Bundesnetzagentur und Energiepolitik

Bedeutung und Perspektiven des EuGH-Urteils zur Unabhängigkeit der Behörde

Hermann Lüken genannt Klaßen, Luisa Maschlanka

Zusammenfassung
Nationale Regulierungsbehörden nehmen mit ihren Entscheidungen direkt und indirekt Einfluss auf die weitere Integration des europäischen Binnenmarktes. Entsprechend stellt die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden eine wichtige Voraussetzung für die Durchsetzung eines level playing field dar. Der Artikel erläutert die Folgen des EuGH Urteils (C-718/18, 02.09.2021), das bei der Bundesnetzagentur (BNetzA) eine mangelnde Unabhängigkeit von staatlichen Stellen feststellt, was im Widerspruch zu den Bestimmungen der Europäischen Energiemarktrichtlinien steht. Die Diskussion um die Unabhängigkeit wird anhand des Einflusses der Behörde auf die Regulierung der leitungsgebundenen Infrastruktur dargestellt. Eine wie im Urteil geforderte Erweiterung des Gestaltungsspielraums kollidiert allerdings mit der deutschen Verwaltungspraxis, die einen solchen Grad an Unabhängigkeit nicht vorsieht.

Einleitung
Die Bundesnetzagentur gewinnt durch die aktuellen energiepolitischen Herausforderungen an Aufmerksamkeit

Mit der aktuellen Diskussion um die Sicherung der deutschen und europäischen Energieversorgung steht die Bundesnetzagentur (BNetzA) zunehmend im Fokus der Öffentlichkeit. So wies das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) die BNetzA Ende Februar an, das Verfahren für die Zertifizierung der umstrittenen Gaspipeline Nord Stream 2 zu stoppen (BMWK 2022a). Anfang April setzte das BMWK die BNetzA darüber hinaus vorübergehend als Treuhänderin für die Gazprom Germania Gruppe ein (BMWK 2022b). Die Kompetenzen der BNetzA bei

Hermann Lüken genannt Klaßen,
Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für das politische System der BRD, Georg-August-Universität Göttingen

Luisa Maschlanka,
Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für das politische System der BRD im Kontext europäischer Mehrebenenpolitik, Universität Osnabrück

Gesellschaft • Wirtschaft • Politik (GWP) 71. Jahrg., Heft 2/2022, S. 168-178 www.budrich-journals.de
https://doi.org/10.3224/gwp.v71i2.06

der Folgenabschätzung eines Gas-Embargos und der Ausarbeitung eines möglichen Abschaltplans spielen ebenfalls eine Rolle in den Diskussionen um mögliche nächste Schritte (Flauger et al. 2022). Weitere Aufmerksamkeit bekommt die BNetzA schon seit Längerem durch ihre Rolle bei der Stromtrassenplanung und insbesondere der Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung (Fink und Ruffing 2015).

Die BNetzA ist dabei keineswegs nur im Strom- und Gasbereich tätig, sondern ist als „Superregulierer" (Döhler 2007: 205) auch für weitere Bereiche der öffentlichen Infrastruktur wie dem Telekommunikations-, Post- und Eisenbahnensektor zuständig. Diesen Bereichen ist zu eigen, dass sie auf Infrastrukturen angewiesen sind, die sogenannte „natürliche" Monopole darstellen. Aus Gründen der Effizienz ist es in der Regel nicht praktikabel mehrere parallellaufende Schienen-, Gas-, und Stromnetze zu betreiben. Der jeweilige Monopolist ist damit aufgrund seiner Position keinem direkten Wettbewerbsdruck ausgeliefert und damit auch keinem Preisbildungsmechanismus. Um den Wettbewerb zu sichern, muss der diskriminierungsfreie Zugang zu dieser Infrastruktur daher von einer unabhängigen Stelle gewährleistet werden. Damit kommt der BNetzA eine gestalterische Rolle zu, da sie nicht nur ex post in den Markt eingreift, um Missbrauch von Monopolstellung zu ahnden, sondern darüber hinaus den Markt, den sie reguliert, ex ante – durch die Festsetzung der Zugangsbedingungen sowie der Preisregulierung – zunächst einmal schafft (Döhler 2007: 205ff.)

Der von der BNetzA beschlossene Regulierungsrahmen beeinflusst darüber hinaus auch den Ausbau und die Regulierung nationaler und grenzüberschreitender Strom- und Gasleitungen und trägt damit wesentlich zur Schaffung eines integrierten europäischen Energiebinnenmarktes bei. Zudem ist die BNetzA direkt verantwortlich für die Überprüfung und Durchsetzung der europäischen Energiemarktrichtlinien, die vor allem auf die Beseitigung weiterer Markthemmnisse abzielen.

Die Schaffung eines vollständig integrierten Binnenmarkts für Strom- und Gas ist eine Hauptpriorität der Europäischen Kommission. Diese hatte bereits nach der Annexion der Krim durch Russland in ihrem Paket zur Energieunion (2015) neben den Effizienzgewinnen auch den Beitrag eines solchen Binnenmarktes für die Systemsicherheit hervorgehoben. Dieser würde mehr Resilienz im Falle möglicher Versorgungsengpässe bieten und vor zu hoher Abhängigkeit von autoritären Regierungen schützen (Europäische Kommission 2015).

Der deutsche Energiemarkt ist stark durch Europäische Gesetzgebung geprägt, was auch bei der konfliktreichen Entstehung der BNetzA eine entscheidende Rolle spielte. Einerseits mussten die Anforderungen der zweiten Energiemarktrichtlinie (2003/54/EG) an die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde umgesetzt werden, andererseits wollten Politiker und Ministerialverwaltung ihren Einfluss auf die Behörde aufrechterhalten (Döhler 2007: 107). Nachdem die Gründung einer neuen Behörde als zu zeitaufwendig erachtet wurde (Döhler 2007: 203) stand die Ausweitung der Kompetenzen des Bundeskartellamtes (BKartA) im Raum. Dieses erwies sich jedoch aufgrund seines Profils als unpassend, da das BKartA hauptsächlich über Kompetenzen im Bereich der ex-post Regulierung, also der nachträglichen Kontrolle zur Verhinderung missbräuchlichen Verhaltens von Marktteilnehmern verfügt, während die Behörde für den Energiemarkt gestalterisch, also ex-ante in den Markt eingreifen soll

(Grashof 2007). Schlussendlich konnte sich das damalige Bundeswirtschaftsministerium durchsetzen, das sich für die Übertragung von Kompetenzen im Energiebereich auf die 1998 gegründete Regulierungsbehörde Telekommunikation und Post (RegTP) eingesetzt hatte (Grashof 2007). Im Zuge dieser Entscheidung wurde die BNetzA 2005 gegründet.

Als schlichte Bundesoberbehörde ist die BNetzA im Geschäftsbereich des BMWK und des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr (BMDV) angesiedelt (Döhler 2007: 55). Die BNetzA besteht aus neun Beschlusskammern, Fachabteilungen, einem Präsidenten und einem Beirat (Gärditz 2010). Während die weisungsgebundenen Fachabteilungen den Beschlusskammern zuarbeiten, werden in Letzteren alle Entscheidungen in einem gerichtsähnlichen Verfahren gefällt (Döhler 2007: 108ff.). Die Besetzung der Beschlusskammern geht vom BMWK aus und die Beamten müssen hohe Anforderungen erfüllen, z.B. dürfen sie keine materiellen Interessenkonflikte aufweisen (Ruffing 2014). Allgemeine Weisungen des BMWK an die BNetzA müssen veröffentlicht werden, während Einzelweisungen grundsätzlich als nicht zulässig gelten (Döhler 2007: 207ff.). Institutionell verfügt die BNetzA damit über eine im deutschen System vergleichsweise hohe politische Unabhängigkeit, da Weisungen an Berichtspflichten geknüpft sind und Entscheidungen in einem quasimikrodemokratischen Verfahren getroffen werden (Döhler 2007: 205ff.). Aufgrund ihrer Autonomie und ihrer hohen Kapazität – die BNetzA zählt ca. 2.900 Mitarbeiter – hat sich die BNetzA einen Ruf als „technische Behörde" mit einem hohen Maß an Expertise (Fink und Ruffing 2020) sowie einem starken Gestaltungswillen auf europäischer Ebene (Rumpf 2020), erarbeitet.

Angesichts der hohen formalen Unabhängigkeit der Behörde mag es daher überraschend wirken, dass der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) im September 2021 urteilte, dass die BNetzA nicht unabhängig genug von politischen Stellen sei (C-718/18). Dies betreffe vor allem die von der Bundesregierung verabschiedeten Rechtsverordnungen, die dem Handeln der BNetzA einen engen Spielraum setzen, z.B. bei der Bestimmung der Netzentgelte, die die Netzbetreiber von den Produzenten für die Durchleitung des Stroms verlangen können[1]. Das Urteil gilt aufgrund der ihm zugeschriebenen Wirkung auf die zukünftige Regulierung des Energiemarktes sowie auf die Verwaltungspraxis insgesamt als wegweisend, konkrete Schritte der Bundesregierung das Urteil umzusetzen, stehen jedoch noch aus.

Im Folgenden soll das Urteil sowie seine Bedeutung für die zukünftige Energiemarktregulierung diskutiert werden. Zunächst wird ein Überblick über das Urteil gegeben. Anschließend wird das Urteil in den Kontext der Schaffung eines Europäischen Strombinnenmarktes gesetzt, um die Beweggründe hinter dem Vertragsverletzungsverfahren zu verstehen. Daraufhin werden die bisherigen Kompetenzen und die Regulierungspraxis der BNetzA im Energiebereich beschrieben und den Anforderungen des Urteils gegenübergestellt. Hier wird u.a. auf den Einfluss der BNetzA auf die Bestimmung der Netzentgelte abgestellt. Davon ausgehend wird erläutert, warum das Urteil über die BNetzA hinaus eine besondere Bedeutung für die deutsche Verwaltungspraxis hat. Abschließend werden mögliche Auswirkungen für die deutsche Energiemarktregulierung skizziert.

Das EuGH-Urteil zur Unabhängigkeit der BNetzA im Überblick

Noch am Tag der Urteilsveröffentlichung wurde die Entscheidung des EuGHs als wegweisend für die Energiemarktregulierung und die Verwaltungspraxis in der Bundesrepublik stilisiert. Einerseits wurde gewarnt, dass der Gesetzgeber nun wichtige politische Steuerungsmöglichkeiten im Bereich der Energiepolitik aus der Hand geben würde (Laubenstein 2021) oder das Unternehmen mit weniger Planungssicherheit für den Stromnetzausbau rechnen müssten (VKU 2021). Andererseits äußerten sich auch vorsichtig positive Stimmen, demnach sich die Qualität der Regulierungsentscheidungen nun verbessern könnte (Staiger und Pfrommer 2021).

Das Urteil zielt im Kern auf die verwaltungsrechtliche Praxis der n*ormativen Vorstrukturierung* ab. Gemäß dieser Praxis ist der Gesetzgeber befugt, den Spielraum der Verwaltung durch Rechtsverordnungen einzuschränken. Im Falle der BNetzA geht es um Rechtsverordnungen, die von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates verabschiedet werden. Dies soll eine durchgängige Legitimationskette, also die Möglichkeit, alle Entscheidungen auf das Volk zurückführen zu können, gewährleisten. Die Europäische Kommission kritisierte in ihrer Anklage, dass diese Praxis allerdings die Fähigkeit der BNetzA, Entscheidungen unabhängig von der Politik zu treffen, einschränke und damit eine Verletzung der Zuständigkeiten darstelle, die die Behörde durch die Energiemarktrichtlinie (2009/72/EG), übertragen bekommen hat. Gemäß Art. 37(6) der Richtlinie muss die Regulierungsbehörde die Methoden zur Berechnung oder die Bedingungen für den Zugang zu den Stromnetzen festlegen können. Dabei müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 35(4) sicherstellen, dass die Regulierungsbehörde ihre Entscheidungen selbstständig und unabhängig von allen politischen Stellen treffen kann. Dies stehe laut der Europäischen Kommission aber im Widerspruch zu §24 (1) des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG). Dieser ermächtigt die Bundesregierung, durch Zustimmung des Bundesrates, die Bedingungen für den Netzzugang sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang festzulegen und zu regeln, unter welchen Bedingungen die BNetzA diese Bedingungen und Methoden festlegen, genehmigen oder untersagen kann. Gemäß der Europäischen Kommission mache die Bundesregierung der BNetzA damit zu konkrete Vorgaben, die die BNetzA zu einem ausführenden statt regelgebenden Organ reduzieren, was im Widerspruch zu Europäischem Recht stehe.

Zu ihrer Verteidigung argumentierte die Bundesregierung, dass europäische Gesetzgebung zur Energieregulierung zu unkonkret sei, wodurch die Gefahr bestünde, dass die Regulierungsbehörde in ihrem Handeln nicht mehr ausreichend an den Willen des Volkes gebunden sei. Im Sinne des Demokratieprinzips müsse der Gesetzgeber das Handeln der Regierungsbehörde zur Wohlfahrtsmaximierung steuern können. Dabei beruft sich die Bundesregierung auch auf das Prinzip der Verfahrensautonomie, wonach die Mitgliedstaaten europäisches Recht gemäß ihren nationalen Rechtsprinzipien durchführen, sofern es diesbezüglich keine europäischen Regelungen gibt.

Der EuGH gab in seinem Urteil der Europäischen Kommission Recht, nachdem die BNetzA gemäß der Energiemarktrichtlinie *mindestens* in der Lage sein müsse, die Entgelte oder die Methoden für die Entgelte für den Netzzugang nach eigenem Er-

messen festzulegen. Dies sei nach Ansicht des EuGHs auch aus demokratischer Sicht zu vertreten, da EU-Gesetzgebung ebenfalls demokratischen Prinzipien unterliege und die Richtlinie vom europäischen Gesetzgeber verabschiedet wurde. Darüber hinaus seien die übertragenen Zuständigkeiten eher technischer Natur und die BNetzA unterliege in ihrem Handeln weiterhin den geltenden Gesetzen und der richterlichen Überprüfung ihrer Entscheidungen. Des Weiteren müsse die BNetzA unabhängig von Parteienstreit und insbesondere wechselnden Mehrheiten sein, um ihr Handeln an langfristigen Zielen ausrichten zu können. Dies solle sicherzustellen, dass die Entscheidungen wirklich unparteiisch und nichtdiskriminierend sind. Die Unabhängigkeit der Behörde von politischen Stellen und damit von der mit der politischen Mehrheit verbundenen Macht, wird damit als Garant für die effektive Durchsetzung und Anwendung des Unionsrechts und damit zur Vollendung des Binnenmarkts deklariert.

Eine effektive Durchsetzung europäischer Energiemarktrichtlinien hängt von den nationalen Regulierungsbehörden ab

Da die Umsetzung europäischer Gesetzgebung in den Händen der Mitgliedstaaten liegt, stehen der Europäischen Kommission nur begrenzte Möglichkeiten zur Verfügung, in den Umsetzungsprozess einzugreifen und zu kontrollieren, dass Europäisches Recht auch gemäß den Intentionen der Europäischen Institutionen angewendet und durchgesetzt wird. Indem die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden gefordert wird, wird jedoch eine Einflussnahme durch nationale Regierungen und Marktteilnehmer erschwert.

Bereits in den 1980er Jahren argumentierte die Europäische Kommission, dass die Schaffung eines Energiebinnenmarktes nur gelingen könne, wenn nationale Monopole der Energieversorgung aufgebrochen, die fragmentierte Energiemarktregelung beendet sowie Investitionen in grenzüberschreitende Infrastruktur getätigt würden (Meeus und Reif 2020).

Die Regulierung der Übertragungsnetze spielen in den Plänen der Kommission eine zentrale Rolle, um gleiche Wettbewerbsbedingungen (level playing field) im Strommarkt durchzusetzen. Deren Regulierung gilt als eine Vorbedingung für einen Strombinnenmarkt, bei dem grenzüberschreitender Wettbewerb in der Stromerzeugung und dem Stromverkauf zu niedrigen Preisen und mehr Systemsicherheit führen soll (Europäische Kommission 2015). Der Zugang zum Netz muss daher diskriminierungsfrei sein und die noch vertikal integrierten Unternehmen „entflochten" werden, was die Trennung von Verkauf, Erzeugung und Transport innerhalb eines Unternehmens meint. Stromerzeuger sollen so daran gehindert werden, Wettbewerber den Zugang zu ihren Netzen zu erschweren, was ein großes Hindernis für die weitere Marktintegration darstellt (Europäische Kommission 2007). Insbesondere Länder mit vertikal integrierten Energieunternehmen scheinen den Schutz der heimischen Wirtschaft über die Integration des Strommarktes zu stellen, indem unzureichend in grenzüberschreitende Infrastruktur investiert (Supponen 2011) und ausländische Stromflüsse zu Gunsten nationaler Stromflüsse diskriminiert werden (Rumpf 2020).

Aufgrund des Widerstands der Mitgliedstaaten erfolgte die Liberalisierung der nationalen Energiemärkte in einem schrittweisen Prozess. Während es den Mitgliedstaaten mit der Verabschiedung des ersten Energiemarktpaketes (1996) beispielsweise noch freistand, sich zwischen einem regulierten Netzzugang auf Basis von durch eine Regulierungsbehörde veröffentlichten Netzentgelten und einem verhandelten Netzzugang, in dem die Marktteilnehmer in bilateralen Verhandlungen mit den Netzbetreibern treten (Eberlein 2001), zu wählen, fiel Letzteres mit dem zweiten Energiemarktpaket (2003) weg. Seit 2005 müssen demnach die Netzentgelte und die Methoden für den Netzzugang durch eine Regulierungsbehörde – in Deutschland also die BNetzA - genehmigt werden, die unabhängig von der Energiewirtschaft sein soll. Die Zuständigkeiten dieser Behörde sowie deren Unabhängigkeit wurden mit dem dritten Energiemarktpaket (2009) weiter verschärft. Fortan müssen Regulierungsbehörden ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben, rechtlich getrennt und funktional unabhängig von privaten *und* öffentlichen Einrichtungen sein und damit unabhängig von allen politischen Stellen Entscheidungen treffen können (Art. 35 (4) Richtlinie 2009/72/EG).

Die Unabhängigkeit dieser Behörden in Ausübung ihrer Kompetenzen ist für die Europäische Kommission damit sehr wichtig, denn diese Behörden überwachen nicht nur die vertragsgemäße Umsetzung der Entflechtungsvorgaben, sondern auch die Höhe der Netzentgelte und bestimmen damit wie stark der Wettbewerb durch Marktmacht eingegrenzt werden kann und welche Gelder für den (grenzüberschreitenden) Netzausbau zur Verfügung stehen.

Die Umsetzung des Urteils wird die Kompetenzen der BNetzA im Energiebereich stärken

Im Energiesektor soll die BNetzA neben der Wahrung der Systemsicherheit, dem Verbraucherschutz und der Marktintegration auch für die Förderung der erneuerbaren Energien sorgen. Die BNetzA ist dabei nur für Stromnetzbetreiber mit über 100.000 Stromkunden verantwortlich, während die Überwachung kleinerer Unternehmen den Landesbehörden obliegt, die aber in vielen Fällen über das Instrument der Organleihe ihre Regulierungsaufgaben an die BNetzA abgetreten haben.

Mit Blick auf die Regulierung der Netzinfrastruktur und der Energieunternehmen ist die BNetzA für die Überwachung und Genehmigung der Netzentgelte verantwortlich und bepreist in diesem Zusammenhang auch die Instandhaltung der Netze. Im Kontext des Verbraucherschutzes überwacht und bewertet sie das Qualitätsniveau im Energiesektor und übernimmt die Missbrauchsaufsicht. Aufbauend auf der Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV) regelt sie darüber hinaus die Bedingungen für die Einspeisung von elektrischer Energie, was etwa die Ausschreibung und Entgeltbildung für netzstabilisierenden Maßnahmen (Regelleistung) umfasst.

Im Gegensatz zum Stromverkauf und -vertrieb, stellt das Stromnetz ein natürliches Monopol dar. Natürliche Monopole müssen reguliert werden, weil sich hier kein Marktpreis ergibt, sondern die Preise von einem Monopolisten gesetzt werden müs-

sen. Das Dilemma besteht darin, dass der Monopolist die geringsten Kosten bei der Bereitstellung des Gutes hat, dieser aber durch seine Marktmacht in der Lage ist, einen viel höheren Preis zu setzen. Hinzu kommt der fehlende Anreiz, das Unternehmen effizienter zu gestalten, da es weder eine Konkurrenz durch Kostenreduktion noch durch Qualitätsverbesserungen gibt (Mulder und Woerdman 2021). Besitzt der Monopolist nicht nur das Stromnetz, sondern ist auch in der Stromerzeugung oder -vertrieb aktiv, kann sich zusätzlich noch Diskriminierungspotential gegenüber Dritten ergeben, z.B. bei einem Austausch von sensiblen Daten oder einer Quersubventionierung zwischen Stromerzeugung und Stromnetz.

Die Regulierungsbehörde kontrolliert das Verhalten der Netzbetreiber, indem sie die anrechenbaren Kosten bestimmt und Erlösobergrenzen definiert, die dann als Basis für die Festlegung der Netzentgelte dienen. Dies soll sowohl überhöhte Preise verhindern als auch eine Steigerung der Effizienz versprechen. Dabei müssen die Regulierer einerseits dafür sorgen, dass die Einkünfte der Netzbetreiber ausreichen, um die Kosten des eingesetzten Kapitals zu decken und Anreize für einen weiteren Netzausbau gegeben werden und andererseits verhindern, dass die Kosten für die Endverbraucher zu hoch werden.

Die Berechnung des Entgelts geschieht in einem mehrstufigen Prozess. Die Kosten des Netzbetriebs werden nach detaillierten Vorgaben der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) bestimmt und dienen als Basis für die Erlösobergrenze, also das Budget, das dem Netzbetreiber maximal für seinen Betrieb zur Verfügung stehen soll. Diese Grenze wird durch die Anreizregulierungsverordnung definiert (ARegV), während die StromNEV die Verteilung der Erlöse regelt (BNetzA 2015).

Es gibt mehrere Regulierungsmodelle für die Ermittlung der Netzentgelte, die Unternehmen dazu bringen sollen, innovativer und effizienter zu arbeiten. Die BNetzA verwendete ab 2005 zunächst eine sogenannte kostenbasierte Regulierung, die ab 2009 durch die Anreizregulierung ersetzt wurde. Sie führt im Gegensatz zur vorherigen Regulierung weitere produktivitätssteigernde Parameter mit ein. Im Rahmen einer Anreizregulierung werden Unternehmen miteinander verglichen, um die best-practice zu identifizieren, die als Benchmark für andere Firmen in diesem Bereich dienen soll. Eine Anreizregulierung beinhaltet fünf Dimensionen, die jedoch höchst unterschiedlich gestaltet werden können. Erstens, wird für die Berechnung des Renditedrucks eine vergleichbare Kostenbasis benötigt, wobei entscheidend ist, ob eine Standardisierung von Kostenposten erfolgt. Zweitens, kann eine allgemeine und unternehmensspezifische Produktivitätsvorgabe festgesetzt werden, die die anrechenbaren Kosten sukzessive reduziert und dabei entsprechende Produktivitätsentwicklungen simuliert. Drittens, bestimmt die Dauer der Regulierungsperiode den Grad der Planungssicherheit und der regulatorischen Flexibilität. Viertens, können zur Sicherung der Qualität weitere Indikatoren miteingeschlossen werden, sodass Kostenvorteile nicht durch einen Abbau der Infrastruktur oder der Kundenzufriedenheit realisiert werden. Fünftens, können schließlich sogenannte Sicherheitsfaktoren berücksichtigt werden, die den simulierten Effizienzdruck begrenzen können (Kleinwächter 2012).

Da die Anreizregulierung auf Rechtsverordnungen beruht, die von Bundesregierung und Bundesrat beschlossen werden, hat die BNetzA nur begrenzt Einfluss auf die

letztendliche Gestaltung der Netzentgelte. Die Regulierungsbehörde kann zwar Evaluationen zur Berechnung der Netzentgelte erstellen, aber keine Reform dieser Verordnungen initiieren. Außerdem kann sie die Berechnungsmethoden nicht selbst gestalten, sondern hat lediglich die Wahl zwischen zwei durch die Verordnung vorgegebenen Methoden. Auch ist der Regulierungszeitraum, nachdem neue Netzentgelte berechnet werden, mit fünf Jahren deutlich länger als die drei Jahre, die die BNetzA ursprünglich gefordert hatte (Mengering 2017: 129-130; 396). Genau wie die ARegV schränken auch die StromNEV und die StromNVZ den Gestaltungsspielraum der BNetzA stark ein. So macht die StromNEV sehr detaillierte Vorgaben für die Kostenbasis und legt konkrete Abschreibungsmethoden fest. Die StromNVZ schreibt darüber hinaus eine einheitliche Marktzone und festgeschriebene Regelenergie innerhalb Deutschlands vor (GA Pitruzzella 2021: Rn. 144), die etwa die Möglichkeiten der BNetzA einschränkt, auf grenzüberschreitende Engpässe zu reagieren (Rumpf 2020). Die recht technische Festlegung der Netzentgelte sowie die Vorgaben in der StromNVZ haben durch ihre Anreizwirkung einen großen Einfluss auf die Nutzung der nationalen und grenzüberschreitenden Infrastruktur, den Netzausbau, die Wettbewerbsfähigkeit der regulierten Unternehmen und damit auch für die Entwicklung des europäischen Binnenmarkts (GA Pitruzzella 2021: Rn. 109-111). Diese Einschränkung des Entscheidungsspielraums der BNetzA wurde durch das Urteil deutlich kritisiert.

Das Urteil stellt wesentliche Grundsätze des deutschen Verwaltungshandels in Frage

Die Beschränkung des Gestaltungsspielraums der Regulierungsbehörden durch Rechtsverordnungen liegen in dem Grundgesetz begründet, das der Möglichkeit der Verwaltung, eigenständig Entscheidungen zu treffen, enge Grenzen setzt. Die daraus abgeleitete Verwaltungspraxis steht damit im starken Widerspruch zum Urteil.

Zum einen muss gemäß dem Demokratieprinzip alles Handeln auf das Volk rückführbar sein. Die Grundlage des Verwaltungshandelns bildet demnach in einer repräsentativen Demokratie das vom Parlament verabschiedete Gesetz, das alles Wesentliche regeln soll (Döhler 2007: 93ff.). Die Übertragung von Aufgaben an die Verwaltung wird daher skeptisch gesehen und meist nur aufgrund von externem Druck, beispielsweise durch Europäische Bestimmungen, zugestanden (Döhler 2007: 93ff., 202ff.). Darüber hinaus unterliegt die Verwaltung gemäß dem Ressortprinzip und der Ministerverantwortlichkeit der Rechts- und Fachaufsicht. Das zuständige Ministerium kontrolliert die Einhaltung der internen Rechtsvorschriften und die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns. Des Weiteren trägt es dafür Sorge, dass die Verwaltung ihre Aufgaben zweckgemäß erfüllt (Döhler 2007: 51ff.). Das Leitbild der deutschen Verwaltungsorganisation beruht demnach auf Gesetzesbindung und hierarchischer Steuerung durch das aufsichtsführende Ministerium, das dadurch von der Input-Seite her legitimiert wird.

Im Gegensatz zum deutschen Verwaltungsmodell, ist das europäische Modell stärker Output-orientiert. Die Legitimation des Verwaltungshandelns misst sich dem-

nach an der Transparenz und Effizienz der Entscheidungen, Expertise und der Unabhängigkeit von Parteipolitik und Klientelismus (Döhler 2007: 201). Dieses Bild einer *regulativen Verwaltung*, hat seinen Ursprung in einem veränderten Verständnis von Politik. Nach der Politik der Liberalisierung und Privatisierung in den 1980er Jahren setzte sich die Erkenntnis durch, dass der Staat regulierend in die Märkte eingreifen muss, um Missbrauch von Monopolpositionen vorzubeugen und Wettbewerb zu sichern bzw. herzustellen (Döhler 2006). Da die Politik als zu kurzfristig denkend und parteipolitisch agierend erschien, um einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten, sollte diese Gestaltungsaufgabe von unabhängigen Regulierungsbehörden übernommen werden. Dies bedeutete allerdings auch, dass die Unabhängigkeit der Verwaltung sowie die Fähigkeit, Entscheidungen nach eigenem Ermessen treffen zu können, gewährleistet sein mussten (Döhler 2006). Im Gegensatz zu anderen Ländern hat sich die Bundesrepublik aufgrund des damit einhergehenden Verlusts der Gesetzesbindung und der ministeriellen Einflussmöglichkeiten seit jeher jedoch schwergetan, dem Bild der regulativen Verwaltung zu entsprechen.

Mit Blick auf das EuGH Urteil ist deshalb festzuhalten, dass die Auswirkungen nicht nur die BNetzA als eine bereits sehr unabhängige Regulierungsbehörde betreffen, sondern leitgebende Grundsätze der deutschen Verwaltungspraxis insgesamt in Frage stellen. Die Bedingungen für den Netzzugang sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang müssen nun ohne Beteiligung des Gesetzgebers neu gefasst werden. Stattdessen sollen sie nun von der BNetzA nach eigenem Ermessen festgelegt werden. Ein solcher Entscheidungsspielraum ist in der deutschen Verwaltungspraxis bisher nicht vorgesehen. Damit könnte eine Machtverschiebung einhergehen, da sich das Handeln der BNetzA zukünftig nicht mehr an den deutschen Rechtsverordnungen messen wird, sondern an den europäischen Energiemarktrichtlinien.

Ausblick: Konsequenzen des Urteils mit Blick auf die Umsetzung

Der Aufbau der BNetzA und ihre Kompetenzen im Energiebereich sind einer komplizierten Gemengelage geschuldet: Einerseits setzen Europäische Energiemarktrichtlinien hohe Anforderungen an die Unabhängigkeit der Behörde von Energiewirtschaft und politischen Stellen, um eine Diskriminierung ausländischer Marktteilnehmer vorzukommen, die die Schaffung eines Energiebinnenmarktes behindern könnte. Andererseits versucht die Ministerialverwaltung den Einfluss aufrechtzuerhalten, was mit den verfassungsrechtlichen Bestimmungen aus Demokratieprinzip, Wesentlichkeit und ministerialer Verantwortung begründet wird, aber auch im Kontext der nationalen Versorgungssicherheit und Wettbewerbsfähigkeit gesehen werden muss.

Aus Sicht der Europäischen Kommission ist die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden daher zentral, um eben dieser Bevorzugung des nationalen Stromhandels entgegenzuwirken. Zentrale Stellschraube bei der Regulierung des Stromnetzes ist die Gestaltung der Netzentgelte. Festgelegt durch eine unabhängige Regulierungsbehörde sollen sie einen diskriminierungsfreien Zugang zum Stromnetz gewährleisten

und so den grenzüberschreitenden Wettbewerb fördern, der zu steigender Kosteneffizienz und letztendlich zu niedrigen Strompreisen für die Konsumenten führen soll. Neben der Steigerung der Effizienz spielt aber auch mit Blick auf die aktuelle Energiekrise die Versorgungssicherheit eine große Rolle.

Im Hinblick auf die „Delegationsskepsis" (Döhler 2006) ist durch die Umsetzung des Urteils ein Paradigmenwechsel in der bisherigen Verwaltungspraxis der Bundesrepublik zu erwarten. Ein größerer Rechtskörper muss nun neu gefasst werden und dies voraussichtlich ohne direkten Einfluss des Gesetzgebers. Die Kontrolle geht von den Gerichten aus, die sich fortan aber am europäischen Recht orientieren müssen. Damit wird das europäische Recht ein potentieller neuer Referenzpunkt für die deutsche Energiemarktregulierung. Die neue Rolle der BNetzA als weisungsfrei agierende Behörde steht im Widerspruch zu der bisherigen Auslegung der verfassungsmäßigen Ordnung. Dies ist insofern problematisch, als dass sowohl das EnWG und auch europäische Energiegesetzgebung Zielkonflikte beinhalten, die eine politische Abwägung benötigen. Es bleibt daher abzuwarten, wie die BNetzA in Zukunft versuchen wird, diese Konflikte aufzulösen.

Anmerkungen

1 Obschon sich das Urteil auf eine nicht ordnungsgemäße Umsetzung der EU-Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG für den Strom und Gassektor bezieht, widmet sich dieser Beitrag nur den Auswirkungen auf den Strommarkt. Neben der Unabhängigkeit der BNetzA geht es auch um Verstöße gegen die wirksame Entflechtung von Energieversorgungsunternehmen.

Literatur

Bundeswirtschafts- und klimaschutzministerium (2022a): Habeck zur Lage in der Ostukraine und Stopp des Zertifizierungsverfahrens für Nord Stream 2. Pressemitteilung vom 22.02.2022.

Bundeswirtschafts- und klimaschutzministerium (2022b): BMWK setzt Bundesnetzagentur als Treuhänderin für Gazprom Germania ein – Erwerb der Gazprom Germania GmbH durch JSC Palmary schwebend unwirksam. Pressemitteilung vom 04.04.2022.

BNetzA (2015): Bericht Netzentgeltsystematik Elektrizität. Bonn.

Döhler, Marian (2007): Die politische Steuerung der Verwaltung. Eine empirische Studie über politisch-administrative Interaktionen auf der Bundesebene. 1. Auflage 2007. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. https://doi.org/10.5771/9783845202815

Döhler, Marian (2006): Regulative Politik und die Transformation der klassischen Verwaltung. Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft, 37, S. 208-227.

Eberlein, B. (2001). To Regulate or Not to Regulate Electricity: Explaining the German Sonderweg in the EU Context. Competition and Regulation in Network Industries, 2(3), 353-384. https://doi.org/10.1177/178359170100200303

Europäische Kommission (2015): Paket zur Energieunion: Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie. Brüssel: COM(2015) 80 final.

Europäische Kommission (2007): DG Competition Report on Energy Sector Inquiry. SEC(2006) 1724: Brussels.

Fink, S. und E. Ruffing (2020): Stakeholder consultations as reputation-building: a comparison of ACER and the German Federal Network Agency. In: Journal of European Public Policy 27 (11), S. 1657-1676. https://doi.org/10.1080/13501763.2020.1817129

Fink, S. und E. Ruffing (2015): Legitimation durch Verwaltungsverfahren? Was sich die Politik von Konsultationen beim Stromnetzausbau verspricht, dms – der moderne staat 8 (2015), S. 253-271. https://doi.org/10.3224/dms.v8i1.21190

Flauger, J.,Fröndhoff, B., Stratmann, K. und K. Witsch (2022): Bund arbeitet an Abschaltplan für Industrie bei Gas-Lieferstopp. Handelsblatt (18.03.2022).

GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 14.01.2021 in der Rs. C-718/18, EU:C:2021:20.

Gärditz, Klaus F. (2010): Die Bundesnetzagentur – eine Einführung. Bonner Rechtsjournal 2010 (1), S. 84-91.

Grashof, K. (2007): Wollen wir wirklich so einen strengen Regulierer? Regulierung von Stromnetzentgelten. (Discussion Paper). Berlin.

Kleinwächter, K. (2012): Die Anreizregulierung in der Elektrizitätswirtschaft Deutschlands. Positionen der staatlichen sowie privaten Akteure. Potsdam: Universitätsverl. Potsdam (Horizonte 21 Umwelt, Energie, Sicherheit, Bd. 4).

Laubenstein, W. (2021): EuGH zur Bundesnetzagentur. Experten sprechen von „epochalem Urteil". (02.09.2021). JUVE Verlag für juristische Information GmbH

Meeus, L. und V. Reif (2020): Why did we start with electricity markets in Europe? Kap. 1 in: Meeus, L. (Hrsg.) Evolution of Electricity Markets in Europe, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, S. 2-24 https://doi.org/10.4337/9781789905472

Mengering, K. S. (2017): Die Entgeltregulierung im Telekommunikations- und Energierecht: Ermittlungsmethoden, Regulierungsermessen, Kontrolldichte. Baden-Baden: Nomos. https://doi.org/10.5771/9783845284019

Mulder, M., und E. Woerdman (2021): Energy Networks, Natural Monopolies and Tariff Regulation. In Roggenkamp, M.M., De Graaf, K. J. und R. C. Fleming (Eds.), Energy Law, Climate Change and the Environment (pp. 563-572). (Elgar Encyclopedia of Environmental Law; Vol. 9). Edward Elgar Publishing. https://doi.org/10.4337/9781788119689.IX.47

Pitruzzella, G. (2021): Schlussanträge des Generalanwalts Giovanni Pitruzzella vom 14. Januar 2021(1), Rechtssache C-718/18, Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland.

Ruffing, E. (2014): How to Become an Independent Agency: The Creation of the German Federal Network Agency. German Politics, 23(1-2), 43-58. https://doi.org/10.1080/09644008.2014.898268

Rumpf, J. (2020): Congestion displacement in European electricity transmission systems – finally getting a grip on it? Revised safeguards in the Clean Energy Package and the European network codes. In: Journal of Energy & Natural Resources Law 38 (4), S. 409-436. https://doi.org/10.1080/02646811.2019.1707441

Supponen, M. (2011): Influence of national and company interests on European electricity transmission investments. Aalto University. http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-60-4270-1

Staiger, B. und T. Pfrommer (2021): Das EuGH-Urteil als Chance: Ein wissenschaftlicher Expertenrat für eine bessere Energieregulierung. Regulierungsmanagement, Netze BW GmbH, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 71. Jg. 2021 Heft 12.

VKU (Verband kommunaler Unternehmen, e.V.) (2021): VKU-Chef Ingbert Liebing zum aktuellen EuGH-Urteil zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde. (02.09.2021)