. b) GasRL 2009 und Art. 59 Abs. 7 lit. b) EltRL 2019 obliegt es den Regulierungsbehörden, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für die Erbringung von Systemdienstleistungen, die möglichst wirtschaftlich sind und den Netzbenutzern geeignete Anreize bieten, die Einspeisung und Abnahme von Gas auszugleichen, festzulegen oder zu genehmigen. Auch Art. 14 Abs. 1 StromhandelsVO 2009, Art. 13 Abs. 1 GasfernleitungsVO 2009 sowie Art. 18 EltVO 2019 enthalten den Maßstab der Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers.

Zudem regelt Art. 32 EltRL 2019 erstmals explizit die verbindliche Einführung eines Regelungsrahmens, durch den die Verteilernetzbetreiber in die Lage versetzt werden und Anreize erhalten, Flexibilitätsleistungen einschließlich Engpassmanagement in ihrem Bereich zu beschaffen, um die Effizienz bei Betrieb und Ausbau des Verteilernetzes zu verbessern.

²⁰² Vgl. Erwägungsgrund Nr. 17 und 18 EltRL 2003; Erwägungsgrund Nr. 15 und 16 GasRL 2003.

²⁰³ Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (ARegV) v. 29.10.2007, BGBl. I S. 2529, zuletzt geändert durch Verordnung v. 23.12.2019, BGBl. I S. 2935.

2. Methodenregulierung

Das Sekundärrecht regelt die Methodenregulierung als regulatorisches Mindestmaß. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Tarife sowie weiterer bestimmter Bedingungen des Netzzugangs vor deren Inkrafttreten festlegen oder genehmigen (vgl. Art. 23 Abs. 2 EltRL 2003, Art. 25 Abs. 2 GasRL 2003, Art. 37 Abs. 1 lit. a) EltRL 2009, Art. 41 Abs. 1 lit. a) GasRL 2009, Art. 59 Abs. 1 lit. a), Abs. 7 EltRL 2019). Die Regelung der Netznutzungsentgelte selbst ist nach den Richtlinien nicht zwingend.

Das bedeutet die zur Festlegung der Netzentgelte verwendete Methode muss einer Vorabkontrolle unterworfen werden und darf nicht erst nachträglich geprüft werden.²⁰⁴ Darüber hinaus enthalten die Richtlinien kein von den Mitgliedstaaten zu übernehmendes Regulierungsmodell. Folglich können die Mitgliedstaaten frei zwischen der Methoden- oder der weitergehenden konkreten Einzelentgeltregulierung sowie einer Genehmigungspflicht ex-ante oder einer ex-post Kontrolle wählen (vgl. Art. 23 Abs. 4 EltRL 2003, Art. 25 Abs. 4 GasRL 2003).²⁰⁵ Ihnen kommt damit ein Ausgestaltungsspielraum zu.

a. Bedeutung/Zweck

Durch die Methodenregulierung werden die Methoden, nach welchen die Entgelte und sonstigen Bedingungen zu bestimmen sind, der Regulierung unterstellt. Statt einer ex-ante Genehmigung der Netzentgelte wird damit nur deren Berechnungsmethode vorgeschrieben.²⁰⁶ Die Methodenregulierung vermeidet damit zu detaillierte Entscheidungen der Regulierungsbehörde.

Zweck der abstrakt-generellen Methodenregulierung ist es, zugunsten von Effizienz und Einheitlichkeit eine Vielzahl von Fällen zu erfassen.²⁰⁷ Gleichzeitig ermöglichen diese behördlichen Befugnisse eine besondere Flexibilität sowie Systemverbesserungen und beugen einer Überregulierung durch den Ordnungsgeber vor.²⁰⁸ Zudem soll ausweislich der Gesetzesbegründung zum EnWG durch die Regelung der Methoden zur Entgeltbestimmung die für einen funktionierenden Wettbewerb notwendige Rechtssicherheit gewährleistet werden.²⁰⁹

b. Abgrenzung zur konkreten Entgelt- und Bedingungsregulierung

Die Alternative zur generellen Methodenregulierung stellt die weitergehende konkrete Entgelt- und Bedingungsregulierung dar.²¹⁰ Dabei erfolgt auf der Basis einer normativen Grundlage eine

²⁰⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 29.10.2009 - C-274/08, ECLI:EU:C:2009:673 Rn. 41.

²⁰⁵ Vgl. *Säcker/Meinzenbach*, in: Berl.Komm I 1, § 21 Rn. 2; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. B Rn. 27.

²⁰⁶ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 9; *Säcker/Meinzenbach*, in: Berl.Komm I 1, § 21 Rn. 19; *Wahlhäuser*, in: Kment, § 29 Rn. 11.

²⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 62; *Britz*, in: Regulierungsrecht, § 9 Rn. 56.

²⁰⁸ Vgl. BR-Drs. 246/05, S. 52; BR-Drs. 244/05, S. 29; BR-Drs. 245/05, S. 44; BR-Drs. 312/10, S. 103.

²⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 85. Kritisch dazu *Büdenbender*, RdE 2004, 290.

²¹⁰ Vgl. *Schneider*, in: Schneider/Theobald, § 2 Rn. 47.

Steuerung der Netzentgelte und Bedingungen des Netzzugangs durch die Regulierungsbehörde.²¹¹

Die Methodenregulierung ergänzt die Regulierung der Anschluss- und Zugangsbedingungen.²¹² Insbesondere kann sie einer Regulierung der konkreten Netzanschluss- und Netzzugangsbedingungen vorgeschaltet sein.²¹³

Vorteile der Methodenregulierung sind zum einen der im Vergleich zur Einzelentgeltregulierung verringerte administrative Aufwand.²¹⁴ Zum anderen ist die Preisbildungsmethode auch der Einzelentgeltregulierung logisch vorgelagert und die Festlegung der methodischen Vorgaben bildet den Schwerpunkt im Rahmen der Einzelentgeltregulierung.²¹⁵ Im Ergebnis stellen sich im Rahmen beider Regulierungsmethoden die gleichen Fragen.

Als Argument, das demgegenüber eine Einzelentgeltregulierung vorzugswürdig erscheinen lässt, wurde der intensivere Schutz der Netznutzer genannt. Die Netzbetreiber könnten bei dieser Regulierungsmethode keine unangemessenen Nutzungsentgelte verlangen, während die Methodenregulierung es ihnen ermögliche, die Entgelte ohne vorherige Genehmigung zunächst bindend festzulegen. Die Regulierungsbehörde könne diese Preisbildung erst repressiv prüfen und gegebenenfalls regulierend eingreifen.²¹⁶

c. Umsetzung in Deutschland

In der Bundesrepublik Deutschland hat sich der Gesetzgeber für die Anwendung des Regulierungskonzepts der Methodenregulierung und gegen eine Einzelentgeltregulierung entschieden.²¹⁷ Mit der Umsetzung im EnWG 2005²¹⁸ trat an die Stelle der bisherigen Ermittlung der Höhe der Netznutzungsentgelte aufgrund der verbandsautonomen Vereinbarungen die rechtsverbindliche Festlegung zumindest der Berechnungsmethode.

Schon in ihrem Monitoring-Bericht aus dem Jahr 2003 sprach sich die Bundesregierung für eine Methodenregulierung aus und betonte, dass es durch eine Einzelentgeltregulierung zu einer größeren Eingriffstiefe und geringerer Flexibilität aller Marktteilnehmer kommen würde. Zudem würden einzelne Genehmigungsverfahren bei der großen Zahl der Netzbetreiber zu gesteigertem Aufwand der Beteiligten führen, ohne zugleich die Wettbewerbsbedingungen zu verbessern.²¹⁹ Auch das Bundeskartellamt hielt es angesichts der Struktur in Deutschland mit

²¹¹ Vgl. *Wahlhäuser*, in: Kment, § 29 Rn. 10.

²¹² Vgl. ebd.

²¹³ Vgl. ebd. Rn. 12; *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 9.

²¹⁴ Vgl. *Büdenbender*, RdE 2004, 289.

²¹⁵ Vgl. ebd.; *Missling*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 1 StromNEV Rn. 5.

²¹⁶ Zum Vorstehenden insgesamt *Büdenbender*, RdE 2004, 288 f.

²¹⁷ Vgl. *Gundel*, in: Hdb. d. EU-Wirtschaftsrechts Bd. 2, Kap. M Rn. 83.

²¹⁸ Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 07.07.2005, BGBl. I S. 1970.

²¹⁹ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt BT-Drs. 15/1510, S. 29 f.

der großen Vielzahl von Netzbetreiber für sinnvoll, nur die Methoden zur Berechnung der Netznutzungsentgelte und nicht diese selbst vorab zu genehmigen.²²⁰

Dementsprechend war im ersten Regierungsentwurf zum EnWG 2005 keine Einzelentgeltregulierung vorgesehen.²²¹ Der Bundesrat forderte hingegen unter Hinweis auf die bestehende Rechtsunsicherheit der ex-post-Kontrolle der Netznutzungsentgelte die Einführung einer Einzelentgeltgenehmigung.²²² Gleichwohl verabschiedete der Bundestag die Gesetzesfassung mit der ex-ante Methodenregulierung (vgl. §§ 17 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2, 21 Abs. 6 S. 1 Nr. 3, 24 S. 1 Nr. 1, 2 EnWG 2005). Erst im Vermittlungsausschuss setzte sich der Bundesrat mit der Forderung einer Einzelentgeltregulierung durch.²²³

Mit der Einführung des § 23a EnWG im Jahr 2005 löste die ex-ante Genehmigung der Netzentgelte die bis dato praktizierte Methodenregulierung mit nachträglicher Preiskontrolle ab.²²⁴ § 23a EnWG bestimmt, dass Netzzugangsentgelte grundsätzlich genehmigungspflichtig sind, es sei denn in einer Rechtsverordnung nach § 21 Abs. 6 EnWG a. F. ist die Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang durch eine Anreizregulierung angeordnet worden. Seit dem Erlass der Anreizregulierungsverordnung besteht eine solche Rechtsverordnung. Als Abweichung von der kostenorientierten Entgeltbildung nach § 21 Abs. 2 EnWG regelt § 1 Abs. 1 S. 2 ARegV, dass die Netzentgelte ab dem 1. Januar 2009 im Wege der Anreizregulierung bestimmt werden.

Die Anreizregulierungsverordnung tritt allerdings infolge der Novellierung des EnWG mit Ablauf des 31. Dezember 2028 außer Kraft. Die Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang im Wege der Anreizregulierung kann dann nur noch in einer Festlegung nach § 21a Abs. 3 EnWG angeordnet werden. Mit der Anreizregulierung hat der Gesetzgeber die materiellen Vorgaben der Art. 59 Abs. 1 lit. a), Abs. 7 EltRL 2019 und Art. 41 Abs. 1 lit. a), Abs. 6 lit. a), Abs. 8 GasRL 2009 umgesetzt.

Die ex-ante Einzelentgeltregulierung war damit nur vorübergehender Natur und wurde mit der Einführung der Anreizregulierung durch § 21a EnWG im Jahr 2009, konkretisiert durch die Anreizregulierungsverordnung als dauerhafte Form der ex-ante Methodenregulierung abgelöst.²²⁵ Die bis dato durchgeführte Regulierung der Netzzugangsentgelte durch einen Kostenvergleich mit einem effizienten, strukturell vergleichbaren Netzbetreiber (vgl. § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG) wurde durch das Revenue-Cap-Verfahren ersetzt, bei welchem den Netzbetreibern Obergrenzen für Erlöse vorgegeben werden.²²⁶

²²⁰ Vgl. Bundeskartellamt, Diskussionspapier Arbeitskreis Kartellrecht v. 07.10.2002, Marktöffnung und Gewährleistung von Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, S. 42.

²²¹ Vgl. BR-Drs. 613/04, S. 21; BT-Drs. 15/3917, S. 17.

²²² Vgl. BR-Drs. 613/04, S. 18 ff.

²²³ Vgl. BT-Drs. 15/5736 (neu).

²²⁴ Vgl. ebd. S. 4.

²²⁵ Vgl. Säcker/Meinzenbach, in: Berl.Komm I 1, § 21 Rn. 42.

²²⁶ Vgl. Busse von Colbe/Säcker, in: Berl.Komm I 1, Vor §§ 21 ff. Rn. 17.

Angesichts der Vielzahl der Netzbetreiber hielt der nationale Gesetzgeber das Instrument der Festlegung für geeignet, „bundesweit einheitliche Vorgaben und Wettbewerbsbedingungen“ durch behördliche Entscheidungen zu gewährleisten.²²⁷

Bis zur letzten Novellierung des EnWG enthielt § 29 Abs. 1 EnWG a. F. noch die Regelung, dass die Regulierungsbehörde Entscheidungen über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder -zugang nach den in §§ 17 Abs. 3, 21a Abs. 6 und 24 EnWG a. F. genannten Rechtsverordnungen trifft. Das neue EnWG enthält nunmehr lediglich die Formulierung, dass die Regulierungsbehörde Entscheidungen über die in diesem Gesetz benannten Fälle trifft. Solche Fälle benennen nun beispielsweise §§ 17 Abs. 4, 20 Abs. 3 und 4 sowie 21 Abs. 3 EnWG.

Die Methodenregulierung fällt in die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur, der nach § 54 Abs. 1, Abs. 3 EnWG eine Auffangzuständigkeit zukommt. Flankiert wird diese Form der Regulierung durch die ex-post Befugnisse nach § 29 Abs. 2 EnWG und §§ 30, 31 EnWG.²²⁸

d. Konkrete Ausgestaltung

Bis zum Erlass des novellierten EnWG im Dezember 2023 mussten die Netzbetreiber ihre Netzentgelte auf der Grundlage der in den Rechtsverordnungen niedergelegten Preisbildungsmethode ermitteln, wodurch die angestrebten rechtssicheren Netzzugangsbedingungen für die Beteiligten gewährleistet werden sollten.²²⁹ Die entsprechenden Rechtsverordnungen konkretisieren die Bestimmungen des EnWG zur Preisbildung und bilden den generell-abstrakten Leitfaden.²³⁰ Zugleich stellen die Rechtsverordnungen entsprechend des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG die erforderliche normative Grundlage für das entsprechende Staatshandeln dar.²³¹

Die Festlegungen der Bundesnetzagentur mussten sich bis zur letzten Novellierung des EnWG innerhalb dieser gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Bestimmungen halten.²³² Durch die Festlegung der Methoden kam es zu einer Konkretisierung der gesetzlichen Maßstäbe sowohl in verfahrens-, als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht.²³³

Im Ergebnis wurde die Ausgestaltung von Entgelten und sonstigen Bedingungen des Netzzugangs zunächst durch den Ordnungsgeber normativ geregelt und in einem zweiten Schritt durch die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden administrativ näher ausgestaltet. Diese normative Vorstrukturierung der Behördenentscheidung wurde vom EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache C-718/18 als europarechtswidrig beurteilt.

²²⁷ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 62.

²²⁸ Vgl. *Säcker/Meinzenbach*, in: Berl.Komm I 1, § 21 Rn. 32.

²²⁹ Vgl. *Missling*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 1 StromNEV Rn. 6.

²³⁰ Vgl. *Büdenbender*, RdE 2004, 289 f.; *Missling*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 1 StromNEV Rn. 6.

²³¹ Vgl. *Missling*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 1 StromNEV Rn. 6.

²³² Vgl. *Burgi*, DVBl 2006, 275; *Schellberg*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, § 29 Rn. 15.

²³³ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 9; *Missling*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 1 StromNEV Rn. 6; *Wahlhäuser*, in: Kment, § 29 Rn. 11.

e. Bindungswirkung

Die Methodenregulierung löst in mehrfacher Hinsicht eine Bindungswirkung aus. Zum einen sind die Festlegungen zur Methodenregulierung für die Netzbetreiber bei der Umsetzung der Anschluss- und Zugangsbedingungen bindend.²³⁴ Zum anderen binden sie die mit der Einzelregulierung betraute Behörde.²³⁵ Folgt dies für die ex-post Missbrauchsaufsicht bereits aus der Norm selbst, die die Festlegungen als Prüfungsmaßstab anführt, ergibt es sich für die ex-ante Genehmigung aus der andernfalls bestehenden Möglichkeit der widersprüchlichen Behördenentscheidungen zulasten des Netzbetreibers.²³⁶

Ist mit der Bundesnetzagentur dieselbe Behörde für die Methodenregulierung sowie die nachgelagerte Einzelfallregulierung zuständig, ergibt sich eine Selbstbindung derselben, was schon der Umkehrschluss aus der Änderungsbefugnis des § 29 Abs. 2 EnWG zeigt.²³⁷

Aus der Bindung der mit der Einzelfallregulierung befassten Behörde können jedoch aufgrund der damit einhergehenden Reduzierung von Beurteilungsspielräumen Kompetenzprobleme resultieren, wenn nicht dieselbe Behörde für beiden Arten der Regulierung zuständig ist.²³⁸ Die Zuständigkeiten fallen dann auseinander, wenn es um den Zugang zu einem kleinen Netz geht und die Einzelfallregulierung nach §§ 21a, 23a und 30 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 EnWG gemäß § 54 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2, 8 EnWG in den Zuständigkeitsbereich der Landesregulierungsbehörden fällt, während die Bundesnetzagentur für die Methodenregulierung zuständig ist.

Die Landesregulierungsbehörden sind nicht an Festlegungen der Bundesnetzagentur gebunden.²³⁹ Eine Bindung an die Festlegungen der Bundesnetzagentur als Bundesoberbehörde stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken, die auch durch die Zuweisung der Zuständigkeit für bundeseinheitliche Festlegungen durch § 54 Abs. 3 S. 2 und 3 EnWG an die BNetzA nicht ausgeräumt werden.²⁴⁰ Die Methodenfestlegung durch eine Bundesbehörde zielt auf einen einheitlichen Vollzug des Energiewirtschaftsgesetzes ab (vgl. dazu unter **I. 2. a.**). Art. 84 Abs. 1 S. 5, Abs. 2 GG regelt abschließend, mit welchen Instrumenten der Bund Bundesrecht verbindlich konkretisieren kann, um einen einheitlichen Vollzug durch die Landesbehörden sicherzustellen. Art. 84 Abs. 2 GG sieht für den Vollzug unbestimmter Normen des Bundesrechts durch die Landesbehörden den an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Erlass einer Verwaltungsvorschrift vor. Eine Gesetzeskonkretisierung im Wege einer anderen Handlungsform oder durch einen anderen Ermächtigungsadressaten als der Bundesregierung würde eine unzulässige Umgehung der Norm darstellen.²⁴¹

²³⁴ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 12.

²³⁵ Vgl. *Franke*, in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn. 74; *Pielow*, in: *Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 43 Rn. 47.

²³⁶ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 13.

²³⁷ Vgl. ebd. Rn. 14; *Hempel/Müller*, RdE 2013, 105 f. (mit weiteren Argumenten).

²³⁸ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 14. Für eine Bindungswirkung auch in diesem Fall *Franke/Schütte* in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn. 71; *Pielow*, in: *Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 43 Rn. 47.

²³⁹ Vgl. *Britz*, RdE 2006, 5 f.; *Schmidt-Preuß*, in: *Berl.Komm I 1*, § 29 Rn. 61; a. A. *Franke/Schütte*, in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn. 71.

²⁴⁰ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 16. Siehe demgegenüber *Franke/Schütte*, in: *Schneider/Theobald*, § 21 Rn. 71.

²⁴¹ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 15; *Ders.*, in: *Dreier III*, Art. 84 Rn. 88.

Allerdings sind wirksame Verwaltungsakte nach allgemeinen Grundsätzen auch von anderen Behörden zu beachten (sog. Tatbestandswirkung).²⁴² Dies gilt im Falle einer bestandskräftigen Festlegung auch für Zivilgerichte.²⁴³

Entschärft wird das Problem durch eine zwischen den verschiedenen Behörden im Länderausschuss abgestimmte Methodenregulierung nach § 60a Abs. 2 EnWG.²⁴⁴ Darüber hinaus legt § 54 Abs. 3 S. 4 EnWG für bundeseinheitliche Festlegungen fest, dass die BNetzA das Benehmen mit dem Länderausschuss herzustellen hat. Durch die Novellierung wurde dieses Verfahren in § 54 Abs. 3 S. 5 bis 7 EnWG nun noch detaillierter ausgestaltet (vgl. dazu **Kapitel 1 III.**). Im Ergebnis wird die Befolgung der Landesregulierungsbehörden unterstellt.²⁴⁵ Durch Anwendung der Festlegungen in ständiger Praxis kann sich zudem eine Selbstbindung der Landesregulierungsbehörden ergeben.²⁴⁶

Darüber hinaus entfaltet die Festlegung auch Bindungswirkung in Bezug auf weitere regulatorische Verfahren, was sich aus der Regelung des § 30 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 EnWG ergibt.²⁴⁷ Die Festlegungen werden nun seit der Ergänzung einer ausdrücklichen Bezugnahme auf die nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden in § 30 Abs. 1 Nr. 1 EnWG unstreitig Prüfungsmaßstab des Missbrauchsverfahrens nach § 30 EnWG.²⁴⁸

Um gleichwohl die Flexibilität der Regulierung sicherzustellen, enthält § 29 Abs. 2 EnWG eine Änderungskompetenz der Regulierungsbehörde, die es ermöglicht getroffenen Entscheidungen nachträglich an veränderte Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art anzupassen.²⁴⁹ Die Änderungskompetenz des § 29 Abs. 2 EnWG beruht richtlinienkonform auf Art. 37 Abs. 10 EltRL 2009 und Art. 41 Abs. 10 GasRL 2009.

3. Regelungssystematik der Netzentgeltregulierung

Im nationalen Recht regelt § 20 EnWG den Zugang zu den Energieversorgungsnetzen und begründet in Abs. 1 S. 1 einen gesetzlichen Anspruch auf Netzzugang.²⁵⁰

§§ 21, 21a und 23a EnWG stellen die zentralen Normen der Entgeltregulierung im EnWG dar und geben den rechtlichen Rahmen für die Preisbildung vor, wenngleich diese Vorschriften unterschiedliche Methoden zur Bestimmung der Netzentgelte vorsehen.

²⁴² So BVerwG, Beschl. v. 23.02.2010 - 1 WB 36/09, BeckRS 2010, 51350 Rn. 49; BGH, Beschl. v. 16.12.2014 - EnVR 54/13, EnWZ 2015, 180 Rn. 19 f.

²⁴³ So BGH, Beschl. v. 16.12.2014 - EnVR 54/13, EnWZ 2015, 180 Rn. 19; Schellberg, in: Elspas/Graßmann/Rasbach § 29 Rn. 20.

²⁴⁴ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 16.

²⁴⁵ Vgl. ebd.

²⁴⁶ So OLG Koblenz, Beschl. v. 23.07.2009 - W 77/09; ZNER 2009, 413, 415; *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 16; vgl. dazu allgemein *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 VwVfG Rn. 103 ff.

²⁴⁷ Vgl. *Schellberg*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, § 29 Rn. 18.

²⁴⁸ Vgl. *Böhme*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, § 30 Rn. 24; *Hollmann*, in: B/H/H, § 30 Rn. 20; *Boos*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 30 EnWG Rn. 16.

²⁴⁹ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 69.

²⁵⁰ Vgl. *Kment*, in: Kment, § 20 Rn. 4. A. A. *Hahn*, in: B/H/H, § 20 Rn. 11.

Nach § 21 Abs. 1 EnWG müssen die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang angemessen, diskriminierungsfrei und transparent und dürfen nicht ungünstiger sein, als sie in vergleichbaren Fällen gegenüber innerhalb des Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen geltend gemacht werden (vgl. die Vorgaben in Art. 37 Abs. 10 S. 1 EltRL 2009, Art. 41 Abs. 10 GasRL 2009). § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG enthält in Umsetzung von Art. 37 Abs. 3 lit. d) EltRL 2009 und Art. 41 Abs. 3 lit. d) GasRL 2009 den Grundsatz der Kostenorientierung. Konkretisiert wurde dieser Regelungsrahmen bisher durch die nach § 24 EnWG a. F. erlassenen Netzentgeltverordnungen. Seit der letzten Änderungsnovelle kann durch eine Festlegung der Regulierungsbehörde nach § 21 Abs. 3 S. 1 EnWG oder § 21a Abs. 1 S. 1 EnWG eine Abweichung von der kostenorientierten Entgeltbildung bestimmt werden.

§ 21a EnWG enthält die gesetzliche Grundlage für die Anreizregulierung.

§ 23a EnWG sieht demgegenüber für nach § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG kostenorientiert gebildete Netzentgelte ein Genehmigungserfordernis vor, sofern die Entgelte nicht der Anreizregulierung unterfallen. Der Anwendungsbereich von § 23a EnWG ist damit infolge der Einführung der Anreizregulierung nur noch gering, vgl. § 1 Abs. 2 S. 1, 2 ARegV. Aufgrund der seit dem Jahr 2009 bestehenden Praxis der Anreizregulierung und den Festlegungsbefugnissen die § 21a Abs. 3 EnWG der Regulierungsbehörde zur näheren Ausgestaltung des Anreizregulierungsmodells einräumt, ist davon auszugehen, dass dies auch nach Außerkrafttreten der ARegV gilt.

Durch das Zusammenwirken des Instrumentariums von ex-ante-Kontrolle gemäß § 23a EnWG, Effizienzkostenmaßstab gemäß § 21 Abs. 2 EnWG und Anreizregulierung gemäß § 21a EnWG soll ein effizienter Netzzugang gewährleistet werden.²⁵¹

4. Normierende Regulierung

a. Begriff

Das EnWG war bis zur Novelle aus dem Jahr 2023 im Sinne einer normierenden Regulierung konzipiert.²⁵² Die normierende Regulierung zeichnet sich dadurch aus, dass die Regulierungsbehörde ihre Entscheidungen zur Konkretisierung der Regulierungsziele durch gesetzliche oder verordnungsrechtliche Vorgaben trifft.²⁵³

Grundsätzlich sprechen die rechtsstaatlichen Gründe der Stabilität, Stetigkeit und Absehbarkeit der Eingriffsvoraussetzungen für eine normative Verankerung.²⁵⁴ Dementsprechend hatten die Festlegungen norminterpretierenden und -klärenden, nicht jedoch normgestaltenden Charakter.²⁵⁵ Aufgrund der mit der hohen Eingriffsintensität verbundenen

²⁵¹ Vgl. *Grobel*, in: B/H/H, § 21 Rn. 10.

²⁵² Vgl. *Eifert*, ZHR 174 (2010), 465; *Ludwigs*, RdE 2013, 304; *Pritzsche/Reimers*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 7 Rn. 18; *Säcker*, Berl.Komm I 1, Einl. C Rn. 2 ff.

²⁵³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.04.2018 - VI-5 Kart 2/16 (V), EnWZ 2018, 267 Rn. 63; *Franke/Schütte*, in: Recht der Energiewirtschaft, § 21 Rn. 2; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. C Rn. 2.

²⁵⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. C Rn. 2, § 29 Rn. 8.

²⁵⁵ Vgl. *Franke*, in: Hdb. Öff. WirtschaftsR, § 10 Rn. 89; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1 § 29 Rn. 8.

Grundrechtssensibilität des Energiesektors und der daraus folgenden Geltung der Wesentlichkeitstheorie wurde die normierende Regulierung begrüßt.²⁵⁶

Entsprechend dieses Ansatzes bestand eine sichtbare hohe Normierungsdichte im EnWG und den fünf Begleitverordnungen (StromNZV, GasNZV, StromNEV, GasNEV, ARegV). Das EnWG und die auf Grundlage dessen erlassenen untergesetzlichen Rechtsgrundlagen bildeten die Basis für eine umfassende Regulierung der für den Netzzugang erhobenen Entgelte. Dem stand es indes nicht entgegen, dass der Behörde Entscheidungsspielräume eingeräumt wurden (siehe dazu **Kapitel 4. II.**).²⁵⁷

b. Abgrenzung zur administrativen Regulierung

Das Gegenstück zur normierenden Regulierung ist die administrative Regulierung durch behördliche Einzelentscheidungen statt durch formelle oder materielle Gesetze.²⁵⁸ Vorteil der administrativen gegenüber der normierenden Regulierung ist die Möglichkeit der Regulierungsbehörde flexibel, zeitnah und adäquat zu reagieren.²⁵⁹

Das Modell der administrativen Regulierung wird beispielsweise im Telekommunikationsregulierungsrecht angewendet.²⁶⁰

c. Systemwechsel im Energiesektor

Auch im Energiesektor wurde eine weitergehende Entscheidungskompetenz der Regulierungsbehörde von einem Teil der Lehre seit einiger Zeit für vorzugswürdig gehalten.²⁶¹ Spätestens seit dem Urteil des EuGH zur Unabhängigkeit im Energiesektor war klar, dass an einer weniger normativ und dafür mehr administrativ ausgerichteten Regulierung kein Weg mehr vorbeiführt.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 02.09.2021 festgestellt, dass die normative Vorstrukturierung gegen Unionsrecht verstößt (vgl. dazu **Kapitel 3 I. 3.**). Infolge des festgestellten Verstoßes statet die Gesetzesnovelle des EnWG aus dem Jahr 2023 die Bundesnetzagentur mit erweiterten Entscheidungsbefugnissen aus und minimiert die insbesondere durch die Begleitverordnungen bestehende hohe Normierungsdichte (vgl. dazu **Kapitel 5 I. 2.**). Damit ist auch die Energieregulierung seit der Gesetzesnovelle aus dem Jahr 2023 entsprechend den unionsrechtlichen Vorgaben eher administrativ geprägt.²⁶²

²⁵⁶ Vgl. *Schmidt-Preuß*, IR 2004, 146; *Ders.*, EnWZ 2021, 337.

²⁵⁷ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. C Rn. 2.

²⁵⁸ Vgl. ebd.

²⁵⁹ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. C Rn. 2; *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 11.

²⁶⁰ Vgl. *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 18.

²⁶¹ Vgl. *Britz*, EuZW 2004, 464; *Holznagel/Göge*, ZNER 2004, 222 f.

²⁶² So bereits zum Regierungsentwurf *Richter*, N&R 2023, 186.

II. Anwendungsbereich

§ 29 EnWG ermächtigt die Regulierungsbehörde „Entscheidungen in den in diesem Gesetz benannten Fällen durch Festlegung gegenüber einem Netzbetreiber, einer Gruppe von oder allen Netzbetreibern oder den sonstigen in der jeweiligen Vorschrift Verpflichteten oder durch Genehmigung gegenüber dem Antragsteller“ zu treffen.

Die vor der letzten Novelle bestehende Möglichkeit Entscheidungen über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang nach den in § 17 Abs. 3, § 21a Abs. 6 und § 24 EnWG a. F. genannten Rechtsverordnungen zu treffen, wurde gestrichen. Der konkrete Anwendungsbereich der Entscheidungen ergibt sich folglich nur noch aus dem EnWG selbst.

Regulierungsbehörde meint die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden, vgl. § 54 Abs. 1 EnWG.

1. Entscheidungsformen der Regulierungsbehörden

Gemäß § 29 Abs. 1 EnWG kommen als Entscheidungsformen der Regulierungsbehörde der Erlass von Festlegungen und Genehmigungen in Betracht. Ausweislich der Entwurfsbegründung handelt es sich bei der Norm um die Rechtsgrundlage zum Erlass von Regulierungsentscheidungen²⁶³ und damit zugleich um die rechtsstaatliche Absicherung der beiden genannten Handlungsformen.²⁶⁴ Denn der Vorbehalt des Gesetzes umfasst neben dem materiellen Eingriffsakt selbst auch die Handlungsform.²⁶⁵ Zwar ist dazu keine ausdrückliche Ermächtigung notwendig, sondern es ist ausreichend, dass sich die Verwaltungsaktbefugnis durch Auslegung aus dem Gesamtkontext ergibt.²⁶⁶ Die Bestimmung einer zulässigen Handlungsform im Gesetz ist jedoch Gründen der Rechtsklarheit begrüßenswert.²⁶⁷

Nach anderer Ansicht stellt § 29 EnWG keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage dar, da Festlegungen nur aufgrund spezieller gesetzlicher Ermächtigungen im EnWG erlassen werden können.²⁶⁸

Durch die Nennung der Handlungsformen, welche den Regulierungsbehörden zur Aufgabenerfüllung zur Verfügung stehen, kommt § 29 Abs. 1 EnWG auch ein prozeduraler Charakter zu.²⁶⁹ Gesetzestechnisch ermöglicht § 29 Abs. 1 EnWG dem Gesetzgeber, an anderen Stellen Sammelverweisungen auf Genehmigungen und Festlegungen im Bereich des

²⁶³ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 61. So auch *Vallone*, in: BeckOK EnWG, § 29 Rn. 5, 9.

²⁶⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 13.

²⁶⁵ Vgl. *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 25.

²⁶⁶ So BVerfG, Urteil v. 22.11.1994 - 1 C 22/92, NZA 1995, 374, 375 (für feststellende und anordnende Verwaltungsakte).

²⁶⁷ So st. Rspr., vgl. bspw. BVerfG, Beschl. v. 24.06.1993 - 1 BvR 689/92, NJW 1993, 2365, 2366; Beschl. v. 09.08.1995 - 1 BvR 2263/94 u. a., NJW 1996, 709, 710.

²⁶⁸ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 1; *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 7.

²⁶⁹ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 9.

Netzzugangs und -anschlusses vorzunehmen (vgl. §§ 73 Abs. 1a, 83 Abs. 3 EnWG).²⁷⁰ Zudem stellt § 29 EnWG lex specialis zu § 65 EnWG dar.²⁷¹

a. Genehmigung

Bei der Genehmigung handelt es sich um ein klassisches Handlungsinstrument im Rahmen des Verwaltungsrechts.²⁷² Die Genehmigung ist von einem Antrag abhängig und die Entscheidung darüber beruht auf einer Einzelfallbetrachtung der Behörde im Wege eines Verwaltungsaktes nach § 35 S. 1 VwVfG.²⁷³ Sie stellt eine gebundene Entscheidung dar, auf welche der Anspruchsteller bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Rechtsanspruch hat.²⁷⁴ Die Genehmigung richtet sich lediglich an den Antragsteller (vgl. § 29 Abs. 1 EnWG).

Die vom Netzbetreiber vorformulierten Netzzugangsbedingungen werden von der Regulierungsbehörde auf ihre Genehmigungsfähigkeit überprüft.²⁷⁵ Aufgrund der Vielzahl der Netzbetreiber ist eine ex-ante Regulierung im Wege von Einzelfallentscheidungen jedoch mit hohem Verwaltungsaufwand sowie Kosten verbunden und impraktikabel.²⁷⁶

b. Festlegung

Zweck der Festlegung ist eine Standardisierung zur Entlastung der Regulierungsbehörde, die wiederkehrende Fragen vorab verbindlich klären soll, ohne diese in den einzelnen Genehmigungsverfahren thematisieren zu müssen.²⁷⁷ Es handelt sich um ein präventives Regulierungsinstrument.²⁷⁸ Die Festlegung war zumindest bis zur letzten Novellierung des EnWG Ausdruck der normierenden Regulierung.²⁷⁹

Nach der Novellierung des EnWG und der Neustrukturierung des Rechtsrahmens im Energierecht kann nicht mehr von einer normierenden Regulierung gesprochen werden. Die Entscheidungen der Regulierungsbehörde sind nicht mehr normativ vorstrukturiert, sondern die Regulierungsbehörde gibt durch Festlegungen selbst Regeln und Standards für die Regulierung vor.

§ 29 Abs. 1 EnWG regelt zudem, wer Adressat der Festlegungen der Bundesnetzagentur sein kann. Diese ergehen gegenüber einem Netzbetreiber, einer Gruppe von oder allen Netzbetreibern oder den sonstigen in der jeweiligen Vorschrift Verpflichteten.

²⁷⁰ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 1.

²⁷¹ Vgl. *Pielow/Benrath/Hoff/Schlegel*, in: *Öff. WirtschaftsR*, § 23 Rn. 119.

²⁷² Vgl. *Pielow*, in: *Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 44 Rn. 4.

²⁷³ Vgl. *Britz*, *EuZW* 2004, 462; *Pielow*, *DÖV* 2005, 1021; *Wahlhäuser*, in: *Kment*, § 29 Rn. 23.

²⁷⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: *Berl.Komm I 1*, § 29 Rn. 60.

²⁷⁵ Vgl. *Britz*, *EuZW* 2004, 463.

²⁷⁶ Vgl. ebd., 462; *Schmidt-Preuß*, *IR* 2004, 146.

²⁷⁷ Vgl. *BR-Drs.* 613/04, S. 116; *Schmidt-Preuß*, *IR* 2004, 146; *Ders.*, *Berl.Komm I 1*, § 29 Rn. 11, 26 f.

²⁷⁸ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: *Berl.Komm I 1*, § 29 Rn. 26; *Wahlhäuser*, in: *Kment*, § 29 Rn. 24.

²⁷⁹ Vgl. *Britz*, *EuZW* 2004, 462; *Ruttloff/Lippert*, in: *Berl.Komm I 1*, § 13 j Rn. 3.

Im Gegensatz zur Genehmigung stellt die Festlegung eine ressourcenschonendere Alternative dar.²⁸⁰ Im Rahmen der Festlegung bestimmt die Regulierungsbehörde von Amts wegen einseitig Netzzugangsbedingungen und -tarife, die von den Netzbetreibern einzuhalten sind.²⁸¹ Diese standardisierten Vorgaben sollten das Verhalten der Netzbetreiber steuern und die bis zur letzten Gesetzesnovelle aus Dezember 2023 bestehenden normative Maßgaben operationalisierbar machen.²⁸² Indem die Festlegungen unbestimmte Normen durch detaillierte Bestimmungen konkretisierten, kam ihnen eine Ordnungsfunktion zu.²⁸³ Durch die nun fehlenden normativen Vorgaben für die Regulierungsbehörde fällt der Zweck der Operationalisierbarkeit normativer Vorgaben weg.

Die Entscheidungsart der Festlegung bietet sich ausweislich der Regierungsbegründung vor allem für bundesweit einheitliche Vorgaben an (vgl. dazu unter **I. 2. c.**). Durch das Festlegungsverfahren gibt die Regulierungsbehörde Regeln vor, um anhängige Verfahren im Sinne der Deregulierung und Verfahrensökonomie möglichst zügig und nach gleichen Standards durchzuführen.²⁸⁴

Anders als die Genehmigung als gebundene Entscheidung steht die Festlegung im Ermessen der Regulierungsbehörde (vgl. dazu ausführlich **Kapitel 4. II.**).

2. Abgrenzung zu Berichten, Leitfäden und Positionspapieren

Die Bundesnetzagentur hat in den letzten Jahren im Energiebereich vielfach Leitfäden und Positionspapiere zu den verschiedenen Netzthemen veröffentlicht.²⁸⁵

Sie nutzt diese Instrumente, um ihre Rechtsauffassung darzustellen und so ein Mindestmaß an Rechts- und Planungssicherheit für die Marktakteure sicherzustellen sowie auf eine einheitliche Anwendung des Energierechts hinzuwirken.²⁸⁶ Diese Auslegungshilfen sind zwar rechtlich unverbindlich.²⁸⁷ Allerdings entfalten sie eine von der Bundesnetzagentur beabsichtigte faktische Bindungswirkung, die deshalb problematisch sein kann, weil die Regulierungsbehörde in ihren Leitfäden und Positionspapieren zum Teil Vorgaben macht, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben.²⁸⁸

Zum Zwecke der Verfahrenssicherheit, sollten die Regulierungsbehörden ihre praktischen Erfahrungen auf dem seit 2005 neuen Rechtsgebiet der Energieregulierung möglichst zügig in

²⁸⁰ Vgl. Attendorp, RdE 2009, 87; Britz EuZW 2004, 462.

²⁸¹ Vgl. Franke, in: Hdb. Öff. WirtschaftsR, § 10 Rn. 87; Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 855; Pielow, DÖV 2005, 1022.

²⁸² Vgl. Schmidt-Preuß, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 11.

²⁸³ Vgl. ebd. Rn. 7.

²⁸⁴ Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2005 - 2007, S. 57; Schmidt-Preuß, Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 12.

²⁸⁵ Vgl. bspw. BNetzA, Leitfaden zum Einspeisemanagement, Version 3.0; Positionspapier v. 13.07.2023 - BK6-22-253.

²⁸⁶ Vgl. König, N&R 2015, 130.

²⁸⁷ Zur fehlenden rechtlich verbindlichen Konkretisierungsfunktion von Leitfäden OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.01.2017 - VI-3 Kart 148/15 (V), EnWZ 2017, 178; von Positionspapieren OLG Naumburg, Urteil v. 05.08.2016 - 7 U 16/16, EnWZ 2017, 278, 280.

²⁸⁸ Vgl. König, N&R 2015, 130.

Verfahrensregelungen umsetzen.²⁸⁹ Die dazu herangezogenen Instrumente der Rundschreiben, Arbeitshilfen und Positionspapiere sind jedoch schon aufgrund ihrer fehlenden Rechtsverbindlichkeit²⁹⁰ nicht geeignet Rechtssicherheit zu schaffen.²⁹¹

Rechtlich sind die Leitfäden und Positionspapiere als informelles Verwaltungshandeln zu qualifizieren.²⁹²

III. Die Festlegungskompetenz

Die Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur ist die Befugnis, Vorschriften für die von ihr regulierten Infrastruktursektoren zu erlassen. Der Bundesnetzagentur kommt damit die Fähigkeit zu, die Rahmenbedingungen für den von ihr regulierten Energiesektor in gewissem Maße selbst zu bestimmen.

1. Entstehungsgeschichte

§ 29 EnWG und die dort normierte Festlegungskompetenz der Regulierungsbehörde ist im Jahr 2005 in der dem Regierungsentwurf²⁹³ entsprechenden Fassung zum Gesetz geworden. Ausweislich dieses Entwurfs war beabsichtigt, mit den Festlegungen im Hinblick auf die hohe Anzahl der Netzbetreiber bundesweite Einheitlichkeit von Vorgaben und Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen (vgl. dazu unter **I. 2. c.**).

Der Einsatz der Festlegung als Instrument im Rahmen der Regulierung beruht auf der ursprünglichen Regulierungskonzeption des Gesetzgebers. Die nach dem Unionsrecht umzusetzende ex-ante Regulierung sollte danach auf eine Methodenregulierung beschränkt bleiben.²⁹⁴ Einzelfallentscheidungen sollten im Sinne der Verfahrensökonomie gerade nicht getroffen werden.²⁹⁵

Zwar wurde später im Rahmen des Vermittlungsverfahrens durch § 23a EnWG eine generelle ex-ante-Genehmigungspflicht für Netznutzungsentgelte eingeführt²⁹⁶, wodurch das Gesetz zunächst eine eher administrative Prägung erlangte.²⁹⁷ An der Methodenfestlegung wurde neben der Regulierung der konkreten Anschluss- und Zugangsbedingungen jedoch weiterhin festgehalten (vgl. dazu unter **I. 2. c.**).

²⁸⁹ Vgl. *Wahlhäuser*, in: Kment, § 29 Rn. 4.

²⁹⁰ Zur fehlenden rechtlich verbindlichen Konkretisierungsfunktion von Leitfäden OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.01.2017 - VI-3 Kart 148/15 (V), EnWZ 2017, 178; von Positionspapieren OLG Naumburg, Urteil v. 05.08.2016 - 7 U 16/16, EnWZ 2017, 278, 280.

²⁹¹ Vgl. *Wahlhäuser*, in: Kment, § 29 Rn. 4.

²⁹² Vgl. ebd., 131 f. Zum informellen Verwaltungshandeln *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 VwVfG Rn. 264.

²⁹³ BT-Drs. 15/3917, S. 19.

²⁹⁴ Vgl. *Britz*, in: Regulierungsrecht, § 9 Rn. 56.

²⁹⁵ Vgl. ebd.

²⁹⁶ Vgl. BT-Drs. 15/5736 (neu), S. 4.

²⁹⁷ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 3.

2. Die rechtlichen Grundlagen der Festlegungskompetenz

In unionsrechtlicher Hinsicht ergab sich die Befugnis der nationalen Regulierungsbehörde neben den Genehmigungen auch Festlegungen zu treffen, erstmals aus den Beschleunigungsrichtlinien. So regelten Art. 23 Abs. 2 EltRL 2003 und Art. 25 Abs. 2 GasRL 2003, dass es den Regulierungsbehörden obliegt, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung bestimmter Bedingungen vor deren Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen. In den nachfolgenden Richtlinien regelten Art. 37 Abs. 6 EltRL 2009, Art. 41 Abs. 6 GasRL 2009 sowie Art. 59 Abs. 1 lit. a), Abs. 7 EltRL 2019 diese Kompetenz.

In nationaler Hinsicht setzte der deutsche Gesetzgeber diese unionsrechtlichen Vorgaben mit § 29 EnWG um. Die ursprüngliche Fassung des § 29 EnWG sah Festlegungen nur auf Grundlage von Rechtsverordnungen gegenüber einem Netzbetreiber, einer Gruppe von oder allen Netzbetreibern vor. Seit der EnWG-Novelle aus dem Jahr 2011²⁹⁸ können sich Festlegungsbefugnisse auch unmittelbar aus dem EnWG ergeben.²⁹⁹ Das EnWG enthielt schon vor der letzten Gesetzesnovelle vereinzelt solche Festlegungsbefugnisse (vgl. § 40 Abs. 7 EnWG 2012³⁰⁰ (Standardisierung von Lieferantenrechnungen), § 13j EnWG 2017³⁰¹ (Bündelung zahlreicher Festlegungskompetenzen)). Zudem wurde die Norm um die sonstigen in der jeweiligen Vorschrift Verpflichteten erweitert.³⁰² Dadurch wurden auch Festlegungen an die Marktgegenseite der Netzbetreiber möglich.³⁰³

Mit der Änderungsnovelle aus Dezember 2023 wurden die Festlegungen auf Grundlage der Rechtsverordnungen gestrichen und die Regulierungsbehörde trifft gemäß § 29 EnWG die Entscheidungen in den entsprechenden im EnWG genannten Fällen „durch Festlegung gegenüber einem Netzbetreiber, einer Gruppe von oder allen Netzbetreibern oder den sonstigen in der jeweiligen Vorschrift Verpflichteten oder durch Genehmigung gegenüber dem Antragsteller“.

Die Festlegungen betreffen eine Vielzahl thematisch ganz unterschiedlicher Regelungsbereiche und stellen reine Verfahrensregelungen, allgemeine Sachregeln oder Detailregelungen dar.³⁰⁴ Sie können materieller oder prozeduraler Natur sein.³⁰⁵

3. Ausgestaltung

a. Entscheidungsinhalt

§ 29 EnWG selbst legt den zulässigen Inhalt der Entscheidungen nicht fest. Die Anwendungsfälle der Festlegungen, wie auch der Genehmigungen, waren neben den im EnWG

²⁹⁸ Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 26.07.2011, BGBl. I S. 1554.

²⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 82.

³⁰⁰ Drittes Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012, BGBl. I S. 2730.

³⁰¹ Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung v. 20.07.2017, BGBl. I S. 2808.

³⁰² Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 4.

³⁰³ Vgl. *Vallone*, in: BeckOK EnWG, § 29 Rn. 4.

³⁰⁴ Vgl. *Pielow*, in: Recht der Energiewirtschaft, Kap. 43 Rn. 33.

³⁰⁵ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 36.

genannten Fällen bis zur Gesetzesnovelle aus dem Jahr 2023 Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder -zugang nach den in §§ 17 Abs. 3, 21a Abs. 6, 24 EnWG a. F. genannten Rechtsverordnungen. Vor der letzten Gesetzesnovelle kam der Regulierungsbehörde ein Entscheidungsrecht vor allem dann zu, wenn sie durch diese Rechtsverordnungen dazu ermächtigt wurde. Aus diesen folgte in materieller Hinsicht das konkrete Entscheidungsprogramm für Festlegungen. Letztlich ergab sich erst durch die entsprechenden Rechtsverordnungen, in welchem Umfang die Regulierungsbehörde ergänzende Entscheidungen nach § 29 EnWG treffen durfte.³⁰⁶

Ermächtigungen zum Erlass von Verordnungen dieser Art normierten § 17 Abs. 3 EnWG a. F. (Netzanschluss), § 21a Abs. 6 EnWG a. F. (Anreizregulierung) und § 24 EnWG a. F. (Netzzugang und -entgelte, Ausgleichsleistungen). Nach den genannten Vorschriften konnte die Bundesregierung Rechtsverordnungen erlassen, die die Bestimmungen zum Netzzugang bzw. -anschluss, begrenzt durch die jeweiligen Einzelermächtigungen, konkretisieren.³⁰⁷

Dementsprechend verweisen auch Normen aus aufgrund dieser Verordnungsermächtigungen erlassenen Rechtsverordnungen sowie Normen aus anderen Regelwerken auf § 29 EnWG. Festlegungsbezogene Regelungsgegenstände für den Stromsektor sind im Bereich des Netzzugangs in § 27 Abs. 1 bis 3 StromNZV und für die Netzentgeltregulierung in § 30 StromNEV geregelt. Im Gassektor sind Festlegungen im Bereich des Netzzugangs gemäß § 50 GasNZV und im Bereich der Entgeltregulierung nach § 30 GasNEV möglich. Im Rahmen der Anreizregulierung ergeben sich verordnungsbasierte Festlegungsbefugnisse beispielsweise aus § 32 ARegV. Im Messstellenbetriebsgesetz normieren die §§ 47, 75 Festlegungsbefugnisse. Im Erneuerbare-Energien-Gesetz legt § 85 Abs. 2 fest, dass die Bundesnetzagentur Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG treffen kann.

Die verordnungsbasierten Festlegungsbefugnisse sind jedoch nur noch während eines Übergangszeitraums bis zum gestuften Außerkrafttreten der Begleitverordnungen anwendbar. Zudem kommen der Regulierungsbehörde für den Übergangszeitraum vielfach Abweichungsbefugnisse von den Vorgaben der auf Grundlage der Verordnungsermächtigungen des EnWG erlassenen Rechtsverordnungen zu. Festlegungsbefugnisse ergeben sich dann nur noch aus den im EnWG benannten Fällen.

Gegenstand der Festlegungen können sowohl Ge- als auch Verbote an einzelne oder mehrere Netzbetreiber sein.³⁰⁸ Allerdings ist die Ermächtigung zur Festlegung auch insoweit begrenzt, als sie akzessorisch zu der in den §§ 20 ff. EnWG normierten Pflicht, Netzzugang zu gewähren, steht.³⁰⁹ Die Zugangsgewährungspflicht und die normierten Verweigerungsgründe stecken den gesetzlichen Rahmen ab, in welchem sich die Regulierungsbehörde halten muss.³¹⁰ Dieser

³⁰⁶ Vgl. BR-Drs. 613/04, 112; Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 855; Schellberg, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, § 29 Rn. 15.

³⁰⁷ Vgl. Wahlhäuser, in: Kment, § 29 Rn. 6.

³⁰⁸ Vgl. Franke/Schütte, in: Recht der Energiewirtschaft, § 21 Rn. 73.

³⁰⁹ Vgl. Attendorn, RdE 2009, 87; Wahlhäuser, in: Kment, § 29 Rn. 17.

³¹⁰ Vgl. Attendorn, RdE 2009, 88.

Rahmen ist jedoch recht weit und die Regulierungsbehörde zudem ermächtigt, allgemeine Verfahrensregelungen zu erlassen.³¹¹

b. Bedingungs- und Methodenregulierung durch Festlegung

Die Regulierungsbehörde kann zum einen die Netzanschluss- und Netzzugangsbedingungen und zum anderen die Methoden als solche durch Festlegungen und Genehmigungen regulieren.³¹² Beide Regelungsgegenstände dienten bis zur Novelle aus dem Jahr 2023 der Konkretisierungen der den Netzanschluss bzw. -zugang betreffenden gesetzlich oder verordnungsrechtlich vorgegebenen Anforderungen.³¹³

Mit dem weit zu verstehenden Begriff der Bedingungen sind die konkreten Netznutzungsmodalitäten gemeint.³¹⁴ Insbesondere kann die Regulierungsbehörde das Nutzungsverhältnis zwischen Netzbetreiber und -nutzer präzisieren sowie allgemeine Verfahrens- und Formvorschriften erlassen.³¹⁵

Methoden sind ein Schlüssel für die Feststellung der Bedingungen der behördlichen Hauptentscheidung.³¹⁶ Die Regulierungsbehörde kann somit nicht nur die konkreten Bedingungen für den Netzzugang vorschreiben, sondern als Vorstufe auch die Methoden, aus welchen sich diese Bedingungen ergeben.³¹⁷

c. Festlegungsermächtigungen

Seit der letzten Gesetzesnovelle aus Dezember 2023 sind die Verordnungsermächtigungen der §§ 17 Abs. 3, 21a Abs. 6, 24 EnWG a. F. gestrichen worden und die entsprechenden Verordnungen werden sukzessive aufgehoben.

Nunmehr sieht die im Dezember 2023 novellierte Fassung des § 29 EnWG vor, dass die Regulierungsbehörde nur noch Entscheidungen in den im EnWG benannten Fällen durch Festlegung oder Genehmigung trifft. Dementsprechend enthält das novellierte EnWG selbst nun weitergehende Festlegungskompetenzen der Bundesnetzagentur (vgl. bspw. §§ 12h Abs. 4, 17 Abs. 4, 20 Abs. 3, 4, 21 Abs. 3, 21a Abs. 2 EnWG).

Mit der bevorstehenden sukzessiven Aufhebung der Rechtsverordnungen wurden durch die novellierte Fassung des EnWG einzelne bisher in den Rechtsverordnungen detailliert geregelte Festlegungsbefugnisse ins EnWG transferiert.

So wurden die Aufhebung der Verordnungsermächtigung des § 24 EnWG a. F. durch die Übernahme der Regelungen zu bundeseinheitlichen Übertragungsnetzentgelten aus §§ 14a-d

³¹¹ So OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.02.2008 - 3 Kart 106/07, BeckRS 2008, 7990; *Attendorn*, RdE 2009, 88.

³¹² Vgl. *Vallone*, in: BeckOK EnWG, § 29 Rn. 11.

³¹³ Vgl. *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 14.

³¹⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 32.

³¹⁵ Vgl. *Vallone*, in: BeckOK EnWG, § 29 Rn. 10.

³¹⁶ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 20, 33.

³¹⁷ Vgl. *Vallone*, in: BeckOK EnWG, § 29 Rn. 11.

StromNEV ins EnWG kompensiert. Auch im Rahmen des § 21 Abs. 3 EnWG, der nun detailliert neue Festlegungsbefugnisse zu den Elementen des Netzentgeltsystems regelt, wurde die bestehende Systematik aus den Begleitverordnungen in das EnWG übertragen.

Der neu eingefügte § 17 Abs. 4 EnWG beinhaltet eine Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur zu den technischen und wirtschaftlichen Bedingungen für den Netzanschluss sowie die Möglichkeit von aufgrund der in § 17 Abs. 3 EnWG enthaltenen Verordnungsermächtigung erlassenen Verordnungen der Bundesregierung abzuweichen oder ergänzende Regelungen zu treffen. Während die Verordnungsermächtigung in § 17 Abs. 3 EnWG auch weiterhin bestehen bleibt, geht die darüberhinausgehende Ermächtigung der Bundesregierung zur Regelung der Voraussetzungen, unter denen die Bundesnetzagentur Bedingungen für den Netzanschluss festlegen kann, in § 17 Abs. 4 EnWG auf.

Durch den neu gefassten § 21a EnWG bekommt die Bundesnetzagentur neue Festlegungsbefugnisse für die Methoden und Instrumente der Anreizregulierung. Die Regulierungsbehörde hat nach § 21a Abs. 1 S. 1 EnWG die Möglichkeit durch Festlegungen oder Genehmigungen gemäß § 29 Abs. 1 EnWG Netzzugangsentgelte im Rahmen der Anreizregulierung zu bestimmen. Sodann stellt Abs. 1 der Norm die relevanten Merkmale der Anreizregulierung dar.

Nach dem novellierten § 21a Abs. 2 EnWG hat die Bundesnetzagentur die Option durch Festlegungen oder Genehmigungen gemäß § 29 Abs. 1 EnWG Entscheidungen zur Entwicklung und Ausgestaltung eines Anreizregulierungsmodells zu treffen. Der neue Abs. 3 S. 3 der Vorschrift zählt mögliche Regelungsgegenstände zur Ausgestaltung der Anreizregulierung nicht abschließend enumerativ auf. § 21a Abs. 3 S. 4 EnWG enthält eine Abweichungsbefugnis für den Übergangszeitraum bis zum Außerkrafttreten der entsprechenden Verordnungen.

Nach der Gesetzesbegründung seien durch die Beschreibung der wesentlichen Elemente der Anreizregulierung im EnWG selbst die verfassungsrechtlichen Vorgaben erfüllt und der Regulierungsrahmen für die betroffenen Netzbetreiber ausreichend bestimmt. Entsprechend des Urteils des EuGH in der Rechtssache C-718/18 werde die Wahl der Methode und deren Ausgestaltung der Bundesnetzagentur übertragen.³¹⁸

§ 21a EnWG wird zudem durch § 23a EnWG ergänzt, der der Bundesnetzagentur Festlegungskompetenzen zur Ausgestaltung der Verfahren der Netzentgeltgenehmigung zuweist.

Durch § 20 Abs. 3 und 4 EnWG erhält die Bundesnetzagentur Festlegungskompetenzen im Rahmen der Ausgestaltung und Abwicklung des Netzzugangs und der Bilanzierung. Hierdurch wird die bisherige Regulierungspraxis in das EnWG übertragen. Auch hier erhält die Bundesnetzagentur eine Abweichungsbefugnis für die Übergangszeit bis zum Außerkrafttreten der Verordnungen.

³¹⁸ Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 82.

Die in §§ 20 Abs. 3 und 4, 21 Abs. 3 und 4 EnWG sowie dem neu gefassten § 21a EnWG enthalten Festlegungskompetenzen umfassen alle Inhalte, die zuvor in den auf Grundlage von § 24 EnWG und § 21a EnWG erlassenen Netzzugangs- und Netzentgeltverordnungen sowie Anreizregulierungsverordnung geregelt waren.

4. Rechtsnatur der Festlegung und Einordnung in System der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen

Das Verwaltungsrecht hält einen Katalog an Handlungsformen bereit. Die Festlegung ist keine der klassischen Handlungsformen der Verwaltung und stellt einen Fremdkörper in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik dar. Sie wird jedoch auch in den gesetzlichen Vorgaben zur Regulierung der anderen Netzwirtschaften eingesetzt (vgl. § 10 Abs. 1 TKG, § 14 f. Nr. 3 AEG, § 13 Abs. 5 S. 3 PostG). Der Begriff der Festlegung wurde aus den unionsrechtlichen Richtlinien übernommen (vgl. Art. 23 Abs. 2 EltRL 2003, Art. 25 Abs. 2 GasRL 2003).³¹⁹

Die Rechtsnatur der Festlegung ist seit jeher umstritten. Der Gesetzentwurf selbst hat die Frage nach der Einordnung offengelassen.³²⁰ Fraglich ist deshalb, wie sich die Festlegung in das System der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen einordnen lässt.

Der Verwaltung stehen nur begrenzt passende Regulierungsinstrumente zur Verfügung. Administrative Handlungsformen mit der erforderlichen Außenwirkung stellen insbesondere der Individualverwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, die Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG und die Rechtsverordnung dar. Diskutiert wird darüber hinaus auch das Vorliegen einer Verwaltungsvorschrift oder einer Handlungsform sui generis. Relevant wird die Frage nach der Handlungsform der Regulierungsbehörde vor allem für die Wirksamkeit sowie den Rechtsschutz.

a. Meinungsstand

aa. Individualverwaltungsakt

Einig ist man sich, dass der Individualverwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG für eine Regulierung durch Festlegung regelmäßig nicht zur Verfügung steht.³²¹ Er dient schon ausweislich des Wortlauts der Norm der Regelung eines konkret-individuellen Einzelfalls. Zweck und Vorteil der Festlegung gegenüber der Genehmigung ist aber gerade die einheitliche, von einem konkreten Einzelfall losgelöste Regulierung.³²² Allerdings liegen sofern eine Festlegung mit konkretem Inhalt anlassbezogen gegenüber einem individuell bestimmten Netzbetreiber ergeht, die Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG vor, sodass es sich in diesem

³¹⁹ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 62.

³²⁰ Vgl. ebd.

³²¹ Vgl. Britz, EuZW 2004, 463; Burgi, DVBl 2006, 273; Pielow, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 35 f.; Schmidt-Preuß, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 53 ff.

³²² Vgl. Britz, EuZW 2004, 463; Pielow, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 9.

Fall um einen Individualverwaltungsakt handelt.³²³ Einen solchen Fall stellt zum Beispiel die Festlegung der individuellen Erlösobergrenzen im Rahmen der Anreizregulierung dar (vgl. §§ 4, 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV).

bb. Allgemeinverfügung

(1) Literatur

In der Literatur wurde von Beginn an zum Teil angenommen, dass es sich bei den Festlegungen um Allgemeinverfügungen nach § 35 S. 2 VwVfG handele.³²⁴ Dies wird unter anderem mit dem Wortlaut des § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG begründet, in dem es „Erlass des von Allgemeinverfügungen, insbesondere von Festlegungen nach § 29 EnWG Abs. 1“ heißt.³²⁵

Nach der Definition des § 35 S. 2 VwVfG ist eine Allgemeinverfügung ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.

Eine Gemeinsamkeit mit Normen hat die Allgemeinverfügung insofern, als auch diese sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten und bestimmbaren Personenkreis richten. So ist die allgemeine Anwendbarkeit charakteristisch für eine konkret-generelle Regelung.³²⁶ Anders als eine Norm bezieht sich die Allgemeinverfügung jedoch auf einen konkreten Sachverhalt.³²⁷ Für die Konkretheit ist eine antizipierte Betrachtungsweise ausreichend, im Rahmen derer sich die Individualisierung erst durch den späteren konkreten Sachverhalt ergibt.³²⁸

Demgegenüber liegt eine abstrakt-generelle Regelung dann vor, wenn kein konkreter Anlass mehr für die Regelung besteht und ungewiss ist, ob der geregelte Fall überhaupt und wie oft er eintritt.³²⁹ Allein die fehlende zeitliche Eingrenzbarkeit und die Unbestimmtheit im Hinblick auf die Anzahl der Fälle führt jedoch nicht zur fehlenden Konkretheit des Verwaltungsaktes.³³⁰

³²³ Vgl. *Burgi*, DVBl 2006, 273; *Franke*, in: Hdb. Öff. Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 87 f.; *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 35; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 58. Vgl. zu den Voraussetzungen *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 50 ff.

³²⁴ Vgl. *Attendorn*, RdE 2009, 92 f.; *Burgi*, DVBl 2006, 274; *Salje*, EnWG, § 29 Rn. 15; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 53.

³²⁵ So OLG Naumburg, Beschl. v. 13.12.2007 - 1 W 27/07, BeckRS 2008, 3537; *Bayer/Lück*, RdE 2008, 366; *Schmidt-Preuß*, FS Bartlsperger, 578; *Ders.*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 53.

³²⁶ Vgl. *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 37; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1 Einl. C Rn. 2.

³²⁷ Vgl. *Schellberg*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, § 29 Rn. 11; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 208.

³²⁸ Vgl. *Burgi*, DVBl 2006, 274; *Ruffert*, in: Ehlers/Pünder, § 21 Rn. 36; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 54 ff.; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 208.

³²⁹ Vgl. *Attendorn*, RdE 2009, 92; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 306.

³³⁰ Vgl. *Attendorn*, RdE 2009, 92.

Für die Einordnung als Allgemeinverfügung spricht zunächst, dass damit alle Festlegungen als Verwaltungsakte einzuordnen seien.³³¹ Weiterhin ergeben sich gegen Allgemeinverfügungen vor allem in Abgrenzung zur Rechtsverordnung die besseren Rechtsschutzmöglichkeiten.³³²

Darüber hinaus wird die dogmatische Vorzugswürdigkeit betont.³³³ Zwar handelt es sich mit den Netzbetreibern um einen großen Adressatenkreis, gleichwohl bleibe dieser bestimmbar.³³⁴ Vielmehr ist er sogar überschaubarer als beispielsweise der von einem mittlerweile als Allgemeinverfügung anerkannten Verkehrszeichen³³⁵ betroffene Adressatenkreis.³³⁶ Die Bestimmbarkeit ergebe sich dabei schon daraus, dass eine gesetzliche Definition existiert, die eine Ermittlung der Netzbetreibereigenschaft ermögliche.³³⁷

Zum Vergleich lässt sich die Fallkonstellation der anlassbezogenen Regelungen heranziehen. Im Rahmen dieses Sachverhalts werden andauernde Verhaltenspflichten als einzelfallbezogene Allgemeinverfügungen eingeordnet, da sie sich auf einen konkreten Anlass beziehen, selbst wenn der Adressatenkreis erst durch den Bezug zu diesem Anlass bestimmbar wird.³³⁸

Unterschiedlich beurteilt wird zudem die Frage, um welche der drei Arten von Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG es sich handelt. Zum Teil wird vertreten, dass es sich regelmäßig um personenbezogene Allgemeinverfügungen handle.³³⁹ Da die Festlegungen sich nicht auf konkrete, sondern auf alle Netze beziehen und die Einordnung als Benutzungsregelungen nach § 35 S. 2 Alt. 3 VwVfG folglich ausscheide, wird teilweise auch angenommen, dass Allgemeinverfügungen *sui generis* vorlägen.³⁴⁰

Nach anderer Ansicht stellen die Festlegungen eher normierende als einzelfallbezogene Regelungen dar und können aufgrund ihres abstrakt-generellen Charakters nicht als Allgemeinverfügung erlassen werden.³⁴¹ Es wird betont, dass die Festlegung gerade bezwecke, einheitliche Maßgaben zur Methodenwahl für die Bestimmung der Netzzugangsbedingungen herzustellen.³⁴² Die Festlegungen würden im Rahmen der Methodenregulierung nicht anlassbezogen einzelne Sachverhalte regeln, sondern den materiell-rechtlichen Regulierungsmaßstab bzw. das Verfahren für die Ermittlung der Netzzugangsbedingungen in abstrakt-genereller Weise konkretisieren.³⁴³ Die Methoden der Entgeltregulierung würden folglich rechtssatzartig bestimmt werden, was eine unzulässige Normsetzung seitens der Regulierungsbehörde darstelle.³⁴⁴

³³¹ Vgl. *Schreiber*, in: ARegR, § 32 ARegV Rn. 16.

³³² Vgl. *Burgi*, DVBl 2006, 274; *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 39.

³³³ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 54.

³³⁴ Vgl. *Schau*, ZNER 2007, 30; *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 176; *Schreiber*, in: ARegR, § 32 ARegV Rn. 16.

³³⁵ So st. Rspr seit BVerwG, Urteil v. 09.06.1967 - VII C 18/66, NJW 1967, 1627 ff. Vgl. auch *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, § 9 Rn. 35 ff.; *von Alemann/Scheffczyk*, in: Bader/Ronellenfisch, § 35 VwVfG Rn. 269 f.

³³⁶ Vgl. *Burgi*, DVBl 2006, 274.

³³⁷ Vgl. *Attendorn*, RdE 2009, 92.

³³⁸ Vgl. ebd.; *Schwarz*, in: HK-VerwR, § 35 Rn. 117; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 286.

³³⁹ Vgl. *Attendorn*, RdE 2009, 92 f.; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 54.

³⁴⁰ Vgl. *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 13, 297.

³⁴¹ Vgl. ebd.; *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 23; *Pielow*, DÖV 2005 1022 f.; *Ders.*, in: Grundsatzfragen, S. 33.

³⁴² Vgl. *Britz*, EuZW 2004, 463; *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 23.

³⁴³ So ausdrücklich BGH, Beschl. v. 05.10.2010 - EnVR 52/09, BeckRS 2010, 28381 Rn. 25.

³⁴⁴ Vgl. *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 36.

(2) Bundesgerichtshof

Mittlerweile hat auch der Bundesgerichtshof zunächst in seinem EDIFACT-Beschluss³⁴⁵ und inzwischen in ständiger Rechtsprechung³⁴⁶ die Festlegungen allgemeiner Bedingungen und Methoden für Netzanschluss und Netzzugang durch die Bundesnetzagentur als Allgemeinverfügungen charakterisiert.

Der Bundesgerichtshof räumt im EDIFACT-Beschluss ein, dass die Allgemeinverfügung nicht trennscharf von der abstrakten Regelung zu differenzieren sei und die generelle Wirkung der Festlegung eher die Einordnung als eine Rechtsverordnung nahelege. Der BGH führt jedoch aus, dass der Gesetzgeber den Vollzug gesetzlicher Vorschriften gleichwohl durch Allgemeinverfügungen regeln könne, sofern die Maßstäbe sowie das Entscheidungsfindungsverfahren mit hinreichender Genauigkeit geregelt sind.³⁴⁷

Die Allgemeinverfügung erscheine auch deshalb als geeignete und folglich dem Gesetzgeber für die Regulierungsaufgabe zur Verfügung stehende Handlungsform, da die Festlegung auf einzelne wiederkehrende Sachverhalte bezogen ist. Dabei sei es entscheidend, dass es sich um Sachverhalte handele, die zwar in unbestimmter Anzahl, aber gewiss wiederkehrend sind und entsprechend dem Gesetzeszweck einheitlich behandelt werden sollen.³⁴⁸

Zudem argumentiert der Bundesgerichtshof, dass § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG a. F. die Bundesregierung nicht nur dazu ermächtige, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Bedingungen für den Netzzugang oder Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen festzulegen. Vielmehr könne die Bundesregierung gemäß § 24 S. 1 Nr. 2 EnWG a. F. durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates auch regeln, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde diese Bedingungen und Methoden festlegen kann. Das EnWG ermächtige den Verordnungsgeber mithin dazu, der Regulierungsbehörde die allgemeine Festlegung von Netzzugangsbedingungen zu übertragen, und wählt damit für behördliche Regelungen dieser Art die Handlungsform der Allgemeinverfügung.³⁴⁹

Es sei Zweck der Festlegungen der Regulierungsbehörde, „durch generelle Handlungsanweisungen das Verhalten der Marktteilnehmer in typischerweise im Rahmen ihrer geschäftlichen Betätigung häufig wiederkehrenden einzelnen Situationen so zu steuern, dass sich die Wettbewerbskräfte auf dem Strommarkt bestmöglich entfalten können“. Damit gehe es nicht wie beispielsweise im Ordnungsrecht darum, konkrete Einzelfälle zu regeln, sondern

³⁴⁵ So BGH, Beschl. v. 29.04.2008 - KVR 28/07, NJW-RR 2008, 1654 Rn. 8 ff.

³⁴⁶ So BGH, Beschl. v. 24.05.2011 - EnVR 27/10, NJOZ 2011, 2044 Rn. 21; Beschl. v. 16.12.2014 - EnVR 54/13, EnWZ 2015, 180 Rn. 19.

³⁴⁷ So BGH, Beschl. v. 29.04.2008 - KVR 28/07, NJW-RR 2008, 1654 Rn. 11. So auch BVerwG, Urteil v. 07.09.1984 - 4 C 16/81, NVwZ 1985, 39, 40; BVerfG, Urteil v. 17.12.2002 - 1 BvL 28/95, NJW 2003, 1232, 1235.

³⁴⁸ Zum Vorstehenden insgesamt BGH, Beschl. v. 29.04.2008 - KVR 28/07, NJW-RR 2008, Rn. 14 f.

³⁴⁹ So BGH, Beschl. v. 29.04.2008 - KVR 28/07, NJW-RR 2008, 1654 Rn. 12.

allgemeine gesetzliche und verordnungsrechtliche Regelungen im Rahmen „typischer und regelmäßig wiederkehrender Geschäftsprozesse“ zu konkretisieren.³⁵⁰

Dass es sich um konkrete Sachverhalte handle, wird auch durch den Zweck der „größtmögliche[n] Automatisierung“³⁵¹ durch die bundeseinheitlichen Regelungen deutlich. Automatisiert werden können nur Sachverhalte, welche in regelmäßigen Abständen in gleicher Weise wiederkehren.³⁵²

Eine Rechtsverordnung scheitere an der fehlenden Ermächtigung der Bundesnetzagentur zum Erlass einer solchen.³⁵³

cc. Verwaltungsvorschrift

Die Ansicht, die die Einordnung als Allgemeinverfügung mangels behördlicher Einzelfallentscheidung und aufgrund der Normqualität (vgl. dazu unter **III. 4. a. bb. (1)**) ablehnt, muss eine andere Handlungsform heranziehen.

Eines der Normierungsinstrumente der Verwaltung stellt die Verwaltungsvorschrift dar.³⁵⁴ Deshalb wird die Einordnung der Festlegungen als Verwaltungsvorschriften zumindest diskutiert.³⁵⁵ Als Argument für die Einordnung als Verwaltungsvorschrift wird angeführt, dass deren Funktion die Konkretisierung von Gesetzen zur Vereinheitlichung der Behördenpraxis sei und damit gerade dem Zweck der Methodenfestlegung entspreche.³⁵⁶

Gegen die Qualifizierung als Verwaltungsvorschrift spricht, dass die Regulierungsbehörde nach dem eindeutigen Wortlaut von § 29 EnWG „Entscheidungen“ trifft. Durch Verwaltungsvorschriften werden aber keine Entscheidungen getroffen, sondern lediglich intern Vorgaben zur Vorbereitung von Entscheidungen bestimmt.³⁵⁷

Der Einordnung als Verwaltungsvorschrift wird von einem Teil der Literatur³⁵⁸ entgegengehalten, dass der EuGH³⁵⁹ entschieden habe, dass dieses Handlungsinstrument kein zur Umsetzung von europäischen Richtlinien geeignetes Instrument ist. Damit der Einzelne seine Rechte vor den nationalen Gerichten geltend machen kann, müssten zwingende Rechtsvorschriften vorliegen.³⁶⁰

³⁵⁰ So ebd. Rn. 13.

³⁵¹ So BGH, Beschl. v. 29.04.2008 - KVR 28/07, NJW-RR 2008, 1654 Rn. 22.

³⁵² Vgl. *Bayer/Lück*, RdE 2008, 366.

³⁵³ So BGH, Beschl. v. 29.04.2008 - KVR 28/07, NJW-RR 2008, 1654 Rn. 8.

³⁵⁴ Vgl. *Badura*, StaatsR, F 21; *Möstl*, in: Ehlers/Pünder, § 19 Rn. 8.

³⁵⁵ Vgl. *Attendorn*, RdE 2009, 93; *Britz*, EuZW 2004, 463.

³⁵⁶ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 25.

³⁵⁷ Vgl. *Möstl*, in: Ehlers/Pünder, § 19 Rn. 8.

³⁵⁸ Vgl. *Pielow*, DÖV 2005, 1022.

³⁵⁹ So EuGH, Urteil v. 28.02.1991 - C-131/88, ECLI:EU:C:1991:87 Rn. 71 f.; Urteil v. 30.05.1991 - C-361/88, ECLI:EU:C:1991:224 Rn. 19; Urteil v. 30.05.1991 - C-59/89, ECLI:EU:C:1991:225 Rn. 22.

³⁶⁰ So EuGH, Urteil v. 28.02.1991 - C-131/88, ECLI:EU:C:1991:87 Rn. 19; Urteil v. 30.05.1991 - C-361/88, ECLI:EU:C:1991:224 Rn. 20; Urteil v. 30.05.1991 - C-59/89, ECLI:EU:C:1991:225 Rn. 23.

dd. Rechtsverordnung

Zur Schaffung abstrakt-genereller Regelungen durch die Verwaltung steht dieser die Möglichkeit zum Erlass von Rechtsverordnungen zur Verfügung. Dazu ist nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG eine entsprechende Verordnungsermächtigung erforderlich. Die Norm nennt als Ermächtigungsadressaten die Bundesregierung, einen Bundesminister sowie die Landesregierungen. Die Regulierungsbehörde kann als Bundesbehörde kein Adressat der Verordnungsermächtigung sein.

In Betracht kommt allenfalls eine Subdelegation nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG. Für die Übertragung der Verordnungsermächtigung ist eine gesetzliche Regelung notwendig, wobei die Subdelegation nicht bereits im Ermächtigungsgesetz vorweggenommen werden darf.³⁶¹ Eine solche Ermächtigung zur Subdelegation zugunsten der Regulierungsbehörden enthält weder das EnWG noch die auf dessen Grundlage erlassenen Verordnungen. Vielmehr ergibt sich aus den entsprechenden Verordnungsbegründungen, dass die für die Regulierung notwendigen Regelungen gerade nicht durch Verordnungen getroffen werden sollten.³⁶²

Zudem wäre ein Vorgehen im Wege einer Rechtsverordnung für den Gesetzgeber mit Ungewissheit verbunden, weil unklar beliebt, ob der Adressat der Verordnungsermächtigung von der Subdelegationsermächtigung Gebrauch macht.³⁶³

Aufgrund dieser Schwierigkeiten wird zum Teil vertreten, dass eine vorweggenommene Subdelegation ausnahmsweise anerkannt werden sollte, damit der Gesetzgeber der Regulierungsbehörde die erforderlichen Normierungsbefugnisse einräumen kann.³⁶⁴

ee. Handlungsform sui generis

Um die dargestellten Einordnungsschwierigkeiten zu vermeiden, wird vorgeschlagen, die Festlegung als Handlungsform sui generis zu charakterisieren.³⁶⁵ Da es sich bei dem Verwaltungsverfahrensgesetz um ein einfaches Gesetz handelt, steht es dem Gesetzgeber auch frei, Allgemeinverfügungen sui generis zu schaffen.³⁶⁶ Ein *numerus clausus* von untergesetzlichen Rechtssetzungsformen besteht nicht.³⁶⁷

Auch die Gesetzesbegründung³⁶⁸ könnte man so interpretieren, dass es sich um einen unionsrechtlich vorgegebenen Rechtsakt sui generis handle.³⁶⁹ Europäische Richtlinien geben jedoch nur den Rahmen vor und nicht, wie auf nationaler Ebene konkret umgesetzt werden

³⁶¹ Vgl. *Bauer*, in: Dreier II, Art. 80 Rn. 22; *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Bd. 2, Art. 80 Rn. 16, 55.

³⁶² Vgl. BR-Drs. 245/05, S. 44; BR-Drs. 247/05, S. 39.

³⁶³ Vgl. *Britz*, EuZW 2004, 464; *Pielow*, in: Grundsatzfragen, S. 34.

³⁶⁴ Vgl. zum Ganzen *Britz*, EuZW 2004, 464.

³⁶⁵ Vgl. *Britz/Herzmann*, in: B/H/H, § 29 Rn. 16; *Salje*, EnWG, § 29 Rn. 13 f. („Instrument der Festlegung“).

³⁶⁶ Vgl. *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 13.

³⁶⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 20.11.2003 - 4 CN 6/03, NVwZ 2004, 614 ff.; Urteil v. 25.11.2004 - 5 CN 1/03, NVwZ 2005, 602 f.; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 8; a. A. *Möst*, in: Ehlers/Pünder, § 19 Rn. 9.

³⁶⁸ BT-Drs. 15/3917, S. 62: „Instrument der Festlegung“.

³⁶⁹ Vgl. *Pielow*, DÖV 2005, 1022.

muss. Insoweit besteht eine Organisations- und Formenwahlfreiheit der Mitgliedstaaten.³⁷⁰ Dagegen wird vorgebracht, dass aus einem Formenwahlrecht der Behörde aufgrund der jeweiligen Zuordnung des Rechtsschutzes eine Beschränkung desselben resultieren würde.³⁷¹

b. Wertung

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente für die Einordnung der Festlegungen als Allgemeinverfügungen.

Die Einordnung als Verwaltungsvorschrift überzeugt nicht. Mit der Verwaltungsvorschrift steht der Verwaltung zwar ein weiteres Normierungsinstrument mit dem Ziel der Sicherstellung einer einheitlichen Praxis zur Verfügung.³⁷² Jedoch handelt sich bei Verwaltungsvorschriften um Vorschriften von der Verwaltung für dieselbe, die gegenüber Dritten keine Bindungswirkung entfalten.³⁷³

Dass den Festlegungen der Regulierungsbehörden aber Außenwirkung zukommen soll, hat der Gesetzgeber bereits mit der Verortung des § 29 EnWG im Abschnitt „Befugnisse“, sowie dem konkreten Wortlaut der Norm zum Ausdruck gebracht.³⁷⁴ Die Norm ermächtigt die Regulierungsbehörde zu Entscheidungen, während mit Verwaltungsvorschriften keine Entscheidungen, sondern lediglich Leitlinien für die Vorbereitung von Entscheidungen getroffen werden.³⁷⁵ Zudem sollen die Festlegungen nach ihrem Sinn und Zweck gerade die Netzbetreiber binden.³⁷⁶ Letztlich bedürfen die Festlegungen der Regulierungsbehörde schon allein deshalb der Außenwirkung, weil sie der Prüfungsmaßstab im Rahmen von Netzzugangsstreitigkeiten sind.³⁷⁷

Folglich könnte es sich bei den Festlegungen nur dann um Verwaltungsvorschriften handeln, wenn eine der Ausnahmen von dem oben genannten Grundsatz der fehlenden Bindungswirkung gegenüber Dritten besteht. Eine solche Ausnahme ist beispielsweise bei sog. „normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften“ anerkannt. Diesen kommt, sofern sie innerhalb eines der Behörde eingeräumten Beurteilungsspielraums ergehen, unmittelbare quasinormative Außenwirkung zu.³⁷⁸ Eine gerichtlich überprüfbare Bindungswirkung kann Verwaltungsvorschriften ferner im Rahmen von Ermessensausübung durch den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und den Grundsatz des Vertrauensschutzes zukommen.³⁷⁹

³⁷⁰ Vgl. *Pielow*, DÖV 2005, 1022.

³⁷¹ Vgl. ebd.

³⁷² Vgl. *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 Rn. 212.

³⁷³ Vgl. ebd.; *Wolff*, in: Wolff/Decker, Anh. § 47 VwGO Rn. 45, 48.

³⁷⁴ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 12.

³⁷⁵ Vgl. *Burgi*, DVBl 2006, 274.

³⁷⁶ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 29 Rn. 12.

³⁷⁷ Vgl. *Britz*, EuZW 2004, 463.

³⁷⁸ So BVerwG, Urteil v. 20.12.1999 - 7 C 15/98, NVwZ 2000, 440; *Badura*, StaatsR, F 25; *Hermes*, in: Dreier III, Art. 84 Rn. 82.

³⁷⁹ Vgl. *Badura*, StaatsR, F 26; *Kilian*, in: Hdb. Öff. WirtschaftsR, § 4 Rn. 15; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, § 24 Rn. 27 ff.

Bezüglich der Festlegungen der Regulierungsbehörden ist jedoch keine der Fallgruppen, im Rahmen derer Verwaltungsvorschriften ausnahmsweise eine Außenwirkung entfalten einschlägig. Letztlich sprechen die bestehenden Unsicherheiten in Bezug auf Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Umfang der Bindungswirkung gegen die Verwaltungsvorschrift als adäquates Regulierungsinstrument.³⁸⁰

Das Argument, das mit der Rechtsprechung des EuGH gegen die Einordnung als Verwaltungsvorschrift streitet, verfängt demgegenüber nicht. Die Netzzugangsregulierung der Regulierungsbehörde stellt Teil des administrativen Vollzugs und nicht der Umsetzung des Sekundärrechts dar.³⁸¹ Zumindest bis zur letzten Änderung des EnWG wurden die Richtlinienvorgaben durch die normativen Regelungen des nationalen Gesetzgebers inklusive der entsprechenden Verordnungsermächtigungen umgesetzt. Hervorzuheben ist jedoch, dass der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache C-718/18 zu dem Ergebnis gelangt, dass auf Unionsebene ein detaillierter Rechtsrahmen bestehe, sodass es für die Umsetzung des Sekundärrechts nicht erforderlich sei, auf nationaler Ebene Berechnungskriterien für die Tarife zu schaffen.³⁸² Damit sind die Vorgaben der Richtlinien nach Auffassung des EuGH ausreichend bestimmt und bedürfen gerade keiner Konkretisierung durch nationale Regelungen mehr. Daraus folgt, dass sich die sekundärrechtlichen Regelungen entgegen ihrer üblichen Bestimmung (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV) an die Bundesnetzagentur direkt richten.³⁸³ Allerdings ändert dies nichts daran, dass die Bundesnetzagentur das Sekundärrecht nicht umsetzt, sondern vollzieht. Die Ausführungen des EuGH dürften so zu verstehen sein, dass die Richtlinien aufgrund ihres Detaillierungsgrades der in Rede stehenden Vorgaben gerade keiner Umsetzung bedürfen (vgl. dazu **Kapitel 3 I. 4.**).

Die Einordnung als Rechtsverordnung scheitert daran, dass eine Subdelegation zugunsten der Regulierungsbehörde weder im EnWG noch in Form einer vorweggenommenen Subdelegation vorgesehen ist. Lediglich die Verordnungsermächtigung des § 118a EnWG wurde mittlerweile durch das BMWK im Wege der Subdelegation nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG auf die Bundesnetzagentur übertragen, wodurch diese die regulatorischen Rahmenbedingungen für LNG-Anlagen festlegen konnte (vgl. dazu **Kapitel 5 I. 3. c. cc.**).

Auch die Detailliertheit der Entscheidungen stellt in Abgrenzung zu eher allgemein gehaltenen Normen ein typisches Merkmal behördlicher Einzelfallentscheidungen dar.³⁸⁴

Vorzugswürdig erscheint die Auffassung, die die Festlegungen als Allgemeinverfügungen qualifiziert vor allem, weil sie der gesetzgeberischen Wertung in § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG entspricht. Gleichzeitig stellt der Verwaltungsakt besonders flexibles Handlungsinstrument für die Regulierung dar.

³⁸⁰ Vgl. *Attendorn*, RdE 2009, 93; *Britz*, EuZW 2004, 463; *Dies.*, RdE 2006, 7.

³⁸¹ Vgl. *Britz*, EuZW 2004, 463; *Kuhn*, Binnenkonflikte, S. 173. A. A. *Pielow*, DÖV 2005, 1022 Fn. 40.

³⁸² Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 122 f.

³⁸³ Zum Grundsatz der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV, Rn. 109.

³⁸⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. C Rn. 2.

Darüber hinaus erscheint es praktikabel, alle Arten von Festlegungen einheitlich als Verwaltungsakte nach § 35 VwVfG zu qualifizieren und damit auch einen einheitlichen Rechtsschutz gegen alle Arten von Entscheidungen der Regulierungsbehörde zu ermöglichen. Zudem ist der Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte und Allgemeinverfügungen in der Verwaltungsgerichtsordnung besonders ausgeprägt.³⁸⁵ Gleichwohl kann die Beschwerde nach § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG gegen „Entscheidungen der Regulierungsbehörde“ unabhängig von ihrer Rechtsform erhoben werden.

Im Übrigen überzeugen auch die Argumente zur Bestimmbarkeit des Adressatenkreises. Die fehlende Bestimmtheit aber mögliche Bestimmbarkeit ist für die Allgemeinverfügung typisch und ausreichend (vgl. dazu unter **III. 4. a. bb.**). So geht es auch bei den Festlegungen um eine konkrete Anweisung für den typisierten Einzelfall. Es handelt sich damit nicht um abstrakt-generelle, sondern vielmehr noch um konkret-generelle Regelungen. Das Argument des Bundesgerichtshofs, dass die Anforderungen an die Konkretheit der Regelung nicht überspannt werden dürften und auch die Eigenart der Materie zu berücksichtigen sei, überzeugt. Richtigerweise geht es bei dem Gesetzesvollzug der Regulierungsbehörde vorwiegend um die Präzisierung von Anforderungen der allgemeinen Gesetze und Verordnungen im Hinblick auf einzelne typische und regelmäßig wiederkehrende Geschäftsprozesse.³⁸⁶ Der Einzelfallbezug ist in dieser Konkretisierungsfunktion bereits angelegt.³⁸⁷

Zuzustimmen ist zudem der Argumentation des Bundesgerichtshofs (vgl. dazu unter **III. 4. a. bb. (2)**), dass bei der Berücksichtigung der Eigenart des Regulierungsrechts miteinzubeziehen sei, dass die Netzregulierung den Zielen des § 1 Abs. 2 EnWG dient und nicht - wie für Allgemeinverfügungen im Ordnungsrecht typisch - der Abwehr einer konkreten Gefahr. So werden im Energieregulierungsrecht typischerweise ex tunc fortdauernde Verhaltenspflichten begründet oder es wird an in der Zukunft liegende, dem Zeitpunkt nach offene, aber inhaltlich konkret definierte, typische und sich regelmäßig wiederholende Prozesse angeknüpft.³⁸⁸

Zudem sind schon früh einige Instanzengerichte von der Qualifizierung der Festlegungen als Allgemeinverfügungen ausgegangen.³⁸⁹ Nicht zuletzt spricht für die Einordnung der Festlegungen als Allgemeinverfügungen, dass der Bundesgerichtshof als oberstes Gericht die Festlegungen so charakterisiert hat.

Hinzu kommt, dass die Bundesnetzagentur der äußeren Form nach durch mit einer entsprechenden Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Verwaltungsakt handelt.³⁹⁰ Eine Rechtsnorm wäre nicht im vorgeschriebenen Verfahren zustande gekommen und damit

³⁸⁵ Vgl. auch *Pielow*, in: *Recht der Energiewirtschaft*, Kap. 43 Rn. 39.

³⁸⁶ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt BGH, Beschl. v. 29. 04. 2008 - KVR 28/07, NJW-RR 2008, 1654 Rn. 13.

³⁸⁷ Vgl. *Franke*, in: *Hdb. Öff. WirtschaftsR*, § 10 Rn. 89; *Säcker*, in: *Berl.Komm I 1*, § 29 Rn. 26 f.

³⁸⁸ Vgl. *Attendorn*, RdE 2009, 93; *Wahlhäuser*, in: *Kment*, § 29 Rn. 31.

³⁸⁹ So OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.03.2006 - 3 Kart 155/06, NJW-RR 2006, 1353, 1354; Beschl. v. 14.03.2007 - 3 Kart 408/06, BeckRS 2007, 11286; OLG Naumburg, Beschl. v. 13.12.2007 - 1 W 27/07, BeckRS 2008, 3537.

³⁹⁰ Vgl. bspw. *BNetzA*, Beschl. v. 21.10.2011 - BK6-10-203; Beschl. v. 25.11.2019 - BK8-19/00002-A.

formnichtig.³⁹¹ Letztlich hat die Definition des § 35 VwVfG keinen Verfassungsrang, sodass der Gesetzgeber, begrenzt durch die Missbräuchlichkeit, auch Maßnahmen, bei welchen die Voraussetzungen der Norm nicht vorliegen, als Verwaltungsakt qualifizieren kann.³⁹²

Im Folgenden ist deshalb davon auszugehen, dass es sich bei Festlegungen der Regulierungsbehörden um Allgemeinverfügungen handelt.

5. Verfahren zum Erlass von Regulierungsentscheidungen

Das EnWG enthält auch einige Verfahrensvorschriften, die bei dem Erlass von Entscheidungen der Regulierungsbehörde zu berücksichtigen sind. Insbesondere müssen die Entscheidungen in einem transparenten Verfahren ergehen. Nach § 74 Abs. 1 S. 1 EnWG ist die Einleitung von Verfahren nach § 29 Abs. 1 und 2 EnWG auf der Internetseite und im Amtsblatt der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen. Diese Vorgehensweise dient dem öffentlichen Interesse an der Rechtfortbildung und einer frühzeitigen Information betroffener Verkehrskreise über die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen.³⁹³

Die novellierte Fassung des § 74 EnWG sieht nunmehr neben der Pflicht zur Veröffentlichung von Verfahrenseinleitungen und Entscheidungen der Regulierungsbehörde mit Blick auf das Öffentlichkeitsinteresse auch die Veröffentlichung von Aufsichtsentscheidungen nach § 65 EnWG samt Begründung vor.

Vor Erlass einer Entscheidung hat eine Anhörung der Beteiligten stattzufinden (vgl. § 67 Abs. 1 EnWG).

Die Entscheidungen der Regulierungsbehörde sind zudem nach § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG zu begründen, mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und den Beteiligten nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes förmlich zuzustellen. Bei Entscheidungen durch Festlegungen oder Änderungsbeschlüsse nach § 29 Abs. 1 und 2 EnWG gegenüber allen oder einer Gruppe von Netzbetreibern oder von sonstigen Verpflichteten einer Vorschrift, kann die Zustellung gemäß § 73 Abs. 1a S. 1 EnWG alternativ auch durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden.

Als verfahrensrechtliche Anforderung an Entscheidungen der Bundesnetzagentur fordert § 73 Abs. 1b EnWG, dass die Bundesnetzagentur Festlegungen umfassend begründet, sodass diese von einem sachkundigen Dritten ohne weitere Informationen und ohne sachverständige Hilfe aus sich heraus nachvollzogen werden können. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll diese Anforderung dem Umstand Rechnung tragen, dass eine normative Vorstrukturierung der Entscheidungen der Bundesnetzagentur künftig unmöglich sein wird und die gerichtliche

³⁹¹ Vgl. *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 18 f., 208.

³⁹² So BVerwG, Urteil v. 10.06.1960 - I C 163/59, VerwRspr 1961, 185, 188 f.; Urteil v. 07.09.1984 - 4 C 16/81, NVwZ 1985, 39 f.; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 208. a. A. *Franke*, in: Hdb. Öff. WirtschaftsR, § 10 Rn. 87, der darin eine verdeckte Ermächtigung zum Erlass normativer Regelungen sieht, die mit der grundsätzlichen gesetzgeberischen Entscheidung, von einer Subdelegation der Befugnis zu normativen Regelungen an die Regulierungsbehörde abzusehen nicht vereinbar wäre.

³⁹³ Vgl. *Bruhn*, in: Berl.Komm I 2, § 74 Rn. 1; *Salje*, EnWG, § 74 Rn. 2.

Überprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Entscheidung für die Betroffenen sogleich an Bedeutung gewinnt. Die Stärkung der verfahrensrechtlichen Anforderungen an eine Entscheidung soll die wesentliche Motivation der Entscheidung transparent machen und die Gerichte zu einer umfassenden Prüfung befähigen.³⁹⁴

Zudem kommt den verschärften Begründungspflichten eine Ausgleichsfunktion zu, da sie das behördliche Regulierungsermessen vor allem durch das in § 73 Abs. 1b S. 2 EnWG genannte Kriterium des Stands der Wissenschaft an wissenschaftliche Standards rückbinden.³⁹⁵ Begrüßt wird die Verschärfung auch vor dem Hintergrund, dass der BGH die Anforderungen an die Begründung von Entscheidungen der BNetzA zuletzt abgesenkt hat³⁹⁶, wenngleich sie für nicht ausreichend erachtet wird, um einen Ausgleich zwischen der geforderten Unabhängigkeit und dem notwendigen effektiven Rechtsschutz herzustellen.³⁹⁷

6. Verfassungsrechtliche Bedenken

Im Schrifttum werden die Festlegungsermächtigungen aus verfassungsrechtlichen Gründen zum Teil auch kritisch gesehen. Insbesondere werden mit Blick auf die in letzter Zeit ausgedehnten Festlegungsbefugnisse verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Wesentlichkeit, den Parlaments- und Regierungsvorbehalt sowie die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte geäußert.³⁹⁸ Aus verfassungsrechtlichen Gründen sei zu erwägen, die Festlegungsbefugnisse zu verringern und gesicherte Festlegungsinhalte auf der Normebene zu verankern.³⁹⁹

Zudem wurde eine Umgehung der Verordnungsgebung durch den Halbsatz des § 29 Abs. 1 EnWG a. F. kritisiert, wonach Festlegungsbefugnisse unmittelbar durch Gesetz begründet werden können. Denn aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten sei zunächst der Verordnungsgeber zur Konkretisierung der Parlamentsgesetze beauftragt.⁴⁰⁰

Das Argument der Umgehung der Verordnungsgebung verfängt nicht. Die Regelungskompetenz liegt grundsätzlich beim Gesetzgeber. Er kann die Exekutive ermächtigen zur Ergänzung und zur Ausführung eines Gesetzes Rechtsverordnungen zu erlassen. Der Gesetzgeber ist jedoch keineswegs verpflichtet dies zu tun. Vielmehr kann er die Materie selbst dann, wenn Verordnungsermächtigungen geschaffen wurden, durch Gesetz weiterhin regeln.⁴⁰¹ Dementsprechend gebietet es der Parlamentsvorbehalt dem Gesetzgeber sogar, in grundlegenden Bereichen - insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung - alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.

³⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 115.

³⁹⁵ So auch *Mohr/Müller*, EnK-Aktuell 2023, 010183.

³⁹⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 26.10.2021 - EnVR 17/20, BeckRS 2021, 42681 Rn. 45.

³⁹⁷ Vgl. *Klahm/Fabritius*, EnK-Aktuell 2023, 010128.

³⁹⁸ Vgl. *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 10 f.

³⁹⁹ Vgl. ebd., Rn. 11.

⁴⁰⁰ Vgl. *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 43 Rn. 11.

⁴⁰¹ Vgl. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 80 Rn. 90.

Zuzustimmen ist der Kritik jedenfalls insoweit, als durch die Anerkennung weitreichender administrativer Entscheidungsspielräume die Kompetenzen zugunsten der Verwaltung verschoben werden. Diese Kompetenzausweitung zugunsten der Bundesnetzagentur darf nicht dazu führen, dass verfassungsrechtliche Grundsätze außer Acht gelassen werden.

Die jeweilige Ermächtigung muss im Lichte der verfassungsrechtlichen Grundsätze betrachtet werden und von einem hinreichend gewichtigen Sachgrund getragen sein. Um die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu wahren, müssen eigene Entscheidungsspielräume der Verwaltung, die nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen vor allem in grundrechtssensiblen Bereichen zurückhaltend anerkannt und restriktiv ausgelegt werden. Zudem muss sich die normative Ermächtigung auf konkrete Behördenentscheidungen beziehen und darf nicht pauschal für ein ganzes Rechtsgebiet eingeräumt werden. Der unter anderem vom BGH (vgl. dazu unter **II.**) geäußerte Verweis auf das Regulierungsrecht als Rechtsgebiet in dem regelmäßig Letztentscheidungsbefugnisse im Sinne eines Regulierungsermessens bestehen, ist kritisch zu sehen.

Diese Kritik gewinnt durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-718/18 und die daraufhin erlassene Gesetzesnovelle des EnWG aus Dezember 2023 an Bedeutung. Denn durch das Änderungsgesetz wurden die Verordnungsermächtigungen gestrichen und Festlegungsbefugnisse können nunmehr ausschließlich durch das EnWG begründet werden. Zugleich räumt das geänderte Gesetz der Bundesnetzagentur vielfach neue weitreichende Festlegungsbefugnisse ein. Damit kann von einer Reduzierung der Festlegungsermächtigungen keine Rede sein, vielmehr kommt es durch die Novelle zu einer Ausweitung der Kompetenzen der Bundesnetzagentur (vgl. dazu unter **III. 3. c.** sowie **Kapitel 5 I. 3. a.**).

Hinzu kommt, dass die Kartellsenate der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs der Regulierungsbehörde weitreichende Beurteilungsspielräume im Sinne eines Regulierungsermessens einräumen (vgl. dazu **Kapitel 4 II. 1. a.**). Die Kombination aus erweiterten Festlegungsbefugnissen und umfassenden Beurteilungsspielräumen der Regulierungsbehörde verschärft die Problematik.

Kapitel 3 - Die (relative) Unabhängigkeit der BNetzA

Die unionsrechtlichen Richtlinien des Energiesektors forderten schon relativ früh die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden. Diese Vorgaben wurden durch eine neuere Entscheidung des EuGH nunmehr bestätigt und konkretisiert.

Zunächst ist deshalb das aktuelle Urteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2021 in der Rechtssache C-718/18 zu den Anforderungen an die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur und dessen Auswirkungen auf die Regulierung im Energiesektor darzustellen (**I.**). In einem zweiten Schritt sind die sekundärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts in den Blick zu nehmen (**II.**), bevor letztlich deren Zulässigkeit mit dem verfassungsrechtlichen sowie dem Demokratieprinzip der Europäischen Union geprüft wird (**III.**).

I. Das Urteil des EuGH vom 2. September 2021 in der Rechtssache C-718/18

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes aus September 2021 in der Rechtssache C-718/18 wurde im rechtswissenschaftlichen Schrifttum lange mit Spannung erwartet, da sie den Grundstein für die Zukunft der Energieregulierung in Deutschland legt. Wie bereits mehrheitlich antizipiert, bedeutet das Urteil einen Strukturwandel für die nationale Energieregulierung.

1. Sachverhalt und Gang des Verfahrens

Die Europäische Kommission war der Ansicht, dass der deutsche Gesetzgeber das Dritte Binnenmarktpaket nicht richtlinienkonform umgesetzt und damit gegen eine Vertragsverpflichtung verstoßen hat. In Anbetracht des von Art. 258 AEUV bestimmten Vorverfahrens hat die Europäische Kommission im Mai 2014 Fragen zur Umsetzung der beiden Richtlinien des Dritten Binnenmarktpakets an die Bundesrepublik Deutschland gestellt. Im weiteren Verlauf wurde der Bundesrepublik im Februar 2015 eine Aufforderung zur Stellungnahme im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2014/2285 übersandt, woraufhin diese im April 2016 mit einer mit Gründen versehene Stellungnahme antwortete.

Nach Abschluss des Vorverfahrens hat die Europäische Kommission im November 2018 eine Vertragsverletzungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof eingereicht.⁴⁰² Die Kommission hat im Rahmen von vier Rügen beanstandet, dass die Bundesrepublik Deutschland die EltRL 2009 sowie die GasRL 2009 im EnWG nicht ordnungsgemäß umgesetzt habe. Gegenstand dieser Arbeit soll vornehmlich die vierte Rüge sein, mit der die Verletzung der ausschließlichen Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörde moniert wurde.

Mit der vierten Rüge hat die Kommission der Bundesrepublik Deutschland vorgeworfen, sie habe Art. 37 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) der EltRL 2009 sowie Art. 41 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) der GasRL 2009 insofern nicht ordnungsgemäß umgesetzt, als der Bundesregierung durch § 24 S. 1 EnWG a. F. Zuständigkeiten für die Festlegung der Übertragungs- und Verteilungstarife, der Bedingungen für den Zugang zu den nationalen Netzen und der Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen zuweise, obwohl nach den unionsrechtlichen Vorgaben hierfür ausschließlich die nationalen Regulierungsbehörden zuständig seien.⁴⁰³

Die Kommission war der Ansicht, die von der Bundesregierung auf der Grundlage von § 24 S. 1 EnWG a. F. erlassenen Rechtsverordnungen stellten zu detaillierte Anweisungen an die nationalen Regulierungsbehörden, wie diese ihre Regulierungsaufgaben wahrzunehmen haben.⁴⁰⁴ Durch diese detaillierten Festlegungen seien die nationalen Regulierungsbehörden daran gehindert eine eigene Einschätzung vorzunehmen. Letztendlich würde ihnen damit die

⁴⁰² Vgl. Klage, eingereicht am 16.11.2018 - Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland (Rs. C-718/18), Abl. C-54 v. 11.02.2019, S. 6 ff.

⁴⁰³ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 85.

⁴⁰⁴ Vgl. ebd. Rn. 86.

durch die europarechtlichen Richtlinien zugewiesene ausschließliche Zuständigkeit genommen.⁴⁰⁵

Die Kommission kritisierte damit die fehlende Anerkennung der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden durch den deutschen Gesetzgeber und die Festlegung der Bedingungen, unter welchen die Aufgaben wahrzunehmen sind, durch Rechtsverordnung. Das Unionsrecht stelle in Bezug auf Netzentgelte sowie Netzanschluss- und Zugangsbedingungen bereits klare Grundsätze auf.⁴⁰⁶ Nach Ansicht der Kommission wäre eine Festlegung der Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden durch Rechtsverordnung ausreichend und auch nur diese unionsrechtskonform gewesen.⁴⁰⁷ Dies gelte umso mehr, als Art. 35 Abs. 4 der EltRL 2009 und Art. 39 Abs. 4 der GasRL 2009 die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde im Vergleich zu den früheren Rechtsvorschriften gestärkt hätten.⁴⁰⁸

Die Bundesrepublik Deutschland hat zu ihrer Verteidigung vorgebracht, dass es nach Art. 194 Abs. 2 AEUV nach wie vor in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten falle, die Bedingungen für die Nutzung ihrer Energieressourcen zu bestimmen.⁴⁰⁹ Zwar stehe den nationalen Regulierungsbehörden ein „erheblicher Ermessensspielraum“ zu, gleichwohl gebiete es der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, dass die Ermessensausübung der Verwaltung „vorstrukturiert“ sei, um eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende ununterbrochene demokratische Legitimationskette sicherzustellen.⁴¹⁰ Letztlich sei § 24 S. 1 EnWG a. F. mit den Bestimmungen der europarechtlichen Richtlinien über die Aufgabenverteilung vereinbar. Der Wortlaut der Bestimmungen lasse nicht den Schluss zu, dass die nationalen Regulierungsbehörden zwingend für die Festlegung sowohl der Übertragungs- oder Verteilungstarife als auch der Methoden zur Berechnung dieser Tarife zuständig sein müssten.⁴¹¹

Hinzu komme, dass die Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie bei der Umsetzung der Richtlinien über ein Ermessen verfügten. Aufgrund fehlender hinreichend genauer materieller Vorgaben zur Ausgestaltung der Netzzugangs- und Tarifierungsmethoden seien die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinien gezwungen, eigene ermessenslenkende Maßstäbe aufzustellen.⁴¹²

Schließlich machte die Bundesrepublik Deutschland geltend, dass die im Rahmen der sog. Meroni-Rechtsprechung⁴¹³ aufgestellten Grundsätze auch dann anwendbar seien, wenn der Unionsgesetzgeber unabhängigen nationalen Behörden Befugnisse übertrage. Danach sei eine

⁴⁰⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 87.

⁴⁰⁶ Vgl. ebd.

⁴⁰⁷ Vgl. ebd. Rn. 88.

⁴⁰⁸ Vgl. ebd. Rn. 89.

⁴⁰⁹ Vgl. ebd. Rn. 91.

⁴¹⁰ Vgl. ebd. Rn. 92.

⁴¹¹ Vgl. ebd. Rn. 93.

⁴¹² Vgl. ebd. Rn. 94.

⁴¹³ EuGH, Urteil v. 13.06.1958 - C-9/56, ECLI:EU:C:1958:7.

Aufgabenübertragung an solche Behörden nur möglich, wenn der Unionsgesetzgeber zuvor hinreichend genaue Vorschriften über die Aufgaben und Befugnisse der Behörden erlassen habe. Andernfalls sei es Sache der Mitgliedstaaten, dies zu tun. Darüber hinaus ergebe sich dieses bereits aus dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip, als Teil der von der EU gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV zu achtenden grundlegenden politischen und verfassungsrechtlichen Strukturen der Bundesrepublik Deutschland.⁴¹⁴

2. Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella

Der Generalanwalt Giovanni Pitruzzella schloss sich der Auffassung der Europäischen Kommission in seinen im Januar 2021 vorgelegten Schlussanträgen an und sprach sich für das Vorliegen einer durch die normierende Regulierung ausgelösten Vertragsverletzung seitens der Bundesrepublik Deutschland aus. Der Generalanwalt stützte dieses Ergebnis maßgeblich darauf, dass die funktionelle Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden gegenüber allen politischen Stellen, einschließlich des Parlaments, sicherzustellen sei.⁴¹⁵

Die Auslegung der Richtlinien führe zu dem Ergebnis, dass den nationalen Regulierungsbehörden eine weitgehende funktionelle Unabhängigkeit garantiert werden soll.⁴¹⁶ Die Verwirklichung der Regulierungsziele erfordere eine „größtmögliche Gewährleistung der Unabhängigkeit“ der nationalen Regulierungsbehörde.⁴¹⁷

Der Generalanwalt war der Auffassung, die Richtlinien legen die Befugnisse, Ziele und Kriterien für die Aufgabenwahrnehmung genau fest und lassen damit „keinen Raum für nationale Eingriffe [...], die zwischen die Richtlinie und die Ausübung der Aufgaben durch die NRB [...] treten.“⁴¹⁸

Vor dem Hintergrund der seitens der Bundesregierung dargelegten Einwände bezüglich der Vereinbarkeit mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip führte der Generalanwalt aus, dass eine parlamentarische Kontrolle etwa in Form von Rechenschaftspflichten weiter möglich sei.⁴¹⁹

3. Die Entscheidung des EuGH

Der Europäische Gerichtshof hat der vierten Rüge mit Urteil vom 2. September 2021⁴²⁰ stattgegeben und ein Umsetzungsdefizit der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf Art. 37 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) der EltRL 2009 sowie Art. 41 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) der GasRL 2009 festgestellt.⁴²¹ Die deutsche Ermächtigungsgrundlage in § 24 EnWG a. F. verstoße gegen die Vorgaben des dritten Energiebinnenmarktpakets, weil sie es

⁴¹⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 96.

⁴¹⁵ Vgl. Schlussanträge GA Pitruzzella v. 14.01.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:20 Rn. 105.

⁴¹⁶ Vgl. ebd. Rn. 107.

⁴¹⁷ Vgl. ebd. Rn. 112.

⁴¹⁸ Vgl. ebd. Rn. 120.

⁴¹⁹ Vgl. ebd. Rn. 138 f.

⁴²⁰ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662.

⁴²¹ Vgl. ebd. Rn. 133.

dem nationalen Verordnungsgeber gestattet, die Ermessensfreiheit der Regulierungsbehörde durch detaillierte Verordnungsregelungen vorzustrukturieren.⁴²² Die durch § 24 EnWG a. F. und den aufgrund der Verordnungsermächtigung erlassenen Rechtsverordnungen „normgeleitete“ Regulierung von Netzzugang und -entgelten beschränke die Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörde sowie deren Unabhängigkeit in unzulässiger Weise.

Ein anderes Ergebnis folge auch nicht aus dem Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie, da den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinien bezüglich Wahl und Mittel zwar ein weiter Spielraum zukommt. Gleichzeitig verpflichte Art. 288 AEUV die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinien deren vollständige Wirksamkeit zu gewährleisten. Die den Mitgliedstaaten zukommende Autonomie bei der Organisation ihrer nationalen Regulierungsbehörde müsse unter Berücksichtigung der Ziele und Pflichten der Richtlinienbestimmungen ausgeübt werden.⁴²³ Dem aus den streitgegenständlichen Richtlinien resultierenden Erfordernis, zu gewährleisten, dass die nationale Regulierungsbehörde ihrer Entscheidungen autonom treffen kann, sei hierbei nicht entsprochen worden.

Auch das von der Bundesrepublik Deutschland angebrachte Argument des Erfordernisses einer normgeleiteten Regulierung aufgrund des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips hat der EuGH entkräftet. Der Europäische Gerichtshof weist darauf hin, dass die Arbeitsweise der EU nach Art. 10 Abs. 1 EUV auf dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie beruhe, der den in Art. 2 EUV genannten Wert der Demokratie konkretisiert und auch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens der entsprechenden Richtlinien Berücksichtigung gefunden habe.⁴²⁴ Von der Regierung unabhängige öffentliche Stellen, die Regulierungsfunktionen oder Aufgaben wahrnehmen, die der politischen Einflussnahme entzogen sind, jedoch an das Gesetz gebunden und der gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind, widersprüchen dem Demokratieprinzip jedoch nicht.⁴²⁵

Der EuGH führt aus, dass die in Rede stehenden Richtlinien sowie einige unionsrechtliche Verordnungen entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik hinreichend genaue materielle Vorgaben zur Ausgestaltung der Netzzugangs- und Tarifierungsmethoden enthalten. Insbesondere sehen die Richtlinien vor, dass transparente Kriterien zur Tarifbestimmung herangezogen werden müssen.⁴²⁶ Vor dem Hintergrund dieses detaillierten normativen unionrechtlichen Rahmens auf Unionsebene seien keine weiteren nationalen Regelungen für die Entscheidungen der Regulierungsbehörde erforderlich.⁴²⁷

Aufgrund dieses korrekturbedürftigen Umsetzungsdefizits wurde die Bundesrepublik Deutschland dazu verurteilt, der BNetzA mehr Unabhängigkeit von allen öffentlichen Stellen der Exekutive und Legislative einzuräumen.

⁴²² Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 114 f.

⁴²³ Vgl. ebd. Rn. 118 f.

⁴²⁴ Vgl. ebd. Rn. 124 f.

⁴²⁵ Vgl. ebd. Rn. 126.

⁴²⁶ Vgl. ebd. Rn. 120 ff.

⁴²⁷ Vgl. ebd. Rn. 123.

4. Bedeutung des Urteils

Der Entscheidung des EuGH kommt erhebliche Bedeutung für das deutsche Energierecht zu. Das Urteil setzt sich mit den Anforderungen an die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur auseinander. Es fordert einen Paradigmenwechsel im Regulierungsrecht des Energiesektors hin zu einem weniger normativ und eher administrativ geprägtem Regulierungskonzept. Denn die zentrale Aussage des EuGH ist, dass es nach dem unionsrechtlichen Sekundärrecht den Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten obliegt, den Regulierungsrechtsrahmen eigenständig auszufüllen.

Bemerkenswerterweise weicht der EuGH damit von dem unionsrechtlichen Grundsatz ab, dass Richtlinien an die Mitgliedstaaten adressiert sind und von diesen in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Vielmehr stellt der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung klar, dass die in den entsprechenden Richtlinien vorgesehenen Kriterien durch Rechtsakte wie Verordnungen sowie Netzkodizes konkretisiert werden und in der Zusammenschau deshalb ein detaillierter unionaler Rechtsrahmen bestehe, der die Aufstellung von Kriterien zur Berechnung der Tarife auf nationaler Ebene für die Umsetzung der Richtlinien entbehrlich mache (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 4. b.**). Damit überträgt der Europäische Gerichtshof den nationalen Regulierungsbehörden auf dem Richtlinienrecht basierende eigenständige Kompetenzen zur Ausfüllung des Regulierungsrahmens. Die Energierichtlinien wirken damit nicht vertikal, sondern horizontal gegenüber den Regulierungsbehörden, die somit ihre Legitimation unmittelbar ohne Umsetzungsakte aus den unionsrechtlichen Rechtsquellen erhalten.⁴²⁸

Aufgeworfen ist in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob einer mitgliedstaatlichen Umsetzung der Richtlinien durch behördliche Festlegungen nach § 29 EnWG ohne Rechtsnormqualität Genüge getan wäre. Vor dem Hintergrund, dass allgemeine Festlegungen zu einer verbindlichen Regelung führen, nach § 73 Abs. 1a S. 2 EnWG im Amtsblatt der Regulierungsbehörde veröffentlicht und bekannt gemacht werden und die Möglichkeit der Betroffenen von ihren Rechten und Pflichten Kenntnis zu nehmen besteht, wird vertreten, dass aus unionsrechtlicher Perspektive keine Bedenken bestehen. Zweifelhaft ist allerdings die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Umsetzung durch Festlegungen nach § 29 EnWG.⁴²⁹ Gleichwohl dürfte die Rechtsprechung des EuGH nicht dahingehend zu verstehen sein, dass die Regulierungsbehörde zur Umsetzung der Richtlinien berufen sei.⁴³⁰ Vielmehr führt der EuGH aus, dass eine Umsetzung der in Rede stehenden Richtlinienvorgaben gerade nicht notwendig sei (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 4. b.**).

Nichtsdestotrotz bleibt offen, wie eine richtlinienkonforme Umsetzung konkret aussehen könnte. Zwar wurde die EltRL 2009 durch die EltRL 2019 aufgehoben. Die durch Deutschland verletzten Vorschriften der EltRL 2009 finden sich jedoch nahezu unverändert in Art. 59 Abs. 1 lit. a), Abs. 7 lit. a), b) EltRL 2019 wieder. Das Urteil liefert keine Antwort auf die Frage, wann nationale normative Vorgaben noch in zulässiger Weise einen Rechtsrahmen setzen und

⁴²⁸ Vgl. zum Vorstehenden auch *Heim/Schwintowski*, EWeRK 2022, 212.

⁴²⁹ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt ausführlich auch *Weyer*, DVBl 2023, 1320 f. Vgl. zum Erfordernis und der Qualität der Außenrechtsverbindlichkeit *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 122 ff.

⁴³⁰ A. A. *Heim/Schwintowski*, EWeRK 2022, 212.

wann die nationalen Regelungen in eine unzulässige Beschränkung der Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörde umschwingen.⁴³¹ Insgesamt bedeutet die Entscheidung die Notwendigkeit einer Verschiebung der Kompetenzen von der Bundesregierung hin zur Bundesnetzagentur. Diesen Zuständigkeitswechsel hat nunmehr auch das Änderungsgesetz aus Dezember 2023 mit sich gebracht hat.

a. Allgemein

Bei dem der Klage der Kommission nach Art. 258 AEUV stattgebenden Urteil handelt es sich um ein reines Feststellungsurteil. Die vom EuGH festgestellten Verstöße sind von der Bundesrepublik Deutschland unverzüglich zu beseitigen (vgl. Art. 260 Abs. 1 AEUV).⁴³² Der EuGH selbst besitzt keine Verwerfungskompetenz bezüglich Regelungen der Mitgliedstaaten, sodass die Bundesrepublik Deutschland zur Beseitigung des Verstoßes von sich aus tätig werden muss.⁴³³ Denn das Verfahren zur Überprüfung der Gültigkeit einer nationalen Regelung sowie die Nichtigkeitserklärung als Konsequenz der Ungültigkeit ist Sache der Mitgliedstaaten.⁴³⁴

b. Auswirkungen des Urteils auf die laufende Regulierungspraxis

Fraglich ist insbesondere, wie sich das Urteil auf die laufende Regulierungspraxis auswirkt.

aa. Grundsatz Anwendungsvorrang

Das unionsrechtswidrige deutsche Recht ist nicht nichtig, sondern unterliegt dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang, den die nationalen Behörden und Gerichte zu beachten haben (vgl. dazu ausführlich unter **III. 1. a.**).⁴³⁵

Grundsätzlich ist das dem Unionsrecht entgegenstehende nationale Recht zunächst richtlinienkonform auszulegen⁴³⁶, nötigenfalls richtlinienkonform fortzubilden⁴³⁷ und sofern dies nicht möglich ist, unangewendet zu lassen.⁴³⁸

⁴³¹ Diese Kritik äußern auch *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 307.

⁴³² So auch EuGH, Urteil v. 04.06.2009 - C-568/07, ECLI:EU:C:2009:342 Rn. 51.

⁴³³ Vgl. *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 260 AEUV Rn. 4 f.

⁴³⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 04.12.2018 - C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 Rn. 33 f.; BGH, Beschl. v. 08.10.2019 - EnVR 58/18, EnWZ 2020, 61 Rn. 61.

⁴³⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 04.12.2018 - C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 Rn. 35 f.; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06, NJW 2010, 3422 Rn. 53; BGH, Beschl. v. 08.10.2019 - EnVR 58/18, EnWZ 2020, 61 Rn. 63 f.

⁴³⁶ Vgl. EuGH, Urteil v. 04.07.2006 - C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 Rn. 111; *Gundel*, in: *Frankfurter Komm. IV*, Art. 288 AEUV Rn. 62 f. Zur richtlinienkonformen Auslegung *Schroeder*, in: *Streinz*, Art. 288 AEUV Rn. 110 ff.; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 78 ff.

⁴³⁷ So st. Rspr., BGH, Urteil v. 26.11.2008 - VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 Rn. 21; Urteil v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073 Rn. 30; Urteil v. 28.10.2015 - VIII ZR 158/11, NJW 2016, 1718 Rn. 37; Beschl. v. 26.10.2021 - EnVR 17/20, Rn. 15.

⁴³⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 09.03.1978 - Rs 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 Rn. 21/23; BGH, Urteil v. 16.04.2015 - BeckRS 2015, 8713 Rn. 40; Beschl. v. 08.10.2019 - EnVR 58/18, EnWZ 2020, 61 Rn. 65 f.; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 288 AEUV Rn. 167.

Das supranationale Recht entfaltet gerade keine rechtsvernichtende, derogierende Wirkung, sondern der Anwendungsvorrang lässt die Geltung des entgegenstehenden nationalen Rechts unberührt und drängt die Anwendung desselben nur insoweit zurück, als es die Verträge erfordern und dies von dem durch Zustimmungsgesetz erteilten innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl gedeckt ist.⁴³⁹

(1) Unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen als Voraussetzung

Fraglich ist, welche Bedeutung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen des Unionsrechts für den Anwendungsvorrang desselben vor kollidierendem nationalem Recht zukommt.

Der Europäische Gerichtshof urteilte jüngst, dass „eine Bestimmung des Unionsrechts, die keine unmittelbare Wirkung hat, als solche im Rahmen eines dem Unionsrecht unterliegenden Rechtsstreits nicht geltend gemacht werden [kann], um die Anwendung einer ihr entgegenstehenden Bestimmung des nationalen Rechts auszuschließen.“⁴⁴⁰ Zugleich stellte der Gerichtshof fest, dass keine Verpflichtung bestehe, eine zu einer Bestimmung des Unionsrechts in Widerspruch stehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, wenn diese keine unmittelbare Wirkung hat.⁴⁴¹

Auch in der Lehre ist man mehrheitlich der Auffassung, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts lediglich unmittelbar anwendbare Bestimmungen betrifft.⁴⁴² Dies entspricht auch der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts.⁴⁴³

(2) Sonderbehandlung von Vertragsverletzungsurteilen

Zum Teil wird jedoch auch vertreten, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts auch dann gilt, wenn wie hier die Feststellung einer Vertragsverletzung durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vorliegt.⁴⁴⁴ Auch die Oberlandesgerichte kommen zu dem Ergebnis, dass ein feststellendes Vertragsverletzungsurteil des Europäischen Gerichtshofs die Anwendung von richtlinienwidrigem nationalem Recht durch die Gerichte ausschließt.⁴⁴⁵ Begründet wird dies zum einen mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Feststellungsurteils⁴⁴⁶ und zum anderen

⁴³⁹ So BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267, 2284 f.

⁴⁴⁰ EuGH, Urteil v. 24.06.2019 - C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 Rn. 62.

⁴⁴¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 24.06.2019 - C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 Rn. 68.

⁴⁴² Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 178; *Ionescu*, Innerstaatliche Wirkungen, S. 293 f.; diff. *Kahl*, in: HVwR II, § 37 Rn. 21.

⁴⁴³ Vgl. BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 342.

⁴⁴⁴ Ausführlich zur Problematik *Ionescu*, Innerstaatliche Wirkungen, S. 288 ff., 299 ff.

⁴⁴⁵ Vgl. OLG Celle, Urteil v. 17.07.2019 - 14 U 188/18, NZBau 2020, 35 Rn. 23; Urteil v. 08.01.2020 - 14 U 96/19 NZBau 2020, 242 Rn. 31 ff.; Beschl. v. 09.12.2020 - 14 U 92/20, ZfBR 2021, 414; OLG Düsseldorf, Urteil v. 17.09.2019 - 23 U 155/18, NJW 2020, 1450 Rn. 14.

⁴⁴⁶ Vgl. *Beljin*, EuR 2002, 367; *Ionescu*, Innerstaatliche Wirkungen, S. 300 ff. mit Argumenten die dafür sprechen, wenngleich im Ergebnis ablehnend.

damit, dass das Vertragsverletzungsurteil eine Ausnahme vom Erfordernis der unmittelbaren Anwendbarkeit der entsprechenden Bestimmungen darstelle.⁴⁴⁷

Der EuGH verneint eine solche Durchgriffswirkung eines Feststellungsurteils, indem er urteilt, dass die Verpflichtung des Mitgliedstaates aus Art. 260 Abs. 1 HS 2 AEUV und damit nicht aus dem Feststellungsurteil folge und sich auch die den Einzelnen zustehenden Rechte nicht aus dem Urteil, sondern aus den unionsrechtlichen Bestimmungen, welchen in der innerstaatlichen Rechtsordnung unmittelbare Wirkung zukommt, ergeben.⁴⁴⁸ Daraus folgt, dass das Feststellungsurteil weder das Erfordernis der unmittelbaren Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen entfallen lässt, noch das Feststellungsurteil selbst unmittelbar anwendbar ist.⁴⁴⁹

Dementsprechend kommt auch der Generalanwalt Szpunar jüngst im Rahmen seiner Schlussanträge zu dem Ergebnis, dass ein Vertragsverletzungsurteil allein keinen Grund darstelle, unionsrechtswidrige nationale Rechtsvorschriften unangewendet zu lassen.⁴⁵⁰

(3) Fehlende unmittelbare Anwendbarkeit im konkreten Fall

Unionsrechtliche Richtlinien richten sich nach Art. 288 Abs. 3 AEUV lediglich an die Mitgliedstaaten und verpflichten grundsätzlich nur diese. Der Europäische Gerichtshof setzt für eine ausnahmsweise in Betracht kommende unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmung in ständiger Rechtsprechung voraus, dass die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in innerstaatliches Recht umgesetzt wurde und die einschlägigen Richtlinienbestimmungen inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind.⁴⁵¹

Im konkreten Fall scheidet eine unmittelbare Anwendbarkeit der Energiebinnenmarktrichtlinien bis zur Anpassung des nationalen Rechts sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁴⁵² als auch nach der Literatur⁴⁵³ aus.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs liegen schon die Voraussetzungen für eine Nichtanwendung der entsprechenden Regelungen nicht vor.⁴⁵⁴ Insbesondere fehle es an der für eine unmittelbare Anwendbarkeit erforderlichen hinreichenden Bestimmtheit der entsprechenden Regelungen der Binnenmarktrichtlinien. Hinreichend bestimmte Rechtspositionen Einzelner seien in der Richtlinie nicht festgelegt, vielmehr regele diese

⁴⁴⁷ Vgl. Schlussanträge GA Saggio v. 16.12.1999 - verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, ECLI:EU:C:1999:620 Rn. 38 zur Interpretation der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH; *Beljin*, EuR 2002, 367; *Fuchs/van der Hout*, NZBau 2020, 704.

⁴⁴⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 14.12.1982 - verb. Rs. C-314/81 bis C-316/81, C-83/82, ECLI:EU:C:1982:430 Rn. 16.

⁴⁴⁹ So auch *Ionescu*, S. 301, 303; *Gundel*, EnWZ 2021, 340. Vgl. auch BGH, Beschl. v. 14.05.2020 - VII ZR 174/19, NJW 2020, 2328 Rn. 22, 25 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. Schlussanträge des GA Szpunar v. 15.07.202 - C-261/20, ECLI:EU:C:2021:620 Rn. 115 ff.

⁴⁵¹ Vgl. dazu grundlegend EuGH, Urteil v. 04.12.1974 - Rs. C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133, Rn. 13/14; Urteil v. 19.01.1982 - Rs. C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7 Rn. 21 ff. Aus der neueren Rspr. EuGH, Urteil v. 06.11.2018 - verb. Rs. C-569/16 und C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 Rn. 70. Vgl. auch *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 52 ff.

⁴⁵² BGH, Beschl. v. 08.10.2019 - EnVR 58/18, EnWZ 2020, 61 Rn. 60 ff.

⁴⁵³ Vgl. *Ludwigs*, N&R-Beilage 2/2021, S. 5 ff.; *Mussaëus/Küper/Lamott*, RdE 2022, 13.

⁴⁵⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 08.10.2019 - EnVR 58/18, EnWZ 2020, 61 Rn. 67 ff.

lediglich die Aufgaben und Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörde.⁴⁵⁵ Die entsprechenden Vorschriften des nationalen Rechts sollen der Regulierungsbehörde bindende normative Vorgaben machen. Eine Auslegung, die zugunsten der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde von einer Bindung derselben an diese Regelungen absieht, wäre mit der Vorschrift nicht vereinbar.⁴⁵⁶ Hinzu komme, dass die teilweise bzw. vollständige Nichtanwendung normativer Vorgaben ohnehin nicht geeignet sei, einen den Richtlinienzielen entsprechenden Zustand herbeizuführen.⁴⁵⁷

Da bezüglich der hier unterstellten fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit der entsprechenden Richtlinienbestimmungen zumindest Zweifel bestehen können, wurde als weitere Möglichkeit der Bundesnetzagentur ihre Maßnahmen für den Übergangszeitraum bis zur Anpassung des Rechtsrahmens abzusichern, erwogen in den einschlägigen Gerichtsverfahren eine Vorlage nach Art. 267 AEUV anzuregen. Allerdings war durch diese Vorgehensweise nicht mit einer schnellen Beantwortung der Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinienbestimmungen zu rechnen.⁴⁵⁸

bb. Ausnahme Identitätskontrolle

Fraglich ist, ob der europäische Anwendungsvorrang ausnahmsweise wegen des Vorliegens eines Demokratiedefizits, dass das von Art. 20 Abs. 2 GG geforderte demokratische Legitimationsniveau unterschreitet, nicht gilt.

Im Rahmen der sogenannten „Identitätskontrolle“ prüft das Bundesverfassungsgericht seit dem Lissabon-Urteil, „ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist“ (vgl. dazu unter **III. 1. a. aa.**).⁴⁵⁹

Es ist bereits fraglich, ob das notwendige demokratische Legitimationsniveau tatsächlich unterschritten ist (vgl. dazu ausführlich unter **III. 1.**). Im Schrifttum wird angesichts der bestehenden Konflikte um das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Europäischen Zentralbank aus dem Jahr 2020⁴⁶⁰ jedenfalls bezweifelt, dass das Bundesverfassungsgericht erneut den Konflikt sucht.⁴⁶¹

⁴⁵⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 08.10.2019 - EnVR 58/18, EnWZ 2020, 61 Rn. 71 ff.

⁴⁵⁶ Vgl. ebd. Rn. 68 ff.

⁴⁵⁷ Vgl. ebd. Rn. 76 ff.

⁴⁵⁸ Vgl. *Ludwigs*, N&R-Beilage 2/2021, 21.

⁴⁵⁹ BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 240.

⁴⁶⁰ BVerfG, Urteil v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u. a., NJW 2020, 1647.

⁴⁶¹ Vgl. *Di Fabio*, EnWZ 2022, 296.

cc. Ausnahme aus Gründen der Rechtssicherheit

In der Literatur sprach man sich dafür aus, die bisherigen Vorgaben zur Vermeidung von Regelungslücken und Rechtsunsicherheit, die die erforderlichen Investitionen erschweren würde, übergangsweise bis zur notwendigen Anpassung des Rechts weiter anzuwenden.⁴⁶²

Dementsprechend kam auch die Bundesnetzagentur in einer als Reaktion auf die Entscheidung des EuGH abgegebenen Presseerklärung zu der Einschätzung, dass kein Fall der unmittelbaren Anwendung des europäischen Richtlinienrechts vorliegt. Zudem kündigte sie an, an ihrer Spruchpraxis im Rahmen der bislang geltenden nationalen Regelungen bis zur Abhilfe des Unionsrechtsverstößes festzuhalten. Die Behörde wollte dadurch einen Zustand vermeiden, der mit den unionsrechtlichen Zielsetzungen vorhersehbare und verlässliche Rahmenbedingungen für die Energieregulierung zu schaffen, nicht vereinbar wäre und zu Rechtsunsicherheit geführt hätte.⁴⁶³

Die vorübergehende Anwendbarkeit der unionsrechtswidrigen Vorschriften steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Nichtanwendung der entsprechenden Regelungen verneinte (vgl. dazu unter **I. 2. b. aa. (3)**).

Aus rechtsstaatlichen Gründen, insbesondere der Rechtssicherheit und zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Rückwirkung, wurde zudem gefordert, eine Übergangsfrist für das neu implementierte Regulierungsregime vorzusehen. Denn als Grundlage von Investitionsentscheidungen müssten die Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur für die Netzbetreiber vorhersehbar sein.⁴⁶⁴ Eine Übergangsfrist wäre jedoch kurz zu bemessen gewesen, da Abhilfemaßnahmen unverzüglich nach Verkündung des Urteils einzuleiten sind.⁴⁶⁵

Demgegenüber ist die vorübergehende Anwendung von unionsrechtswidrigem nationalen Recht bis zu einer Neuregelung nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs unzulässig.⁴⁶⁶ Zwar hält der Europäische Gerichtshof jüngst eine „vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung“ des Unionsrechts „in Ausnahmefällen und aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit“ für möglich, gleichzeitig betont er jedoch, dass nur der Gerichtshof und nicht die nationalen Gerichte diese herbeiführen können, da andernfalls die einheitliche Anwendung des Unionsrechts beeinträchtigt wäre.⁴⁶⁷ Insbesondere hebt diese Rechtsprechung des EuGH den hohen Stellenwert der Rechtssicherheit als grundlegendes

⁴⁶² Vgl. *Bourwieg*, ER 2022, 48; *Di Fabio*, EnWZ 2022, 296; *Ludwigs*, N&R-Beilage 2/2021, 15. So auch *BDEW*, Stellungnahme zum Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, S. 7 f.

⁴⁶³ Vgl. dazu insgesamt *BNetzA*, Pressemitteilung v. 02.09.2021. Zur Gefährdung der Effektivität der Regulierung ohne einen präzisen Rechtsrahmen *Gundel*, EnWZ 2021, 343. Kritisch dazu im Hinblick auf künftige Entscheidungen, *Klahm/Fabritius*, ER 2021, 241.

⁴⁶⁴ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 9.

⁴⁶⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 04.06.2009 - Rs. C-568/07, ECLI:EU:C:2009:342 Rn. 51.

⁴⁶⁶ Vgl. EuGH, Urteil v. 08.09.2010 - C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503 Rn. 69; Urteil v. 04.02.2016 - C-336/14, ECLI:EU:C:2016:72 Rn. 53.

⁴⁶⁷ Vgl. EuGH, Urteil v. 29.07.2019 - Rs. C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 Rn. 177; Urteil v. 25.06.2020 - Rs. C-24/19, ECLI:EU:C:2020:503 Rn. 84.

Verfassungsprinzip der Europäischen Union hervor.⁴⁶⁸ Gleichwohl hat der EuGH die Zulassung der vorübergehenden Anwendung des unionsrechtswidrigen Rechts in seiner Entscheidung in der Rechtssache C-718/18 nicht thematisiert.

dd. Zwischenfazit

Wenngleich neben der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinien die Tatsache, dass die Nichtanwendung der unionsrechtswidrigen Vorgaben zu einem Zustand führen, der den Zielen der Richtlinien zuwiderlaufen würde, für die übergangsweise Anwendung der in Rede stehenden Vorgaben spricht, scheidet sie nach der eindeutigen Judikatur des Europäischen Gerichtshofs aus.

c. Auswirkungen auf vergangene Regulierungsentscheidungen

Auch auf vergangene Regulierungsentscheidungen wirkt sich das Urteil weder unmittelbar noch mittelbar über Staatshaftungsansprüche aus.

Ein Amtshaftungsanspruch aus deutschem Recht scheitert am Vorliegen einer drittgerichteten Amtspflicht, da Rechtssetzungsmaßnahmen für den Amtsträger lediglich Pflichten gegenüber der Allgemeinheit begründen.⁴⁶⁹ Ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff kommt wegen des Ausschlusses der Haftung für legislatives Unrecht nicht in Betracht.⁴⁷⁰

Im unionsrechtlichen Primärrecht ist kein Staatshaftungsanspruch verankert. Insbesondere resultiert aus Art. 260 Abs. 1 AEUV kein selbständiger Entschädigungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch.⁴⁷¹ Ein auf Grundlage dieser unionsrechtlichen Bestimmung bestehender Folgenbeseitigungsanspruch ist allenfalls dann anzunehmen, wenn der Tenor des Feststellungsurteils auch die Folgen des Verstoßes einbezieht.⁴⁷²

Seit der Francovich-Entscheidung des EuGH ist allerdings aufgrund des Prinzips der Effektivität des Unionsrechts sowie der allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsgrundsätze ein ungeschriebener europarechtlicher Staatshaftungsanspruch anerkannt.⁴⁷³ Voraussetzungen für den Entschädigungsanspruch sind neben der fehlenden oder fehlerhaften Umsetzung einer Richtlinie, dass es sich bei der verletzten Rechtsnorm um eine individualschützende Norm handelt, die dem Einzelnen Rechte verleiht. Hinzukommen muss zudem ein hinreichend qualifizierter Verstoß, der kausal für einen Schaden ist.⁴⁷⁴ Allerdings erscheint bereits die Bezifferung des Schadens für den einzelnen Netzbetreiber aufwändig.

⁴⁶⁸ Vgl. dazu *Ludwigs*, N&R-Beilage 2/2021, 15.

⁴⁶⁹ So BGH, Urteil v. 29.03.1971 - III ZR 110/68, NJW 1971, 1172, 1173 f.; Urteil v. 10.12.1987 - III ZR 220/86, NJW 1988, 478, 482. Vgl. auch *Thomas*, in: Beck-OGK, § 839 BGB Rn. 291.

⁴⁷⁰ So BGH, Urteil v. 12.03.1987 - III ZR 216/85, NJW 1987, 1875, 1877.

⁴⁷¹ Vgl. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 260 AEUV Rn. 7; *Wunderlich*, in: von der Groben/Schwarze/Hatje, Bd. 4, Art. 260 AEUV Rn. 8.

⁴⁷² Vgl. *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 260 AEUV, Rn. 15.

⁴⁷³ Vgl. EuGH, Urteil v. 19.11.1991 - C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 Rn. 32 ff.

⁴⁷⁴ Zu den Voraussetzungen EuGH, Urteil v. 19.11.1991 - C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 Rn. 39 f.

Auch eine Rückwirkung der Entscheidung des EuGH kommt nicht in Betracht, da es andernfalls zu einer von den Richtlinienvorgaben abweichenden ex-post Regulierung kommen würde (vgl. Art. 59 Abs. 7 EltRL 2019, Art. 41 Abs. 6 GasRL 2009). Zudem wäre eine Rückwirkung verfassungsrechtlich angreifbar.

Da die letzten beiden jeweils fünfjährigen Regulierungsperioden im Strombereich mit Ablauf des 31.12.2018 sowie des 31.12.2023 und im Gasbereich mit Ablauf des 31.12.2017 sowie des 31.12.2022 geendet haben (vgl. § 3 Abs. 1 und 2 ARegV) und abgeschlossen sind, würde darüber hinaus ein Fall der echten Rückwirkung vorliegen.⁴⁷⁵ Eine solche ist jedoch grundsätzlich nur zugunsten der Betroffenen und nicht zu deren Lasten zulässig.⁴⁷⁶

Darüber hinaus besteht auch keine Verpflichtung, die bisher getroffenen regulierungsbehördlichen Entscheidungen aufzuheben.⁴⁷⁷ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es negative Voraussetzung für die Durchbrechung der Bestandskraft, dass die Rücknahme der Entscheidung nicht „Belange Dritter“ verletzt.⁴⁷⁸ Unter Berücksichtigung des auch im Unionsrecht bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Rechtssicherheit⁴⁷⁹ kommt eine Aufhebung der bisher getroffenen Regulierungsentscheidungen lediglich unter dem Aspekt des Wiederaufgreifens des Verfahrens in Betracht. Die Rücknahmeentscheidung selbst stünde dann im Ermessen der Bundesnetzagentur.⁴⁸⁰

d. Abhilfeerfordernis

Um den festgestellten Verstoß zu beseitigen, waren insbesondere die entsprechenden Regelungen im nationalen Regulierungsrecht, das heißt im EnWG sowie den maßgeblichen Verordnungen, richtlinienkonform anzupassen. Dreh- und Angelpunkt schien die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 EnWG a. F. zu sein, die Grundlage für die detaillierten Vorgaben war. Andernfalls hätten auch die Bestimmungen in § 20 Abs. 1a und 1b EnWG a. F. sowie § 21a EnWG a. F. für unionsrechtswidrig erklärt werden müssen, da auch diese Regelungen die Richtlinienvorgaben präzisieren.⁴⁸¹ Zudem war als Folge des Urteils zwingend auch die Anpassung des gerichtlichen Rechtsschutzes in den Blick zu nehmen.

Mit dem Änderungsgesetz aus Dezember 2023 wurde das EnWG als Reaktion auf die Entscheidung des EuGH an die unionsrechtlichen Vorgaben angepasst (vgl. dazu insbesondere **Kapitel 2 III. 3. c. und Kapitel 5**).

⁴⁷⁵ Vgl. *Mussaeus/Küper/Lamott*, RdE 2022, 13.

⁴⁷⁶ Vgl. zur echten Rückwirkung *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 (R) Rn. 80 ff.

⁴⁷⁷ Vgl. *Ludwigs*, EnWZ 2019, 162; *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 10.

⁴⁷⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 13.01.2004 - C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17 Rn. 27.

⁴⁷⁹ So st. Rspr., EuGH, Urteil v. 15.09.1998 - C-231/96, ECLI:EU:C:1998:401 Rn. 20, 35; Urteil v. 13.01.2004 - C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17 Rn. 24.

⁴⁸⁰ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Ludwigs*, EnWZ 2019, 162.

⁴⁸¹ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 307. In diese Richtung auch *Klahm/Fabritius*, ER 2021, 240.

5. Kritik/Bewertung

Kritisiert werden insbesondere die Ausführungen des EuGH, dass auf Unionsebene ein detaillierter Rechtsrahmen bestehe, der die Vorgabe von Kriterien für die Berechnung der Tarife auf nationaler Ebene zur Umsetzung der Richtlinien entbehrlich mache (vgl. dazu unter **I. 2.**).

Im Schrifttum ist man demgegenüber der Ansicht, dass hinreichend konkrete materielle Rechtsvorgaben, anhand derer die Regulierungsentscheidungen gemessen werden können, in den unionsrechtlichen Richtlinien gerade fehlen. Die vom EuGH zitierten Richtlinienvorgaben seien zu unbestimmt, um ein gerichtlich nachvollziehbares Entscheidungsprogramm für die nationalen Regulierungsbehörden zu bestimmen. Bei den Vorgaben handele es sich allenfalls um „konkretisierungsbedürftige Zielvorgaben“.⁴⁸² So wird die Methodik der Netzentgeltregulierung von den Richtlinien gerade nicht vorgegeben, sondern obliegt der unabhängigen Regulierungsbehörde.

Insbesondere vor dem Hintergrund der nationalen verfassungsrechtlichen Anforderungen und der nach Art. 4 Abs. 2 EUV gebotenen Achtung derselben, wird deshalb vertreten, dass der parlamentarische Gesetzgeber die wesentlichen energiepolitischen Entscheidungen auch künftig im Gesetz treffen können muss. Dies sei jedenfalls solange erforderlich, als auf unionsrechtlicher Ebene lediglich Zielvorgaben existieren.⁴⁸³

Zudem werden verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Auffassung des EuGH, dass die Regulierungsbehörde Entscheidungen „selbständig und ohne äußere Einflüsse“ treffen können muss⁴⁸⁴, dargetan.⁴⁸⁵ Insbesondere werde durch die Entscheidung der aus Art. 20 Abs. 3 GG resultierende rechtsstaatliche Grundsatz der Bindung an Recht und Gesetz sowie die Wesentlichkeitslehre umgangen.⁴⁸⁶

Zwar hat auch der EuGH betont, dass von der Regierung unabhängige Stellen aufgrund des Demokratieprinzips nicht jeder parlamentarischen Einflussmöglichkeit entzogen sein dürfen.⁴⁸⁷ Im Schrifttum wird aber zu Recht die Frage aufgeworfen, wie ein parlamentarischer Einfluss konkret aussehen soll, da der EuGH gleichzeitig die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde auch vom Träger der legislativen Gewalt, dem Parlament fordert (vgl. dazu unter **II. 4.**). Es bleibt damit einzig die Möglichkeit einer Rechenschaftspflicht gegenüber dem Parlament, wenngleich durch die Veröffentlichung eines Tätigkeitsberichts nicht von einer Einflussnahme des Parlaments gesprochen werden kann.⁴⁸⁸

Hervorgehoben wird zudem, dass die nationale Regulierungsbehörde durch die ihr zuerkannte Unabhängigkeit aus der unmittelbaren Staatsverwaltung des Bundes herausgelöst und faktisch in einen von Europäischer Kommission und EuGH gelenkten unionalen Verwaltungsverbund

⁴⁸² Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 305 f.

⁴⁸³ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt ebd., 307.

⁴⁸⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 101.

⁴⁸⁵ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 306.

⁴⁸⁶ Vgl. *Ludwigs*, N&R-Beilage 2/2021, 21.

⁴⁸⁷ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 126.

⁴⁸⁸ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Hammen*, WM 2023, 4.

eingegliedert werde, wodurch das verfassungsrechtlich geforderte demokratische Legitimationsniveau gefährdet sei.⁴⁸⁹

Kritisiert wird an dem Urteil des EuGH darüber hinaus, dass der Gerichtshof sich mit der Frage der „Absicherung der Unabhängigkeit einer nationalen Regulierungsbehörde“ nicht vertieft beschäftigt habe.⁴⁹⁰ Insbesondere lasse die Entscheidung einer Auseinandersetzung des EuGH mit der Thematik vermissen, dass Regulierungsentscheidungen Interessenkonflikte auslösen, die Auswirkungen auf die Wirtschaft sowie auf die kommunale Finanzausstattung haben können. Ein Rechtsrahmen wäre schon deshalb wünschenswert, weil unklar sei, ob die einzelnen Entscheidungsträger in einer Regulierungsbehörde auch mit Blick auf das Hierarchieprinzip in der Lage sind, bestehendem Druck standzuhalten. Die rechtliche Vorstrukturierung bindet Entscheidungsträger verwaltungsintern und macht sie zugleich gegenüber den Interessenten und Betroffenen unabhängig. Diese „Entmachtungsfunktion des geltenden Rechts“ erlange im Regulierungsrecht mangels „Entmachtungsfunktion des Wettbewerbs“ besondere Bedeutung.⁴⁹¹ Ein fehlender strukturierender Rechtsrahmen führe deshalb dazu, dass man die Unabhängigkeit derselben nicht stärkt, sondern vielmehr schwächt.⁴⁹² Gerade im Fall der ex-ante Regulierung sei ein stabiler Rechtsrahmen wie er durch normative Vorgaben besteht jedoch besonders erstrebenswert.⁴⁹³

Dementsprechend werden Bedenken geäußert, ob die Begrenzung der normativen Vorgaben für die Verwirklichung der Ziele der Energiebinnenmarktrichtlinien überhaupt förderlich ist. Es wird geltend gemacht, dass die Möglichkeit politischer Einflussnahme auf die nationale Regulierungsbehörde auf andere Weise bestehe, die normative Regulierung die nationale Regulierungsbehörde aber vor einer Beeinflussung durch private Akteure schütze.⁴⁹⁴

Aus der dargelegten Auffassung des EuGH folgt, dass die bereits jetzt schon weiten Entscheidungsspielräume der nationalen Regulierungsbehörde (vgl. dazu **Kapitel 4 II.**) weiter ausgeweitet werden. Zwar betont der EuGH die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten.⁴⁹⁵ Es fehlen jedoch gesetzliche Maßstäbe anhand derer die Gerichte die Regulierungsentscheidungen kontrollieren könnten.⁴⁹⁶ Zudem wird richtigerweise geltend gemacht, dass die nachträgliche gerichtliche Kontrolle nicht zur Kompensation eines Legitimationsdefizits geeignet ist, sondern vielmehr eine aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Selbstverständlichkeit darstellt.⁴⁹⁷

Weiterhin wird die Frage aufgeworfen, wie die grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbare Richtlinie anders als durch konkretisierende normative Regelungen von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden soll. Dies gelte umso mehr, als den Mitgliedstaaten ein Recht auf Umsetzung zukomme und die Umsetzung nicht zuletzt die Möglichkeit eröffne, nationale Besonderheiten

⁴⁸⁹ Vgl. *DiFabio*, EnWZ 2022, 294 ff.

⁴⁹⁰ Vgl. *Schwintowski*, EWeRK 2021, 253.

⁴⁹¹ Vgl. ebd.

⁴⁹² Vgl. ebd., 254. So auch *Hammen*, WM 2023, 3.

⁴⁹³ Vgl. *Weyer*, KlimR 2022, 84.

⁴⁹⁴ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Jacob*, N&R 2020, 112; *Schwintowski*, EWeRK 2021, 253 f.; *Weyer*, KlimR 2022, 84.

⁴⁹⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 126, 128.

⁴⁹⁶ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 306.

⁴⁹⁷ Vgl. *Hammen*, WM 2023, 7.

zu berücksichtigen (vgl. dazu unter **I. 2.**).⁴⁹⁸ Indem sich der EuGH durch seine Entscheidung über die Handlungsform der Richtlinie hinwegsetze, beschneide er die Umsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten.⁴⁹⁹ Auch vor dem Hintergrund der geteilten Zuständigkeit von Europäischer Union und Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 2 lit. i) AEUV sollten die Anforderungen an die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde nicht überspannt werden.⁵⁰⁰

Aufgeworfen wird zudem die Problematik der fehlenden Möglichkeit eine unabhängige Behörde zu rechtmäßigem und insbesondere unionsrechtskonformem Verhalten zu zwingen. Der deutsche Mitgliedstaat könne sich im Rahmen eines eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens auf den Einwand der Unmöglichkeit berufen, da er die Behörde aufgrund deren Unabhängigkeit nicht zu rechtmäßigem Verhalten anhalten könne. Damit gehe auch einher, dass die einheitliche Anwendung des Unionsrechts nicht mehr gewährleistet werden könne.⁵⁰¹

Es ist schon fraglich, ob sich Deutschland wirklich ohne weiteres auf einen solchen Einwand der Unmöglichkeit berufen kann. Zwar kommt eine Rechtfertigung in Betracht, wenn es dem Mitgliedstaat objektiv unmöglich ist, sich vertragsgemäß zu verhalten.⁵⁰² Allein aufgrund der fehlenden Möglichkeit das unionsrechtskonforme Verhalten mittels im Rahmen der Aufsicht bestehenden Handlungsinstrumente durchzusetzen ergibt sich jedoch nicht zwingen die objektive Unmöglichkeit vertragsgemäßen Verhaltens. Die Behörde kann auch ohne die Aufsichtsinstrumente auf ihr unionsrechtswidriges Verhalten hingewiesen und zu rechtmäßigem Verhalten angehalten werden. Die nationalen Behörden sind gemäß dem aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bei ihrer Tätigkeit an Gesetz und Recht gebunden. Dies schließt unmittelbar geltendes Unionsrecht ein (vgl. dazu **Kapitel 4 III. 1.**).

Dementsprechend hat der EuGH im Rahmen der Rückforderungen von Beihilfen entschieden, dass sich der Mitgliedstaat nicht auf die Rechtfertigung der objektiven Unmöglichkeit berufen kann, wenn sich die beklagte Regierung darauf beschränkt, die Kommission über die mit der Durchführung verbundenen rechtlichen, politischen oder praktischen Schwierigkeiten zu unterrichten, ohne gegenüber den betroffenen Unternehmen irgendwelche Schritte zu unternehmen, um die Beihilfe zurückzufordern.⁵⁰³

Im Ergebnis bleibt auch nach der Entscheidung unklar, wo genau die Grenze zwischen zulässigen nationalen normativen Vorgaben und unzulässigen Regelungen, die zu einer Beschränkung der Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörde führen, verläuft. Offen ist damit weiterhin, welche Umsetzungsspielräume für den Gesetzgeber bleiben, d. h. die Frage nach der Tiefe der gesetzlichen Vorstrukturierung (vgl. dazu unter **I. 2.**).

⁴⁹⁸ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 306.

⁴⁹⁹ Vgl. *Fahrenkämper*, RdE 2023, 272.

⁵⁰⁰ Vgl. *Weyer*, KlimR 2022, 84.

⁵⁰¹ Vgl. zu dieser Problematik ausführlich *Hammen*, WM 2023, 7 f.

⁵⁰² Vgl. EuGH, Urteil v. 04.07.1996 - C-50/94, ECLI:EU:C:1996:266 Rn. 39; Urteil v. 29.01.1998 - C-280/95, ECLI:EU:C:1998:28 Rn. 13.

⁵⁰³ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.02.1989 - C-94/87 ECLI:EU:C:1989:46 Rn. 10 f.; Urteil v. 10.06.1993 - C-183/91, ECLI:EU:C:1993:233 Rn. 20 f.; Urteil v. 29.01.1998 - C-280/95, ECLI:EU:C:1998:28 Rn. 14 f.

II. Unionsrechtliche Unabhängigkeitsvorgaben

Nachdem die EltRL 2003 die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Regulierungsbehörden verpflichtete, zeigte sich in der Praxis, dass die Effektivität der Regulierung unter anderem aufgrund der fehlenden Unabhängigkeit dieser nationalen Regulierungsbehörden eingeschränkt wurde.⁵⁰⁴ Ziel des im Anschluss daran erlassenen Sekundärrechts ist es deshalb, die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden zu stärken.⁵⁰⁵

1. Notwendigkeit der Unabhängigkeit

a. Unabhängigkeitsbegriff

Der Begriff der Unabhängigkeit wird in den einschlägigen europäischen Richtlinien nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht Unabhängigkeit dann, wenn eine öffentliche Stelle eine Stellung innehat, die garantiert, dass die betreffende Stelle bezogen auf die Einrichtungen, welchen gegenüber ihre Unabhängigkeit zu wahren ist, völlig frei handeln kann und dabei vor jeglicher Weisung und Einflussnahme von außen geschützt ist.⁵⁰⁶ Unabhängige Institutionen sind solche, die weder sachliche Weisungen befolgen müssen noch im Zusammenhang mit unmittelbaren demokratischen Wahlen besetzt werden.⁵⁰⁷

Auf unionsrechtlicher Ebene lässt sich eine sachgebietsübergreifende Entwicklung hin zu unabhängigen Behörden erkennen. So stellt das Unionsrecht bei einer Vielzahl von Behörden mittlerweile ein Unabhängigkeitserfordernis auf. Zu nennen sind neben den Infrastrukturregulierungsbehörden insbesondere die Europäische Zentralbank, der Rechnungshof und die Datenschutzbehörde.⁵⁰⁸

Aus nationaler Sicht wird durch unabhängige Institutionen der Kompetenzbereich der Regierung und des Parlaments als demokratisch legitimierte Staatsorgane eingeschränkt.⁵⁰⁹ Aufgrund der verfassungsrechtlichen Regelung des Art. 20 Abs. 2 GG und der daraus resultierenden demokratischen Verantwortung für die Ausübung von Staatsgewalt wird vertreten, dass die Unabhängigkeit nur relativ sein könne.⁵¹⁰

b. Entwicklung der sekundärrechtlichen Vorgaben

Das europäische Sekundärrecht enthält bereits seit dem zweiten Binnenmarktpaket Regelungen zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden. Die Unabhängigkeitsvorgaben der Regulierungsbehörden wurden durch die Europäische Union sukzessive verschärft. So sahen

⁵⁰⁴ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 35 EltRL 2009 bzw. Erwägungsgrund Nr. 29 GasRL 2009.

⁵⁰⁵ Vgl. auch *Schmidt-Preuß*, Berl.Komm I 1, Einl. B Rn. 8.

⁵⁰⁶ So EuGH, Urteil v. 13.06.2018 - C-530/16, EU:C:2018:430 Rn. 67; Urteil v. 11.06.2020 - C-378/19, ECLI:EU:C:2020:462 Rn. 32 f.; Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 108.

⁵⁰⁷ Vgl. *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 23, 45.

⁵⁰⁸ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Ackermann*, ZEuP 2022, 455 f.; *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 24.

⁵⁰⁹ Vgl. *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 45.

⁵¹⁰ Vgl. *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 74.

die Art. 23 Abs. 1 S. 2 EltRL 2003 und Art. 25 Abs. 1 S. 2 GasRL 2003 jeweils vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden von den Interessen der Elektrizitätswirtschaft „vollkommen unabhängig“ sein müssen. Dies bedeutete erstmals eine funktionale Trennung von der Teilnahme am Markt und der Aufsicht, wodurch eine Besserstellung der bis dato am Markt als Anbieter tätigen staatlichen Unternehmen unmöglich gemacht werden sollte.⁵¹¹ Gleichzeitig war damit noch keine Loslösung von der Ministerialbürokratie und der damit einhergehenden politischen Kontrolle verbunden.⁵¹²

Allerdings erblickte die Kommission in der unter diesen Richtlinien bestehenden Rechtslage ein Regelungsdefizit, weil die Rechtsvorschriften zwar verlangten, „dass die Regulierungsbehörden völlig unabhängig von den Interessen der Gas- und der Elektrizitätswirtschaft sind. Es wird jedoch nicht präzisiert, wie eine derartige Unabhängigkeit nachweislich sichergestellt werden soll; auch wird die Unabhängigkeit von kurzfristigen politischen Interessen nicht gewährleistet.“⁵¹³ Die Europäische Kommission betonte, dass die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden ein Schlüsselprinzip guter Verwaltungspraxis darstelle und Grundvoraussetzung für Marktvertrauen sei.⁵¹⁴ Auch in der Literatur wird die Weisungsunabhängigkeit als sektorenübergreifendes Regulierungsprinzip begriffen.⁵¹⁵

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union stellten deshalb fest, dass „die Energieregulierungsbehörden Entscheidungen in allen relevanten Regulierungsangelegenheiten treffen können und völlig unabhängig von anderen öffentlichen oder privaten Interessen sein müssen, damit der Erdgasbinnenmarkt ordnungsgemäß funktionieren kann.“⁵¹⁶

In der Folge gab die Europäische Union mit den Richtlinien des Dritten Legislativpakets aus dem Jahr 2009 (vgl. Art. 35 Abs. 4 EltRL 2009 und Art. 39 Abs. 4 GasRL 2009) ausdrücklich nicht mehr nur eine funktionale, sondern eine politische Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde vor. Nach den entsprechenden unionsrechtlichen Vorgaben muss die nationale Regulierungsbehörde „rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen und privaten Einrichtungen“ sein, das Personal und Management „unabhängig von Marktinteressen“ handeln und darf „bei der Wahrnehmung von Regulierungsaufgaben keine direkten Weisungen von Regierungsstellen oder anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen“ einholen oder entgegennehmen.

In den aktuellen Richtlinien normieren Art. 57 Abs. 4 S. 1 und 2 lit. b) ii) EltRL 2019 und Art. 39 Abs. 4 S. 1 und 2 lit. b) ii) GasRL 2009 die behördliche Weisungsfreiheit. Damit die Regulierungsbehörde den Vorgaben entsprechend von den politischen Interessen des

⁵¹¹ Vgl. *Gundel*, EWS 2017, 302 f.; *Ruffert*, Öff. WirtschaftsR, § 22 Rn. 27; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 381; *Masing*, FS R. Schmidt, S. 529.

⁵¹² Vgl. *Gärditz*, AöR 135 (2010), 275; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 380; *von Danwitz*, DÖV 2004, 979.

⁵¹³ *Europäische Kommission*, Richtlinienentwurf KOM(2007) 528 endg. v. 19.09.2007, S. 10; Richtlinienentwurf KOM(2007) 529 endg. v. 19.09.2007, S. 10.

⁵¹⁴ Vgl. *Europäische Kommission*, Richtlinienentwurf KOM(2007) 528 endg. v. 19.09.2007, S. 10; Richtlinienentwurf KOM(2007) 529 endg. v. 19.09.2007, S. 10.

⁵¹⁵ Vgl. *Gundel*, RdE 2019, 493 f.; *Ludwigs*, FS Schmidt-Preuß, S. 691.

⁵¹⁶ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 34 S. 1 EltRL 2009; Erwägungsgrund Nr. 30 S. 1 GasRL 2009.

Mitgliedstaates unabhängig ist und ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben kann, soll sie aus der Verwaltungshierarchie ausgekoppelt werden.⁵¹⁷ Ziel dieser Stärkung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden von der Regierung ist eine Erhöhung der Effektivität der Regulierung⁵¹⁸ sowie die Schaffung eines funktionsfähigen unionalen Energiebinnenmarktes.⁵¹⁹ Dies schließt ausweislich der Erwägungsgründe jedoch eine nach dem Verfassungsrecht einzelner Mitgliedstaaten gebotene gerichtliche Prüfung oder eine parlamentarische Kontrolle nicht aus.⁵²⁰ Auch in seiner Entscheidung zur Aufsicht im Datenschutzrecht hat der EuGH den Einfluss des Parlaments gegenüber politisch unabhängigen Verwaltungseinheiten grundsätzlich akzeptiert (vgl. dazu unter **III. 2. c.**).⁵²¹

Letztlich hat auch die Europäische Kommission in einer *interpretative note*, einer rechtlich unverbindlichen Interpretationshilfe⁵²² betont, dass die parlamentarische Kontrolle zu einer gesteigerten Verantwortlichkeit der Regulierungsbehörde führen kann.⁵²³ Mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung stellt der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung allerdings eine Grenze für die parlamentarische Kontrolle dar.⁵²⁴

Art. 57 Abs. 7 EltRL 2019 enthält eine Bestimmung, nach der die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat erstmals bis zum 05.07.2022 und danach alle vier Jahre einen Bericht über die Einhaltung des in Art. 57 EltRL 2019 festgelegten Grundsatzes der Unabhängigkeit durch die nationalen Regulierungsbehörden vorlegt. Es kommt folglich zu einer Überprüfung der Einhaltung der unionsrechtlichen Unabhängigkeitsvorgaben durch die Europäische Kommission.

c. Gründe für die Unabhängigkeit

Ein wesentlicher Grund für die geforderte Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur liegt in den Interessenkonflikten, die sich aus den ehemaligen Staatsbeteiligungen und den damit verbundenen finanziellen Interessen des Staates ergeben.⁵²⁵ Aus unionsrechtlicher Sicht soll nicht nur der Wettbewerb geschaffen und gestärkt, sondern es sollen auch Nationalinteressen der Mitgliedstaaten überwunden werden.⁵²⁶

Weiterhin wird die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde damit begründet, dass die Regulierungsentscheidungen unbeeinflusst von sozialpolitischen Erwägungen getroffen

⁵¹⁷ Vgl. Ludwigs, in: Ruffert [Hrsg.], § 5 Rn. 172; Ruffert, FS Scheuing, S. 407 f.

⁵¹⁸ Vgl. Erwägungsgründe Nr. 33 und 34 S. 1 EltRL 2009 bzw. Erwägungsgrund Nr. 29 und 30 S. 1 GasRL 2009.

⁵¹⁹ Vgl. Couzinet, in: Verwaltungsrechtsraum Europa, S. 218; Ludwigs, DVBl 2011, 61, 64.

⁵²⁰ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 80 S. 2 EltRL 2019 bzw. Erwägungsgrund Nr. 30 S. 2 GasRL 2019.

⁵²¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 09.03.2010 - C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 Rn. 43 ff.

⁵²² Vgl. Ludwigs, in: Ruffert [Hrsg.], § 5 Rn. 105; Schmidt-Preuß, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 10 Rn. 28; Gundel, in: Terhechte, VwR der EU, § 20 Rn. 29.

⁵²³ Vgl. Commission Staff Working Paper: Interpretative Note on Directive 2009/72/EC: The Regulatory Authorities, S. 7 (nicht veröffentlicht, vgl. Schmidt-Preuß, Berl.Komm. I 1, Einl. B Rn. 8).

⁵²⁴ Vgl. Ludwigs, DVBl 2011, 69.

⁵²⁵ Vgl. Masing, Unabhängige Regulierungsbehörden, S. 199; Ders., Übergreifende Grundsätze der Netzregulierung, S. 169.

⁵²⁶ Vgl. Ackermann, ZEuP 2022, 466 f., 471; Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 80.

werden sollen.⁵²⁷ Dies ist Ausdruck des Konzeptwechsels von der staatlichen, gemeinwirtschaftlichen Leistungserbringung hin zur staatlich nur noch moderierten Leistungserbringung nach privatwirtschaftlich-wettbewerblichen Kriterien.⁵²⁸ Ziel der Unabhängigkeit ist es folglich, Gemeinwohlziele primär über den Wettbewerb zu fördern. Als Nebeneffekt entsteht durch die Unabhängigkeit eine organisatorische Bündelung personaler Expertise.⁵²⁹

Darüber hinaus stärkt die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde das Vertrauen der Marktteilnehmer und der Öffentlichkeit in die Objektivität und Unparteilichkeit der behördlichen Entscheidungen. Insbesondere auf Märkten, auf denen auch Unternehmen in staatlicher Hand oder mit staatlicher Beteiligung agieren, ist die Unabhängigkeit neutralitätsstiftend. Letztlich bietet die geforderte Unabhängigkeit allgemein Schutz vor Einflüssen der nationalen Politik.⁵³⁰ Durch die geforderte Wirtschafts- und Politikferne soll insbesondere auch der Gefahr der aktiven Förderung einzelner Unternehmen oder Wirtschaftszweige, sog. „nationaler Champions“ begegnet werden.⁵³¹

2. Elemente der Unabhängigkeit (Anforderungen an die Unabhängigkeit)

Die Regulierungsbehörde ist dann unabhängig, wenn ihr hinreichend große Entscheidungsspielräume im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben zukommen.⁵³² Die regulierungsbehördliche Unabhängigkeit setzt sich korrespondierend zu den verschiedenen Formen demokratischer Legitimation aus unterschiedlichen Elementen zusammen. Sie umfasst eine organisatorische, funktionelle, sachliche, personelle und finanzielle Komponente.⁵³³ Ziel der Unabhängigkeitsvorgaben ist es, die Entscheidungsfindung der Bundesnetzagentur vor einer Beeinflussung Dritter zu schützen.

a. institutionelle/organisatorische Unabhängigkeit

Institutionell bedeutet Unabhängigkeit eine organisatorische Trennung einer Verwaltungseinheit von den ihr übergeordneten Behörden.⁵³⁴ Diese Form der Unabhängigkeit wird durch die Ausgliederung aus der Verwaltungshierarchie gewährleistet.⁵³⁵ Ob damit zugleich das Weisungsrecht des zuständigen Bundesministers sowie die Letztverantwortung des Parlaments entfällt, ist umstritten, wird jedoch mehrheitlich abgelehnt (vgl. dazu ausführlich unter **II. 3 und II. 4.**).

⁵²⁷ Vgl. *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 81; *Ders.*, Übergreifenden Grundsätze der Netzregulierung, S. 169.

⁵²⁸ Vgl. ebd.; *Masing*, Unabhängige Regulierungsbehörden, S. 199.

⁵²⁹ Vgl. *Britz*, in: Regulierungsrecht, § 21 Rn. 45.

⁵³⁰ Zum Vorstehenden insgesamt *OECD*, The Governance of Regulators, S. 18 ff.

⁵³¹ Vgl. zu dieser Problematik *Monopolkommission*, XV. Hauptgutachten, Tz. 1, 5.

⁵³² Vgl. *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 382.

⁵³³ Vgl. *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 29; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 382.

⁵³⁴ Vgl. *Mayen*, DÖV 2004, 45.

⁵³⁵ Vgl. *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 382.

Auch die Ausgestaltung des Verfahrens zur Entscheidungsfindung bietet die Grundlage dafür, dass die Bundesnetzagentur ihre Entscheidungen unabhängig ohne Einflussnahme Dritter treffen kann.⁵³⁶ Unabhängigkeitsstärkend wirkt ein dem gerichtlichen Prozess ähnelnder Entscheidungsablauf, wie er mit der Entscheidungsfindung durch ein Kollegialorgan im Beschlusskammerverfahren (vgl. § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG) besteht.⁵³⁷ Gleichwohl gestaltet das EnWG das Beschlusskammerverfahren nicht näher gesetzlich aus und enthält auch keinen Hinweis zum Zweck der politischen Unabhängigkeit.

Zudem gelten im Rahmen dieses Verfahrens zumindest teilweise allgemeine Verfahrensgrundsätze. So sieht § 67 Abs. 3 S. 1 EnWG die Möglichkeit einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor.⁵³⁸ Die Zulassung der Öffentlichkeit steht dabei, wie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung an sich, im Ermessen der Bundesnetzagentur.⁵³⁹ § 66 Abs. 1 EnWG regelt die Einleitung des Verfahrens von Amts wegen oder auf Antrag. Dementsprechend gilt entweder das Oficialprinzip oder die Dispositionsmaxime, während die Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen vom Untersuchungsgrundsatz geprägt ist.⁵⁴⁰ Durch diese Prozessmaximen wird ein transparentes Regulierungsverfahren hergestellt, dass die politische Einflussnahme erschwert.

Darüber hinaus kann dieselbe Zwecksetzung in § 61 EnWG gesehen werden. Zwar lässt die Norm Weisungen *de lege lata* (in unionsrechtswidriger Weise, vgl. dazu unter **II. 3.**) grundsätzlich zu, regelt jedoch eine Veröffentlichungspflicht.⁵⁴¹

b. Funktionelle Unabhängigkeit

Die funktionelle Unabhängigkeit stammt aus der Zeit, als das Marktumfeld in den Netzsektoren monopolgeprägt und die Mitgliedstaaten noch an den marktbeherrschenden Unternehmen beteiligt waren. Diese Form der Unabhängigkeit beschreibt das Verhältnis der Regulierungsbehörde zu den marktbeherrschenden Unternehmen als Regulierungsadressaten und meint damit die Trennung von Tätigkeiten regulatorischer Natur von unternehmensbezogenen Aufgaben.⁵⁴²

Art. 57 Abs. 4 S. 2 lit. a) EltRL 2019 (vormals Art. 35 Abs. 4 S. 2 lit. a) EltRL 2009) und Art. 39 Abs. 4 S. 2 lit. a) GasRL 2009 geben den Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde bei der Wahrnehmung der ihr durch diese Richtlinie und zugehörige Rechtsvorschriften übertragenen Regulierungsaufgaben rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen und privaten Einrichtungen ist. Sie enthalten damit eine Regelung über die funktionelle Unabhängigkeit.

⁵³⁶ Die Rechtfertigung der Weisungsfreiheit der RegTP ablehnend *Mayen*, DÖV 2004, 53 f.

⁵³⁷ Vgl. *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 382 f.; BT-Drs. 13/4438, S. 38 (zum TKG).

⁵³⁸ Vgl. BT-Drs. 15/3640, S. 63.

⁵³⁹ Vgl. für den identischen Wortlaut aufweisenden § 56 Abs. 7 S. 1 GWB *Bechtold/Bosch*, GWB, § 56 Rn. 9; a. A. *Salje*, EnWG, § 67 Rn. 23.

⁵⁴⁰ Vgl. *Bosman*, Die Beschlußkammern der RegTP, S. 89.

⁵⁴¹ Vgl. für § 117 TKG *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 502.

⁵⁴² Vgl. *Ludwigs*, in: Grundsatzfragen RegulierungsR, S. 252; *Wendel*, Verwaltungsermessens, S. 272.

c. Politische bzw. sachliche Unabhängigkeit

Art. 57 Abs. 4 S. 2 lit. b) ii), Abs. 5 lit. a) EltRL 2019 und Art. 39 Abs. 4 S. 2 lit. b) ii), Abs. 5 lit. a) GasRL 2009 fordern (wie schon Art. 35 Abs. 4 S. 2 lit. b) ii), Abs. 5 lit. a) EltRL 2009) die politische Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden. Zum Teil wird diese Form der Unabhängigkeit auch als „sachlich“ bezeichnet.⁵⁴³ Die politische Unabhängigkeit beschreibt die fehlende Rückbindung der Regulierungsverwaltung an die Gubernative.⁵⁴⁴

Auch Hintergrund dieser Vorgabe ist die früher vorherrschende eigentumsrechtliche Verbindung zwischen den regulierten Unternehmen und dem Staat, wodurch dieser zum einen für die Regulierung, zum anderen für die Leistungserbringung selbst zuständig war.⁵⁴⁵

Die politische Unabhängigkeit fordert zunächst, dass die Behörde innerhalb der staatlichen Hierarchien autonome, von den tagespolitischen Geschäften der Regierung unbeeinflusste Entscheidungen treffen kann.⁵⁴⁶ Erforderlich ist deshalb die sachliche Eigenständigkeit im Sinne einer Entscheidungsautonomie der Regulierungsbehörde.⁵⁴⁷ Nur so kann gewährleistet werden, dass etwaige Beteiligungen oder Kontrollmöglichkeiten der Mitgliedstaaten an den ehemaligen monopolistischen Staatsunternehmen das Tagesgeschäft der Bundesnetzagentur nicht beeinflussen. Letztlich kann nur eine politisch autonome Regulierungsbehörde Entscheidungen treffen, die sich sachlich nach den Wettbewerbszielen der EU richten.⁵⁴⁸ Darüber hinaus können auch die Marktteilnehmer keinen Druck mehr auf das übergeordnete Ministerium ausüben, um so Entscheidungen zu beeinflussen.⁵⁴⁹

d. Personelle Unabhängigkeit

Die personelle Unabhängigkeit bezieht sich anders als die politische Unabhängigkeit nicht auf die Institution als solche, sondern auf die konkret handelnden Amtsinhaber.⁵⁵⁰

Diese Form der Unabhängigkeit soll das Problem personeller Verflechtungen im Hinblick auf die Bereiche Wirtschaft und Politik lösen. Relevanz kommt dabei der Bestattungsdauer, der Wahl sowie der mit der Ernennung des Leitungspersonals der unabhängigen Institution zusammenhängenden Modalitäten zu.⁵⁵¹

Eine personelle Unabhängigkeit besteht dann, wenn sichergestellt ist, dass die Mitarbeiter der Behörde nicht befürchten müssen infolge politisch unerwünschter Entscheidungen ausgewechselt bzw. für die nächste Amtsperiode nicht mehr bestellt zu werden.

⁵⁴³ Vgl. *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 32 f.; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 382 f.

⁵⁴⁴ Vgl. *Offenbacher*, RdE 2020, 44; *Wendel*, Verwaltungsermessen, S. 274.

⁵⁴⁵ Vgl. *Hermes*, Legitimationsprobleme, S. 467; *Hoppe/Laboch-Semku*, NVwZ 2021, 1441.

⁵⁴⁶ Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Recht der Energiewirtschaft*, § 21 Rn. 30; *Herrmann*, Europäische Vorgaben, S. 277.

⁵⁴⁷ Vgl. *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 32.

⁵⁴⁸ Vgl. *Herrmann*, Europäische Vorgaben, S. 279.

⁵⁴⁹ Vgl. *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 383.

⁵⁵⁰ Vgl. *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 30.

⁵⁵¹ Vgl. ebd.; *Griller*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 130 AEUV Rn. 42.

Vertrauensbildend wirken dabei lange Amtszeiten sowie eingeschränkte Möglichkeiten zur Abbestellung.⁵⁵²

Als Maßnahmen zur Gewährleistung einer personellen Unabhängigkeit sieht das Sekundärrecht in Art. 57 Abs. 5 lit. d) bis g) EltRL 2019 (vormals Art. 35 Abs. 5 lit. b) EltRL 2009) und Art. 39 Abs. 5 lit. b) GasRL 2009 eine hinreichend lange Amtszeit sowie eine Ablösung der Behördenspitze nur unter besonderen Voraussetzungen vor.⁵⁵³ Dementsprechend wird die personelle Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur durch die Befristung der Amtszeit auf fünf Jahre sowie die Möglichkeit einer einmaligen Verlängerung gemäß § 4 Abs. 1 BEGTPG gewährleistet. Zudem sieht § 4 Abs. 5 BEGTPG vor, dass eine Entlassung nur aus wichtigem Grund, insbesondere bei Fehlverhalten des Präsidenten in Betracht kommt.

Darüber hinaus kommt der BNetzA personelle Legitimation auch dadurch zu, dass die Behördenleitung nach § 3 Abs. 3 S. 1 BEGTPG auf Vorschlag des Beirats von der Bundesregierung benannt wird (vgl. dazu unter **II. 3. d.**). Auch die Vorschrift des § 4 Abs. 3 BEGTPG, die es dem Präsidenten unter anderem verbietet neben seinem Amt ein anderes besoldetes Amt, ein Gewerbe oder einen Beruf auszuüben sowie der Leitung eines auf Erwerb gerichteten Unternehmens, einer Regierung oder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes anzugehören, stärkt die personelle Unabhängigkeit.

Letztlich kommt den Entscheidungen durch Kollegialorgane ein höheres Maß an personeller Autonomie zu als denen, die durch eine Einzelperson getroffen werden, da die interne Beratung Beeinflussungen von außen erschwert.⁵⁵⁴

e. Finanzielle Unabhängigkeit

Finanzielle Unabhängigkeit bedeutet, dass die Regulierungsbehörde über einen eigenen, vom Parlament festgesetzten Haushalt disponieren kann.⁵⁵⁵

Nach Art. 57 Abs. 5 lit. b) und c) EltRL 2019 (vormals Art. 35 Abs. 5 lit. a) EltRL 2009) und Art. 39 Abs. 5 lit. a) GasRL 2009 haben die Mitgliedstaaten zur Wahrung der Unabhängigkeit insbesondere sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde mit allen personellen und finanziellen Ressourcen ausgestattet wird, die sie benötigt, um ihre Aufgaben und Befugnisse wirksam und effizient wahrzunehmen. Zur Erfüllung ihrer Regulierungsaufgaben muss die Bundesnetzagentur deshalb jährlich ausreichend mit separaten Haushaltsmitteln ausgestattet werden.⁵⁵⁶ Nur durch eine ausreichende finanzielle Ausstattung der Bundesnetzagentur kann diese die mit hohen Kosten verbundenen Regulierungsaufgaben erfüllen.

⁵⁵² Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 31.

⁵⁵³ Vgl. *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 383 f.

⁵⁵⁴ Vgl. *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 31.

⁵⁵⁵ Vgl. *Koenig/Kühling*, WuW 2001, 816.

⁵⁵⁶ Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Recht der Energiewirtschaft*, § 21 Rn. 30; *Gundel*, EWS 2017, 307.

3. Freiheit von ministeriellen Weisungen

a. Problemaufriss

Fraglich ist, ob die geforderte (politische) Unabhängigkeit darüber hinaus auch ministerielle Weisungen an die Regulierungsbehörde ausschließt.⁵⁵⁷ Die Frage resultiert aus dem grundsätzlich bestehenden Spannungsverhältnis zwischen der richtlinienrechtlich geforderten Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit einerseits und den Anforderungen des Demokratieprinzips der deutschen Verfassung andererseits.

Die unionsrechtlichen Richtlinien verpflichten die nationalen Regulierungsbehörden keine direkten Weisungen von Regierungsstellen oder anderen öffentlichen oder privaten Stellen einzuholen oder entgegenzunehmen sowie ihre Entscheidungen selbständig und unabhängig von allen politischen Stellen zu treffen (vgl. dazu bereits unter **II. 1. b.**). Demgegenüber besteht aufgrund des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips das Erfordernis der Rückbindung administrativer Maßnahmen an die Gubernative im Sinne einer ununterbrochenen Legitimationskette (vgl. dazu ausführlich unter **III. 1. b.**).

b. Auslegung

Bei einer Weisung handelt es sich um ein konkretes Steuerungsmittel der Verwaltungsspitze, das eine bestimmte einzelfallbezogene Vorgehensweise gegenüber den untergeordneten Verwaltungsträgern durchsetzt.⁵⁵⁸ Die Kommission definiert Weisungen im Sinne des Sekundärrechts als „jede Handlung, die zur Einhaltung auffordert“.⁵⁵⁹

Um die Reichweite der politischen Unabhängigkeit zu bestimmen, ist eine Auslegung der entsprechenden europarechtlichen Vorgaben erforderlich. Entsprechend des nationalen Rechts⁵⁶⁰ werden auch von den Gerichten der Europäischen Union die vier klassischen Methoden der Auslegung nach dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte, der Systematik und dem Sinn und Zweck der Norm herangezogen.⁵⁶¹ Diese werden jedoch aufgrund der bestehenden Besonderheiten des Unionsrechts teilweise modifiziert.⁵⁶²

Insbesondere gehört zur normzweckorientierten Auslegung diejenige nach dem *effet utile*, nach der diejenige Lesart vorzugswürdig ist, die die Vertragsziele und die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft am effektivsten zur Geltung bringt.⁵⁶³ Darüber hinaus ist das Unionsrecht autonom vom nationalen Recht der Mitgliedstaaten auszulegen, sodass bei unionsrechtlichen

⁵⁵⁷ Vgl. dazu auch Gündel, EWS 2017, 305; Schmidt-Preuß, in: Berl.Komm I 2, § 59 Rn. 14.

⁵⁵⁸ Vgl. Köller, Funktionale Selbstverwaltung, S. 152.

⁵⁵⁹ Commission Staff Working Paper: Interpretative Note on Directive 2009/72/EC: The Regulatory Authorities, S. 7 „An instruction in this context is any action calling for compliance [...]“.

⁵⁶⁰ Vgl. Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 35 ff.

⁵⁶¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 19.12.2019 - C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111 Rn. 38; Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 EUV Rn. 53.

⁵⁶² Vgl. Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 19 EUV Rn. 28.

⁵⁶³ Vgl. Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 EUV Rn. 57.

Begriffen im Sinne der Einheitlichkeit jeweils ihr spezifisch unionsrechtlicher Sinn zu ermitteln ist.⁵⁶⁴

aa. Entstehungsgeschichte und Wortlaut

Bereits Art. 35 Abs. 4 S. 2 lit. b) ii) EltRL 2009 und Art. 39 Abs. 4 S. 2 lit. b) ii) GasRL gaben den Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde bei der Aufgabenwahrnehmung „keine direkten Weisungen von Regierungsstellen oder anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen einholt oder entgegennimmt.“ Damit besteht die Pflicht der Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig von Weisungen handelt seit dem Dritten Binnenmarktpaket.

Im Rahmen einer grammatischen Auslegung wird zum Teil vertreten, dass Unabhängigkeit nicht mit Weisungsfreiheit gleichzusetzen ist. So soll zwischen „Unabhängigkeit“ im Sinne einer Weisungsfreiheit und „fachlicher Unabhängigkeit“ als Differenzierung zwischen fachlichen Entscheidungen der Bundesoberbehörde und politischen Entscheidungen des aufsichtsführenden Ministeriums unterschieden werden. Als Resultat dieser Unterscheidung befindet sich die Grenze der administrativen Unabhängigkeit dort, wo das Ministerium aus der Einordnung einer Frage als politisch ein Weisungsrecht zur Durchsetzung seiner abweichenden Auffassung gegenüber der Behörde ableitet.⁵⁶⁵

Auch ein Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen der Richtlinien macht deutlich, dass Art. 35 Abs. 4 lit. b) i) und ii) EltRL 2009 und Art. 39 Abs. 4 S. 2 lit. b) i) und ii) GasRL 2009 bereits sprachlich zwischen der Unabhängigkeit („act independently“ in der englischen Fassung bzw. „agissent indépendamment“ in der französischen Fassung) und der Weisungsfreiheit („do not seek or take direct instructions“ in der englischen Fassung bzw. „ne sollicitent ni n’acceptent d’instructions directes“ in der französischen Fassung) unterschieden haben. Die Weisungsfreiheit stellt damit einen Unterfall der politischen Unabhängigkeit dar.

Allerdings hilft diese Differenzierung vor dem Hintergrund, dass die Richtlinien explizit neben der Freiheit von Weisungen auch die politische Unabhängigkeit fordern (vgl. dazu unter **II. 2. c.)**, nicht weiter.

bb. Sinn und Zweck

Auch teleologische Gesichtspunkte sprechen für eine Weisungsfreiheit der Regulierungsbehörde im Verhältnis zum übergeordneten Ministerium. Entsprechend der grammatischen Auslegung wird ein Weisungsrecht unter Hinweis auf den Zweck der

⁵⁶⁴ So EuGH, Urteil v. 17.12.1980 - C-149/79, ECLI:EU:C:1980:297 Rn. 19; Urteil v. 22.03.1983 - C-34/82, ECLI:EU:C:1983:87 Rn. 10.

⁵⁶⁵ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Döhler*, DV 34 (2001), 78 f.

Richtlinienvorgaben teilweise gänzlich ausgeschlossen⁵⁶⁶ und darauf hingewiesen, dass ein ministerielles Weisungsrecht den unionsrechtlichen Vorgaben entgegenstehe.⁵⁶⁷

Die Weisungsfreiheit entspricht auch der unionsrechtlichen und dem gesamten Regulierungsgedanken zugrundeliegenden Idee einer unabhängigen von politischer Beeinflussung freien Regulierungsbehörde.⁵⁶⁸ Denn durch Weisungen kann der Ressortminister die behördliche Entscheidung entsprechend seiner politischen Vorstellungen lenken. Zwar gibt es zwischen dem Bestehen eines Weisungsrechts und völliger Weisungsfreiheit verschiedene Abstufungen. Die Existenz eines Weisungsrechts entfaltet jedoch bereits Vorwirkungen dergestalt, dass die Behörde bereits ohne eine konkrete Weisung zum Handeln im Sinne des Ministeriums gehalten ist.⁵⁶⁹

Letztlich setzt auch der EuGH für die Unabhängigkeit eine Stellung der Behörde voraus, in welcher diese völlig frei handeln kann und dabei vor jeglicher Weisung und Einflussnahme von außen geschützt ist (vgl. dazu unter **II. 1. a.**). Das legt den Ausschluss jeder Form der Fach-, Rechts- und Dienstaufsicht nahe.

cc. Systematik

Zudem legt ein systematischer Vergleich mit dem unionsrechtlichen Datenschutzrecht den Ausschluss ministerieller Weisungen nahe. Die bis zum Jahr 2018 geltende Datenschutzrichtlinie verlangte eine „völlige Unabhängigkeit“⁵⁷⁰ der Behörde und auch die Datenschutz-Grundverordnung sieht vor, dass die Aufsichtsbehörden „bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und bei der Ausübung ihrer Befugnisse gemäß dieser Verordnung völlig unabhängig“⁵⁷¹ handeln.

Entsprechend postulieren auch die Erwägungsgründe zu den Richtlinien des Energiesektors als Zielsetzung für einen funktionierenden Elektrizitätsbinnenmarkt, dass „die Regulierungsbehörden Entscheidungen in allen relevanten Regulierungsangelegenheiten treffen können und völlig unabhängig von anderen öffentlichen oder privaten Interessen sein [müssen]“.⁵⁷²

⁵⁶⁶ Vgl. *Dechent*, NVwZ 2015, 767, 770; *Koenig/Kühling*, WuW 2001, 815 f. („beschränkter Gebrauch von Weisungen, nach Möglichkeit sogar eine Weisungsfreiheit vom übergeordneten Ministerium“); *Ludwigs*, in: FS Schmidt-Preuß, S. 692 ff.

⁵⁶⁷ Vgl. *Dechent*, NVwZ 2015, 767, 770; *Hermes*, in: B/H/H, § 61 Rn. 12 f.; *Ludwigs*, FS Schmidt-Preuß, S. 691 f.; *Ruffert*, FS Scheuing, S. 414.

⁵⁶⁸ Vgl. *Gonsior*, Verfassungsmäßigkeit, S. 67.

⁵⁶⁹ Vgl. *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 33; *Döhler*, DV 34 (2001), 76 m. w. N.

⁵⁷⁰ Vgl. Art. 28 Abs. 1 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, *Abl. L281/31 v. 23.11.1995*.

⁵⁷¹ Vgl. Art. 52 Abs. 1 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), *Abl. L 119/1 v. 04.05.2016*.

⁵⁷² Vgl. Erwägungsgrund Nr. 34 EltRL 2009 und Erwägungsgrund Nr. 30 GasRL 2009. Zur Relevanz der Erwägungsgründe zur Ermittlung von Sinn und Zweck einer Vorschrift des Sekundärrechts *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 19 EUV Rn. 32 m. w. N.

Mittlerweile hat der EuGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2020 klargestellt, dass die sekundärrechtlich geforderte Unabhängigkeit der Behörde bedeutet, dass diese im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse Entscheidungen selbständig und allein auf der Grundlage des öffentlichen Interesses trifft, ohne Weisungen öffentlicher oder privater Stellen unterworfen zu sein.⁵⁷³ Dies hat der Gerichtshof mit seiner aktuellen Entscheidung zur Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur aus dem Jahr 2021 nun bestätigt (vgl. dazu unter **I.**).

dd. Zwischenergebnis

Folglich ist zur Herstellung einer politischen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde die Weisungsfreiheit im Verhältnis zum übergeordneten Ministerium erforderlich.⁵⁷⁴

c. Meinungsstand

Im Schrifttum ist man partiell auch nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-718/18 der Ansicht, dass dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber der Regulierungsbehörde zustehe.⁵⁷⁵ Unter Hinweis auf die fehlende, aber erforderliche gesetzliche Regelung eines ministerialfreien Raumes wird vertreten, dass neben den „allgemeinen Weisungen“ des § 61 EnWG sogar ministerielle Einzelweisungen zulässig seien (vgl. zum Unterschied **II. 3. d.**).⁵⁷⁶

Das Weisungsrecht folge zum einen aus dem verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip und zum anderen aus dem Staatsorganisationsrecht, das dem BMWK als oberster Bundesbehörde im Rahmen des bestehenden Ober- und Unterverhältnisses die allgemeine Dienst-, Fach- und Rechtsaufsicht gegenüber der Bundesnetzagentur als selbständiger Oberbehörde in dessen Geschäftsbereich zuweist (vgl. § 1 S. 2 BEGTPG). Insbesondere enthalte das EnWG keine einschränkenden gesetzlichen Regelungen.⁵⁷⁷ Ein Teil des Schrifttums differenziert zwischen einer zulässigen Rechts- und einer unzulässigen Fachaufsicht.⁵⁷⁸

Daneben ist man der Auffassung, dass das bestehende Spannungsverhältnis aufgelöst werden könne, indem die Weisungsbefugnis auf grundsätzliche Zielvorgaben der Regierung beschränkt werde. Die Regierung könne weiterhin die politischen Ziele bestimmen, jedoch keine weitergehenden Weisungen erteilen.⁵⁷⁹ Dies entspreche der Ansicht der Kommission, sie im Hinblick auf die EltRL 2009 in ihrer rechtlich unverbindlichen *interpretative note* dazu ausgeführt hat, dass die Regelungen „do not deprive the government of the possibility of establishing and issuing its national energy policy. This means that, depending on the national

⁵⁷³ Vgl. EuGH, Urteil v. 11.06.2020 - C-378/19, ECLI:EU:C:2020:462 Rn. 54.

⁵⁷⁴ In diese Richtung auch *Gundel*, in: B/H/H, § 54 Rn. 4.

⁵⁷⁵ Vgl. *Pielow/Groneberg*, in: BeckOK EnWG, § 59 Rn. 44; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 2, § 59 Rn. 13 ff.; *Theobald/Werk*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 59 EnWG Rn. 28 ff.; *Wahlhäuser*, in: Kment, § 59 Rn. 12 ff. A. *Hermes*, in: B/H/H, § 61 Rn. 3.

⁵⁷⁶ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 2, § 59 Rn. 14; *Wahlhäuser*, in: Kment, § 59 Rn. 14.

⁵⁷⁷ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Pielow/Groneberg*, in: BeckOK EnWG, § 59 Rn. 44.

⁵⁷⁸ Vgl. *Gonsior*, Verfassungsmäßigkeit, S. 72 (zum TKG); *Ruffert*, FS Scheuing, S. 412; *Weißgärber*, Legitimation, S. 365 f.

⁵⁷⁹ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. B Rn. 8.

constitution, it could be the government's competency to determine the policy framework within which the NRA must operate, e.g. concerning security of supply, renewables or energy efficiency targets. However, general energy policy guidelines issued by the government must not encroach on the NRA's independence and autonomy."⁵⁸⁰

Diese *interpretative note* hebt hervor, dass es trotz der geforderten Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde weiterhin der Regierung obliege, die nationale Energiepolitik festzulegen. Vorbehaltlich der nationalen Verfassung falle die Festlegung des politischen Rahmens, innerhalb dessen die Regulierungsbehörde tätig werden kann, in die Zuständigkeit der Regierung. Gleichzeitig stellt die Kommission jedoch fest, dass diese allgemeinen energiepolitischen Leitlinien der Regierung nicht die Unabhängigkeit und Autonomie der nationalen Regulierungsbehörde beeinträchtigen dürften.

Diese Ansicht der Kommission zur EltRL 2009 wurde in der neusten Richtlinie aus dem Jahr 2019 aufgegriffen. So stellt der Erwägungsgrund Nr. 87 der EltRL 2019 ebenfalls fest, dass die entsprechenden sekundärrechtlichen Vorgaben den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit nehmen, ihre nationale Energiepolitik festzulegen, auszugestalten und je nach nationaler Verfassung insbesondere den politischen Rahmen festzulegen, innerhalb dessen die Regulierungsbehörden handeln müssen. Hervorgehoben wird ebenfalls, dass dadurch nicht in die Unabhängigkeit oder Autonomie der Regulierungsbehörden eingegriffen werden darf. Die Richtlinienbestimmungen selbst legen in Art. 57 Abs. 4 lit. b) ii) EltRL 2019 (vormals Art. 35 Abs. 4 lit. b) ii) EltRL 2009) und Art. 39 Abs. 4 lit. b). ii) GasRL 2009 ausdrücklich fest, dass das dort genannte Erfordernis der Unabhängigkeit allgemeine politische Leitlinien der Regierung unberührt lässt, soweit diese nicht mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen im Zusammenhang stehen.

Auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-718/18 enthält dazu keine neuen Erkenntnisse. Der EuGH hebt lediglich hervor, dass aus dem Wortlaut der Bestimmungen des Dritten Binnenmarktpakets klar hervorgehe, dass solche allgemeinen Leitlinien nicht mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen gemäß Art. 37 EltRL 2009 bzw. Art. 41 GasRL 2009 im Zusammenhang stehen.⁵⁸¹ Zudem stellt er in diesem Kontext fest, dass es Ziel der beiden Richtlinien aus dem Jahr 2009 war, die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde zu stärken.⁵⁸²

d. Ministerielle Weisungen des BMWK gegenüber den Beschlusskammern

Weitaus weniger diskutiert wird demgegenüber die Frage, ob dem Ministerium ein fachliches Weisungsrecht gegenüber den Beschlusskammern zukommt.

⁵⁸⁰ Commission Staff Working Paper: Interpretative Note on Directive 2009/72/EC: The Regulatory Authorities, S. 7 (nicht veröffentlicht, vgl. dazu auch *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. B Rn. 8; *Ders.* Berl.Komm I 2, § 59 Rn. 13, der die Aufrechterhaltung des Instituts der allgemeinen Weisung in § 61 EnWG für mit der „Interpretative Note“ vereinbar hält). Ebenso *Pielow/Groneberg*, in: BeckOK EnWG, § 59 Rn. 43.

⁵⁸¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 110.

⁵⁸² Vgl. ebd. Rn. 111.

Ministerielle Weisungen die unmittelbar an die Mitglieder der Beschlusskammer adressiert sind, lassen sich schon nicht mit der institutionellen Organisation der Bundesnetzagentur, wie sie auch in § 3 BEGTPG zum Ausdruck kommt, vereinbaren.⁵⁸³ Dies zeigt sich zuvörderst durch die Regelungen zum besonderen Verfahren zur Ernennung des Präsidenten unter Beteiligung des Beirates (vgl. § 3 Abs. 3 und 4 BEGTPG) sowie zur Ausgestaltung des Amtsverhältnisses (vgl. § 4 BEGTPG), die sinnentleert werden würden, wenn den Beschlusskammern ohne Einbeziehung des Präsidenten Weisungen erteilt werden könnten.⁵⁸⁴

Zudem wird hervorgehoben, dass die Bundesnetzagentur durch ein „institutionelles Arrangement“ unter anderem bestehend aus dem justizähnlichen Beschlusskammerverfahren, der politischen Kontrolle durch den Beirat sowie Berichtspflichten gekennzeichnet sei. Dies mache es auch aus der verfassungsrechtlichen Perspektive des Demokratieprinzips entbehrlich entsprechend der traditionellen hierarchisch-bürokratischen Ministerialverwaltung eine umfassende ministerielle Einzelweisungsgebundenheit der Behörde zu fordern.⁵⁸⁵

Gleichwohl wird in der Literatur vertreten, dass dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz gegenüber den Beschlusskammern der Bundesnetzagentur ein Weisungsrecht zukommt.⁵⁸⁶ Zu unterscheiden sei einerseits zwischen Weisungen im Allgemeinen sowie Einzelfallweisungen, wobei das Recht allgemeine Weisungen zu erteilen zwar nicht normiert ist, sich aber implizit aus § 61 EnWG ergibt.⁵⁸⁷ Allgemeine Weisungen sind abstrakt-generelle Vorgaben für die Entscheidung einer unbestimmten Zahl von Fällen.⁵⁸⁸ Ein Einzelweisungsrecht ergebe sich aus einem Vergleich mit dem Bundeskartellamt, für welches die herrschende Meinung aufgrund der mit § 59 EnWG insoweit identischen Regelung des § 51 GWB eine solche Weisungsgebundenheit im Einzelfall annehme.⁵⁸⁹ Dem Argument des justizähnlichen Aufbaus wird entgegengehalten, dass die Beschlusskammern und ihre Mitglieder unabhängig davon als Teil der Exekutive Adressaten eines Weisungsrechts blieben.⁵⁹⁰

Vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Sekundärrechts, das es der Regulierungsbehörde verbietet bei der Aufgabenwahrnehmung direkte Weisungen von Regierungsstellen einzuholen oder entgegenzunehmen, ist § 61 EnWG richtigerweise unionsrechtskonform auszulegen. Im Anwendungsbereich der Richtlinien sind Einzelweisungen des BMWK gegenüber der BNetzA folglich ausgeschlossen.⁵⁹¹ Auch der EuGH hat in seinem Urteil in der Rechtssache C-718/18 die Notwendigkeit der „völligen Unabhängigkeit“ der nationalen Regulierungsbehörden

⁵⁸³ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 59 Rn. 22, § 61 Rn. 14. Vgl. auch *Wahlhäuser*, in: Kment, § 59 Rn. 34, der schwächer formuliert, dass die organisationsrechtlichen Vorschriften keinen Hinweis auf ein Weisungsrecht des Ministeriums gegenüber der Beschlusskammer geben.

⁵⁸⁴ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 59 Rn. 22.

⁵⁸⁵ Zum Vorstehenden insgesamt *Hermes*, in: B/H/H, § 61 Rn. 2.

⁵⁸⁶ Vgl. *Pielow/Groneberg*, in: BeckOK EnWG, § 59 Rn. 45; *Theobald/Werk*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 59 EnWG Rn. 29.

⁵⁸⁷ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 61 Rn. 2; *Franke*, in: Berl.Komm I 2, § 61 Rn. 2; *Theobald/Werk*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 59 EnWG Rn. 28 ff.

⁵⁸⁸ Vgl. *Franke*, in: Berl.Komm I 2, § 61 Rn. 2; *Stockmann/Picht*, in: Immenga/Mestmäcker, § 52 Rn. 3.

⁵⁸⁹ Vgl. *Theobald/Werk*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 59 EnWG Rn. 31. Vgl. zum Meinungsstand zu § 51 GWB *Bechtold/Bosch*, GWB § 52 Rn. 2 f.; *Stockmann/Picht*, in: Immenga/Mestmäcker, § 51 Rn. 7 ff.

⁵⁹⁰ Vgl. *Pielow/Groneberg*, in: BeckOK EnWG, § 59 Rn. 45; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 2, § 59 Rn. 16.

⁵⁹¹ Vgl. dazu auch *Hermes*, in: B/H/H, § 61 Rn. 3, 12.

„gegenüber Wirtschaftsteilnehmern und öffentlichen Einrichtungen, unabhängig davon, ob es sich bei Letzteren um Verwaltungsorgane oder politische Stellen und, im letztgenannten Fall, um Träger der exekutiven oder der legislativen Gewalt handelt“ betont.⁵⁹²

Gleichwohl können Weisungen zumindest außerhalb des Anwendungsbereichs der entsprechenden Richtlinien Entscheidungen betreffen, die in den Kompetenzbereich der Beschlusskammern fallen (vgl. dazu unter **II. 3. f.**). Diese müssen an die Bundesnetzagentur, vertreten durch den Präsidenten gerichtet werden (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 BEGTPG).⁵⁹³

e. Ministerielle Weisungen des Präsidenten gegenüber den Beschlusskammern

Auch die nur selten diskutierte Frage eines Weisungsrechts des Präsidenten gegenüber den Beschlusskammern lässt sich über die Organisation der Bundesnetzagentur als Ganzes beantworten.⁵⁹⁴

Obwohl ein Weisungsrecht mit den Zielsetzungen der Entpolitisierung und Verfachlichung der Entscheidungen der Bundesnetzagentur nicht vereinbar ist, wird ein solches in der Lehre unter Rekurs auf die erstrebenswerte Einheitlichkeit der Spruchpraxis und einen Vergleich zum Telekommunikationsrecht bejaht.⁵⁹⁵ Das den Entscheidungen der Beschlusskammern zugrundeliegende allgemeine Regulierungskonzept könne ebenso wie die wirtschaftlichen und technischen Handlungsgrundlagen nur für die Gesamtorganisation ausgearbeitet werden.⁵⁹⁶ Die Entscheidungen der Beschlusskammern seien in die Gesamtpolitik der Behörde eingebunden.⁵⁹⁷ Insofern komme dem Präsidenten der Bundesnetzagentur eine inhaltlich gestaltende Aufgabe zu.⁵⁹⁸ Ein eigenständiges Weisungsrecht des Präsidenten folge schon aus den ihm nach § 3 Abs. 1 BEGTPG zukommenden Befugnissen.⁵⁹⁹

§ 3 Abs. 1 BEGTPG weise diese Koordinierungsaufgabe dem Präsidenten zu, zu deren Erledigung er sich im Ausnahmefall auch einer Einzelweisung bedienen könne.⁶⁰⁰ Auch die Tatsache, dass die Bundesnetzagentur keinen normierten Unabhängigkeitsstatus hat, wie er beispielsweise für die Vergabekammern in § 157 Abs. 1 und 4 GWB gesetzlich vorgeschrieben ist, lege nahe, dass die Entscheidungstätigkeit der Bundesnetzagentur anders koordiniert werden müsse.⁶⁰¹ Mit Blick auf die demokratische Legitimationskette und die grundsätzlich bestehende Ressortverantwortung hätte der nur ausnahmsweise in Betracht kommende

⁵⁹² Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 112.

⁵⁹³ Vgl. dazu insgesamt *Hermes*, in: B/H/H, § 59 Rn. 22, § 61 Rn. 9, 13; *Pielow/Groneberg*, in: BeckOK EnWG, § 59 Rn. 45; *Theobald/Werk*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 59 EnWG Rn. 30. Vgl. auch *Wahlhäuser*, in: Kment, § 59 Rn. 14.

⁵⁹⁴ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 59 Rn. 23; *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 96.

⁵⁹⁵ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 59 Rn. 23; *Wahlhäuser*, in: Kment, § 59 Rn. 15. A. A. *Theobald/Werk*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 59 EnWG Rn. 39.

⁵⁹⁶ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 59 Rn. 23; *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 97.

⁵⁹⁷ Vgl. *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 97.

⁵⁹⁸ Vgl. ebd., D 97.

⁵⁹⁹ Vgl. *Pielow/Groneberg*, in: BeckOK EnWG, § 59 Rn. 46.

⁶⁰⁰ Vgl. *Wahlhäuser*, in: Kment, § 59 Rn. 15.

⁶⁰¹ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 59 Rn. 23.

Ausschluss von Einzelweisungen eine gesetzliche Regelung erfordert.⁶⁰² Sofern der Präsident Weisungen erteilt, sollte trotz der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit von § 61 EnWG eine Veröffentlichung im Sinne der vom EnWG angestrebten Transparenz von Regulierungsentscheidungen in Erwägung gezogen werden.⁶⁰³

Demgegenüber wird zum Teil unter Berufung auf das formalisierte Verfahren der Beschlusskammern zur situationsgerechten Entscheidung des konkreten Einzelfalls für eine Weisungsunabhängigkeit votiert. Einzelfallweisungen würden der einzelfallbezogenen Verfachlichung sowie der relativen Entpolitisierung zuwiderlaufen. Die Weisungsunabhängigkeit verteilt den politischen Druck auf mehrere und schützt damit den Präsidenten, dem es jedoch unbenommen bleibt, indirekt durch Vorlageverfügungen, Stellungnahmen der Fachabteilungen, Dienstbesprechungen oder die Einleitung von Abstimmungen die Entscheidungsfindung zu beeinflussen. Eine Einflussnahme kann zudem über allgemeine Verwaltungsgrundsätze oder Regulierungsstrategien erfolgen.⁶⁰⁴ So zeigt die Praxis, dass der Präsident eine faktische Unabhängigkeit der Beschlusskammern anerkennt und belegt damit, dass die Koordination der Bundesnetzagentur auch ohne ein Weisungsrecht gelingt.⁶⁰⁵

f. Einzelweisungen außerhalb des Anwendungsbereichs der unionsrechtlichen Richtlinien

Steht damit fest, dass im Anwendungsbereich der EltRL 2019 und GasRL 2009 ein ministerielles Weisungsrecht ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage nach solchen Einzelweisungen außerhalb des Anwendungsbereichs der unionsrechtlichen Richtlinien.

Der institutionelle Gesetzesvorbehalt verlangt für einen ministerialfreien Raum eine ausdrückliche gesetzliche Regelung.⁶⁰⁶ Das EnWG normiert keine eindeutige gesetzliche Einzelweisungsfreiheit, sodass Einzelweisungen außerhalb des angesprochenen Anwendungsbereichs des unionsrechtlichen Sekundärrechts rechtlich zulässig sind⁶⁰⁷ und auch keiner Veröffentlichungspflicht unterliegen. Da diese Einzelweisungen aber der Organisation der Bundesnetzagentur als Ganzes sowie der Beschlusskammern widersprechen, der Gesetzgeber sich jedoch gleichwohl nicht für eine eindeutig normierte Weisungsfreiheit entschieden hat, sollte von dem Weisungsrecht zumindest zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. Zudem ist dem EnWG der Grundsatz der Transparenz immanent, sodass entweder das Ministerium oder die BNetzA erteilte Weisungen veröffentlichen sollten.⁶⁰⁸

Allerdings dürfte der Anwendungsbereich für ministerielle Einzelweisungen gegenüber der Bundesnetzagentur außerhalb der Regelungsgegenstände der entsprechenden unionsrechtlichen Richtlinien nur noch gering sein. Infolge der Europäisierung des gesamten Energierechts⁶⁰⁹ ist

⁶⁰² Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 2, § 59 Rn. 14; *Wahlhäuser*, in: Kment, § 59 Rn. 15.

⁶⁰³ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 61 Rn. 15.

⁶⁰⁴ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 98.

⁶⁰⁵ Vgl. ebd., D 97; *Hermes*, in: B/H/H, § 59 Rn. 23.

⁶⁰⁶ Vgl. *Hermes*, in: B/H/H, § 61 Rn. 13.

⁶⁰⁷ Vgl. *Sander/Dix*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, § 61 Rn. 5.

⁶⁰⁸ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Hermes*, in: B/H/H, § 61 Rn. 14.

⁶⁰⁹ Vgl. zur Europäisierung *Gundel*, in: Theobald/Kühling, EuEnR Rn. 1 ff.

in den letzten Jahren auf unionsrechtlicher Ebene ein immer detaillierteres Regelungswerk entstanden.

4. Unabhängigkeit in Bezug auf die Legislative

Die Unabhängigkeitsvorgaben werden vorwiegend auf Beeinflussungen durch die Exekutive bezogen. Eine Unabhängigkeit der Verwaltungsbehörde kann jedoch auch im Hinblick auf den Gesetzgeber dergestalt bestehen, dass diesem eine materielle Vorprogrammierung der Verwaltung verwehrt sein soll.⁶¹⁰ Grundsätzlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers und aus rechtsstaatlichen Gründen bei wesentlichen Entscheidungen sogar verfassungsrechtlich verpflichtend, das behördliche Entscheidungsprogramm gesetzlich vorzusteuern.⁶¹¹

Unklarheit bestand bezüglich der Frage, ob aus den die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden fordernden unionsrechtlichen Vorgaben des Dritten Binnenmarktpakets aus dem Jahr 2009 auch die alleinige Zuständigkeit dieser Behörden zum Erlass von Vorgaben folgt oder ob der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber durch entsprechende Normierung Einflussmöglichkeiten auf das Handeln der Regulierungsbehörde hat.⁶¹² Mittlerweile hat der EuGH entschieden, dass auch die Legislative in unzulässiger Weise Einfluss auf die Regulierungsbehörde nehmen kann, insbesondere indem sie der nach den Richtlinienvorgaben zuständigen Behörde Zuständigkeiten entzieht und diese einer anderen Behörde zuweist.⁶¹³ Denn die geforderte Unabhängigkeit muss gegenüber allen politischen Stellen, das heißt sowohl gegenüber der Regierung, als auch dem nationalen Gesetzgeber gewährleistet sein.⁶¹⁴

Diese Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit wird im Schrifttum teilweise kritisiert. Sowohl die grammatikalische⁶¹⁵ als auch die systematische Auslegung sprächen dafür, dass sich die Unabhängigkeit lediglich auf die Exekutive und nicht auch auf die Legislative beziehe.⁶¹⁶ Eine Normsetzungskompetenz wird von Art. 59 Abs. 4 EltRL 2019 (vormals Art. 35 Abs. 4 EltRL 2009) und Art. 39 Abs. 4 EltRL 2009 nicht thematisiert und komme der Regulierungsbehörde folglich nicht zu.⁶¹⁷ Auch eine historische Auslegung spreche gegen eine Normsetzungskompetenz.⁶¹⁸

⁶¹⁰ Vgl. Gärditz, JZ 2010, 199 f.; Offenbacher, RdE 2020, 44; Steinbach, DV 50 (2017), 507.

⁶¹¹ So BVerfG, Beschl. v. 08.01.1981 - 2 BvL 3, 9/77, NJW 1981, 1311; Urteil v. 27.02.2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, NJW 2008, 822 Rn. 209; Urteil v. 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07, NJW 2008, 1505 Rn. 94 f.

⁶¹² Vgl. Klage, eingereicht am 16.11.2018 - Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland (Rs. C-718/18), Abl. C-54 v. 11.02.2019, S. 6 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.04.2018 - VI-5 Kart 2/16, NJOZ 2019, 1096, 1098 f. (Beschwerdeverfahren, im Rahmen dessen Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH beantragt wurde).

⁶¹³ So EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 129 f.

⁶¹⁴ Vgl. ebd. Rn. 130. So auch schon Schlussanträge GA Pitruzzella v. 14.01.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:20 Rn. 124.

⁶¹⁵ Vgl. Weyer, KlimR 2022, 84.

⁶¹⁶ Vgl. Jacob, N&R 2020, 111; Meinzenbach/Klein/Uwer, N&R 2021, 3.

⁶¹⁷ Vgl. Gundel, RdE 2019, 498 f.; Kreuter-Kirchhof, NVwZ 2021, 592.

⁶¹⁸ Vgl. dazu Fahrenkämper, RdE 2023, 268.

5. Status quo betreffend die BNetzA

a. Selbständige Bundesoberbehörde

§ 1 S. 2 BEGTPG weist die Bundesnetzagentur dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz zu. Da die originäre Organisationsgewalt innerhalb eines Ressorts dem jeweiligen Bundesminister zukommt, folgt aus der Zuordnung der Bundesnetzagentur zum Geschäftsbereich dieses Bundesministeriums grundsätzlich die Weisungsabhängigkeit derselben.⁶¹⁹

Allerdings ergeben sich aus der Einordnung der Bundesnetzagentur als selbständige Bundesoberbehörde Einschränkungen von diesem Grundsatz. Selbständigkeit im Sinne von Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG bedeutet eine das Außenverhältnis betreffende organisatorische und funktionale Ausgliederung aus dem Bundesministerium.⁶²⁰ Ob damit auch eine sachliche Unabhängigkeit im Sinne einer Weisungsfreiheit einhergeht, wird unterschiedlich beurteilt.⁶²¹

Daraus folgt, dass sich Ausnahmen von dem demokratischen Legitimationsniveau der Verwaltung mit Art. 87 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG jedenfalls nicht zuverlässig rechtfertigen lassen. Die relative Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur ergibt sich allerdings aus den unionsrechtlichen Vorgaben der EltRL und GasRL aus dem Jahr 2009 (vgl. dazu unter **II. 1. b.**).

b. Einfachgesetzliche Rechtslage

De lege lata regelt § 61 EnWG einfachgesetzlich, dass etwaige durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz erteilte allgemeine Weisungen für den Erlass oder die Unterlassung von Verfügungen nach dem EnWG mit Begründung im Bundesanzeiger zu veröffentlichen sind. Diese Regelung impliziert, dass die Bundesnetzagentur Weisungen des Ressortministers untersteht.

Gleichwohl bestand auch nach der bis zur letzten Novelle bestehenden Rechtslage eine gewisse Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur.⁶²² So werden die Entscheidungen der Bundesnetzagentur überwiegend durch die Beschlusskammern nach § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG getroffen, die ein gerichtsähnliches Kollegialorgan darstellen. Ausweislich der Gesetzesbegründung bezweckte der Gesetzgeber mit der Errichtung der Beschlusskammern „eine justizähnliche, den strengen Vorgaben der EU-Richtlinien entsprechende Unabhängigkeit der Entscheidungsmechanismen sicherzustellen“.⁶²³ Um die personelle Unabhängigkeit der

⁶¹⁹ Vgl. *Brinktrine*, in: Sachs, Art. 65 Rn. 19; *Lippert*, in: Theobald/Kühling, Bd. 2, BNetzA Einf. Rn. 32 f.; *Uhle/Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 65 Rn. 22.

⁶²⁰ Vgl. *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 87 Rn. 253; *Jestaedt*, in: Umbach/Clemens, Art. 87 Rn. 102; *Sachs*, in: Sachs, Art. 87 Rn. 66.

⁶²¹ Abl. *Hermes*, in: B/H/H, § 59 Rn. 3; *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 87 Rn. 251, 254; *Jestaedt*, in: Umbach/Clemens, Art. 87 Rn. 102; *Sachs*, in: Sachs, Art. 87 Rn. 66; *Suerbaum*, in: BeckOK GG, Art. 87 Rn. 29. Bejahend *Oebbecke*, in: Isensee/Kirchhof VI, § 136 Rn. 91. Diff. *Burgi*, in: Huber/Voßkuhle, Bd. 3, Art. 87 Rn. 109; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Art. 87 Rn. 8. *Hermes*, in: Dreier III, Art. 86 Rn. 27 ist der Ansicht, dass die Selbständigkeit zur Weisungsfreiheit keine Aussage trifft.

⁶²² So auch *Masing*, Unabhängige Regulierungsbehörden, S. 197.

⁶²³ BT-Drs. 15/3917, S. 70. Vgl. auch *Neveling*, ZNER 2005, 263.

Mitglieder der Beschlusskammern zu verbessern, wurde später § 59 Abs. 3 EnWG a. F. eingeführt.⁶²⁴ Weiterhin stellt die Veröffentlichungspflicht von Weisungen gemäß § 61 EnWG Transparenz her und verhindert eine starke politische Einflussnahme.

Allerdings genügt dieses Maß an Unabhängigkeit den Anforderungen der neusten unionsrechtlichen Vorgaben nach der Rechtsprechung des EuGH nicht. Gleichwohl besteht insbesondere § 61 EnWG auch nach der letzten Änderung des EnWG zur Anpassung des Gesetzes an die unionsrechtlichen Vorgaben unverändert fort.

III. Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip

In der deutschen Literatur wird zum Teil kritisiert, dass aus dem unionsrechtlichen Unabhängigkeitserfordernis ein Mangel an sachlich-inhaltlicher Legitimation resultiere, der einen Verstoß gegen das nationale Demokratieprinzip und zugleich eine Verletzung des unionsrechtlichen Gebots der Achtung nationaler Identität aus Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV darstelle (sog. doppelte Unvereinbarkeitsthese).⁶²⁵

Zu prüfen ist deshalb, wie sich die sekundärrechtlichen Vorgaben mit dem verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip (**1.**) und da die Unabhängigkeitsvorgaben auf europarechtliche Richtlinien zurückgehen, mit dem Demokratieprinzip in seiner unionsrechtlichen Ausprägung (**2.**) vereinbaren lassen.

Neue Brisanz hat die Diskussion durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-718/18 aus dem Jahr 2021 erhalten, welches auch normative Vorgaben durch den deutschen Gesetzgeber als Verstoß gegen die unionsrechtlich vorgeschriebene Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde einstuft (vgl. dazu bereits unter **I.**).

1. Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip

Gegen die Zulässigkeit von unabhängigen Regulierungsbehörden wird vorgebracht, dass solche ministerialfreien Räume unzulässige Durchbrechungen der vom verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip in seinem traditionellen Verständnis geforderten demokratischen Legitimationskette seien.⁶²⁶

Zunächst ist das Modell demokratischer Legitimation und die grundsätzlich bestehende Weisungsbefugnis im System der hierarchischen Ministerialverwaltung in den Blick zu nehmen. Zu fragen ist, inwieweit es verfassungsrechtlich zulässig ist, eine sich der

⁶²⁴ Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 92.

⁶²⁵ Vgl. Gärditz, AöR 135 (2010), 277 ff., 285 f.; Kahl, FS Spellenberg, S. 711 f.; Ders., in: IPE V, § 74 Rn. 44. In diese Richtung auch Kreuter-Kirchhof, NVwZ 2021, 591; Meinzenbach/Klein/Uwer, N&R-Beilage 1/2021, 5 f.

⁶²⁶ Vgl. Gärditz, AöR 135 (2010), 284 f.; Kahl, FS Spellenberg, S. 711; Pöcker, VerwArch 99, 382. Vgl. zu diesem Thema allgemein BVerfG, Urteil v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u. a., NJW 2016, 2473 Rn. 188 (zu Art. 130 AEUV); Urteil v. 30.07.2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, NJW 2019, 3204 Rn. 222 (zur entsprechenden Vorgabe in der SSM-Verordnung); Marcou, in: IPE V, § 92 Rn. 49 f.

parlamentarischen Regelungsgewalt entziehenden Verwaltungsbehörde zu bilden, wobei die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie die im Schrifttum vertretenen Auffassungen darzustellen sind. Eingangs ist darzulegen, inwieweit die deutsche Verfassung überhaupt Maßstab für die Zulässigkeit der unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeit sein kann.

a. Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Fraglich ist, inwieweit die unionsrechtlich geforderte Unabhängigkeit überhaupt anhand der deutschen Verfassung zu messen ist.

Grundsätzlich sind Hoheitsakte der EU sowie unionsrechtlich determinierte Akte der innerstaatlichen öffentlichen Gewalt nicht anhand des Grundgesetzes zu beurteilen. Denn es besteht ein Anwendungsvorrang von Rechtsakten der Europäischen Union vor mitgliedstaatlichem Recht.⁶²⁷ Nur so kann eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und die Funktionsfähigkeit der Europäischen Union gesichert werden.⁶²⁸

Gleichwohl genügt der bloße Hinweis auf den Vorrang des Unionsrechts nicht, da auch der Anwendungsvorrang des Unionsrechts Grenzen unterliegt.

aa. Prüfungs- und Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts

Zwar geht das Unionsrecht nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs im Wege eines absoluten Anwendungsvorrangs auch gegenüber den Verfassungen der Mitgliedstaaten uneingeschränkt vor.⁶²⁹ Demgegenüber behält sich das Bundesverfassungsgericht aufgrund des von diesem vertretenen nur eingeschränkten Anwendungsvorrangs des Unionsrechts in eng begrenzten Ausnahmefällen eine Prüfungs- und Verwerfungskompetenz vor.⁶³⁰

Nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist der Anwendungsvorrang durch das im Zustimmungsgesetz zu den Verträgen niedergelegten Integrationsprogramm (vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG) sowie durch die nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG integrationsfesten Grundsätze der Art. 1 GG und Art. 20 GG begrenzt.⁶³¹ Die in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegte Verfassungsidentität ist vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte

⁶²⁷ So st. Rspr. EuGH, Urteil v. 15.07.1964 - C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66; Urteil v. 09.03.1978 - C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 Rn. 21, 24; Urteil v. 19.11.2009 - C-314/08, ECLI:EU:C:2009:719 Rn. 81; Urteil v. 26.02.2013 - C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 Rn. 45; BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 - 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 579 f.; Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06, NJW 2010, 3422 Rn. 53; Urteil v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u. a., NJW 2016, 2473 Rn. 115, 118.

⁶²⁸ So EuGH, Urteil v. 15.07.1964 - C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66; BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 - 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 578.

⁶²⁹ So EuGH, Urteil v. 17.12.1970 - C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 Rn. 3; Urteil v. 02.07.1996 - C-473/93, ECLI:EU:C:1996:263 Rn. 38.

⁶³⁰ So BVerfG, Beschl. v. 29. 05. 1974 - 2 BvL 52/71, NJW 1974, 1697 ff.; Beschl. v. 22.10.1986 - 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 580; Urteil v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134/92 u. 2 BvR 2159/92, NJW 1993, 3047; Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 341 ff.; Urteil v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u. a., NJW 2016, 2473 Rn. 136 ff.; Urteil v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 u. a., NJW 2020, 1647 Rn. 101 ff.

⁶³¹ Vgl. dazu instruktiv BVerfG, Urteil v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u. a., NJW 2016, 2473 Rn. 115.

öffentliche Gewalt zu schützen.⁶³² Folglich reicht der Anwendungsvorrang nur so weit, wie das deutsche Grundgesetz und das Zustimmungsgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten erlauben oder bestimmen.⁶³³

Soweit Maßnahmen der EU die in Art. 1 und 20 GG zum Ausdruck kommende Verfassungsidentität betreffen, überschreiten sie die verfassungsrechtlichen Grenzen offener Staatlichkeit. Da der Integrationsgesetzgeber keine Hoheitsrechte an die Europäische Union übertragen kann, die die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berühren (vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 2 GG), kann eine solche Maßnahme nicht durch eine primärrechtliche Ermächtigung gedeckt sein.⁶³⁴

Teil des nach Art. 79 Abs. 3 GG unantastbaren Gehalts des Demokratieprinzips ist die Rückführung der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse auf das Staatsvolk. Der Zurechnungszusammenhang lässt sich dabei nicht nur in einer bestimmten Form herstellen, es muss jedoch ein hinreichend effektiver Gehalt an demokratischer Legitimation, ein bestimmtes Legitimationsniveau, erreicht werden.⁶³⁵ Das Erfordernis demokratischer Legitimation gehört nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG zum integrationsfesten Kern der Verfassung.⁶³⁶

Das Bundesverfassungsgericht erkennt die alleinige Verwerfungskompetenz des EuGH grundsätzlich an, behält sich jedoch vor, zu prüfen, ob die Europäische Union die ihr durch das deutsche Zustimmungsgesetz eingeräumten Kompetenzen überschreitet oder den nationalen Identitätskern verletzt.⁶³⁷ Seit dem Lissabon-Urteil prüft das Bundesverfassungsgericht eine solche Verletzung im Rahmen der sogenannten „Identitätskontrolle“ (vgl. dazu unter **I. 2. bb.**).

Der Gewährleistungsgehalt der nationalen Identität bestimmt sich nach dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten, insbesondere durch Bestimmungen wie Art. 79 Abs. 3 GG, die dem verfassungsändernden Gesetzgeber bestimmte Entscheidungen gänzlich entziehen oder durch besondere Verfahren erschweren.⁶³⁸ Dieser Maßstab wird durch die Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte weiterentwickelt und konkretisiert. Besonders Entscheidungen zum Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht verdeutlichen, welche Elemente integrationsfeste Bestandteile der nationalen Verfassungen darstellen und vor einer Europäisierung zu schützen sind.⁶³⁹

⁶³² Vgl. BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 218; Beschl. v. 15.12.2015 - 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149 Rn. 36 ff.

⁶³³ So st. Rspr. BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 - 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 580; Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06, NJW 2010, 3422 Rn. 96 ff.; Urteil v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u. a., NJW 2016, 2473 Rn. 120.

⁶³⁴ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 339 ff.; Urteil v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u. a., NJW 2016, 2473 Rn. 137.

⁶³⁵ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt BVerfG, Urteil v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134/92 und 2 BvR 2159/92, NJW 1993, 3047, 3050 ff.

⁶³⁶ So BVerfG, Urteil v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, NJW 1993, 3047, 3050; Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 264 ff.; *Mayen*, DÖV 2004, 50 f.; *Kahl*, FS Spellenberg, S. 711 f.; *Wollenschläger*, in: Dreier II, Art. 23 Rn. 66.

⁶³⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.05.1974 - 2 BvL 52/71, NJW 1974, 1697; Beschl. v. 22.10.1986 - 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 578 ff.; Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06, NJW 2010, 3422 Rn. 55.

⁶³⁸ Vgl. *von Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 715.

⁶³⁹ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt ebd., 716 f.

Gleichwohl sind in diesem Zusammenhang mit Blick auf das zwischen den nationalen Verfassungsgerichten und dem EuGH bestehende „Kooperationsverhältnis“⁶⁴⁰ die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit und gegenseitigen Rücksichtnahme (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) sowie die unionsrechtlichen Ziele und Prinzipien zu berücksichtigen.⁶⁴¹ Die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte können bereits deshalb keine Letztentscheidungsbefugnis über Auslegung und Anwendung von Art. 4 Abs. 2 EUV für sich beanspruchen, da die Begriffe der Norm der Auslegungshoheit des EuGH nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 AEUV unterliegen.⁶⁴² Das BVerfG steht dem EuGH einen Beurteilungsspielraum zu, sodass es einen verfassungsrechtlichen Vorbehalt erst bei offensichtlichen und willkürlichen Verstößen gegen die von Art. 4 Abs. 2 EUV geschützten Rechtsgüter geltend macht.⁶⁴³

bb. Unionsrechtliches Gebot der Achtung der nationalen Identität gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV

Komplementär zum verfassungsrechtlichen Identitätsvorbehalt resultiert aus Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV das Gebot der Achtung der nationalen Identität, das die Union verpflichtet die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten.

(1) Gewährleistungsgehalt

Die Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 EUV ist an die Europäische Union adressiert⁶⁴⁴ und bezweckt die unionsrechtliche Sicherung der nationalen Verfassungsautonomie. Insbesondere schützt sie die wesentlichen Belange der Mitgliedstaaten im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens der Europäischen Union.⁶⁴⁵ Dadurch erzielen die Kernbereiche des nationalen Verfassungsrechts der Mitgliedstaaten direkte primärrechtliche Bedeutung.⁶⁴⁶

Unter nationaler Identität ist das Selbstverständnis der Mitgliedstaaten zu verstehen, sodass für die Auslegung der Norm primär das mitgliedstaatliche nationale Verfassungsverständnis maßgebend ist.⁶⁴⁷ Um dem Ausnahmecharakter der Regelung Rechnung zu tragen, erfasst der Begriff der nationalen Identität lediglich grundlegende Verfassungsstrukturen.⁶⁴⁸

⁶⁴⁰ Vgl. BVerfG, Urteil v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134/92 und 2 BvR 2159/92, NJW 1993, 3047, 3049; Urteil v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u. a., NJW 2016, 2473 Rn. 157.

⁶⁴¹ Vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 4 EUV Rn. 77; *Schill/Krenn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 4 EUV Rn. 52; *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 298 f.; *Streinz*, in: *Sachs*, Art. 23 Rn. 101.

⁶⁴² Vgl. EuGH, Urteil v. 17.12.1970 - C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 Rn. 3; Urteil v. 14.03.2000 - C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124 Rn. 17; *Schill/Krenn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 4 EUV Rn. 53 ff.

⁶⁴³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06, NJW 2010, 3422 Rn. 61; Urteil v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13 u. a., NJW 2016, 2473 Rn. 154 ff.

⁶⁴⁴ Vgl. *Schill/Krenn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 4 EUV Rn. 6.

⁶⁴⁵ Vgl. *Pernice*, AöR 136 (2011), 212 f.; *Guastafarro*, Ybk. Europ. Law 31, 303 ff.

⁶⁴⁶ Vgl. *von Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 702, 715.

⁶⁴⁷ Vgl. *Franzius*, in: *Frankfurter Komm. I*, Art. 4 EUV Rn. 25, 28; *Schill/Krenn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 4 EUV Rn. 24; *Streinz*, in: *Streinz*, Art. 4 EUV Rn. 14. A. A. *Geiger/Kirchmair*, in: *Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair*, Art. 4 EUV Rn. 3.

⁶⁴⁸ Vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 4 EUV Rn. 51; *Geiger/Kirchmair*, in: *Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair*, Art. 4 EUV Rn. 3; *Schill/Krenn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 4 EUV Rn. 18.

Gleichwohl ist der Begriff der nationalen Identität einer des Unionsrechts, sodass er vom EuGH autonom auszulegen ist.⁶⁴⁹

(2) Rechtsfolgen

Die nationale Identität stellt einerseits ein legitimes Ziel dar, um Beschränkungen der Grundfreiheiten der Unionsbürger zu rechtfertigen, andererseits muss die EU die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten beim Erlass von Sekundärrecht berücksichtigen.⁶⁵⁰

Umstritten ist demgegenüber, ob der Schutz der nationalen Identität auch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts begrenzen kann.⁶⁵¹ Die Rechtsprechung des EuGH deutet daraufhin, dass dies nicht der Fall ist. So führt der EuGH aus, dass wesentliches Merkmal der Rechtsordnung der Europäischen Union ihr Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten sowie die unmittelbare Wirkung zahlreicher für die Mitgliedstaaten und ihre Staatsangehörigen geltenden Bestimmungen ist.⁶⁵² Folglich „kann nicht zugelassen werden, dass Vorschriften des nationalen Rechts, auch wenn sie Verfassungsrang haben, die einheitliche Geltung und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen“.⁶⁵³

Darüber hinaus hat der EuGH festgestellt, dass selbst die Annahme, dass zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit im Ausnahmefall zu einer vorübergehenden Aussetzung der Verdrängungswirkung führen könnten, nur der Gerichtshof über diese Aussetzung entscheiden könne.⁶⁵⁴ Zuletzt hat der EuGH ausgeführt, dass Art. 53 GRCh zwar bestätigt, „dass es den nationalen Behörden und Gerichten, wenn ein Unionsrechtsakt nationale Durchführungsmaßnahmen erforderlich macht, weiterhin freisteht, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden,“ jedoch nur, „sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.“⁶⁵⁵

In der Literatur wird demgegenüber vertreten, dass eine Überwindung der Vorstellung eines absoluten Vorrangs des Unionsrechts gegenüber nationalem Verfassungsrecht durch Art. 4 Abs. 2 EUV unter engen Voraussetzungen möglich sei.⁶⁵⁶ Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Überzeugend ist insbesondere die systematische Erwägung, Art. 4 EUV regle insgesamt das Verhältnis zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten als Verbundstruktur.

⁶⁴⁹ Vgl. *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 4 EUV Rn. 15; *Obwexer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Bd. 1, Art. 4 EUV Rn. 27.

⁶⁵⁰ Vgl. *Obwexer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Bd. 1, Art. 4 EUV Rn. 35 f.

⁶⁵¹ Vgl. ebd. Rn. 37.

⁶⁵² Vgl. EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490 Rn. 21; Gutachten 1/09 v. 08.03.2011, EU:C:2011:123 Rn. 65.

⁶⁵³ EuGH, Urteil v. 08.09.2010 - Rs. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503 Rn. 61. In diesem Sinne zuvor schon Urteil v. 17.12.1970 - Rs. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 Rn. 3.

⁶⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 08.09.2010 - Rs. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503 Rn. 67.

⁶⁵⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 26.02.2023 - Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 Rn. 60.

⁶⁵⁶ Vgl. *von Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 702.

cc. Mitgliedstaatliche institutionelle Autonomie

Darüber hinaus steht auch die institutionelle Autonomie der Mitgliedstaaten in einem Spannungsverhältnis zu der vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts bezweckten effektiven Durchsetzung des Unionsrechts.⁶⁵⁷

Die detaillierten Vorgaben des unionsrechtlichen Sekundärrechts an die nationale Verwaltungsorganisation berühren die grundsätzlich nationale Entscheidungshoheit über diesen Bereich.⁶⁵⁸ In der Lehre wird deshalb vorgebracht, dass die Verschärfung der Unabhängigkeitsvorgaben in den Richtlinien einen Eingriff in die institutionelle Autonomie der Mitgliedstaaten bedeute.⁶⁵⁹ Denn organisatorische Vollzugsfragen sind grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, sofern nicht ausnahmsweise eine Regelungskompetenz der Union existiert.⁶⁶⁰

Der EuGH hat bezüglich des unmittelbaren Vollzugs von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten bereits früh ausgeführt, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, die gemeinschaftsrechtliche Regelungen durchzuführen, soweit das Gemeinschaftsrecht für die Durchführung keine gemeinsamen Vorschriften enthält.⁶⁶¹ Später bezeichnete der EuGH den bis dahin als „Soweit-Formel“ bekannten Grundsatz explizit als „Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten“.⁶⁶²

Während dieser Grundsatz zum Teil auch nach dem Vertrag von Lissabon weiterhin als Auslegungsregel im Rahmen der Anwendung des Sekundärrechts verstanden wird⁶⁶³, wird er teilweise weitergehend als Kompetenzgrenze angesehen.⁶⁶⁴ Dies resultiert aus der Annahme, dass der Grundsatz durch die Einführung des Art. 291 Abs. 1 AEUV durch den Vertrag von Lissabon, wonach die Mitgliedstaaten die zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte erforderlichen Maßnahmen „nach innerstaatlichem Recht“ ausführen, normativ verankert wurde.⁶⁶⁵ Ein Zugriff des Unionsgesetzgebers auf die Verwaltungsstrukturen der Mitgliedstaaten wäre danach rechtfertigungsbedürftig.⁶⁶⁶ Als Rechtfertigungsgrund käme beispielsweise die Effektivierung einer materiell-rechtlichen Regelung durch organisatorische Regelungen in Betracht.⁶⁶⁷ Denn auch im Rahmen des Regulierungsrechts folgt die Kompetenz zur Steuerung mittels organisatorischer Vorgaben aus der materiellen Sachkompetenz, da die

⁶⁵⁷ Vgl. *Mayen*, FS Dolde, S. 39 f.; *von Danwitz*, Europ. VerwR, S. 310. Vgl. auch EuGH, Urteil v. 11.02.1971 - Rs. C-39/70, ECLI:EU:C:1971:16 Rn. 4; Urteil v. 06.06.1972 - Rs. 94/71, ECLI:EU:C:1972:45 Rn. 10 f.

⁶⁵⁸ Vgl. *Gärditz*, AöR 135 (2010), 283; *Gundel*, EWS 2017, 303 f., 309.

⁶⁵⁹ Vgl. *Gundel*, EWS 2017, 303. Zur mitgliedstaatlichen Autonomie allgemein *Stöger*, ZöR 65 (2010), 251 f.

⁶⁶⁰ Vgl. *Stettner*, in: Hdb des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 1, Kap. B III, Rn. 9; *Stöger*, ZöR 65 (2010), 256 f.

⁶⁶¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 16.12.1976 - C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 Rn. 5; Urteil v. 21.09.1983 - C-205/82, ECLI:EU:C:1983:233 Rn. 17.

⁶⁶² EuGH, Urteil v. 07.01.2004 - C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12 Rn. 65, 70.

⁶⁶³ Vgl. *Gundel*, EWS 2017, 303 f.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 291 AEUV Rn. 5 f.; *Krönke*, Verfahrensautonomie, S. 62 ff.; *Schöndorf-Haubold*, in: Der europäische Verwaltungsverbund, S. 47; *Stelkens*, EuR 2012, 531 ff.

⁶⁶⁴ Vgl. v. *Danwitz*, Europ. VerwR, S. 302 ff.; *Gellermann*, in: Streinz, Art. 291 AEUV Rn. 3; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 291 AEUV Rn. 2 ff.

⁶⁶⁵ Vgl. v. *Danwitz*, Europ. VerwR, S. 302 ff.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 291 AEUV Rn. 2 ff.

⁶⁶⁶ Vgl. *Couzinet*, in: Verwaltungsrechtsraum Europa, S. 229; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 291 AEUV Rn. 5.

⁶⁶⁷ Vgl. *Couzinet*, in: Verwaltungsrechtsraum Europa, S. 229.

Unabhängigkeit im Regulierungsrecht ein wichtiges Element des Regulierungskonzepts des europäischen Gesetzgebers darstellt.⁶⁶⁸

Die besseren Argumente sprechen jedoch gegen eine normative Grundentscheidung der mitgliedstaatlichen Durchführung von Unionsrecht. Andernfalls hätte der Vertrag von Lissabon die Vollzugsstruktur der Europäischen Union ungeachtet des bisher erreichten *acquis communautaire* grundlegend verändert.⁶⁶⁹ Auch die systematische Stellung des Art. 291 AEUV innerhalb des Vertrags spricht nicht für eine so bedeutsame Änderung.⁶⁷⁰ Insbesondere wendet der Europäische Gerichtshof den Grundsatz nach wie vor lediglich als Auslegungsregel für das Sekundärrecht an und sieht darin keine Verlagerung der Kompetenz zur Einzelfalldurchführung auf die Mitgliedstaaten.⁶⁷¹

Selbst wenn man den Grundsatz nunmehr als Kompetenzgrenze verstehen würde, könnten die Organisationsregelungen, die das materielle sektorale Regelungskonzept effektuieren sollen, den Zugriff des Unionsgesetzgebers auf die nationalen Verwaltungsstrukturen rechtfertigen.⁶⁷²

dd. Zwischenfazit

Folglich ist die unionsrechtliche Forderung der „völligen Unabhängigkeit“ einer Verwaltungsbehörde vom parlamentarischen Gesetzgeber und die damit einhergehende Frage nach der Legitimation unabhängiger Behörden trotz des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs des Unionsrechts zunächst anhand der Verfassung zu bewerten.

b. Das klassische Modell der demokratischen Legitimation/ herrschendes Legitimationsmodell

Nach der verfassungsrechtlichen Grundlage der demokratischen Legitimation in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Die Norm ist dahingehend auszulegen, dass das Volk die staatlichen Entscheidungen nicht selbst treffen, aber einen effektiven Einfluss auf diese haben muss.⁶⁷³ Die Staatsakte müssen sich durch eine ununterbrochene demokratische Legitimationskette von den mit den staatlich betrauten Organen und Amtswaltern bis zum Volk auf den Willen des Staatsvolkes zurückführen lassen.⁶⁷⁴

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird der erforderliche Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft vorwiegend durch die

⁶⁶⁸ Vgl. *Couziniet*, in: Verwaltungsrechtsraum Europa, S. 229; *Gundel*, RdE 2019, 493 f.; *Ludwigs*, FS Schmidt-Preuß, S. 691.

⁶⁶⁹ Vgl. *Stelkens*, EuR 2012, 531.

⁶⁷⁰ Vgl. ebd.; *Gundel*, EWS 2017, 304; *Krönke*, Verfahrensautonomie, S. 63 f.

⁶⁷¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 06.03.2008 - C-82/07, ECLI:EU:C:2008:143 Rn. 24; Urteil v. 17.09.2015 - C-85/14, ECLI:EU:C:2015:610 Rn. 53; Urteil v. 19.10.2016 - C-424/16, ECLI:EU:C:2016:780 Rn. 49.

⁶⁷² So auch *Gärditz*, AöR 135 (2010), 283.

⁶⁷³ So BVerfG, Beschl. v. 15.02.1978 - 2 BvR 134, 268/76, NJW 1978, 1967, 1968; Beschl. v. 01.10.1987 - 2 BvR 1178/86 u. a., NJW 1988, 890, 891; Urteil v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89, NJW 1991, 159 f.; Beschl. v. 05.12.2002 - 2 BvL 5/98 u. a., NVwZ 2003, 974 f.

⁶⁷⁴ Vgl. ebd.; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 16.

Wahl des Parlaments, die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, den parlamentarischen Einfluss auf die Politik der Regierung sowie die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung herstellt.⁶⁷⁵

Die Rechtsprechung und Literatur unterscheiden zwei verschiedene Formen demokratischer Legitimation staatlichen Handelns, die sachlich-inhaltliche und die organisatorisch-personelle Legitimation.⁶⁷⁶ Diese stehen nebeneinander, können sich gegenseitig kompensieren und dienen in ihrem Zusammenspiel dazu, einen effektiven Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt herzustellen.⁶⁷⁷ Daneben besteht die institutionell-funktionelle Legitimation, der jedoch keine eigenständige legitimierende Bedeutung zukommt (vgl. dazu unter **III. 1. b. cc.**).

aa. sachlich-inhaltliche Legitimation

Zunächst fordert das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip die sachlich-inhaltliche Legitimation.⁶⁷⁸ Sie dient dazu die Staatsgewalt inhaltlich vom Willen des Volkes abzuleiten, wodurch die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk sichergestellt wird.⁶⁷⁹ Um es der Regierung zu ermöglichen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament wahrzunehmen, müssen Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln.⁶⁸⁰ Diese Legitimationsform wird insbesondere durch die Bindung aller staatlichen Gewalten an Gesetz und Recht (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG), sowie die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung und die korrespondierende Kontrolle der Aufgabenwahrnehmung gebildet.⁶⁸¹ Aus dem Gebot sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation folgt dementsprechend die Bindung der Verwaltung an Weisungen der Regierung.⁶⁸²

Dies schließt Verwaltungsstellen, die frei von parlamentarischer Kontrolle sind, grundsätzlich aus. Unabhängig sind nur die Gerichte, für die dies in Art. 97 GG verfassungsrechtlich vorgegeben ist.⁶⁸³ Darüber hinaus lässt das Grundgesetz parlamentsfreie Räume nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zu. So besitzen die Mitglieder des Bundesrechnungshofs gemäß Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG richterliche Unabhängigkeit.

⁶⁷⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 01.10.1987 - 2 BvR 1178/86 u. a., NJW 1988, 890, 891; Urteil v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89, NJW 1991, 159 f.; Urteil v. 18.01.2012 - 2 BvR 133/10, NJW 2012, 1563 Rn. 165.

⁶⁷⁶ Vgl. BVerfG, Urteil v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89, NJW 1991, 159, 160; Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 14; Dreier, in: Dreier II, Art. 20 (D) Rn. 110 ff.

⁶⁷⁷ So BVerfG, Urteil v. 18.03.2014 - 2 BvR 1390/12 u. a., NJW 2014, 1505, 1517 f.; Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 14; Dreier, in: Dreier II, Art. 20 (D), Rn. 113.

⁶⁷⁸ So BVerfG, Urteil v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89, NJW 1991, 159, 160; Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574, 575; Beschl. v. 05.12.2002 - 2 BvL 5/98 u. a., NVwZ 2003, 974, 975.

⁶⁷⁹ Vgl. Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 21; Dreier, in: Dreier II, Art. 20 (D) Rn. 112; Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 357.

⁶⁸⁰ So BVerfG, Urteil v. 27.04.1959 - 2 BvF 2/58, NJW 1959, 1171 f.; Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574 f. Vgl. auch Dreier, in: Dreier II, Art. 20 (D) Rn. 121; Kloepfer, Verfassungsrecht Bd. 1, § 7 Rn. 225; Schröder, in: Isensee/Kirchhof III, § 65 Rn. 51 f.; Waechter, Geminderte demokratische Legitimation, S. 35.

⁶⁸¹ Vgl. Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 21; Gärditz, AöR 135 (2010), 284; Pöcker, VerwArch 99, 382.

⁶⁸² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574, 575; Urteil v. 07.11.2017 - 2 BvE 2/11, NVwZ 2018, 51 Rn. 198; Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 (D) Rn. 124.

⁶⁸³ Vgl. Mayen, DÖV 2004, 45.

bb. organisatorisch-personelle Legitimation

Ein weiterer Faktor der demokratischen Legitimation ist die organisatorisch-personelle Legitimation. Sie betrifft die Rückbindung der mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswalter zum Träger der Staatsgewalt.⁶⁸⁴

Diese Form der Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom handelnden Amtswalter bis zum Volk.⁶⁸⁵ Dabei ist es in der Regel ausreichend, wenn sich die Legitimation mittelbar auf das Volk zurückführen lässt.⁶⁸⁶ Im parlamentarischen Regierungssystem ist dabei immer auch das Parlament als Repräsentant des Volkes zumindest als Legitimationsmittler Teil der demokratischen Legitimationskette.⁶⁸⁷

Die personelle Legitimation erfordert die individuelle Bestellung des Amtswalters für das konkrete Amt durch Wahl oder Ernennung.⁶⁸⁸ Eine Unterbrechung der Legitimationskette findet dann statt, wenn die Auswahl des Amtswalters durch ihrerseits nicht demokratisch legitimierte Personen oder Einheiten erfolgt.⁶⁸⁹ Ein Amtsträger ist immer dann uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert, wenn er sein Amt mittels Wahl durch das Volk bzw. das Parlament oder durch Bestellung eines seinerseits personell legitimierten, dem Parlament verantwortlichen Amtsträgers bzw. mit dessen Zustimmung erhalten hat.⁶⁹⁰

cc. institutionell-funktionelle Legitimation

Unter der institutionell-funktionellen demokratischen Legitimation versteht man den verfassungsrechtlichen Befund, dass den Staatsgewalten nach der Festlegung in der Verfassung selbst jeweils eine eigene Funktion zukommt und diese durch den Verfassungsgeber legitimiert sind.⁶⁹¹ Folglich geht es um die Legitimation der Gewalten als Institutionen des Staates.

Teil dieses Legitimationsmittels ist eine aufgabengerechte Ausgestaltung von Verwaltungsorganisation und -verfahren, woraus die Fähigkeit der Verwaltung resultiert, mit eigenen Handlungsinstrumenten, Organisationsformen und Verfahrensweisen eigenständig zu handeln.⁶⁹²

⁶⁸⁴ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 360.

⁶⁸⁵ So BVerfG, Beschl. v. 15.02.1978 - 2 BvR 134, 268/76, NJW 1978, 1967, 1968; Beschl. v. 05.12.2002 - 2 BvL 5/98 u. a., NVwZ 2003, 974, 975; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 16; *Dreier*, in: *Dreier II*, Art. 20 (D) Rn. 111; *Hermes*, Legitimationsprobleme, S. 467.

⁶⁸⁶ So BVerfG, Beschl. v. 15.02.1978 - 2 BvR 134, 268/76, NJW 1978, 1967, 1968; Urteil v. 24.07.1979 - 2 BvK 1/78, BeckRS 1979, 810 Rn. 104; Urteil v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89, NJW 1991, 159, 160.

⁶⁸⁷ Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 16; *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S. 306.

⁶⁸⁸ Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S. 269 f.

⁶⁸⁹ Vgl. *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 181.

⁶⁹⁰ So BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574, 575.

⁶⁹¹ Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 15; *Dreier*, in: *Dreier II*, Art. 20 (D) Rn. 110; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 357.

⁶⁹² Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2/96; *Schneider*, ZHR 164 (2000), 539; *Trute*, in: GVwR I, § 9 Rn. 8, 31.

Der institutionell-funktionellen Legitimation kommt neben den beiden Formen demokratischer Legitimation keine eigenständige Bedeutung zu.⁶⁹³ Sie begründet lediglich den eigenen Funktionsbereich der drei Gewalten, hat aber keine darüberhinausgehende Legitimationswirkung.⁶⁹⁴ Dies folgt schon daraus, dass die funktionsgegliederte Staatsgewalt nicht auf das verfasste Volk, sondern auf den Verfassungsgeber zurückgeht.⁶⁹⁵ Die institutionell-funktionellen Legitimation soll nicht die Rückbindung des Staatshandelns an den Volkswillen sicherstellen, sondern betrifft die Gewaltenteilung als solche und hat dienenden Charakter.⁶⁹⁶

dd. Zusammenspiel und Ersetzung der Legitimationsformen

Während sich die organisatorisch-personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation gegenseitig zumindest teilweise ersetzen können, ist die institutionelle und funktionelle Legitimation bereits strukturell anders als die anderen Legitimationsformen und nimmt an der Ersetzung nicht teil.⁶⁹⁷

Insbesondere sachlich unabhängige Organe müssen organisatorisch-personell umfassend legitimiert sein und ihr Handlungsbereich gesetzlich abgesteckt sein. Gleichzeitig kann es eine umfassende sachlich-inhaltliche Legitimation durch eine gesetzlich enge Vorstrukturierung sowie bestehende Aufsichtsbefugnisse ermöglichen, auch Personen, die nicht organisatorisch-personell legitimiert sind an der Entscheidung zu beteiligen.⁶⁹⁸

Umstritten ist allerdings, ob sich die organisatorisch-personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation auch vollständig oder zumindest weitreichend ersetzen können, sodass das erforderliche Legitimationsniveau allein oder weit überwiegend über eine der beiden Legitimationsketten erreicht wird. In der Rechtsprechung⁶⁹⁹ und Literatur⁷⁰⁰ wird eine vollständige oder sehr weitreichende Substitution größtenteils abgelehnt, wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen.

Ein Teil des Schrifttums hält eine vollständige Ersetzung zwischen der personellen und der materiellen Legitimationskette demgegenüber für demokratisch zulässig.⁷⁰¹ So zeige bereits Art. 20 Abs. 2 GG, dass beide Legitimationsstränge ihren demokratischen Ursprung im

⁶⁹³ Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S. 279.

⁶⁹⁴ Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 15; *Ossenbühl*, VerwaltungsV und GG, S. 198 f.

⁶⁹⁵ Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S. 277 ff.

⁶⁹⁶ Vgl. ebd.; *Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 (D) Rn. 126; *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 179 f., 500 ff.

⁶⁹⁷ Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 15; *Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 (D) Rn. 126; *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S. 280; *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 179 f.; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 59.

⁶⁹⁸ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Böckenförde*, in: Kirchhof/Isensee II, § 24 Rn. 23 unter Bezugnahme auf Richterwahlausschüsse.

⁶⁹⁹ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.12.1997 - 6 C 1-97, NVwZ 1999, 870, 871; RhPfVerfGH, Urteil v. 18.04.1994 - VGH N 1 und 2/93, NVwZ-RR 1994, 665, 668.

⁷⁰⁰ Vgl. *Böckenförde*, in: Kirchhof/Isensee II, § 24 Rn. 23; *Emde*, Legitimation, S. 46 f., 329 ff.; *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle, Bd. 2, Art. 20 Rn. 170; *Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation, 36 f.

⁷⁰¹ Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 (D) Rn. 132. *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 198 f. spricht von Substitution in gewissem Umfang.

Volkswillen haben, welcher sich im Parlament institutionell manifestiert.⁷⁰² Bereits daraus folge die Gleichrangigkeit und damit auch die Möglichkeit der Substitution.⁷⁰³ Art. 20 Abs. 2 GG verlange lediglich ein dem jeweiligen Legitimationsniveau entsprechendes Maß an Effektivität, sodass auch eine vollständige Ersetzung der Legitimationsformen zulässig sei, solange und soweit das gebotene Legitimationsniveau erreicht wird.⁷⁰⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Frage bisher nicht hinreichend explizit geäußert.⁷⁰⁵ In älteren Entscheidungen fordert es für eine demokratische Legitimation im Rahmen der unmittelbaren Staatsverwaltung sowohl organisatorisch-personelle als auch sachlich-inhaltliche Legitimation.⁷⁰⁶ Folglich muss sich die Bestellung der Amtsträger auf das Staatsvolk zurückführen lassen und die Amtsträger müssen zudem im Auftrag der Regierung weisungsgebunden handeln, damit die Regierung ihre Sachverantwortung gegenüber dem Volk und Parlament wahrnehmen kann.

c. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von ministerialfreien Räumen

Im von der Verfassung (vgl. Art. 63, 65, 67 GG) vorgesehenen parlamentarischen Regierungssystem⁷⁰⁷ ist die Regierung dem Parlament gegenüber verantwortlich sowie von dessen Vertrauen abhängig.⁷⁰⁸ Die Staatsleitung obliegt der von der jeweiligen Mehrheit des Parlaments getragenen und diesem gegenüber verantwortlichen Regierung.⁷⁰⁹ Das Parlament stellt das zentrale Repräsentativorgan dar und vermittelt den Regierungsorganen ihren repräsentativen Charakter.⁷¹⁰

Kern des klassischen Verständnisses der demokratischen Legitimation ist die parlamentarische Verantwortung der Regierung. Durch sie wird die Rückbindung des Gesetzesvollzugs an das Parlament gewährleistet.⁷¹¹

⁷⁰² Vgl. *Emde*, Legitimation, S. 329; *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S. 282 f.

⁷⁰³ Vgl. *Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, S. 67 ff.; *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S. 282 ff.; *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 197 ff.

⁷⁰⁴ So auch *Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, S. 66 f.

⁷⁰⁵ Das Verständnis von BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574 ist umstritten: *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 61 f. sieht darin eine Ablehnung der Totalkompensation, wogegen *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 196 daraus eher eine Zulässigkeit derselben folgert.

⁷⁰⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574, 575; Beschl. v. 05.12.2002 - 2 BvL 5/98 u. a., NVwZ 2003, 974 f.

⁷⁰⁷ Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof III, § 34 Rn. 27; *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S. 313.

⁷⁰⁸ Vgl. *Badura*, StaatsR, E 16; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof III, § 34 Rn. 27; *Brenner*, in: Stern I, § 44 Rn. 6; *Huber*, in: Stern I, § 47 Rn. 11

⁷⁰⁹ So BVerfG, Beschl. v. 10.05.1960 - 2 BvL 76/5, NJW 1960, 1291; *Badura*, ZParl 11 (1980), 573.

⁷¹⁰ Vgl. *Böckenförde*, Kirchhof/Isensee III, § 34 Rn. 27; *Brenner*, in: Stern I, § 14 Rn. 78.

⁷¹¹ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Trute*, GVwR I, § 9 Rn. 35.

aa. Grundsatz: Ministerialprinzip der Verwaltungsorganisation

Die Ministerialverwaltung stellt das Grundmodell der demokratischen Legitimation der Verwaltung dar.⁷¹² Art. 65 S. 2 GG und das dort verankerte Ressortprinzip begründen neben anderen verfassungsrechtlichen Regelungen das Ministerialprinzip der Verwaltungsorganisation.⁷¹³ Die Ministerverantwortlichkeit bildet eines der Grundelemente des parlamentarischen Regierungssystems.⁷¹⁴ In diesem System kontrolliert die Volksvertretung die Verwaltung nur vermittelt über die von ihr abhängige und legitimierte Regierung.⁷¹⁵

Die hierarchische Struktur resultiert unmittelbar aus dem Demokratieprinzip, da der Minister nur in dem Maße seiner Einflussmöglichkeit zur parlamentarischen Verantwortung gezogen werden kann.⁷¹⁶ Das ministerielle Weisungsrecht gewährleistet, dass die Regierung die geforderte volle Sachverantwortung für den Gesetzesvollzug der Verwaltung gegenüber Parlament und Volk übernehmen kann (vgl. dazu unter **III. 1. b. aa.**). Daneben normiert Art. 65 S. 2 GG die selbständige und eigenverantwortliche Leitung der Geschäftsbereiche durch die Bundesminister, woraus sich das Erfordernis eines hierarchischen Verwaltungsaufbaus ableitet, an dessen Spitze der Bundesminister steht.⁷¹⁷

In der hierarchisch-bürokratischen Ministerialverwaltung wird die sachlich-inhaltliche Legitimation durch die Weisungsabhängigkeit der nachgeordneten Behörden sowie die Grundsätze des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes gewährleistet.⁷¹⁸ Die Weisungsbefugnis stellt das zentrale Steuerungselement dar. Kern der Ministerverantwortlichkeit ist die Rechenschafts- und Einstandspflicht.⁷¹⁹ Darüber hinaus findet die Ministerverantwortlichkeit Ausdruck im Zitier- und Interpellationsrecht des Art. 43 Abs. 1 GG, muss jedoch im Kontext mit den Art. 65 S. 1, 67 und 69 Abs. 2 GG gesehen werden.⁷²⁰

(1) Begriff des ministerialfreien Raumes

Der Begriff des ministerialfreien Raumes meint den Zustand, dass Verwaltungstätigkeiten ohne sachliche Weisungen des zuständigen Ressortministers und ohne unmittelbare politische Verantwortung durch diesen vorgenommen werden.⁷²¹ Unabhängige Verwaltungsbehörden sind dementsprechend Behörden, die von politischer Einflussnahme der Exekutive frei sind

⁷¹² Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 (D) Rn. 141.

⁷¹³ Vgl. Döhler, DV 34 (2001), 69; Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 134 ff.; Jestaedt, Demokratieprinzip, S. 320 ff.; Trute, GVwR I, § 9 Rn. 35.

⁷¹⁴ Vgl. Badura, ZParl 11 (1980), 573 f.; Jestaedt, Demokratieprinzip, S. 328.

⁷¹⁵ Vgl. Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 132; Emde, Legitimation, S. 339.

⁷¹⁶ So BVerfG, Urteil v. 27.04.1959 - 2 BvF 2/58, NJW 1959, 1171 f.; Dreier, in: Dreier II, Art. 20 (D) Rn. 121.

⁷¹⁷ Vgl. Döhler, DV 34 (2001), 69; Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 134; Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz IV, Art. 65 Rn. 59.

⁷¹⁸ Vgl. Dreier, in: Dreier II, Art. 20 (D) Rn. 121.

⁷¹⁹ Vgl. Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 132; Schröder, in: Isensee/Kirchhof III, § 65 Rn. 51 f.

⁷²⁰ Vgl. Detterbeck, in: Isensee/Kirchhof III, § 66 Rn. 43; Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 132 f.

⁷²¹ Vgl. Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 136; Ibler, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 86 Rn. 57; Kloepfer, Verfassungsrecht Bd. 1, § 18 Rn. 200; Loening, DVBl 1954, 179 f.

(vgl. dazu unter **II. 1. a.**).⁷²² Ministerialfreie Räume durchbrechen die im System parlamentarischer Verantwortung geforderte Legitimationskette.⁷²³

(2) Verfassungsrechtliche Gebotenheit

Auf den ersten Blick erscheint die Legitimation einer unabhängigen Verwaltungsbehörde mit den Anforderungen des nationalen Demokratieprinzips nicht kompatibel. Auch die im Energiesektor unionsrechtlich geforderte Ministerialfreiheit schließt die Weisungsabhängigkeit der nachgeordneten Behörden gerade aus, woraus nach dem traditionellen Legitimationsmodell zunächst ein Defizit an sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation resultiert.

Fraglich ist jedoch, ob die Weisungsabhängigkeit der nachgeordneten Behörde verfassungsrechtlich überhaupt geboten ist und ob und unter welchen Voraussetzungen ministerialfreie Räume zulässig sein können. Dass ministerialfreie Räume existieren, zeigt bereits die Verfassung durch Art. 28 Abs. 2 GG, der weite Teile der kommunalen Selbstverwaltung von der Weisungsgebundenheit ausnimmt sowie Art. 88 GG und Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG.

Im Grundgesetz regelt Art. 65 S. 2 das Verhältnis zwischen Bundeskanzler und den Ministern, nicht jedoch den Umfang der Befugnisse der Minister insgesamt, sodass aus der Norm zumindest nicht das Erfordernis einer lückenlosen Ministerialverwaltung abgeleitet werden kann.⁷²⁴ Dementsprechend wird teilweise bereits die verfassungsrechtliche Gebotenheit der Weisungsabhängigkeit von nachgeordneten Behörden abgelehnt. Es wird vertreten, dass aus dem Erfordernis demokratischer Verantwortung bei der Ausübung von Staatsgewalt durch die Verwaltung nicht folge, dass administrative Aufgaben zwingend durch eine Ministerialverwaltung wahrgenommen werden müssen.⁷²⁵

Zwar bildet die hierarchisch-bürokratischen Ministerialverwaltung das verfassungsrechtliche Grundmodell der demokratischen Legitimation der Verwaltung und die verfassungsrechtlichen Grundsätze der demokratischen Legitimation setzen im Regelfall ein Weisungsrecht voraus.⁷²⁶ Gleichwohl lässt sich weder aus dem Demokratiegebot noch dem Grundsatz der Gewaltenteilung die Notwendigkeit uneingeschränkter parlamentarischer Kontrolle und das Konzept einer hierarchisch-bürokratisch organisierten Ministerialverwaltung für sämtliche Verwaltungstätigkeiten ableiten.⁷²⁷ Das erforderliche Mindestmaß an demokratischem Legitimationsniveau wird im Hinblick auf die sachlich-inhaltliche Legitimation durch den Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalt sowie den Bestimmtheitsgrundsatz determiniert. Aus

⁷²² Vgl. *Hermes*, Legitimationsprobleme, S. 458, 463; *Pöcker*, VerwArch 99, 381.

⁷²³ Vgl. *Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation, S. 37.

⁷²⁴ Vgl. *Fichtmüller*, AöR 91 (1966), 321; *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz IV, Art. 65 Rn. 55 ff., 70; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 65 Rn. 1 f.

⁷²⁵ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 75 ff.; *Sodan*, Funktionsträger, S. 402 ff; *Trute*, FS Brohm, S. 187.

⁷²⁶ Vgl. ebd. Rn. 215.

⁷²⁷ Vgl. ebd. Rn. 141; *Sodan*, Funktionsträger, S. 402 ff.

diesem verfassungsrechtlichen Rahmen lässt sich kein zwingendes Erfordernis einer Weisungsbefugnis entnehmen.⁷²⁸

Verfassungsrechtlich ist damit nicht zwingend in jedem Fall die Möglichkeit der Einzelfallweisung geboten. Insbesondere kann diese beispielsweise durch das der Einzelweisung äquivalente Instrument des Selbsteintrittsrechts ersetzt werden.⁷²⁹ Zudem kommt eine Absenkung des erforderlichen Legitimationsniveaus in Betracht, wenn die Verwaltungsentscheidung in ihrer Bedeutung für das Gemeinwesen hinter dem verfassungsrechtlichen Regelrahmen der Verwaltung zurückbleibt.⁷³⁰

bb. Anforderungen an die Zulässigkeit ministerialfreier Räume

Ministerialfreie Räume können nicht ausnahmslos bestehen. Sowohl nach der Rechtsprechung als auch nach der Literatur sind bestimmte Anforderungen an die Existenz solcher, sich der parlamentarischen Regelungsgewalt entziehenden Verwaltungsbehörden zu stellen. Insbesondere müssen die Handlungen der unabhängigen Behörden demokratisch legitimiert sein und etwaige Legitimationsdefizite sind zu kompensieren.

(1) Die Rechtsprechung des BVerfG zur demokratischen Legitimation unabhängiger Verwaltungsbehörden

Das Bundesverfassungsgericht hat zur Problematik ministerialfreier Räume erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1959 ausgeführt und dort ein klares Modell demokratischer Legitimation skizziert.⁷³¹ Aus dem Befund, dass die demokratische und rechtsstaatliche Herrschaftsordnung des Grundgesetzes eine verantwortliche Regierung voraussetzt, folgt jedoch nicht, dass es „keinerlei „ministerialfreien Raum“ auf dem Gebiet der Verwaltung geben dürfe und daß von der Regierung unabhängige Ausschüsse für bestimmte Verwaltungsaufgaben in jedem Fall unzulässig seien.“⁷³² Vielmehr können auch Verwaltungseinheiten, die keiner strikten ministeriellen Aufsicht unterstehen, mit dem Demokratieprinzip vereinbar sein. Gleichzeitig gibt es aber „Regierungsaufgaben, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind“.⁷³³ Andernfalls würden unkontrollierte Stellen Einfluss auf die Staatsverwaltung nehmen können, ohne dass jemand die Verantwortung für deren Handeln trägt.⁷³⁴ Welche Angelegenheiten von solchem politischen Gewicht sind, unterliegt einer Einzelfallbetrachtung.⁷³⁵ Im Ergebnis folgt aus dieser Rechtsprechung, dass

⁷²⁸ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 (D) Rn. 151.

⁷²⁹ Vgl. ebd. Rn. 151, 219 f.; *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S. 412 ff.

⁷³⁰ Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 (D) Rn. 151.

⁷³¹ BVerfG, Urteil v. 27.04.1959 - 2 BvF 2/58, NJW 1959, 1171 f.

⁷³² So ebd. Ähnlich *Fichtmüller*, AöR 91 (1966), 328 ff., 349 f.

⁷³³ BVerfG, Urteil v. 27.04.1959 - 2 BvF 2/58, NJW 1959, 1171, 1172. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 20.6.1967 - 2 BvL 10/64, BeckRS 1967, 30421841; Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87, NJW 1991, 1471, 1474.

⁷³⁴ So BVerfG, Urteil v. 27.04.1959 - 2 BvF 2/58, NJW 1959, 1171, 1172.

⁷³⁵ Vgl. ebd.

weisungsfreie Räume dann legitim sind, wenn es sich um Verwaltungsentscheidungen mit nur geringer politischer Tragweite handelt.

Kritisiert wird an diesem Ansatz insbesondere die „mangelnde dogmatische Durchdringung der Verfassung“, die Ziehung der Grenze der Zulässigkeit ministerialfreier Räume⁷³⁶ sowie das Fehlen eines brauchbaren Abgrenzungskriteriums.⁷³⁷

So hat auch der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts diese Auffassung nur sehr modifiziert übernommen und lässt für Aufgaben mit geringem Entscheidungsgehalt zwar eine demokratische Legitimation ausreichen, bei der einzelne Elemente zurücktreten. Dies gelte jedoch nur dann, wenn die „Kompetenzen gegenständlich im einzelnen und auch ihrem Umfang nach eng begrenzt sind und die zu treffenden Entscheidungen inhaltlich soweit vorstrukturiert sind, daß sie sich etwa auf die meßbar richtige Plan- oder Gesetzesdurchführung beschränken.“⁷³⁸ Maßgeblicher Grund für die Ausnahme vom oben skizzierten Grundsatz ist nach dieser Rechtsprechung neben der geringen Entscheidungstiefe die sachliche Legitimation durch die mit der Vorstrukturierung einhergehende Gesetzesbindung. Dementsprechend spricht das Bundesverfassungsgericht lediglich von einer „grundsätzlichen Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung“.⁷³⁹

Daraufhin hat das Gericht in einem Beschluss aus dem Jahr 2002 explizit die Offenheit des Demokratieprinzips betont.⁷⁴⁰ Es führt aus, dass das Demokratieprinzip außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich unbeschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung „offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt“ sei. Diese Interpretation des Art. 20 Abs. 2 GG führt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zudem dazu, dass die Grundsätze der Selbstverwaltung und der Autonomie, die Ausfluss des Demokratieprinzips sind, besser zur Geltung kommen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts erlaubt das Grundgesetz im Rahmen der repräsentativ verfassten Volksherrschaft auch besondere Beteiligungsformen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Wenngleich diese Einzelfallentscheidung in ihrem Kontext zu sehen ist, stellt das Bundesverfassungsgericht die grundsätzlich bestehende Möglichkeit der Kompensation von Legitimationsdefiziten durch output-bezogene Legitimationsformen dar. Ziele, die der Gesetzgeber mit diesen besonderen Organisationsformen verfolgen darf, sind die Schaffung eines wirksamen Mitspracherechts der Betroffenen, die Aktivierung von verwaltungsexternem Sachverstand sowie die Erleichterung eines sachgerechten Interessenausgleichs um insgesamt dazu beizutragen, dass die von ihm beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht werden.⁷⁴¹ Letztlich sind die Zulässigkeit

⁷³⁶ Vgl. dazu ausführlich *Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation, S. 20 ff.

⁷³⁷ Vgl. *Mayen*, DÖV 2004, 48; *Schmidt*, Demokratische Legitimationsfunktion, 448; *Westermann*, Legitimation, S. 339 f.

⁷³⁸ BVerfG, Urteil v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89, NJW 1991, 159, 160.

⁷³⁹ Vgl. ebd.; Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574, 575.

⁷⁴⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002 - 2 BvL 5/98 u. a., NVwZ 2003, 974, 976.

⁷⁴¹ So BVerfG, Beschl. v. 05.03.1974 - 1 BvL 27/72, NJW 1974, 1317, 1319; Beschl. v. 05.12.2002 - 2 BvL 5/98 u. a., NVwZ 2003, 974, 976.

und die konkrete Ausgestaltung der angesprochenen besonderen Organisationsformen daran zu messen, ob der Gesetzgeber von einer im Vergleich zur hierarchischen Ministerialverwaltung effektiveren Zielerreichung ausgehen darf.⁷⁴² Konkret betrifft die Entscheidung jedoch nur die personelle und nicht die sachlich-inhaltliche Legitimation.

Entscheidend ist allerdings, dass nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns maßgeblich ist, sondern deren Effektivität. Erforderlich ist ein „bestimmtes Legitimationsniveau“, welches im Rahmen der verschiedenen Erscheinungsformen von Staatsgewalt unterschiedlich ausgestaltet sein kann.⁷⁴³

Auch in seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon hält das Bundesverfassungsgericht nicht mehr am bisherigen Legitimationsmodell fest, sondern zieht auch neue Legitimationsformen heran.⁷⁴⁴ Insbesondere stellt das Gericht fest, dass auch Elemente partizipatorischer Demokratie eine ergänzende Funktion im Rahmen der Legitimation europäischer Hoheitsgewalt übernehmen können.⁷⁴⁵ Gleichzeitig führt das Bundesverfassungsgericht jedoch aus, dass diese Elemente partizipatorischer Demokratie eben nur eine ergänzende und keine tragende Rolle im Rahmen der Legitimation europäischer Hoheitsgewalt haben. Die klassischen Legitimationsformen dürfen nicht verdrängt, insbesondere die Rückbindung behördlicher Entscheidungen an das gewählte Parlament nicht ersetzt werden.⁷⁴⁶

In einer Entscheidung, die jüngst zur Bankenunion ergangen ist, hat das Bundesverfassungsgericht seine Auffassung zur Behördenunabhängigkeit dahingehend konkretisiert, dass das gebotene Mindestmaß an demokratischer Legitimation und Kontrolle für unabhängige EU-Behörden sichergestellt ist, sofern die Unabhängigkeit der Behörde aus Sachgründen erforderlich ist und die fehlende direkte Kontrolle durch anderweitige Rückbindung wie etwa Rechtsschutzmöglichkeiten oder Rechenschafts- und Berichtspflichten gegenüber dem Parlament ausgeglichen wird.⁷⁴⁷ Folglich bestätigt das Bundesverfassungsgericht auch in dieser Entscheidung seine Auffassung, dass die durch die Unabhängigkeit bedingten „Einflussknicke“ durch begrenzte Modifikationen der demokratischen Legitimationsvermittlung kompensiert werden können.

Damit urteilt das Bundesverfassungsgericht, dass Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für begrenzte Modifikationen der Vermittlung demokratischer Legitimation offen sei. Das geforderte hinreichende Legitimationsniveau kann sich folglich im Sinne eines entwicklungsoffenen Demokratiemodells neben der klassischen Input-Legitimation auch aus anderen, output-bezogenen, d. h. ergebnisorientierten Legitimationselementen ergeben.

⁷⁴² Vgl. *Hermes*, Legitimationsprobleme, S. 479.

⁷⁴³ Vgl. BVerfG, Urteil v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89, NJW 1991, 159, 160; Beschl. v. 24.05.1995 - 2 BvF 1/92, NVwZ 1996, 574, 575; Beschl. v. 05.12.2002 - 2 BvL 5/98 u. a., NVwZ 2003, 974, 975.

⁷⁴⁴ Vgl. BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 272. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002 - 2 BvL 5/98 u. a., NVwZ 2003, 974.

⁷⁴⁵ Vgl. BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 272.

⁷⁴⁶ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt ebd. Rn. 295.

⁷⁴⁷ BVerfG, Urteil v. 30.07.2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, NJW 2019, 3204 Rn. 134, 212.

(2) Meinungsstand in der Literatur

Auch in der Literatur wurde die Zulässigkeit ministerialfreier Räume und deren Rechtfertigung schon früh unterschiedlich beurteilt und kontrovers diskutiert.⁷⁴⁸

Aus den oben dargestellten Grundsätzen zur demokratischen Legitimation folgt die herrschende Auffassung, dass ministerialfreie Räume nur in engen Grenzen zulässig sind.⁷⁴⁹ Die Schaffung ministerialfreier Räume wird jedenfalls dann akzeptiert, wenn neben einer gesetzlichen Grundlage⁷⁵⁰ zumindest eine der Eigenart der zu erfüllenden Aufgabe entsprechender Sachgrund vorliegt.⁷⁵¹ Weitergehend wird teilweise sogar vertreten, dass von politischer Einflussnahme der Exekutive freie Verwaltungsbehörden prima facie weder ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip, noch eine grundsätzlich rechtfertigungsbedürftige Ausnahme, sondern vielmehr ein institutionelles Instrumentarium zur Realisierung politischer Ziele seien.⁷⁵²

Demgegenüber wird eine Ministerialfreiheit über die verfassungsrechtlich geregelten Fälle hinaus von der Gegenansicht gänzlich ausgeschlossen⁷⁵³, wenngleich im Hinblick auf den Umfang der Aufsicht zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Bundesverwaltung unterschieden wird.⁷⁵⁴ So wird hervorgehoben, dass die ministerielle Aufsicht im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung organisationsbedingt schwächer als bei der unmittelbaren Bundesverwaltung ausfällt und es sich bei den mit Verwaltungsaufgaben befassten Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts oftmals um Selbstverwaltungsträger handelt.⁷⁵⁵ Neben den von der Verfassung zugelassenen Ausnahmen vom Erfordernis der ministeriellen Aufsicht werden weitere Ausnahmen allenfalls aus den in Art. 86 GG vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten des Gesetzgebers für möglich gehalten.⁷⁵⁶

(3) Ansätze zur Kompensation des Legitimationsdefizits

Wenngleich „ministerialfreie Räume“ und von der Regierung unabhängige Ausschüsse für gewisse Aufgaben der Verwaltung zulässig sein können, müssen die Handlungen dieser

⁷⁴⁸ Vgl. dazu Gärditz, AöR 135 (2010), 283 ff.; *Hermes*, Legitimationsprobleme, S. 474 ff.; *Kröger*, Unabhängigkeitsregime, S. 327 ff.; *Masing*, FS R. Schmidt, S. 521 ff.; Übersicht über den Meinungsstand bei *Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation, S. 19 ff.

⁷⁴⁹ Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 24; *Dreier*, in: Dreier II, Art. 20 (D) Rn. 123; *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof V, § 99 Rn. 135; *Uhle/Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 65 Rn. 20.

⁷⁵⁰ Vgl. *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz IV, Art. 65 Rn. 101.

⁷⁵¹ Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 24; *Dreier*, in: Dreier II, Art. 20 (D) Rn. 123; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Art. 86 Rn. 3 f.; *Mayen*, DÖV 2004, 51 ff.; *Trute*, in: GVwR I, § 9 Rn. 68; *Westermann*, Legitimation, S. 337. Ablehnend *Ludwigs*, DV 44 (2011), 48 f.

⁷⁵² Vgl. *Hermes*, Legitimationsprobleme, S. 483. Ähnlich auch *Pöcker*, VerwArch 99, 380 f.; a. A. *Döhler*, DV 34 (2001), 70.

⁷⁵³ Vgl. *Kahl*, in: IPE V, § 74 Rn. 44; *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 86 Rn. 58; *Schmidt*, DÖV 2005, 1030.

⁷⁵⁴ Vgl. *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 86 Rn. 58; *Loening*, DVBl 1954, 176 f.

⁷⁵⁵ Vgl. *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 86 Rn. 58; *Loening*, DVBl 1954, 173 ff. schließt mittelbare Bundesverwaltung gänzlich vom Themenbereich aus.

⁷⁵⁶ Vgl. *Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 86 Rn. 59.

unabhängigen Behörden demokratisch legitimiert sein.⁷⁵⁷ Um das durch die Unabhängigkeit von Verwaltungsbehörden entstehende Legitimationsdefizit zu kompensieren, werden im Schrifttum verschiedene Ansätze entwickelt. Im Kern geht es darum, die monistische Auslegung des Demokratieprinzips⁷⁵⁸ zu erweitern und zu modifizieren.⁷⁵⁹

Vorgeschlagen wird insbesondere ein „pluralistisches Legitimationskonzept“, in dem die parlamentarische Kontrolle einer von mehreren Bausteinen sein soll.⁷⁶⁰ Dabei sollen zudem output-orientierte Elemente eine Rolle spielen.⁷⁶¹ Diskutiert wird vorwiegend eine gesellschaftliche Partizipation wie beispielsweise die Einbeziehung von Interessenorganisationen in beratende Ausschüsse oder die Entsendung von Mitgliedern in Leitungsorgane.⁷⁶²

Zudem wird angeregt, den Begriff demokratischer Legitimation enger zu fassen und darunter nur die politische Legitimation zu verstehen und diese mit der autonom-gesellschaftlichen Legitimation zu kombinieren, sodass ein ganz neues Legitimationsmodell entsteht.⁷⁶³ Dies sei vor allem deshalb vorzugswürdig, weil die unabhängige Regulierungsbehörde Wirtschaft und Politik kopple, sodass sich eine Legitimation gemischt aus politisch-demokratischer und wirtschaftlicher Legitimation als sinnvoll erweise.⁷⁶⁴

Einen weiteren Ansatz stellt die Kompensation der geminderten demokratischen Legitimation durch eine Verantwortlichkeit der Regulierungsbehörde nicht über den Minister, sondern unmittelbar gegenüber dem Parlament dar (vgl. dazu **Kapitel 5 II. 6.**).

Im Ergebnis dürften die Kontrollinstrumentarien nicht mehr auf die klassischen Mittel von Weisung und Rechtsaufsicht begrenzt bleiben, sondern vielmehr durch Berichtspflichten, Evaluationen, Kontrollverbünde von konkurrierenden Behörden oder Beiräte, Gremien und Ausschüsse sowie Kontrastorgane ergänzt werden.⁷⁶⁵ Anstelle des Bildes einer Legitimationskette tritt das der Legitimationsbausteine⁷⁶⁶ oder eines Mosaiks.⁷⁶⁷ Denn die Rechtsordnung kennt verschieden intensive politische Rückkopplungen und das Maß an politischen Einflussnahmemöglichkeiten ist als Ausdruck der behördlichen Organisationsvielfalt sehr verschieden.⁷⁶⁸ Dies steht im Einklang mit der oben skizzierten Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, nach der es nicht auf die Form der Legitimation

⁷⁵⁷ Vgl. Dreier, in: Dreier II, Art. 20 (D) Rn. 123; Gärditz, AöR 135 (2010), 284 f.; Hermes, Legitimationsprobleme, S. 474.

⁷⁵⁸ Vgl. Groß, VVDStRL 66 (2006), 207; Kröger, Unabhängigkeitsregime, S. 340 ff.

⁷⁵⁹ Vgl. Hermes, Legitimationsprobleme, S. 471, 476; Kersten, FS Papier, S. 105 f.; 108; Kröger, Unabhängigkeitsregime, S. 344 f.; Pöcker, VerwArch 99, 383 ff.; Westermann, Legitimation, S. 339.

⁷⁶⁰ Vgl. Groß, VVDStRL 66 (2006), 171 f., 175 f.; Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 73 ff.

⁷⁶¹ Vgl. Groß, VVDStRL 66 (2006), 172; Hermes, Legitimationsprobleme, S. 476; Trute, in: GVwR I, § 9 Rn. 53 f., 67; Westermann, Legitimation, S. 327. A. A. Gärditz, AöR 135 (2010), 278 f.

⁷⁶² Vgl. Eifert, GVwR I, § 19 Rn. 35 f.; Groß, VVDStRL 66 (2006), 173.

⁷⁶³ Vgl. Pöcker, VerwArch 99, 388.

⁷⁶⁴ Vgl. ebd., 388 f., 396 f.

⁷⁶⁵ Vgl. Trute, in: GVwR I, § 9 Rn. 68.

⁷⁶⁶ Vgl. Groß, VVDStRL 66 (2006), 139, 141; Kröger, Unabhängigkeitsregime, S. 351.

⁷⁶⁷ Vgl. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 7/45.

⁷⁶⁸ Vgl. Masing, Gutachten D des 66. DJT, D. 76 f.

ankommt, sondern vielmehr um deren Effektivität und die Erzielung eines „bestimmten Legitimationsniveaus“ geht (vgl. dazu unter **III. 1. c. bb. (1)**).

Zum Teil wird auch von „Legitimation durch Unabhängigkeit“⁷⁶⁹ gesprochen. Die Funktion einer solchen Behörde, für einen bestimmten Regelungsbereich eine sachgerechte Verwaltungs- und Organisationsstruktur zu gewährleisten, stelle einen normativen Grund dar, der für die Aufgabenübertragung an unabhängige Behörden spreche.⁷⁷⁰ Es geht dabei um die Frage, ob die organisatorische und institutionelle Ausgestaltung geeignet ist, die gesetzlich vorgegebenen Ziele zu erreichen.⁷⁷¹

Konkret für die Bundesnetzagentur wird unter anderem durch die Einbindung in den europäischen Regulierungsverbund bereits im Vorfeld der Regulierungsentscheidungen ein hohes Maß an Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung geschaffen, wodurch die Regulierungsbehörde Darlegungs- und Rechtfertigungslasten erfährt. Darüber hinaus wird durch das Zusammenspiel von nationalen und unionalen Verfahrensanforderungen ein besonderes Maß an prozeduraler Legitimation sichergestellt.⁷⁷²

Nicht zuletzt kann das unionsrechtliche Demokratieprinzip Auswirkungen auf das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip haben und zu einer Ergänzung der traditionellen Legitimationsmodi führen.⁷⁷³

cc. Zwischenfazit

Im Ergebnis resultiert weder aus dem Demokratieprinzip der Verfassung, insbesondere aus dem Erfordernis demokratischer Verantwortung bei der Ausübung von Staatsgewalt, noch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass administrative Aufgaben zwingend durch eine Ministerialverwaltung wahrgenommen werden müssen.

Vielmehr sind unabhängige Verwaltungsbehörden auch über die verfassungsrechtlich vorgesehenen Fälle hinaus nicht per se unzulässig, solange deren Maßnahmen gleichwohl demokratisch legitimiert sind. Die Literatur liefert brauchbare Ansätze zur Herstellung der erforderlichen demokratischen Legitimation.

d. Hierarchieprinzip als Teil der geschützten nationalen Identität?

Wie bereits dargestellt, ist nicht von einem Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip auszugehen. Insbesondere lässt sich das festgestellte Legitimationsdefizit anderweitig ausgleichen, wodurch das vom Bundesverfassungsgericht geforderte „bestimmte

⁷⁶⁹ Vgl. *Westermann*, Legitimation, S. 327.

⁷⁷⁰ Vgl. *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 122; *Westermann*, Legitimation, S. 327. So auch *Britz*, in: *Regulierungsrecht*, § 21 Rn. 58; *Trute*, in: *GVwR I*, § 9 Rn. 68.

⁷⁷¹ Vgl. *Masing*, FS R. Schmidt, S. 526 f.; *Steinbach*, DV 50 (2017), 512 f.; *Westermann*, Legitimation, S. 327 ff.

⁷⁷² Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Trute*, in: *GVwR I*, § 9 Rn. 68. Vgl. zur verfahrensmäßigen Verflechtung auch *Weiß*, in: *Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 32 Rn. 46 ff.

⁷⁷³ Vgl. *Kersten*, FS Papier, S. 108.

Legitimationsniveau“ gewährleistet bleibt. Auch eine parlamentarische Kontrolle ist weiterhin möglich.

Selbst wenn man einen solchen Verstoß gegen das nationale Demokratieprinzip annehmen würde, wäre fraglich, ob das seinen Ausdruck im Weisungsrecht findende Hierarchieprinzip der Verwaltung einen Kernbestandteil des durch die Ewigkeitsklausel geschützten Demokratieprinzips darstellt und damit Teil der geschützten nationalen Identität ist.

Dies wird man ablehnen müssen.⁷⁷⁴ Den Vorbehaltsbereichen, die dem „demokratischen Primärraum“⁷⁷⁵ zuzuordnen sind,⁷⁷⁶ lässt sich das ministerielle Weisungsrecht jedenfalls nicht zurechnen. Zwar folgt die hierarchische Struktur aus dem Demokratieprinzip, gleichwohl ist es nicht alternativlos.⁷⁷⁷ Wie aufgezeigt bestehen zur Begründung der demokratischen Legitimation Alternativen und die Unabhängigkeit kann zudem Teil eines Gemeinwohlsicherungskonzepts sein, das die Erreichung der Ziele von Parlamentsgesetzen gerade ermöglicht.⁷⁷⁸

Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon-Entscheidung ausführt, dass die Ausgestaltung des Demokratieprinzips der Verfassung offen dafür sei, die Bundesrepublik Deutschland in die Europäische Union zu integrieren. Dabei hebt es ausdrücklich hervor, dass die „dadurch ermöglichte neue Gestalt politischer Herrschaft“ nicht zwingend anhand der innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen der Mitgliedstaaten zu beurteilen sei. Vielmehr erlaube die Integrationsermächtigung auch andere als die im Grundgesetz festgeschriebenen Ausgestaltungen politischer Willensbildung. Die Grenze stelle dabei die unverfügbare Verfassungsidentität nach Art. 79 Abs. 3 GG dar.⁷⁷⁹

Die vom Bundesverfassungsgericht postulierte Offenheit des Grundgesetzes würde unterlaufen werden, wenn an jeglicher organisatorischen Ausformung der Verwaltung festgehalten werden würde. Dies gilt umso mehr, als sich der dahinterstehende Zweck der demokratischen Legitimation auch auf anderem Wege erreichen lässt.

Darüber hinaus wird argumentiert, dass der Gesetzgeber die Regulierung der Netzwirtschaftssektoren der Wirtschaft übertragen habe, sodass davon auszugehen sei, dass das Ministerialprinzip jedenfalls im Bereich der regulierten Netzwirtschaften nicht Teil des Kernbereichs nationalen Identität sein könne.⁷⁸⁰

⁷⁷⁴ So auch *Gundel*, EWS 2017, 305; *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 504; *Ruffert*, FS Scheuing, S. 413 f. In diese Richtung auch *Schmidt-Aßmann*, Konsolidierungsphase, S. 282 f. Spannungen ließen sich durch Heraufbeschwören nationaler Identitätsvorbehalte nicht lösen - gleichwohl „Entwurf einer Aufsichts- und Kontrollordnung“. A. A. *Ludwigs*, DV 44 (2011), 47 f.

⁷⁷⁵ BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 360.

⁷⁷⁶ Vgl. ebd. Rn. 248 f. Vgl. auch *Ruffert*, DVBl 2009, 1202 ff.

⁷⁷⁷ Vgl. BVerfG, Urteil v. 27.04.1959 - 2 BvF 2/58, NJW 1959, 1171 f.; *Dreier*, in: *Dreier II*, Art. 20 (D) Rn. 121; *Ders.*, Hierarchische Verwaltung, S. 134 ff., 148 ff., 157. So im Ergebnis wohl auch *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 448 ff.

⁷⁷⁸ Vgl. *Ruffert*, FS Scheuing, S. 414.

⁷⁷⁹ Vgl. BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 219.

⁷⁸⁰ Vgl. *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 504; *Dies.*, in: *Europäisierte Regulierungsstrukturen*, S. 48.

Letztlich dürfte das Weisungsrecht als Ausdruck des Hierarchieprinzips der Verwaltung damit nicht der Verfassungsidentität zuzuordnen sein.

e. Fazit

Im Ergebnis spricht viel dafür, dass die unionsrechtlich geforderte relative Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur mit dem nationalen Demokratieprinzip vereinbar ist.⁷⁸¹ Die rechtlichen Vorgaben der Europäischen Union führen nicht zu unüberwindbaren verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Vereinbarkeit mit unionsrechtlichem Demokratieprinzip

Da die Unabhängigkeitsvorgaben auf unionsrechtliches Sekundärrecht zurückgehen, ist fraglich, ob die von den Richtlinien geforderte relative Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur auch mit dem Demokratieprinzip in seiner unionsrechtlichen Ausprägung vereinbar ist.

Zum Teil wird in der Lehre vertreten, dass unabhängige Verwaltungsbehörden auch einen Verstoß gegen das unionsrechtliche Demokratieprinzip aus Art. 2 S. 1 und Art. 10 Abs. 1 und 2 EUV darstellen.⁷⁸² Daneben liege eine zur Verletzung des verfassungsrechtlichen Identitätsvorbehalts akzessorische Verletzung des Gebots der Achtung der mitgliedstaatlichen Identität aus Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV vor.⁷⁸³

a. Demokratieprinzip in seiner unionsrechtlichen Ausprägung

Auch das Unionsrecht nennt die Demokratie in Art. 2 S. 1 EUV als einen der Werte, auf die sich die Europäische Union gründet und verpflichtet sich in den Art. 9 ff. EUV demokratischen Grundsätzen. Nach Art. 10 Abs. 1 EUV beruht die Arbeitsweise der EU auf einer repräsentativen Demokratie, allerdings in einer unionsspezifischen Ausgestaltung.⁷⁸⁴

Das unionsrechtliche Legitimationsmodell stellt ein „System verflochtener Demokratie“⁷⁸⁵ dar, in welchem die politischen Entscheidungsprozesse vielfältig vernetzt sind und anstelle eines repräsentativen Legitimationskonzepts verschiedene Legitimationsbausteine zusammenwirken.⁷⁸⁶ Nichtsdestotrotz unterfällt diesem Demokratieverständnis sowohl die parlamentarische Legitimation als auch die Kontrolle der öffentlichen Gewalt.⁷⁸⁷ Die Legitimationsstruktur der Europäischen Union ist zweipolig, denn die demokratische

⁷⁸¹ So auch *Masing*, Übergreifenden Grundsätze der Netzregulierung, S. 169 f.; *Ruffert*, in: FS Scheuing, S. 410.

⁷⁸² Vgl. *Gärditz*, AöR 135 (2010), 279, 282.

⁷⁸³ Vgl. ebd., 283 ff.; *Kahl*, FS Spellenberg, S. 711 f.

⁷⁸⁴ So BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 271 f.; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 2 EUV Rn. 21; *Kröll/Lienbacher*, in: *Schwarze*, Art. 10 EUV Rn. 9.

⁷⁸⁵ Vgl. BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 277.

⁷⁸⁶ Vgl. *Kersten*, FS Papier, S. 104, 107.

⁷⁸⁷ So BVerfG, Urteil v. 30.07.2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, NJW 2019, 3204 Rn. 135; *Heselhaus*, in: *Frankfurter Komm. I*, Art. 10 EUV Rn. 18 f.; *Hilf/Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 2 EUV Rn. 26, 30.

Legitimation wird zum einen über die ihrerseits demokratisch verfassten Mitgliedstaaten und zum anderen über das Europäische Parlament hergestellt.⁷⁸⁸

b. Maßgeblichkeit auch für mitgliedstaatliche Behörden

Da Art. 2 EUV neben der Geltung für die Organe der Europäischen Union auch im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten Geltung beansprucht⁷⁸⁹, ist das europäische Demokratieprinzip Maßstab auch für europarechtliche Organisationsvorgaben, die mitgliedstaatliche Behörden wie die nationale Regulierungsbehörde betreffen. Das unionale Demokratieprinzip ist deshalb sowohl beim Erlass von Sekundärrechtsakten durch die Unionsorgane als auch von den Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung in innerstaatliches Recht zu berücksichtigen.⁷⁹⁰

c. Die Rechtsprechung des EuGHs zu unabhängigen Behörden

Dem Recht der Europäischen Union sind ministerialfreie Räume nicht fremd. So wurde insbesondere die Europäische Zentralbank als unabhängige Behörde errichtet (vgl. Art. 130 S. 1 AEUV).

Auch der EuGH hat sich bereits mehrmals mit der Vereinbarkeit unabhängiger Behörden mit dem Demokratieprinzip in seiner unionsrechtlichen Ausprägung auseinandergesetzt. Die Wichtigkeit der demokratischen Legitimation wurde vom Europäischen Gerichtshof erstmals in der sog. Meroni-Rechtsprechung herausgestellt. Diese Rechtsprechung wurde von den Parteien und sodann auch vom Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache C-718/18 aufgegriffen.⁷⁹¹

Der EuGH hat in dieser Entscheidung den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts hervorgehoben und die Grenzen einer Kompetenzübertragung auf verselbständigte Gemeinschaftseinrichtungen verdeutlicht.⁷⁹² Der Gerichtshof führt dazu aus, dass verselbständigte Agenturen nur informatorische oder entscheidungsvorbereitende Funktionen haben können bzw. bei delegierter Entscheidungskompetenz strengen rechtlichen Bindungen unterliegen.⁷⁹³ Das übertragende Organ muss die Aufsicht führen und die gerichtliche Kontrolle durch den Gerichtshof gewährleistet sein.⁷⁹⁴ Daraus folgt, dass eine Ministerialfreiheit auch auf unionaler Ebene nicht voraussetzungslos zulässig ist.

⁷⁸⁸ Vgl. v. Bogdandy, in: Europ. VerfassungsR, S. 65; Dreier/Kuch, HVwR III, § 60 Rn. 72; Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 165 ff.

⁷⁸⁹ Vgl. Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 2 Rn. 10; Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 2 EUV Rn. 18.

⁷⁹⁰ Vgl. Holznagel/Schumacher, JURA 2012, 505.

⁷⁹¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 90, 96, 131.

⁷⁹² Vgl. EuGH, Urteil v. 13.06.1958 - C-9/56, ECLI:EU:C:1958:7.

⁷⁹³ Vgl. Winter, EuR 2005, 263.

⁷⁹⁴ Vgl. Wittinger, EuR 2008, 618.

Wenngleich der EuGH in seiner früheren Judikatur die Zulässigkeit solcher unabhängigen Stellen restriktiv beurteilt hat⁷⁹⁵, hat er diese Ansicht zugunsten differenzierterer Möglichkeiten der Verwaltungsorganisation gelockert.

In der neueren Rechtsprechung hat sich der Europäische Gerichtshof mit den Anforderungen des europarechtlichen Demokratieprinzips auseinandergesetzt und dabei auch zu den Legitimationserfordernissen unabhängiger Behörden ausgeführt.⁷⁹⁶ In einer Entscheidung zum Datenschutzrecht hat der Gerichtshof den Einwand, dass mit ministerialfreien Räumen ein unzulässiger Verstoß gegen den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Demokratie vorliege, zurückgewiesen. Der EuGH stellt fest, dass der Grundsatz der Demokratie primärrechtlich verankerter Teil der Unionsrechtsordnung und als Gemeinschaftsgrundsatz bei der Auslegung von Sekundärrechtsakten zu berücksichtigen sei.⁷⁹⁷ Gleichwohl folge aus dem Demokratieprinzip in seiner unionsrechtlichen Ausprägung nicht, dass es außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus nicht auch von der Regierung mehr oder weniger unabhängige Stellen geben könne. Solche Stellen sind auch dem deutschen Recht nicht fremd, sie bleiben an das Gesetz gebunden und sind zudem der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterworfen (vgl. dazu bereits unter **I. 1. c.**). Dies gilt insbesondere deshalb, da die streitgegenständliche Richtlinie den Mitgliedstaaten nicht jegliche Einflussmöglichkeit des nationalen Parlaments verwehrt. So kann parlamentarischer Einfluss beispielsweise durch die Bestellung des Leitungspersonal durch das Parlament oder die Regierung oder die Festlegung der Ausgestaltung der Kompetenzen durch den Gesetzgeber gesichert werden.⁷⁹⁸

Dieses Unabhängigkeitserfordernis hat der EuGH für das Datenschutzrecht mehrfach bestätigt.⁷⁹⁹ Insoweit ist der Fall auch mit dem der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde vergleichbar, da auch hier Formen der Einflussnahme des Parlaments möglich blieben (vgl. dazu unter **II. 1. b.**). Letztlich ist es damit auch für eine dem europäischen Demokratieprinzip entsprechende demokratische Legitimation maßgeblich, dass die Verwaltungspraxis durch materiell-rechtliche Vorgaben determiniert ist und eine gerichtliche Rechtskontrolle besteht.⁸⁰⁰

d. Fazit

Im Ergebnis kann damit auch aus dem Demokratieprinzip in seiner unionsrechtlichen Ausprägung keine Unvereinbarkeit der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde gefolgert werden. Zum einen ist das Unionsrecht offen für verschiedene Legitimationswege, zum anderen folgt dies aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

⁷⁹⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 13.06.1958 - C-10/56, ECLI:EU:C:1958:8.

⁷⁹⁶ Vgl. EuGH, Urteil v. 09.03.2010 - C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 Rn. 42.

⁷⁹⁷ Vgl. ebd. Rn. 41 f.

⁷⁹⁸ So ebd. Rn. 42 ff.

⁷⁹⁹ Vgl. EuGH, Urteil v. 16.10.2012 - C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631; Urteil v. 08.04.2014 - C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237.

⁸⁰⁰ Vgl. Gärditz, N&R-Beilage 2/2011, 16; Holznagel/Schumacher, JURA 2012, 505.

Kapitel 4 - Rechtsschutz

Typisch für das Energieverwaltungsrecht ist das Bestehen von mehrpoligen Konfliktlagen mit einander zuwiderlaufenden Privatinteressen.⁸⁰¹ Bereits deshalb kommt der Sicherstellung effektiven Rechtsschutzes erhebliches Gewicht zu. Aufgrund der Tatsache, dass Regulierung immer auch Eingriffe in die Grundrechte der Regulierungssubjekte bedeutet, wird die Frage nach der gerichtlichen Kontrolle von Behördenentscheidungen im Energieregulierungsrecht besonders virulent. Neuen Zündstoff bekommt die Diskussion um den Rechtsschutz nun auch durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-718/18 aus dem Jahr 2021, da sich als Folgeproblem zur national auszugestaltenden Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde auch unter diesem Aspekt die Rechtsschutzfrage neu stellt. Die erforderliche Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde erscheint in Kombination mit der Verwaltung eingeräumten Letztentscheidungsrechten besonders problematisch.

Im Zuge der Untersuchung ist zunächst die gesetzliche Ausgestaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Regulierungsentscheidungen darzustellen (vgl. dazu unter **I.**). Die der Regulierungsverwaltung vielfach eingeräumten und diese flexibilisierende Entscheidungsfreiräume führen als Folge der dargestellten Legitimationsproblematik auch zu Problemen im Bereich des gerichtlichen Rechtsschutzes. Fraglich ist insbesondere, in welchem Maße die regulierungsbehördlichen Entscheidungen der Kontrolle durch die Gerichte unterliegen (vgl. dazu unter **II.**). Im Rahmen einer dogmatischen Betrachtung ist zum einen das Bestehen administrativer Letztentscheidungsbefugnissen unter Gesichtspunkten des deutschen und supranationalen Rechts sowie deren Wirkweise als Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte zu beleuchten (vgl. dazu unter **III.**) Sodann ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von behördlichen Letztentscheidungsrechten zu beurteilen (vgl. dazu unter **IV.**). Letztlich sind die verschiedenen Formen exekutiver Entscheidungsspielräume im nationalen Recht in den Blick zu nehmen (vgl. dazu unter **V.**).

I. Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen

1. Unionsrechtliche Vorgaben

Die unionsrechtlichen Vorgaben im Sekundärrecht weisen im Hinblick auf den gebotenen Rechtsschutz eine nur geringe Regelungsdichte auf. Art. 37 Abs. 11 EltRL 2009 und Art. 41 Abs. 11 GasRL 2009 nennen lediglich die Beschwerdemöglichkeit und das Erfordernis einer Entscheidung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes. Art. 37 Abs. 12 EltRL 2009 und Art. 41 Abs. 12 GasRL 2009 treffen Regelungen über die Beschwerdemöglichkeit gegenüber dieser Entscheidung. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten nach dem jeweiligen Abs. 14 von Art. 37 EltRL 2009 und Art. 41 GasRL 2009 einen wirksamen Geheimnisschutz sicherstellen.

Die maßgeblichen Vorgaben zum gebotenen Rechtsschutz ergeben sich damit aus dem nationalen Recht, insbesondere der Verfassung. Zu nennen sind hier Art. 19 Abs. 4 GG sowie

⁸⁰¹ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, Einl. C Rn. 123. Vgl. zum Telekommunikationsrecht auch BVerfG, Beschl. v. 14.03.2006 - 1 BvR 2087/03 u. a., NVwZ 2006, 1041 Rn. 94 ff.

die jeweiligen betroffenen materiellen Grundrechte.⁸⁰² Darüber hinaus resultieren auch aus allgemeinen Verfassungsprinzipien gewisse Rechtsschutzstandards. So normiert Art. 103 Abs. 1 GG den Anspruch auf rechtliches Gehör und gewährleistet damit einen angemessenen Verfahrensablauf.⁸⁰³

2. Einfachgesetzliche Ausgestaltung

a. Rechtswegzuweisung

Der Rechtsweg gegen Entscheidungen der Energieregulierungsbehörden führt, angelehnt an die Zuständigkeit in kartellrechtlichen Verfahren, trotz der Tatsache, dass es sich bei der Regulierung der Netzbetreiber um Verwaltungshandeln in Form der Eingriffsverwaltung handelt,⁸⁰⁴ zu den Zivilgerichten. § 75 Abs. 4 EnWG enthält eine abdrängende Sonderzuweisung. Ausschlaggebend für diese Rechtsschutzzuweisung war die Nähe zum Kartellrecht sowie der Beschleunigungsgedanke.⁸⁰⁵ Da im Bereich von Post und Telekommunikation nach § 40 VwGO die Verwaltungsgerichte zuständig sind, wird die Entscheidungskompetenz bezüglich der Maßnahmen der Bundesnetzagentur somit zwei unterschiedlichen Gerichtszweigen zugeordnet.⁸⁰⁶

Nach § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG können Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Wege der Beschwerde angefochten werden. Der Rechtsweg führt zu den am Sitz der jeweiligen Regulierungsbehörde zuständigen Oberlandesgerichte, § 75 Abs. 4 S. 1 EnWG. Beschwerden gegen die Entscheidungen der Bundesnetzagentur fallen somit in die ausschließliche Zuständigkeit des OLG Düsseldorf.

Soweit durch die angefochtene Entscheidung nicht eine Entscheidung zur Durchsetzung der Verpflichtungen nach den §§ 7 bis 7b und 8 bis 10d EnWG getroffen wird, hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung, § 76 Abs. 1 EnWG. Die Regulierungsbehörde kann jedoch die sofortige Vollziehung der Entscheidung anordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist, § 77 Abs. 1 EnWG.

Sofern die Bundesnetzagentur im Wege der Organleihe für ein Bundesland handelt, führt der Rechtsweg zu dem für das jeweilige Bundesland zuständigen Oberlandesgericht, da das Handeln der BNetzA der originär zuständigen Landesbehörde zugerechnet wird (vgl. dazu

⁸⁰² Zur verfahrensrechtlichen Schutzdimension der materiellen Grundrechte vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.07.1973 - 1 BvR 153/69, NJW 1974, 229, 231 f. (zu Art. 14 Abs. 1 GG); Beschl. v. 20.12.1979 - 1 BvR 385/77, NJW 1980, 759, 763 (zu Art. 2 Abs. 2 GG); Beschl. v. 27.10.1999 - 1 BvR 385/90, NJW 2000, 1175, 1176 (zum Verhältnis zwischen Art. 19 Abs. 4 GG und dem grundrechtsunmittelbaren Rechtsschutz). Aus dem Schrifttum vgl. *Ernst*, in: v. Münch/Kunig Bd. 1, Art. 19 Rn. 102; *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz II, Art. 14 Rn. 126 ff.

⁸⁰³ Vgl. *Degenhart*, in: Sachs, Art. 103 Rn. 4.

⁸⁰⁴ Vgl. *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 130.

⁸⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 71.

⁸⁰⁶ Vgl. *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 130. Fortführend zur Thematik *Schütte*, EnWZ 2020, 398.

bereits **Kapitel 1 III. 1.**). Zweitinstanzlich ist die Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eröffnet, § 86 Abs. 1 EnWG.

Das Gesetz regelt ausdrücklich nur die Anfechtungsbeschwerde (vgl. § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG), die Verpflichtungsbeschwerde (vgl. § 75 Abs. 3 EnWG) sowie die Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde (vgl. § 83 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 EnWG). Im Kartellrecht ist mittlerweile anerkannt, dass für einen von Art. 19 Abs. 4 GG vorgeschriebenen effektiven Rechtsschutz weitere Beschwerdearten notwendig sind.⁸⁰⁷ Die entsprechenden Regelungen des EnWG wurden aus dem Kartellrecht in Kenntnis der inzwischen gefestigten Rechtsprechung übernommen, sodass von einer Übertragbarkeit auszugehen ist.⁸⁰⁸ Dementsprechend ist über die normierten Beschwerdearten hinaus mittlerweile die allgemeine Leistungsbeschwerde anerkannt.⁸⁰⁹ Mangels praktischer Bedeutung im Rahmen des Kartellrechts ist eine allgemeine Feststellungsbeschwerde bisher nicht anerkannt⁸¹⁰, kann jedoch mit der Argumentation zur allgemeinen Leistungsbeschwerde jedenfalls als subsidiäre Beschwerdeart nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden.⁸¹¹

b. Kritik an der Rechtswegzuweisung

Die Eröffnung des Zivilrechtswegs für Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörden ist nach wie vor rechtspolitisch umstritten. Stand zum Zeitpunkt der Einführung der Energieregulierung noch die Rechtswegvereinheitlichung im Vordergrund der Diskussion, geht es heute vermehrt um das rechtspolitische Anliegen, den Rechtsweg entsprechend der materiell-rechtlichen Zuweisung der Streitigkeit zuzuordnen.⁸¹² Andernfalls würden der Verwaltungsgerichtsbarkeit wichtige Bereiche des Verwaltungshandelns sachlich ungerechtfertigt entzogen.⁸¹³

Auch die Beschwerde zu den Kartellgerichten und die damit einhergehende ausschließliche Zuständigkeit des OLG Düsseldorf gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur (sog. „Flaschenhals-Effekt“) wurde zum Teil kritisch gesehen. Insbesondere wurde kritisiert, dass die frühere RegTP mit der Post und der Telekom nur zwei Unternehmen zu regulieren hatte, während die Bundesnetzagentur mit ihrer erweiterten Zuständigkeit für weit mehr als 1000 Netzbetreiber zuständig sei. Es wurde befürchtet, dass dies zu erstinstanzlichen Verfahren von jahrelanger Dauer führen würde.⁸¹⁴

Als Argument für die Zuweisung des Rechtsschutzes vor die Oberlandesgerichte und Übernahme des kartellrechtlichen Rechtsschutzsystems auch für das

⁸⁰⁷ So BGH, Beschl. v. 18.02.1992 - KVR 4/91 (KG), NJW 1992, 1829.

⁸⁰⁸ Vgl. *Laubenstein/Bourazeri*, in: B/H/H, § 75 Rn. 1.

⁸⁰⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 19.06.2007 - KVZ 35/06, BeckRS 2007, 12163 Rn. 4; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.09.2009 - 3 Kart 25/08, BeckRS 2009, 87780; *K. Schmidt/Wirtz*, in: Immenga/Mestmäcker, § 73 Rn. 9.

⁸¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2009 - Kart 1/09, NJOZ 2010, 422, 425.

⁸¹¹ Vgl. *Bechtold/Bosch*, GWB, § 73 Rn. 14; *Laubenstein/Bourazeri*, in: B/H/H, § 75 Rn. 3; *Lange*, in: *Schneider/Theobald*, § 22 Rn. 20; *K. Schmidt/Wirtz*, in: Immenga/Mestmäcker, § 73 Rn. 11.

⁸¹² Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 93 f.; BR-Drs. 343/ 11 (Beschl.), S. 22 f.; *Franke*, FS Danner, S. 366 f.

⁸¹³ Vgl. *Rennert*, BayVBl 2015, 73, 75 f.; *Wöckel*, in: Eyermann, § 40 Rn. 100.

⁸¹⁴ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Becker*, ZNER 2004, 326; *Kühne/Brodowski*, NVwZ 2005, 855.

Regulierungsverwaltungsrecht wurde zunächst vorgebracht, dass die grundlegenden wettbewerbsrechtlichen Prinzipien auch dort gelten würden.⁸¹⁵ Weiterhin wurde angeführt, dass man vermeiden müsse, dass allgemeines und sektorspezifisches Wettbewerbsrecht auseinanderfallen würden.⁸¹⁶ Zudem ginge es auch darum, die Einheitlichkeit der Kartellrechtsprechung zu wahren.⁸¹⁷ Letztlich wurden die Kartellgerichte im Bereich der wettbewerbsbezogenen Fragen aufgrund ihrer Spruchfähigkeit als im Vergleich zu den Verwaltungsgerichten fachlich kompetenter angesehen.⁸¹⁸

Nicht zuzustimmen ist dem Argument, dass durch die abdrängende Sonderzuweisung originär öffentlich-rechtliche Streitigkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen werden. Die Besonderheit des Regulierungsrechts besteht gerade darin, dass es als sektorspezifisches Kartellrecht auch wettbewerbliche und damit zivilrechtliche Bezüge aufweist. Dieser wettbewerbliche Charakter spricht für die Zuweisung zu den ordentlichen Gerichten. Diese sind aufgrund des Verfahrensgegenstands, der vielfach ökonomische Fragestellungen beinhaltet, sachnäher und die jeweils zuständigen Spruchkörper fachlich spezialisiert. Dementsprechend ist für gerichtliche Verfahren ohne wettbewerblichen Charakter der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet (vgl. bspw. die Planfeststellung gem. § 43 ff. EnWG).

Auch die dadurch sektorübergreifend zwischen dem allgemeinen Kartellrecht und dem Energiewirtschaftsrecht bestehende einheitliche Rechtsanwendung ist zu begrüßen. Die vorhandene Rechtswegzersplitterung im Hinblick auf die übrigen Teilbereiche des Regulierungsrechts, namentlich des Telekommunikations-, Post- und Eisenbahnrecht, für welche entsprechend ihrer materiell-rechtlichen Einordnung der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, spricht dafür, für alle Teilbereiche des Regulierungsrechts eine einheitliche Regelung entsprechend des Kartellrechts zu schaffen.

c. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Nach § 80 EnWG herrscht in der Beschwerdeinstanz Anwaltszwang, was auf die oftmals hohe Komplexität der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssachen zurückzuführen ist.⁸¹⁹

Die Beschwerde ist innerhalb der Monatsfrist des § 78 Abs. 1 S. 1 EnWG einzulegen. Seit der letzten Änderungsnovelle des EnWG ist die Beschwerde nicht mehr wie zuvor bei der Regulierungsbehörde, sondern nach § 78 Abs. 1 S. 1 EnWG bei dem Beschwerdegericht schriftlich einzureichen. Nach der Gesetzesbegründung wurde für diese Möglichkeit kein Bedarf mehr gesehen, da in der Praxis kaum Gebrauch davon gemacht wurde.⁸²⁰

⁸¹⁵ Vgl. für den Eisenbahnsektor *Ruge*, AöR 131 (2006), 32.

⁸¹⁶ Vgl. *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 9; *Möschel/Haug*, MMR 2003, 508.

⁸¹⁷ Vgl. *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 57.

⁸¹⁸ Vgl. *Holznagel/Werthmann*, IR 2004, 76; *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 58. Zur Kritik an der Zuweisung zur Zivilgerichtsbarkeit und den Argumenten, die für den Verwaltungsrechtsweg sprechen, *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 167 f.

⁸¹⁹ Vgl. *Laubenstein/Bourazeri*, in: B/H/H, § 80 Rn. 1.

⁸²⁰ Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 116.

Darüber hinaus ist die Beschwerde nach § 78 Abs. 3 S. 1 und 2 EnWG innerhalb einer Monatsfrist zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde zu laufen und kann auf Antrag verlängert werden, § 78 Abs. 3 S. 2 EnWG. § 78 Abs. 4 EnWG enthält Vorgaben für den Inhalt der Beschwerdebegründung. Nach § 78 Abs. 5 EnWG muss die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung entsprechend der vorgesehenen Anwaltpflicht durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Wahrung der Frist und Formvorgaben prüft das Beschwerdegericht von Amts wegen und verwirft die Beschwerde analog § 522 Abs. 1 ZPO, § 125 Abs. 2 VwGO als unzulässig, sofern die Voraussetzungen nicht vorliegen.⁸²¹

c. Eilrechtsschutz, § 77 EnWG

§ 77 EnWG regelt mit den Absätzen 1 und 2 die für das Verwaltungsverfahren typische Befugnis der Regulierungsbehörde die sofortige Vollziehung anzuordnen und in den Absätzen 3 bis 5 die Voraussetzungen, unter welchen das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde (vgl. § 76 Abs. 1 EnWG) wiederherstellen kann. Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 77 Abs. 1 EnWG ist das Rechtsmittel des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 EnWG zulässig.⁸²²

II. Kontrolldichte für behördliche Regulierungsentscheidungen

Fraglich und seit vielen Jahren umstritten ist, welche Kontrolldichte für behördliche Regulierungsentscheidungen sachangemessen ist.⁸²³

Nach der Judikatur des Bundesgerichtshofs kommt der Regulierungsbehörde im Bereich des Energiewirtschaftsrechts regelmäßig eine Letztentscheidungsbefugnis im Sinne eines Regulierungsermessens zu.⁸²⁴ In der Literatur ist die Einräumung dieser teils weitreichenden Spielräume der Regulierungsbehörde demgegenüber umstritten.

⁸²¹ Vgl. *Laubenstein/Bourazeri*, in: B/H/H, § 78 Rn. 9.

⁸²² Vgl. *Boos*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 77 EnWG Rn. 13; *Johanns/Roesen*, in: Berl.Komm I 2, § 77 Rn. 8.

⁸²³ Vgl. *Attendorn*, MMR 2009, 238 ff.; *Ders.*, Marktgestalter, S. 263 ff.; *Eifert*, ZHR 174 (2010), 459 ff.; *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005 ff.; *Ders.*, DVBl 2016, 399 ff.; *Ludwigs*, JZ 2009, 292 ff.; *Ders.*, RdE 2013, 297 ff.; *Winkler*, MMR 2012, 186, 189.

⁸²⁴ So BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378 Rn. 10, 24 ff.; Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16724 Rn. 22 ff.; Beschl. v. 07.10.2014 - EnVR 25/12, EnWZ 2015, 84 Rn. 26; Beschl. v. 07.06.2016 - EnVR 62/14, BeckRS 2016, 13537 Rn. 25; Beschl. v. 12.12.2017 - EnVR 2/17, NVwZ-RR 2018, 341 Rn. 24 ff.; Beschl. v. 12.06.2018 - EnVR 29/16, BeckRS 2018, 15563 Rn. 14.

1. Rechtsprechung

a. Entwicklung des Regulierungsermessens durch die Rechtsprechung

Für den Bereich des Telekommunikationsrechts hat das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung die dem Planungsermessens ähnliche Kategorie des Regulierungsermessens entwickelt.⁸²⁵

Das Gericht argumentiert, dass der Entscheidung über Regulierungsverpflichtungen eine umfassende Abwägung der verschiedenen gegenläufigen Interessen vorhergehe. Die Beschlusskammern seien mit Mitgliedern, die über besondere Sachkunde verfügen, besetzt. Im Rahmen eines mit Antrags- und Beteiligungsrechten ausgestatteten förmlichen Verwaltungsverfahrens nähmen diese eine gestaltende Aufgabe wahr, deren Ergebnis weitgehend frei von normativen Vorgaben sei. Vielmehr sei eine Prognose darüber notwendig, wie die verschiedenen Regulierungsziele unter Einbeziehung der abwägungserheblichen Belange zu verwirklichen sind.⁸²⁶

Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Regulierungsermessens im Telekommunikationsrecht lassen sich jedoch nicht pauschal auf andere Bereiche übertragen. Insbesondere wegen der hohen Grundrechtssensibilität der Materie muss eine etwaige Übertragbarkeit der Rechtsprechung für jede Rechtsnorm separat geprüft werden.⁸²⁷ Während früher explizit betont wurde, dass ein umfassendes, bereichsübergreifendes Regulierungsermessens nicht bestehe⁸²⁸, hat sich das Regulierungsermessens mittlerweile gleichwohl Schritt für Schritt zu einer sektorenübergreifenden Rechtsfigur entwickelt.⁸²⁹ Grund dafür ist die Typizität des planerisch gestaltenden Charakters der Regulierungsentscheidungen unabhängig von der jeweiligen Netzwirtschaft.⁸³⁰

So hat der Bundesgerichtshof das vom Bundesverwaltungsgericht etablierte Regulierungsermessens mittlerweile auch im Rahmen der Energieregulierung für einzelne konkrete Ermächtigungen anerkannt.⁸³¹ Die Regulierungsbehörde habe danach Spielräume, die „hinsichtlich einiger Aspekte einem Beurteilungsspielraum, hinsichtlich anderer Aspekte einem

⁸²⁵ Prägend BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575 Rn. 28 ff. Vgl. auch BVerwG Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359 Rn. 47; Urteil v. 29.10.2008 - 6 C 38/07, NVwZ 2009, 653 Rn. 42, 62; Urteil v. 14.12.2011 - 6 C 36/10, NVwZ-RR 2012, 192 Rn. 46. Kritisch zur Anlehnung an Dogmatik des Planungsermessens *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 40 VwVfG Rn. 28.

⁸²⁶ Vgl. BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575 Rn. 30; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1361 Rn. 20; Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577 Rn. 29 ff.

⁸²⁷ Vgl. *Ludwigs*, JZ 2009, 294; *Proelß*, AöR 136 (2011), 412; *Schneider*, in: Regulierungsrecht, § 22 Rn. 22.

⁸²⁸ Vgl. *Attendorn*, MMR 2009, 238 f.; *Ludwigs*, JZ 2009, 294 f.; *Proelß*, AöR 136 (2011), 412 f.

⁸²⁹ Vgl. *Ludwigs*, DV 49 (2016), 278; *Ders.*, FS Schmidt-Preuß, S. 706; *Ders.*, DÖV 2020, 407.

⁸³⁰ Vgl. *Eifert*, in: GVwR I, § 19 Rn. 136.; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 266. Vgl. zum Telekommunikationssektor *Ladeur/Möllers*, DVBl 2005, 529. Vgl. grundsätzlich zu den Voraussetzungen eines Beurteilungsspielraums der Verwaltung BVerwG, Urteil v. 25.11.1993 - 3 C 38/91, NVwZ 1995, 707, 708 ff.

⁸³¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378 Rn. 10, 24 ff.; Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16725 Rn. 22 ff.; Beschl. v. 07.10.2014 - EnVR 25/12, EnWZ 2015, 84 Rn. 26; Beschl. v. 07.06.2016 - EnVR 62/14, BeckRS 2016, 13537 Rn. 25; Beschl. v. 12.12.2017 - EnVR 2/17, NVwZ-RR 2018, 341 Rn. 24 ff.; Beschl. v. 12.06.2018 - EnVR 29/16, BeckRS 2018, 15563 Rn. 14.

Regulierungsermessen“ gleichkommen.⁸³² Es geht jeweils um regulatorische Entscheidungen, die prognostische Elemente enthalten und denen eine Abwägung zugrunde liegt.⁸³³

Auch das OLG Düsseldorf hat betont, dass konkret Ermächtigungen zur Regelung von Vertragsinhalten⁸³⁴ sowie die Ausgestaltung eines Ausschreibungsverfahrens⁸³⁵ einen Gestaltungsauftrag der Regulierungsbehörde einschließen. Der Regulierungsbehörde komme ein Beurteilungsspielraum insoweit zu, als „die Ausfüllung dieser gesetzlichen Vorgaben in einzelnen Beziehungen eine komplexe Prüfung und Bewertung einer Reihe von Fragen erfordert, die nicht exakt im Sinne von „richtig oder falsch“ beantwortet werden können.“⁸³⁶

In formeller Hinsicht begründet die Rechtsprechung ihre Entscheidungen damit, dass die Regulierungsentscheidungen durch die Bundesnetzagentur mit den entsprechenden Beschlusskammern ein Verwaltungsorgan darstelle, das besonders fachlich legitimiert sei und in einem besonderen Verfahren entscheide.⁸³⁷ Es wird zudem betont, dass mögliche Auffassungsunterschiede bereits durch das entscheidende Kollegialorgan zum Ausgleich gebracht werden.⁸³⁸

Als materielle Begründung für die als „Regulierungsermessen“ bezeichneten behördlichen Entscheidungsspielräume verweisen der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht auf die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, wonach die gerichtliche Kontrolle nicht weiter reichen kann als die materiell-rechtliche Bindung der Verwaltung und dort endet, wo das materielle Recht Entscheidungen der Behörde nicht vollständig determiniert (vgl. dazu ausführlich unter **III. 2.**).⁸³⁹

Legitimiert wird die Einräumung von Regulierungsermessen mit mehreren verschiedenen Sachgründen. So wird der gestaltende Charakter der Regulierung und die notwendigen Methodenoffenheit⁸⁴⁰ sowie der wertende, prognostische Charakter der behördlichen Regulierungsentscheidungen⁸⁴¹ angeführt. Einen weiteren Grund stellt die für die Normanwendung erforderliche Abwägung mit den Regulierungszielen dar.⁸⁴² Zudem wird betont, dass es die komplexe Normstruktur der Vorschriften ausschließt, die durch unbestimmte

⁸³² BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378, 380 Rn. 24.

⁸³³ Vgl. Franke, FS Danner, S. 372 f.; Ders., DV 49 (2016), 36.

⁸³⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.03.2017 - VI-3 Kart 107/15 (V), BeckRS 2017, 115478 Rn. 31.

⁸³⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.07.2018 - 3 Kart 806/18 (V), BeckRS 2018, 15376 Rn. 48.

⁸³⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.03.2017 - VI-3 Kart 107/15 (V), BeckRS 2017, 115478 Rn. 31; Beschl. v. 11.07.2018 - 3 Kart 806/18 (V), BeckRS 2018, 15376 Rn. 48 (in Rn. 60 ist von einem „Regulierungsermessen“ die Rede), jeweils unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 13.12.2016 - EnVR 34/15, NVwZ-RR 2017, 412 Rn. 12.

⁸³⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 16.05.2007 - 3 C 8/06, NJW 2007, 2790, 2792 Rn. 27; Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577 Rn. 29 (zu § 21 TKG).

⁸³⁸ Vgl. BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577 Rn. 29.

⁸³⁹ Vgl. ebd.; Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378, 380 Rn. 25.

⁸⁴⁰ Vgl. BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 579 Rn. 30; BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378, 380 Rn. 23; Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16725 Rn. 21.

⁸⁴¹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577 Rn. 30; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1360 Rn. 16.

⁸⁴² Vgl. BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577 Rn. 28 f.; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1364 Rn. 47; Urteil v. 27.01.2010 - 6 C 22/08, NVwZ 2010, 1359, 1361 Rn. 16; Beschl. v. 08.04.2011 - 6 B 48/10, NVwZ-RR 2011, 600, 601 Rn. 7; BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378, 380 Rn. 27.

Rechtsbegriffe geprägte Abwägung von einer Ermessensbetätigung zu trennen und nur erstere der vollen Rechtskontrolle durch die Judikative zu unterwerfen.⁸⁴³ Darüber hinaus hat das BVerwG das Regulierungsermessen zunächst aus dem Unionsrecht hergeleitet⁸⁴⁴, später jedoch von dieser Begründung keinen Gebrauch mehr gemacht.⁸⁴⁵

b. Begründungsanforderungen

Sowohl die Einräumung als auch die Ausfüllung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse unterliegt jedoch bestimmten Begründungsanforderungen.

So betont das OLG Düsseldorf zunächst, dass die Einräumung eines kontrollfreien Beurteilungsspielraums aufgrund der grundsätzlichen Verpflichtung der Gerichte zur vollständigen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen (vgl. dazu unter **III. 1.**) besonders begründungsbedürftig sei.⁸⁴⁶

Dementsprechend hat auch der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass die Regulierungsbehörde bei der Ausfüllung ihres Entscheidungsspielraums besonderen Begründungsanforderungen unterliegt.⁸⁴⁷ Auch das Bundesverwaltungsgericht ist der Ansicht, dass zur Überprüfung der Ausübung von Entscheidungsspielräumen die eigentliche Bewertung der Behörde auch daraufhin überprüft werden muss, ob im Hinblick auf die in der entsprechenden Norm vorgegebenen Kriterien kohärent und plausibel argumentiert wurde.⁸⁴⁸ Dieses Erfordernis folgt aus der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und ist bereits wegen der hohen Grundrechtsrelevanz der Entscheidungen ausnahmslos zu beachten.⁸⁴⁹

Das Begründungserfordernis ist dabei unabhängig von der Qualifizierung des Entscheidungsspielraums als Beurteilungsspielraum oder Regulierungsermessen.⁸⁵⁰ Nur so kann trotz der Einschränkung durch den Entscheidungsspielraum eine hinreichend wirksame gerichtliche Kontrolle ermöglicht werden.⁸⁵¹ Mithin stellt das Begründungserfordernis eine wesentliche Verfahrensanforderung dar.

⁸⁴³ Vgl. BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577 Rn. 29; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1364 Rn. 47.

⁸⁴⁴ Für das Regulierungsermessen im Rahmen der Marktdefinition und -analyse im Telekommunikationsrecht BVerwG, Urteil v. 2.4.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1360 Rn. 17. Für die Kostenorientierung im Telekommunikationsrecht BVerwG, Urteil v. 23.11.2011 - 6 C 11/10, NVwZ 2012, 1047, 1050 Rn. 37.

⁸⁴⁵ So *Gärditz*, Gutachten D des 71. DJT, D 81 unter Verweis auf BVerwGE 148, 48 Rn. 33 ff., anders noch BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577 Rn. 30; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1360 Rn. 17; *Ludwigs*, DÖV 2020, 407.

⁸⁴⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.07.2006 - 3 Kart 289/06 (V), BeckRS 2009, 22827.

⁸⁴⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16725 Rn. 29 f.

⁸⁴⁸ Vgl. BVerwG, Urteil v. 23.03.2011 - 6 C 6/10, NVwZ 2011, 1333 Rn. 38; Urteil v. 23.11.2011 - 6 C 11/10, NVwZ 2012, 1047 Rn. 38; Urteil v. 25.09.2013 - 6 C 13/12, NVwZ 2014, 589 Rn. 34 ff. Aus der Literatur *Burgi*, RdE 2020, 110, 114; *Lange*, in: *Schneider/Theobald*, § 22 Rn. 72.

⁸⁴⁹ BVerwG, Urteil v. 25.09.2013 - 6 C 13/12, NVwZ 2014, 589 Rn. 34 ff.

⁸⁵⁰ Vgl. BVerwG, Urteil v. 25.09.2013 - 6 C 13/12, NVwZ 2014, 589 Rn. 34.

⁸⁵¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16725 Rn. 29. Vgl. auch BVerwG, Urteil v. 25.09.2013 - 6 C 13/12, NVwZ 2014, 589 Rn. 39.

c. Kritik an der Rechtsprechung

Die Judikatur zum Regulierungsermessen wird in der Literatur zum Teil kritisch bewertet. Insbesondere wird die Anlehnung des Regulierungsermessens an das Planungsermessen kritisiert.⁸⁵² Es fehle schon an der Vergleichbarkeit der zugrunde liegenden Sachverhalte. Die dem Planungsermessen zugrundeliegenden Raumnutzungsentscheidungen in der Bauleit- und Fachplanung beinhalten komplexe Interessenkollisionen und die Abwägung multipolarer sowie öffentlicher und privater Belange. Die Netzregulierung diene demgegenüber der Wettbewerbsförderung im begrenzten Dreiecksverhältnis. Vorgeschlagen wird deshalb, das „Regulierungsermessen“ als „Gestaltungsspielraum sui generis“ einzuordnen und nur sachgebietstypisch und nicht gebietsübergreifend zu verstehen.⁸⁵³

Darüber hinaus wird festgestellt, dass die Rechtsprechung im Energiewirtschaftsrecht bei der Ermittlung komplexer ökonomischer Sachverhalte weniger auf ökonomische Erkenntnisse abstelle, sondern vielmehr auf rechtliche Erwägungen wie verfahrensökonomische Überlegungen zurückgreife,⁸⁵⁴ ohne dass diese Vorgehensweise verfassungsrechtlich abgesichert sei.⁸⁵⁵

Hervorzuheben ist zudem, dass insbesondere der BGH die als Regulierungsermessen bezeichneten Entscheidungsfreiräume der Regulierungsbehörde nicht dogmatisch herleitet.⁸⁵⁶ Außerdem wird kritisiert, dass der Bundesgerichtshof das vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte enge Konzept der besonders komplexen Konstellation von Kombination aus unbestimmten Rechtsbegriffen oder Rechtsbegriffen die eine prognostische Einschätzung voraussetzen, auf der Tatbestandseite mit einem Ermessen auf der Rechtsfolgenseite überdehne und schon begrifflich von der entsprechenden Judikatur abweiche.⁸⁵⁷ Ebenso wenig setzen sich die ordentlichen Gerichte mit dem etwaigen Erfordernis einer normativen Ermächtigung oder anders als das BVerwG⁸⁵⁸ mit unionsrechtlichen Erwägungen auseinander.⁸⁵⁹

So führt das OLG Düsseldorf beispielsweise lediglich aus, dass die Ermächtigungsgrundlage hinsichtlich des Umfangs, des Detaillierungsgrads oder der Komplexität der zu treffenden Regelungen keine ausdrücklichen Vorgaben mache.⁸⁶⁰

⁸⁵² Vgl. Gärditz, NVwZ 2009, 1008; Pielow, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 14; Winkler, DVBl 2013, 160.

⁸⁵³ Zum Vorstehenden insgesamt Pielow, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 14 f.

⁸⁵⁴ Vgl. Laubenstein/Bourazeri, in: B/H/H, § 83 Rn. 33.

⁸⁵⁵ Vgl. Richter, EnWZ 2021, 294.

⁸⁵⁶ Vgl. auch Gärditz, DVBl 2016, 401 ff.; Pielow, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 62, 65.

⁸⁵⁷ Vgl. Pielow, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 62 zu BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378, 380 und Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16725.

⁸⁵⁸ Vgl. BVerwG, Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359 Rn. 18 f.; Urteil v. 29.10.2008 - 6 C 38/07, NVwZ 2009, 653 Rn. 16 f.

⁸⁵⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378; Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16725; Beschl. v. 07.10.2014 - EnVR 25/12, EnWZ 2015, 84; Beschl. v. 07.06.2016 - EnVR 62/14, BeckRS 2016, 13537; Beschl. v. 12.12.2017 - EnVR 2/17, NVwZ-RR 2018, 341; Beschl. v. 12.06.2018 - EnVR 29/16, BeckRS 2018, 15563.

⁸⁶⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.03.2017 - VI-3 Kart 107/15 (V), BeckRS 2017, 115478 Rn. 30.

Allein der prognostische Charakter einer behördlichen Entscheidung reicht jedoch nicht aus, um eine gerichtliche Überprüfung pauschal auszuschließen.⁸⁶¹ Denn die aus der normativen Ermächtigungslehre resultierenden Voraussetzungen, dass ein solcher Spielraum entweder ausdrücklich normativ eingeräumt sein oder sich zumindest erkennbar aus dem Kontext der Regelung ergeben muss (vgl. dazu unter **IV. 2. b. aa.**), liegen nicht ohne weiteres vor. Vielmehr bedarf es einer Auslegung der jeweils in Frage stehenden Festlegungsermächtigung, um beurteilen zu können, ob eine Einschätzungsprärogative der Behörde vorliegt.⁸⁶² Aus der allgemeinen Festlegungsbefugnis der Behörde allein kann kein Entscheidungsfreiraum derselben abgeleitet werden.

2. Literatur

In der Literatur ist für den Bereich des Energiesektors umstritten, ob und in welchem Umfang die unbestimmten Rechtsbegriffe des EnWG und der entsprechenden Rechtsverordnungen von den Gerichten auszulegen sind oder ob und in welchem Umfang den Regulierungsbehörden ein gerichtlich nur eingeschränkt kontrollierbarer Einschätzungsspielraum zukommt.⁸⁶³

In der Lehre wird zum Teil vertreten, dass Regulierungsentscheidungen einem nur begrenzt gerichtlich prüfaren Entscheidungsspielraum unterworfen sind.⁸⁶⁴ Schon aus der Funktion der Festlegungen als Konkretisierungsstufe zwischen den verordnungsrechtlichen Regelungen und den Einzelmaßnahmen gegen die Marktteilnehmer⁸⁶⁵ sowie der offenen Aufgabenzuweisung⁸⁶⁶ folge, dass der Bundesnetzagentur Handlungsspielräume eingeräumt werden müssen. Die Bundesnetzagentur kontrolliere nicht nur Verhalten, sondern werde auch eigenständig planerisch und gestalterisch tätig,⁸⁶⁷ ohne dass sich dieses Handeln vollständig an rechtlichen Vorgaben orientiere.⁸⁶⁸ Folglich gebe es auch nicht eine richtige Entscheidung, die von Gerichten erkannt werden kann.⁸⁶⁹ Aufgrund der in vielen der regulierten Sektoren bestehenden Dynamik und der häufig erforderlichen komplexen fachlichen Beurteilungen liege die Annahme solcher Freiräume jedenfalls näher als im allgemeinen Verwaltungsrecht, wenngleich eine Auslegung im Einzelfall erforderlich sei.⁸⁷⁰

⁸⁶¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87, NVwZ 1993, 666, 670.

⁸⁶² Vgl. *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 48 f., 61; *Schmidt-Preuß*, in: Berl.Komm I 1, § 29 Rn. 68. Zur Auslegung der konkreten Ermächtigung (§ 32 Abs. 1 Nr. 6 ARegV) BGH, Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16725 Rn. 20. Vgl. dazu auch *Ludwigs*, RdE 2013, 305.

⁸⁶³ Vgl. *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 1.

⁸⁶⁴ Vgl. *Knauff*, VerwArch 98, 403 f. (nur bezogen auf politisch-gestalterische Maßnahmen); *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 153.

⁸⁶⁵ Vgl. *Christiansen*, Optimierung des Rechtsschutzes, S. 202; *Eifert*, ZHR 174 (2010), 475.

⁸⁶⁶ Vgl. *Britz*, EuR 2006, 59; *Christiansen*, Optimierung des Rechtsschutzes, S. 202 f.; *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 6; *Trute*, FS Brohm, S. 172 (zur Regulierung allgemein).

⁸⁶⁷ Vgl. *Burgi*, DVBl 2006, 275; *Gärditz*, AöR 135 (2010), 254 ff.

⁸⁶⁸ Vgl. *Knauff*, VerwArch 98, 403.

⁸⁶⁹ Vgl. *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 155 f.; *Trute*, FS Brohm, S. 188.

⁸⁷⁰ Vgl. *Knauff*, VerwArch 98, 401 ff.; *Schneider*, Regulierungsrecht, § 22 Rn. 24.

Vorherrschend ist demgegenüber die Ansicht, dass gerichtlich nur begrenzt überprüfbare Entscheidungsspielräume nach wie vor eine begründungsbedürftige Ausnahme darstellen.⁸⁷¹

3. Zwischenfazit

Zuzustimmen ist der Kritik an der Rechtsprechung, dass allein infolge des prognostischen Charakters der behördlichen Entscheidung pauschal eine gerichtliche Überprüfung ausgeschlossen wird, ohne die normative Ermächtigungslehre und danach erforderlichen Voraussetzungen für einen solchen Entscheidungsspielraum zu berücksichtigen. Aus der allgemeinen Festlegungsbefugnis der Behörde allein kann kein Entscheidungsfreiraum derselben abgeleitet werden. Vielmehr ist die jeweils in Frage stehende Festlegungsermächtigung auszulegen, um beurteilen zu können, ob eine Einschätzungsprärogative der Behörde vorliegt.

III. Administrative Letztentscheidungsbefugnisse als Beschränkung der Kontrollrechte der Gerichte

Administrative Letztentscheidungsbefugnisse führen zu Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle durch die Gerichte.⁸⁷² Eine Letztentscheidungskompetenz der Exekutive liegt folglich nur dann vor, wenn eine Auslegung ergibt, dass neben der Einräumung eines Entscheidungsspielraums auch die gerichtliche Kontrollrechte reduziert sein soll.⁸⁷³ Bei der Frage, ob ein Spielraum der Behörde auch mit einem Letztentscheidungsrecht derselben verbunden ist oder das Gericht im Rahmen einer Vollkontrolle letztverbindlich entscheidet, handelt es sich um eine Kompetenzfrage.⁸⁷⁴

1. Grundsatz: vollständige rechtliche und tatsächliche Verwaltungskontrolle

Aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt der Grundsatz vollständiger gerichtlicher Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen.⁸⁷⁵ Das bedeutet, dass die Gerichte das Handeln der Verwaltung grundsätzlich in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht vollständig überprüfen.⁸⁷⁶

Dementsprechend legte das Bundesverfassungsgericht in seiner Investitionszulage-Entscheidung überzeugend dar, dass Art. 19 Abs. 4 GG eine übergreifende Effektivität des

⁸⁷¹ Vgl. Gärditz, DVBl 2016, 403 f.; Ludwigs, DV 44 (2011), 71; Pielow, DÖV 2005, 1023 ff.; Richter, N 2023, 187; Schmidt-Preuß, in: Berl.Komm I 1, Einl. C Rn. 128, § 29 Rn. 68. So auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.07.2006 - VI-3 Kart 289/06 (V), BeckRS 2006, 11208.

⁸⁷² Vgl. Riese, in: Schoch/Schneider VwGO II, Vorb. § 113 Rn. 23.

⁸⁷³ Vgl. Jestaedt, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 37 f.; Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 4/65.

⁸⁷⁴ Vgl. BVerfG, Urteil v. 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, NJW 2001, 1121, 1123 f.; BVerwG, Urteil v. 16.10.2007 - 7 C 33/07, NVwZ 2008, 220 Rn. 39 ff.; Gärditz, NVwZ 2009, 1005 f.; Wendel, Verwaltungsermessen, S. 377 f.

⁸⁷⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 05.02.1963 - 2 BvR 21/60, NJW 1963, 803 f.; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 66; Ernst, in: v. Münch/Kunig, Bd. 1, Art. 19 Rn. 162; Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider VwGO I, Einl. Rn. 183.

⁸⁷⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 05.02.1963 - 2 BvR 21/60, NJW 1963, 803 f.; Beschl. v. 22.10.1986 - 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 579; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, 1064 Rn. 66; Schübel-Pfister, in: Eyermann, § 114 Rn. 51.

Rechtsschutzes garantiert, die durch eine entsprechend hohe Kontrolldichte abgesichert sein muss.⁸⁷⁷

Die Kontrolldichte beschreibt, in welchem Umfang die Gerichte die Entscheidungen der Verwaltung überprüfen können und betrifft damit die Kompetenzverteilung zwischen der Exekutive und der Judikative.⁸⁷⁸ Sie wird zuvörderst über die rechtliche Determinierung der Verwaltung durch das materielle Recht bestimmt.⁸⁷⁹ So ist die Verwaltung als vollziehende Gewalt über Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Unter „Gesetz und Recht“ ist die Gesamtheit der materiellen Rechtsvorschriften einschließlich unmittelbar geltendem Unionsrecht zu verstehen.⁸⁸⁰

Im Regelfall der Vollkontrolle der verwaltungsbehördlichen Entscheidung durch das Gericht trifft dieses letztverbindlich eine eigene Abwägungs- oder Wertungsentscheidung oder stellt eine eigene Prognose an, ohne dabei an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen und Wertungen der Exekutive gebunden zu sein.⁸⁸¹ Sofern eine Entscheidung auf der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe beruht, unterliegen auch diese grundsätzlich der Konkretisierung der die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden uneingeschränkt kontrollierenden Gerichte.⁸⁸²

2. Einschränkung durch administrative Letztentscheidungsbefugnisse

Gleichzeitig schließt das Gebot effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit des Gesetzgebers, der Verwaltung in Ausnahmefällen Gestaltungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielräume einzuräumen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht aus.⁸⁸³ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die letztverbindliche Normauslegung und Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall nach dem Verfassungsrecht grundsätzlich den Gerichten vorbehalten ist und Abweichungen von einem hinreichend gewichtigen Sachgrund getragen werden müssen.⁸⁸⁴

Zur Begründung für die Abweichung von dem Grundsatz, dass die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe Sache der Gerichte ist, die die Rechtsanwendung der Behörden uneingeschränkt überprüfen, führt die Rechtsprechung an, dass die Pflicht zur gerichtlichen

⁸⁷⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, 1064 Rn. 66 ff.

⁸⁷⁸ Vgl. Gärditz, NVwZ 2009, 1005 f.; Ders., Gutachten D des 71. DJT, D 54.

⁸⁷⁹ Vgl. Gärditz, Gutachten D des 71. DJT, D 55.

⁸⁸⁰ Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 Abs. 3 Rn. 60; Schulze-Fielitz, in: Dreier II, Art. 20 Rn. 93.

⁸⁸¹ Vgl. Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO II, Vorb. § 113 Rn. 18.

⁸⁸² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 Rn. 22.

⁸⁸³ So st. Rspr. BVerfG, Beschl. v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87, NVwZ 1991, 666, 669; Urteil v. 14.07.1999 - 1 BvR 2226/94, 2420/95 u. 2437/95, NJW 2000, 55, 58; Urteil v. 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, NJW 2001, 1121, 1123; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 71; Beschl. v. 08.12.2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694, 695 Rn. 23; Beschl. v. 22.11.2016 - 1 BvL 6/14, 1 BvL 6/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 3/15, NVwZ 2017, 305 Rn. 21.

⁸⁸⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 73; Beschl. v. 22.11.2016 - 1 BvL 6/14, 1 BvL 6/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 3/15, NVwZ 2017, 305 Rn. 21.

Kontrolle nicht weiter reichen kann, als die materiell-rechtliche Bindung der Exekutive.⁸⁸⁵ Vielmehr endet die gerichtliche Prüfung dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig vorprogrammiert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt.⁸⁸⁶ Ob solche hinreichend bestimmten Vorgaben fehlen und der Verwaltung ein Einschätzungs- und Auswahlspielraum belassen ist, muss durch Auslegung des entsprechenden Gesetzes ermittelt werden.⁸⁸⁷

Administrativer Entscheidungsfreiraum bedeutet, dass die konkrete administrative Entscheidung noch nicht im auszulegenden Gesetz enthalten ist, sondern die Verwaltung diese selbst trifft.⁸⁸⁸

Allerdings ist zwischen Entscheidungsspielräumen im Verhältnis zur Legislative und Judikative kategorisch zu unterscheiden. Insbesondere setzt sich im Verhältnis zum Gesetzgeber eingeräumtes behördliches Ermessen gerade nicht zwangsläufig auch gegenüber den Gerichten fort.⁸⁸⁹ Nur wenn der Verwaltung ein Entscheidungsfreiraum mit Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt ist, besteht über die Ermächtigung der Verwaltung zur Konkretisierung und Individualisierung im Verhältnis zum Gesetzgeber hinaus auch eine Letztentscheidungsmacht gegenüber der Rechtsprechung.⁸⁹⁰

3. Modifikation durch unionsrechtliche Vorgaben

Fraglich ist, ob sich aus den europarechtlichen Vorgaben eine im Vergleich zum oben dargestellten nationalen Grundsatz nur eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte ergibt.

Auf unionsrechtlicher Ebene besteht ein Konzept einheitlicher administrativer Freiräume. Wenngleich der Europäische Gerichtshof zwischen (sogenanntem) Ermessen auf Tatbestandsseite und Ermessen auf Rechtsfolgenseite unterscheidet⁸⁹¹, gibt es im Unionsrecht, anders als im deutschen Recht, keine qualitative Differenzierung zwischen den verschiedenen Kategorien von Entscheidungsspielräumen.⁸⁹²

⁸⁸⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87, NVwZ 1993, 666, 670; Urteil v. 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, NJW 2001, 1121, 1123.

⁸⁸⁶ So BVerfG, Beschl. v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87, NVwZ 1991, 666, 669; Urteil v. 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, NJW 2001, 1121, 1123; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 71.

⁸⁸⁷ So BVerfG, Beschl. v. 10.12.2009, 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, 435 Rn. 55; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 72; Beschl. v. 08.12.2011, 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 Rn. 24.

⁸⁸⁸ Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 35.

⁸⁸⁹ Vgl. dazu ausführlich *Ludwigs*, DV 44 (2011), 69 ff. m. w. N.

⁸⁹⁰ Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 37.

⁸⁹¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 10.10.1985 - C-183/85, ECLI:EU:C:1985:402 Rn. 23.

⁸⁹² Vgl. ebd.; *Gärditz*, DVBl 2016, 400; *Groß*, ZöR 61 (2006), 637 f.; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 32.

a. Keine Einräumung eines Letztentscheidungsrechts durch Sekundärrecht

Normative Vorgaben, die die Kontrolldichte der nationalen gerichtlichen Prüfung von administrativen Entscheidungen sachgebietsübergreifend betreffen, macht das Unionsrecht schon aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht.⁸⁹³

Aus dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten folgt, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, die gerichtliche Kontrolldichte auszugestalten (vgl. Art. 291 Abs. 1 AEUV).⁸⁹⁴ Der EuGH führt dazu aus, dass es „mangels einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften Aufgabe der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten [ist], die Modalitäten [...] von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu regeln, die den Schutz der den Bürgern aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen“.⁸⁹⁵

Die Verfahrensmodalitäten dürfen die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte jedoch nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsprinzip).⁸⁹⁶ Das unionsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes, das sich bereits aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 47 GRCh ergibt, verlangt von den Mitgliedstaaten als Mindeststandard, dass sie eine effektive gerichtliche Kontrolle der in Anwendung des Unionsrechts ergehenden behördlichen Entscheidungen gewährleisten.⁸⁹⁷

Der im deutschen Recht verfassungsrechtlich verankerten hohen Kontrolldichte steht das Rechtsschutzmodell der Europäischen Union gegenüber, in welchem administrative Entscheidungsspielräume weitreichender zuerkannt werden.⁸⁹⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hält sich ein behördlicher Akt innerhalb des Entscheidungsspielraums der Verwaltung, wenn die Verfahrensregeln eingehalten, der zutreffende Sachverhalt zugrunde gelegt und die Entscheidung hinreichend begründet sowie kein Ermessensmissbrauch vorliegt.⁸⁹⁹

Der EuGH unterscheidet dabei zwischen Tatsachenfeststellung und Tatsachenwürdigung, wobei die behördliche Würdigung der Situation aufgrund der festgestellten Tatsachen Zuständigkeit der Behörde bleibt, in die der EuGH nicht eingreift.⁹⁰⁰ In materieller Hinsicht beschränkt sich die Prüfung darauf, ob der Verwaltung „kein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch unterlaufen ist oder ob sie die Grenzen ihres Ermessensspielraums nicht

⁸⁹³ Vgl. BVerwG, Urteil v. 23.11.2011 - 6 C 11/10, NVwZ 2012, 1047 Rn. 38; *Pache*, Tatb. Abwägung, S. 349; *Riese*, in: Schoch/Schneider VwGO II, Vorb. § 113 Rn. 30.

⁸⁹⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 21.01.1999 - C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14 Rn. 32; Urteil v. 24.04.2008 - C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244 Rn. 170; BVerwG, Urteil v. 09.05.2012 - 6 C 3/11, NVwZ 2012, 1547, 1552 Rn. 36.

⁸⁹⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.04.2020 - C-480/18, ECLI:EU:C:2020:274 Rn. 73.

⁸⁹⁶ Vgl. EuGH, Urteil v. 14.12.1995 - C-312/93, ECLI:EU:C:1995:437 Rn. 12; Urteil v. 24.04.2008 - C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244 Rn. 166.

⁸⁹⁷ Vgl. EuGH, Urteil v. 27.02.2018 - C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 Rn. 34 ff.; Urteil v. 24.06.2019 - C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 48 ff.; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 19 Rn. 62.

⁸⁹⁸ Vgl. *Groß*, ZöR 61 (2006), 637 f.; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, EuR Rn. 215 ff.; *von Danwitz*, Europ. VerwR, S. 589 f.

⁸⁹⁹ Vgl. EuGH, Urteil v. 11.07.1985 - C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327 Rn. 34; Urteil v. 21.11.1991 - C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438 Rn. 14; EuG, Urteil v. 03.03.2010 - T-163/05, ECLI:EU:T:2010:59 Rn. 38.

⁹⁰⁰ Vgl. *Baur*, ZNER 2004, 323; *Schwarze*, in: Ausmaß gerichtl. Kontrolle, S. 214.

offensichtlich überschritten hat.“⁹⁰¹ Eine eigene Gesamtwürdigung nimmt der EuGH nicht vor.⁹⁰² Folglich ist die Kontrolldichte im Vergleich zu der der deutschen Verwaltungsgerichte eher gering.⁹⁰³

Deutlich wird dies beispielsweise auch an der Rahmenrichtlinie⁹⁰⁴ und den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse⁹⁰⁵ im Telekommunikationsrecht. Ausweislich der Leitlinien ist die Europäische Kommission der Ansicht, dass die nationale Regulierungsbehörde bei der Ausübung ihrer Befugnisse nach Art. 15 und 16 RRL „aufgrund der komplizierten ineinandergreifenden Faktoren (wirtschaftlicher, sachlicher und rechtlicher Art), die bei der Definition relevanter Märkte und bei der Ermittlung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gewürdigt werden müssen, über einen weitreichenden Ermessensspielraum“ verfügt.⁹⁰⁶

So begründet auch das Bundesverwaltungsgericht die Unionsrechtskonformität des der Bundesnetzagentur eingeräumten Regulierungsermessens mit dieser Auffassung der Europäischen Kommission und führt aus, dass es sich nach der deutschen Terminologie um einen Beurteilungsspielraum handele.⁹⁰⁷ Darüber hinaus kann das Unionsrecht einen gewissen Beurteilungsspielraum sogar gebieten, da andernfalls unionsrechtlich angestrebte Ziele gefährdet werden können.⁹⁰⁸

Im Ergebnis hat das Europarecht regelmäßig keinen direkten Einfluss auf die erforderliche Kontrolldichte der Prüfung durch die nationalen Gerichte.⁹⁰⁹ Zwar wurden in den letzten Jahren punktuell administrative Entscheidungsspielräume von der Rechtsprechung des EuGH angenommen.⁹¹⁰ Aus dieser Einzeljudikatur folgt indes noch keine unionsrechtliche Verpflichtung zur Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte.⁹¹¹ Aus der oben dargestellten unionsrechtlichen Forderung einer effektiven Rechtskontrolle folgen allenfalls Anforderungen für Mitgliedstaaten, deren Verfahren eine geringere gerichtliche Kontrolldichte aufweist.⁹¹²

⁹⁰¹ EuGH, Urteil v. 22.01.1976 - C-55/75, ECLI:EU:C:1976:8 Rn. 8; Urteil v. 25.01.1979 - C- 98/78, ECLI:EU:C:1979:14 Rn. 5.

⁹⁰² Vgl. Baur, ZNER 2004, 323; Schwarze, in: Ausmaß gerichtl. Kontrolle, S. 214 f.

⁹⁰³ Vgl. von Danwitz, Europ. VerwR, S. 366.

⁹⁰⁴ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, Abl. L 108 v. 24.04.2002, S. 33 ff.

⁹⁰⁵ Europäische Kommission, Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, Abl. C 165 v. 11.07.2002, S. 6 ff, Tz. 22.

⁹⁰⁶ Europäische Kommission, Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, Abl. C 165 v. 11.07.2002, S. 6 ff, Tz. 22.

⁹⁰⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1360 Rn. 18.

⁹⁰⁸ Vgl. ebd. Im konkreten Fall Gefährdung des von der Richtlinie erstrebten Kooperations- und Koordinationseffekts des Art. 7 Abs. 2 RRL, siehe auch Ladeur/Möllers, DVBl 2005, 534.

⁹⁰⁹ Vgl. Ludwigs, DÖV 2020, 414.

⁹¹⁰ Vgl. EuGH, Urteil v. 19.12.2013 - C-84/12, ECLI:EU:C:2013:862 Rn. 60 ff.; Urteil v. 24.04.2008 - C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244 Rn. 151 ff.; Urteil v. 03.12.2009 - C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749 Rn. 61, 100; Urteil v. 16.05.2017 - C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 Rn. 71, 76, 85.

⁹¹¹ Vgl. Gärditz, Gutachten D des 71. DJT, D 80; Ludwigs, NVwZ 2018, 1422; Ders., DÖV 2020, 413.

⁹¹² Vgl. Ludwigs, NVwZ 2018, 1422.

b. Keine unionsrechtliche Forderung der Einräumung eines Letztentscheidungsrechts durch die Mitgliedstaaten

Fraglich ist, ob sich aus den unionsrechtlichen Vorgaben des Energierechts die Pflicht der Mitgliedstaaten ergibt, den Regulierungsbehörden ein Letztentscheidungsrecht einzuräumen.

Zwar ergibt sich aus dem unionalen Sekundärrecht, dass der nationalen Regulierungsbehörde zur Effektivierung der Regulierung Ermessensfreiheit eingeräumt sein muss (vgl. Erwägungsgrund Nr. 33 EltRL 2009 und Erwägungsgrund Nr. 29 GasRL 2009), dies bedeutet jedoch nicht zugleich auch eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrollrechte.

Dementsprechend muss die von dem Unionsrecht geforderte Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde von ministeriellen Weisungen (vgl. dazu **Kapitel 3 II. 3.**) nicht zwingend die Einräumung eines behördlichen Letztentscheidungsrechts durch den nationalen Gesetzgeber bedeuten. Anhaltspunkte für eine Pflicht der Mitgliedstaaten, den Regulierungsbehörden ein Letztentscheidungsrecht zuzugestehen können sich aus einer Auslegung der unionsrechtlichen Regelungen sowie der Judikatur des EuGH ergeben.

aa. Auslegung des Sekundärrechts

Im Hinblick auf die nur sporadischen Vorgaben zu den Netzzugangsbedingungen sowie zur Ausgestaltung der Entgeltregulierung auf unionsrechtlicher Ebene kommt dem nationalen Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsfreiraum zu.⁹¹³

Auch speziell zum Rechtsschutz macht das europäische Sekundärrecht kaum konkrete Vorgaben (vgl. dazu bereits unter **III. 3. a.**). Die einschlägigen Richtlinien enthalten die allgemeine Erwägung, dass die behördlichen Entscheidungen gerichtlich durch eine unabhängige Stelle, das heißt ein Gericht oder eine andere gerichtliche Stelle, die ermächtigt ist, gerichtliche Überprüfungen durchzuführen, kontrollierbar sein müssen.⁹¹⁴ Art. 60 EltRL 2019 regelt die Beschwerde gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden und gibt in Absatz 8 insbesondere vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, „dass auf nationaler Ebene geeignete Verfahren bestehen, die einer betroffenen Partei das Recht einräumen, gegen eine Entscheidung einer Regulierungsbehörde bei einer von den beteiligten Parteien und Regierungen unabhängigen Stelle Beschwerde einzulegen.“

Die Unabhängigkeit gegenüber ministeriellen Weisungen besteht im Verhältnis zur Legislative, nicht jedoch auch zur Judikative (vgl. dazu **Kapitel 3 II. 4.**), sodass weisungsunabhängig getroffene Entscheidungen der Verwaltung grundsätzlich der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen.⁹¹⁵ Auch die Auslegung der Unabhängigkeitsvorgaben des unionsrechtlichen Sekundärrechts im Bereich des Energierechts ergibt, dass diese sich nicht auf das Verhältnis

⁹¹³ Vgl. dazu die allgemeinen Vorgaben des Art. 6 der EltRL 2019 sowie bereits Art. 32 EltRL 2009 und Art. 32 GasRL 2009, die jeweils lediglich fordern, dass die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife sicherstellen.

⁹¹⁴ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 86 sowie Art. 60 Abs. 7 EltRL 2019. Zuvor auch schon Erwägungsgrund Nr. 37 EltRL 2009; Erwägungsgrund Nr. 33 GasRL 2009.

⁹¹⁵ Vgl. *Eifert*, ZHR 174 (2010), 455 f.; *Ludwigs*, RdE 2013, 301; *Steinbach*, DV 50 (2017), 511.

der Regulierungsbehörde zur Judikative beziehen und eine nur eingeschränkte Gerichtskontrolle aus diesen Regelungen folglich nicht hergeleitet werden kann.⁹¹⁶ So enthalten die entsprechenden Richtlinien selbst Vorgaben zum erforderlichen Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde (vgl. Art. 60 Abs. 2, 3, 6, 7 und 8 EltRL 2019 (vormals Art. 37 Abs. 16, 17 EltRL 2009), Art. 41 Abs. 16, 17 GasRL 2009), jedoch keine Regelungen zu einer nur reduzierten Kontrolldichte.

Auch der Sinn und Zweck der Unabhängigkeitsvorgaben lässt sich nicht auf gerichtliche Prüfung übertragen, da die Gefahr politischer Einflussnahme im Rahmen der Gerichtskontrolle nicht besteht.⁹¹⁷

bb. Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-718/18

Dementsprechend trifft auch der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung in der Rechtssache C-718/18 aus dem Jahr 2021 keine Aussagen zu einer unionsrechtlich gebotenen Reduzierung der Kontrolldichte, sondern führt lediglich zu Ermessensfreiräumen im Verhältnis zur Legislative aus.

Insbesondere stellt der EuGH fest, dass die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nichts daran ändere, dass die Entscheidungen derselben der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterworfen bleiben.⁹¹⁸ Darüber hinaus hebt er die Vorgaben aus Art. 37 Abs. 17 der EltRL 2009 und Art. 41 Abs. 17 der GasRL 2009 zur Sicherstellung eines geeigneten Verfahrens zur Erlangung von Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde durch die Mitgliedstaaten hervor.⁹¹⁹

Mit Blick auf das Urteil *Meroni/Hohe Behörde*⁹²⁰ stellt der EuGH klar, dass jedenfalls eine Übertragung genau umgrenzter Ausführungsbefugnisse, deren Ausübung einer strengen Kontrolle im Hinblick auf die Beachtung objektiver Tatbestandsmerkmale unterliegt, die von der übertragenden Behörde festgesetzt werden, zulässig sei.⁹²¹

Der EuGH weicht damit erkennbar nicht von dem oben dargestellten Grundsatz ab, der es den Mitgliedstaaten überlässt, im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie die Art und Weise der gerichtlichen Kontrolle zu bestimmen. Eine Abweichung vom nationalen Grundsatz der gerichtlichen Vollkontrolle und dementsprechend ein Eingriff in diese Verfahrensautonomie hätte zumindest einer Begründung durch den EuGH bedurft.

⁹¹⁶ Vgl. *Gundel*, EWS 2017, 308 f.

⁹¹⁷ Vgl. ebd. 308.

⁹¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 126.

⁹¹⁹ Vgl. ebd. Rn. 128.

⁹²⁰ Vgl. EuGH, Urteil v. 13.06.1958 - C-9/56, ECLI:EU:C:1958:7.

⁹²¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 131 unter Verweis auf EuGH, Urteil v. 22.01.2014 - C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 Rn. 41, 42 und 54.

c. Zwischenfazit

Im Ergebnis räumt das unionsrechtliche Sekundärrecht den nationalen Regulierungsbehörden weder direkt noch indirekt durch eine Vorgabe an die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber ein Letztentscheidungsrecht ein. Auch aus der Rechtsprechung des EuGH resultiert keine Abweichung von der nationalen Dogmatik zu den administrativen Letztentscheidungsbefugnissen. Damit gibt es kein unionsrechtlich gefordertes Letztentscheidungsrecht der nationalen Regulierungsbehörden. Die tatsächlich bestehenden Letztentscheidungsbefugnisse der Bundesnetzagentur beruhen somit einzig auf der jeweiligen nationalen Rechtsprechung.

IV. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Beurteilungsermächtigungen. Auch der Gesetzgeber kann behördliche Letztentscheidungskompetenzen nicht unbeschränkt einräumen.⁹²² Allerdings werden die Grenzen anhand derer die Zulässigkeit von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung zu messen sind unterschiedlich beurteilt. Die zentralen Normen stellen Art. 20 GG, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sowie die materiellen Grundrechte dar.

1. Art. 20 GG (Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip)

Eine erste Grenze stellen die demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze des Art. 20 GG dar. Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung sind zunächst anhand des Prinzips der Gewaltenteilung, am Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes sowie am Bestimmtheitsgebot zu beurteilen.

a. Grundsatz der Gewaltenteilung

Der Grundsatz der Gewaltenteilung stellt ein tragendes Staatsorganisationsprinzip der Verfassung dar, das die innere Zuständigkeitsordnung des Staates regelt.⁹²³ Gewaltenteilung bedeutet die Aufteilung der staatlichen Gewalt auf unterschiedliche Organe mit verschiedenen Funktionen.⁹²⁴ Dabei ist keine strikte Trennung der Funktionen der Staatsgewalt erforderlich, wenngleich die drei Gewalten in ihrem Kernbereich geschützt sind.⁹²⁵ Vielmehr urteilt das Bundesverfassungsgericht, dass eine Verschiebung in der parlamentarischen Demokratie unbedenklich sei, solange der funktionale Kernbereich nicht verletzt wird.⁹²⁶ Dies entspreche

⁹²² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694, 695 Rn. 25.

⁹²³ Vgl. BVerfG, Urteil v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53, NJW 1954, 65, 68; Urteil v. 21.10.2014 - 2 BvE 5/11, NVwZ 2014, 1652 Rn. 131.

⁹²⁴ Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 (G) Rn. 28; *Rux*, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 155.

⁹²⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.10.1972 - 2 BvL 51/69, NJW 1973, 451.

⁹²⁶ Vgl. BVerfG, Urteil v. 27.04.1959 - 2 BvF 2/58, NJW 1959, 1171; Urteil v. 15.12.1970 - 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, NJW 1971, 275, 279; Beschl. v. 17.07.1996 - 2 BvF 2/93, NJW 1997, 383.

dem Sinn des Gewaltenteilungsgrundsatzes der gegenseitigen Begrenzung und Kontrolle der Gewalten.⁹²⁷

Im vom Grundgesetz vorgesehenen freiheitlich-demokratischen Staat ist das Parlament in erster Linie mit der Normsetzung betraut, während die Verwaltung als Teil der Exekutive für den Gesetzesvollzug zuständig ist.⁹²⁸ Einen allumfassenden Vorrang des Parlaments bei grundlegenden Entscheidungen spricht die Verfassung dem Parlament nicht zu.⁹²⁹

Durch die Einräumung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse wird der Kernbereich der Funktion der Legislative nicht beeinträchtigt, denn die Regelung des Sachverhalts verbleibt weiterhin bei der Legislative, die der Exekutive lediglich die Wahl zwischen mehreren Entscheidungsmöglichkeiten lässt.⁹³⁰ Eine bloße Vermengung der Aufgaben führt noch nicht zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung.⁹³¹

Da Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung zu einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle führen (vgl. dazu unter **III.**), berühren diese darüber hinaus auch die Funktion der Judikative, da die letztverbindliche Auslegung der Normen sowie die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall grundsätzlich Sache der Gerichte ist.⁹³² Der Kernbereich der Funktion der Judikative ist jedoch dann nicht berührt, wenn die Gerichte an ihre Funktionsgrenzen stoßen (vgl. dazu unter **IV. 2. b. bb.**). Denn Ziel der Gewaltenteilung ist es zu gewährleisten, dass staatliche Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die über die besten Voraussetzungen für eine möglichst sachgerechte Entscheidung verfügen.⁹³³

b. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Auch der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Verfassungsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann die Einräumung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse begrenzen. Der Grundsatz setzt sich aus dem Vorbehalt und dem Vorrang des Gesetzes zusammen und stellt bestimmte Anforderungen an die Handlungsermächtigungen der Verwaltung.⁹³⁴

aa. Vorbehalt des Gesetzes

Der sowohl im Rechtsstaats-, als auch im Demokratieprinzip wurzelnde Vorbehalt des Gesetzes setzt voraus, dass bestimmte Staatshandlungen durch ein förmliches Gesetz legitimiert

⁹²⁷ Vgl. BVerfG, Urteil v. 27.04.1959 - 2 BvF 2/58, NJW 1959, 1171.

⁹²⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.06.2015 - 2 BvR 1282/11, NVwZ 2015, 1434 Rn. 126.

⁹²⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 - 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359; Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof II, § 24 Rn. 15.

⁹³⁰ Vgl. dazu grundlegend *Ossenbühl*, VerwaltungsV und GG, S. 200 ff.

⁹³¹ Vgl. *Ossenbühl*, VerwaltungsV und GG, S. 205 ff. Zu Vermischung, die zu Verstoß führt BVerfG, Beschl. v. 09.11.1955 - 1 BvL 13 u. 21/52, NJW 1956, 137, 138.

⁹³² So BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 73.

⁹³³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.06.2015 - 2 BvR 1282/11, NVwZ 2015, 1434 Rn. 125.

⁹³⁴ Vgl. *Kotzur*, in v. Münch/Kunig, Bd. 1, Art. 20 Rn. 153 f.; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 44 Rn. 43.

werden.⁹³⁵ Dieser Grundsatz verpflichtet den parlamentarischen Gesetzgeber, die für die Verwirklichung der Grundrechte relevanten Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und darf diese nicht der Exekutive überantworten (sog. Wesentlichkeitslehre).⁹³⁶ Wesentlichkeit meint dabei Grundrechtswesentlichkeit.⁹³⁷

Während der Vorbehalt des Gesetzes zum einen die vom Demokratieprinzip geforderte sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation sicherstellt, gewährleistet er darüber hinaus als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips durch rechtliche, für die Verwaltung bindende Vorgaben, dass das hoheitliche Handeln vorhersehbar, transparent und kontrollierbar ist.⁹³⁸

Der Vorbehalt des Gesetzes ist in seinem Kerngehalt durch Art. 79 Abs. 3 GG integrationsfest.⁹³⁹ Auch das Unionsrecht stellt geltendes Recht im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG dar, dass die Gewalten über den Anwendungsvorrang bindet.⁹⁴⁰ Sofern das Unionsrecht besonders detaillierte Regelungen trifft, schränkt es zugleich die Gestaltungsmöglichkeiten der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bei der Umsetzung ein.⁹⁴¹

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass die Energiemarktregulierung einen solchen grundrechtswesentlichen Bereich darstelle. Dadurch, dass sie den Betroffenen Verpflichtungen auferlegt, greife sie in die Berufs- und Eigentumsfreiheit ein und mache im Hinblick auf die Grundrechtswesentlichkeit eine Regelung des parlamentarischen Gesetzgebers erforderlich.⁹⁴² Darüber hinaus kann auch dann eine wesentliche Entscheidung vorliegen, wenn es sich um einen politisch umstrittenen Regelungsgegenstand handelt und die rechtlichen Vorgaben keine hinreichenden Handlungsrichtlinien enthalten.⁹⁴³ Bei den Regulierungsfragen handele es sich vielfach gerade um solche wesentlichen politischen Gestaltungsentscheidungen.⁹⁴⁴

bb. Vorrang des Gesetzes

Der rechtsstaatliche Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes postuliert die Bindung der vollziehenden Gewalt sowie der Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Durch den Vorrang des

⁹³⁵ Vgl. BVerfG, Urteil v. 14.07.1998 - 1 BvR 1640–97, NJW 1998, 2515, 2520; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG Rn. 69.

⁹³⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.05.1972 - 1 BvR 518/62 u. 308/64, NJW 1972, 1504, 1506; Beschl. v. 22.06.1977 - 1 BvR 799/76, NJW 1977, 1723, 1724; Urteil v. 06.07.1999 - 2 BvF 3–90, NJW 1999, 3253, 3254.

⁹³⁷ So BVerfG, Beschl. v. 21.12.1977 - 1 BvL 1/75; 1 BvR 147/75, NJW 1978, 807, 810; Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87, NJW 1991, 1471, 1475; Urteil v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02, NJW 2003, 3111, 3116.

⁹³⁸ Vgl. Rux, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 173.

⁹³⁹ Vgl. Dreier, in: Dreier II, Art. 79 Rn. 52.

⁹⁴⁰ Vgl. BVerwG, Urteil v. 05.06.1986 - 3 C 12/82, NJW 1986, 3040, 3041; Schulze-Fielitz, in: Dreier II, Art. 20 (R) Rn. 93.

⁹⁴¹ Vgl. Gärditz, N&R Beilage 2/2011, 37.

⁹⁴² Vgl. ebd., 36 f.; Meinenbach/Klein/Uwer, N&R 2021, 306

⁹⁴³ In diesem Sinne BVerwG, Urteil v. 17.06.2004 - 2 C 50/02, NVwZ 2005, 713, 714.

⁹⁴⁴ Vgl. Gärditz, N&R Beilage 2/2011, 37; Lepsius, Regulierungsrecht, § 4 Rn. 86; Meinenbach/Klein/Uwer, N&R 2021, 306.

Gesetzes wird infolge der Erforderlichkeit einer Norm Verwaltungshandeln in gewissem Maße gesteuert.⁹⁴⁵

Unionsrechtliches Sekundärrecht enthält nur in geringem Maße konkrete Vorgaben für die inhaltliche Regulierungsentscheidung, wodurch die Steuerungswirkung gerade entfällt.⁹⁴⁶

Gleichzeitig schränken die fehlenden Vorgaben auch die gerichtliche Kontrolle ein (vgl. dazu unter **III. 2.**) Dies erscheint vor dem Hintergrund der bereits erwähnten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu der von Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Effektivität gerichtlichen Rechtsschutzes problematisch. Das Gericht führt aus, dass das Grundrecht nicht dadurch umgangen werden darf, dass der Gesetzgeber der Verwaltung „zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume für ganze Sachbereiche oder gar Rechtsgebiete“ einräumt und gesetzliche Maßstäbe dadurch fehlen.⁹⁴⁷

cc. Bestimmtheitsgrundsatz

Darüber hinaus müssen gesetzliche Regelungen dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Dazu müssen Anlass, Zweck und Grenzen eines Eingriffs in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgeschrieben werden.⁹⁴⁸ Diese Anforderungen sollen die Verwaltung binden und ihr Verhalten begrenzen.⁹⁴⁹ Gleichwohl sind Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe durch das Bestimmtheitsgebot nicht ausgeschlossen, solange das Handeln der Verwaltung für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar ist.⁹⁵⁰

Sind diese Voraussetzung erfüllt, bestehen im Hinblick auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot keine Bedenken gegen die Einräumung von Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung.

2. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

Vor dem Hintergrund, dass die Einräumung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse die gerichtliche Kontrolldichte auf eine Überprüfung auf Beurteilungs- und Ermessensfehler reduziert, ist eine Grenze nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁹⁵¹ sowie einem Teil der Literatur⁹⁵² zumindest auch im Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu

⁹⁴⁵ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 20 Abs. 3 Rn. 73; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier II, Art. 20 (R) Rn. 92.

⁹⁴⁶ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 6.

⁹⁴⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, 1064 Rn. 73.

⁹⁴⁸ So st. Rspr., BVerfG, Urteil v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 u. a., NJW 1984, 419, 422; Urteil v. 14.07.1999 - 1 BvR 2226/94, 2420/95 u. 2437/95, NJW 2000, 55, 65; Beschl. v. 03.03.2004 - 1 BvF 3/92, NJW 2004, 2213, 2215.

⁹⁴⁹ So st. Rspr., BVerfG, Beschl. v. 08.01.1981 - 2 BvL 3, 9/77, NJW 1981, 1311; Beschl. v. 03.03.2004 - 1 BvF 3/92, NJW 2004, 2213, 2215 f.

⁹⁵⁰ Vgl. ebd.

⁹⁵¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 1529/84, 1 BvR 138/87, NJW 1991, 2008, 2011; Beschl. v. 13.08.2013 - 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, BeckRS 2013, 55213 Rn. 53 f. BVerwG, Urteil v. 25.11.1993 - 3 C 38/91, NVwZ 1995, 707, 708; Urteil v. 16.05.2007 - 3 C 8/06, NJW 2007, 2790 Rn. 26, 37 f.

⁹⁵² Vgl. *Grüneberg*, RdE 2016, 49; *Ludwigs*, DV 41 (2011), 67 f.

sehen und als Ausnahme vom Grundsatz der vollständigen gerichtlichen Nachprüfung verwaltungsbehördlicher Entscheidungen begründungsbedürftig.

a. Gewährleitung/Inhalt

Aus dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz folgt nach ständiger Rechtsprechung, dass jedermann Zugang zu den Gerichten hat und die gerichtliche Kontrolle tatsächlich wirksam sein muss.⁹⁵³ Zum Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle in allen Instanzen gehört insbesondere, dass das Gericht eine hinreichende Prüfungsbefugnis über die tatsächliche und rechtliche Seite des Rechtsschutzbegehrens hat sowie über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügt, um einer eingetretenen oder drohenden Rechtsverletzung abzuhelpen.⁹⁵⁴ Aus der Gewährleistung von Rechtsschutzeffektivität folgt die Verpflichtung der Gerichte, behördliche Entscheidungen in tatsächlicher sowie rechtlicher Hinsicht vollständig zu überprüfen.⁹⁵⁵

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist normgeprägt. Sie setzt das subjektive öffentliche Recht voraus und räumt es nicht ein.⁹⁵⁶ Folglich ist Voraussetzung für die Anwendung von Art. 19 Abs. 4 GG, dass der Betroffene Träger eines ihm von der Rechtsordnung eingeräumten subjektiven öffentlichen Rechts ist.⁹⁵⁷

Der durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistete Rechtsweg bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung und Festlegung der Art und des Umfangs im Einzelnen.⁹⁵⁸ Dem Gesetzgeber kommt dabei ein Gestaltungsspielraum zu, wobei dieser jedoch die Notwendigkeit einer umfassenden gerichtlichen Prüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sowie eine dem Rechtsschutzbegehren angemessene Entscheidungsart und -wirkung berücksichtigen muss.⁹⁵⁹ Er ist dabei durch die Grundrechte, das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip und die hieraus folgenden Grundsätze der Bestimmtheit und Normenklarheit gebunden.⁹⁶⁰ Insbesondere darf der Gesetzgeber die garantierte Rechtsschutzeffektivität nicht durch die Schaffung offener Ermächtigungsgrundlagen umgehen.⁹⁶¹

⁹⁵³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2006; Beschl. v. 08.12.2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694, 695 Rn. 20; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, 1064 Rn. 66.

⁹⁵⁴ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt BVerfG, Beschl. v. 22.11.2016 - 1 BvL 6/14, 1 BvL 6/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 3/15, NVwZ 2017, 305 Rn. 20.

⁹⁵⁵ So st. Rspr. BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2006; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 66; Beschl. v. 22.11.2016 - 1 BvL 6/14, 1 BvL 6/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 3/15, NVwZ 2017, 305 Rn. 20.

⁹⁵⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.1988 - 1 BvR 520/83, NJW 1989, 666, 667; Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2006; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, 1064 Rn. 67.

⁹⁵⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.11.2016 - 1 BvL 6/14, 1 BvL 6/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 3/15, NVwZ 2017, 305 Rn. 23; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 19 Abs. 4 Rn. 116.

⁹⁵⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.11.2016 - 1 BvL 6/14, 1 BvL 6/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 3/15, NVwZ 2017, 305 Rn. 21.

⁹⁵⁹ Vgl. ebd.; *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D 154.

⁹⁶⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 Rn. 25.

⁹⁶¹ Vgl. ebd.

In Abgrenzung zu Art. 20 Abs. 3 GG, der gewährleistet, dass die Verwaltung etwaige rechtliche Bindungen zu berücksichtigen hat, folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG, dass diese rechtlichen Vorgaben im Hinblick auf einen bestehenden Individualrechtsschutz der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.⁹⁶²

b. Behördliche Entscheidungsspielräume

Indes steht das Gebot effektiven Rechtsschutzes der Möglichkeit des Gesetzgebers, in Ausnahmefällen behördliche Spielräume einzuräumen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entgegen. Denn die gerichtliche Kontrolle reicht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht weiter als die materiell-rechtliche Bindung der Exekutive (vgl. dazu bereits unter **III. 2.**).

aa. Grundsatz: normative Ermächtigungslehre

Die Befugnis zu einer solchen Selbstprogrammierung der Verwaltung muss dieser stets normativ gewährt worden sein.⁹⁶³ Dies ist Ausdruck der sogenannten „normativen Ermächtigungslehre“, nach der sich Begrenzungen der Kontrollichte nur aus einem durch ausdrückliche gesetzgeberische Entscheidung eingeräumten Letztentscheidungsrecht ergeben können.⁹⁶⁴ Denn die primäre Verantwortung für Gestaltungsfreiräume der Verwaltung liegt als Resultat des aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Vorbehalt des Gesetzes beim Gesetzgeber.⁹⁶⁵

Mit der Einräumung eines solchen Letztentscheidungsrechts ordnet der Gesetzgeber zugleich an, dass sich die gerichtliche Kontrolle auf die Einhaltung der rechtlichen Grenzen der Ermächtigung reduziert.⁹⁶⁶ Deshalb ist für jede einzelne Handlungsbefugnis der Verwaltung zu prüfen, ob dieser eine Letztentscheidungsbefugnis gesetzlich eingeräumt wird.⁹⁶⁷ Eine solche normative Ermächtigung kann sich entweder ausdrücklich aus dem Wortlaut der Norm ergeben oder durch Auslegung des jeweiligen Gesetzes zu ermitteln sein.⁹⁶⁸

⁹⁶² Vgl. *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: GVwR I, § 12 Rn. 144; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 45.

⁹⁶³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 70 ff.; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 39.

⁹⁶⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87, NVwZ 1993, 666, 669; BVerwG, Beschl. v. 22.12.1994 - 4 B 114/94, NVwZ 1995, 700, 701; *Ludwigs*, in: HVwR V, § 124 Rn. 28.

⁹⁶⁵ So st. Rspr., BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 - 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359, 360; Beschl. v. 01.04.2014 - 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12, NVwZ 2014, 1219 Rn. 102; Urteil v. 19.9.2018 - 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, NVwZ 2018, 1703 Rn. 191. Vgl. *Müller-Franken*, Maßvolles Verwalten, S. 393 ff.; *Proelß*, AöR 136 (2011), 413; *Riese*, in: Schoch/Schneider VwGO II, Vorb. § 113 Rn. 22; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184a.

⁹⁶⁶ Vgl. BVerwG, Urteil v. 25.11.1993 - 3 C 38/91, NVwZ 1995, 707, 708; Urteil v. 21.12.1995 - 3 C 24/94, NVwZ 1997, 179, 180; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 37, 55; *Müller-Franken*, Maßvolles Verwalten, S. 394 f.; *Riese*, in: Schoch/Schneider VwGO II, Vorb. § 113, Rn. 23.

⁹⁶⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 - 2 BvL 8/77; NJW 1979, 359, 360; Beschl. v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87, NVwZ 1993, 666, 669; BVerwG, Urteil v. 26.03.1981 - 3 C 134.79; BeckRS 1981, 30433107; Urteil v. 21.12.1995 - 3 C 24/94, NVwZ 1997, 179, 180.

⁹⁶⁸ So BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 - 2 BvL 8/77; NJW 1979, 359, 360; Beschl. v. 16.12.1992 - 1 BvR 167/87, NVwZ 1993, 666, 669; BVerwG, Urteil v. 26.03.1981 - 3 C 134.79; BeckRS 1981, 30433107; Urteil v.

Allerdings darf auch der Gesetzgeber die gebotene Effektivität nicht dadurch untergraben, dass er zahlreiche oder weitgreifende behördliche Beurteilungsspielräume für ganze Sachbereiche oder Rechtsgebiete einräumt (vgl. dazu bereits unter **IV. 1. b. bb.**). Vielmehr ist für die Einschränkung des Grundsatzes der vollen gerichtlichen Kontrolle von behördlichen Entscheidungen ein hinreichend gewichtiger, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteter Sachgrund erforderlich.⁹⁶⁹ Nur so wird die grundgesetzliche Rollenverteilung zwischen Exekutive und Judikative gewahrt.⁹⁷⁰

Für die geforderte Auslegung zum Nachweis der legislativen Ermächtigung zur Letztentscheidung hat die Rechtsprechung Fallgruppen von anerkannten Beurteilungsermächtigungen entwickelt. Zudem gibt es bestimmte Indizien, die als Orientierungshilfe für die Annahme einer Beurteilungsermächtigung dienen können.⁹⁷¹ Letztendlich ist die Frage nach der gerichtlichen Kontrolldichte jedoch durch eine wertende Gesamtschau zu beantworten.⁹⁷² Im Zweifel ist von der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit auszugehen.⁹⁷³

(1) Fallgruppen

Mittlerweile haben sich durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannte Beurteilungsermächtigungen gebildet, wenngleich durch die Kasuistik der Rechtsprechung keine einheitliche Dogmatik gebildet werden kann.

Im Rahmen einer ersten Fallgruppe werden Beurteilungsermächtigungen mit der funktionellen Besonderheit der Verwaltung als eigenverantwortlich gestaltende Gewalt begründet.⁹⁷⁴ Sofern der Tatbestand eine politisch-wertende Beurteilung erfordert und entsprechende Rechtsmaßstäbe naturgemäß nicht bestehen, wird auf eine administrative Gestaltungsfreiheit geschlossen.⁹⁷⁵ Untergruppen sind hier der sog. Politikvorbehalt sowie die planerisch gestaltenden und die prognostischen Entscheidungen.

So sind in Bereichen mit stark politisch beeinflussten Entscheidungen Ausnahmen von der gerichtlichen Vollkontrolle anerkannt.⁹⁷⁶ Sind Verwaltungsentscheidungen nur im Hinblick auf einzelne Elemente rechtlich determiniert und im Übrigen politisch geprägt, unterliegen diese

21.12.1995 - 3 C 24/94, NVwZ 1997, 179, 180; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 72.

⁹⁶⁹ So BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, 1065 Rn. 73; Beschl. v. 22.11.2016 - 1 BvL 6/14, 1 BvL 6/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 3/15, NVwZ 2017, 305 Rn. 21.

⁹⁷⁰ So BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, 1065 Rn. 72.

⁹⁷¹ Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 66 ff.

⁹⁷² Vgl. *Proelß*, AöR 136 (2011), 414 f.; *Schneider*, in: Regulierungsrecht, § 22 Rn. 24; *von Danwitz*, DVBl 2003, 1412.

⁹⁷³ So BVerwG, Urteil v. 28.01.1966 - VII C 128/64, NJW 1966, 1286, 1288; Urteil v. 02.04.1968 - VI C 73.67, BeckRS 1968, 527 Rn. 24; Urteil v. 26.09.1963 - VIII C 123/63, NJW 1964, 741.

⁹⁷⁴ Vgl. *Schübel-Pfister*, in: Eyermann, § 114 Rn. 60.

⁹⁷⁵ Vgl. ebd.

⁹⁷⁶ Vgl. BVerfG, Urteil v. 07.05.2008 - 2 BvE 1/03, NJW 2008, 2018, 2021 Rn. 65 (Einräumung eines „weit bemessenen Spielraum[s] eigener Gestaltung“ im Rahmen von internationalen Beziehungen); BVerwG, Urteil v. 14.12.1994 - 11 C 18/93, NJW 1995, 1690, 1691; Urteil v. 29.10.2009 - 7 C 22/08, NVwZ 2010, 321 Rn. 15; *Schübel-Pfister*, in: Eyermann, § 114 Rn. 60 f.

Entscheidungsspielräume der Verwaltung mangels rechtlicher Kriterien nicht der gerichtlichen Rechtskontrolle.⁹⁷⁷ Für die Freiheit von Kontrolle im Rahmen politischer Gestaltungsentscheidungen spricht zudem die aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz resultierende Notwendigkeit der Beschränkung der Judikative auf die Rechtskontrolle.⁹⁷⁸

Erfordert die Anwendung eines Tatbestandes auch planerische Überlegungen, kann auch daraus eine Beurteilungs- oder Einschätzungsermächtigung folgen.⁹⁷⁹

Sofern eine Rechtsgrundlage eine Prognose notwendig macht, kann aufgrund dieser Tatsache allein noch kein Beurteilungsspielraum gefolgert werden.⁹⁸⁰ Das erkennende Gericht muss die Prognose grundsätzlich selbst treffen.⁹⁸¹ Vielmehr ist das Hinzutreten eines weiteren Elements erforderlich, wie beispielsweise, dass die zu treffende Entscheidung im Hinblick auf die entscheidende Behörde einen höchstpersönlichen Charakter aufweist oder der zu beurteilende Sachverhalt die besonderen Fachkenntnisse der dafür zuständigen Behörde erfordert.⁹⁸² Letzteres betrifft vorwiegend ökonomische oder ökologische Auswirkungen von Genehmigungen im Wirtschafts- und Umweltrecht, über die keine gesicherten Erkenntnisse bestehen.⁹⁸³

Eine weitere Fallgruppe umfasst Entscheidungen die weisungsunabhängigen, sachverständigen oder pluralistisch besetzten Kollegialgremien anvertraut sind. Gerechtfertigt wird die gerichtliche Zurückhaltung mit dem prozedural besonderen Entscheidungsprozess, der eine Beratung der Vertreter unterschiedlicher Interessen beinhaltet und das Verfahren folglich einem vorgelagerten Rechtsschutz nahekommmt.⁹⁸⁴

(2) Indizien

Darüber hinaus ist man sich in Rechtsprechung und Lehre einig, dass bestimmte Kriterien eine normative Ermächtigung zur Ausübung eines Letztentscheidungsrechts indizieren.⁹⁸⁵

Solche Kriterien sind insbesondere die Eigenart des betroffenen Sachbereichs⁹⁸⁶ sowie die organisatorische und verfahrensrechtliche Aufgabengestaltung.⁹⁸⁷ So führt beispielsweise

⁹⁷⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 29.10.2009 - 7 C 22/08, NVwZ 2010, 321 Rn. 15; *Brohm*, DÖV 1987, 270; *Knauff*, VerwArch 98, 403 f.

⁹⁷⁸ Vgl. *Knauff*, VerwArch 98, 404.

⁹⁷⁹ So BVerwG, Urteil v. 30.06.1964 - I C 79.63, BeckRS 1964, 30438767; Urteil v. 28.07.1989 - 7 C 39/87, NJW 1989, 3233, 3235.

⁹⁸⁰ So BVerwG, Urteil v. 25.07.1985 - 3 C 25/84, NJW 1986, 796, 798; *Aschke*, in: *Bader/Ronellenfitsch*, § 40 VwVfG Rn. 121.

⁹⁸¹ So BVerwG, Urteil v. 15.12.1983 - 3 C 31.82, BeckRS 1983, 31244836; *Beschl.* v. 19.9.2017 - 1 VR 7/17, NVwZ 2017, 1798, 1801 Rn. 19; *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz III*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 198.

⁹⁸² So BVerwG, Urteil v. 25.07.1985 - 3 C 25/84, NJW 1986, 796, 798; Urteil v. 11.12.2008 - 7 C 6/08, NVwZ 2009, 585, 587 Rn. 23.

⁹⁸³ So BVerwG, Urteil v. 15.04.1988 - 7 C 94/86, NJW 1988, 3221, 3222; Urteil v. 19.01.1989 - 7 C 31/87, NVwZ 1989, 864, 865 f.; *Groß*, ZöR 61 (2006), 631.

⁹⁸⁴ Vgl. BVerwG, Urteil v. 16.12.1971 - I C 31/68, NJW 1972, 596, 597 f.; *Groß*, ZöR 61 (2006), 631; *Schübel-Pfister*, in: *Eyermann*, § 114 Rn. 73; *Funke*, in: *Dreier I*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 87.

⁹⁸⁵ Vgl. *Proelß*, AöR 136 (2011), 414 f.; *Schneider*, in: *Regulierungsrecht*, § 22 Rn. 23.

⁹⁸⁶ Vgl. *Proelß*, AöR 136 (2011), 415.

⁹⁸⁷ Vgl. *Schneider*, in: *Regulierungsrecht*, § 22 Rn. 23; *von Danwitz*, DVBl 2003, 1412.

die Entscheidungszuständigkeit eines unabhängigen Kollegialorgans mit multidisziplinärem Sachverstand zu fachlicher Legitimation.⁹⁸⁸ In ständiger Rechtsprechung leitet das Bundesverwaltungsgericht eine Beurteilungsermächtigung aus Normen dann ab, wenn der zu treffenden Entscheidung in hohem Maße wertende Elemente anhaften, das Gesetz deshalb ein besonderes Verwaltungsorgan für zuständig erklärt, das weisungsfrei, mit besonderer fachlicher Legitimation und in einem besonderen Verfahren entscheidet. Insbesondere dann, wenn ein Kollegialorgan mögliche Auffassungsunterschiede bereits in sich zum Ausgleich bringt und die zu treffende Entscheidung damit versachlicht.⁹⁸⁹

Bedeutsam ist weiterhin die Struktur der auszulegenden Norm und die Dichte des Entscheidungsprogramms, insbesondere eine finale Normstruktur und die Notwendigkeit einer komplexen Wertung oder Prognose.⁹⁹⁰ Zudem stellen multipolare Verfahrensstrukturen, die Perspektivenvielfalt im Rahmen der Entscheidungsfindung sichern, ein Indiz dar.⁹⁹¹ Ein weiterer Faktor ist, dass die Regulierungsbehörde durch eine administrative Unabhängigkeit autonom handeln kann.⁹⁹² Darüber hinaus spielt die nur begrenzte Leistungsfähigkeit der Gerichte eine Rolle, wobei eine Verbindung zum funktionell-rechtlichen Ansatz besteht (vgl. dazu unter **IV. 2. b. bb.**).⁹⁹³

Ferner liegt ein Beurteilungsspielraum dann nahe, wenn das materielle Recht der Verwaltung in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise eine wertende Entscheidung abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Richtlinien zu enthalten⁹⁹⁴ oder wenn die Behörde Regelwerke einführt, die in Fachkreisen als verbindlich anerkannt werden und die in einem sachangemessenen Verfahren zustande gekommen sind.⁹⁹⁵

In der neueren Judikatur urteilt das BVerwG angelehnt an die Rechtsprechung des BVerfG⁹⁹⁶, dass die Annahme eines Beurteilungsspielraums dann naheliegt, wenn das gesetzlich vorgegebene Entscheidungsprogramm vage ist und sich die einzelfallbezogene Anwendung als besonders schwierig erweist, weil viele Bewertungsfaktoren ermittelt, gewichtet und in ein Verhältnis zueinander gesetzt werden müssen, wofür schwierige Prognosen erforderlich sind.⁹⁹⁷

Letzten Endes ist die Frage nach der gerichtlichen Kontrolldichte durch eine wertende Gesamtschau zu beantworten.⁹⁹⁸

⁹⁸⁸ Vgl. *Schneider*, in: *Regulierungsrecht*, § 22 Rn. 23; *von Danwitz*, DVBl 2003, 1412; *Proelß*, AöR 136 (2011), 415.

⁹⁸⁹ So st. Rspr., BVerwG, Urteil v. 16.12.1971 - I C 31/68, NJW 1972, 596, 597 f.; Urteil v. 13.12.1979 - 5 C 1.79, BeckRS 1979, 30426590; Urteil v. 23.01.2008 - 6 A 1/07, NJW 2008, 2135 Rn. 43; Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575 Rn. 29.

⁹⁹⁰ Vgl. ebd. Vgl. auch BVerwG, Urteil v. 19.12.1985 - 7 C 65/82, NVwZ 1986, 208, 212; Urteil v. 22.10.1987 - 7 C 4/85, NVwZ 1988, 536, 537 f.

⁹⁹¹ Vgl. *Schneider*, in: *Regulierungsrecht*, § 22 Rn. 23.

⁹⁹² Vgl. ebd.

⁹⁹³ Vgl. *Ludwigs*, JZ 2009, 295; *Proelß*, AöR 136 (2011), 415.

⁹⁹⁴ Vgl. BVerwG, Urteil v. 23.06.1993 - 11 C 12/92, NVwZ-RR 1994, 95, 97.

⁹⁹⁵ Vgl. *Jestaedt*, in: *Ehlers/Pünder*, § 11 Rn. 67.

⁹⁹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2006; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 68 ff.

⁹⁹⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575 Rn. 29.

⁹⁹⁸ Vgl. *von Danwitz*, DVBl 2003, 1412.

bb. Ausnahme: Funktionsgrenzen der Rechtsprechung - funktionelle Ermächtigungslehre

Nach der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Entscheidungsspielräume der Verwaltung ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage verfassungsrechtlich zulässig, wenn die gerichtliche Kontrolle andernfalls an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße.⁹⁹⁹

Zu nennen sind hier insbesondere Beurteilungen, Prüfungen und prüfungsähnliche Entscheidungen. Die nur eingeschränkte gerichtliche Kontrolle wird in diesem Zusammenhang damit begründet, dass es sich um persönliche Akte wertender Erkenntnis handle, die nicht nachgeholt werden können.¹⁰⁰⁰ Der Verwaltung wird in diesen Fällen ein begrenzter Entscheidungsfreiraum zugebilligt.¹⁰⁰¹ Darüber hinaus sind der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auch im Rahmen von hochkomplexen Entscheidungen, die eine erschöpfende Nachprüfung aller erdenklichen Einwände und Kritikpunkte prozessual nicht einmal mit der Hilfe mehrerer Sachverständiger erlauben, aus der Natur der Sache Grenzen gesetzt.¹⁰⁰²

Das Bundesverfassungsgericht stellte dazu fest, dass „unbestimmte Rechtsbegriffe [...] allerdings wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein [können], daß die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt. Der rechtsanwendenden Behörde mag in solchen Fällen ohne Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze ein begrenzter Entscheidungsfreiraum zuzubilligen sein.“¹⁰⁰³

Später hat das Bundesverfassungsgericht allerdings ausdrücklich offengelassen, ob gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Entscheidungsspielräume der Verwaltung in Ausnahmefällen auch ohne gesetzliche Grundlage verfassungsrechtlich zulässig sein können¹⁰⁰⁴, bzw. festgestellt, dass die verfassungsrechtliche Zulässigkeit nicht abschließend geklärt sei.¹⁰⁰⁵

In der neueren Judikatur zu Prognose- und Risikoentscheidungen wird ein eingeschränktes Kontrollmaß jedoch auch ohne eine der Verwaltung gesetzlich eingeräumte Einschätzungsprärogative aus einer faktischen Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle

⁹⁹⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2006; Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 1529/84, 1 BvR 138/87, NJW 1991, 2008, 2010 (zu Prüfungsfällen).

¹⁰⁰⁰ So Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2006 f.; BVerwG, Beschl. v. 05.03.2018 - 6 B 71/17, NJW 2018, 2142, 2143 Rn. 10; *Groß*, ZöR 61 (2006), 630.

¹⁰⁰¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2006 f.; BVerwG, Urteil v. 22.04.1966 - IV C 120.65, BeckRS 1966, 30434593; Urteil v. 15.04.1988 - 7 C 94/86, NJW 1988, 3221, 3222.

¹⁰⁰² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.10.1991 - 1 BvR 393/85, 1 BvR 610/85, NVwZ 1992, 361, 362; BVerwG, Urteil v. 07.04.2016, ZfBR 2016, 679 Rn. 24; Urteil v. 19.03.1998 - 2 C 5-97, NVwZ 1999, 75, 76.

¹⁰⁰³ BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2006.

¹⁰⁰⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 74.

¹⁰⁰⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.08.2013 - 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, BeckRS 2013, 55213 Rn. 54.

abgeleitet. Begründet werden diese Entscheidungen mit einem tatsächlichen Erkenntnisdefizit von Wissenschaft und Praxis.¹⁰⁰⁶

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stößt die gerichtliche Kontrolle auch im Rahmen der Prüfung von nicht gänzlich rechtlich determinierten Prognoseentscheidungen an ihre Funktionsgrenzen, wenn die maßgebliche Entscheidung einer genauen tatsächlichen oder rechtlichen Erkenntnis nicht zugänglich ist.¹⁰⁰⁷

Auch das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass die gerichtliche Kontrolle durch den Erkenntnisstand der Fachwissenschaft begrenzt werden kann, wenn die objektive Beurteilung der Richtigkeit der Entscheidung aufgrund von Erkenntnisschwierigkeiten nicht möglich ist.¹⁰⁰⁸ Zur Achtung des aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Wesentlichkeitsgrundsatz muss der Gesetzgeber für die Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden sorgen oder zumindest genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Ansichten vorgeben.¹⁰⁰⁹

In der Literatur wird aus diesem funktionellen Ansatz das Erfordernis einer graduell abgestuften gerichtlichen Kontrolldichte, die sich am richterlichen Sachwissen orientiert, abgeleitet.¹⁰¹⁰ Lässt sich die konkrete Entscheidung auch mit Hilfe von Sachverständigen nicht in ausreichendem Maße nachbilden, bleibt nur Spielraum für eine Evidenzkontrolle.¹⁰¹¹

3. Materielle Grundrechte

Die Zulässigkeit der Zuweisung von Letztentscheidungskompetenzen anhand der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zu beurteilen, wird in der Literatur teilweise abgelehnt. Vielmehr sei die Einräumung des Rechts zur Letztentscheidung an den materiellen Grundrechtsgewährleistungen zu messen.¹⁰¹² Denn Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist, dass der Einzelne ein subjektives Recht innehat. Subjektive Rechte werden durch die Verfassung oder durch einfaches Gesetzesrecht eingeräumt, wobei die grundrechtlichen Gewährleistungen in der Regel bereits vom Gesetzgeber durch einfaches Gesetzesrecht konkretisiert wurden.¹⁰¹³

¹⁰⁰⁶ Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52 Rn. 18 ff. Eher kritisch Riese, in: Schoch/Schneider VwGO II, Vorb. § 113 Rn. 26; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 19 Abs. 4 Rn. 185 ff.

¹⁰⁰⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 19.03.1998 - 2 C 5-97, NVwZ 1999, 75, 76 (Entlassung eines Beamten wegen mangelnder Bewährung); Urteil v. 27.06.2013 - 4 C 1/12, NVwZ 2013, 1411 Rn. 14 f.; Urteil v. 07.04.2016 - 4 C 1.15, ZfBR 2016, 679 Rn. 24; Urteil v. 22.09.2016 - 4 C 2/16, NVwZ 2017, 160 Rn. 34 f. (naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative).

¹⁰⁰⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52 Rn. 17.

¹⁰⁰⁹ Vgl. ebd. Rn. 24.

¹⁰¹⁰ Vgl. *Steinbach*, DV 50 (2017), 518 f.

¹⁰¹¹ Vgl. ebd., 518 ff. Zur Evidenzkontrolle auch EuGH, Urteil v. 11.07.1985 - C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327 Rn. 34; Urteil v. 16.06.2015 - C-62/14, ECLI:EU:C:2015:40 Rn. 75.

¹⁰¹² Vgl. zum Ganzen *Gärditz*, in: Hdb. VerfR, § 13 Rn. 85 f.; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 44 ff.; *Ramsauer*, FG BVerwG, S. 714 f.

¹⁰¹³ Vgl. *Ramsauer*, FG BVerwG, S. 715.

Überträgt der Gesetzgeber der Verwaltung in einer Norm, die dem Einzelnen subjektive Rechte einräumt, Letztentscheidungsbefugnisse, so ist damit zugleich über den Umfang dieses subjektiven Rechts entschieden.¹⁰¹⁴ Es steht ihm dann kein Anspruch auf eine bestimmte Ermessensentscheidung, sondern lediglich auf eine beurteilungsfehlerfreie Entscheidung zu.¹⁰¹⁵ Die Vorprogrammierung der gesetzlichen Bestimmungen ist Sache des Gesetzgebers.¹⁰¹⁶ Dadurch bestimmt er das Maß der Rechtsbindung der Verwaltung.¹⁰¹⁷ Sofern das Handeln der Verwaltung nicht gesetzlich determiniert ist, ist schon der Tatbestand des Art. 19 Abs. 4 GG nicht erfüllt.¹⁰¹⁸

Die Frage, ob die Einräumung eines Entscheidungsspielraumes der Verwaltung und damit nur ein Recht auf fehlerfreie Verwaltungsentscheidung für den Einzelnen ausreichend ist, beurteilt sich nach den materiellen Grundrechtsgewährleistungen und nicht anhand der Rechtsschutzgarantie.¹⁰¹⁹ Die materiellen Grundrechte gehen mit ihrer Forderung nach umfassendem Rechtsschutz damit weiter als die nach Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Kontrolle der Entscheidungen anhand des einfachen Rechts.¹⁰²⁰ Sie gebieten vollumfassenden Rechtsschutz auch dort, wo die Verwaltung Entscheidungen in Ausübung eines Beurteilungsspielraums getroffen hat oder diese rechtmäßig, aber unzumutbar und damit gleichwohl belastend sind.¹⁰²¹ Insbesondere darf die gerichtliche Kontrolle nicht durch die kombinierte Einräumung von Letztentscheidungsbefugnissen ins Leere laufen.¹⁰²²

Im Ergebnis stellt auch das BVerfG zur Beurteilung der Zulässigkeit von Letztentscheidungsbefugnissen auf die materiellen Grundrechte und die Ausprägungen des Art. 20 GG ab, wenn es ausführt, dass der Gesetzgeber bei der Einräumung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse durch die Grundrechte sowie durch das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip und die hieraus folgenden Grundsätze der Bestimmtheit und Normenklarheit gebunden ist. Letztlich ist nach dieser Rechtsprechung für die Freistellung der

¹⁰¹⁴ Vgl. BVerfG, Urteil v. 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, NJW 2001, 1121, 1123; *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: GVwR I, § 12 Rn. 147; Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 158 f.

¹⁰¹⁵ Vgl. *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: GVwR I, § 12 Rn. 147; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 45; *Ramsauer*, FG BVerwG, S. 715.

¹⁰¹⁶ Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 45; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof VIII, § 177 Rn. 7; *Ramsauer*, FG BVerwG, S. 718.

¹⁰¹⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 13.12.1979 - 5 C 1.79, BeckRS 1979, 30426590; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof VIII, § 177 Rn. 70.

¹⁰¹⁸ Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 45; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof VIII, § 177 Rn. 7, 70. Im Ergebnis auch *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, § 114 Rn. 26, 29 ff., 292 ff. Der Sache nach auch in st. Rspr., BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80, NJW 1982, 2173, 2175 f.; Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2007. Allerdings stellt das BVerfG zum Teil auch auf eine Verletzung der Rechtsschutzgarantie ab, vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 1529/84, 1 BvR 138/87, NJW 1991, 2008, 2011.

¹⁰¹⁹ Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 49 ff.; *Proelß*, AöR 136 (2011), 413; *Ramsauer*, FG BVerwG, S. 715. Ähnlich auch *Papier*, in: Isensee/Kirchhof VIII, § 177 Rn. 7, wobei dieser auf die Maßgeblichkeit „anderer Verfassungsnormen oder -prinzipien“ abstellt.

¹⁰²⁰ Vgl. *Gonsior*, Verfassungsmäßigkeit, S. 159.

¹⁰²¹ Auch unzumutbare Entscheidungen können von der Einräumung eines Ermessens gedeckt sein, vgl. *Kluth*, in: Verwaltungsrecht I, § 31 Rn. 48; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, § 7 Rn. 18.

¹⁰²² Vgl. *Gärditz*, Gutachten D des 71. DJT, D 59 f.

Rechtsanwendung von einer Nachprüfung durch die Gerichte ein hinreichend gewichtiger, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteter Sachgrund erforderlich.¹⁰²³

Aus der Wesentlichkeitslehre folgt, dass je größer die individuelle Grundrechtsbetroffenheit ist, desto weniger Entscheidungsfreiheit darf der Exekutive übertragen werden.¹⁰²⁴ Folglich ist im Einzelfall zu prüfen, ob Letztentscheidungskompetenzen der Verwaltung zur Einschränkung von Grundrechten führen.

4. Grenzen: Abwägungskontrolle

Administrative Letztentscheidungsbefugnisse entziehen den Verwaltungsgerichten, wie gesehen, die Kontrolle des Verwaltungshandelns. Entsprechend der nur partiellen Ermächtigungen zur Selbstprogrammierung sind auch die Kontrolleinschränkungen nur punktuell.¹⁰²⁵ Für die Überprüfung administrativer Entscheidungen, im Rahmen derer der Behörde eine planerische Gestaltungsfreiheit im Sinne einer sogenannten Planungsermessens zukommt, wurde die Abwägungsfehlerlehre als begrenzte Kontrolle der Abwägung entwickelt.¹⁰²⁶

Dieser Kontrollmaßstab wird mittlerweile auch für die Überprüfung administrativer Entscheidungen im Rahmen derer die Behörde auf Grundlage einer Beurteilungs- oder Ermessensermächtigung handelt, angewendet. Die gerichtliche Kontrolle umfasst die Prüfung der Einhaltung der geltenden Verfahrensbestimmungen, der vollständigen Sachverhaltsermittlung, des zutreffenden Verständnisses der anzuwendenden Rechtsbegriffe, der Einhaltung der allgemein gültigen Wertungsmaßstäbe im Rahmen der eigentlichen Beurteilung sowie die Wahrung des Willkürverbots.¹⁰²⁷ Die Rechtmäßigkeitsanforderungen, die in diesem Falle eben nur beschränkt bestehen, sind von den Gerichten nach wie vor in vollem Umfang zu überprüfen.¹⁰²⁸

Eingeschränkt überprüft wird die Abwägungsentscheidung. Das Gericht beschränkt sich darauf, den Vorgang und die Begründung der Abwägung zu prüfen, während es das Abwägungsergebnis selbst lediglich daraufhin prüft, ob in die Abwägung einzubeziehende Belange entsprechend ihrer objektiven Gewichtigkeit unverhältnismäßig behandelt wurden.¹⁰²⁹

¹⁰²³ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062 Rn. 73; Beschl. v. 08.12.2011 - 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 Rn. 25.

¹⁰²⁴ Vgl. *Geis*, NVwZ 1992, 29.

¹⁰²⁵ Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 52.

¹⁰²⁶ Vgl. BVerfG, Urteil v. 12.12.1969 - IV C 105/66, VerwRspr 1970, 571, 576 f.; Urteil v. 20.10.1972 - IV C 14/71, VerwRspr 1974, 61, 63; Urteil v. 14.02.1975 - IV C 21/74, NJW 1975, 1373, 1375 f.; Urteil v. 05.07.1974 - IV C 50/72, NJW 1975, 70, 71 ff.; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 52 f., 69; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 19 Abs. 4 Rn. 209 ff.

¹⁰²⁷ Vgl. BVerfG, Urteil v. 26.06.1980 - 2 C 8/78, VerwRspr 1981, 306, 307; Urteil v. 03.03.1987 - 1 C 16/86, NJW 1987, 1429; Urteil v. 16.05.2007 - 3 C 8/06, NJW 2007, 2790 Rn. 38; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359 Rn. 21.

¹⁰²⁸ Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 52.

¹⁰²⁹ So st. Rspr. zum Planungsermessens, BVerfG, Urteil v. 21.03.1996 - 4 C 19/94; NVwZ 1996, 1016 ff.; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359 Rn. 47; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 53.

Dies folgt aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das für die unterschiedlichen Bereiche des Planungsrechts entschieden hat, dass aus rechtsstaatlichen Gründen im Rahmen einer Planung, die von dieser berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abgewogen werden müssen.¹⁰³⁰

Das Gericht beanstandet die Ermessensausübung im Rahmen einer Kontrolle der Abwägung dann, wenn eine solche überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), nicht die Belange, die nach Lage der Dinge in die Abwägung eingestellt werden mussten, eingestellt wurden (Abwägungsdefizit), die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder der Ausgleich zwischen den betroffenen Belangen zur objektiven Gewichtigkeit der Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität).¹⁰³¹

Konsequenterweise hat sich der Bundesgerichtshof auch in seinen Entscheidungen zum Energieregulierungsrecht zu diesem Prüfungsmaßstab bekannt.¹⁰³² Der BGH hat in den zitierten Entscheidungen näher dazu ausgeführt, welche Anforderungen an die nur eingeschränkte gerichtliche Kontrolle der behördlichen Entscheidungen zu stellen sind. Danach unterliegen die Entscheidungen der Bundesnetzagentur jedenfalls insofern der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle, als es um die Ermittlung der Tatsachengrundlagen geht.¹⁰³³

Zur Überprüfung dieser Maßstäbe muss die Regulierungsbehörde die Erwägungen, welche sie bei der Ausübung der ihr eingeräumten Prärogative angestellt hat, nachvollziehbar in der Entscheidung darlegen (vgl. dazu unter **II. 1. b.**).

Für die Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle der regulierungsbehördlichen Entscheidungen auf die Grundsätze des Planungsrechts wird in der Literatur vorgebracht, dass auch eine Vertretbarkeitskontrolle ausreichenden Rechtsschutz bieten könne.¹⁰³⁴ Für eine gerichtlich nur begrenzte Kontrolle spreche, dass eine mit ökonomischem sowie technischem Fachwissen ausgestattete Behörde für die Regulierung besser qualifiziert sei, als ein aus Juristen bestehender Spruchkörper.¹⁰³⁵ Darüber hinaus würde das Beschlusskammerverfahren durch eine gerichtliche Vollkontrolle entwertet werden und letztlich ein kaum beherrschbarer Verfahrensaufwand entstehen.¹⁰³⁶

¹⁰³⁰ So st. Rspr., BVerwG, Urteil v. 30.04.1969 - IV C 6/68, NJW 1969, 1868, 1869; Urteil v. 12.12.1969 - IV C 105/66, VerwRspr 1970, 571, 574 ff.; Urteil v. 20.10.1972 - IV C 14/71, VerwRspr 1974, 61, 63; Urteil v. 14.3.2018 - 4 A 5/17, NVwZ 2018, 1322 Rn. 72 f.; Beschl. v. 27.07.2020 - 4 VR 7/19, 4 VR 3/20, NVwZ 2021, 723 Rn. 66 f.

¹⁰³¹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 12.12.1969 - IV C 105/66, VerwRspr 1970, 571, 576; Urteil v. 20.10.1972 - IV C 14/71, VerwRspr 1974, 61, 63; Urteil v. 05.07.1974 - IV C 50/72, NJW 1975, 70, 72; Urteil v. 14.02.1975 - IV C 21/74, NJW 1975, 1373, 1375; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 14/07, NVwZ 2008, 1359 Rn. 44; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359 Rn. 47; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 16/07, BeckRS 2008, 35853 Rn. 41. Vgl. auch Groß, ZöR 61 (2006), 632; Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 19 Abs. 4 Rn. 213.

¹⁰³² Vgl. BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378, 380 Rn. 27; Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16725 Rn. 25; Beschl. v. 07.06.2016 - EnVR 62/14, BeckRS 2016, 13537 Rn. 25.

¹⁰³³ Vgl. BGH, Beschl. v. 27.01.2015 - EnVR 39/13, EnWZ 2015, 273 Rn. 15; Beschl. v. 07.06.2016 - EnVR 62/14, BeckRS 2016, 13537 Rn. 25.

¹⁰³⁴ Vgl. Masing, Übergreifende Grundsätze der Netzregulierung, S. 170 f.

¹⁰³⁵ Vgl. Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 159; Steinbach, DV 50 (2017), 515.

¹⁰³⁶ Vgl. Masing, Übergreifende Grundsätze der Netzregulierung, S. 171.

5. Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt, dass Behördenentscheidungen grundsätzlich der umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterliegen, Ausnahmen von diesem Grundsatz jedoch im Einzelfall zulässig sind.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einräumung von Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung durch den Gesetzgeber bestehen grundsätzlich nicht. Der Gesetzgeber ist in der Einräumung solcher Kompetenzen jedoch insofern beschränkt, als er der Verwaltung keine wesentlichen Entscheidungen überantworten und die Gerichtskontrolle nicht vollständig entziehen darf. Aus den Grundrechten folgt zudem, dass ein hinreichend gewichtiger Sachgrund erforderlich ist. Je intensiver die Grundrechtsbetroffenheit ist, desto zurückhaltender dürfen der Verwaltung Entscheidungsspielräume eingeräumt werden.

Zwar wird von einem Teil der Literatur die Grundrechtswesentlichkeit der Marktregulierung hervorgehoben, gleichwohl werden der nationalen Regulierungsbehörde allenfalls die konkreten Modalitäten der Regulierung übertragen, während die grundsätzlichen Entscheidungen beim Parlament verbleiben. Dies gilt auch nach der letzten Novelle des EnWG aus dem Jahr 2023, die das EnWG an die unionsrechtlichen Vorgaben anpassen sollte. Richtigerweise kann bei den teilweise sehr detaillierten fachspezifischen Administrativentscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde nicht von wesentlichen Entscheidungen gesprochen werden, die zwingend vom Parlament getroffen werden müssen.¹⁰³⁷

V. Dogmatische Einordnung exekutiver Entscheidungsspielräume

Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Gesetzgeber der Exekutive Entscheidungsspielräume einräumen, die nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Gerichte unterliegen (vgl. dazu unter **III.**).

Anders, als in den meisten anderen Mitgliedstaaten der EU und im Unionsrecht (vgl. dazu unter **III. 3.**) wird im deutschen Recht traditionell zwischen Beurteilungsspielräumen auf Tatbestandsseite und Ermessen auf Rechtsfolgenseite unterschieden.¹⁰³⁸

Dogmatisch bestehen drei verschiedene Kategorien behördlicher Entscheidungsspielräume.¹⁰³⁹ Namentlich das allgemeine Verwaltungsermessen, unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum und das Planungsermessen als Kopplungstatbestand.¹⁰⁴⁰ In jüngster Zeit wurde diese Einteilung von einem Teil der Literatur um eine vierte und eigenständige Kategorie des Regulierungsermessens erweitert.¹⁰⁴¹ So führt auch das Bundesverwaltungsgericht in einer neueren Entscheidungen zum Telekommunikationsrecht aus, dass das

¹⁰³⁷ So auch *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 178.

¹⁰³⁸ Vgl. *Franzius*, in: GVwR I, § 4 Rn. 14; *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005. Kritisch *Ludwigs*, JZ 2009, 292 ff.

¹⁰³⁹ Vgl. *Ludwigs*, JZ 2009, 292; *Oster*, in: Normative Ermächtigung, S. 29 ff.

¹⁰⁴⁰ Vgl. ebd.

¹⁰⁴¹ Vgl. *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 40 VwVfG Rn. 25; *Riese*, in: Schoch/Schneider VwGO I, § 114 Rn. 78 f.

Telekommunikationsgesetz der Regulierungsbehörde Entscheidungsspielräume einräumt, diese sich aber keiner der traditionellen Kategorien zuordnen lassen.¹⁰⁴² In der Literatur wird eine Kategorisierung teilweise ganz abgelehnt und eine einheitliche Systemkategorie des Verwaltungsermessens befürwortet.¹⁰⁴³ Auch in der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich eine Entwicklung hin zur Unterscheidung nach dem Grad administrativer Freiräume beobachten.¹⁰⁴⁴

1. Ermessen

Das Verwaltungsermessen ist nach der deutschen Dogmatik auf die Rechtsfolgenrechte der Norm begrenzt.¹⁰⁴⁵ Ein Ermessen der Behörde liegt immer dann vor, wenn der Verwaltung bei Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes auf der Rechtsfolgenrechte die Freiheit eingeräumt ist, aus Zweckmäßigkeitserwägungen unter mehreren zulässigen Entscheidungen auszuwählen.¹⁰⁴⁶ Die rechtlichen Bindungen des Ermessens sind in § 40 VwVfG geregelt. Danach hat die Behörde ihr eingeräumtes Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

Die gerichtliche Ermessenskontrolle wird durch § 114 VwGO beschränkt. Die Gerichte haben den der Behörde eingeräumten Spielraum zu berücksichtigen und sind auf die Überprüfung beschränkt, ob die Verwaltung ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat. Geprüft wird nur die Rechtmäßigkeit der Entscheidung, nicht aber deren Zweckmäßigkeit.¹⁰⁴⁷ Die Ausübung von Ermessen auf der Rechtsfolgenrechte der Norm wird im Rahmen der von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Ermessensfehlerlehre überprüft, wenngleich die Einteilung der Ermessensfehler sowie die Terminologie unterschiedlich ist.¹⁰⁴⁸

Im Rahmen des Energieregulierungsrechts ergibt sich aus den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Regelungen teilweise, dass der Erlass der Festlegungen im Ermessen der Behörde steht (vgl. bspw. § 13j Abs. 2 EnWG, § 50 Abs. 1 GasNZV: „kann“).¹⁰⁴⁹ Der Regulierungsbehörde ist in diesen Fällen ein weites Entschließungs-, Auswahl- und Gestaltungsermessen eingeräumt.¹⁰⁵⁰ Zum Teil ist das Ermessen der Behörde durch eine Soll-Vorgabe begrenzt (vgl. bspw. § 27 Abs. 2 StromNZV: „soll“). In diesem Fall ist die Rechtsfolge

¹⁰⁴² Vgl. BVerwG, Beschl. v. 05.05.2014 - 6 B 46/13, NVwZ 2014, 1034 Rn. 9; während es in dem Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, Rn. 18 noch von einem Beurteilungsspielraum (deutsche Terminologie) ausgeht.

¹⁰⁴³ Vgl. Jestaedt, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 31 f.; Ludwigs, JZ 2009, 292 f.

¹⁰⁴⁴ Vgl. BVerwG, Urteil v. 23.11.2011 - 6 C 11/10, NVwZ 2012, 1047 Rn. 38. So auch Ludwigs, JZ 2009, 293; Wendel, Verwaltungsermessen, S. 246 f. Vgl. zur einheitlichen Behandlung von Konkretisierungsbefugnissen mit gestaltendem Charakter als „Regulierungsermessen“ Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 156 f.

¹⁰⁴⁵ Vgl. *Pache*, Tatb. Abwägung, S. 23; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz III, Art. 19 Abs. 4 Rn. 189.

¹⁰⁴⁶ Vgl. *Hwang*, in: HVwR V, § 128 Rn. 3; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 Rn. 13.

¹⁰⁴⁷ Vgl. *Hwang*, in: HVwR V, § 128 Rn. 15; *Ziekow*, in: HVwR I, § 14 Rn. 68.

¹⁰⁴⁸ Vgl. *Geis*, in: Schoch/Schneider VwVfG, § 40 Rn. 87 ff.; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, 3 11 Rn. 80 ff.; *Riese*, in: Schoch/Schneider VwGO II, § 114 Rn. 56.

¹⁰⁴⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 58/12, BeckRS 2014, 16724 Rn. 13; Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378 Rn. 21 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.10.2014 - VI-3 Kart 62/13, EnWZ 2015, 32 Rn. 57 ff.; Beschl. v. 09.05.2021 - 3 Kart 159/20, BeckRS 2021, 17080 Rn. 84 ff.

¹⁰⁵⁰ Vgl. *Attendorn*, RdE 2009, 89; *Hartmann/Wagner*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 20 EnWG Rn. 89; *Schellberg*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, § 29 Rn. 16; *Wahlhäuser*, in: Kment, § 29 Rn. 20.

im Regelfall vorgegeben und die Behörde darf nur bei Vorliegen besonderer Gründe abweichend handeln.¹⁰⁵¹

2. Beurteilungsspielraum

Teilweise enthalten Normen auf der Tatbestandsseite Rechtsbegriffe, deren Bedeutung unklar ist und die einer Auslegung und wertenden Konkretisierung im Einzelfall durch die Verwaltung bedürfen.¹⁰⁵² Diese sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe sollen Regelungslücken, die durch einen zu engen Normtext entstehen können, vorbeugen.¹⁰⁵³

Die Auslegung unbestimmte Rechtsbegriffe unterliegt der vollumfänglichen gerichtlichen Kontrolle.¹⁰⁵⁴ Ein Entscheidungsspielraum im Sinne einer gerichtlich nicht überprüfbaren Letztentscheidungskompetenz kommt der Verwaltung gerade nicht zu.¹⁰⁵⁵ Aus der auf eine umfassende sowie effektive gerichtliche Kontrolle der Verwaltung gerichteten Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG folgt, dass die Gerichte nicht an die im Verwaltungsverfahren getroffenen Feststellungen gebunden sind.¹⁰⁵⁶

Abweichend von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung Fallgruppen etabliert, in welchen sie unbestimmt formulierte Tatbestandsvoraussetzungen als Beurteilungsermächtigungen anerkennt.¹⁰⁵⁷ Die durch eine solche normative Ermächtigung auf der Tatbestandsseite eingeräumte Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung wird als Beurteilungsspielraum bezeichnet.¹⁰⁵⁸ Diese Einschätzungsprärogative der Verwaltung umfasst jedoch lediglich die Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter den gesetzlichen Tatbestand.¹⁰⁵⁹ Nicht von einem Beurteilungsspielraum der Exekutive umfasst sind demgegenüber die Interpretation der entsprechenden Norm, die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen sowie die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen, denn dies ist grundsätzlich Aufgabe der Judikative.¹⁰⁶⁰

Nach den vom Bundesverwaltungsgericht für das deutsche Verwaltungsrecht entwickelten Kontrollmaßstäben wird die Ausübung eines Beurteilungsspielraums auf der Tatbestandsseite

¹⁰⁵¹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 15.12.1989 - 7 C 35/87, NVwZ 1990, 963, 966; *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 40 VwVfG Rn. 35.

¹⁰⁵² Vgl. *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 40 VwVfG Rn. 22; *Decker*, in: Posser/Wolff, § 114 Rn. 30.

¹⁰⁵³ Vgl. *Decker*, in: Posser/Wolff, § 114 Rn. 30; *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 6.

¹⁰⁵⁴ So st. Rspr., BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 - 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005, 2006; Beschl. v. 31.05.2011 - 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, 1064 Rn. 68; BVerwG, Urteil v. 29.11.1955 - I C 79/54, NJW 1956, 482; *Pache*, Tatb. Abwägung, S. 37; *Schmidt-Aßmann/Schenk*, in: Schoch/Schneider VwGO I, Einl. Rn. 183.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 40 VwVfG Rn. 25.

¹⁰⁵⁶ Vgl. *Pielow*, DÖV 2005, 1023 f.

¹⁰⁵⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 - 1 BvR 1932/08, MMR 2012, 186 Rn. 23; BVerwG, Urteil v. 26.03.1981 - 3 C 134.79, BeckRS 1981, 30433107; Urteil v. 01.03.1990 - 3 C 50/86, NVwZ 1991, 568, 569.

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Ziekow*, in: HVwR I, § 14 Rn. 66.

¹⁰⁵⁹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 03.03.1987 - 1 C 16/86, NJW 1987, 1429; BVerfG Beschl. v. 10.12.2009 - 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, 435, 438 Rn. 58; *Oster*, Normative Ermächtigungen, S. 38; *Pache*, Tatb. Abwägung, S. 43.

¹⁰⁶⁰ Vgl. BVerfG Beschl. v. 10.12.2009 - 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, 435, 438 Rn. 58 f.; BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577 Rn. 29; BVerwG, Urteil v. 22.06.2011 - 6 C 3.10, MMR 2012, 130, 131 Rn. 27.

der Norm daraufhin überprüft, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat.¹⁰⁶¹

3. Planungsermessen (Gestaltungsspielraum)

Weiterhin ist das Planungsermessen als Kombination von Letztentscheidungskompetenzen der Verwaltung auf Tatbestands- und Rechtsfolgeenseite anerkannt (sog. Kopplungstatbestand).¹⁰⁶² Beim Planungsermessen wird die herkömmliche strikte Trennung zwischen Tatbestand und Ermessen aufgegeben.¹⁰⁶³

Ermächtigungsgrundlagen für Planungsentscheidungen räumen der Verwaltung ein als planerische Gestaltungsfreiheit bezeichnetes Planungsermessen ein.¹⁰⁶⁴ Für ein planerisches Tätigwerden benötigt die Verwaltung sachnotwendig eine planerische Gestaltungsbefugnis, um flexibel und einzelfallgerecht handeln zu können.¹⁰⁶⁵

Die Planungsnormen zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht die für Ermächtigungsgrundlagen typische konditionale Programmierung aufweisen, sondern final lediglich die Planungsziele vorgeben.¹⁰⁶⁶ Es wird keine bestimmte Rechtsfolge, sondern nur ein Abwägungsgebot normiert.¹⁰⁶⁷ Im Rahmen dieser Abwägung kommt dem Planungsträger ein weiter, nicht gerichtlich prüfbarer Wertungs- und Gestaltungsspielraum, mithin ein Letztentscheidungsrecht, zu.¹⁰⁶⁸ Gleichwohl unterliegt auch die Planungsbefugnis rechtlichen, von den Gerichten überprüfbaren Bindungen.¹⁰⁶⁹

Für diesen Bereich wurde von der Rechtsprechung die sogenannte Abwägungsfehlerlehre entwickelt. Danach kann das Gericht die behördliche Abwägung nur auf Fehler in der Abwägung, namentlich das Vorliegen eines Abwägungsausfalls, eines Abwägungsdefizits, einer Abwägungsfehleinschätzung oder einer Abwägungsdisproportionalität prüfen (vgl. dazu unter IV. 4.).

¹⁰⁶¹ St. Rspr. BVerwG, Urteil v. 03.03.1987 - 1 C 16/86, NJW 1987, 1429, 1431; Beschl. v. 24.01.1995 - 1 WB 68.94, BeckRS 1995, 30428958; Beschl. v. 16.05.2007 - 3 C 8/06, NJW 2007, 2790 Rn. 38; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359 Rn. 21 (zum Spielraum i.R.d TKG).

¹⁰⁶² Vgl. *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 40 VwVfG Rn. 28; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 Rn. 42.

¹⁰⁶³ Vgl. *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, § 11 Rn. 20; *Ludwigs*, JZ 2009, 292 f.

¹⁰⁶⁴ Vgl. BVerwG, Urteil v. 07.07.1978 - 4 C 79/76 u. a., NJW 1979, 64, 65 ff.

¹⁰⁶⁵ Vgl. *Ludwigs*, in: HVwR V, § 124 Rn. 15; *Ziekow*, in: HVwR I, 3 14 Rn. 69.

¹⁰⁶⁶ Vgl. *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 40 VwVfG Rn. 29; *von Danwitz*, DVBl 2003, 1411 f.

¹⁰⁶⁷ Vgl. *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 40 VwVfG Rn. 29.

¹⁰⁶⁸ Vgl. BVerwG, Urteil v. 12.12.1969 - IV C 105/66, VerwRspr 1970, 571, 572 ff.; *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, § 40 VwVfG Rn. 30.

¹⁰⁶⁹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 07.07.1978 - 4 C 79/76 u. a., NJW 1979, 64, 65.

4. Regulierungsermessen

Die normative Ausübung eines Regulierungsermessens stellt eine Kombination aus der Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und der Ausübung von Ermessen dar und lässt sich jedenfalls keiner der überkommenen Kategorien eindeutig zuordnen.¹⁰⁷⁰ So schließt auch das Bundesverwaltungsgericht aus der Normstruktur des § 21 TKG auf ein einheitliches „Regulierungsermessen“ der BNetzA, da die von der Behörde auf Tatbestandsseite geforderte Abwägung zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe enthalte und sich nicht von einer erst anschließenden Ermessensausübung auf der Rechtsfolgenseite trennen lasse.¹⁰⁷¹ Das Bundesverwaltungsgericht lässt offen, ob und inwieweit die der Regulierungsbehörde eröffneten Spielräumen als Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite der Norm oder als ein Regulierungsermessen auf der Rechtsfolgenseite zu qualifizieren sind. Denn die für die verschiedenen Rechtskategorien geltenden Kontrollmaßstäbe unterscheiden sich materiell-rechtlich nicht. Bei Entscheidungsspielräumen, die an der Grenze zum Regulierungsermessen stehen, sei die Bewertung der Regulierungsbehörde jedenfalls auch darauf zu prüfen, ob sie im Hinblick auf die Kriterien, die in der Rechtsnorm ausdrücklich hervorgehoben oder zumindest in ihr angelegt sind, plausibel und erschöpfend argumentiert hat.¹⁰⁷² Dieser Ansicht hat sich der BGH angeschlossen.¹⁰⁷³

Zwar haben sich mittlerweile in Rechtsprechung und Lehre bestimmte Kriterien zur Bestimmung einer normativen Ermächtigung zur Ausübung eines Letztentscheidungsrechts herausgebildet (vgl. dazu unter **IV. 2. b.**). Nichtsdestotrotz ist die dogmatische Einordnung des Regulierungsermessens nach wie vor unklar. Eine Zuordnung als Unterfall des Planungsermessens scheidet schon deshalb aus, da das BVerwG das Regulierungsermessen hiervon sprachlich eindeutig abgegrenzt hat, indem es der Behörde das Regulierungsermessen „in Anlehnung an das Planungsermessen“ eingeräumt sieht.¹⁰⁷⁴ Zum Teil wird das Regulierungsermessen als eigener Typus verstanden.¹⁰⁷⁵

5. Abgrenzung zum Telekommunikationsrecht und § 83 Abs. 5 EnWG

Im Unterschied zum Telekommunikationssektor und dem dort angewendeten Regulierungsmodell der administrativen Regulierung¹⁰⁷⁶, war der Energiesektor bis zum Inkrafttreten des letzten Änderungsgesetzes aus Dezember 2023 durch die normierende Regulierung geprägt. Charakteristisch für die normierende Regulierung ist ein hohes Maß an gesetzlicher oder ordnungsrechtlicher Vorstrukturierung (vgl. dazu **Kapitel 2 I. 4. a.**). Da die gerichtliche Kontrolle aber dort endet, wo das materielle Recht die Entscheidung der Behörde nicht mehr determiniert (vgl. dazu bereits unter **III. 2.**), wird deutlich, dass die

¹⁰⁷⁰ Vgl. *Franke*, FS Danner, S. 372 f.; *Schneider*, in: Regulierungsrecht, § 22 Rn. 23.

¹⁰⁷¹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 28.11.2007 - 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577 Rn. 29; Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1364 Rn. 47; Urteil v. 27.01.2010 - 6 C 22/08, NVwZ 2010, 1359, 1361 Rn. 16.

¹⁰⁷² Vgl. zum Vorstehenden BVerwG, Urteil v. 23.11.2011 - 6 C 11/10, NVwZ 2012, 1047 Rn. 38.

¹⁰⁷³ Vgl. BGH, Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378 Rn. 26; Beschl. v. 22.07.2014 - EnVR 59/12, BeckRS 2014, 16725 Rn. 24.

¹⁰⁷⁴ BVerwG, Urteil v. 02.04.2008 - 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1364 Rn. 47.

¹⁰⁷⁵ Vgl. *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 15.

¹⁰⁷⁶ Vgl. *Eifert*, ZHR 174 (2010), 465 f.; *Ludwigs*, N&R 2021, 2 m. w. N.

unterschiedlich intensiven Vorstrukturierungen Auswirkungen auf die gerichtliche Kontrolldichte haben.¹⁰⁷⁷

Ein zweiter gewichtiger Unterschied zwischen dem Telekommunikations- und dem Energiesektor wird von einem Teil der Literatur darin gesehen, dass im Energierecht mit § 83 Abs. 5 EnWG eine Regelung existiert, die die gerichtliche Kontrolldichte angelehnt an das Kartellrecht regelt.¹⁰⁷⁸

Dort normiert § 76 Abs. 5 S. 1 GWB die umfassende gerichtliche Kontrolle des Ermessens der Behörde.¹⁰⁷⁹ Aus einem Umkehrschluss aus der expliziten Ausnahme in S. 2 der Norm, der mit dem Wortlaut „insbesondere“ über § 114 VwGO hinausgehende Formulierung und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift¹⁰⁸⁰ wird geschlossen, dass die Norm auch die Prüfung der Zweckmäßigkeit umfasst.¹⁰⁸¹ Zudem sei der Begriff des Ermessens umfassend zu verstehen und erstrecke sich auch auf Beurteilungsspielräume auf der Tatbestandsseite der Norm.¹⁰⁸² Die beiden Vorschriften des EnWG und GWB weisen den identischen Wortlaut auf, worauf der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu § 83 Abs. 5 EnWG hinweist.¹⁰⁸³

In Abweichung von § 114 VwGO müssten im Energierecht danach auch die Zweckmäßigkeitserwägungen der Behörde durch die Gerichte geprüft werden.¹⁰⁸⁴ Denn aus der Existenz dieser Norm folge, dass im Energiewirtschaftsrecht keine nur eingeschränkt überprüfbaren Entscheidungsspielräume der Regulierungsbehörde bestehen könnten.¹⁰⁸⁵ Vielmehr unterlägen die Entscheidungen einer uneingeschränkten richterlichen Kontrolle unter Einbeziehung der Zweckmäßigkeit.¹⁰⁸⁶

Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe gegen eine von allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichende Zweckmäßigkeitskontrolle der energiewirtschaftlichen Regulierungsentscheidungen.¹⁰⁸⁷

Eine solche gravierenden Abweichung von den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 2 S. 2 GG sowie von § 114 VwGO müsste zumindest begründet werden. Allein aus der Wortlautidentität mit einer Norm aus einem anderen Rechtsgebiet kann mit Blick auf einen Übergriff in den Kernbereich der vollziehenden Gewalt (vgl. dazu bereits unter **IV. 1. a.)**

¹⁰⁷⁷ Vgl. *Ludwigs*, RdE 2013, 304; *Pielow*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 57 Rn. 18; *Steinbach*, DV 50 (2017), 519.

¹⁰⁷⁸ Vgl. *Boos*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 83 EnWG Rn. 15; *Ludwigs*, DV 44 (2011), 70.

¹⁰⁷⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 05.02.1968 - KVR 1/67, NJW 1968, 1037, 1039 f.

¹⁰⁸⁰ Vgl. BT-Drs. 3644, 1158, S. 12 f.

¹⁰⁸¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 05.02.1968 - KVR 1/67, NJW 1968, 1037, 1039 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.7.2016 - VI Kart 3/16, NZKart 2016, 380, 385 f.; *Ludwigs*, RdE 2013, 304.

¹⁰⁸² Vgl. *Ludwigs*, RdE 2013, 304; *K. Schmidt/Wirtz*, in: Immenga/Mestmäcker, § 76 Rn. 37.

¹⁰⁸³ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 72.

¹⁰⁸⁴ Vgl. *Ludwigs*, DV 44 (2011), 69 f.; *Ders.*, RdE 2013, 304. Für das Kartellrecht *Klose*, in: Wiedemann, § 54 Rn. 108; *Egger*, in: MüKo WettbR, § 76 Rn. 39.

¹⁰⁸⁵ Vgl. *Lembach*, in: Bunte, KartellR, § 76 Rn. 68; *Ludwigs*, DV 44 (2011), 69 f.; *Ders.*, RdE 2013, 304 f.

¹⁰⁸⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.03.2016 - VI-3 Kart 157/14 (V), EnWZ 2016, 273 Rn. 41.

¹⁰⁸⁷ So auch *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 506; *Oster*, Normative Ermächtigungen, S. 168 ff.; *Westermann*, Legitimation, S. 547.

nicht darauf geschlossen werden, dass die entsprechenden Zweckmäßigkeitserwägungen letztverbindlich von der Judikative zu treffen sind.

Das Kartell- und das Regulierungsrecht unterscheidet sich bereits strukturell, sodass § 83 Abs. 5 EnWG weder aus dogmatischen Gründen noch im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte eine grundsätzliche Bedeutung beizumessen ist.¹⁰⁸⁸

Der Grund für die grundsätzliche Entscheidung Beurteilungsspielräume im Kartellrecht abzulehnen wird zudem darin gesehen, dass die Kartellbehörden im Unterschied zu den Verwaltungsbehörden beim Gesetzesvollzug als Vertreter anderer Marktakteure betrachtet werden. Gestaltungsspielräume scheiden schon aus diesem Grund aus.¹⁰⁸⁹ Im klassischen Verwaltungsrecht sind Beurteilungsspielräume demgegenüber anerkannt (vgl. dazu bereits unter **III. 2.**).

Zwar hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007¹⁰⁹⁰ auf seine Kompetenz zur Kontrolle der Zweckmäßigkeit aus § 83 Abs. 5 EnWG verwiesen. Die oben dargestellte Ansicht der umfassenden gerichtlichen Kontrolle dürfte aber jedenfalls schon deshalb überholt sein, da der BGH in späteren Entscheidungen zu möglichen Beurteilungsspielräumen und einem Regulierungsermessen der Regulierungsbehörde ausführt, ohne § 83 Abs. 5 EnWG zu erwähnen.¹⁰⁹¹

Gegen eine gerichtliche Prüfung auch der Zweckmäßigkeit spricht zudem die Gefahr der Überlastung der Gerichte und die damit einhergehende Verzögerung. Es wird vorgebracht, dass die regulatorische Entscheidung der Regulierungsbehörde unter Hinzuziehung externen Sachverständigen reproduziert werden müsste und das Gericht damit zugleich zu einem „sekundären Regulierer“ gemacht werden würde.¹⁰⁹²

Letztlich spricht auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs¹⁰⁹³, wonach aus unionsrechtlich eingeräumten behördlichen Entscheidungsfreiräumen eine nur eingeschränkte gerichtliche Kontrolle resultiert, gegen eine nationale gerichtliche Kontrolle über die vom EuGH aufgestellten Beurteilungskriterien hinaus.¹⁰⁹⁴ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist „zur Bestimmung der Intensität der gerichtlichen Überprüfung nationaler Entscheidungen, die aufgrund eines Unionsrechtsakts erlassen wurden, auf dessen Zweck abzustellen und darauf zu achten, dass seine Wirksamkeit nicht beeinträchtigt wird.“¹⁰⁹⁵ Bei Anwendung eigener

¹⁰⁸⁸ Vgl. *Attendorn*, Marktgestalter, S. 47 f.; *Burgi*, NJW 2006, 2439; *Christiansen*, Optimierung des Rechtsschutzes, S. 209 ff.; *Oster*, Normative Ermächtigungen, S. 168; *Säcker*, in: *Berl.Komm I 1*, Einl. A Rn. 19.

¹⁰⁸⁹ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Blohm*, N&R 2008, 42; *Wißmann*, FS R. Schmidt, S. 642.

¹⁰⁹⁰ BGH, Beschl. v. 19.06.2007 - KVR 17/06, NVwZ-RR 2008, 315, 318 Rn. 42.

¹⁰⁹¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 14.08.2008 - KVR 42/07, BeckRS 2008, 20437 Rn. 52; Beschl. v. 14.8.2008 - KVR 34/07, BeckRS 2008, 20433 Rn. 64 f.; Beschl. v. 21.01.2014 - EnVR 12/12, EnWZ 2014, 378, 380 Rn. 26 ff. So nun auch *Ludwigs*, in: *Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 42 Rn. 13.

¹⁰⁹² Zum Vorstehenden insgesamt *Westermann*, Legitimation, S. 547.

¹⁰⁹³ EuGH, Urteil v. 04.04.2017 - C-544/15, ECLI:EU:C:2017:255 Rn. 45 f.; Urteil v. 24.11.2020 - verb. Rs. C-225/19 und C-226/19, ECLI:EU:C:2020:951 Rn. 49.

¹⁰⁹⁴ Vgl. *Weyer*, DVBl 2023, 1325.

¹⁰⁹⁵ EuGH, Urteil v. 26.06.2019 - C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533 Rn. 46. Vgl. auch EuGH, Urteil v. 18.06.2002 - C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 59; Urteil v. 02.09.2021 - C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 Rn. 74.

Beurteilungskriterien durch die nationalen Gerichte wäre deshalb eine Rechtszersplitterung und zugleich eine Gefährdung der Effektivität des Unionsrechts zu befürchten. Darüber hinaus müsste eine solche gerichtliche Vollkontrolle trotz eingeräumter behördlicher Entscheidungsspielräume durch den Europäischen Gerichtshof geklärt werden.¹⁰⁹⁶

Von den Befürwortern der Zweckmäßigkeitskontrolle von energiewirtschaftlichen Regulierungsentscheidungen wird diesen Argumenten entgegengehalten, dass klärungsbedürftige Fragen einer gutachterlichen Prüfung zugänglich seien, sodass es nicht auf spezielles behördliches Regulierungswissen ankomme.¹⁰⁹⁷

Letztlich erfährt der Grundsatz der umfassenden gerichtlichen Kontrolle im Energiewirtschaftsrecht eine Relativierung dadurch, dass der Regulierungsbehörde durch die Judikatur des Bundesgerichtshofs weitreichende Entscheidungsfreiräume zugesprochen werden (vgl. dazu unter **II. 1.**).¹⁰⁹⁸

6. Zwischenergebnis

Der Begriff des Regulierungsermessens beschreibt damit das Bestehen von gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Entscheidungsspielräumen der Verwaltung im Bereich des Regulierungsrechts.

Sieht das Gesetz eine Letztentscheidungsbefugnis der Bundesnetzagentur vor, prüft das Gericht einzig die Einhaltung der rechtlichen Grenzen, ersetzt die Verwaltungsentscheidung jedoch nicht durch eine eigene.¹⁰⁹⁹

Kapitel 5 - Perspektiven für den nationalen Regulierungsrahmen

Spätestens mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-718/18 wurde eine Neukonzeption der Regulierung im Energiesektor angestoßen. Im Dezember 2023 ist das Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften zumindest größtenteils in Kraft getreten. Die Gesetzesnovelle bringt einen neuen Regelungsrahmen sowie kompetenziellen Änderungen mit sich (vgl. dazu unter **I.**).

Schon vor der Entscheidung des EuGH wurden in der Literatur verschiedenste Vorschläge zur Abhilfe des zu erwartenden Unionsrechtsverstoßes gemacht. Diese rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zeigen auf, welche Alternativen der Umsetzung der neusten Judikatur des EuGH zu dem letzten Änderungsgesetz bestehen (vgl. dazu unter **II.**). Letztlich

¹⁰⁹⁶ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt Weyer, DVBl 2023, 1325.

¹⁰⁹⁷ Vgl. Di Fabio, EnWZ 2022, 300.

¹⁰⁹⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 27.06.2023 - EnVR 22/22, BeckRS 2023, 19732 Rn. 15; Laubenstein/Bourazeri, in: B/H/H, § 83 Rn. 30 ff.; Richter, N&R 2023, 186 ff.

¹⁰⁹⁹ Vgl. Christiansen, Optimierung des Rechtsschutzes, S. 285; Johans/Roesen, in: Berl.Komm I 2, § 83 Rn. 26 f.

ergibt sich aus dem Feststellungsurteil des EuGH als Folgeproblem weiterer Anpassungsbedarf im Bereich des Rechtsschutzes (vgl. dazu unter **III.**).

I. EnWG-Novelle aus Dezember 2023

Während der nationale Gesetzgeber das Energiewirtschaftsrecht im Hinblick auf die vom EuGH in seiner Entscheidung gerügten Entflechtungsfragen bereits im Juli 2022 anpasste,¹¹⁰⁰ wurde der die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur betreffende Teil der EuGH-Entscheidung bis Ende Dezember 2023 nicht umgesetzt.

Das Bundeskabinett hat im Mai 2023 einen Gesetzesentwurf zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben¹¹⁰¹ beschlossen. Im Ausschuss für Klimaschutz und Energie wurden im Rahmen der abgehaltenen Beratungen noch einige Änderungen an dem Entwurf vorgenommen.¹¹⁰² Die vom Bundestag am 10. November 2023 angenommene Ausschussfassung wurde sodann an den Bundesrat weitergeleitet. Nach Zustimmung des Bundesrates ist das Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften größtenteils am 29. Dezember 2023 in Kraft getreten.¹¹⁰³

Damit wurde die vierte Rüge des Europäischen Gerichtshofs aus seiner Entscheidung in der Rechtssache C-718/18 im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt. Die besondere Herausforderung für den Gesetzgeber bestand vor allem darin, die binnenmarktorientierte Wettbewerbskontrolle mit den klima- und energiepolitischen Zielen einer sicheren und nachhaltigen Energieversorgung abzustimmen und dabei die Anforderungen an die dazu erforderliche Netzinfrastruktur zu berücksichtigen.¹¹⁰⁴

1. Gesetzesentwurf der Bundesregierung

Ziel des Gesetzesentwurfs war es, das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 2. September 2021 hinsichtlich der festgestellten Vertragsverletzung bezüglich des vierten Klagegrundes umsetzen und vor allem die Zuständigkeiten bei der Ausgestaltung der Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung an die richtlinienrechtlichen Vorgaben anzupassen.¹¹⁰⁵ Dazu sollte der nationale Regulierungsrahmen umfassend reformiert werden.¹¹⁰⁶

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat zur Beseitigung der festgestellten Vertragsverletzung vorgeschlagen, die Verordnungsermächtigungen der §§ 24 und 21a EnWG

¹¹⁰⁰ Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung v. 19.07.2022, BGBl. I S. 1214.

¹¹⁰¹ BT-Drs. 20/7310.

¹¹⁰² Vgl. BT-Drs. 20/9187.

¹¹⁰³ Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 22.12.2023, BGBl. I Nr. 405 v. 28.12.2023.

¹¹⁰⁴ Vgl. BDEW, Stellungnahme zum Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, S. 11 f.

¹¹⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 2, 50.

¹¹⁰⁶ Vgl. ebd., S. 2.

a. F. aufzuheben. Zwar beziehe sich die Entscheidung des EuGH nicht auf die Anreizregulierung, gleichwohl betreffe die Reichweite der Entscheidung auch diese Verordnungsermächtigung.¹¹⁰⁷

2. In Kraft getretenes Änderungsgesetz

Bevor das Gesetz vom Deutschen Bundestag beschlossen wurde, wurde der Entwurf der Bundesregierung im Rahmen der im Ausschuss für Klimaschutz und Energie abgehaltenen Beratungen noch einmal geändert. Die Vorschriften, die die Umsetzung des vierten Klagegrundes der Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2021 betreffen wurden jedoch im Wesentlichen unverändert übernommen. Insbesondere wurde von der durch den Entwurf der Bundesregierung vorgeschlagenen Systematik nicht abgewichen.

Entsprechend des Gesetzesentwurfes wurden die entsprechenden Verordnungsermächtigungen durch die Novelle in Festlegungskompetenzen der Bundesnetzagentur umgewandelt. Die bisher in den Rechtsverordnungen verankerten Festlegungskompetenzen wurden ebenso wie in den Rechtsverordnungen enthaltene Verfahrens- und Transparenzvorschriften, die nicht Gegenstand einer ausschließlichen Kompetenzzuweisung an die nationale Regulierungsbehörde sind, in das EnWG übertragen und durch neue Festlegungskompetenzen ergänzt.¹¹⁰⁸ Dadurch kam es zu einem Zuständigkeitswechsel zugunsten der Bundesnetzagentur.

Die nach den §§ 24 und 21 a EnWG a. F. erlassenen Rechtsverordnungen werden, wie von der Bundesregierung vorgeschlagen, nach Ablauf einer Übergangszeit aufgehoben. Während der Übergangszeit kann die Bundesnetzagentur von einer Rechtsverordnung nach § 21a Abs. 6 EnWG abweichen oder ergänzende Regelungen treffen, soweit sie dies für erforderlich hält oder das entsprechende Regulierungsrecht und die bisherigen Anwendungs- und Auslegungspraxis beibehalten.¹¹⁰⁹ Die Regulierungsvorgaben des EnWG und der Begleitverordnungen werden sukzessive durch Vorgaben der Bundesnetzagentur erneuert. Deshalb werden die Stromnetzzugangsverordnung, die Stromnetzentgeltverordnung, die Gasnetzzugangsverordnung, die Gasnetzentgeltverordnung sowie die Anreizregulierungsverordnung aufgehoben. Um regulatorische Brüche während der laufenden Regulierungsperioden zu vermeiden, sieht Art. 15 des Gesetzes vor, dass die Verordnungen erst nach einem Übergangszeitraum außer Kraft treten (StromNZV und GasNZV mit Ablauf des 31. Dezember 2025, GasNEV mit Ablauf des 31. Dezember 2027, ARegV und StromNEV mit Ablauf des 31. Dezember 2028).

Die Übergangsregelungen zur Weitergeltung bestimmter Vorgaben stehen im Interesse eines stabilen Rechtsrahmens für die jeweils fünfjährigen Regulierungsperioden im Netzentgeltbereich, da Rechtsänderungen während einer laufenden Regulierungsperiode im Grundsatz mit Diskontinuität und Rechtsunsicherheit verbunden sind.¹¹¹⁰ Vor diesem Hintergrund hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, die Entscheidung des Europäischen

¹¹⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 2. Vgl. dazu auch *Franke/Cosack*, ER 2021, 252.

¹¹⁰⁸ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt BT-Drs. 20/7310, S. 2, 51.

¹¹⁰⁹ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt ebd., S. 2.

¹¹¹⁰ Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 51 f.

Gerichtshofs so umzusetzen, dass die Bundesnetzagentur ihre Regulierungspraxis weiterführen kann, soweit sie das für geboten hält.¹¹¹¹

Durch die Beratungen im Ausschuss für Klimaschutz und Energie wurde der Bundesnetzagentur über die Regelung im Gesetzentwurf hinaus in § 21a Abs. 1 S. 3 EnWG die Möglichkeit eingeräumt, während des Übergangszeitraums bis zum Außerkrafttreten der Verordnungen durch Festlegungen von dem durch diese vorgegebenen Rechtsrahmen abzuweichen.¹¹¹²

3. Bewertung

a. Ausweitung der Kompetenzen der BNetzA

Das Änderungsgesetz führte zu einer Neugestaltung des Rechtsrahmens für die Energieregulierung sowie zu einem Zuständigkeitswechsel zugunsten der Bundesnetzagentur.

Damit hat sich das Bundesministerium im Wesentlichen für die unter **II. 5.** dargestellte Variante und zugleich für eine Kompetenzausweitung der Bundesnetzagentur ausgesprochen. Denn die Bundesnetzagentur erhält durch das novellierte Energiewirtschaftsgesetz neue Festlegungsbefugnisse und damit umfassende Zuständigkeiten im Bereich des Netzzugangs und der Netzentgelte (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 3. c.**).

Mit Ausnahme einiger Grundsatzentscheidungen der Legislative ist es künftig Aufgabe der BNetzA die unionsrechtlichen Vorgaben zur Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung zu konkretisieren. Der durch das Änderungsgesetz neu gefasste Rechtsrahmen führt dazu, dass die Regulierungsbehörde das Energieregulierungsrecht künftig nicht mehr lediglich anwenden, sondern dieses vermehrt auch selbst mitgestalten wird. Insbesondere wurden Festlegungskompetenzen für die Bundesnetzagentur begründet, die es dieser ermöglichen den bisher normativ vorstrukturierten Regulierungsrahmen durch Festlegungen fortzuentwickeln und neu zu gestalten.¹¹¹³ Zwar ist die Bundesnetzagentur an das unionsrechtliche Sekundärrecht gebunden, dieses enthält jedoch keine detaillierten rechtlichen und gerichtlich nachprüfbaren Leitlinien, sondern allenfalls abstrakte Zielvorgaben.¹¹¹⁴

b. Notwendige Folgeänderungen

Durch die Ausweitungen der Kompetenzen der Bundesnetzagentur und das gestufte Außerkrafttreten der Begleitverordnungen zur Regelung von Netzzugang und -entgelten wurden weitere Anpassungen des EnWG notwendig. Insbesondere wurden § 29 EnWG und § 54 EnWG angepasst.

¹¹¹¹ Vgl. Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 2.

¹¹¹² Vgl. BT-Drs. 20/9187, S. 46.

¹¹¹³ Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 52.

¹¹¹⁴ Vgl. auch *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 305.

Infolge der ausgeweiteten Festlegungsbefugnisse der Regulierungsbehörde wurde bei der Bundesnetzagentur nach § 59 Abs. 3 S. 1 EnWG eine Große Beschlusskammer eingerichtet. Diese besteht aus dem Präsidium sowie den sachlich zuständigen Beschlusskammervorsitzenden der Beschlusskammern 4 und 6 bis 9 sowie den Abteilungsleitungen der Abteilungen 3 (Internationales), 6 (Energie) und 8 (Netzausbau).¹¹¹⁵ Sie ist für den Erlass von bundesweit einheitlichen Festlegungen zu Bedingungen und Methoden für den Netzzugang und die Ermittlung der dafür erhobenen Entgelte nach den §§ 20 bis 23a, 24 bis 24b und 28o Abs. 3 EnWG zuständig. Der Großen Beschlusskammer wird damit künftig eine wichtige Aufgabe im Rahmen der Energieregulierung zukommen.

c. Defizite des Änderungsgesetzes

Das in Kraft getretene Änderungsgesetz ist kritisch zu bewerten. Wie bereits der Regierungsentwurf enthält das beschlossene Gesetz keine Regelungen zur erforderlichen parlamentarischen Kontrolle der Bundesnetzagentur. Zudem lässt der Entwurf eine Beschäftigung mit dem bestehenden Spannungsverhältnis zwischen dem Machtzuwachs der Bundesnetzagentur auf der einen Seite, verstärkt durch die Entwicklung in der Rechtsprechung, der Regulierungsbehörde einen weiten und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum zuzugestehen und dem andererseits erforderlichen effektiven Rechtsschutz der von den Entscheidungen betroffenen Netzbetreiber, vermissen.

Bereits im Rahmen der Stellungnahmen zu dem Regierungsentwurf haben sich die konsultierten Fachkreise deshalb einheitlich dafür ausgesprochen, dass die Gerichte die Entscheidungen der Bundesnetzagentur künftig in verstärktem Maße prüfen sollten. Denn eine größere Unabhängigkeit der Exekutive im Rahmen der Entscheidungen müsse zugleich zu einer gesetzlich verankerten Stärkung der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten führen.¹¹¹⁶

Zudem wurde bereits am Regierungsentwurf kritisiert, dass die dort angedachte Begründungspflicht der Bundesnetzagentur angesichts der nationalen und unionsrechtlichen Grundrechte umfassender ausgestaltet werden müsste, um den gerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten.¹¹¹⁷

Fraglich ist darüber hinaus, ob die Gesetzesnovelle die unionsrechtlichen Vorgaben wahrt oder ob durch die Umsetzung des Gesetzgebers weiterhin ein Eingriff in die ausschließliche Zuständigkeit und Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde vorliegt.

¹¹¹⁵ Vgl. *BNetzA*, Große Beschlusskammer Energie.

¹¹¹⁶ Vgl. *BDEW*, Stellungnahme zum Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, S. 8; *50hertz/Amprion/Tennet/TransnetBW*, Stellungnahme der ÜNB zum Gesetzentwurf der EnWG-Novelle, S. 1 f., 10.

¹¹¹⁷ Vgl. *BDEW*, Stellungnahme zum Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, S. 7.

aa. Materielle Vorgaben des parlamentarischen Gesetzgebers

Der EuGH hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2021 ausdrücklich bestätigt, dass der nationalen Regulierungsbehörde nach Art. 37 EltRL 2009 (abgelöst durch Art. 59 EltRL 2019) und Art. 41 GasRL 2009 die ausschließliche Zuständigkeit zur Ausfüllung materieller Regelungsspielräume zukommt.¹¹¹⁸ Solche Gestaltungsspielräume ergeben sich zum einen gemäß der ständigen Rechtsprechung des EuGH aus dem Erfordernis komplexer wissenschaftlicher und technischer Beurteilungen¹¹¹⁹ und zum anderen aus dem Unionsrecht selbst¹¹²⁰. Normative Vorgaben zur Ausfüllung dieser Gestaltungsspielräume durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber sind damit unionsrechtswidrig (vgl. dazu **Kapitel 3 I. 3.**).

Im Bereich der Anreizregulierung hat sich der Gesetzgeber gleichwohl dazu entschieden, deren materielle Voraussetzungen im EnWG zu verankern, vgl. §§ 21 Abs. 1 und 2, 21a Abs. 1 EnWG. Dabei handelt es sich teilweise um Vorgaben, die bereits zuvor im EnWG geregelt waren, teilweise um solche aus den Rechtsverordnungen und teilweise um neu eingeführte Regelungen. Ausweislich der Gesetzesbegründung sprechen verfassungsrechtliche Anforderungen für eine ausdrückliche gesetzliche Regelung.¹¹²¹

Problematisch erscheint, dass das neue EnWG damit auch nach den mit Ablauf der vierten Regulierungsperiode außer Kraft tretenden Rechtsverordnungen materielle Vorgaben für die Anreizregulierung enthält. Denn aus unionsrechtlicher Perspektive lassen sich solche materiellen Vorgaben nur dann rechtfertigen, soweit sie das Sekundärrecht umsetzen. Gerade im Bereich der Anreizregulierung erscheint das jedoch fraglich, da dem nationalen Gesetzgeber hier nur noch eingeschränkt Regelungsspielräume zukommen.¹¹²² So werden der Regulierungsbehörde Vorgaben gemacht, die diese „berücksichtigen“ soll (vgl. bspw. § 21 Abs. 2 S. 5 EnWG). Auch wenn es sich hierbei um Sollvorschriften handelt, kommt diesen zumindest eine ermessenslenkende Wirkung zu, die die Entscheidung der Regulierungsbehörde beeinflussen kann.¹¹²³ Aus den gleichen Gründen erscheint auch die Vorschrift des § 21a Abs. 1 EnWG problematisch, da der Regulierungsbehörde für den Fall, dass sie sich ergänzend zu einer Entgeltbildung nach § 21 EnWG für eine Anreizregulierung entscheidet, durch die folgenden Sätze der Norm materielle Vorgaben für deren Ausgestaltung gemacht werden.¹¹²⁴ Die Formulierung „muss“ in § 21a Abs. 1 S. 7 EnWG geht sogar über eine Sollvorgabe hinaus und deutet auf eine zwingende Regelung hin. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber mit den materiellen Regelungen das Ziel verfolgt, den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu

¹¹¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 105 f., 116.

¹¹¹⁹ Vgl. EuGH, Urteil v. 26.06.2019 - C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533 Rn. 52; Urteil v. 24.10.2019 - C-212/18, ECLI:EU:C:2019:898 Rn. 36; Urteil v. 02.09.2021 - C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 Rn. 47, 85, 88; Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 132 („technisch-fachlichen Beurteilung der Wirklichkeit“).

¹¹²⁰ Vgl. Art. 18 Abs. 7 S. 3, Abs. 8 S. 2 HS 2 EltVO 2019; Art. 59 Abs. 7 EltRL 2019; Art. 41 Abs. 6 GasRL 2009. Vgl. auch BGH Beschl. v. 09.05.2023 - EnVR 16/20, BeckRS 2023, 15392 Rn. 11.

¹¹²¹ Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 82.

¹¹²² Vgl. zum Vorstehenden insgesamt auch Weyer, RdE 2023, 313.

¹¹²³ So auch ebd., 314.

¹¹²⁴ In diese Richtung auch Weyer, RdE 2023, 314.

entsprechen und den Regulierungsrahmen für die betroffenen Netzbetreiber ausreichend bestimmt darzustellen.¹¹²⁵

Schon eine ermessenslenkende Wirkung dürfte jedoch gegen die unionsrechtlichen Vorgaben der Unabhängigkeit und ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, wie sie durch die Entscheidung des EuGH bestätigt wurde, verstoßen.¹¹²⁶

(1) Vorgaben mit Abweichungsbefugnis

Zwar versucht der Gesetzgeber die unionsrechtlichen Vorgaben zu wahren, indem er die Bundesnetzagentur mit Abweichungsbefugnissen ausstattet. Wie bereits angesprochen (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 3. a. und c.**), werden der nationalen Regulierungsbehörde vielfach Abweichungskompetenzen dergestalt eingeräumt, dass diese von den Vorgaben der übergangsweise fortgeltenden Rechtsverordnungen abweichen oder ergänzende Regelungen treffen kann, vgl. § 20 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 S. 3 EnWG (Netzzugang), § 21 Abs. 3 S. 5 EnWG (Netzentgelte) und § 21a Abs. 3 S. 4 EnWG (Anreizregulierung).

Gegen die Zulässigkeit dieser behördlichen Abweichungskompetenzen werden mit Blick auf den Vorrang des Gesetzes und die darin enthaltende Kollisionsregel, dass Normen der Exekutive nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen dürfen, verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.¹¹²⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hindert der Vorrang des Gesetzes den Gesetzgeber jedoch nicht daran, die Subsidiarität einer gesetzlichen Regelung gegenüber allgemeinen Verwaltungsvorschriften anzuordnen.¹¹²⁸ Denn der Gesetzgeber bestimme nicht nur den Inhalt einer Vorschrift, sondern auch deren Anwendungsbereich. Dieser könne auch dadurch beschränkt werden, dass eine Subsidiarität gegenüber Regelungen niedrigeren Ranges angeordnet wird.¹¹²⁹

Auch im Rahmen der Abweichungskompetenzen wird die nationale Regulierungsbehörde nicht ermächtigt, Regelungen ohne gesetzliche Rückbindung zu erlassen, sondern die Regelungen beruhen auf dem EnWG als formellem Gesetz und beziehen sich auf die niederrangigen Rechtsverordnungen.¹¹³⁰ Zudem wird die unionsrechtliche Gebotenheit der Abweichungskompetenzen hervorgehoben.¹¹³¹

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Einräumung dieser Abweichungskompetenzen tatsächlich unionsrechtskonform ist. Durch die Abweichungskompetenzen kann die Regulierungsbehörde die Rechtslage im Rahmen der ihr zukommenden Kompetenzen ausgestalten. Solange und sofern sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht, liegen jedoch verbindliche materielle Vorgaben des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers vor, die nach der Entscheidung des EuGH gerade unzulässig sind. Das Problem stellt sich also dann, wenn die Bundesnetzagentur nach

¹¹²⁵ Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 82.

¹¹²⁶ So auch Weyer, RdE 2023, 314.

¹¹²⁷ Vgl. Klahm/Fabritius, EnK-Aktuell 2023, 010128.

¹¹²⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.05.1958 - 2 BvL 37/56 u. 11/57, NJW 1959, 235, 236.

¹¹²⁹ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt ebd.

¹¹³⁰ Vgl. dazu Mohr/Müller, EnK-Aktuell 2023, 010183; Ludwigs, EuZW 2023, 586.

¹¹³¹ Vgl. zu dieser Problematik Mohr/Müller, EnK-Aktuell 2023, 010183.

Ablauf der Übergangsphase keine Festlegungen getroffen hat. Hervorzuheben ist darüber hinaus, dass auch der Rechtsschutz der Betroffenen gegen die materiellen Vorgaben im Vergleich zu Rechtsschutz gegen eine Festlegung erschwert ist.¹¹³²

(2) Wiedergabe von unmittelbar geltendem Unionsrecht

Ein weiteres Problem der materiellen Vorgaben durch den Gesetzgeber könnte darin zu sehen sein, dass § 21 Abs. 1 und 2 EnWG unmittelbar geltendes Unionsrecht wiedergibt und damit gegen das Wiederholungsverbot bei direkt anwendbarem Unionsrecht verstoßen könnte.¹¹³³ Denn § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG wiederholt die Vorgabe des Art. 18 Abs. 1 S. 1 EltVO 2019, nach der Netzentgelte unter anderem die tatsächlichen Kosten insofern zum Ausdruck bringen müssen, als sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen.

Zwar kann eine Ausnahme von diesem Verbot bestehen, wenn das Zusammentreffen unterschiedlicher unionsrechtlicher, mitgliedstaatlicher und regionaler Regelungen eine Wiedergabe bestimmter Vorgaben des Unionsrechts im Interesse eines inneren Zusammenhangs und der Verständlichkeit erforderlich machen.¹¹³⁴ Eine solche Rechtfertigung dürfte hier jedoch bereits an der infolge der ausschließlichen Zuständigkeit der Regulierungsbehörde fehlenden Regelungskompetenz des Gesetz- und Verordnungsgebers scheitern.¹¹³⁵

bb. Normativ begründete Festlegungskompetenzen der Regulierungsbehörde

Darüber hinaus wird die Regulierungsbehörde mit dem Änderungsgesetz des EnWG durch Parlamentsgesetz im Bereich der Anreizregulierung mit §§ 21 Abs. 3, 21a Abs. 2 und 3 EnWG mit weitreichenden Festlegungskompetenzen ausgestattet. Die konkrete Ausgestaltung der Festlegungsbefugnisse könnte die Bundesnetzagentur jedoch in Einzelfällen in der ihr zukommenden Entscheidungsmacht einschränken, soweit die detaillierten gesetzlichen Vorgaben für sie bindend sind.¹¹³⁶

Dabei besteht die Schwierigkeit, einen Ausgleich zwischen dem Erfordernis der Bundesnetzagentur die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Festlegungsbefugnisse einzuräumen und der Notwendigkeit die Festlegungsinhalte zugleich nicht so zu konkretisieren, dass ein Verstoß gegen die Unabhängigkeit und ausschließliche Zuständigkeit der BNetzA im Bereich der Netzanschluss und -zugangsbedingungen für Strom und -Gasnetze vorliegt, zu finden.¹¹³⁷

¹¹³² So insgesamt auch *Weyer*, RdE 2023, 315.

¹¹³³ So auch ebd., 314. Zum Wiederholungsverbot bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht EuGH, Urteil v. 28.03.1985 - C-272/83, ECLI:EU:C:1985:147 Rn. 26 f.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 Rn. 21.

¹¹³⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 28.03.1985 - C-272/83, ECLI:EU:C:1985:147 Rn. 27.

¹¹³⁵ So auch *Weyer*, RdE 2023, 311.

¹¹³⁶ So auch ebd., 313 ff.

¹¹³⁷ Ähnlich auch ebd., 313 ff.

Dieses Spannungsverhältnis löst der Gesetzgeber unionsrechtskonform dadurch, dass er die konkreten Regelungsgegenstände enumerativ aber nicht abschließend aufzählt. Allerdings könnte einzelnen Festlegungsbefugnissen eine ermessenslenkende Wirkung zukommen, die dann unionsrechtswidrig in die ausschließliche Zuständigkeit und Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde eingreifen dürfte, da diese nicht mehr „völlig unabhängig“ handelt (vgl. dazu unter **I. 3. c. aa.**).¹¹³⁸ Beispielhaft sei hier § 21a Abs. 3 S. 2 und S. 3 Nr. 1 EnWG genannt.

cc. Verordnungsermächtigung

Bedenken bestehen auch im Hinblick auf die bestehende Verordnungsermächtigung in § 118a EnWG, die erst mit Ablauf des 31. Dezember 2027 außer Kraft tritt. Das BMWK hat die Verordnungsermächtigung inzwischen im Wege der Subdelegation nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG auf die Bundesnetzagentur übertragen, wodurch diese die regulatorischen Rahmenbedingungen für LNG-Anlagen festlegen konnte.¹¹³⁹ Formal ist der Bundeswirtschaftsminister jedoch weiterhin unionsrechtswidrig zur Regelung durch Rechtsverordnung ermächtigt.¹¹⁴⁰

dd. Zwischenfazit

Problematisch an den in Kraft getretenen Änderungen erweist sich vor allem die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes der von den Entscheidungen betroffenen Netzbetreiber, die vor dem Hintergrund der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde an Bedeutung gewinnt. Gleichwohl kommt es durch das Änderungsgesetz nicht zu einer verstärkten gerichtlichen Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur.

Zweifel daran, ob die Gesetzesnovelle die unionsrechtlichen Vorgaben wahrt, bestehen insbesondere vor dem Hintergrund der weiterhin vorhandenen materiellen Vorgaben im EnWG und der möglicherweise ermessenslenkenden Wirkung einzelner Festlegungsbefugnisse. Die Schwierigkeit im Rahmen der Abhilfe des festgestellten Verstoßes gegen die unionsrechtlichen Vorgaben besteht darin, dass auch nach der Entscheidung des EuGH unklar bleibt, wo genau die Grenzen der gesetzlichen Vorstrukturierung verlaufen. Offen ist damit weiterhin, inwiefern dem nationalen Gesetzgeber noch Regelungsspielräume zukommen (vgl. dazu bereits **Kapitel 3 I. 4.**).

II. Alternative rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der neusten Judikatur

Aufgrund der dargestellten Defizite sind etwa bestehende Alternativen zum vom Gesetzgeber umgesetzten Regelungsrahmen zu betrachten. Zum Teil wurden diese

¹¹³⁸ Zum Vorstehenden insgesamt auch Weyer, RdE 2023, 316.

¹¹³⁹ Verordnung über regulatorische Rahmenbedingungen für LNG-Anlagen v. 16.11.2022 (LNG-Verordnung - LNGV), BAnz. AT v. 17.11.2022 V1; Verordnung zur Subdelegation der Verordnungsermächtigung über regulatorische Rahmenbedingungen für LNG-Anlagen nach § 118a des Energiewirtschaftsgesetzes v. 07.11.2022 (§ 118a EnWG-Subdelegationsverordnung - § 118a EnWG-SubVO), BGBl. I S. 2002.

¹¹⁴⁰ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt auch Weyer, RdE 2023, 314.

Gestaltungsmöglichkeiten in der Literatur bereits lange vor dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur richtlinienkonformen Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben diskutiert.

Einigkeit bestand schon früh darüber, dass zur Beseitigung der festgestellten Vertragsverletzung eine weitgehende Umgestaltung des bis dato bestehenden deutschen Energieregulierungsrahmens erforderlich war.¹¹⁴¹ Da der EuGH zur maßgeblichen vierten Rüge insbesondere ausgeführt hat, dass die von der Bundesregierung erlassenen Rechtsverordnungen der Bundesnetzagentur zu detaillierte Vorgaben machen, war schnell offensichtlich, dass vor allem die in § 24 EnWG normierte Verordnungsermächtigung und die auf dieser Basis erlassenen Rechtsverordnungen in den Blick zu nehmen sein werden.

1. Erhaltung des bisherigen Rechtsrahmens

Angesprochen wurde zunächst eine Beibehaltung der bisherigen Regelungen trotz der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs. Dies kommt allenfalls dann in Betracht, wenn das Urteil einen ultra-vires-Akt darstellt und das Gericht damit nicht im Rahmen seiner Kompetenzen gehandelt hätte.¹¹⁴² Dafür gibt es allerdings keine Anhaltspunkte und auch in der Literatur wird das Vorliegen eines ultra-vires-Aktes schon mangels hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoßes nicht vertreten.¹¹⁴³

2. Änderung des Regulierungsgehalts

Zudem wurde eine Zurücknahme der Regulierungsdichte dergestalt vorgeschlagen, dass die Bundesregierung neue Rechtsverordnungen erlässt, die weniger intensiv in die Regulierungskompetenz der Bundesnetzagentur eingreifen. Es könne dann argumentiert werden, dass der erweiterte Ermessensspielraum der Bundesnetzagentur deren Unabhängigkeit sichert, wegen der bestehenden Regelungen zugleich aber auch das Demokratieprinzip wahrt.¹¹⁴⁴

Allerdings dürfte eine Konkretisierung des Rechtsrahmens für die Regulierung nach der Entscheidung des EuGH weder durch Gesetz noch durch Rechtsverordnung in Betracht kommen.¹¹⁴⁵ Denn der Gerichtshof hat in seiner Entscheidung ausdrücklich festgestellt, dass die nationale Regulierungsbehörde unabhängig gegenüber allen politischen Stellen handeln können muss und dabei keine Einschränkungen zugelassen (vgl. dazu **Kapitel 3 II. 4.**).

¹¹⁴¹ Vgl. *Ludwigs*, Kühling/Zimmer, S. 15; *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 8.

¹¹⁴² Vgl. *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 179.

¹¹⁴³ Vgl. ebd.; *Di Fabio*, EnWZ 2022, 296; *Gundel*, EnWZ 2021, 343.

¹¹⁴⁴ Vgl. dazu insgesamt *Hoppe/Laboch-Semku*, NVwZ 2021, 1442.

¹¹⁴⁵ So auch *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 178.

3. Hochzonung

Als weitere Abhilfemöglichkeit wurde die sogenannte Hochzonung als Verschiebung der bisher in den Rechtsverordnungen getroffenen Regelungen auf die Ebene des formellen Gesetzes diskutiert.

Um nicht mehr dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, dass Rechtsverordnungen der Bundesregierung als abstrakt-generelle Weisungen in die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur eingreifen, wurde zum Teil vertreten, dass bestimmte, bisher auf Verordnungsebene normierte Regelungen durch den parlamentarischen Gesetzgeber erlassen werden sollten. Ergänzend sollte die Bundesnetzagentur die Befugnis zum Erlass von als Allgemeinverfügungen zu qualifizierenden Rahmenfestlegungen erhalten.¹¹⁴⁶

In der Literatur wird diese Vorgehensweise als nicht hinreichend erachtet die festgestellte Vertragsverletzung zu beseitigen.¹¹⁴⁷ Der festgestellte Verstoß der Richtlinienvorgaben bezieht sich auf normative Vorprogrammierungen im Allgemeinen, unabhängig davon, ob es sich um materielles oder formelles Recht handelt. So führt der EuGH explizit aus, dass die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde gegenüber allen politischen Stellen, d. h. gegenüber der Regierung aber auch dem nationalen Gesetzgeber zu gewährleisten sei (vgl. dazu **Kapitel 3 II. 4.**).

Gleichzeitig wird auch die fehlende, für gesetzgeberische Entscheidungen charakteristische Wesentlichkeit hervorgehoben.¹¹⁴⁸ Hinzu kommt, dass das Gesetzgebungsverfahren, insbesondere die im Regelfall erforderlichen drei Lesungen, in welchen der Deutsche Bundestag Gesetzesentwürfe behandelt, aufwändig und zeitintensiv ist. Demgegenüber wird andererseits darauf hingewiesen, dass es Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gebieten, dass der Gesetzgeber selbst die Grundsätze und Maßstäbe für Entscheidungen in einem grundrechtssensiblen Bereich wie der Netzentgeltregulierung treffe (vgl. dazu **Kapitel 4 IV. 1. b. aa.**).

4. Herabzonung

Anstelle einer Verschiebung der Regelungsinhalte von der Verordnungs- auf die Legislativebene wurde eine Herabzonung der bisherigen Verordnungsinhalte auf die Ebene der Bundesnetzagentur vorgeschlagen.¹¹⁴⁹

Um auch nach Wegfall der bisherigen Verordnungsinhalte die Genehmigungsverfahren für die große Anzahl an Strom- und Gasnetzbetreibern im Sinne einer einheitlichen Verwaltungspraxis

¹¹⁴⁶ So *Burgi*, NVwZ 2018, Editorial.

¹¹⁴⁷ Vgl. *Franke/Cosack*, ER 2021, 251; *Gundel*, RdE 2019, 499; *Klahm/Fabritius*, ER 2021, 240; *Ludwigs*, EnWZ 2019, 161; *Ders.*, FS Sacker, 615; *Ders.*, Kühling/Zimmer, S. 19 f.; *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 8; *Missling/Eberleh*, IR 2021, 251; *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 178.

¹¹⁴⁸ Vgl. *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 178.

¹¹⁴⁹ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 8 f.

bearbeiten zu können, komme der Erlass von sog. „Rahmenfestlegungen“, Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften in Betracht.¹¹⁵⁰

a. (Rahmen-)Festlegungen

Als erste Variante wurde empfohlen, dass die bisherigen Verordnungsinhalte zumindest teilweise (vgl. dazu unter **II. 5.**) als „Rahmenfestlegungen“ durch die BNetzA erlassen werden.¹¹⁵¹

Als Ersatz für die bisher in den verschiedenen Verordnungen getroffenen Regelungen, sollte die Bundesnetzagentur zukünftig vermehrt abstrakt-generelle Festlegungen erlassen, die dann die Grundlage für die konkret-individuellen Regulierungsentscheidungen bilden.¹¹⁵² Um rechtsstaatlichen Anforderungen gerecht zu werden, sollte im Rahmen dieser Ausweitung der Kompetenzen der Bundesnetzagentur die Binnenorganisation der Behörde durch eine personelle und organisatorische Trennung der rechtssetzenden und der rechtsanwendenden Funktion der Regulierungsbehörde angepasst werden.¹¹⁵³

In der Literatur wurde zudem eine entsprechende klarstellende Ermächtigung zum Erlass dieser Festlegungen als Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG durch die Bundesnetzagentur gefordert.¹¹⁵⁴ Darüber hinaus sollte die Qualifizierung der Rahmenfestlegungen deklaratorisch im EnWG verankert werden.¹¹⁵⁵

Als problematisch wird an diesem Ansatz erachtet, dass die Rückbindung an das Parlament dann auch bezüglich allgemeiner Regulierungsgrundsätze, die im Einklang mit dem Europarecht stehen, nicht mehr gegeben sei.¹¹⁵⁶ Zum Teil werden gegen diese Vorgehensweise Bedenken dahingehend geäußert, dass es sich bei den Rahmenfestlegungen um als Allgemeinverfügung getarnte Rechtsverordnungen handle.¹¹⁵⁷ Allerdings kann der Gesetzgeber auch Maßnahmen, für welche die Voraussetzungen des § 35 VwVfG nicht vorliegen, als Verwaltungsakte einstufen (vgl. dazu **Kapitel 2 III. 4. b.**). Die Rechtsprechung fordert dafür, dass rechtstaatlichen Anforderungen dadurch Rechnung getragen wird, dass die Allgemeinverfügungen öffentlich zugänglich sind und effektiver Rechtsschutz gegen diese gewährt wird.¹¹⁵⁸ Diesen Anforderungen dürfte durch die Veröffentlichungspflicht nach § 74 EnWG und den nach § 75 EnWG unmittelbar zu den Zivilgerichten führenden Rechtsschutz Genüge getan sein.¹¹⁵⁹ Zudem wird kritisiert, dass es durch die Möglichkeit der Beschwerde

¹¹⁵⁰ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 8 f.

¹¹⁵¹ Vgl. ebd.; *Ludwigs*, EnWZ 2019, 161; *Ders.* FS Sacker, S. 620 f.

¹¹⁵² Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 307.

¹¹⁵³ Vgl. ebd.

¹¹⁵⁴ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 9.

¹¹⁵⁵ Vgl. *Ludwigs*, FS Sacker, S. 621.

¹¹⁵⁶ Vgl. *Mohr/Müller*, EuZW 2023, 1070.

¹¹⁵⁷ Vgl. *Ludwigs*, FS Sacker, S. 620 f. Für Festlegungen allgemein *Pielow*, DÖV 2005, 1022 f. Vgl. auch *Franke*, in: Hdb. Öff. WirtschaftsR, § 10 Rn. 87, wonach es auf Vorliegen der Voraussetzungen des § 35 S. 2 EnWG ankomme.

¹¹⁵⁸ Vgl. zum Ganzen BVerfG, Urteil v. 17.12.2002 - 1 BvL 28/95, NJW 2003, 1232, 1235.

¹¹⁵⁹ Vgl. *Ludwigs*, FS Sacker, S. 621. Kritisch demgegenüber *Jacob*, N&R 2020, 111 mit Blick auf die drohende Bestandskraft der Allgemeinverfügungen.

und der anschließenden Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zu einer Machtverschiebung zu den Gerichten kommen könnte.¹¹⁶⁰ Weiterhin verbleiben Unsicherheiten aufgrund des Fehlens einer gesicherten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit der Rahmenfestlegungen.¹¹⁶¹

Ein Vorteil dieser Variante ist es, dass sich durch Festlegungen wiederholende Fragen unabhängig von dem jeweiligen Genehmigungsverfahren vorab verbindlich klären lassen (vgl. dazu **Kapitel 2 II. 1. b.**). Darüber hinaus erscheint diese Vorgehensweise auch deshalb vorzugswürdig, da damit das rechtsstaatliche Gebot der Rechtssicherheit als Vorteil der normierenden Regulierung weiterhin verwirklicht wird.¹¹⁶²

b. Rechtsverordnungen

Rechtssystematisch spricht der abstrakt-generelle Charakter der in Rede stehenden Regelungen für den Erlass von Rechtsverordnungen anstelle der konkret-generellen Festlegungen.¹¹⁶³ Da der bisherige Ordnungsgeber nach dem Urteil des EuGH nicht mehr in Betracht kommt, wurde über eine Ermächtigung der Bundesnetzagentur zum Erlass von Rechtsverordnungen nachgedacht.¹¹⁶⁴

Eine der Hürden stellt im deutschen Recht Art. 80 GG dar, der es nur der Bundesregierung, einem Bundesminister oder einer Landesregierung erlaubt, Rechtsverordnungen zu erlassen. Die nationalen Regulierungsbehörden selbst können demgegenüber von diesem Instrument keinen Gebrauch machen. Angesichts des einer direkten gesetzlichen Ermächtigung der Bundesnetzagentur entgegenstehenden Art. 80 Abs. 1 GG käme allenfalls eine Ermächtigung im Wege der Subdelegation in Betracht (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 4. a. dd.**).¹¹⁶⁵ Für eine nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG zulässige Subdelegation müsste das Gesetz einen der Adressaten des Art. 80 Abs. 1 GG zum Erlass der Rechtsverordnung ermächtigen und zudem die Übertragung der Befugnis an die Bundesnetzagentur regeln.¹¹⁶⁶

Bedenken bestehen allerdings dahingehend, dass dem Erstdelegatar nach der herrschenden Ansicht in der Literatur eine Gestaltungsfreiheit im Sinne eines Ermessens zukommt.¹¹⁶⁷ Dies gilt umso mehr, als vertreten wird, dass der Erstdelegatar auch nach der Übertragung einer Subdelegation zur Regelung durch Rechtsverordnung berechtigt bleibt bzw. er die Subdelegation aufheben kann.¹¹⁶⁸ Diese Abhängigkeit der Bundesnetzagentur vom Ermessen eines Dritten wäre mit der unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeit nicht vereinbar.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁰ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 9.

¹¹⁶¹ Vgl. *Ludwigs*, FS Sacker, S. 621.

¹¹⁶² Vgl. ebd.

¹¹⁶³ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 9.

¹¹⁶⁴ Vgl. ebd.; *Ludwigs*, EnWZ 2019, 161 f.; *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 177.

¹¹⁶⁵ Vgl. *Ludwigs*, EnWZ 2019, 161 f.

¹¹⁶⁶ Vgl. zu den Voraussetzungen der Subdelegation *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 80 Rn. 82 ff.

¹¹⁶⁷ Vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof V, § 103 Rn. 40 ff.; *Uhle*, in: Gesetzgebung, § 24 Rn. 43, 62 f.

¹¹⁶⁸ Vgl. *Uhle*, in: Gesetzgebung, § 24 Rn. 46. A. A. *Brenner*, in: Huber/Voßkuhle, Bd. 2, Art. 80 Rn. 67.

¹¹⁶⁹ Vgl. *Ludwigs*, FS Sacker, S. 616.

Abhilfe könnte eine sog. vorweggenommene Subdelegation schaffen.¹¹⁷⁰ Vorteil dieser Form der Subdelegation ist das fehlende Ermessen des Erstdelegatars in Bezug auf das Ob und Wie der Delegation. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der vorweggenommenen Subdelegation ist allerdings umstritten. Als Argument für die Unzulässigkeit wird insbesondere vorgebracht, dass dadurch die abschließende Aufzählung der Erstdelegatare in Art. 80 Abs. 1 GG umgangen werden würde.¹¹⁷¹

Die Vorteile dieses Lösungsansatzes sind, dass er zum einen zu einer richtlinienkonformen Umsetzung führen, zum anderen aber auch die Besonderheiten des deutschen Verfassungsrechts berücksichtigen würde. Zudem würde die Bundesnetzagentur durch die in einem formellen Gesetz vorweggenommene Subdelegation ein gesteigertes Maß an demokratischer Legitimation erhalten.¹¹⁷²

Kritisch wird jedoch auch die Frage nach der Vereinbarkeit dieses Ansatzes mit der geforderten Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde gestellt.¹¹⁷³ Der Einwand einer unzulässigen legislativen Vorstrukturierung könnte sich selbst bei unterstellter verfassungsrechtlicher Zulässigkeit der vorweggenommenen Subdelegation aus der von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorgesehenen parlamentarischen Steuerung durch die Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung ergeben.¹¹⁷⁴ Diesem Einwand könnte dadurch begegnet werden, dass sich die Festlegung von Inhalt, Zweck und Ausmaß eng an den unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben orientiert.¹¹⁷⁵

Darüber hinaus erscheint es problematisch, dass Art. 80 Abs. 2 GG für bestimmte enumerativ aufgeführte Arten von Rechtsverordnungen die Zustimmung des Bundesrates erfordert und durch ein möglicherweise bestehendes Vetorecht die „völlige Unabhängigkeit“ der Bundesnetzagentur nicht mehr gewährleistet wäre.¹¹⁷⁶ Die herrschende Meinung in der Literatur geht, zum Teil unter Rekurs auf Sinn und Zweck des Zustimmungsbedürfnisses, davon aus, dass durch einen Subdelegatar erlassene Rechtsverordnungen der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.¹¹⁷⁷ Zwar steht die Zustimmungsbedürftigkeit des Art. 80 Abs. 2 GG unter dem Vorbehalt anderweitiger bundesgesetzlicher Regelung. Allerdings wäre der Erlass einer solchen gesetzlichen Regelung nach der Rechtsprechung des

¹¹⁷⁰ Siehe bereits *Britz*, EuZW 2004, 464; *Holznagel/Göge*, ZNER 2004, 223 f.; *Ludwigs*, EnWZ 2019, 161 f. Demgegenüber hält *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 177 f. eine einfach Subdelegation für genügend, jedoch nicht für wünschenswert, da die beiden verfassungsrechtlichen Grundfunktionen der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung in einer Hand liegen würden.

¹¹⁷¹ Vgl. *Bauer*, in: Dreier II, Art. 80 Rn. 22, 40; *Kment*, in: Jarass/Piero, Art. 80 Rn. 6; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof V, § 103 Rn. 37.

¹¹⁷² Siehe bereits *Britz*, EuZW 2004, 464; *Holznagel/Göge*, ZNER 2004, 224; *Ludwigs*, EnWZ 2019, 162.

¹¹⁷³ Vgl. dazu *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R- Beilage 1/2021, 9.

¹¹⁷⁴ Vgl. *Kuhn*, Binnenkonflikte, S. 171.

¹¹⁷⁵ Vgl. *Ludwigs*, FS Sacker, S. 618.

¹¹⁷⁶ Vgl. weiterführend ebd.

¹¹⁷⁷ Vgl. *Antoni*, AöR 114 (1989), 227; *Bauer*, in: Dreier II, Art. 80 Rn. 59; *Kment*, in: Jarass/Piero, Art. 80 Rn. 27; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 80 Rn. 159; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 80 Rn. 103; *Uhle*, in: BeckOK GG, Art. 80 Rn. 41. A. A. *Jekewitz*, RuP 1993, 72 der eher rechtspolitisch argumentiert sowie *Schnelle*, Fehlerfolgenlehre, S. 67 ff.

Bundesverfassungsgerichts¹¹⁷⁸ sowie der überwiegenden Ansicht in der Literatur¹¹⁷⁹ ihrerseits zustimmungsbedürftig.

Letztlich könnten durch diesen Vorschlag zwar die Vorzüge einer normierenden Regulierung beibehalten werden, gleichzeitig bestehen jedoch viele verfassungsrechtliche sowie unionsrechtliche Unwägbarkeiten. Um diese Unsicherheiten zu umgehen, wurde in der Literatur vorgeschlagen das entsprechende Bundesministerium als Regulierungsbehörde zu benennen. Die vormals bestehende Verordnungsermächtigung in § 24 EnWG a. F. müsste dann nur leicht modifiziert werden und es wäre keine gänzliche Neugestaltung des Rechts notwendig.¹¹⁸⁰

Allerdings dürfte in dieser Vorgehensweise eine Umgehung der unionsrechtlichen Vorgaben, wie sie durch die Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2021 festgestellt wurden, zu sehen sein. Der Vorschlag das Bundesministerium als Regulierungsbehörde zu benennen, dürfte schon mit der gebotenen institutionellen Unabhängigkeit nicht vereinbar sein. Diese Form der Unabhängigkeit erfordert es gerade, die Regulierungsbehörde aus der Verwaltungshierarchie auszugliedern (vgl. dazu **Kapitel 3 II. 2. a.**). Wenn nach dem Urteil des EuGH schon Weisungen der Regierung gegenüber der Regulierungsbehörde nicht mit der unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeit vereinbar sind, muss dies erst recht für eine fehlende organisatorische Trennung zwischen Regierung und Regulierungsbehörde gelten. Fraglich ist dabei insbesondere, wie sichergestellt werden soll, dass die nationale Regulierungsbehörde Entscheidungen im Rahmen der ihr vorbehaltenen Zuständigkeiten wie vom EuGH gefordert autonom erlassen kann.¹¹⁸¹ Darüber hinaus dürfte das Bundesministerium bereits personell nicht mit den erforderlichen Mitteln zur Wahrnehmung der Regulierungsaufgabe ausgestattet sein. Insbesondere dürfte die notwendige Expertise für fachspezifische Regulierungsentscheidungen fehlen.

Vielversprechender erscheint demgegenüber der Vorschlag, die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde am Beispiel der österreichischen nationalen Regulierungsstelle, die als Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit organisiert ist, institutionell zu stärken.¹¹⁸²

c. Verwaltungsvorschriften

Eine Verlagerung der Regelungen in Verwaltungsvorschriften dürfte demgegenüber keine Möglichkeit zur Beseitigung der Vertragsverletzung darstellen.¹¹⁸³ Im Gegensatz zu den

¹¹⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.02.1970 - 2 BvR 467/68 u. a., BeckRS 1970, 104599 Rn. 38; Beschl. v. 27.06.2002 - 2 BvF 4/98, NVwZ 2003, 595, 598.

¹¹⁷⁹ Vgl. *Brenner*, in: Huber/Voßkuhle, Bd. 2, Art. 80 Rn. 96; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof V, § 103 Rn. 56; *Uhle*, in: BeckOK GG, Art. 80 Rn. 42a; *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Bd. 2, Art. 80 Rn. 61.

A. A. *Antoni*, AöR 114 (1989), 234 ff.; *Mann*, in: Sachs, Art. 80 Rn. 38; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz V, Art. 80 Rn. 176 f.

¹¹⁸⁰ Vgl. zu diesem Vorschlag *Schwintowski*, EWeRK 2021, 254.

¹¹⁸¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 119.

¹¹⁸² Vgl. *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2024, 14.

¹¹⁸³ So auch *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R-Beilage 1/2021, 9.

Begleitverordnungen zum EnWG könnten diese die regulierten Unternehmen mangels Außenwirkung nicht verpflichten (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 4. a. cc.**). Zudem stünde den Netzbetreibern gegen Verwaltungsvorschriften kein Rechtsschutz zu.¹¹⁸⁴ Gerade die Netzentgeltregulierung stellt jedoch einen grundrechtsintensiven Bereich dar.¹¹⁸⁵ Teilweise wird vertreten, dass sich Verwaltungsvorschriften zur Umsetzung von europarechtlichen Richtlinien als generell ungeeignet erweisen (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 4. a. cc.**). Gegen dieses Argument wird jedoch überzeugenderweise vorgebracht, dass es sich hierbei nicht um die Umsetzung der Richtlinie handelt, sondern um deren administrativen Vollzug (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 4. b.**).

Die von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen zur fehlenden unmittelbaren Außenwirkung scheinen schon mangels eines für den gesamten Regelungsbereich der Begleitverordnungen eingeräumten gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums nicht zu passen.¹¹⁸⁶

5. Duales Modell

Insbesondere um ein erneutes Vertragsverletzungsverfahren wegen fehlender Beseitigung des festgestellten Verstoßes durch die bloße Ersetzung der streitgegenständlichen Verordnungen durch Festlegungen zu verhindern, wurde das sog. „Duale Modell“¹¹⁸⁷ vorgestellt. Gegenstand dieses Vorschlags ist die Differenzierung zwischen den verschiedenen Entscheidungsarten der Energieregulierung.

Der Vorschlag basiert auf der Überlegung, dass der EuGH einzig die Detailvorgaben der auf der Grundlage von § 24 S. 1 EnWG a. F. erlassenen Rechtsverordnungen, nicht aber die normative Vorstrukturierung der kostenorientierten Netzentgeltbildung in § 21 Abs. 2 EnWG a. F. gerügt hat.¹¹⁸⁸ Daraus folge, dass es Vorgaben inhaltlicher Art geben könne, die mit der erforderlichen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde vereinbar sind.¹¹⁸⁹

Hintergrund dieser Differenzierung ist der unterschiedliche Charakter der Entscheidungsgegenstände der Ermächtigungsnormen für die Rechtsverordnungen. Insbesondere ließen sich operative Administrativentscheidungen, die eine interdisziplinäre Fachkompetenz erfordern, sowie sog. policy-Entscheidungen, die wesentlich sind und rechtsgestaltendem Charakter aufweisen, unterscheiden. Der Vorschlag aus der Literatur beinhaltet deshalb die Übertragung von Entscheidungen der ersten Art an die Bundesnetzagentur, während die zweite Entscheidungsart dem Gesetzgeber vorbehalten

¹¹⁸⁴ Fälle gleichheitswidriger Behandlung ausgenommen; zur grundsätzlichen Ungeeignetheit von Verwaltungsvorschriften zur Umsetzung von Richtlinien *Krämer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Bd. 4, Art. 192 Rn. 59 m. w. N.

¹¹⁸⁵ Vgl. *Jestaedt*, Öff. WirtschaftsR, § 23 Rn. 51; *Ludwigs*, JZ 2009, 294; *Proelß*, AöR 136 (2011), 412.

¹¹⁸⁶ Vgl. dazu *Ludwigs*, FS Säcker, S. 619 f.

¹¹⁸⁷ Vgl. *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 174 ff.

¹¹⁸⁸ Vgl. *Di Fabio*, EnWZ 2022, 293; *Schmidt-Preuß*, EnWZ 2021, 337 f.

¹¹⁸⁹ Vgl. *Schmidt-Preuß*, EnWZ 2021, 337 f.; *Ders.*, RdE 2021, 175.

bleiben soll. Diesem soll dabei die Möglichkeit eröffnet werden die Entscheidungen zu delegieren.¹¹⁹⁰

Ein Konflikt mit der Entscheidung des EuGH entstünde deshalb nicht, weil der Erlass von policy-Entscheidungen schon keine Verwaltungsaufgabe der Bundesnetzagentur darstelle (vgl. § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG).¹¹⁹¹ Bei den grundsätzlichen Inhalten dieser zweiten Entscheidungsart handle es sich um eine Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers, die von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs unbeeinflusst bleibe.¹¹⁹² Damit würde dem nationalen Verfassungsrecht Rechnung getragen werden, dessen Berücksichtigung im Rahmen der geforderten Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden auch Anliegen der Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella, des Europäischen Gerichtshofs in seinem Urteil in der Rechtssache C-718/18 sowie der sekundärrechtlichen Richtlinien selbst ist.¹¹⁹³

Für die fachspezifischen, eher technischen Entscheidungen sei die Bundesnetzagentur hingegen organisatorisch und personell ausgestattet.¹¹⁹⁴ Vorgeschlagen wird deshalb, die Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur für diese Art von Entscheidungsgegenständen des § 24 Abs. 1 und 2 EnWG in einem neuen Absatz des § 29 EnWG einzufügen. Die Vorschriften der fünf Begleitverordnungen, die policy-Entscheidungen zum Gegenstand haben, könnten auch weiterhin auf Verordnungsebene bestehen bleiben.

Dieser Lösungsansatz würde auch nicht zu Rechtsunsicherheit führen. Wenngleich den Leitlinien und Hinweispapieren der Bundesnetzagentur an sich keine Rechtsverbindlichkeit zukommt (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 II. 2.**), sind sie über den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG zwingend anzuwenden. Gemeinsam mit der Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur bestünde damit weiterhin die erforderliche Vorhersehbarkeit.¹¹⁹⁵ Zudem wird der Vorzug des Erlasses von Basisvorgaben mit grundsätzlichem Inhalt kraft verfassungsrechtlicher Wesentlichkeit in einem Bundesgesetz hervorgehoben.¹¹⁹⁶

Einen Kritikpunkt stellt demgegenüber die fehlende objektive Bestimmbarkeit der Zuordnung zu der entsprechenden Entscheidungsart dar.¹¹⁹⁷

6. Parlamentarische Einflussnahme

Weiterhin wurde sich für die Intensivierung der parlamentarischen Einflussnahme ausgesprochen. Um das vom Bundesverfassungsgericht geforderte hinreichende Legitimationsniveau zu gewährleisten, müssten bei der Umsetzung der unionsrechtlichen

¹¹⁹⁰ Vgl. *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 176.

¹¹⁹¹ Vgl. ebd., 174.

¹¹⁹² Vgl. *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 176.

¹¹⁹³ Vgl. Schlussanträge GA Pitruzzella v. 14.01.2021 - Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:20 Rn. 107; EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 127; Erwägungsgrund Nr. 80 S. 2 EltRL 2019 und Erwägungsgrund Nr. 34 S. 2 EltRL 2009.

¹¹⁹⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 175.

¹¹⁹⁵ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 175 f.

¹¹⁹⁶ Vgl. ebd., S. 176. So auch *Mohr/Müller*, EnK-Aktuell 2023, 010183.

¹¹⁹⁷ Vgl. *Mohr/Müller*, EuZW 2023, 1071.

Richtlinien Lockerungen auf die Regulierungsentscheidungen begrenzt und parlamentarische Einfluss- und Kontrollmechanismen geschaffen werden.¹¹⁹⁸

In Betracht käme die parlamentarische Kontrolle durch direkte Auskunfts- und Kontrollrechte eines Bundestagsausschusses,¹¹⁹⁹ beispielsweise des Wirtschaftsausschusses.¹²⁰⁰ Neben der Vorgabe allgemeiner politischer Leitlinien¹²⁰¹ wurde zudem die informatorische Einbindung eines politischen Beirates, die Etablierung von Rechenschafts- und Berichtspflichten gegenüber dem Parlament, eine Konzeptprüfung durch den Deutschen Bundestag oder die Ernennung des Leitungspersonals durch das Parlament diskutiert. Dem dürfte auch das Unionsrecht nicht entgegenstehen, da die Erwägungsgründe der entsprechenden Richtlinien selbst die parlamentarische Kontrolle thematisieren (vgl. dazu bereits **Kapitel 3 II. 1. b.**).

a. Beirat

Das EnWG hat bereits in seiner letzten Fassung in § 60 EnWG Regelungen zum Beirat enthalten, der im Rahmen der behördliche Entscheidungsfindung politisch begleiten sowie fachlich beraten soll (vgl. dazu bereits **Kapitel 1 IV. 3. c.**).

Gemäß § 60 S. 2 EnWG kommen dem Beirat Informationsrechte gegenüber der Bundesnetzagentur zu, die für Transparenz und eine „Politisierung“ einzelner Entscheidungen sowie grundlegender Konzepte der Bundesnetzagentur sorgen.¹²⁰² Durch die informatorische Rückkopplung der politischen Beiräte an ihre Organe nehmen diese eine Vermittlungs-, Beratungs- und Kontrollfunktion wahr wodurch die Regulierungsbehörde zugleich in den staatlichen Verantwortungszusammenhang eingebunden wird.¹²⁰³ Durch diese Aufgaben können die unter verfassungsrechtlichen Aspekten problematischen Verselbständigungen der Bundesnetzagentur zum Teil ausgeglichen werden.¹²⁰⁴

Nach der Entscheidung des EuGH schränken Berichtspflichten die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nicht ein,¹²⁰⁵ sodass erwogen werden könnte, die demokratische Kontrolle der Bundesnetzagentur über den Beirat zu stärken. So wurde vorgeschlagen, den bislang themenübergreifend tätigen Beirat zu einem „Beirat Energie“ umzugestalten, um eine fachliche Konzentration auf die Anforderungen der Energiemarktregulierung zu erreichen.¹²⁰⁶

Teilweise wird die Einrichtung des aus Mitgliedern der Landesregierungen und Bundestagsabgeordneten zusammengesetzten Beirats als mit der unionsrechtlich geforderten

¹¹⁹⁸ Vgl. auch Ruffert, FS Scheuing, S. 412.

¹¹⁹⁹ Vgl. Couzinet, Verwaltungsrechtsraum Europa, S. 222; Hermes, Legitimationsprobleme, 477 f.; Ludwigs, DV 44 (2011), 52 ff.; Ders., DVBl 2011, 68 f.

¹²⁰⁰ Vgl. Ruffert, FS Scheuing, S. 412.

¹²⁰¹ Vgl. Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 87 ff.; Ruffert, FS Scheuing, S. 412.

¹²⁰² Vgl. Hermes, in: B/H/H, § 60 Rn. 10.

¹²⁰³ Vgl. Britz, Regulierungsrecht, § 21 Rn. 57; Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 87 f.; Ruffert, FS Scheuing, S. 412.

¹²⁰⁴ Vgl. Britz, Regulierungsrecht, § 21 Rn. 57; Hermes, in: B/H/H, § 60 Rn. 10.

¹²⁰⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 127; § 15 BDSG.

¹²⁰⁶ Vgl. BDEW, Stellungnahme zum Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, S. 6.

Unabhängigkeit unvereinbar angesehen.¹²⁰⁷ Demgegenüber wird andererseits hervorgehoben, dass dem Beirat keine eigenen Entscheidungs- oder Weisungsbefugnisse zukommen und die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur deshalb gewahrt sei.¹²⁰⁸

b. Rechenschaftspflichten

Erweiterte Rechenschafts- und Berichtspflichten der Regulierungsbehörde gegenüber dem Parlament könnten zu einer verbesserten Vorhersehbarkeit der Entscheidungen derselben führen.¹²⁰⁹ Dabei könnte das Datenschutzrecht als Vorbild dienen.¹²¹⁰ Durch periodische Berichtspflichten würde die Bundesnetzagentur zum einen kontrolliert, zum anderen könnte dadurch auch die Akzeptanz der Entscheidungen erhöht werden.¹²¹¹

Zudem wurde vorgebracht, dass der Bundesnetzagentur neben der Rechenschaftspflicht im Interesse der Herstellung von Transparenz und zur Ermöglichung von umfassendem gerichtlichem Rechtsschutz auch eine Begründungspflicht dergestalt auferlegt werden sollte, dass sie die Informationen und Erwägungen, auf welche sie ihre Entscheidungen gründet, veröffentlichen und die Entscheidungen begründen muss.¹²¹² Zur Erhöhung der Transparenz bestimmt das Unionsrecht bereits in Art. 59 Abs. 9 EltRL 2019 eine Veröffentlichungspflicht bezüglich einer ausführlichen Beschreibung der Methode und der zugrundeliegenden Kosten, die für die Berechnung der jeweiligen Netztarife verwendet wurden.

Bereits vor der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs wurde vertreten, dass es aus einer funktionalen Betrachtungsweise heraus maßgebend sei, dass die Bundesnetzagentur von politischen Weisungen, die die Regulierungsziele beeinträchtigen, frei ist.¹²¹³ Dazu sei ein vollständiger Ausschluss von Weisungen nicht zwingend notwendig.¹²¹⁴ Vielmehr sei es ausreichend, die politische Einflussnahme durch die Ergänzung der ministeriellen Weisungsbefugnis um Publikations- und Begründungspflichten zu verringern, da diese Hürden den Gebrauch von Weisungen wirkungsvoll ausschließen würden.¹²¹⁵

¹²⁰⁷ Vgl. von Hammerstein/Isermeyer, Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur. Siehe zur Möglichkeit eines Verstoßes auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.08.2023 - 3 Kart 878/21, BeckRS 2023, 24322 Ls. 2, Rn. 65;

¹²⁰⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.08.2023 - 3 Kart 878/21, BeckRS 2023, 24322 Rn. 56; Kreuter-Kirchhof, NVwZ 2024, 14; Theobald/Werk, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § 60 EnWG Rn. 16.

¹²⁰⁹ Vgl. Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 79; Ders., FS R. Schmidt, S. 528; Pöcker, VerwArch 99, 398 f.; Wiedemann, Unabhängige Regulierungsbehörden, S. 48. Für das Datenschutzrecht Petri/Tinnefeld, MMR 2010, 157, 161.

¹²¹⁰ Vgl. zum Datenschutzrecht EuGH, Urteil v. 09.03.2010 - C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 Rn. 45.

¹²¹¹ Vgl. Koenig/Kühling, WuW 2001, 816.

¹²¹² Vgl. BDEW, Stellungnahme zum Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, S. 9; Kumkar, Ausgestaltung der Strommarktregulierung, S. 15 ff.; Seabright, Wettbewerb und Integration, S. 93.

¹²¹³ Vgl. Britz, in: Regulierungsrecht, § 21 Rn. 50; Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 94.

¹²¹⁴ Vgl. ebd.; Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 94.

¹²¹⁵ Vgl. ebd.; Masing, Gutachten D des 66. DJT, D 94 ff.

c. Ex-post Kontrolle der Regulierungsentscheidungen bzw. des -ergebnisses

Weitergehend wurde in Betracht gezogen, die Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur einer ex-post Kontrolle dergestalt zu unterziehen, dass Regulierungsziele vorgegeben werden, deren Erreichung periodisch nachvollzogen werden soll. Dabei soll es sich um eine umfangreiche Ergebniskontrolle handeln, wobei die Erreichung im Vorfeld festgesetzter Regulierungsziele kontrolliert werden würde. Es wird vorgebracht, dass dies neben der Bindung der Bundesnetzagentur auch der Selbstkontrolle diene.¹²¹⁶

Der Vorschlag überzeugt nicht, da durch Zielvorgaben eine Bindung der Bundesnetzagentur entstehen würde, die dem Unabhängigkeitserfordernis widersprechen dürfte.

d. Konzeptprüfung durch den Deutschen Bundestag

Vorgeschlagen wurde zudem, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, ihre Codices und Parameter in einem Konzept dem Deutschen Bundestag zur Überprüfung vorzulegen. Eine Mitwirkung im Sinne einer rechtsverbindlichen Genehmigung scheide infolge der Rechtsprechung des Gerichtshofs wohl aus, die Kenntnis- und Einflussnahme auf die Rechtsentwicklung und -anwendung jedoch nicht. Hervorgehoben wird dabei, dass dem Bundestag eine Integrationsverantwortung zukomme, die ihn verpflichte Entwicklungen im europäisierten Verwaltungsverbund zu beobachten und möglicherweise politisch zu beeinflussen.¹²¹⁷

e. Ernennung des Leitungspersonals durch das Parlament

Zudem stellt der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung ausdrücklich fest, dass die sekundärrechtlichen Vorgaben einer Ernennung des Leitungspersonals der Regulierungsbehörde durch das Parlament oder die Regierung nicht entgegenstehen.¹²¹⁸

In Betracht kommt deshalb eine Rückbindung des Leitungspersonals an das Parlament am Beispiel des Datenschutzrechts (vgl. § 11 Abs. 1 BDSG). Wenngleich durch die Wahl im Parlament keine Entpolitisierung erreicht wird, wäre eine an das Parlament rückgebundene Regulierungsbehörde, anders als im Rahmen der Rückbindung an die Regierung zumindest dem Einfluss der Opposition ausgesetzt.

¹²¹⁶ Vgl. zu diesem Vorschlag *Contzen*, Rolle der Politik, S. 27 f.. Vgl. auch *Kumkar*, Ausgestaltung der Strommarktregulierung, S. 17; *Seabright*, Wettbewerb und Integration, S. 92 f. Vgl. zu dieser Thematik auch *Verhoest*, Policy Studies Journal 2005, S. 239.

¹²¹⁷ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Di Fabio*, EnWZ 2022, 301. Zur Integrationsverantwortung BVerfG, Urteil v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 Rn. 236; Vorlagebeschl. v. 14.01.2014 - 2 BvR 2728/13 u. a., NJW 2014, 907 Rn. 47 ff.; Urteil v. 30.07.2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, NJW 2019, 3204 Rn. 140 ff.

¹²¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 127. In diesem Sinne auch EuGH, Urteil v. 11.06.2020 - C-378/19, EU:C:2020:462, Rn. 36 ff.

7. Sonstige Vorschläge zur Erhöhung der Legitimation der BNetzA

Weitere Ansätze zielen darauf ab, durch ergänzende Legitimationsfaktoren das vom Bundesverfassungsgericht geforderte hinreichende Legitimationsniveau zu erreichen (vgl. dazu bereits **Kapitel 3 III. 1. c. bb. (1)**).

Insbesondere könnte versucht werden, das bestehende Legitimationsgefüge der Bundesnetzagentur zu verändern und die entsprechend den unionsrechtlichen Vorgaben zurückzunehmende sachlich-inhaltliche Legitimation durch eine Erhöhung der personellen Legitimation zu kompensieren.¹²¹⁹

Mittlerweile enthält Art. 57 Abs. 5 S. 1 lit. d) bis g), S. 2 und 3 EltRL 2019 detaillierte Regelungen betreffend die Mitglieder des Leitungsgremiums der Regulierungsbehörde. Insbesondere werden die Art und Weise der Ernennung der Mitglieder (vgl. Art. 57 Abs. 5 lit. d) und e)) sowie die Bedingungen zur Beendigung des Amtes (vgl. Art. 57 Abs. 5 lit. f) und g)) vorgegeben. Durch die Ablösung der Behördenspitze nur unter strengen Voraussetzungen und das Vorsehen einer angemessen langen Amtszeit kann eine personelle Unabhängigkeit erreicht werden.¹²²⁰

8. Rechtsaufsicht

Fest steht nach dem Urteil des EuGH, dass das unionsrechtswidrige fachliche Weisungsrecht des Ministeriums (vgl. § 61 EnWG) einfachgesetzlich ausgeschlossen werden müsste. In der Literatur wurde vorgeschlagen, dieses durch eine weniger eingriffsintensive Rechtsaufsicht zu substituieren.¹²²¹

Anders als beispielsweise im Telekommunikationsrecht (vgl. Art. 8 Abs. 1 S. 2 Richtlinie (EU) 2018/1972¹²²²) enthalten die aktuellen Richtlinien für den Energiesektor zwar keinen Passus dazu, dass die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde einer Aufsicht im Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht nicht entgegenstehe. Eine Rechtsaufsicht erscheint durch die Vorgaben der Richtlinien jedoch auch nicht ausgeschlossen, da sie die Durchsetzung der europarechtlichen Vorgaben sicherstellt und keine Interessenabhängigkeit begründet.¹²²³ Ein fachaufsichtliches Weisungsrecht jeglicher Form steht den unionsrechtlichen Vorgaben jedoch entgegen (vgl. dazu bereits **Kapitel 3 II. 3.**).

Hinzu kommt, dass diese Methode dem deutschen Verwaltungsrecht nicht fremd ist und beispielsweise bereits im Rahmen der Vorgaben für die Landesmedienanstalten im

¹²¹⁹ Vgl. auch *Hoppe/Laboch-Semku*, NVwZ 2021, 1443.

¹²²⁰ Vgl. *Franke/Schütte*, in: *Recht der Energiewirtschaft*, § 21 Rn. 30; *Masing*, FS R. Schmidt, S. 533; *Kühling*, *Sektorspezifische Regulierung*, S. 383 f.

¹²²¹ Vgl. zum TKG *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 506.

¹²²² Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, Abl. L 321 v. 17.12.2018, S. 36 ff.

¹²²³ Vgl. *Ruffert*, FS Scheuing, S. 412. Im Ergebnis zustimmend, wenn für die Behörde gegen die Weisungen Rechtsschutz eröffnet ist *Gundel*, in: *Theobald/Kühling*, Bd. 2, EuEnR Rn. 52 (dort Fn. 6). A. A. *Ludwigs*, NVwZ 2016, 1670.

Landesrundfunkrecht¹²²⁴ sowie für die Bundesbank nach dem Gesetz über die Deutsche Bundesbank¹²²⁵ angewendet wurde.¹²²⁶ Auch im Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz wird zwischen Weisungen der Fach- und Rechtsaufsicht unterschieden. Um die weiterhin eingeschränkt mögliche Rechtsaufsicht unionsrechtskonform auszugestalten, sind die Weisungen gerichtlich überprüfbar (vgl. § 4 Abs. 3 und 3a BEVVG). Damit wurde die politische Unabhängigkeit auf Bundesebene erstmals ausdrücklich geregelt.¹²²⁷

Allerdings wurde § 61 EnWG durch die letzte Novelle des Energiewirtschaftsrechts nicht geändert. Die Regelung impliziert somit nach wie vor, dass die Bundesnetzagentur allgemeinen Weisungen des Ressortministers untersteht (vgl. dazu **Kapitel 3 II. 5. b.)**).

10. Einbindung in den europäischen Regulierungsverbund

Darüber hinaus könnte das hohe Maß an Gestaltungsfreiheit der nationalen Regulierungsbehörde durch die Einbindung in den europäischen Regulierungsverbund kompensiert werden.

Die unionsrechtlichen Vorgaben sehen bereits jetzt eine Zusammenarbeit der verschiedenen mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden untereinander sowie mit der Europäischen Kommission und Agenturen bzw. Gremien vor (vgl. dazu bereits **Kapitel 1 IV. 2.)**). Der europäische Gesetzgeber hat die Regelungen betreffend die Einbindung der Regulierungsbehörden in einen Verbund mit den anderen nationalen Regulierungsbehörden sowie europäischen Akteuren in den letzten Jahren erweitert. Hervorzuheben sind beispielsweise die bestehenden Kooperationspflichten zwischen den nationalen Regulierungsbehörden.¹²²⁸

In der Literatur wird betont, dass die Einbindung in den supranationalen Behördenverbund die Bundesnetzagentur aus den nationalen Verwaltungsstrukturen heraushebe.¹²²⁹ Gleichzeitig wird die Bundesnetzagentur in den europäischen Verwaltungsverbund eingegliedert, im Rahmen dessen die Kommission zunehmend Einflussmöglichkeiten erlangt.¹²³⁰ Gegenüber der Kommission und sonstigen Einrichtungen des europäischen Regulierungsverbundes besteht damit keine Unabhängigkeit.¹²³¹

Problematisch ist dabei die Verkürzung des Rechtsschutzes. Zwar ist Rechtsschutz gegen die Entscheidungen, Empfehlungen, Stellungnahmen und Leitlinien der Kommission, an welche die Regulierungsbehörden gebunden sind, möglich. Zu nennen sind die Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 UAbs. 4 AEUV sowie die Vorlage der nationalen Gerichte an den EuGH nach

¹²²⁴ Vgl. bspw. §§ 87, 95 Abs. 1 S. 2 LMG NRW.

¹²²⁵ § 12 S. 1 BBankG.

¹²²⁶ Vgl. *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 506.

¹²²⁷ Vgl. zum Vorstehenden *Ludwigs*, NVwZ 2016, 1670.

¹²²⁸ Vgl. Art. 59 Abs. 1 lit. f), i), Art. 61 EltRL 2019; Art. 41 Abs. 1 lit. c), e), Art. 42 GasRL 2009.

¹²²⁹ Vgl. *Gärditz*, AöR 135 (2010), 268 f.; *Mayen*, FS Dolde, S. 49; *Oertel*, Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde, S. 487.

¹²³⁰ Vgl. *Mayen*, FS Dolde, S. 52. Für den Telekommunikationssektor *Jacob*, N&R 2020, 112.

¹²³¹ Vgl. *Britz*, EuR 2006, 52 f.; *Durner*, VVDStRL 70 (2011), 411; *Mayen*, FS Dolde, S. 52.

Art. 267 AEUV bei nicht unmittelbar verbindlichen Rechtsakten. Diese Möglichkeiten bleiben jedoch aufgrund der bestehenden Voraussetzungen hinter der direkten Klagemöglichkeit zurück.¹²³²

11. Vorbild des TKG ohne normativen Unterbau

Eine Novellierung des EnWG hin zu einem Gesetz ohne normativen Unterbau, wie es im Telekommunikationsrecht mit dem TKG besteht, erscheint demgegenüber nicht erfolgsversprechend.

Zuzugestehen ist zwar, dass im TKG genau wie im EnWG mit § 21 Abs. 2 S. 1 eine Basisnorm besteht, die den regulierungsrechtlichen Maßstab darstellt. Allerdings beruht der Erfolg dieser Vorgehensweise im Telekommunikationsrecht auf der gewachsenen Behördenpraxis und der damit einhergehenden Konkretisierung der Basisnorm. Die Etablierung eines solchen Systems im Energiesektor wäre ein völliger Neustart und würde die erforderliche Planungssicherheit vermissen lassen.¹²³³

12. Erfordernis gesetzlicher Vorgaben

Außerdem wird ganz allgemein im Schrifttum hervorgehoben, dass die Errichtung einer entpolitisierten Verwaltungsbehörde durch ein parlamentarisches Gesetz, das Aufgaben, Organisation und Verfahren der Entscheidungsfindung näher regelt, erfolgen muss.¹²³⁴

Zudem wird betont, dass neben den dargestellten parlamentarischen und verwaltungsinternen Kontrollmechanismen zur Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen gesetzliche und damit auch justiziablen Maßstäbe notwendig sind.¹²³⁵ Aufgrund der durch die Entscheidung des EuGH erforderlich gewordenen Kompetenzausweitung der Bundesnetzagentur wird es insbesondere für notwendig gehalten, die grundlegenden Handlungsanforderungen gesetzlich in der Norm für die Festlegungsbefugnis bzw. Genehmigungsermächtigung zu regeln.¹²³⁶

Darüber hinaus wurde empfohlen, der Bundesnetzagentur durch Gesetz den Status einer obersten Bundesbehörde zuzuweisen.¹²³⁷ Dadurch wäre die Behörde den anderen Bundesministerien gleichgestellt und eine Weisungsbefugnis des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz kraft der Organisationsstruktur ausgeschlossen.

Letztlich wurde auch eine faktische Unabhängigkeit im Sinne einer Zurückhaltung des Ministeriums hervorgehoben, wenngleich zu Recht darauf aufmerksam gemacht wurde, dass dadurch den unionsrechtlichen Vorgaben nicht entsprochen wird.¹²³⁸ In der Literatur wird

¹²³² Vgl. dazu insgesamt *Mayen*, FS Dolde, S. 60 f. Vgl. auch *Groß*, DÖV 2004, 24 f.

¹²³³ Vgl. dazu insgesamt *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 178.

¹²³⁴ Vgl. *Hermes*, FS Zuleeg, S. 426 f.; *Ders.*, Legitimationsprobleme, S. 482; *Masing*, FS R. Schmidt, S. 528.

¹²³⁵ So auch *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 308.

¹²³⁶ Vgl. *BDEW*, Stellungnahme zum Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, S. 18.

¹²³⁷ Vgl. zum TKG *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 506.

¹²³⁸ Vgl. *Gundel*, EWS 2017, 305.

deshalb darauf hingewiesen, dass durch eine gesetzliche Normierung der Weisungsfreiheit nur positiviert werden würde, was bisher gewohnheitsrechtlicher Konsens ist.¹²³⁹

13. Energiepolitische Leitlinien als Gestaltungsmöglichkeit des deutschen Mitgliedstaats

Weiterhin kann der deutsche Mitgliedstaat die nationale Energiepolitik durch energiepolitische Leitlinien mitgestalten. Der Erwägungsgrund Nr. 87 der aktuellen EltRL 2019 hält explizit fest, dass die Mitgliedstaaten nach wie vor die Möglichkeiten haben, ihre nationale Energiepolitik festzulegen und auszugestalten. Je nach nationaler Verfassung könnte auch die Festlegung des politischen Rahmens innerhalb dessen die Regulierungsbehörden handeln müssen, im Sinne von energiepolitischen Leitlinien in die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates fallen. Gleichzeitig stellt der Erwägungsgrund jedoch klar, dass dadurch nicht „in die Unabhängigkeit oder Autonomie der Regulierungsbehörden eingegriffen werden“¹²⁴⁰ soll. Der Erwägungsgrund gibt damit deklaratorisch den aus Sicht des Gesetzgebers der Europäischen Union bereits geltenden Zustand wieder.¹²⁴¹

Auch der EuGH hat in seinem Urteil dazu ausgeführt, dass das in den Richtlinien aus dem Jahr 2009 genannte Erfordernis der Unabhängigkeit allgemeine politische Leitlinien der Regierung unberührt lasse. Diese stünden bereits nach dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen nicht mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen gemäß Art. 37 EltRL 2009 bzw. Art. 41 GasRL 2009 im Zusammenhang.¹²⁴²

Damit dürften vorwiegend energiepolitische Entscheidungen grundlegender Art getroffen werden, die die Ziele des Sekundärrechts aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrades nicht gefährden.¹²⁴³ Legislativ vorgegebene politische Leitlinien sollen als „Berücksichtigungsgebot“ oder als Maßstab für eine Ergebniskontrolle wirken, große Entscheidungsspielräume jedoch weiterhin bei der Exekutive belassen.¹²⁴⁴

In der Literatur wird empfohlen, dass die Bundesregierung eine allgemeine politische Leitlinie erlässt, die beinhaltet, dass die Regulierungsbehörden im Sinne ihrer Unabhängigkeit und zur Sicherstellung von effektivem Rechtsschutz verpflichtet sind, anstelle der bisher geltenden Rechtsverordnungen strukturelle Leitlinien zu setzen, die die Regulierungsbehörden verwaltungsintern binden und damit den Grundgedanken des Gleichheitssatzes umsetzen.¹²⁴⁵ Dadurch werde die „Entmachtungsfunktion des Rechts“ konkretisiert und eine *funktionale* Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden gewährleistet.¹²⁴⁶

¹²³⁹ Vgl. *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 504.

¹²⁴⁰ Erwägungsgrund Nr. 87 der EltRL 2019.

¹²⁴¹ Vgl. *Gundel*, RdE 2019, 498.

¹²⁴² Vgl. dazu EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 110.

¹²⁴³ Vgl. *Weyer*, KlimR 2022, 84, 86; *Ders.*, RdE 2023, 812.

¹²⁴⁴ Vgl. Stellungnahme der ÜNB zum Gesetzentwurf der EnWG-Novelle, S. 1.

¹²⁴⁵ Vgl. *Schwintowski*, EWeRK 2021, 254.

¹²⁴⁶ Vgl. ebd.

III. Anpassungsbedarf im Bereich des Rechtsschutzes

Die geforderte Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde macht eine Anpassung des Rechtsschutzes erforderlich. Wie bereits dargestellt, wurde in der Literatur vorwiegend die fehlende Ausweitung des gerichtlichen Rechtsschutzes durch das Änderungsgesetz kritisiert (vgl. dazu **I. 3. c.**). Insbesondere vor dem Hintergrund der durch die Gesetzesnovelle gestiegenen Verantwortung der Bundesnetzagentur muss deren Aufgabenwahrnehmung mit Blick auf die Gewaltenteilung der gerichtlichen Prüfung unterworfen sein.

Als problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang, dass der Rechtsschutz gesetzesakzessorisch ist und das materielle Recht folglich Inhalt und Umfang der gerichtlichen Kontrolle bestimmt (vgl. dazu **Kapitel 4 III. 2.**). Infolge des Urteils des Europäischen Gerichtshofs sind § 24 EnWG a. F. und die auf dieser Norm beruhenden Rechtsverordnungen unionsrechtswidrig, womit die wesentlichen Rechtsgrundlagen im Rahmen der Energieregulierung wegfallen. Der unions- und verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch auf effektiven Rechtsschutz verlangt für die Entscheidungen der Regulierungsbehörde nach einem Rechtsrahmen, der unionsrechtskonform einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz sicherstellt. Im Schrifttum wird zudem betont, dass nicht nur rechtliche, sondern auch ökonomische Gesichtspunkte für einen effektiven Rechtsschutz streiten.¹²⁴⁷

1. Auswirkungen des EuGH-Urteils C-718/18 auf den Rechtsschutz

Im Hinblick auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-718/18 ist infolge des Anpassungsbedarfs bezüglich der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden auch der Rechtsschutz gegen Entscheidungen derselben zu modifizieren.

Als Folgeproblem stellt sich insbesondere vor dem Hintergrund der durch das Regulierungsermessen entstehenden Flexibilität der Bundesnetzagentur die Frage, wie ohne richtlinienkonkretisierende Normen im nationalen Recht der gebotene effektive Rechtsschutz für die von der Regulierung Betroffenen sichergestellt werden kann.

Aus der durch die Anpassung des EnWG stärker administrativ und weniger normativ geprägten Regulierung resultiert, dass die Bundesnetzagentur im Wesentlichen im Rahmen einer abstrakten europäischen Richtlinie handelt (vgl. dazu unter **I. 3. a.**). Eine fehlende normative Lenkung hat Auswirkungen auf die gerichtliche Kontrolldichte (vgl. dazu **Kapitel 4 III. 2.**). Gleichzeitig fehlt mit den untergesetzlichen Normen künftig die Konkretisierung der Richtlinien, wodurch die Vorhersehbarkeit der behördlichen Entscheidungen und die Rechtssicherheit abnimmt.¹²⁴⁸

Der verfassungsrechtlich garantierte effektive Rechtsschutz muss jedoch auch nach der Umsetzung des Feststellungsurteils des EuGH sichergestellt sein. Deshalb wächst die Wichtigkeit der gerichtlichen Kontrolle und Transparenz der regulierungsbehördlichen

¹²⁴⁷ Vgl. dazu ausführlich *Richter*, N&R 2023, 189 f.

¹²⁴⁸ So auch *Di Fabio*, EnWZ 2022, 294; *Mohr/Müller*, EuZW 2023, 1074.

Entscheidungen.¹²⁴⁹ Je geringer die Einflussnahmemöglichkeiten des parlamentarischen Gesetzgebers im Vorfeld der Regulierungsentscheidungen sind, desto stärker muss die nachträgliche Kontrolle derselben sein. Für eine nahezu vollständige Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde vom nationalen Parlament resultiert daraus das Erfordernis einer wesentlichen inhaltlichen Kontrolle durch die Judikative.¹²⁵⁰ Die Kontrolldichte der gerichtlichen Nachprüfung von regulierungsbehördlichen Entscheidungen ist deshalb zwingend zu intensivieren.¹²⁵¹

Um eine gerichtliche Überprüfung zu ermöglichen, sehen Art. 37 Abs. 16 EltRL 2009 und Art. 41 Abs. 16 GasRL vor, dass die von der Regulierungsbehörde getroffenen Entscheidungen umfassend zu begründen sind. Die Begründungspflicht folgt dabei auch schon aus Art. 41 Abs. 2 lit. c) GRCh.¹²⁵² Mit dem durch das Änderungsgesetz aus dem Jahr 2023 eingefügten § 73 Abs. 1b EnWG fordert nun auch das nationale Recht in verfahrensrechtlicher Hinsicht von der Bundesnetzagentur, dass diese ihre Festlegungen im Interesse einer umfangreichen gerichtlichen Nachprüfung umfassend begründet (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 5.**).

Aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs ist wirksamer Rechtsschutz auch ohne konkretisierende Normen dadurch zu erlangen, dass die Mitgliedstaaten durch die Richtlinien des Dritten Binnenmarktpakets (vgl. Art. 37 Abs. 17 EltRL 2009 und Art. 41 Abs. 17 GasRL 2009) verpflichtet sind, das Bestehen eines geeigneten Rechtsschutzverfahrens gegen die Entscheidungen sicherstellen.¹²⁵³ Der EuGH hebt das Erfordernis der Rechtsschutzmöglichkeit und dessen Ableitung aus dem Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes als allgemeinen, in Art. 47 GRCh verankerter Grundsatz des Unionsrechts ausdrücklich hervor.¹²⁵⁴

Aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und der Anpassung des EnWG an die unionsrechtlichen Vorgaben resultiert auch zumindest teilweise eine Verlagerung des Rechtsschutzes.

Zwar besteht gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur nach wie vor die Möglichkeit der Beschwerde nach § 75 Abs. 1 EnWG. Darüber hinaus ist Rechtsschutz nicht mehr gegen nationale Rechtsverordnungen zu suchen, sondern gegen die abstrakten Richtlinienvorgaben im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV, worüber der EuGH entscheidet.¹²⁵⁵ Zudem verringert sich dadurch die Vorhersehbarkeit des Prüfungsmaßstabs.

¹²⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 20/7310, 115.

¹²⁵⁰ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 307.

¹²⁵¹ So auch *Di Fabio*, EnWZ 2022, 297, 300; *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 308.

¹²⁵² Vgl. dazu weiterführend *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 41 GRCh Rn. 18.

¹²⁵³ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 128. Vgl. zu dieser Position des EuGH auch Urteil v. 23.01.2023 - C-578/18, ECLI:EU:C:2020:35 Rn. 27.

¹²⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 02.09.2021 - C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 128.

¹²⁵⁵ Vgl. zum Vorabentscheidungsverfahren *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 267 AEUV Rn. 1 ff.

2. Änderungen im Bereich des Rechtsschutzes durch Gesetzesnovelle aus 2023

Die Gesetzesnovelle aus Dezember 2023 hat nicht zu einer systematischen Änderung des Rechtsschutzes gegen Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur geführt.

Die Novelle hat eine Stärkung der Transparenz regulierungsbehördlicher Entscheidungen mit sich gebracht, wodurch der Rechtsschutz effektuiert werden soll.¹²⁵⁶ Neben der bereits angesprochenen, durch § 73 Abs. 1b EnWG eingeführten Pflicht zur Begründung von Festlegungen wurden die verfahrensrechtlichen Vorgaben in § 78 EnWG geändert. Beispielsweise ist die Beschwerde nach § 78 Abs. 1 S. 1 EnWG nunmehr bei dem Beschwerdegericht und nicht mehr bei der Regulierungsbehörde einzureichen. Ausweislich der Gesetzesbegründung beruht diese Änderung auf der praktischen Erwägung, dass von der Möglichkeit der Einlegung bei der Regulierungsbehörde kaum Gebrauch gemacht wurde und folglich kein Bedarf dafür bestehe.¹²⁵⁷ Zudem wurde aus Effizienzgesichtspunkten in Abs. 4 der Norm die Bestimmung eingefügt, dass § 87b Abs. 3 VwGO zur Zurückweisung von Erklärungen und Beweismitteln entsprechend anzuwenden ist.

Darüber hinaus wurde mit § 78a EnWG eine Vorschrift zum Musterverfahren entsprechend § 93a VwGO eingeführt. Nach der Gesetzesbegründung kam es in der Vergangenheit hinsichtlich marktweiter Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG verstärkt zu Massenbeschwerdeverfahren. Die Vorschrift soll es den Gerichten ermöglichen, die in der Praxis bereits zwischen den Parteien getroffenen Musterverfahrensabreden von Amts wegen durchführen zu können.¹²⁵⁸

3. Weitere Anpassungsvorschläge

Fraglich ist, wie der Rechtsschutz entsprechend den verfassungsrechtlichen Anforderungen angepasst werden könnte. Außer Frage steht, dass dazu die Kontrolldichte der Regulierungsentscheidungen entgegen der in der Rechtsprechung zu beobachtenden Entwicklung hin zu einem weit verstandenen Regulierungsermessen der Behörde erhöht werden muss (vgl. dazu bereits unter **III. 1. a.)**).

Im Schrifttum wird angeregt, die Rechtsprechung des BGH zum Regulierungsermessen vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Vorgaben zu überprüfen.¹²⁵⁹ Darüber hinaus wird eine Ausweitung der Maßstäbe zur gerichtlichen Überprüfung der Entscheidungen, die Etablierung weiterer Kontrollinstanzen, eine verrechtlichte Zweckmäßigkeitsprüfung sowie eine Verbesserung der Ausgestaltung des Verfahrens für sinnvoll erachtet.

¹²⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 115.

¹²⁵⁷ Vgl. ebd., S. 116.

¹²⁵⁸ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt ebd.

¹²⁵⁹ Vgl. Weyer, KlimR 2022, 86.

a. Einschränkung des Regulierungsermessens

Vor dem Hintergrund, dass die vom Bundesgerichtshof etablierte Figur des Regulierungsermessens den Rechtsschutz im Regulierungsrecht des Energiesektors einschränkt, wird gefordert diese Gestaltungsspielräume zu begrenzen.

In der Literatur wird zunächst vorgeschlagen, das Bestehen eines Regulierungsermessens gesetzlich zu regeln und dadurch die demokratische Legitimation des Parlaments zu verbessern.¹²⁶⁰ Zudem wird postuliert, aus dem Kompetenzzuwachs der Bundesnetzagentur müsse folgen, dass das vom BGH eingeräumte weitreichende Regulierungsermessens zugunsten einer gesteigerten gerichtlichen Kontrolldichte eingedämmt wird. Dies gelte umso mehr, als das Unionsrecht solche gerichtlich nicht kontrollierbaren Spielräume der Regulierungsbehörde nicht verlangt und konkrete gerichtlich überprüfbare Vorgaben im Sekundärrecht fehlen.¹²⁶¹

Zur Verwirklichung wird erwogen, das Energiewirtschaftsrecht dahingehend anzupassen, dass es den nationalen Gerichten die Einräumung eines Beurteilungsspielraums bei der Anwendung der unionsrechtlichen Regelungen ausdrücklich verbietet. Dies wird als zulässige prozessuale Direktive erachtet, wenngleich es sich dabei nicht um eine allgemeine politische Leitlinie im Sinne der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-718/18 handelt.¹²⁶²

Demgegenüber wird auch vertreten, dass neben der Fachkompetenz der Regulierungsbehörde auch die Tatsache, dass das Konzept der ex-ante Regulierung bei voller gerichtlicher Kontrolle inklusive etwaiger Vorlage an den EuGH nicht mehr effektiv verwirklicht wäre, für beschränkte gerichtlich nicht überprüfbare Entscheidungsspielräume spreche.¹²⁶³

b. Ausweitung der Vorgaben für den gerichtlichen Überprüfungsmaßstab

In den Stellungnahmen zum Gesetzentwurf wurde weitergehend eine Anpassung des § 83 Abs. 5 EnWG dahingehend empfohlen, dass die bisher durch die Gerichte nur eingeschränkt überprüfbaren Ermessens- und Beurteilungsspielräume durch umfassendere Maßstäbe zur Überprüfung präzisiert werden. Diese Änderung würde korrespondierend zu der ausgeweiteten Begründungspflicht in § 73 Abs. 1b EnWG Regelungen zum gerichtlichen Überprüfungsmaßstab treffen und damit einen effektiven und umfassenden Rechtsschutz sicherstellen. Nur so bleiben die regulierungsbehördlichen Entscheidungen entsprechend den verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben eines effektiven Rechtsschutzes gerichtlich nachprüfbar.¹²⁶⁴ Denn eine umfassende gerichtliche Nachprüfung wird bislang durch die energiewirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der

¹²⁶⁰ Vgl. *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 506; *Missling/Eberleh*, IR 2021, 252; *Richter*, N&R 2023, 189.

¹²⁶¹ Vgl. zum Vorstehenden *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 308.

¹²⁶² Vgl. zum Vorstehenden *Di Fabio*, EnWZ 2022, 297.

¹²⁶³ Vgl. *Weyer*, KlimR 2022, 86 f.

¹²⁶⁴ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *BDEW*, Stellungnahme zum Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, S. 12; Stellungnahme der ÜNB zum Gesetzentwurf der EnWG-Novelle, S. 2, 10. So auch *Richter* N&R 2023, 189.

Regulierungsbehörde weite Beurteilungsspielräume zuspricht, relativiert (vgl. dazu bereits **Kapitel 4 V. 5.**)

Gleichwohl hat der Gesetzgeber in seiner Novelle davon abgesehen § 83 EnWG entsprechend dem Vorschlag zu ändern. Eine Änderung wäre vorwiegend deklaratorischer Natur gewesen, da die Kontrolle der Ausübung des Regulierungsermessens durch die Regulierungsbehörde und die Einhaltung der Verfahrensvorschriften schon nach der bisherigen Rechtslage Teil des Prüfungsumfangs waren (vgl. dazu **Kapitel 4 IV. 4.**).

c. Weitere Instanzen/Gremien/Institutionen

aa. Behördeninterne Beschwerdeinstanz

Zur Absicherung des Rechtsschutzes wird weiterhin vorgeschlagen, eine an den Beschwerdeausschuss der ACER angelehnte behördeninterne Beschwerdeinstanz zu etablieren.¹²⁶⁵ Die Einrichtung agenturinterner Ausschüsse dient nach der Rechtsprechung des EuGH dazu, die den Unionsgerichten zukommende nur beschränkte Kontrollrolle im Rahmen von Agenturen übertragenen Entscheidungsbefugnissen über komplexe technische oder wissenschaftliche Fragen auszugleichen.¹²⁶⁶ Ziel ist damit ein verbesserter Rechtsschutz gegen Agenturenentscheidungen.¹²⁶⁷

Auch in der vorliegenden Konstellation kommt den Gerichten aufgrund teilweise weitreichender Letztentscheidungsbefugnisse der Regulierungsbehörde eine nur eingeschränkte gerichtliche Kontrolle zu (vgl. dazu bereits **Kapitel 4 V. 4.** und **6.**), die durch die Rechtsschutzfunktion einer behördeninternen Beschwerdeinstanz kompensiert werden könnte. Beispielsweise könnte eine solche Instanz die regulierungsbehördlichen Entscheidungen neben ihrer Recht- auch auf ihre Zweckmäßigkeit überprüfen. Allerdings würde diese dem gerichtlichen Rechtsschutz vorgelagerte Kontrolle den Rechtsweg verlängern. Zudem würden verwaltungsinterne Kontrollmechanismen gesetzliche Maßstäbe zur Erfüllung verfassungsrechtlicher Anforderungen nicht entbehrlich machen.¹²⁶⁸

bb. Unabhängiges wissenschaftliches und interdisziplinäres Expertengremium

Darüber hinaus wird zur effektiven Kontrolle der Regulierungsentscheidungen empfohlen, die bestehende Organisationsstruktur durch ein unabhängiges wissenschaftliches und interdisziplinäres Expertengremium zu erweitern.¹²⁶⁹ Dadurch sollen Methodenfragen geklärt und eine Verbesserung der Regulierungspraxis im Ganzen erreicht werden. Zudem würden die Entscheidungen der BNetzA an inhaltlicher Legitimität gewinnen.¹²⁷⁰

¹²⁶⁵ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 308.

¹²⁶⁶ Vgl. EuGH, Urteil v. 09.03.2023 - C-46/21, ECLI:EU:C:2023:182 Rn. 56 f.

¹²⁶⁷ Vgl. *Gundel*, EnWZ 2023, 177.

¹²⁶⁸ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 308.

¹²⁶⁹ Vgl. *Staiger/Pfrommer*, ET 2021, 70, 72.; *Staiger/Pfrommer/Streb*, Diskussionspapier, S. 2 f., 7 ff.

¹²⁷⁰ Vgl. *Staiger/Pfrommer*, ET 2021, 72.

An der bisherigen Praxis wird moniert, dass derzeit eine effektive inhaltliche Prüfung der getroffenen Regulierungsentscheidungen zum einen aufgrund der fehlenden Eignung des gerichtliche Sachverständigenprozesses und zum anderen aufgrund der hohen Beweisstandards des Bundesgerichtshofs nicht gelinge.¹²⁷¹ Der stark interdisziplinär geprägte Kontext der Energienetzregulierung erfordert regelmäßig Expertise in mehreren Fachbereichen, was die Beurteilung der Regulierungsentscheidungen durch die Gerichte erschwert.¹²⁷² Auch die Zuhilfenahme eines Sachverständigen löse das Problem regelmäßig nicht, da auch diesem das notwendige interdisziplinäre Fachwissen fehle.¹²⁷³ Hinzu komme, dass diese lediglich einzelne, vom Gericht vorher formulierte Fragestellungen begutachten, die Formulierung der Fragestellungen aber schon die beschriebene Expertise erfordere.¹²⁷⁴

Das Gremium soll bereits bevor es zu gerichtlichen Streitigkeiten kommt gutachterlich tätig werden. Betroffene einer Regulierungsentscheidung sollen die Möglichkeit erhalten, den Rat bei fachlichen und inhaltlichen Fragen anzurufen. Aus ökonomischen Gesichtspunkten wird eine Antragspflicht sowie das Darlegen von konkreten Anhaltspunkten für methodische und inhaltliche Fehler als notwendige Bedingung vorgeschlagen. Darüber hinaus soll der Rat aber auch auf eigene Veranlassung hin tätig werden können.¹²⁷⁵

Der Expertenrat sollte sich aus Wissenschaftlern verschiedener Fachdisziplinen zusammensetzen. Aus Unabhängigkeitserwägungen sollte das Gremium nicht in die Regulierungsbehörde eingegliedert sein.¹²⁷⁶

Im Vergleich zu den gerichtlichen Sachverständigen hätte eine solche Ausgestaltung dauerhafte Ressourcen und ein breites Fachwissen in den für die Regulierung relevanten Bereichen zur Folge. Insbesondere hätten die Mitglieder dadurch Hintergrundwissen zu Kontext und Historie von regulatorischen Fragestellungen.¹²⁷⁷

Für die Einführung eines solchen Gremiums spricht nach der letzten Gesetzesnovelle auch, dass die Verwendung des Kriteriums „Stand der Wissenschaft“, das qualitative Mindestanforderungen vorgibt, auf welchen die behördlichen Entscheidungen beruhen müssen und die letztlich auch einem Sachverständigenbeweis zugänglich sind, im neuen EnWG ausgeweitet wurde. Das Kriterium wurde bisher bereits im Rahmen der Messung der Versorgungssicherheit (vgl. § 51 Abs. 4a S. 4 EnWG a. F.) sowie in der ARegV herangezogen.

Im Rahmen der neu eingeführten Festlegungsbefugnisse müssen festgelegte Methoden zur Bestimmung der Netzentgelte gemäß § 21 Abs. 3 S. 2 EnWG den Stand der Wissenschaft berücksichtigen. Zudem wird die nationale Regulierungsbehörde ermächtigt, Entscheidungen zur Entwicklung und Ausgestaltung eines Anreizregulierungsmodells unter Anwendung ökonomischer, ökonometrischer und regulatorischer Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen müssen, durch Festlegungen zu treffen, vgl. § 21a Abs. 2 EnWG.

¹²⁷¹ Vgl. *Staiger/Pfrommer*, ET 2021, 72.

¹²⁷² Vgl. *Staiger/Pfrommer/Streb*, Diskussionspapier, S. 5 f.

¹²⁷³ Vgl. *Staiger/Pfrommer*, ET 2021, 71.

¹²⁷⁴ Vgl. *Staiger/Pfrommer/Streb*, Diskussionspapier, S. 5.

¹²⁷⁵ Zum Vorstehenden insgesamt *Staiger/Pfrommer*, ET 2021, 72.

¹²⁷⁶ Vgl. *Staiger/Pfrommer/Streb*, Diskussionspapier, S. 9.

¹²⁷⁷ Vgl. ebd., 9 f.

Darüber hinaus wird im Rahmen der Begründungspflicht des § 73 Abs. 1b EnWG geregelt, dass ökonomischen Analysen, die im Rahmen der Entscheidung durch Festlegung zugrunde gelegt werden, dem Stand der Wissenschaft entsprechen müssen (vgl. dazu bereits **Kapitel 2 III. 5.**).

Bereits bei der Ermittlung des generellen Produktivitätsfaktors im Rahmen der Anreizregulierung wurde hervorgehoben, dass dieses Kriterium nicht durch Anwendung fester Regeln festzustellen ist, sondern bei der Auswahl und Umsetzung der Methoden sowie der Beurteilung des aus dieser resultierenden Ergebnisses Abwägungen getroffen werden müssen.¹²⁷⁸ Diese erforderten detaillierte und breite Sach- und Methodenkenntnis in verschiedenen Fachbereichen, die Gerichten regelmäßig fehle.¹²⁷⁹

Im Schrifttum wird eine Kontrolle durch einen unabhängigen Expertenrat teilweise mit Blick auf die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde kritisch gesehen.¹²⁸⁰

d. Verrechtlichte Zweckmäßigkeitsprüfung

Überdies könnte der gerichtliche Rechtsschutz auch über eine sogenannte „verrechtlichte Zweckmäßigkeitsprüfung“ effektiert werden. Dazu sollten die Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Nachhinein vollumfänglich, einschließlich ihrer Zweckmäßigkeit gerichtlich überprüft werden.¹²⁸¹ Die Zweckmäßigkeit der Entscheidung würde dadurch zu einer Rechtmäßigkeitsfrage werden.¹²⁸²

Ein Erfordernis für eine solche intensive gerichtliche Nachprüfung wird dann gesehen, wenn es nicht um Ermessensentscheidungen, sondern um die Konkretisierung gesetzlicher Regelungen durch die Exekutive in einem grundrechtssensiblen Bereich, beispielsweise die Festlegung der Netzentgelte, geht.¹²⁸³

Zum Teil wird schon aus der Regelung des § 83 Abs. 5 EnWG als sektorspezifische Anpassung von § 114 VwGO gefolgert, dass die Ermessensentscheidungen der Bundesnetzagentur einer Zweckmäßigkeitskontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterworfen sind.¹²⁸⁴ Diese Auslegung von § 83 Abs. 5 EnWG ist jedoch abzulehnen (vgl. dazu bereits **Kapitel 4 V. 5.**). Darüber hinaus wird der Vorschlag mit dem Argument kritisiert, dass dies zu Verfahrensverzögerungen führen würde und bereits durch den Kontrollmaßstab des § 114 VwGO eine ausreichende Möglichkeit zur Korrektur der Behördenentscheidung bestünde.¹²⁸⁵

¹²⁷⁸ Vgl. *Rosin/Bourazeri*, RdE 2021, 255 f.

¹²⁷⁹ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt *Staiger/Pfrommer/Streb*, Diskussionspapier, S. 5.

¹²⁸⁰ Vgl. *Weyer*, KlimR 2022, 87.

¹²⁸¹ Vgl. *Di Fabio*, EnWZ 2022, 300; *Westermann*, Legitimation, S. 546.

¹²⁸² Vgl. *Ludwigs*, DV 44 (2011), 69 f.; *Ders.*, in: Grundsatzfragen RegulierungsR, S. 267.

¹²⁸³ Vgl. *Di Fabio*, EnWZ 2022, 300.

¹²⁸⁴ Vgl. auch *Ludwigs*, DV 44 (2011), 69 f.

¹²⁸⁵ Vgl. *Holznagel/Schumacher*, JURA 2012, 506.

e. Ausgestaltung des Verfahrens

Im Sinne einer effizienten gerichtlichen Kontrolle wird die Einführung einer Art Normenkontrolle für rechtssetzende Festlegungen der Regulierungsbehörde erwogen, um eine Wirkung erga omnes und nicht nur inter partes zu erzielen.¹²⁸⁶ Auch Sammelbeschwerden und eine Beschwerdebefugnis für Verbände werden als effizient erachtet.¹²⁸⁷

4. Ausblick zum Rechtsschutz

Da durch die infolge der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nur noch begrenzt bestehenden gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben die für Investitionsentscheidungen erforderliche Rechtssicherheit fehlt, wird als praktische Folge der Entscheidung des EuGH erwartet, dass es vermehrt zu gerichtlichen Verfahren gegen Regulierungsentscheidungen kommen wird.¹²⁸⁸

Letztlich wird die eingeschränkte nationale Gesetzgebung zu einer Ausweitung der europarechtlichen Normsetzung, insbesondere durch tertiäres Unionsrecht wie Netzkodizes und Leitlinien der Kommission führen (vgl. dazu bereits **Kapitel 1 II. 3.**). Auch über die Normsetzung hinaus dürfte die Kommission erheblich an Einfluss gewinnen, da sie die Entscheidungen der Regulierungsbehörde beobachtet und ihr vor dem EuGH nicht zuletzt wegen der bestehenden Fachkompetenz eine wichtige Stellung zukommt.¹²⁸⁹ Das deutsche Parlament und die Bundesregierung verlieren demgegenüber gleichzeitig an Einfluss.

Als Besonderheit ist zudem hervorzuheben, dass die vom EuGH postulierte Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden anders als bei den Gerichten und sonstigen besonderen Institutionen (vgl. Art. 282 Abs. 3 S. 3 AEUV) nicht primärrechtlich eingeräumt wird. Das Urteil in der Rechtssache C-718/18 reiht sich jedoch in eine Rechtsprechungslinie des EuGH ein, in welcher dieser immer wieder das unionsrechtliche Erfordernis behördlicher Unabhängigkeit betont und insbesondere das deutsche Verständnis der hierarchischen Ministerialverwaltung für mit diesem Konzept unvereinbar erklärt (vgl. dazu bereits **Kapitel 3 II. 1. a.**).¹²⁹⁰

Rechtsvergleichend ist außerdem auffallend, dass die anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union die geforderte Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden sehr unterschiedlich umgesetzt haben. Hervorzuheben ist insbesondere Spanien, denn dort regelt das Gesetz, dass die nationale Regulierungsbehörde völlig autonom und unabhängig von

¹²⁸⁶ Vgl. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 308.

¹²⁸⁷ Vgl. ebd.

¹²⁸⁸ Vgl. ebd.

¹²⁸⁹ Vgl. *Weyer*, KlimR 2022, 86.

¹²⁹⁰ Vgl. EuGH, Urteil v. 09.03.2010 - C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 Rn. 56; Urteil v. 27.05.2019 - C-508/18 und C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 Rn. 72 ff., 88. So auch *Ackermann*, ZEuP 2022, 467, 470.

Regierung, Behörden und sonstigen Marktteilnehmern handeln muss.¹²⁹¹ Auch in Litauen enthält das Gesetz umfangreiche Regelungen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit.¹²⁹²

Im Übrigen hat die BNetzA im Januar 2024 ein Eckpunktepapier¹²⁹³ zur Weiterentwicklung der Kosten- und Anreizregulierung im Strom- und Gasbereich veröffentlicht. Dieses enthält zum einen konkrete Anpassungsvorschläge und stellt zum anderen 15 Thesen zur Fortentwicklung des Regulierungsrahmens für Strom- und Gasnetzbetreiber für die 5. Regulierungsperiode zur Diskussion mit der Branche, der Zivilgesellschaft sowie der Politik und Wissenschaft.¹²⁹⁴

¹²⁹¹ Vgl. Real Decreto 657/2018, Capítulo I, Artículo 2.1.

¹²⁹² Vgl. Art. 8 11. 3) Republic of Lithuania Law on Energy.

¹²⁹³ BNetzA, Eckpunktepapier v. 18.01.2024.

¹²⁹⁴ Vgl. BNetzA, Eckpunktepapier v. 18.01.2024, S. 1.

Kapitel 7 - Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Aufgrund der Qualifizierung der Energieversorgungsnetze als natürliche Monopole liegt ein wettbewerbstheoretischer Grund für ein Marktversagen vor, der eine Regulierung rechtfertigen kann. Zur Verhinderung gesamtwirtschaftlich unbefriedigender Investitionsentscheidungen des Monopolisten ist ein regulatorischer Eingriff notwendig. Zudem soll die Regulierung ausschließen, dass der Monopolist seine Marktmacht dazu ausnutzt, Konkurrenten auf den vor- und nachgelagerten Marktstufen zu behindern.

Um eine Überregulierung zu vermeiden und gleichzeitig funktionsfähigen Wettbewerb in den dem Netzbereich vor- und nachgelagerten Marktstufen herzustellen, ist es ausreichend die Teilbereiche mit stabiler Marktmacht und nicht das natürliche Monopol als Ganzes zu regulieren. Regulierungsgegenstand sind deshalb vornehmlich die Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze.

2. Zur Erreichung dieses Ziels kommen der Bundesnetzagentur vornehmlich im Bereich der netzbezogenen Regulierung in erheblichem Umfang Regulierungskompetenzen zu. Die sektorspezifische Regulierung findet damit im Wesentlichen zentralisiert durch eine selbständige Bundesoberbehörde statt.

Im Rahmen einer föderalen Zuständigkeitsabgrenzung sind die Regulierungsaufgaben zwischen der Bundesnetzagentur und den Landesregulierungsbehörden aufgeteilt. Die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche zwischen der Bundes- und den Landesbehörden wird dabei im Wesentlichen durch die Größe der zu regulierenden Netze bestimmt, wobei die Aufgaben der Landesregulierungsbehörden in § 54 Abs. 2 EnWG abschließend enumerativ aufgezählt sind. Die Regulierungsaufgaben der Bundesnetzagentur sind dabei maßgeblich durch Unionsrecht, insbesondere sekundärrechtliche Vorgaben vorgeformt. Zunehmend spielt auch unionsrechtliches Tertiärrecht eine Rolle.

Seit dem Dritten Binnenmarktpaket kann man von einer Zentralisierung der Regulierung hin zu einem europäischen Regulierungsverbund sprechen, der eine Kooperation mit anderen mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden ermöglicht und dazu führt, dass die nationalen Behörden im Verhältnis zur EU-Kommission nachgeordnete Behörden darstellen.

3. Die Festlegung wettbewerbsanaloger und effizienzorientierter Netznutzungsentgelte bildet den Schwerpunkt der Regulierung der Monopole in den Infrastruktursektoren. Der Begriff der Festlegung entstammt dem Unionsrecht und wurde erstmals in den Beschleunigungsrichtlinien aus dem Jahr 2003 verwendet. Die Festlegung ist als Allgemeinverfügung zu qualifizieren. Seit dem Ende 2023 novellierte Energiewirtschaftsgesetz ergibt sich der konkrete Anwendungsbereich der Entscheidungen der Bundesnetzagentur lediglich aus dem EnWG selbst.

4. Der Europäische Gerichtshof hat im September 2021 geurteilt, dass die BNetzA bei der Erfüllung energieregulierungsrechtlicher Aufgaben infolge der normativen Vorstrukturierung nicht über die unionsrechtlich geforderte Unabhängigkeit verfügt. Die nationale Regulierungsbehörde muss ihre Aufgaben in Zukunft unabhängig ausüben können. Um eine vor Beeinflussung Dritter geschützte Entscheidungsfindung der Bundesnetzagentur sicherzustellen, muss diese organisatorisch, funktionell, sachlich, personell und finanziell unabhängig handeln können. Zur Herstellung der erforderlichen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde ist im Anwendungsbereich des einschlägigen Sekundärrechts zudem eine Weisungsfreiheit im Verhältnis zum übergeordneten Ministerium erforderlich.
5. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache C-718/18 aus dem Jahr 2021 lässt eine konkrete Aussage dazu, wo genau die Grenzen der gesetzlichen Vorstrukturierung verlaufen, vermissen. Damit bleibt auch nach dem richtungsweisenden Urteil unklar, inwieweit dem nationalen Gesetzgeber noch Regelungsspielräume zukommen.
6. Es besteht grundsätzlich ein Spannungsverhältnis zwischen der sekundärrechtlich geforderten Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der nationalen Regulierungsbehörde und den Anforderungen des Demokratieprinzips der deutschen Verfassung. Gleichwohl spricht viel dafür, dass die unionsrechtlichen Vorgaben nicht zu unüberwindbaren verfassungsrechtlichen Bedenken führen. Eine Unvereinbarkeit mit den Unabhängigkeitsvorgaben kann weder aus dem nationalen Demokratieprinzip, noch aus dem Demokratieprinzip in seiner unionsrechtlichen Ausprägung gefolgert werden.
7. Im Energierecht ist der Bundesnetzagentur vielfach ein sogenanntes Regulierungsermessen eingeräumt. Insbesondere die Kombination der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde mit den dieser eingeräumten Letztentscheidungsrechten erscheint aus Rechtsschutzgesichtspunkten problematisch.

Vor dem Hintergrund, dass weder das unionsrechtliche Sekundärrecht den nationalen Regulierungsbehörden Letztentscheidungsrechte einräumt, noch aus der Rechtsprechung des EuGH solche Freiräume der Verwaltung resultieren und die tatsächlich bestehenden Letztentscheidungsbefugnisse der Bundesnetzagentur somit einzig auf der nationalen Rechtsprechung beruhen, erscheint es erfolgsversprechend, diese Gestaltungsspielräume in Zukunft zu begrenzen um effektiven Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen sicherzustellen.
8. Zur Abhilfe des festgestellten Unionsrechtsverstoßes hat sich der nationale Gesetzgeber dazu entschieden, die bisher bestehenden materiellen Vorgaben aus den Begleitverordnungen in Festlegungsbefugnisse der Bundesnetzagentur zu transformieren. Durch den mit der Änderungsnovelle in Kraft getretenen neuen

Rechtsrahmen im EnWG wird die Bundesnetzagentur zukünftig in eigener Zuständigkeit die Bedingungen und Methoden für den Zugang zu den Strom- und Gasversorgungsnetzen bundesweit festlegen. Dadurch wurden die Kompetenzen Bundesnetzagentur erheblich ausgeweitet und das deutsche Energieregulierungsrecht hat eine Neuausrichtung erfahren.

9. Die Entscheidungsform der Festlegungen der Bundesnetzagentur hat zunächst durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs und sodann durch die Novelle des EnWG aus 2023 erheblich an Bedeutung gewonnen.

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas, Unionsrechtliche Anforderungen an die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Heft 2, 2022, S. 456-475.

Antoni, Michael, Zustimmungsvorbehalte des Bundesrates zu Rechtsetzungsakten des Bundes, Archiv des öffentlichen Rechts, 114. Band, Heft 1, März 1989, S. 220-251.

Aschinger, Gerhard, Contestable Markets, Ein neuer Weg zur Charakterisierung des Wettbewerbs und der Industriestruktur, Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 13. Jahrgang, Heft 5, 1984, S. 217- 223.

Ders., Regulierung und Deregulierung, Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 14. Jahrgang, Heft 11, 1985, S. 545-549.

Assmann, Lukas/ Pfeiffer, Max [Hrsg.], Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 12. Edition, Stand: 01.09.2024, München 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK EnWG, § Rn.).

Attendorn, Thorsten, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestalter und Normsetzer?, Die Zugangsanordnung nach § 21 TKG im Vergleich zur Festlegungsentscheidung nach § 29 EnWG, Möhnesee 2008 (zit.: *Attendorn*, Marktgestalter, S.).

Ders., Die Festlegungsentscheidung nach § 29 EnWG - Normierende Regulierung unter den Augen der Gerichte, Recht der Energiewirtschaft, Heft 3, 2009, S. 87- 94.

Ders., Das „Regulierungsermessen“, Ein deutscher „Sonderweg“ bei der gerichtlichen Kontrolle tk-rechtlicher Regulierungsentscheidungen?, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Heft 4, 2009, S. 238-241.

Bader, Johann/ Ronellenfitsch, Michael [Hrsg.], Verwaltungsverfahrensgesetz mit Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, C. H. Beck, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bader/Ronellenfitsch, § Rn.).

Badura, Peter, Die parlamentarische Verantwortlichkeit der Minister, Zeitschrift für Parlamentsfragen, 11. Jahrgang 1980, S. 573-582.

Ders., Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Ein exemplarischer Leitfaden, 4. Auflage, Tübingen 2011.

Ders., Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage, C. H. Beck, München 2018 (zit.: *Badura*, StaatsR, Kap. Rn.).

Baldwin, Robert/ Cave, Martin/ Lodge, Martin, Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice, Second Edition, Oxford University Press 2012.

Baumol, William J./ Panzar, John C./ Willig, Robert D., Contestable Markets and the Theory of Industry Stucture, Revised Edition, Harcourt Brace Jovanovich Publishers, San Diego u. a. 1988 (zit.: *Baumol/Panzar/Willig*, Contestable Marktes, S.).

Baur, Jürgen F., Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen, Zeitschrift für Neues Energierecht, Heft 4, 2004, S. 318-325.

Ders./ Salje, Peter/Schmidt-Preuß, Matthias, Regulierung in der Energiewirtschaft, Ein Praxishandbuch, 2. Auflage, Köln 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. Rn.).

Bayer, Heiko/ Lück Jens, Anmerkung zum BGH, Beschluss vom 29.04.2008 - KVR 28/07 - (EDIFACT), Recht der Energiewirtschaft, Heft 12, 2008, S. 366-367.

Becker, Peter, Zu den Aussichten des Energiewirtschaftsgesetzes nach der Anhörung im Wirtschaftsausschuss, Zeitschrift für Neues Energierecht, Heft 4, 2004, S. 325-328.

Becker, Ulrich/ Hatje, Armin/Schoo, Johann/Schwarze, Jürgen [Hrsg.], EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schwarze, § Rn.).

Beljin, Saša, Die Zusammenhänge zwischen Vorrang, den Institutionen der innerstaatlichen Beachtlichkeit und der Durchführung des Gemeinschaftsrechts, Europarecht, Heft 3, 2002, S. 351-376.

Blankart, Charles B./ Knieps, Günter, Netzökonomik, Wirtschaftswissenschaftliche Dokumentation Technische Universität Berlin, Diskussionspapier 154, Berlin 1991.

Blohm, Kristina, Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 19.06.2007 - Az. KVR 16/06, Netzwirtschaften & Recht, Heft 1, 2008, S. 40-42.

Bosch, Wolfgang [Hrsg.], Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, §§ 1-96, 185, 186, Kommentar, 10. Auflage, C. H Beck, München 2021 (zit.: *Bechtold/Bosch*, GWB, § Rn.).

Bosman, Matthias, Die Beschlußkammern der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Organisationsrechtliche Erfassung und Verfahrensgestaltung nach dem TKG, Münster 2003 (zit.: *Bosman*, Die Beschlußkammern der RegTP, S. 89).

Bourwieg, Karsten, Aktuelles aus der Energieregulierung (Stand 06. 02. 2022), EnergieRecht Band 11, Ausgabe 2, März 2022, S. 47-54.

Ders./ Hellermann, Johannes/ Hermes, Georg [Hrsg.], Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in B/H/H, § Rn.).

Bredt, Stephan, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen - Vom funktionalen zum politikfeldbezogenen Demokratieprinzip, Tübingen 2006 (zit.: *Bredt*, Legitimation unabhängiger Institutionen, S.).

Breyer, Stephen G., Regulation and Its Reform, Harvard University Press, United States of America 1984.

Britz, Gabriele, Erweiterung des Instrumentariums administrativer Normsetzung zur Realisierung gemeinschaftlicher Regulierungsaufträge, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 15, 2004, S. 462-464.

Dies., Behördliche Befugnisse und Handlungsformen für die Netzentgeltregulierung nach neuem EnWG, Recht der Energiewirtschaft, Heft 1, 2006, S. 1 ff.

Dies., Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? - Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation Energie und Bahn, Europarecht, Heft 1, 2006, S. 46-77.

Brohm, Winfried, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Steuerungsmechanismen in einem polyzentrischen System der Rechtserzeugung, Die Öffentliche Verwaltung, Heft 7, 1987, S. 265-271.

Brosius-Gersdorf, Frauke, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, Eine verfassungsrechtliche Studie zur Bundesbankautonomie vor und nach der dritten Stufe der Europäischen Währungsunion, Duncker & Humblot, Berlin 1997 (zit.: *Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, S.).

Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2005, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Jahresberichte/JB2005.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt aufgerufen am 25.11.2024.

Dies., Tätigkeitsbericht 2005 - 2007 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bericht nach § 63 Abs. 3 Energiewirtschaftsgesetz, Juli 2007, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Berichte/2008/TaetigkeitsberichtEnergie05-07Id13656pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt aufgerufen am 25.11.2024.

Dies., Leitfaden zum Einspeisemanagement, Version 3.0, Juni 2018, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Einspeisemanagement/Leitfaden3_0_E/Leitfaden3.0final.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Dies., Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen, abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/BeiraeteAusschuesse/WAR/start.html>, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Dies., Pressemitteilung v. 02.09.2021, Bundesnetzagentur zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Energiesachen, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/20210902_RegEnergieEugh.html, zuletzt aufgerufen am 25.11.2024.

Dies., Große Beschlusskammer Energie, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Aktuelles_enwg/GBK/start.html, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Dies., Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/Internationales/Energie/ACER/start.html>, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Dies., Eckpunktepapier v. 18.01.2024, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Aktuelles_enwg/GBK/Eckpktpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft, Stellungnahme zum Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben v. 05.05.2023, BMWK-Referentenentwurf vom 30. April 2023, abrufbar unter https://www.bdew.de/media/documents/Stn_20230508_EnWG-Novelle_2023_EuGH_05.05.2023.pdf, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Bunte, Hermann-Josef [Hrsg.], Kartellrecht Kommentar, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 14. Auflage, Hürth 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bunte, KartellR, § Rn.).

Burgi, Martin, Übergreifende Regelung des Rechts der Regulierungsverwaltung - Realisierung der Kodifikationsidee?, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 34, 2006, S. 2439-2444.

Ders., Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Heft 5, 2006, S. 269-277.

Ders., Verkehrte Welt: Vorbehalt der Verwaltung im Regulierungsrecht?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Heft 23, 2018, Editorial.

Ders., Verfassungsrechtliche Grenzen behördlicher Entscheidungsspielräume bei der Festlegung der Eigenkapitalzinssätze, *Recht der Energiewirtschaft*, Heft 3, 2020, S. 105-156.

Büdenbender, Ulrich, Die Ausgestaltung des Regulierungskonzeptes für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, *Recht der Energiewirtschaft*, Heft 12, 2004, S. 284-300.

Ders., Das deutsche Energierecht nach der Energierechtsreform 2005, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 55. Jahrgang, Heft 9, 2005, S. 642-655.

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias [Hrsg.], EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta, Kommentar, 6. Auflage, C. H. Beck, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert, Art. Rn.).

Cameron, Peter Duncanson, *Competition in Energy Markets; Law and Regulation in the European Union*, Second Edition, Oxford University Press, New York 2007.

Christiansen, Neele Ann, Optimierung des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht, Tübingen 2013 (zit.: *Christiansen*, Optimierung des Rechtsschutzes, S.).

Contzen, Till, Die Rolle der Politik in den Entscheidungen der Bundesnetzagentur - Unter besonderer Berücksichtigung der Verfahrens- und Organisationsstruktur, Hamburg 2011 (zit.: *Contzen*, Rolle der Politik, S.).

Council of European Energy Regulators, Collaboration on key regulation issues, abrufbar unter <https://www.ceer.eu/what-we-do/collaboration-on-key-regulation-issues/>, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Ders., Electricity, abrufbar unter <https://www.ceer.eu/work-areas/electricity/>, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Couzinet, Daniel, Die Legitimation unabhängiger Behörden an der Schnittstelle von unionalem und nationalem Verfassungsrecht - Zur Zulässigkeit der unionsrechtlichen Verpflichtung der

Mitgliedstaaten zur Errichtung unabhängiger Behörden, in Alfred G. Debus/ Franziska Kruse/ Alexander Peters/ Hanna Schröder/ Olivia Seifert/ Corinna Sicko/ Isabel Stirn, Verwaltungsrechtsraum Europa, 51. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2011, S. 213-238 (zit.: *Couzinnet*, Verwaltungsrechtsraum Europa, S.).

Dechent, Fabian Arne, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung - Unabhängige Behörden in der Bankenaufsicht?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 12, 2015, S. 767-772.

Demsetz, Harold, Why regulate utilities?, Journal of Law and Economics, Vol. 11 No. 1, April 1968, S. 55-65.

Di Fabio, Udo, Unabhängige Regulierungsbehörden und gerichtliche Kontrollen, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Heft 8-9, 2022, S. 291-301.

Döhler, Marian, Das Modell der unabhängigen Regulierungsbehörde im Kontext des deutschen Regierungs- und Verwaltungssystems, Die Verwaltung, 34. Band, Heft 1, 2001, S. 59-91.

Dreier, Horst, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen 1991 (zit.: *Dreier*, Hierarchische Verwaltung, S.).

Ders. [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, Band I, Präambel, Artikel 1-19, 4. Auflage, Tübingen 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier I*, Art. Rn.).

Ders. [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, Band II, Artikel 20-82, 3. Auflage, Tübingen 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier II*, Art. Rn.).

Ders. [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, Band III, Artikel 83-146, 3. Auflage, Tübingen 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier III*, Art. Rn.).

Durner, Wolfgang, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, in: Der Schutzauftrag des Rechts, Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Berlin vom 29. September bis 2. Oktober 2010, Band 70 der Reihe Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, De Gruyter, Berlin 2011, S. 398-447 (zit.: *Durner*, VVDStRL 70 (2011), S.).

Economides, Nicholas, The Economics of Networks, International Journal of Industrial Organisation 14 (1996), S. 673-699 (zit.: *Economides*, International Journal, S.).

Ehlers, Dirk/ Fehling, Michael/ Pünder, Hermann [Hrsg.], Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heidelberg u. a., 4. Auflage 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Öff. WirtschaftsR, § Rn.).

Ehlers, Dirk/ Pünder, Hermann [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, De Gruyter, Heidelberg 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Ehlers/Pünder*, § Rn.).

Ehricke, Ulrich/ Hackländer, Daniel, Europäische Energiepolitik auf der Grundlage der neuen Bestimmungen des Vertrages von Lissabon, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, Heft 4, 2008, S. 579-600.

Eifert, Martin, Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 174. Band, Heft 4, 2010, S. 449-485.

Elberfeld, Walter, Größenvorteile, potentielle Konkurrenz und Eintrittsbarriere, in: Hans G. Nutzinger [Hrsg.], Regulierung, Wettbewerb und Marktwirtschaft, Festschrift für Carl Christian von Weizsäcker zum 65. Geburtstag, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2003, S. 151-176.

Elspas, Maximilian Emanuel/ Graßmann, Nils/ Rasbach, Winfried [Hrsg.], Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, § Rn.).

Emde, Ernst Thomas, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, Duncker & Humblot, Berlin 1991 (zit.: *Emde*, Legitimation, S.).

Epping, Volker/ Hillgruber, Christian [Hrsg.], Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, 59. Edition, Stand: 15.09.2024, München 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK GG, Art. Rn.).

Europäische Kommission, Expert meetings, 38th European Gas Regulatory Forum, abrufbar unter https://energy.ec.europa.eu/events/38th-european-gas-regulatory-forum-2024-04-25_en, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Dies., Expert meetings, 39th European Electricity Regulatory Forum. abrufbar unter https://energy.ec.europa.eu/events/39th-european-electricity-regulatory-forum-2024-05-27_en, zuletzt abgerufen am 25.11.2024.

Fahrenkämper, Nadja, Startschuss zur Änderung der Netzentgeltregulierung, Recht der Energiewirtschaft, Heft 7, 2023, S. 267-273.

Fehling, Michael, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland, in: Hermann Hill [Hrsg.] - Die Zukunft des öffentlichen Sektors, Baden-Baden 2006 (zit.: *Fehling*, in: Zukunft d. öff. Sektors, S.).

Ders./ Kastner, Berthold/ Störmer, Rainer [Hrsg.], Verwaltungsrecht, VwVfG - VwGO - Nebengesetze, Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: HK-VerwR, § Rn.).

Ders./ Ruffert, Matthias [Hrsg.], Regulierungsrecht, Tübingen 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Regulierungsrecht, § Rn.).

Fichtmüller, Carl Peter, Zulässigkeit ministerialfreien Raums in der Bundesverwaltung, Archiv des öffentlichen Rechts, 91. Band, Heft 1, Juni 1966, S. 297-354.

Franke, Peter, Rechtsschutzfragen der Regulierungsverwaltung, Die Verwaltung, 49. Band, Heft 1, 2016, S. 25-54.

Ders., Perspektiven der gerichtlichen Kontrolle behördlicher Entscheidungen in der Energieregulierung, in: Peter Franke/Christian Theobald, Energierecht im Wandel, Festschrift für Wolfgang Danner zum 80. Geburtstag, München, 2019, S. 361-375.

Ders./ Cosack, Tilman, Standpunkte, Interview mit Peter Franke, Vizepräsident BNetzA, EnergieRecht, Band 10, Ausgabe 6, November 2021, S. 251-252.

Fritsch, Michael, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Auflage 2018, München.

Fuchs, Heiko/ van der Hout, Robin, Der HOAI-Beschluss des BGH: Rückpass zum EuGH, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, Heft 11, 2020, S. 702-704.

Gärditz, Klaus Ferdinand, „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 16, 2009, S. 1005-1011.

Ders., Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen, Archiv des öffentlichen Rechts, 135. Band, Heft 2, Juni 2010, S. 251-288.

Ders., Anmerkung zu Urteil des EuGH vom 03.12.2009 - Rs. C-424/07 Kommission ./, Bundesrepublik Deutschland, JuristenZeitung, Heft 4, 2010, S. 189-201.

Ders., Gestaltungsspielräume und Gestaltungsverantwortung des nationalen Gesetzgebers im europäischen Telekommunikationsregulierungsrecht, Netzwirtschaften & Recht, Beilage 2/2011, S. 1-40.

Ders., Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts - Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, in: Ständige Deputation des DJT [Hrsg.], Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten, Teil D, München 2016, (zit.: *Gärditz*, Gutachten D des 71. DJT, D).

Ders., Regulierungsermessen im Energierecht, Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 7, 2016, S. 399-406.

Geiger, Rudolf/ Khan, Daniel-Erasmus/ Kotzur, Markus/ Kirchmair, Lando [Hrsg.], Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 7. Auflage, München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, Art. Rn.).

Geis, Max-Emanuel, Josefine Mutzenbacher und die Kontrolle der Verwaltung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 1, 1992, S. 25-31.

Gonsior, Florian, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, Tübingen 2018 (zit.: *Gonsior*, Verfassungsmäßigkeit, S.).

Groebel, Annegret, Blick auf die Europäischen Regulierungsimpulse, in: Bernd Holznagel [Hrsg.], 20 Jahre Verantwortung für Netze, Bestandsaufnahme und Perspektiven, C. H. Beck, München 2018, S. 71-101 (zit.: *Groebel*, in: Verantwortung für Netze, S.).

Groß, Thomas, Die deutsche Ermessenslehre im Europäischen Kontext, Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 61, Heft 4, 2006, S. 625-641.

Ders., Exekutive Vollzugsprogrammierung durch tertiäres Gemeinschaftsrecht?, Die Öffentliche Verwaltung, Heft 1, 2004, S. 20-26.

Ders., Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, in: Bundesstaat und Europäische Union zwischen Konflikt und Kooperation: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Rostock vom 4. bis 7. Oktober 2006, Band 66 der Reihe Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, De Gruyter, Berlin 2006, S. 152-215 (*Groß*, VVDStRL 66 (2006), S.).

Grüneberg, Christian, Zum behördlichen Regulierungsermessen im Energiewirtschaftsrecht, Recht der Energiewirtschaft, Heft 2, 2016, S. 49-54.

Gsell, Beate/ Krüger, Wolfgang/ Lorenz, Stephan/ Reymann, Christoph [Gesamthrg.] – Beck-online.Großkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, C. H. Beck, München, Stand: 01.07.2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: Beck-OGK, § Rn.).

Gundel, Jörg, Konturen eines europäischen Status der nationalen (Infrastruktur-)Regulierungsbehörden: Reichweite und Konsequenzen der Unabhängigkeitsvorgabe, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, Heft 6, 2017, S. 301-309.

Ders., Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit normativer Vorgaben der Mitgliedstaaten für nationale Energie-Regulierungsbehörden, Recht der Energiewirtschaft, Heft 12, 2019, S. 493-499.

Ders., Die Auswirkungen des Vertragsverletzungsurteils des EuGH zur Unabhängigkeit der Energieregulierung, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Heft 10, 2021, S. 339-344.

Ders., Kontrollaufgaben des ACER-Beschwerdeausschusses, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 09.03.2023 - C-46/21, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Heft 5, 2023, S. 172-177.

Ders./ Germelmann, Claas Friedrich, Kein Schlussstein für die Liberalisierung der Energiemärkte: Das Dritte Binnenmarktpaket, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 21, 2009, S. 763-770.

Guastafarro, Barbara, Beyond the *Exceptionalism* of Constitutional Conflicts: The *Ordinary* Functions of the Identity Clause, Yearbook of European Law, Vol. 31, No. 1 (2012), S. 263-318 (zit.: *Guastafarro*, Ybk. Europ. Law 31, S.).

Hammen, Horst, Unabhängigkeit von Bundesbehörden? - Eine Skizze, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht, Heft 1, 2023, S. 1-8.

Happ, Michael/ Hoppe, Michael/ Kraft, Ingo/ Schübel-Pfister, Isabel [Hrsg.], Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Auflage, München, 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Eyer mann, § Rn.).

Haratsch, Andreas/ Koenig, Christian/ Pechstein, Matthias [Hrsg.], Europarecht, 13. Auflage, Tübingen 2023 (zit.: *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn.).

Heim, Jörg-Rafael/ Schwintowski Hans-Peter, Anstoß für eine Neukonzeption der Strom-/Gasnetzregulierung ausgelöst durch das Urteil des EuGH vom 2.9.2021, Zeitschrift des

Institutes für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft e.V., Heft 6, 2022, S. 209-230.

Hempel, Rolf/ Müller, Philipp, Neue Netzentgeltgenehmigung nach Aufhebung der Preisindizes-Festlegung?, *Recht der Energiewirtschaft*, Heft 3, 2013, S. 101-107.

Herdegen, Matthias/ Masing, Johannes/ Poscher, Ralf/ Gärditz Klaus Ferdinand [Hrsg.], *Handbuch des Verfassungsrechts, Darstellung in transnationaler Perspektive*, C. H. Beck, München, 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Hdb. VerfR*, § Rn.).

Hermes, Georg, Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: Hartmut Bauer, Peter M. Huber, Karl-Peter Sommermann [Hrsg.], *Demokratie in Europa*, Tübingen 2005, S. 457-488 (zit.: *Hermes*, *Legitimationsprobleme*, S.).

Ders., Gemeinschaftsrecht, „neutrale“ Entscheidungsträger und Demokratieprinzip, in: Charlotte Gaitanides/Stefan Kaelbach/ Gil Carlos Rodriguez Iglesias [Hrsg.], *Europa und seine Verfassung*, Festschrift für Manfred Zuleeg zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 2005.

Herrmann, Joachim, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, Baden-Baden 2005 (zit.: *Herrmann*, *Europäische Vorgaben*, S.).

Hertel, Wolfram, Supranationalität als Verfassungsprinzip - Normativität und Legitimation als Elemente Europäischen Verfassungsrechts, Duncker & Humblot, Berlin 1999 (zit.: *Hertel*, *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, S.).

Herzog, Roman/ Herdegen, Matthias/ Scholz, Rupert/ Klein, Hans H. [Hrsg.], *Grundgesetz Kommentar*, Band II, Art. 6-16a, Loseblattsammlung, 104. Auflage, Stand: April 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz II*, Art. Rn.).

Dies. [Hrsg.], *Grundgesetz Kommentar*, Band III, Art. 17-28, Loseblattsammlung, 104. Auflage, Stand: April 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz III*, Art. Rn.).

Dies. [Hrsg.], *Grundgesetz Kommentar*, Band IV, Art. 29-67, Loseblattsammlung, 104. Auflage, Stand: April 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz IV*, Art. Rn.).

Dies. [Hrsg.], *Grundgesetz Kommentar*, Band V, Art. 68-87, Loseblattsammlung, 104. Auflage, Stand: April 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz V*, Art. Rn.).

Hoffmann, Hans/ Henneke, Hans-Günter [Hrsg.], *Kommentar zum Grundgesetz*, 15. Auflage, 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, Art. Rn.).

Holznagel, Bernd/ Göge Marc-Stefan - Die Befugnisse der REGTP zur Regulierung des Netzzugangs nach dem EnWG-KE 2004, *Zeitschrift für Neues Energierecht*, Heft 3, 2004, S. 218-224.

Ders./ Schumacher, Pascal, Die politische Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, in: Ludwig Gramlich/Cornelia Manger-Nestler [Hrsg.], *Europäisierte Regulierungsstrukturen und -netzwerke*, Baden-Baden 2011, S. 37-53 (zit.: *Holznagel/Schumacher*, *Europäisierte Regulierungsstrukturen*, S.).

Dies., Regulierung ohne Regierung - Zur Vereinbarkeit unabhängiger Regulierungsbehörden mit dem Demokratieprinzip, Juristische Ausbildung, Heft 7, 2012, S. 501-506.

Ders./ Schütz, Raimund [Hrsg.], Anreizregulierungsrecht, Energie - Bahn, Kommentar, 2. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in ARegR, § Rn.).

Ders./ Werthmann, Christoph, Spezifische Bedeutung des Rechtswegs im Rahmen der Energiewirtschaftsnovelle, InfrastrukturRecht, Heft 4, 2004, S. 74-76.

Hoppe, Tilman/ Laboch-Semku, Lea, Fehlende Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 02.09.2021 in der Rechtssache C-718/18 (Europäische Kommission ./ Deutschland), Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 19, 2021, S. 1441-1443.

Hrbek, Rudolf/ Nettesheim Martin [Hrsg.], Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Baden-Baden 2002 (zit.: *Autor*, in Hrbek/Nettesheim, Europäische Union, S.).

Huber, Peter M./ Voßkuhle, Andreas [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, Band 2, Artikel 20-82, 8. Auflage, München 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: Huber/Voßkuhle, Bd. 2, Art. Rn.).

Dies. [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, Band 3, Artikel 83-146, 8. Auflage, München 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: Huber/Voßkuhle, Bd. 3, Art. Rn.).

Ionescu, Emanuel C., Innerstaatliche Wirkungen des Vertragsverletzungsverfahrens, Tübingen 2016 (zit.: *Ionescu*, Innerstaatliche Wirkungen, S.).

Isensee Josef/ Kirchhof Paul [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg, 2004 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof II, § Rn.).

Dies. [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Demokratie - Bundesorgane, 3. Auflage, Heidelberg 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof III, § Rn.).

Dies. [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Auflage, Heidelberg 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof V, § Rn.).

Dies. [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Bundesstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof VI, § Rn.).

Dies. [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Auflage, Heidelberg 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof VIII, § Rn.).

Jacob, Martin, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 8. Oktober 2019 - Az. EnVR 58/18, Netzwirtschaften & Recht, Heft 2, 2020, S. 107-112.

Jekewitz, Jürgen, Die politische Sachherrschaft bei Rechtsverordnungen und der Bundesrat, Recht und Politik, Heft 2, 1993, S. 72-79.

Jestaedt, Matthias, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, Duncker & Humblot, Berlin 1993 (zit.: *Jestaedt*, Demokratieprinzip, S.).

Kahl, Wolfgang, Kooperative Rechtsangleichung, in: Jörn Bernreuther/Robert Freitag//Stefan Leible/Harald Sippel/Ulrike Wanitzek, Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 697-715.

Ders./ Ludwigs, Markus [Hrsg.], Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021, (zit.: *Bearbeiter*, in: HVwR I, § Rn.).

Dies. [Hrsg.], Handbuch des Verwaltungsrechts, Band II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: HVwR II, § Rn.).

Dies., [Hrsg.], Handbuch des Verwaltungsrechts, Band III, Verwaltung und Verfassungsrechts, Heidelberg 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: HVwR III, § Rn.).

Dies., [Hrsg.], Handbuch des Verwaltungsrechts, Band V, Maßstäbe und Handlungsformen im deutschen Verwaltungsrecht, Heidelberg 2023, (zit.: *Bearbeiter*, in: HVwR V, § Rn.).

Katz, Michael L./ Shapiro, Carl, Technology Adoption in the Presence of Network Externalities, Journal of Political Economy, Volume 94, Number 4, August 1986, S. 822-841.

Kämmerer Jörn Axel/ Kotzur, Markus [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 7. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Münch/Kunig, Bd. 1, Art. Rn.).

Dies. [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, Band 2: Art. 70 bis 146, 7. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Münch/Kunig, Bd. 2, Art. Rn.).

Ders., „System verflochtener Demokratie“ - Verfassungsrechtliche Theoriebildung gegen die politische Laufrichtung, in: Wolfgang Durner/Franz-Joseph Peine/Foroud Shirvani - Freiheit und Sicherheit in Deutschland und Europa, Festschrift Hans-Jürgen Papier zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 103-119.

Kind, Benedict/ Geppert, Martin/ Schütze, Marc/ Schulze zur Wiesche, Jens, Änderung des Rechtswegs im Rahmen der TKG-Novelle, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Beilage, Heft 12, 2003, S. 3-27.

Klahm, Robin/ Fabritius, Christoph, Das Aus für die normative Regulierung, EuGH, Urteil vom 02.09.2021 - C-718/18, EnergieRecht, Band 10, Ausgabe 6, November 2021, S. 238-243.

Dies., Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, EnergieKrise-Aktuell, Heft 10, 2023 (EnK-Aktuell 2023, 010128).

Kloepfer, Michael, Verfassungsrecht, Band 1, Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, München 2011 (zit.: *Kloepfer*, Verfassungsrecht Bd. 1, § Rn.).

Kluth, Winfried/ Krings, Günter [Hrsg.], Gesetzgebung, Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Gesetzgebung, § Rn.).

Knauff, Matthias, Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, *Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, 98. Band, Heft 3, 2007, S. 382-409.

Kneihs, Benjamin, Das Regulierungsrecht - Eine neue rechtswissenschaftliche Kategorie?, *Zeitschrift des öffentlichen Rechts*, Band 60 (2005), Heft 1, S. 1- 30.

Knieps, Günther, Wettbewerbsökonomie, Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Auflage, Springer, Heidelberg 2008.

Ders./ Brunekreeft Gert [Hrsg.], Zwischen Regulierung und Wettbewerb, Netzsektoren in Deutschland, 2. Auflage, Heidelberg 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S.).

Koenig Christian/Kühling, Jürgen, Institutionelle Regulierungsordnung in der Eisenbahn- und Energiewirtschaft - sektorspezifische Regulierungsbehörden oder Bundeskartellamt?, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Heft 9, Jahrgang 51, 2001, S. 810-820.

Köller, Sandra, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, Eine Untersuchung am Beispiel der Wasserverbände Lippeverband und Emschergenossenschaft, Berlin 2009 (zit.: *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung, S.).

König, Carsten, Informelles Verwaltungshandeln der Bundesnetzagentur durch Leitfäden und Positionspapiere, *Netzwirtschaften & Recht*, Heft 3&4, 2015, S. 130-135.

Körber, Torsten/ Schweitzer, Heike/ Zimmer, Daniel [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Band 2, *GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 7. Auflage, München 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, § Rn.).

Krakowski, Michael, Grenzen natürlicher Monopole, *Wirtschaftsdienst, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, Heft 8, August 1985, S. 404-412.

Kreuter-Kirchhof, Charlotte, Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde? Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Rechtsbindung der Verwaltung, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Heft 9, 2021 S. 589-594.

Dies., Die Stellung der Bundesnetzagentur nach der Novelle des EnWG, Anforderungen des Verfassungsrechts bei der Umsetzung des Unionsrechts, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Heft 1-2, 2024, S. 9-15.

Kröger, Malte, Unabhängigkeitsregime im europäischen Verwaltungsverbund, Baden-Baden 2020, (zit.: *Kröger*, Unabhängigkeitsregime, S.).

Kuhn, Daniel, Binnenkonflikte unabhängiger Stellen der Verwaltung im Regulierungs- und Kartellrecht, Ursachen, Erscheinungsformen, Lösungsansätze, Duncker & Humblot, Berlin 2022 (zit.: *Kuhn*, Binnenkonflikte, S.).

Kurth, Matthias, Einführung, in: Arnold Picot [Hrsg.], 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland, Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, S. 1-8, München 2008 (zit.: *Kurth*, in: 10 J. wettbewerbsorientierte Regulierung).

Kumkar, Lars, Zur Institutionellen Ausgestaltung der Strommarktregulierung: Brauchen wir eine eigenständige Regulierungsbehörde für den Stromtransport?, Institut für Weltwirtschaft Kiel - Kieler Diskussionsbeiträge 371, November 2000 (zit.: *Kumar*, Ausgestaltung der Strommarktregulierung, S.).

Kühling, Jürgen, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München 2004, (zit.: *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S.).

Ders. Rasbach, Winfried/ Busch, Claudia, Energierecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2022.

Kühne, Gunther/ Brodowski, Christian, Das neue Energiewirtschaftsrecht nach der Reform 2005, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2005, Heft 8, S. 849-858.

Kreuter-Kirchhof, Charlotte, Ist die Zukunft des Energierechts europäisch? Zur Reichweite der Regelungsbefugnisse der EU in der Energiepolitik, in: Peter Rosin/Arnd Uhle [Hrsg.], Recht und Energie: Liber Amicorum für Ulrich Bühren zum 70. Geburtstag, De Gruyter, Berlin u. a. 2018, S. 129-154 (zit.: *Kreuter-Kirchhof*, Energie und Recht, S.).

Krönke, Christoph, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Tübingen, 2013 (zit.: *Krönke*, Verfahrensautonomie, S.).

Ladeur, Karl-Heinz/ Möllers, Christoph, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 9, 2005, S. 525 bis 535.

Leffler, Dennis/ Fischerauer, Sven [Hrsg.], EU-Netzkodizes und Kommissionsleitlinien, Praxishandbuch, Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Praxishandbuch, § Rn.)

Loening, Hellmuth, Der ministerialfreie Raum in der Staatsverwaltung, Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 6, 1954, S. 173-180.

Ludwigs, Markus., Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JuristenZeitung, Heft 6, 2009, S. 290-297.

Ders., Das veränderte Machtgefüge der Institutionen nach dem Dritten EU-Binnenmarktpaket, Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 2, 2011, S. 61- 69.

Ders., Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency? - Europarechtliche Anstöße und verfassungsrechtliche Grenzen, Die Verwaltung, 44. Band, Heft 1, 2011, S. 41-74.

Ders., Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.

Ders., Konvergenz oder Divergenz der Regulierung in den Netzwirtschaften - Zur Herausbildung allgemeiner Grundsätze im Recht der Regulierungsverwaltung, in: *Ders.* [Hrsg.], Regulierender Staat und konfliktsschlichtendes Recht, Festschrift für Matthias Schmidt-Preuß zum 70. Geburtstag, Berlin 2018, S. 689-712.

Ders., Regulierungsermessen: Spielräume gerichtlich eingeschränkter Kontrolle im Regulierungsrecht, Recht der Energiewirtschaft, Heft 8, 2013, S. 297-348.

Ders., EU-rechtliche Vorgaben und nationale Gestaltungsspielräume - Behördenunabhängigkeit und Regulierungsermessen als Sicherung der effektiven Umsetzung von EU-Recht?, in: Franz Jürgen Säcker/Matthias Schmidt-Preuß [Hrsg.], Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, Baden-Baden 2015, S. 251-278 (zit.: *Ludwigs*, in: Grundsatzfragen RegulierungsR, S.).

Ders., Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht - Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 19, 2015, S. 1327-1334.

Ders., Rechtsprechungsanalyse, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bericht über ausgewählte Entscheidungen aus den Jahren 2010 bis 2015, Die Verwaltung, 49. Band, Heft 2, 2016, S. 261-287.

Ders., Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich, Welches Gesicht gibt das Artikelgesetz der Regulierung? Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 23, 2016, S. 1665-1672.

Ders., Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, Euphemismus oder Identitätsfaktor?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 19, 2018, S. 1417-1422.

Ders., Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte, Dogmatische Grundlagen, verfassungsrechtlicher Rahmen und europarechtliche Herausforderungen, Die Öffentliche Verwaltung, Heft 10, 2020, S. 405-415.

Ders., Zeitenwende der nationalen Energieregulierung?, Das normierende Steuerungskonzept auf dem Prüfstand des EuGH, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Heft 5, 2019, S. 160-162.

Ders., Gemeinwohlverfolgung und Regulierungsrecht vor neuen Herausforderungen?, in: Jürgen Kühling/Daniel Zimmer [Hrsg.] - Neue Gemeinwohlherausforderungen - Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung, Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht in Regensburg am 11./12. September 2018, Baden-Baden 2020, S. 11-40 (zit.: *Ludwigs*, Kühling/Zimmer, S.).

Ders., Energieregulierung nach der Zeitenwende, Handlungsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur nach dem EuGH-Urteil zur normierenden Regulierung, Netzwirtschaften & Recht, Beilage 2/2021, S. 1-24.

Ders., Paradigmenwechsel in der Energieregulierung, Modelle eines Wandels von der normierenden zur administrativen Regulierung, in: Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian [Hrsg.], Selbstverantwortete Freiheit und Recht, Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 80. Geburtstag, München 2021, S. 609-622.

Ders. [Hrsg.], Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, Stand: Februar 2024, 60. Ergänzungslieferung, München, (zit.: *Bearbeiter*, in: Hdb. d. EU-Wirtschaftsrechts Bd. 2, Kap. Rn.).

Ders., Das Unabhängigkeitspostulat des Unionsrechts und seine überfällige Umsetzung in der Energieregulierung, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 13, 2023, S. 585-586.

Merk, Sebastian, Grenzen der Regulierung, in: Markus Ludwigs [Hrsg.], Regulierender Staat und konfliktsschlichtendes Recht, Festschrift für Matthias Schmidt-Preuß zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2018, S. 713-723.

Masing, Johannes, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, in: Ständige Deputation des DJT [Hrsg.], Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band I, Stuttgart 2006, Gutachten D 1ff. (zit.: *Masing*, Gutachten D des 66. DJT, D).

Ders., Regulierungsbehörde im Spannungsfeld von Unabhängigkeit und Verantwortung, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle [Hrsg.], Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 521- 534.

Ders., Zur Möglichkeit und Notwendigkeit der übergreifenden Grundsätze der Netzregulierung, in: Jörn Lüdemann [Hrsg.], Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, Tübingen 2008, S. 155-178 (zit.: *Masing*, Übergreifende Grundsätze der Netzregulierung, S.).

Ders./ Marcou, Gérard [Hrsg.], Unabhängige Regulierungsbehörden, Tübingen 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Unabhängige Regulierungsbehörden, S.).

Maurer, Hartmut/ Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage, München 2024 (zit.: *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, § Rn.).

Mayen, Thomas, Verwaltung durch unabhängige Einrichtungen, Die Öffentliche Verwaltung, Heft 2, 2004, S. 45-55.

Ders., Unabhängige Verwaltungsbehörden in der europäischen Mehrebenen-Verbundverwaltung, in: Paul Kirchhof/Stefan Paetow/Michael Uechtritz [Hrsg.], Umwelt u Planung, Anwalt im Dienst von Rechtsstaat und Demokratie, Festschrift für Klaus-Peter Dolde zum 70. Geburtstag, C. H. Beck, München 2014, S. 39-65.

Mehde, Veith, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin 2000.

Meinzenbach, Jörg/ Klein, Rebecca/ Uwer, Dirk, Grenzenlose Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde?. Eine kritische Würdigung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs. C-718/18 und zugleich ein Ausblick auf mögliche Rechtswirkungen eines stattgebenden EuGH-Urteils auf das deutsche Regulierungssystem, Netzwirtschaften & Recht, Beilage 1/2021, S. 1-12.

Dies., Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 2. September 2021 - Rs. C-718/18, Netzwirtschaften & Recht, Heft 6, 2021, S. 304-308.

Missling, Stefan/ Eberleh, Justus, Zur Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden, Urteil des EuGH vom 02.09.2021 in der Rechtssache C-718/18, InfrastrukturRecht, Heft 11, 2021, S. 250-252.

Mohr, Jochen, Die Verzinsung des Eigenkapitals von Energienetzbetreibern in der 3. Regulierungsperiode, Netzwirtschaften und Recht, Heft 1, Beilage 1/2020, S. 1-36.

Ders./ Müller, Kim Natalie, Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes und die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 23, 2023, S. 1069-1076.

Dies., Die EnWG-Novelle und die Unabhängigkeit der BNetzA, EnergieKrise-Aktuell, Heft 15, 2023 (EnK-Aktuell 2023, 010183).

Monopolkommission, Elfte Hauptgutachten der Monopolkommission 1994/1995 - Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996 (zit.: *Monopolkommission*, XI. Hauptgutachten, Tz.).

Dies., Vierzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2000/2001 - Netzwettbewerb durch Regulierung, Baden-Baden 2003 (zit.: *Monopolkommission*, XIV. Hauptgutachten, Tz.).

Dies., Fünfzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2002/2003 – „Wettbewerbspolitik im Schatten „nationaler Champions“ (zit.: *Monopolkommission*, XV. Hauptgutachten, Tz.).

Dies., 2. Sektorgutachten Energie (2009): Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb (ehem. SG 54) (zit.: *Monopolkommission*, 2. Sektorgutachten Energie, Tz.).

Dies., 3. Sektorgutachten Energie (2011): Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten (ehem. SG 59) (zit.: *Monopolkommission*, 3. Sektorgutachten Energie, Tz.).

Möllers, Christoph, Gewaltengliederung, Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005 (zit.: *Möllers*, Gewaltengliederung, S.).

Möschel, Wernhard/ Haug, Jochen, Der Referentenentwurf zur Novellierung des TKG aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Heft 8, 2003, S. 505-508.

Mussaeus, Peter/ Küper, Michael H./ Lamott, Julien, Auswirkungen der EuGH-Entscheidung vom 02.09.2021 zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden auf die Praxis, Recht der Energiewirtschaft, Heft 1, 2022, S. 9-18.

Müller, Jürgen/ Vogelsang, Ingo, Staatliche Regulierung, Regulated Industries in den USA und Gemeinwohlbindung in wettbewerblichen Ausnahmebereichen in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1979.

Müller-Franken, Sebastian, Maßvolles Verwalten, Effiziente Verwaltung im System exekutiver Handlungsmaßstäbe am Beispiel des maßvollen Gesetzesvollzugs im Steuerrecht, Tübingen 2004.

Müller-Graff, Peter-Christian, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, Tübingen 1984 (zit.: *Müller-Graff*, Marktrecht, S.).

Nettesheim, Martin [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV/AEUV, Werkstand: 82. Ergänzungslieferung, Stand Mai 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. Rn.).

Neveling, Stefanie, Die Bundesnetzagentur - Aufbau, Zuständigkeiten und Verfahrensweisen, Zeitschrift für Neues Energierecht, Heft 4, 2005, S. 263-270.

Newman, Peter, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, London, Volume 3, Macmillan Reference Limited 1998 (zit.: *Bearbeiter*, in: Palgrave Dictionary, S.).

Oertel, Klaus, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, Duncker & Humblot, Berlin 2000 (zit.: *Oertel*, Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde, S.).

Offenbächer, Philipp, Die normierende Entgeltregulierung im Energierecht, Reflexionen aus Anlass des Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland, Recht der Energiewirtschaft, Sonderheft 2020, S. 40-45.

Ogus, Anthony, Regulation, Legal Form and Economic Theory, Clarendon Press, Oxford 1994 (zit.: *Ogus*, Regulation, S.).

Organisation for Economic Co-operation and Development, The Governance of Regulators, Creating a Culture of Independence, Practical Guidance Against Undue Influence, abrufbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264274198-en.pdf?expires=1732484912&id=id&accname=guest&checksum=30ECE5CA8ED30872D2E661EE1795B6B3>, zuletzt abgerufen am 24.11.2024 (zit.: *OECD*, The Governance of Regulators, S.).

Ossenbühl, Fritz, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg u. a., 1968 (zit.: *Ossenbühl*, VerwaltungsV und GG, S.).

Oster, Jan, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht - Eine vergleichende Untersuchung behördlicher Entscheidungsspielräume in der deutschen und amerikanischen Netzinfrastukturregulierung, Baden-Baden, 2010 (zit.: *Oster*, Normative Ermächtigungen, S.).

Pache, Eckhard, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum - Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren - Versuch eine Modernisierung, Tübingen 2001 (zit.: *Pache*, Tatb. Abwägung, S.).

Pause, Fabian, „Saubere Energie für alle Europäer“ - Was bringt das Legislativpaket der EU?, Zeitschrift für Umweltrecht, Heft 7-8 2019, S. 387-396.

Pechstein, Matthias/ Nowak, Carsten/ Häde, Ulrich [Hrsg.], Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band I, EUV und GRC, 2. Auflage, Tübingen 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Frankfurter Komm. I, Art Rn.).

Dies. [Hrsg.], Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band IV, AEUV, 2. Auflage, Tübingen 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Frankfurter Komm. IV, Art Rn.).

Pernice, Ingolf, Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, Archiv des öffentlichen Rechts, 136. Band, Heft 2, Juni 2011, S. 185-221.

Petri, Thomas/ Tinnefeld, Marie-Theres, Völlige Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle - Demokratische Legitimation und unabhängige parlamentarische Kontrolle als moderne

Konzeption der Gewaltenteilung, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 2010, S. 157-161.

Picot, Arnold, Theorien der Regulierung und ihre Bedeutung für den Regulierungsprozess, in: Arnold Picot [Hrsg.], 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland, Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, S. 9-35, München 2008 (zit.: *Picot*, in: 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung).

Pielow, Johann-Christian [Hrsg.], Grundsatzfragen der Energiemarktregulierung, Dokumentation einer Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht am 1. Oktober 2004, Stuttgart u. a. 2005 (zit.: *Pielow*, Grundsatzfragen, S.).

Pindyck, Robert S./ Rubinfeld, Daniel L., Mikroökonomie, 9. Auflage, Pearson, Hallbergmoos 2018 (zit.: *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie, S.).

Posser, Herbert/ Wolff, Heinrich Amadeus [Hrsg.], VwGO Kommentar, 2. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Posser/Wolff, § Rn.).

Pöcker, Markus, Unabhängige Regulierungsbehörden und die Fortentwicklung des Demokratieprinzips, Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, 99. Band, Heft 3, 2008, S. 380-400.

Proelß, Alexander, Das Regulierungsermessen - eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, Archiv des öffentlichen Rechts, 136. Band, Heft 3, September 2011, S. 402-427.

Ramsauer, Ulrich, Rechtsschutz durch nachvollziehende Kontrolle, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Dieter Sellner/Günter Hirsch/Gerd-Heinrich Kemper/Heinrich Lehmann-Grube, Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln u. a. 2003, S. 699-726.

Recknagel, Henning, Gerichtliche Zuständigkeitsänderung durch Verwaltungsabkommen?, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Jahrgang 58, Heft 2, 2008, S. 148-157.

Rennert, Klaus, Wo steht die Verwaltungsgerichtsbarkeit?, Bayerische Verwaltungsblätter, Heft 3, 2015, S. 73-77.

Richter, Stefan, Rechtsschutz runter - Regulierungsermessen hoch? BGH verkürzt inhaltliche gerichtliche Prüfunf weiter trotz bevorstehender Aufhebung der normativen Regulierung, Ein Beitrag aus Anlass der „Xgen“-Entscheidung des BGH vom 27. Juni 2023, Netzwirtschaften & Recht, Heft 5, 2023, S. 186-192.

Rosin, Peter/ Bourazeri, Konstantina, Der Stand der Wissenschaft als normative Grenze regulatorischer Letztentscheidungsbefugnisse der Bundesnetzagentur - am Beispiel des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gem. § 9 ARegV, Recht der Energiewirtschaft, Heft 6, 2021, S. 248-256.

Ruffert, Matthias, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 19, 2009, S. 1197-1208.

Ders., Die neue Unabhängigkeit von Agenturen im europäischen Verwaltungsrecht, in: Peter-Christian Müller-Graff/Stefanie Schmahl/Vassilios Skouris [Hrsg.], Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel, Festschrift für Dieter H. Scheuing, Baden-Baden 2011, S. 399-414.

Ders. [Hrsg.], Enzyklopädie des Europarechts (EnzEuR), Band 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2020, (zit.: *Bearbeiter*, in: Ruffert [Hrsg.], § Rn.).

Ruge, Reinhard, Diskriminierungsfreier Netzzugang im liberalisierten Eisenbahnmarkt in Deutschland, Archiv des öffentlichen Rechts, 131. Band, Heft 1, 2006, S. 1-78.

Sachs, Michael [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, 9. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Sachs, Art. Rn.).

Salje, Peter [Hrsg.], Energiewirtschaftsgesetz, Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970), Kommentar, München, 2006 (zit.: *Salje*, EnWG, § Rn.).

Säcker, Franz Jürgen [Hrsg.], Berliner Kommentar zum Energierecht, Energiewirtschaftsrecht, Energieplanungsrecht, Energiesicherungsgesetz, Band 1, Halbband 1, 4. Auflage, dfv Mediengruppe, Frankfurt am Main 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Berl.Komm I 1, § Rn.).

Ders. [Hrsg.], Berliner Kommentar zum Energierecht, Energiewirtschaftsgesetz, Energieplanungsrecht, Energiesicherungsgesetz, Band 1, Halbband 2, 4. Auflage, dfv Mediengruppe, Frankfurt am Main 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Berl.Komm I 2, § Rn.).

Ders., Das Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Heft 12, 2015, S. 531-536.

Ders., Die Energiepreisregulierung vor neuen Herausforderungen, in: Bernd Holznagel [Hrsg.], 20 Jahre Verantwortung für Netze, Bestandsaufnahme und Perspektiven, C. H. Beck, München 2018, S. 125-148 (zit.: *Säcker*, in: Verantwortung für Netze, S.).

Ders./ Franz Jürgen/ Meier-Beck, Peter [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, Deutsches Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo WettbR., § Rn.).

Schau, Götz-Friedrich, Die automatisierte Ausgestaltung des Stromnetzzugangs durch die Bundesnetzagentur - Bedeutung und Auswirkungen des Beschlusses BK6-06-009 vom 11.07.2006, Zeitschrift für Neues Energierecht 2007, Heft 1, S. 25-33.

Schmidt, Christian, Der organisationsrechtliche Rahmen der neuen Regulierungsbehörde, Die Öffentliche Verwaltung, Heft 24, 2005, S. 1025-1032.

Ders., Neustrukturierung der Bundesnetzagentur - Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Heft 8, 2006, 907-909.

Schmidt, Jörg, Die demokratische Legitimationsfunktion der parlamentarischen Kontrolle, Duncker & Humblot, Berlin 2007 (zit.: *Schmidt*, Demokratische Legitimationsfunktion, S.).

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Auflage, Berlin u. a. 2006 (zit.: *Schmidt-Aßmann*, Ordnungs idee, Kapitel Rn.).

Ders., Perspektiven der Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: Peter Axer/Bernd Grzeszick/Wolfgang Kahl/Ute Mager/Ekkehart Reimer [Hrsg.], Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, Berlin 2010 (zit.: *Schmidt-Aßmann*, Konsolidierungsphase, S.).

Schmidt-Preuß, Matthias, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht - Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, Berlin 1992.

Ders., Regulierung im neuen „Energiepaket“: „Philosophie“ und Netznutzungsentgelte, InfrastrukturRecht, Heft 7, 2004, S. 146-148.

Ders., Brennpunkte des neuen Energiewirtschaftsgesetzes, in: Max-Emanuel Geis/Dieter C. Umbach [Hrsg.], Planung - Steuerung - Kontrolle, Festschrift für Richard Bartlsperger zum 70. Geburtstag, Duncker & Humboldt, Berlin 2006, S. 573-586.

Ders., Das Regulierungsrecht als interdisziplinäre Disziplin - am Beispiel des Energierechts, in: Jürgen F. Baur/Otto Sandrock/Boris Scholtka/Amos Shapira [Hrsg.], Festschrift für Gunter Kühne zum 70. Geburtstag, Frankfurt a. M. 2009, S. 329-342.

Ders., Die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, in: Detlev Joost/Hartmut Oetker/Marian Paschke [Hrsg.], Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 969-984.

Ders., Aktuelles zur Zukunft der normierenden Regulierung im Energiesektor, Empfehlungen an den Gesetz- und Verordnungsgeber, Recht der Energiewirtschaft, Heft 4-5, 2021, S. 173-240.

Ders., Nach dem EuGH- Urteil vom 02.09.2021: das „Duale Modell“, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Heft 10, 2021, Editorial, S. 337/338.

Schneider, Jens-Peter, Flexible Wirtschaftsregulierung durch unabhängige Behörden im deutschen und britischen Telekommunikationsrecht, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 164. Band, Heft 5, 2000, S. 513-544.

Ders., Kooperative Netzzugangsregulierung und europäische Verbundverwaltung im Elektrizitätsbinnenmarkt, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Heft 4, 2003, S. 381-410.

Ders./ Theobald, Christian [Hrsg.], Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 5. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schneider/Theobald, § Rn.).

Schnelle, Simon, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, München 2007 (zit.: *Schnelle*, Fehlerfolgenlehre, S.).

Schulte, Martin/ Kloos, Joachim [Hrsg.], Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hdb. Öff. WirtschaftsR, § Rn.).

Schütte, David, Das Für und Wider einer Vereinheitlichung der Rechtswege im Regulierungsrecht, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Heft 11, 2020, S. 398-404.

Schütz, Raimund/ Tüngler, Stefan, Die geplante Novelle des EU-Energierechts - Inhalt und Umsetzungsbedarf, Recht der Energiewirtschaft, Heft Nr. 4-5, 2003, S. 98-106.

Schoch, Friedrich/ Schneider, Jens-Peter [Hrsg.], Verwaltungsrecht VwGO, Kommentar, Band I, Loseblattsammlung, Stand: Januar 2024, 45. Ergänzungslieferung, München (zit.: *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider VwGO I, § Rn.).

Dies. [Hrsg.], Verwaltungsrecht VwGO, Kommentar, Band II, Loseblattsammlung, Stand: Januar 2024, 45. Ergänzungslieferung, München (zit.: *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider VwGO II, § Rn.).

Dies. [Hrsg.], Verwaltungsrecht VwVfG, Kommentar, Band III, Loseblattsammlung, Werkstand: 4. Ergänzungslieferung November 2023, München 2024 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider VwVfG, § Rn.).

Schöndorf-Haubold, Bettina, Gemeinsame Europäische Verwaltung: die Strukturfonds der EG, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Bettina Schöndorf-Haubold, Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 25-56.

Schulze, Reiner/ Janssen, André/ Kadelbach, Stefan [Hrsg.], Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Auflage, Baden-Baden 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: EuropaR-HdB, § Rn.).

Schwarze, Jürgen/ Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, Baden-Baden, 1992 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ausmaß gerichtl. Kontrolle, S.).

Schwerdtfeger, Angela, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, Europarecht, Heft 3, 2015, S. 290-310.

Schwintowski, Hans Peter, Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, Wirtschaft und Wettbewerb, Jahrgang 49, Heft 9, 1999, S. 842- 853.

Ders., Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 2.9.2021 in der Rechtssache C-718/18, Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft, Heft 5, 2021, S. 252-255.

Seabright, Paul, Einflussnahme auf die Regulierung, Subsidiarität und europäische Fusionspolitik, Wettbewerb und Integration, Nr. 57, 1994, S. 89-118 (zit.: *Seabright*, Wettbewerb und Integration, S.).

Smith, Adam, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Book IV, Printed for W. Strahan and T. Cadell, London 1776.

Sodan, Helge, Kollegiale Funktionsträger als Verfassungsproblem, Frankfurt am Main, 1987 (zit.: *Sodan*, Funktionsträger, S.).

Ders./Ziekow, Jan [Hrsg.], Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden, 2018.

Spulber, Daniel F., Regulation and Markets, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, London, 1989.

Staiger, Birgit/ Pfrommer, Tobias, Das EuGH-Urteil als Chance: Ein wissenschaftlicher Expertenrat für eine bessere Energieregulierung, Energiewirtschaftliche Tagesfragen, 71. Jahrgang, Heft 12, 2021, S. 70-72.

Dies./ Streb, Sabine, Bessere Regulierungsentscheidungen durch ein ökonomisches Expertengremium für die Bundesnetzagentur, Diskussionspapier der Netze BW, 2021, abrufbar über <https://www.netze-bw.de/News/diskussionspapier-expertengremium-bnetza> (zuletzt abgerufen am 20.04.2024) (zit.: *Staiger/Pfrommer/Streb*, Diskussionspapier, S.).

Steinbach, Armin, Behördliches Unabhängigkeitsparadigma im Wirtschaftsverwaltungsrecht - Eine funktionell-rechtliche Betrachtung, Die Verwaltung, 50. Band, Heft 4, 2017, S. 507-536.

Stelkens, Paul/ Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael [Hrsg.], Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 10. Auflage, München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § Rn.).

Stelkens, Ulrich, Art. AEUV Artikel 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten - zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. AEUV Artikel 290 und Art. AEUV Artikel 291 AEUV, Europarecht, Heft 5, 2012, S. 511-546.

Stern, Klaus/ Sodan, Helge/ Möstl, Markus [Hrsg.], Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stern I, § Rn.).

Stober, Rolf/ Kluth, Winfried [Hrsg.], Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Verwaltungsrecht I, § Rn.).

Stöger, Karl, Gedanken zur institutionellen Autonomie der Mitgliedstaaten am Beispiel der neuen Energieregulierungsbehörden, Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 65, Heft 2, 2010, S. 247-267.

Streinz, Rudolf [Hrsg.], Beck'sche Kurz-Kommentare, EUV/AEUV, 3. Auflage, München 2018.

Terhechte, Jörg Philipp [Hrsg.], Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Auflage, Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: VwR der EU, § Rn.).

Theobald, Christian/ Kühling, Jürgen [Hrsg.], Energierecht, Band 1, Loseblattsammlung, Werkstand: 125. Auflage, Stand: Mai 2024, München (zit.: *Bearbeiter*, in: Theobald/Kühling, Bd. 1, § Rn.).

Dies. [Hrsg.], Energierecht, Band 2, Loseblattsammlung, 125. Auflage, Stand: Mai 2024, München (zit.: *Bearbeiter*, in: Theobald/Kühling, Bd. 2, § Rn.).

Ders./ Nill-Theobald, Christiane, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, München 2013.

Trute, Hans-Heinrich, Regulierung am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: Carl-Eugen Eberle/ Martin Ibler/ Dieter Lorenz [Hrsg.], Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002.

Tschentscher, Axel, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006 (zit.: *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S.).

Umbach, Dieter C./ Clemens, Thomas [Hrsg.], Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band II, C. F. Müller, Heidelberg, 2002.

Verhoest, Koen, Effects of Autonomy, Performance Contracting, and Competition on the Performance of a Public Agency: A Case Study, The Policy Studies Journal, Vol. 33, No. 2, 2005, S. 235-257.

Von Bogdandy, Armin/ Bast, Jürgen [Hrsg.], Europäisches Verfassungsrecht - Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Heidelberg 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Europ. VerfassungsR, S.).

Ders./ Cassese, Sabino/ Huber, Peter Michael [Hrsg.], Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V: Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge, Heidelberg 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: IPE V, § Rn.).

Ders./ Schill, Stephan, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 70, 2010, S. 701-734.

von Danwitz, Thomas, Was ist eigentlich Regulierung?, Die Öffentliche Verwaltung, Heft 23, 2004, S. 977-985.

Ders., Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin u. a. 2008 (zit.: *von Danwitz*, Europ. VerwR, S.).

Von der Groeben, Hans/ Schwarze, Jürgen/ Hatje, Armin [Hrsg.], Europäisches Unionsrecht, Band 1: Art. 1 bis 55 EUV, Art. 1 bis 54 GRC, Art. 1 bis 66 AEUV, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Bd. 1, Art. Rn.).

Dies. [Hrsg.], Europäisches Unionsrecht, Band 4: Art. 174 bis 358 AEUV, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Bd. 4, Art. Rn.).

von Hammerstein, Christian/ Isermeyer Roberta, Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur - BMWK legt Referentenentwurf zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 2. September 2021 vor, Mai 2023, abrufbar unter <https://raue.com/aktuell/branchen/energie-und-klimaschutz/energie/unabhaengigkeit-der-bundesnetzagentur-bmwk-legt-referentenentwurf-zur-umsetzung-des-eugh-urteils-vom-2-september-2021-vor/>, zuletzt abgerufen am 30.08.2024.

Von Weizsäcker, Christian, Energy economy and competition; Energiewirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift für Energiewirtschaft, Vol. 18, Heft 4, 1994, S. 197-201.

Voßkuhle, Andreas/ Eifert, Martin/ Möllers, Christoph [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: GVwR I, § Rn.).

Dies. [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: GVwR II, § Rn.).

Waechter, Kay, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem, Duncker & Humblot, Berlin 1994 (zit.: *Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation, S.).

Weißgärber, Kirsten, Die Legitimation unabhängiger europäischer und nationaler Agenturen, Baden-Baden 2016, (zit.: *Weißgärber*, Legitimation, S.).

Westermann, Eike, Legitimation im europäischen Regulierungsverbund, Zur demokratischen Verwaltungslegitimation im europäischen Regulierungsverbund für elektronische Kommunikation, Tübingen 2017 (zit.: *Westermann*, Legitimation, S.).

Weyer, Hartmut, „Normative Regulierung“ in der Kritik des EuGH, Klima und Recht, Heft 3, 2022, S. 83-87.

Ders., Die Anreizregulierung nach dem Regierungsentwurf zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben, Recht der Energiewirtschaft, Heft 8, 2023, S. 309-316.

Ders., Anreizregulierung in der Post-EuGH-Welt, Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 21, 2023, S. 1318-1325.

Wiedemann, Gerhard [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wiedemann, § Rn.).

Wiedemann, Richard, Unabhängige Verwaltungsbehörden und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur demokratischen Legitimation, in: Johannes Masing/Gérard Macrou [Hrsg.], Unabhängige Regulierungsbehörden, Tübingen 2010, S. 39-49.

Winter, Gerd, Kompetenzverteilung und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung, Europarecht, Heft 3, 2005, S. 255-276.

Winkler, Viktor, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 8.12.2011 - 1 BvR 1932/08, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Heft 3, 2012, S. 186-190.

Ders., Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 3, 2013, S. 156-160.

Wissmann, Martin/ Klümper, Mathias, Effizienter Rechtsschutz und Rechtsweg im künftigen Kommunikationsrecht, Kommunikation & Recht, Heft 2/2003, S. 52-58.

Wißmann, Hinnerk, Richterliche Kontrolldichte im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Zur Harmonisierung von Regulierungs- und Kartellrechtsordnung, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle [Hrsg.], Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 627-644.

Wittinger, Michaela, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, *Europarecht*, Heft 5, 2008, S. 609-627.

Wolff, Heinrich Amadeus/ Decker, Andreas [Hrsg.], *Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Studienkommentar*, C. H. Beck, 4. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Wolff/Decker*, § Rn.).

Zippelius, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, 12. Auflage, München, 2021 (zit.: *Zippelius*, *Methodenlehre*, S.).

50hertz/ Amprion/ Tennet/ TransnetBW, Stellungnahme der Übertragungsnetzbetreiber zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften (EnWG-Novelle) v. 03.07.2023, abrufbar unter https://www.transnetbw.de/_Resources/Persistent/6/d/a/c/6daca850ab2d2d0058dfd6a5fb3c42160fef0f6b/2023%2007%2003%204%C3%9CNB%20EnWG%20Novelle.pdf, zuletzt abgerufen am 30.08.2024 (zit.: *50hertz/Amprion/Tennet/TransnetBW*, Stellungnahme der ÜNB zum Gesetzentwurf der EnWG-Novelle, S.).