Gleiss Lutz

REGULIERUNGSERMESSEN UND RECHTSSCHUTZ

Die BNetzA nach der EuGH-Entscheidung

Dr. Marc Ruttloff | Dr. Lars Kindler

enreg Berlin | Universität Würzburg – Onlineveranstaltung 31. März 2022

Gleiss Lutz

Laufende Modelldiskussionen

Auswirkungen auf Handlungsformen der BNetzA

Duales Modell

Ansatz

- Administrativ-entscheidungen durch **Festlegungen der BNetzA**
- Policy-Entscheidungen durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber

Folge

- Keine neue Handlungsform bei BNetzA
- Ggf. mehr Festlegungen

Subdelegation

Ansatz

- Subdelegation der **Verordnungs-ermächtigung** an die BNetzA
- Direktdelegation nur unter Änderung Art. 80 GG

Folge

- Verordnung als neue Handlungsform für die BNetzA

Chapeau

Ansatz

- Streichung des normativen Unterbaus, sog. **Herabzonung**
- Ende der normierten Regulierung; Annäherung an **TKG-Praxis**

Folge

- Nicht zwingend neue Handlungsform
- Deutliche Steigerung der Entscheidungsfreiheit

Veredelung

Ansatz

- „**Hochzonung**“ durch Erlass der Verordnungen als formelle Gesetze
- Angesichts EuGH-Entscheidung (jedenfalls) bedenklich (Rn. 112, 126, 127, 130)

Folge

- Keine wesentliche Änderung zur bisherigen Praxis

Gleiss Lutz

Laufende Modelldiskussionen

Ausblick auf Rechtsschutzfragen

Was bedeuten die Modelldiskussionen für den Rechtsschutz?

- Ausgestaltung des Rechtsschutzes ist abhängig von den Handlungsformen der BNetzA und damit abhängig vom gewählten Modell
- Tendenz ist aber klar:
  - Es *kann* veränderte Handlungsformen für die BNetzA geben
  - Es *kann* deutlich mehr Festlegungsentscheidungen der BNetzA geben
  - Die Entscheidungsfreiheit der BNetzA *wird* steigen
- Für den Rechtsschutz bedeutet dies:
  - Es *könnten* neue Rechtsschutzformen gegen BNetzA-Entscheidungen angedacht werden
  - Es *könnten* deutlich mehr Rechtsschutzverfahren aufkommen
  - Es *sollte* eine Diskussion zu behördlichen Letztentscheidungsspielräumen und gerichtlicher Kontrolldichte geben

Regulierungsermessen

Hintergrund und Grenzen

Gleiss Lutz

Hintergrund

- BVerwG hat Regulierungsermessen zunächst im Rahmen der TKG-Gesetzgebung anerkannt
  - Sachgrund: Funktionsgrenze der Rechtsprechung:

    „[…] *Doch kann ein gesetzlich vorgegebenes Entscheidungsprogramm wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und seine Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt. […]“ (BVerwG, 6 C 42/06, Rn. 29)*
  - Prüfung anhand des Abwägungsmaßstabes (aus planungsrechtlicher Rechtsprechung)

Verfassungs-rechtliche Grenzen

- Behördliche Letztentscheidungsspielräume sind grundsätzlich Ausnahmen und setzen (national-)verfassungsrechtlich voraus:
  - Letztentscheidungsspielraum ergibt sich **ausdrücklich aus Gesetz** oder durch Auslegung
  - Es besteht ein hinreichend **gewichtiger Sachgrund** für die Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle
  - Es verbleiben **substantielle gerichtliche Kontrollmöglichkeiten**
- **Aber:** Pflicht zur gerichtlichen Überprüfung reicht nicht weiter als die materiell-rechtliche Bindung der Exekutive

Gleiss Lutz

Regulierungsermessen

Tendenzen und Einfluss der EuGH-Entscheidung

Tendenz und Auffälligkeiten

- Regulierungsermessen wird vielfach angenommen:
  - BGH: Effizienzvergleich, Produktivitätsfaktor, GabiGas, BEATE, REGENT (?), etc.
  - OLG: REGENT, KASPAR, etc.
- Unterschiedliche Verwendung der Maßstäbe: Abwägungsmaßstab, Methodenkontrolle, Kombination
- Ausweitung auf Sachverhaltsermittlung?

Einfluss der EuGH-Entscheidung

- Geforderte Unabhängigkeit der BNetzA kann zu einer Ausweitung der behördlichen Letztentscheidungsspielräume führen
- **Tendenz in der Rechtsprechung**:
  - BGH bezieht sich bei Regulierungsermessen nun auf EuGH-Entscheidung (EnVR 17/20, Rn. 48ff.)
  - Die in Art. 41 XVI,XVII vorgebende gerichtliche Kontrolle soll sich nur auf den normativen Rahmen der Richtlinie erstrecken
- **Forderungen aus der Praxis**:
  - Stärkung des Rechtsschutzes gegen BNetzA-Entscheidungen
  - Erhöhung gerichtlicher Kontrolldichte durch Reduzierung des Regulierungsermessens

Regulierungsermessen

Unionsrechtliche Vorgaben zum Rechtsschutz

Unionsrechtliche Vorgaben zum effektiven Rechtsschutz

- Unionsrecht selbst verlangt die Möglichkeit einer effektiven gerichtlichen Kontrolle: Art. 60 VII, VIII EltRL 2019/944, Art 41 XVI, XVII GasRL 2009 und Art. 47 GRCh; auch und gerade im Zusammenhang mit der hier in Frage stehenden Regulierung: Erwägungsgrund 80 EltRL 2019/944; ErwG 30 GasRL 2009
- EuGH hat sich in der September-Entscheidung ebenfalls dazu verhalten:

  „Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass das Demokratieprinzip dem nicht entgegensteht, dass es außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus angesiedelte, von der Regierung mehr oder weniger unabhängige öffentliche Stellen gibt, die oftmals Regulierungsfunktionen oder Aufgaben wahrnehmen, die der politischen Einflussnahme entzogen sein müssen, ***dabei aber an das Gesetz gebunden und der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterworfen bleiben.*** […]“ (C-718/18, Rn. 126)
- EuGH erkennt aber auch behördlichen Wertungsspielraum an:

  „ Zum einen fallen die den NRB vorbehaltenen Zuständigkeiten in den Bereich der Durchführung, und zwar auf der Grundlage einer ***technisch-fachlichen Beurteilung*** *der Wirklichkeit. Zum anderen unterliegen die NRB, wie sich aus den Rn. 120 bis 123 des vorliegenden Urteils ergibt, bei der Ausübung dieser Zuständigkeiten Grundsätzen und Regeln, die durch einen detaillierten normativen Rahmen auf Unionsebene festgelegt werden,* ***ihren Wertungsspielraum*** *beschränken und sie daran hindern, Entscheidungen politischer Art zu treffen. (C-718/18, Rn. 132)*

→ Effektiver Rechtsschutz bezieht sich „nur“ auf die Einhaltung von Gesetz und Recht; EuGH erkennt zudem Wertungsspielraum an

→ Begrenzter Erkenntnisgewinn für die Abgrenzung behördlicher Letztentscheidungsspielräume / gerichtlicher Kontrolle

Regulierungsermessen

Grenzen der Kontrolldichte

(Tatsächliche) Grenzen der Kontrolldichte

- **Forderungen aus der Praxis sind nachvollziehbar**: Die Ausweitung des Regulierungsermessens führt dazu, dass wesentliche Entscheidungen der BNetzA einer Vollkontrolle nicht zugänglich sind. Gerichtliche Kontrolle anhand vager Kriterien einer Richtlinie ist (zumindest) verfassungsrechtlich bedenklich.
- **ABER – Tatsächliches Problem**: „Eingeschränkte Prüfungsmaßstab folgt aus den **Grenzen der rechtlichen Determinierung** und **Determinierbarkeit** der Aufklärung und Bewertung **komplexer ökonomischer Zusammenhänge im Allgemeinen** und der **regulatorischen Aufgaben im Besonderen**“ (EnVR 17/20 –, Rn. 16)

Regulierungsermessen

Unionsrechtliche Vorgaben zum Rechtsschutz

Unionsrechtliche Vorgaben zum effektiven Rechtsschutz

- EuGH bezieht parlamentarische Kontrolle ein:

  „[…] *Der Umstand, dass den NRB eine von der allgemeinen Staatsverwaltung unabhängige Stellung zukommt, ist für sich allein noch nicht geeignet, diesen Behörden die demokratische Legitimation zu nehmen, sofern sie* ***nicht jeder parlamentarischen Einflussmöglichkeit entzogen*** *sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. März 2010, Kommission/Deutschland, C-518/07, EU:C:2010:125, Rn. 42, 43 und 46).“*

  Die Richtlinien 2009/72 und 2009/73 stehen dem indessen nicht entgegen, dass die Personen, die die Leitung der NRB ausüben, vom Parlament oder von der Regierung ernannt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Juni 2020, Prezident Slovenskej republiky, C-378/19, EU:C:2020:462, Rn. 36 bis 39). Ebenso wenig stehen sie 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.“ (C-718/18, Rn. 126, 127)*

  „Nach alledem ist auf die zweite Frage zu antworten, dass Art. 35 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/72 dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, die zur Gewährleistung des Schutzes des öffentlichen Interesses die Beteiligung von Vertretern von Ministerien dieses Staates an bestimmten Entgeltverfahren vor der nationalen Regulierungsbehörde vorsieht, sofern die Unabhängigkeit dieser Behörde bei der Entscheidungsfindung gewahrt bleibt, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.“ (Prezident Slovenskej republiky, C-378/19, Rn. 65)

Gleiss Lutz

Stärkung des Rechtsschutzes

Mögliche Elemente eines effektiven Rechtsschutzes

1 **Vorstrukturierung der Entscheidungsfindung:**	▪ Formelle Entscheidungsanforderungen erhöhen/Prozedurale Determinierung bzgl. Ermittlung und Bewertung der Ermessensgrundlagen (in Anlehnung an § 9 Abs. 3 ARegV/ § 2 Abs. 3 BauGB: Beteiligungsrechte, Ministerialbeteiligung, Sachverhaltsermittlung, Marktkonsultation, Berücksichtigungspflichten, Begutachtungspflichten, Methodenwahl) ▪ Vorstrukturierung der materiellen Entscheidung durch EuGH-Entscheidung eingeschränkt
2 **Normenkontrolle sui generis:**	▪ Klagemöglichkeit gg. (mögliche) BNetzA-Verordnungen schaffen ▪ Subjektive Zulassungsschranke, aber objektives Prüfprogramm ▪ Rechtskraftwirkung erga omnes
3 **Vorschaltrechtsbehelf:**	▪ Ähnlich dem verwaltungsprozessualen Vorverfahren mit Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle ▪ Durch „unabhängige Stelle innerhalb der BNetzA“ (Widerspruchsausschuss/-kammer bzw. erweiterte Beiratsfunktion) ▪ Nachteil: Verlängerung des Rechtsschutzes

Stärkung des Rechtsschutzes

Mögliche Elemente eines effektiven Rechtsschutzes

Gleiss Lutz

4

Verbandsklage als zusätzliche Kontrollmöglichkeit:

- Verbandeigenschaft anerkannter Verbände der Energiewirtschaft ersetzt die Klagebefugnis
- Mit Elementen der Musterklage verbinden: In Klageliste können sich betroffene Unternehmen registrieren und Verbandsentscheidung hat Rechtskraftwirkung für registrierte Unternehmen

5

Musterklage in Anlehnung an Musterfeststellungsklage:

- Pool von betroffenen Unternehmen könnte zu Musterklage befugt werden
- Feststellungen mit Bindungswirkung für die späteren Einzelverfahren

6

Weiteres:

- Rechtskraftwirkung in bestimmten Konstellationen erhöhen (erga omnes)
- Subjektive Zulassungsschranke, aber objektives Prüfprogramm
- Parlamentarische Kontrolle (bspw. Stärkung der Beiratsrecht)
- Weitere…

Regulierungsermessen und Rechtsschutz

Take aways zur Diskussion

Die Letztentscheidungs-spielräume der BNetzA haben sich in den letzten Jahren erhöht.

Die EuGH-Entscheidung fordert weitergehende Unabhängigkeit der BNetzA und wird zu einer Erweiterung ihrer Entscheidungsfreiheit führen.

Der BGH knüpft daran nicht die Intensivierung der gerichtlichen Kontrolle. Im Gegenteil: Er beschränkt den Kontrollmaßstab auf die Vorgaben der Richtlinie. Das ist verfassungsrechtlich bedenklich.

Zur Steigerung der Rechtsschutzintensität stehen dem Gesetzgeber unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung.

Gleiss Lutz

VIELEN DANK

für Ihre Aufmerksamkeit

Ansprechpartner

Gleiss Lutz

Dr. Marc Ruttloff

Partner – Regulatory, Energy

Stuttgart

Lautenschlagerstraße 21
70173 Stuttgart
Deutschland

T +49 711 8997-169
F +49 711 855096
marc.ruttloff@gleisslutz.com

Dr. Lars Kindler

Regulatory, Energy

Düsseldorf

Dreischeibenhaus 1
40211 Düsseldorf
Deutschland

T +49 211 54061-315
F +49 211 54061-111
lars.kindler@gleisslutz.com

Gleiss Lutz

Standorte

Berlin

Washingtonplatz 3
10557 Berlin
Deutschland

T +49 30 800979-0
F +49 30 800979-979

Frankfurt

Taunusanlage 11
60329 Frankfurt
Deutschland

T +49 69 95514-0
F +49 69 95514-198

München

Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München
Deutschland

T +49 89 21667-0
F +49 89 21667-111

Brüssel

Rue de Loxum 25
1000 Brüssel
Belgien

T +32 2 551-1020
F +32 2 551-1039

Düsseldorf

Dreischeibenhaus 1
40211 Düsseldorf
Deutschland

T +49 211 54061-0
F +49 211 54061-111

Hamburg

Görtz-Palais
Neuer Wall 86
20354 Hamburg
Deutschland

T +49 40 460017-0
F +49 40 460017-28

Stuttgart

Lautenschlagerstraße 21
70173 Stuttgart
Deutschland

T +49 711 8997-0
F +49 711 855096

London

125 Old Broad Street
London EC2N 1AR
Vereinigtes Königreich

T +44 20 7382 5775
F +44 20 7374 0811

www.gleisslutz.com