Berlin, 23. Mai 2022

**BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.**

Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

www.bdeu.de

Positionspapier

Umsetzung EuGH-Urteil vom 2. September 2021

Anforderungen an die gesetzliche Neuordnung der Energierегulierung

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 90 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

Inhalt

1	Vorbemerkung – Bedeutung der Netzregulierung für die Energiewende	3
2	Ausgangslage – Das Urteil	3
3	Handlungsbedarf des Gesetzgebers – Grundanforderungen	5
4	Umsetzung im nationalen Recht.....	6
4.1	Regulatorische Kontinuität	6
4.2	Anpassung legislativer Vorgaben (EnWG).....	7
4.2.1	Ermächtigung für Normsetzung durch BNetzA.....	7
4.2.2	Inhaltliche Vorgaben	8
4.2.3	Behördenorganisation und Verfahren	9
4.3	Allgemeine politische Leitlinien.....	10
4.4	Parlamentarische Kontrolle	11
4.5	Gerichtlicher Rechtsschutz	12

1 Vorbemerkung – Bedeutung der Netzregulierung für die Energiewende

Auf dem Weg zur Klimaneutralität bis spätestens 2045 steht die deutsche Volkswirtschaft als Ganzes, aber auch die deutsche Energiewirtschaft im Besonderen vor enormen Herausforderungen. Dekarbonisierung, Dezentralisierung, Digitalisierung, Versorgungssicherheit, Flexibilisierung und Sektorkopplung sind nur einige der Anforderungen, die zu meistern sind. Die Strom-, Gas- und zukünftig auch die Wasserstoffnetzbetreiber leisten hierzu einen essenziellen Beitrag und bilden das Rückgrat der Energiewende.

Die Netzbetreiber benötigen dabei einen **verlässlichen und wirtschaftlich nachhaltigen Regulierungsrahmen**. Der Ausbau und Umbau der Infrastruktur kann nur gelingen, wenn die Regulierung einen **geeigneten Rahmen für die Transformation setzt**.

Seit 2008 haben die Stromnetzbetreiber ihr jährliches Investitionsvolumen mehr als verdoppelt. Für die Gasnetzbetreiber steigen die Investitionen in die Umstellung auf grüne Gase bzw. Wasserstoff. Auch für die notwendige und politisch gewollte Digitalisierung des Strom- und Gasnetzbetriebs sind hohe Aufwendungen erforderlich. Der Investitionsbedarf ist insofern weiterhin hoch und durch die angestrebte Beschleunigung der Dekarbonisierung noch gestiegen.

Bei der im laufenden Jahr anstehenden Neuordnung der Aufgaben und Zuständigkeiten im Zusammenhang mit der Regulierung des Zugangs zu Energienetzen und der Stärkung der Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur (BNetzA) sollte sichergestellt werden, dass die Regulierung den erforderlichen Beitrag zur Erreichung der energie- und klimapolitischen Ziele der Bundesrepublik Deutschland unter Sicherung von Versorgungssicherheit und Bezahlbarkeit leistet.

2 Ausgangslage – Das Urteil

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 2. September 2021¹ eine Entscheidung mit erheblichen Folgewirkungen für die Regulierung der Energienetze getroffen.

Die Regulierungsbehörde muss danach mit Blick auf den spezifischen Aufgabenbereich der Bestimmung von **Bedingungen für den Netzanschluss, einschließlich der Tarife oder ihrer Methoden** unabhängig handeln können. Dies ergebe sich klar aus den EU-Binnenmarktrichtlinien Strom² und Gas³ aus dem Jahr 2009.

¹ [C-718/18](#). Das Urteil geht auf ein Vertragsverletzungsverfahren zurück, das die Kommission angestrengt hatte.

² Richtlinie 2009/72; neu gefasst durch Richtlinie 2019/944.

³ Richtlinie 2009/73.

In dem Aufgabenbereich der Netzzugangs- und Entgeltregulierung bedürfe es der Gewährleistung einer Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde gegenüber allen politischen Stellen, also gegenüber der Regierung, aber auch gegenüber dem nationalen Gesetzgeber.⁴ Dies sei im aktuellen Rechtsrahmen in Deutschland nicht gewährleistet. Im Fokus der Kritik durch den EuGH und die EU-Kommission stehen insbesondere die Verordnungen der Bundesregierung, mit denen eine detaillierte inhaltliche Vorstrukturierung der Regulierungsentscheidungen erfolgt sei.⁵ Der europäische Regulierungsrahmen enthalte nach Meinung des EuGH für die nationalen Regulierungsbehörden bereits ausreichende Anhaltspunkte, einer nationalen Ausformung bedürfe es nicht.

Dementsprechend muss in 2022 der bestehende Rechtsrahmen insbesondere hinsichtlich der Verordnungen über den Netzzugang und die Netzentgeltbildung überprüft und unter Berücksichtigung der Aussagen des EuGH neu strukturiert werden.

Die BNetzA wird zur Stärkung ihrer Unabhängigkeit im Rahmen der rechtlichen Vorgaben der EU-Binnenmarktrichtlinien mehr administrative Entscheidungsspielräume und damit mehr Verantwortung erhalten.

Ausgehend von dem erwarteten Zuwachs an Entscheidungsspielräumen bei der BNetzA als Teil der Exekutive und vor dem Hintergrund der Grundrechtsrelevanz ihrer Entscheidungen sind die „Checks and Balances“ in der Gesamtordnung neu auszutarieren. Die Entscheidungen der Behörde müssen mit aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Kontrollmechanismen flankiert werden.

Die Umsetzung erfordert abgestuft Handlungen des Gesetzgebers und ebenso der BNetzA:

- ⇒ Die zur Umsetzung des EuGH-Urteils erforderliche Umstrukturierung des grundsätzlichen Rechtsrahmens liegt **in der Hand und der Verantwortung des Gesetzgebers**. Dieser ist verantwortlich für die politischen Ziele und Leitlinien und hat außerdem die Anforderungen aus dem Demokratieprinzip zu sichern.
- ⇒ Auf dieser vom Gesetzgeber getroffenen Basis in Verbindung mit den europarechtlichen Vorgaben der EU-Binnenmarktrichtlinien wird es **Aufgabe der BNetzA** sein, **den nationalen Rechtsrahmen weiter zu unterlegen**, um Vorhersehbarkeit und Kontinuität des Behördenhandelns auch im Rahmen der erweiterten Unabhängigkeit zu gewährleisten.

⁴ EuGH, Rn. 130.

⁵ StromNEV/GasNEV, StromNZV/GasNZV, ARegV.

3 Handlungsbedarf des Gesetzgebers – Grundanforderungen

Die nun zuvörderst vom Gesetzgeber vorzunehmende Neuordnung muss neben der Gewährleistung der erforderlichen Unabhängigkeit der BNetzA gleichzeitig weiteren grundsätzlichen Anforderungen genügen:

1. **Die politischen Ziele einer klimaneutralen Energieversorgung erfordern massive Investitionen der Netzbetreiber in den Ausbau und die Digitalisierung der Netzinfrastruktur. Die Zielvorstellungen müssen deshalb im künftigen Rechtsrahmen für die Regulierung in Leitlinien zum Ausdruck kommen.**
2. **Die zur Erreichung der politisch gesetzten Ziele notwendige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Netzbetreiber ist langfristig sicherzustellen. Hierbei sind die sektorenspezifischen Risiken von transformationsbedingten Investitionen zu berücksichtigen.**
3. **Die Umsetzung der europäischen Regulierungsvorgaben nach Maßgabe des EuGH-Urteils muss so erfolgen, dass die Unternehmen auf rechtssichere Entscheidungen der Regulierungsbehörde vertrauen können.**
4. **In Hinblick auf die unmittelbar bevorstehende 4. Regulierungsperiode ist die strukturelle Kontinuität der regulatorischen Grundlagen sicherzustellen.**
5. **Der größere Entscheidungsspielraum der Behörde muss mit einem System von „checks and balances“ flankiert werden, um das erforderliche Maß an Verfahrens- und Ergebniskontrolle zu sichern.**
6. **Die vorzunehmenden gesetzlichen Anpassungen müssen sich in den europäischen Regulierungsrahmen einfügen.**

Inhaltlich erfordert die Umsetzung des Urteils gesetzgeberische Entscheidungen auf verschiedenen Ebenen, die der EuGH in seiner Entscheidung selbst adressiert hat:

- Legislative Grundentscheidungen dürfen die unabhängige Entscheidungsfindung der BNetzA nicht beeinträchtigen.
- Der Gesetzgeber darf „allgemeine politische Leitlinien“ bestimmen.
- Das Demokratieprinzip ist zu sichern durch eine parlamentarische Kontrolle sowie einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz.

Demzufolge sind die legislativen Vorgaben auf ein europarechtlich zulässiges Maß zurückzuführen. Dessen unbeschadet bedarf es einer **legislativen Ausprägung der politisch angestrebten Ziele und Leitlinien**, die Auswirkung auf die Entwicklung der Netzinfrastruktur haben (beispielsweise mit Blick auf den notwendigen Netzausbau, die Elektrifizierung des Verkehrssektors oder den Hochlauf von Wasserstoff).

Der Gesetzgeber darf politische Leitlinien vorgeben, soweit diese nicht unmittelbar die Entscheidungsbefugnisse der Regulierungsbehörde begrenzen oder die europarechtlich vorgegebenen Regulierungsaufgaben unterminieren. Allgemeinen Zielvorgaben, die mittelbar auch auf die Regulierungsziele einwirken, stehen auch das EuGH-Urteil bzw. das europäische Recht nicht entgegen.

Eine **parlamentarische Kontrolle der BNetzA** ist weiterhin möglich und nötig, solange die Letztentscheidung in Regulierungsfragen bei der Behörde verbleibt.

Der Gesetzgeber darf zudem Regelungen treffen über die **Behördenorganisation und das behördliche Verfahren**. Hier besteht weiterhin die Verfahrensautonomie der EU-Mitgliedsstaaten. Auch in diesem Feld können und sollten Elemente einer Entscheidungskontrolle bzw. Selbstkontrolle aufgegriffen werden. So könnten z. B. Behördenentscheidungen, die die ganze Branche betreffen, einem Verfahren unterworfen werden, das eine offene und transparente Anhörung der Interessen und Standpunkte sowie deren umfassende Abwägung sicherstellt („Quasi-Gesetzgebung“). In wissenschaftlich komplexen Sachfragen könnte auch ein unabhängiger Expertenrat der BNetzA zur Seite stehen. Die Stärkung des bislang themenübergreifenden Beirats der BNetzA hin zu einem eigenen Beirat Energie hätte den Vorteil, dass eine fachliche Fokussierung des Beirats auf die besonderen Anforderungen der Energienetzregulierung für die Erreichung der Klimaschutzziele erfolgen könnte. Zudem wäre ein behördeninterner Kontrollprozess vorstellbar. Die derzeit festgelegte Unabhängigkeit der Beschlusskammern innerhalb der BNetzA ist vor dem Hintergrund der EuGH-Entscheidung nicht mehr erforderlich und zulässigerweise zu überprüfen.

Einzubeziehen in die regulierungsbehördlichen Entscheidungen der BNetzA sind auch weiterhin die Länder und die **Landesregulierungsbehörden**.

Schließlich sind gesetzliche Regelungen zur **Ausgestaltung der gerichtlichen Kontrolle** von regulierungsbehördlichen Entscheidungen weiterhin möglich und aufgrund des zunehmenden behördlichen Entscheidungsspielraums auch erforderlich.

4 Umsetzung im nationalen Recht

4.1 Regulatorische Kontinuität

Die Anpassung des nationalen Regulierungsrahmens in Umsetzung des EuGH-Urteils steht in einem Spannungsverhältnis zu der unmittelbar bevorstehenden 4. Regulierungsperiode. Die 4. Regulierungsperiode startet für Gasnetzbetreiber am 1. Januar 2023, für Stromnetzbetreiber am 1. Januar 2024. In Vorbereitung der 4. Regulierungsperiode sind auf der Basis des noch bestehenden Rechtsrahmens bereits mehrere Regulierungsverfahren (Kostenprüfung, Eigenkapital-Verzinsung, Effizienzvergleich, Produktivitätsvorgabe Xgen) angelaufen und z. T. schon abgeschlossen worden.

Die Umsetzung des EuGH-Urteils darf nicht zu regulatorischen Brüchen führen und die laufenden Verfahren verzögern oder gar blockieren. Zudem sind Erwägungen des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbots zu beachten. **Für berechenbare Investitionsbedingungen und zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollte das bestehende Regulierungsmodell deshalb bis zum Abschluss der 4. Regulierungsperiode weitgehend unverändert fortgeführt werden.** Dies kann im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch die vorübergehende weitere Anwendung der aktuell geltenden Verordnungen erfolgen.⁶ Europarechtlich könnte mit dem aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Bedarf für eine Übergangsregelung argumentiert werden.

Bei einer zwischenzeitlichen Ablösung der einschlägigen Verordnungen sollte die BNetzA wesentliche bisherige Regelungen weitgehend übernehmen und zumindest für einen definierten Übergangszeitraum fortführen (siehe nachfolgend, Punkt 4.2.1). Dem steht nicht entgegen, den Regulierungsrahmen punktuell und zielgerichtet weiterzuentwickeln, um den aktuellen und bis zu den Jahren 2027/2028 absehbaren Herausforderungen begegnen zu können.

Eine grundsätzliche inhaltliche Weiterentwicklung der Regulierung sollte auf Basis einer fundierten Evaluierung gemeinsam mit der Branche diskutiert und etwaige daraus resultierende Änderungen sollten erst nach dem Start der 4. Regulierungsperiode vorgenommen werden. Dies entspricht auch dem derzeitigen § 33 Abs. 1 ARegV zur Vorlage eines Evaluierungsberichts zum 31. Dezember 2024.

4.2 Anpassung legislativer Vorgaben (EnWG)

4.2.1 Ermächtigung für Normsetzung durch BNetzA

In Umsetzung des EuGH-Urteils werden die Verordnungen auf der Basis von § 24 EnWG (StromNZV/GasNZV, StromNEV/GasNEV) sowie die ARegV (§ 21a EnWG) mit den regulierungsrechtlichen Detailregelungen mittelfristig zu Netzzugang und zu Netzentgelten entfallen. Eine Befugnis für die Bundesregierung, entsprechende Verordnungen zu erlassen, ist nicht mehr zulässig.

Gleichwohl braucht es aber **klare und grundlegende Rahmenbedingungen für eine einheitliche und vorhersehbare Regulierungspraxis**. Zu diesem Zweck sollten die Befugnisse der Regulierungsbehörde zum Erlass von Festlegungen im Rahmen der politischen Ziele und Leitlinien des EnWG erweitert und auch eine Verpflichtung zum Erlass von abstrakt-generellen Regelungen geschaffen werden, soweit Regelungssachverhalte „vor die Klammer“ gezogen werden

⁶ BGH, Beschl. vom 8. Oktober 2019 EnVR 58/18.

können. Diese Festlegungen müssen einer uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegen.

Sicherzustellen ist hierbei, dass solche Festlegungen keine Rückwirkung entfalten und sich nicht nachteilig auf in der Vergangenheit getroffene – wenn auch normativ vorgeprägte – Entscheidungen der Regulierungsbehörde auswirken, die inhaltlich auch nicht durch den EuGH in Frage gestellt wurden.

Zu klären ist die künftige Rolle der Landesregulierungsbehörden. Die bisherige Einbindung der Bundesländer über den Bundesrat wird entfallen. Denkbar wären Einvernehmensregeln beim Erlass grundlegender Festlegungen.

Exkurs: Übergangszeitraum

Es ist sicherzustellen, dass bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Regulierungsbehörde die bisher in den Verordnungen geregelten Themenkomplexe in Festlegungen überführt hat, das bisherige Recht weiter Anwendung findet. Die Regulierungsbehörde braucht eine rechtliche Grundlage und die Unternehmen benötigen Rechtssicherheit. Dies ist auch ohne Verstoß gegen die EU-Richtlinien möglich. Auch der EuGH hat keinerlei inhaltliche Kritik an den deutschen Regelungen der Verordnungen oder des EnWG geübt⁷, so dass auch aus diesem Blickwinkel deren übergangsweise Weiteranwendung nichts im Wege steht.

Die Unabhängigkeitsvorgabe würde (nur) vorübergehend weiter eingeschränkt. Bei ausdrücklichem Einverständnis der Regulierungsbehörde mit einer übergangsweisen Anwendung bestehender Regelungen wäre dieser Aspekt überwindbar. Zudem kennt auch das Europarecht aus dem Rechtsstaatsgebot folgende Anforderungen an Übergangsregelungen zur Absicherung gegen unverhältnismäßige Brüche im Rechtsrahmen.

4.2.2 Inhaltliche Vorgaben

Die bestehenden Regelungen für den Netzzugang und die Tarifierung in den §§ 20ff. EnWG dürfen wohl auch nach dem EuGH-Urteil beibehalten werden, soweit die darin enthaltenen Vorschriften lediglich allgemeine Grundentscheidungen enthalten, die sich überwiegend so

⁷ Eine Ausnahme bilden die in den Klagegründen 1. bis 3. behandelten EnWG-Regelungen über Entflechtungsvorgaben, die allerdings in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit dem Klagegrund 4 zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde stehen.

auch in den EU-Richtlinien wiederfinden und sie nicht dem Bereich der administrativ-technischen Entscheidungsfindung zuzuordnen sind.

Da die Richtlinienvorgaben in nationales Recht umzusetzen sind und sie ohne Umsetzungsakt nicht unmittelbar Anwendung finden, sind diese Regelungen aufrechtzuerhalten.

Es ist darüber hinaus zu prüfen, inwieweit Inhalte der Richtlinien noch stärker in das EnWG transportiert werden sollten. Dies gilt insbesondere für die in Artikel 58 der Elt-RL 2019 und Artikel 40 der Gas-RL 2009 enthaltenen Aussagen über „Allgemeine Ziele der Regulierungsbehörde“. Diese müssen die Entscheidungspraxis der Behörde leiten und ihre Entscheidungen sollten sich hieran messen lassen.

4.2.3 Behördenorganisation und Verfahren

Trifft die BNetzA künftig Entscheidungen in größerer Unabhängigkeit vom Gesetzgeber und verfügt sie somit über größere Gestaltungsspielräume, so steigen aus rechtsstaatlichen Gründen die Anforderungen an die Überprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit der getroffenen Entscheidungen und Abwägungen.

Um „**checks & balances**“ in der Regulierung bei Wegfall des normativen Regulierungsrahmens zu gewährleisten, sind Anpassungen in der Organisation und den Verfahren der Regulierungsbehörden angezeigt, die dabei so auszugestaltet sind, dass sie deren Unabhängigkeit nicht in Frage stellen, aber gleichzeitig einen behördeninternen Überprüfungsprozess gewährleisten. Zudem könnten Betroffene und fachkundige Dritte frühzeitiger in die Regulierungsverfahren einbezogen und damit die Sachgerechtigkeit, Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz der Entscheidungen verbessert werden. Erforderlich sind auch **erhöhte Begründungs- und Transparenzansforderungen** an die regulierungsbehördlichen Entscheidungen. Dies stünde auch nicht in Widerspruch zum EuGH-Urteil, denn diesbezüglich besteht weiterhin die Verfahrensautonomie der EU-Mitgliedsstaaten.

Neben der Implementierung von behördeninternen Mechanismen zur Kontrolle und Qualitätssicherung könnte auch ein unabhängiges ökonomisches Expertengremium eingerichtet werden, welches Regulierungsentscheidungen noch vor einem Klageverfahren begutachten und durch die damit verbundene weitere Objektivierung zur Akzeptanz und ggf. außergerichtlichen Beilegung von Streitfällen beitragen kann.

Die Einbeziehung der Landesregulierungsbehörden sollte gestärkt und institutionell verankert werden.

4.3 Allgemeine politische Leitlinien

Der EuGH hat in seinem Urteil festgehalten, dass es den Mitgliedsstaaten – in den ebenfalls benannten Grenzen – unbenommen bleibt, „allgemeine politische Leitlinien“ im Einklang mit der Strom- bzw. GasRL festzulegen. Der EuGH formuliert hierzu:

*„Zwar lässt gemäß Art. 35 Abs. 4 Buchst. b Ziff. ii der Richtlinie 2009/72 und Art. 39 Abs. 4 Buchst. b Ziff. ii der Richtlinie 2009/73 das dort genannte Erfordernis der Unabhängigkeit **allgemeine politische Leitlinien der Regierung unberührt**. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen geht jedoch klar hervor, dass solche allgemeinen Leitlinien nicht mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen gemäß Art. 37 der Richtlinie 2009/72 bzw. Art. 41 der Richtlinie 2009/73 im Zusammenhang stehen.“*

„Allgemeine politische Leitlinien“ sind ausgehend von einem Wortlautverständnis **generalisierende, abstrakt gefasste** Vorgaben, die eine **Orientierung mit Blick auf bestimmte politische Zielvorstellungen** geben sollen. Derartige Vorgaben belassen üblicherweise erhebliche Entscheidungsspielräume für die vollziehende Gewalt und entfalten ihre Wirkung als „Berücksichtigungsgebot“ oder als Maßstab für eine Ergebniskontrolle.

Sie dürfen zwar nicht „im Zusammenhang stehen“ mit den Aufgaben und Befugnissen der Regulierungsbehörde. Das kann aber nicht jede sachliche Verbindung untersagen. Vom Zweck der Vorschrift her betrachtet dürfen allgemeine politische Leitlinien nur nicht gezielt auf die ausschließlichen Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsbehörde – Bedingungen und Methoden für den Netzzugang, einschließlich der Tarife – einwirken. In jedem Fall zulässig sind **Vorgaben, die übergreifend mehrere Politikbereiche betreffen** und somit lediglich mittelbar Einfluss auch auf die mit den Regulierungsaufgaben allgemein verfolgten Ziele haben.

Neben den Regulierungszielen, die sich bereits aus den EU-Binnenmarktrichtlinien selbst ergeben (z. B. Lebensfähigkeit der Netze, Ermöglichung von Innovationen) ist es dementsprechend ohne Weiteres zulässig und anzuraten, die klimapolitischen Ziele der Bundesregierung, die Transformation der Gasnetze oder etwa auch die Anforderungen an die Digitalisierung der Energienetze ausdrücklich im EnWG gesetzlich zu verankern. Auch ein gesetzliches Gebot eines vorausschauenden Netzausbaus dürfte nicht in Konflikt mit den ausschließlichen Befugnissen in der Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung treten. Gleiches gilt für die politische Leitlinie wonach durch neue gesetzliche Aufgaben entstehende Kosten regulatorisch unmittelbar anerkannt werden sollen. Sinnvoll wäre es auch, der Regulierungsbehörde das politische Ziel der Treibhausgasneutralität für ihr Handeln vorzugeben.

Da die genannten Ziele gleichermaßen im Interesse und in Linie mit den allgemeinen EU-Zielen stehen (EU Green Deal), sollte im EU-Rechtsrahmen ergänzend Klarheit geschaffen werden, dass diese selbstverständlich auch für Regulierungsentscheidungen Geltung beanspruchen. Eine entsprechende Anpassung der Strom- und Gas-RL wäre insoweit hilfreich.

4.4 Parlamentarische Kontrolle

Als Ausgleich zur Verringerung der parlamentarischen Entscheidungsrechte braucht es Instrumente, im Rahmen derer die BNetzA gegenüber dem Deutschen Bundestag Rechenschaft über ihr Handeln und ihre Entscheidungen ablegt.

Der EuGH formuliert hierzu:

*„Ebenso wenig stehen sie (die Richtlinien) einer **parlamentarischen Kontrolle dieser Behörden nach dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten** entgegen, wie sich aus dem 34. Erwägungsgrund der erstgenannten und dem 30. Erwägungsgrund der zweitgenannten Richtlinie ergibt.“*

Der Generalanwalt beim EuGH hat in seinen Schlussanträgen insoweit zutreffend den Begriff der „Rechenschaftspflicht“ verwendet⁸:

*„Daraus folgt, dass die NRB zwar jeder vorherigen Einflussnahme durch politische Stellen entzogen sind, dass sie aber nicht der Verpflichtung entzogen sind, **dem Parlament Rechenschaft über ihre Tätigkeiten abzulegen**. Das Erfordernis der Verbindung mit dem Demokratiegrundsatz führt somit zur Einführung einer **Form der „accountability“** der NRB, die die einzelnen Mitgliedstaaten verfolgen können.“*

Im Zuge einer deutlich erweiterten Unabhängigkeit der BNetzA ist es demzufolge erforderlich, effektive Berichtspflichten über die Tätigkeiten sowie die Zielerreichung durch die Behörde zu implementieren. Neben der Erstellung des jährlichen Monitoringberichts durch die Behörde wäre daher eine gesetzliche Pflicht zur Erstellung eines Tätigkeitsberichts durch die Behörde aufzunehmen. Darin wäre die BNetzA verpflichtet darzustellen, wie sie alle gesetzlich verankerten Ziele (z. B. Klimaschutz) bei ihren Festlegungen beachtet und auch die Folgen ihrer Entscheidungen hinreichend bewertet hat (Impact Assessment).

Zur Erhöhung von Kontrolle und Transparenz ist eine Verpflichtung der BNetzA aufzunehmen, dass mindestens einmal jährlich ein Bericht durch das Präsidium der BNetzA vor dem Ausschuss für Klimaschutz und Energie des Deutschen Bundestages zu erfolgen hat.

Eine weitere Möglichkeit wäre auch die Einrichtung eines gesonderten parlamentarischen Kontrollgremiums für die Energieregulierung.

Bereits oben ist die weitere Möglichkeit der Ausgestaltung eines eigenen Beirats Energie bei der BNetzA. Dieser Beirat Energie könnte – wie bisher – mit Vertretern aus Bundestag und Bundesrat sowie mit einem Vertreter des zuständigen Ministeriums besetzt sein und würde –

⁸ Schlussanträge vom 14. Januar 2021, [Rn.19](#).

ohne die Unabhängigkeit der Behörde zu beeinträchtigen – zusätzliche Transparenz und Konsistenz der Regulierungsentscheidungen mit den politischen Zielsetzungen ermöglichen.

4.5 Gerichtlicher Rechtsschutz

Nach den Ausführungen des EuGH muss das Handeln der Behörde gerichtlich überprüft werden können. Dies ist europa- wie auch verfassungsrechtlich geboten. Eine größere Unabhängigkeit der Exekutive in der Entscheidungsfindung muss aus rechtsstaatlichen Gründen mit einer **Stärkung der gerichtlichen Überprüfungsöglichkeiten** einhergehen. Der EuGH formuliert hierzu:

*„Im Übrigen verpflichten Art. 37 Abs. 17 der Richtlinie 2009/72 und Art. 41 Abs. 17 der Richtlinie 2009/73 die Mitgliedstaaten, **sicherzustellen, dass auf nationaler Ebene geeignete Verfahren bestehen**, die einer betroffenen Partei das Recht geben, gegen eine Entscheidung der NRB bei einer (...) unabhängigen Stelle Beschwerde einzulegen. Ein solches Erfordernis leitet sich aus dem **Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes** ab, der ein allgemeiner, in Art. 47 der Charta verankerter Grundsatz des Unionsrechts ist.“*

Zur größeren Unabhängigkeit gehört also zwangsläufig eine stärkere Kontrolle der Exekutive durch die Judikative. Behördenhandeln, das auf der Basis weitgehend selbst gesetzter Entscheidungsmaßstäbe beruht und zugleich weitreichende Folgen für die regulierten Unternehmen setzt, stellt ein strukturelles Problem für das deutsche und europäische Verfassungsrecht dar. Dieses muss durch einen ausgeprägten, umfassenden Rechtsschutz aufgelöst werden.

In der heutigen Systematik gibt es auf der Basis des EnWG und der Verordnungen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Entscheidungsspielräume. Diese hat der Bundesgerichtshof (BGH) in den letzten Jahren immer stärker ausgedehnt („Regulierungsermessen“), vornehmlich im Bereich der Entgeltregulierung, d. h. dem Bereich mit den größten wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Netzbetreiber. Wesentliche Teile der behördlichen Entscheidung werden dadurch weitgehend der gerichtlichen Überprüfung entzogen. Wenn nun in Umsetzung des EuGH-Urteils aber die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers weitreichend entfallen, ist es unabdingbar, dass die Gerichte ihren verfassungs- und europarechtlich verbürgten Prüfungsauftrag künftig wieder stärker wahrnehmen. Dies ist in einem Verfassungsstaat kein Verhandlungspunkt, sondern zu gewährleisten.

Das Parlament ist insoweit in der Pflicht, den gerichtlichen Prüfungsauftrag im Gesetz klar zu fixieren. Ein entsprechender gesetzlicher Prüfungsauftrag an die Beschwerdegerichte könnte beispielsweise explizit im Energiewirtschaftsgesetz (§ 83 EnWG) verankert werden.

Schließlich sind Wege zu suchen, wie Rechtsstreitigkeiten, die heute schon zu Massenverfahren führen, künftig über Musterverfahren und Gleichbehandlungszusagen fokussiert werden können.