



Inhalt und Grenzen eines Handlungskonzepts der Verwaltung in Anwendung auf die Energieregulierung

Vortrag bei der Wissenschaftlichen Tagung
„20 Jahre Bundesnetzagentur“
(27.9.2018)

Professor Dr. Martin Burgi



Gliederung

- I. Regulierung als Handlungskonzept der Verwaltung
- II. Zur Sinnhaftigkeit eines sektorenübergreifenden
Regulierungsgesetzes
- III. Die Bundesnetzagentur: Eine Behörde – mehrere
Handlungskonzepte
- IV. Aufmerksamkeitsfelder einer ggf. europarechtlich geforderten
Rückführung der normengeleiteten Regulierung



I. Regulierung als Handlungskonzept der Verwaltung

1. Die verwaltungsrechtliche Perspektive

- Die Bundesnetzagentur ist ebenso eine Verwaltungsbehörde wie die zuständigen Regulierungsbehörden auf Landesebene und die Europäische Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER)
- „Regulierung“ ist kein dogmatischer, aber ein systembildender Begriff
- Der rechtsvergleichende Blick in die USA und die Beschäftigung mit der Institutionenökonomie liefert keine Ableitungen, bieten aber Inspirationsquellen für die wissenschaftliche Beschäftigung



- Zu unterscheiden sind Handlungskonzepte von
 - Instrumenten (hier: Entflechtung, Netzzugangskontrolle, Entgeltkontrolle (konkret durch die sog. Anreizregulierung), Missbrauchsaufsicht, Indienstnahmen und Ausschreibungen (vgl. z.B. § 65 Abs. 2a und § 13e Abs. 2 EnWG sowie MsbG). Die Ausschreibungsverfahren nach dem EEG sind bislang hingegen noch überwiegend Instrument anderer Handlungskonzepte (dazu III.).
 - Handlungsformen (Rechtsverordnungen, Verwaltungsakte, Verträge...)
 - Organisation
 - Verfahren



2. Kernelemente und Einsatzbedingungen

- Es handelt sich um ein Handlungskonzept der Verwaltung, dass sich von anderen Handlungskonzepten dem Inhalt nach wesensmäßig unterscheidet
- Kernelemente:
 - Primärziel: Herstellung (nicht nur Absicherung) eines gemeinwohlpflichtigen Wettbewerbs
 - Stets mitverfolgtes gemeinwohlbezogenes Sekundärziel: Gewährleistung der Versorgung mit den jeweils in Frage stehenden Dienstleistungen (hier: Energieversorgung) sowie deren Bezahlbarkeit
 - Gestalterischer Zugriff, hier v.a. durch „Festlegungen“ i.S.v. §§ 32 ARegV, 47 MsbG
 - Zuständigkeit einer Behörde und Unabhängigkeit jedenfalls gegenüber den Marktteilnehmern



- Einsatzbedingungen:
 - Jedenfalls in den bislang erfassten und in der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur liegenden Netzwirtschaften gegeben
 - Erstreckung auf weitere netzbezogene Sektoren (ÖPNV, Abfall und Abwasser) m. E. nicht möglich, da dort Herstellung von Wettbewerb nicht Primär-, sondern Sekundärziel
 - Erst recht fehlen die Einsatzbedingungen außerhalb des Wirtschaftsrechts, etwa in den Sektoren des Gesundheits- oder des Hochschulbereichs



3. Zusätzliche Elemente je nach Fachrecht; hier: Energierегulierungsrecht

- EU-Recht, EnWG, EEG, Verordnungen etc.
- Weitere Sekundärzwecke im Interesse des Gemeinwohls (vgl. § 1 EnWG)
 - Verbraucherefreundlichkeit
 - Umweltverträglichkeit
- Festlegung des Kreises der zum Einsatz kommenden Instrumente (vgl. oben)



- Funktionsadäquate Zuordnung einzelner Regelungen, Instrumente bzw. Handlungsformen zum Öffentlichen Recht bzw. zum Privatrecht
 - Aktueller Problemschwerpunkt: Billigkeitskontrolle von (behördlich genehmigten) Entgelten; *EuGH, 9.11.2017, C-489/15 betreffend Eisenbahnen*
 - Rechtswegzuweisung
- Reichweite des Drittschutzes
- Weitere Dimensionen von Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde (jenseits des Kernelements „Unabhängigkeit gegenüber den Marktteilnehmern“); dazu ausführlich IV.



II. Zur Sinnhaftigkeit eines sektorenübergreifenden Regulierungsgesetzes

- Erster Diskussionsschwerpunkt im Jahr 2006
 - Gutachten *Johannes Masing* für den 66. DJT befürwortet ein Allgemeines RegulierungsG mit den Inhalten Behördenorganisation mit relativer Unabhängigkeit, allgemeine materiell-rechtliche Regeln über die Instrumente und das Ermessen, Verfahrensregeln und Rechtsschutz. Er nennt im wesentlichen drei Gründe: Substantielle Verbesserung und konsequentere Durchsetzung und Ausgestaltung des Regulierungskonzepts; Systematische Konsistenz; Hoffnung auf Synergieeffekte bei der Bundesnetzagentur.
 - Kritik, u.a. bei *Säcker*, AöR 130 (2005), 180; *Burgi*, NJW 2006, 2439 ff.



- Neuere Impulse zugunsten eines sektorenübergreifenden Regulierungsgesetzes im Umfeld des Jubiläums der Bundesnetzagentur und mit dem (neuen) Anliegen, die ausufernde Komplexität eindämmen zu können
- Neuerliche kritische Reflexion
 - Weiterhin schwierige politische Rahmenbedingungen für die „Kodifikationsidee“, zumal im hier bestehenden Mehrebenen-System
→ Wenn, dann müsste die EU Urheber einer sektorenübergreifenden Regulierungsrichtlinie sein



- **Kodifikationsfähigkeit**, d.h. sind gleiche Problemlagen gleich geregelt bzw. ohne Sachgrund nicht gleich geregelt?
 - Unverändert teilweise sehr unterschiedliche Marktstrukturen (Zahl der Netzbetreiber, Wettbewerb im Netz/Wettbewerb um Netze)
 - Einsatz des Handlungskonzepts „Regulierung“ mit jeweils unterschiedlicher Reichweite (dazu näher III; im Telekommunikationsrecht etwa findet teilweise bereits ein Abrücken vom Wettbewerb als „Gemeinwohlgaranten“ statt (*Ludwigs*), so bei der Diskussion um den Einsatz von Vectoring und der Vergabe der 5G-Mobilfunknetze)
 - Sachlich bedingt teilweise unterschiedliche Sekundärziele



- Die Handlungsermächtigungen gegenüber den (grundrechtsgeschützten) Betroffenen müssten notwendigerweise (noch) abstrakter und damit auch unbestimmter werden
- Beim Verfahren gibt es mit dem VwVfG bereits eine übergreifende Kodifikation
- Organisation: teilweise sachlich bedingte unterschiedliche Ausgestaltung der Unabhängigkeit (dazu noch IV)



➤ **Kodifikationsbedürftigkeit**

- Wird eine kritische Masse von Vorschriften erreicht?
- Ist der Vollzugspraxis der Umstellungsaufwand zumutbar bzw. wird er durch entsprechende Vorteile gerechtfertigt?
- **Fazit:** Komplexität würde eher nicht reduziert, falls ja, dann um den Preis erhöhter Abstraktheit und neuer Zuordnungsprobleme zwischen dann bestehendem übergreifenden Regulierungsgesetz und unverändert notwendigerweise teilweise fortbestehendem Fach-Regulierungsgesetz.
- Selbstverständlich: Sektorenübergreifende Reflexion in Vollzugspraxis, Rechtsprechung und Wissenschaft gewinnbringend
- Eher nachdenkenswert: Ein Energiegesetzbuch, das EnWG, EEG, WindSeeG etc. zusammenfasst



III. Die Bundesnetzagentur: Eine Behörde – mehrere Handlungskonzepte

- „Alles Regulierung, oder was“: Tagungstitel und Organisationsplan der Bundesnetzagentur lassen einen Gleichklang vermuten
- Gefahr der schleichenden Ausdehnung von regulierungsspezifischen Elementen wie (teilweise) Weisungsfreiheit, Regulierungsermessen etc. Ferner Gefahr, dass eher marktwirtschaftlich orientierte Lösungsansätze neuen rechtspolitischen Herausforderungen gegenüber erst gar nicht in den Blick geraten



- Entscheidend ist allein, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber (vielfach in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben) die Bundesnetzagentur mit der Bewältigung des Handlungskonzepts „Regulierung“ betraut hat. Er ist ferner frei darin, sie auch mit dem Vollzug anderer Handlungskonzepte zu betrauen, soweit die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG (Eignung für eine zentrale Aufgabenerledigung) erfüllt sind



- Einzelne ausgewählte andere Handlungskonzepte mit Zuständigkeiten der Bundesnetzagentur:
 - **Wirtschaftsüberwachung:** Pflicht zur Anzeige der Energiebelieferung von Haushaltskunden (§ 5 EnWG), Zertifizierung nach §§ 4a ff. EnWG (mit § 44 Abs. 1 EnWG) sowie neuerdings nach den §§ 5 und 6 der LadesäulenVO.
Spannende Frage: Welches Handlungskonzept wird beim weiteren Ausbau der Elektromobilität (siehe Koalitionsvertrag) verfolgt?
 - **Kartellüberwachung:** Eindeutige Tendenz zur Verdrängung durch das Handlungskonzept der Regulierung (vgl. § 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG) daneben bestehen noch einzelne Kompetenzen der Kartellbehörden (v.a. betreffend §§ 1 und 35 ff. GWB sowie das EU-Kartellrecht).



- **Wirtschafts- und Umweltförderung:** EEG und WindSeeG in den jeweiligen Grundelementen. Primärziel ist hier nicht die Gestaltung oder Herstellung von Wettbewerb, sondern der Umbau des Gesamtsystems im Interesse der verstärkten Umweltverträglichkeit (die nach § 1 Abs. 1 EnWG ja nur ein Sekundärziel ist). Der Ausschreibungsmechanismus zur Ermittlung der Vergütungshöhe ist mithin kein Regulierungsinstrument, sondern ein Instrument der Wirtschafts- und Umweltförderung. In dem Maße, in dem aber wettbewerbliche Verhältnisse auch im Hinblick auf den Umgang mit erneuerbaren Energien geschaffen werden sollen, nehmen die Überschneidungen mit dem Regulierungskonzept zu (vgl. explizit § 2 Abs. 2 EEG: „dieser Ausbau soll stetig, kosteneffizient und netzverträglich erfolgen“).



- **Planung und Ausbau von Netzen:** Die projektbezogenen Planfeststellungsbeschlüsse für konkrete Leitungsvorhaben folgen dem Handlungskonzept der Planung, nicht dem der Regulierung. Überschneidungen mit dem Handlungskonzept der Regulierung bestehen aber insoweit, als das Sekundärziel der Versorgungssicherheit betroffen ist (d.h. bei der Bedarfsplanung für den Ausbau des Übertragungsnetzes, das mit dem Regulierungsinstrument des Netzentwicklungsplans verknüpft ist (vgl. §§ 12 a ff. EnWG). Die hier eröffneten Entscheidungsspielräume speisen sich mithin aus zwei verschiedenen Quellen.



- Vergewisserungen im Hinblick auf **etwaige künftige Aufgaben**:
Mehr Markt oder mehr Staat? Einsatz des Handlungskonzepts
Regulierung oder anderer Handlungskonzepte?
- Einbeziehung auch der Energieerzeugung in ein System der
staatlich induzierten Bedarfsfeststellung und -festlegung
(„Energieerzeugungsentwicklungsplan“; *Hermes*) über die bisherige
Erfassung der Energieerzeugungsanlagen im Umfang ihrer
Netzdienlichkeit hinaus?
- Ausbau der sog. Sektorenkopplung (Strom, Gebäude und Mobilität),
insbesondere in Verbindung mit Speichertechnologien?
- Jenseits der Energie- und der Telekommunikationsregulierung:
Weiterentwicklung zur Digitalagentur?



IV. Aufmerksamkeitsfelder einer ggf. europarechtlich geforderten Rückführung der normengeleiteten Regulierung

1. Das aktuelle Vertragsverletzungsverfahren

- Klage der EU-Kommission gegen Deutschland laut Pressemitteilung vom 19. Juni 2017. Beruhend auf der mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 28.04.2016 (C (2016) 2328 final). U.U. kommt noch ein Vorabentscheidungsersuchen des BGH (befasst nach Rechtsbeschwerde gegen OLG Düsseldorf, B. v. 26.04.2018 (VI-5 Kart 2/16) hinzu.



- Zentrale Vorwürfe der Kommission
 - § 24 Abs.1 EnWG (der die Grundlage erheblicher Teile von ARegV, Strom- und GasNEV sowie Strom- und GasNZV bildet) bewirke die Zuweisung direkter Regulierungszuständigkeiten an die Regierung (als Verordnungsgeber) statt an die Nationale Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur). Die Ermächtigung beziehe sich nicht auf den Erlass „allgemeiner politischer Leitlinien“ i.S.v. Art. 35 Abs. 4 Buchst. b) Ziffer ii) der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Art. 39 Abs. 4 Buchst. b) Ziffer ii) der Richtlinie 2009/73/EG.
 - Dass der Regierung Zuständigkeiten in Bezug auf die Festlegung von Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Methoden zur Bestimmung der Entgelte und für die Erbringung von Ausgleichsleistungen zugewiesen seien, ermögliche der Regierung „höchst detaillierte Anweisungen“ und schmälere die Befugnisse der Regulierungsbehörde (Rdnr. 84).



- Nachfolgend sei unterstellt:
 - Der EuGH würde feststellen, dass die betroffenen Festlegungen nicht durch die Regierung in Verordnungen getroffen werden dürfen, also gegen die sekundärrechtlichen Vorschriften der Art. 37 Abs. 1 und 6 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Art. 41 Abs. 1 und 6 der Richtlinie 2009/73/EG verstoßen wird.
 - Der EuGH würde den sog. Grundsatz der organisatorischen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten als noch gewahrt ansehen.
- Die nachfolgenden Ausführungen reflektieren über die Neujustierung der Kompetenzen von Parlamentsgesetzgeber und Bundesnetzagentur, auch vor dem Hintergrund der anderen Dimensionen von Unabhängigkeit. Daraus mögen sich auch Argumente mit Relevanz für die laufenden Verfahren ergeben.



2. Normengeleitete statt rein administrative Regulierung

- Dimensionen der Unabhängigkeit
 - Behörde – Marktteilnehmer
 - Behörde – Regierung (Exekutivspitze)
 - Betreffend Ernennung, Amtszeit, Zusammensetzung
 - Umgang mit Weisungen (In Deutschland: Veröffentlichungspflicht nach § 61 EnWG; Beschlusskammernsystem; erforderlichenfalls EU-rechtskonforme Auslegung, dahingehend, dass nur Rechtsaufsicht erlaubt, möglich.)
 - Behörde – Legislative (Parlament bzw. Regierung; darum geht es im Vertragsverletzungsverfahren; daher näher 3. und 4. Bislang wurde dies vergleichsweise seltener diskutiert.)



➤ Behörde – Judikative (Regulierungsermessens bzw. Beurteilungsspielraum/gerichtliche Kontrolldichte)

Ein die normengeleitete Regulierung verwerfendes EuGH-Urteil hätte auf dieses Thema m. E. keine Auswirkungen. Der insgesamt bestehende Spielraum würde lediglich anders aufgeteilt, und zwar zwischen Regierung und Bundesnetzagentur. Dadurch dass die dann teilweise an die Stelle bisheriger Verordnungen tretenden Festlegungen der Bundesnetzagentur angefochten werden könnten, würde sich u.U. die Rechtsschutzsituation sogar verbessern können.



- Gründe für das Konzept der normengeleiteten Regulierung
 - Rechtssicherheit, insbesondere für die Marktteilnehmer, auch aufgrund einer vermeintlich reduzierten Zahl gerichtlicher Auseinandersetzungen, die überdies erhebliche Kapazitätsprobleme aufwerfen dürften
 - Vollziehbarkeit
 - Verfassungskonformität, in dem Umfang, in dem das Konzept der normengeleiteten Regulierung eine zwingende Reaktion auf entsprechende Vorgaben (s. zu ihnen sogleich 3.) darstellt. Entstehungsgeschichtlich ist das Konzept explizit zwecks „Einhegung“ der verfassungsrechtlich prekären Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur entwickelt worden.



3. Partielle Überführung auf die Ebene des Parlamentsgesetzes

- Stellungnahme EU-Kommission
 - *„Damit gewährleisten die Richtlinien ..., dass die NRB in dem vom EU-Gesetzgeber festgelegten Zuständigkeitsbereich die ihr vom EU-Gesetzgeber zugewiesenen Aufgaben wahrnimmt. Weitere Vorgaben auf nationaler Ebene in Bezug auf die Erfüllung der Aufgaben der NRB (**sei es in Form von Gesetzen, Verordnungen oder sonstigen Vorschriften**) sollten nicht ... zur Verletzung der der NRB durch die Richtlinien zugewiesenen ausschließlichen Zuständigkeiten führen.“ (Rdnr. 91 Erster Teil)*



- *„**Auch wenn zusätzliche Präzisierungen** dieser Art (über das hinausgehend, was in der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen ist; der Verf.) aufgrund der Gewaltenteilung **erforderlich sein mögen**, erscheint die Tatsache, dass die fraglichen Verordnungen von der Regierung erlassen werden, die selber Teil der Exekutive ist, und damit den verfassungsrechtlichen Beschränkungen des Grundsatzes der Gewaltenteilung (die die Grundlage des § 24 EnWG bilden) unterliegt, schwer zu rechtfertigen. Indem der nationale Gesetzgeber entschieden hat, der Regierung die betreffende Zuständigkeit zu erteilen, hat er anscheinend auch anerkannt, dass die Gewaltenteilung die Festlegung derart detaillierter Anforderungen in Rechtsakten, die von der Exekutive erlassen werden, nicht verhindert.“ (RdNr. 91, zweite Hälfte).*



- Mit Blick auf die bisherige EuGH-Rechtsprechung
 - Zum Telekommunikationsrecht: Explizite Aufgabenzuweisung an die Regulierungsbehörde; daher darf der nationale (Parlaments-)Gesetzgeber die entsprechenden Entscheidungen nicht treffen (3.12.2009, C-424/07; vgl. ferner (schon relativierend) 6.10.2010, C-389/08, wonach die Überantwortung bestimmter normativer Regelungen an den parlamentarischen Gesetzgeber nicht von vornherein ausgeschlossen sei. Beachte: Im Telekommunikationsrecht besteht ein teilweise anderer Gesamtzusammenhang, insbesondere steht dort oftmals die Beurteilung der Regulierungsbedürftigkeit von Märkten als solche infrage.
 - Zum Energierecht: EuGH, 29.10.2009, C-474/08 (noch zu den Richtlinien 2003). Die Definition wichtiger Bedingungen für die Netzentgeltberechnung hätte nicht dem belgischen König zugeordnet werden dürfen.



- **Grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt** (m. E. spezifischer und zutreffender als der Hinweis auf die „Gewaltenteilung“)
 - Grundrechtseingriffe müssen nach Inhalt und Voraussetzungen möglichst bestimmt sein.
 - Immerhin ergeben sich wichtige Vorgaben aus der ja durch Gesetz umzusetzenden Richtlinie.
 - Der grundrechtliche Vorbehalt reicht aber weiter als die bloße Notwendigkeit der Richtlinienumsetzung, d.h. ein kompletter Rückzug der Legislative aus der Regulierung wäre verfassungsrechtlich problematisch.



- **Gebot der demokratischen Legitimation** in sachlicher Hinsicht
 - Stark diskutiert wird seit jeher das Element der Weisungsfreiheit
 - Das zweite Element des Legitimationsgebots (sachlich der Weisungsfreiheit vorgelagert) ist aber das der Gesetzesbindung
 - Auch hier wird ein Teil dieses Erfordernisses durch die durch Gesetz umzusetzenden Richtlinienvorgaben erfüllt
 - Die auf das Parlament zielende Anforderung an die Gesetzesbindung geht aber wiederum weiter, d.h. auch hier kommt kein kompletter Rückzug der Legislative in Betracht, weil andernfalls das erforderliche „Legitimationsniveau“ nicht mehr gewährleistet wäre.



- Käme es zu einer Entweder/Oder-Entscheidung, würde sich aus Art. 79 Abs. 3 GG (entgegen teilweise zu lesender Behauptungen) allerdings keine Grenze gegenüber dem dann durchsetzungsstärkeren Europarecht ergeben können.
- U.U. müsste zwecks Kompensation in Deutschland ein Ausbau der parlamentarischen Kontrolle der Bundesnetzagentur in Erwägung gezogen werden.



4. Neujustierung der administrativen Handlungsbefugnisse

- Jedenfalls übergangsweise Übernahme der bisherigen Verordnungsinhalte durch die Bundesnetzagentur in rasch zu erlassenden Festlegungen
- Weitere Ausdifferenzierung der Handlungsform der „Festlegung“, und zwar nach dem Grad der Allgemeinheit
- Darauf abgestimmte Bestandskraft-, Präklusions- und Rechtsschutzregelungen



20 Jahre – Und schon ganz schön weise!