



**Workshop des enreg und des Lehrstuhls für öffentliches Recht und
Europarecht der Universität Würzburg (Prof. Dr. Markus Ludwigs)
am 31.3.2022:**

Prof. Dr. Jochen Mohr
Burgstraße 27
D-04109 Leipzig

Tel.: +49 (0)30 809 331 300

Fax: +49 (0)30 809 331 399

Mail: kontakt@enreg.eu

www.enreg.eu

**„Die Entscheidung des EuGH vom 2.9.2021 (C-718/18)
zur normierenden Regulierung - wie geht es weiter?“**

**Prof. Dr. Jochen Mohr: Das Urteil des EuGH vom 2.9.2021 (C-718/18) als Meilenstein
des Energierechts**

Liebe Teilnehmerinnen und Teilnehmer,

auch im Namen meines Kollegen *Markus Ludwigs* freue ich mich, Sie zu unserer gemeinsamen Tagung über die Folgen der Entscheidung des EuGH vom 2. September 2021 (C-718/18) zur normierenden Regulierung begrüßen zu dürfen. Lieber *Markus*, schön, dass wir die Tagung zusammen veranstalten. Schon die gemeinsame Vorbereitung hat mir viel Freude bereitet!

Wir wollen uns heute mit den Folgen der EuGH-Entscheidung für die Regulierung der Energienetze in Deutschland befassen: Wie geht es weiter? Dies betrifft die eigentliche Umsetzung des Urteils, aber auch die Interimszeit, namentlich die Frage, ob und inwieweit das einschlägige europäische Richtlinienrecht bis zur Schaffung neuer Rechtsregeln unmittelbar anzuwenden ist. Der letztgenannten Fragestellung wird sich insbesondere *Jörg Gundel* widmen, der hierzu schon kenntnisreich veröffentlicht hat. Lieber *Jörg*, ein herzliches Willkommen.

Eine zukunftsbezogene Betrachtung ist bereits unter praktischen Gesichtspunkten indiziert, erfordert das Urteil des EuGH doch nichts weniger als eine grundlegende Umgestaltung des deutschen Energiewirtschaftsrechts, mit den hieraus resultierenden Unsicherheiten für die betroffenen Energieunternehmen und die Volkswirtschaft im Ganzen. Die Notwendigkeit einer grundlegenden Neufassung des Energiewirtschaftsrechts war dem EuGH anscheinend nicht in dieser Deutlichkeit bewusst, wenn er ausführte, dass es keiner ergänzenden Regelungsebene zwischen dem Unionsrecht und

den hierauf beruhenden Einzelfall-Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden bedürfe. Mit *Matthias Schmidt-Preuß* liegt es jedoch schon wegen der großen Anzahl von Energie-Netzbetreibern in Deutschland fern, eine konsistente, differenzierte und angemessene Regulierung der Netzentgelte ohne konkreten normativen Rahmen durchführen zu können. Gesetzgeber und Regulierungsbehörden sind deshalb gehalten, auch im neuen System einer rechtlich und politisch unabhängigen Regulierungsbehörde einen Regelungsrahmen zu schaffen, der den komplexen tatsächlichen Gegebenheiten hinreichend Rechnung trägt, etwa auf der Grundlage gesetzlich vorgesehener Festlegungsbefugnisse der Regulierungsbehörden.

Ein Blick nach vorne ist auch rechtlich geboten, erscheint eine Aktivierung der verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalte durch das Bundesverfassungsgericht – wie *Markus Ludwigs* zutreffend herausgearbeitet hat – kaum vorstellbar. Die Entscheidung des EuGH ist deshalb als gesetzt hinzunehmen und im vorgegebenen unionsrechtlichen Rahmen umzusetzen, so wenig differenziert und realitätsnah sie sich zuweilen auch darstellen mag. Um eine sachgerechte Umsetzung bemühen sich derzeit das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz und die Bundesnetzagentur, in gutem Einvernehmen mit der Europäischen Kommission. Es freut die Veranstalter deshalb besonders, dass mit Herrn *Bruhn*, Herrn *Dr. Mögelin* und Herrn *Dr. Koch* namhafte Vertreter aller drei Behörden zu uns sprechen werden. Dem enreg ist seit jeher ein intensiver Austausch nicht nur mit nationalen Gerichten, Behörden und Unternehmen, sondern auch mit europäischen Institutionen wie der Kommission ein zentrales Anliegen. Lieber Herr *Bruhn*, lieber Herr *Dr. Mögelin*, lieber Herr *Dr. Koch*, schön, dass Sie uns heute mit ihren spannenden Vorträgen beehren.

Wie wichtig ein konstruktiver Dialog im europäischen Mehrebenensystem ist, zeigt paradigmatisch die vorliegende Thematik, sind doch nicht nur die zutreffenden nationalen Umsetzungsschritte zu klären, sondern auch die dafür zur Verfügung stehenden Zeiträume. Dabei sollte es nicht vornehmlich um Kompetenzfragen gehen, sondern um sachorientierte Lösungen, die uns die Gestaltung eines gemeinsamen europäischen Energierechts ermöglichen, ohne die faktischen Unterschiede der mitgliedstaatlichen Wirtschaftsordnungen zu nivellieren. Der Russland-Ukraine-Konflikt und die damit verbundenen Auswirkungen auf die europäische Energieversorgungssicherheit zeigen, dass in der Europäischen Union langfristig allein ein verständnisvolles Miteinander sinnvoll sein kann.

Der gebotene Blick nach vorne bedeutet nicht, dass Gesichtspunkte wie eine hinreichende demokratische Legitimation der Regulierungsbehörden und ihrer Entscheidungen nicht mehr zu thematisieren wären. Zwar hat sich der EuGH – wie *Jörg Gundel* zu Recht betont – in seinem Urteil ausführlich mit der demokratischen Legitimation der nach unionsrechtlichen Vorgaben unabhängigen Regulierungsbehörden auseinandergesetzt. Die Argumentation des EuGH trägt meines Erachtens aber schon den realen Gegebenheiten in Deutschland nicht hinreichend Rechnung.

Der Gerichtshof hat die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden als schlichte Durchführungsregelungen „auf der Grundlage einer technisch-fachlichen Beurteilung der Wirklichkeit“ eingeordnet. Diese Einschätzung geht in Deutschland angesichts der Vielzahl von Energienetzbetreibern und der damit einhergehenden Notwendigkeit einer normativen Vorstrukturierung der Regulierungsentscheidungen fehl. Zudem übertragen die Richtlinien den Regulierungsbehörden auch nach dem EuGH gerade keine Kompetenzen zum Erlass generell-abstrakter Regelungen, sondern allein Zuständigkeiten zur Genehmigung konkreter Tarife auf der Grundlage der Vorschläge der Netzbetreiber. *Charlotte Kreuter-Kirchhof* hat hierauf zutreffend verwiesen – liebe Charlotte, auch Dir ein herzliches Willkommen! Im künftigen deutschen Regulierungssystem wird den Regulierungsbehörden freilich gar nichts anderes übrig bleiben, als generell-abstrakte Vorgaben insbesondere für die Netzentgeltregulierung zu schaffen. Es wird zu klären sein, ob derartig generell-abstrakte Vorgaben als schlichte Durchführung politischer Vorgaben im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und damit wirklich als hinreichend demokratisch legitimiert anzusehen sind.

Nicht überzeugen kann insoweit der Hinweis des EuGH auf die vermeintlich zureichende Regelungsdichte des Unionsrechts: Die Ausübung der Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden sei durch einen detaillierten normativen Rahmen auf Unionsebene festgelegt, der ihren Wertungsspielraum beschränke und sie daran hindere, Entscheidungen politischer Art zu treffen. Tatsächlich existiert ein derart detaillierter normativer Rahmen auf Unionsebene allenfalls im Gasbereich, nicht jedoch im Strombereich. Auch die vom EuGH in Bezug genommenen Netzkodizes enthalten zuweilen nicht unerhebliche Spielräume.

Wollte man ein unterstelltes Demokratiedefizit der Regulierungsbehörden und ihrer Entscheidungen auf nationaler Ebene kompensieren, wäre vor allem an einen stärkeren Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen zu denken. Aktuell ginge ein solcher Rechtsschutz schon mangels hinreichend konkreter unionsrechtlicher Maßstäbe nicht selten ins Leere. Vor allem aber billigt der BGH den Regulierungsbehörden bei ökonomisch determinierten Fragestellungen ein Regulierungsermessen zu, das sich sogar auf die Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts erstrecken soll. In diesem Sinne betonte der BGH in seiner Entscheidung zum Xgen-Gas vom 26. Oktober 2021, dass die Unabhängigkeit der BNetzA nicht durch die auf der Grundlage von § 24 EnWG erlassenen Rechtsverordnungen beschränkt werde. Auch wenn diese Verordnungen bis zu einer Neuregelung fortgälten, seien sie im Interesse einer Gewährleistung und Sicherung dieser Unabhängigkeit bis an die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auszulegen. Eine gerichtliche Überprüfung erfolge damit nur noch in Bezug auf den fortgeltenden, richtlinienkonform zu interpretierenden nationalen Regelungsrahmen sowie anhand der europäischen Richtlinien und Netzkodizes. Für die Interimsphase mag diese Argumentation unter pragmatischen Gesichtspunkten als sinnvoll er-

scheinen. Nach der Etablierung unabhängiger Regulierungsbehörden sind weite regulierungsbehördliche Ermessensspielräume aber kaum noch aufrechtzuerhalten, ohne an den Grundfesten des Rechtsstaatsprinzips zu rütteln.

Bereits die vorstehenden Erwägungen verdeutlichen, dass der gemeinsame Vortrag von Herrn *Dr. Marc Ruttloff* und Herrn *Dr. Lars Kindler* zum Regulierungsermessen und zum Rechtsschutz nicht nur aus praktischer Sicht bedeutsam ist. Er gewinnt seine Relevanz auch durch verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, in die uns *Charlotte Kreuter-Kirchhof* kenntnisreich einführen wird. Lieber Herr *Dr. Ruttloff*, lieber Herr *Dr. Kindler*, haben Sie vielen Dank, dass Sie unsere Tagung mit Ihrem Vortrag bereichern.

Neben einem hinreichenden Rechtsschutz sollte der deutsche Gesetzgeber andeuten, allgemeine Regulierungsziele und materielle Prüfungsmaßstäbe im EnWG zu verankern. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens folgt mittelbar aus der EuGH-Entscheidung selbst, soweit diese allein die Rechtsverordnungen nach § 24 EnWG, nicht jedoch die übergreifenden Vorgaben für die Netzentgeltregulierung in den §§ 21 und 21a EnWG adressiert. Zu denken wäre etwa an eine generelle Orientierung ökonomisch geprägter Entscheidungen der Regulierungsbehörden am Stand der Wissenschaft, wie er aktuell in § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV für den Xgen vorgegeben wird. Herr *Dr. Rosin* und Frau *Dr. Bourazeri* haben hierzu jüngst in der RdE einen instruktiven Beitrag veröffentlicht. Man sollte an die Vorgabe eines derartigen Maßstabes jedoch keine übersteigerten Hoffnungen knüpfen, wie die jüngsten Xgen-Entscheidungen verdeutlichen. Vor allem ist in diesem Zusammenhang das Primat des Rechts im Blick zu behalten, das es erforderlich machen kann, von der herrschenden Meinung in den Wirtschaftswissenschaften aus Gründen der Rechtssicherheit, der Vorhersehbarkeit oder der Justitiabilität abzuweichen. Auch die Etablierung eines ökonomischen Expertengremiums wird meines Erachtens nur bedingt zu einer qualitativen Verbesserung ökonomischer Entscheidungen der Regulierungsbehörden führen. Denn es gibt häufig – insoweit ist dem BGH zuzustimmen – nicht die *eine* ökonomisch richtige Lösung.

Ich freue mich, dass *Matthias Schmidt-Preuß* im Folgenden zentrale Baustellen des EuGH-Urteils zur normierenden Regulierung darstellen und bewerten wird, die für eine europarechtskonforme Umsetzung zentral sind. *Matthias Schmidt-Preuß* ist nicht nur der akademische Lehrer von *Markus Ludwigs*. Er ist auch das dienstälteste Vorstandsmitglied des enreg und steht mir stets mit Rat und Tat zur Seite. Als ausgewiesener Kenner des Energierechts ist er dazu prädestiniert, die übergreifenden Fragestellungen der EuGH-Entscheidung zu beleuchten.

Gestatten Sie mir zuvor noch einige organisatorische Hinweise. Aufgrund des eng getakteten Programms bitte ich Sie, Ihre Anmerkungen und Fragen mit Hilfe der Chat-Funktion zu formulieren. *Markus Ludwigs* und ich werden die Wortmeldungen ggf.

bündeln und zur Diskussion stellen. Mündliche Diskussionsbeiträge sind gern willkommen, soweit sie kurz gefasst sind. Ansonsten bitten wir Sie, ihre Mikrofone auf stumm zu stellen.

Nun aber zum Vortrag von *Matthias Schmidt-Preuß*: *Matthias*, the floor is yours. And please keep the time-limit in mind.