



Webkonferenz des EnReg (Berlin) zum Verfahren EuGH (C-718/18)

– Schlussanträge GA G. Pitruzzella – am 29. Jan. 2020 :

Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde

PROF. DR. JOHANN-CHRISTIAN PIELOW

Geschäftsführender Direktor

Institut für Berg- und Energierecht

Inhalt

- I. Ausgangs- und Grundsatzfrage
- II. Arten und Voraussetzungen anerkannter Entscheidungsspielräume der Exekutive
 - Allgemein
 - Speziell: „Regulierungsermessen“
 - Verfassungsrechtliche Grenzen
- III. Mögliche Konsequenzen nach Schlussanträgen zu Rs. C-718/18
- IV. Fazit & Ausblick

I. Ausgangs- und Grundsatzfrage

Anlässe

- VV-Verfahren EuGH: Kommission ./. Deutschland (Rs. C-718/18)
 - Ist die „normengeleitete“ deutsche Energienetzregulierung „unabhängig“ i.S.d. Strom-BM-RL 2009/72/EG ?
 - jedenfalls implizit: „Unabhängigkeit“ auch ggü. Judikative !?
- Höchststrichterliche Rspr. zu BNetzA-Entscheidungen und „Regulierungsermessen“, zuletzt:
 - BGH v. 09.07.2019: Eigenkapitalzinsen in Regulierungsperiode
 - BGH v. 26.01.2021: Produktivitätsfaktor (Xgen Gas)
 - Stärkung der Netzregulierung, verfassungsgerichtlich weitgehend unbegleitet ...
- Trend in EU wie weltweit: Auf- und Ausbau von *independent agencies*
 - Kompetenz- und Machtverschiebung zulasten der (unabhängigen) Gerichte

I. Ausgangs- und Grundsatzfrage

„Große“ Grundsatzfrage

- Möglichkeiten und (verf.-rechtl.) Grenzen „administrativer Entscheidungsspielräume“ *versus* gerichtliche Kontrollrechte
- Berührt sind elementare Leitplanken zur Rechtsstaatlichkeit
 - Rechtsschutzgarantie (Art. 19 IV 1 GG)
 - Gewaltenteilung (Art. 1 III, 20 III GG)
 - Gesetzesbindung von Exekutive (und Judikative), Art. 20 III GG

II. Arten & Voraussetzungen administrativer Entscheidungsspielräume

„Ach, wie war es doch vordem im Energierecht so bequem“

- Bis 2005: Rechtsschutz „universal“
 - schon in „vor-regulierter“ Zeit nach EnWG 1935, z.B. Energiepreis-aufsicht
 - aber auch: Debatte um Marktmissbrauchskontrolle im ehem. „Energiekartellrecht“ – bei ansonsten hoher Kontrolldichte im GWB
- *Großkopf/Ritgen* noch 1998: „Die RegBeh hat nicht das Recht, Telekommunikationsentgelte eigenständig festzusetzen; sie hat keine Gestaltungsbefugnis. Auch ein Beurteilungsspielraum kommt ihr nicht zu. Bei der Auslegung der im Gesetz vorhandenen unbestimmten Rechtsbegriffe unterliegt sie also der strikten Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte. (...)“
- Nachfolgend: Debatte um Spezifika von „Regulierung“ u. „reine“ ökonomische (herrschende?) Lehre
 - „Proaktiv“ und „dynamisch“: Regulierung als „Entdeckungsverfahren“
 - „Konditionale“ vs. „finale“ normative (Vor-) Strukturierung

II. Arten & Voraussetzungen administrativer Entscheidungsspielräume

Allgemeines

- Dreh- und Angelpunkt: Art. 19 IV 1 GG → grundsätzlich *volle* gerichtliche Kontrolle öffentlicher Gewalt
 - st. Rspr. BVerfG*: „... Pflicht der [scil.: *aller*] Gerichte, die angefochtenen Akte der öffentlichen Gewalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig zu überprüfen. (...) Eine Bindung der Gerichte an die von der Exekutive getroffenen Feststellungen und Wertungen ist dem Grundgesetz fremd.“
- Durchbrechungen: Administrative Gestaltungsspielräume
 - „Ermessen“ auf der Rechtsfolgenseite, mit Ermessensfehlerlehre
 - Daneben und (höchst) ausnahmsweise („Regel-Ausnahme-Prinzip“!): „Beurteilungsspielräume“ hins. unbestimmter Rechtsbegriffe a.d. Tatbestandsseite:
 - Fallgruppen (BVerwG): Beamtenbeurteilung, Prüfungswesen, Prognose- und/oder Gremienentscheidungen; auch: bes. „Planungsermessen“ (mit Planungs-/Abwägungsfehlerlehre)
 - *Nicht* schon bei erforderlichlichem spezialisiertem Sachverstand (SV-Beweis!), s.a. BVerfG v. 20.09.2008 zum EnWG (Rn. 27)

II. Arten & Voraussetzungen administrativer Entscheidungsspielräume

Speziell: (Energie-) Netzregulierung

- Zunächst: BVerwG-Rspr. seit 2013 zur Marktregulierung nach TKG, „Regulierungsermessen“, ähnlich dem Planungsermessen
- Dem seit 2014 im Ansatz folgend: BGH speziell zur Energienetz- bzw. Anreizregulierung (*Stadtwerke Konstanz u. Stromnetz Berlin*)
 - Anfänglich zurückhaltend, später ausgedehnter (zuletzt: zum EK-Zins 2019, Xgen Gas 2021)
 - Dogmatische Herleitung z.T. „schillernd“
 - Regulierungsermessen steht „irgendwie“ zwischen B-Spielraum und Ermessen, o. klare Typisierung / Kategorisierung
 - problematisch, soweit (maßgeblich?) auf „Komplexität“, „Wertungserfordernisse“, „multipolare“ Interessenkonstellationen u.dgl. abgestellt wird
- Undeutlich auch BVerfG (2011 zum TKG): „Regulierungsermessen“ erwähnt, aber Folgeprüfung nur bzgl. „Beurteilungsspielraum“ der BNetzA

II. Arten & Voraussetzungen administrativer Entscheidungsspielräume

Jedenfalls: Verf.-rechtl. Grenzen administrativer Entscheidungsspielräume

- Zwingende normative Ermächtigung, u.a. grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt (z.B. Art. 12 Abs. 1 GG)
- Hinreichend gewichtiger Sachgrund (Willkürverbot)
- Gerichtl. Kontrolldichte nur *reduziert*, nicht eliminiert! → „Fehlerlehren“
- Zusätzlich: Vereinbarkeit mit Grundrechten (*stets* „Eingriff“ auf Seiten von ÜNB/VNB!) und Verhältnismäßigkeit?

Zwischenfazit

- Deutliche *verfassungsrechtliche* Vorstrukturierung und *enge Einhegung* des Entscheidungsprogramms der RegBeh.!

III. Konsequenzen nach Schlussanträgen zu EuGH Rs. C-718/18?

- Sollte der EuGH „normengeleitete“ deutsche Energienetzregulierung (insgesamt?) als EU-rechtswidrig ansehen:
 - „national“ bleibt es bei strikter verf.-rechtlicher Vorstrukturierung, insbes.: Entscheidungsspielräume bedürfen „normativer Ermächtigung“!
 - mögliche Umsetzung im deutschen (Gesetzes-) Recht?
→ Vortrag *M. Schmidt-Preuß*
- Hinreichende normative Vorstrukturierung für „Unabhängigkeit“ (auch ggü. der Justiz) und „Regulierungsermessen“ schon im EU-Recht?
 - insbes. im Energiebinnenmarktrecht, auch nach *Clean Energy*-Paket?
 - Reichweite EU-primärrechtlicher Rechtsstaats- / Rechtsschutzgewährleistungen, auch nach Art. 47 EU-GrCh, hilfsweise gem. EMRK und Verfassungen in den MS (Art. 6 III)?
- „Äußerstenfalls“: Durchbricht EuGH elementare Rechtsstaatsprinzipien
→ Verstoß (sogar) gegen Art. 23 I i.V.m. Art. 20 III, 79 III?
 - mit BVerfG – „PSPP“ (2020): abhängig wohl von Begründung ...

IV. Fazit & Ausblick

- „Administrative Entscheidungsspielräume“ gleich welcher Art bedürfen nach dem GG deutlicher normativer Vorprägung und greifen weitere, u.a. grundrechtliche Grenzen!
- Dazu bestehende Parallelen im EU-Primär- und Sekundärrecht?
- Hinreichende Berücksichtigung deutscher „Verfassungsstringenz“ in den Schlussanträgen zu EuGH C-718/18?
 - *GA Pitruzzella* vermengt m.E. „nationale“ mit „europäischen“ Anforderungen respektive „Verfassungsidentitäten“ zu Rechtsschutz, Verfahrenautonomie und Demokratiestaatlichkeit
- Wird der EuGH dem folgen – und wird er mögliche Folgen angesichts erheblicher Herausforderungen im Energiesektor (Dekarbonisierung & Green Deal, Digitalisierung, Sektorkopplung u.a.) beachten?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Literaturhinweise (Auswahl):

- *Ch. Pielow*, in:: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2016, Kap. 57: Beurteilungsspielraum und Kontrolldichte

Zuletzt:

- Jew. kritisch zu BGH v. 9.7.2019 (Eigenkapitalzinssatz): *P. Becker*, ZNER 2019, 439; *M. Burgi*, RdE 2020, 105 ff.; *St. Richter*, N&R 2019, 193
- Allg. :*M. Ludwigs*, Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte, DÖV 2020, 405 ff.

Prof. Dr. Joh.-Christian Pielow
Ruhr-Universität Bochum
Institut für Berg- und Energierecht
Tel.: +49 - 234 – 32-27333
E-Mail: christian.pielow@rub.de
Web: www.rub.de/ibe