



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**

Nr. 12

Johannes M. Steinker

**Abschied von der
normierenden (Energie-)
Regulierung in Deutschland**

**Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit
und Modelle einer Fortentwicklung**



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Die Würzburger Online-Schriften zum Europarecht werden herausgegeben von Professor Dr. Markus Ludwigs, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die Reihe bietet ein Forum für hervorragende Seminar- und Magisterarbeiten aus dem gesamten Bereich des Europarechts, einschließlich des Rechts der EMRK. Sie gibt den Studierenden der Universität Würzburg die Möglichkeit, ihre wissenschaftlichen Ideen und Konzepte der Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen.

© Prof. Dr. Markus Ludwigs
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Juristische Fakultät
Domerschulstraße 16
97070 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-80023
Fax: +49 (0) 931 - 31-80651
l-oeur-ur@jura.uni-wuerzburg.de
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>
Alle Rechte vorbehalten.
Würzburg 2022.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch
den Publikationsservice der Universität
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg
Am Hubland
D-97074 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906
opus@uni-wuerzburg.de
<http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>
Titelblattgestaltung / Foto: Kristina Hanig

ISSN: 2199-790X



Zitiervorschlag:

Steinker, Johannes M.: Abschied von der normierenden (Energie-)Regulierung
in Deutschland - Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit und Modelle einer
Fortentwicklung. Würzburger Online-Schriften zum Europarecht, Nr. 12 (2022).
DOI: 10.25972/OPUS-29071

This document is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License
(CC BY-NC-ND 4.0): <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>
This CC license does not apply to third party material (attributed to another source) in this publication.

Johannes M. Steinker*

Abschied von der normierenden (Energie-)Regulierung in Deutschland – Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit und Modelle einer Fortentwicklung

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht (Prof. Dr. *Markus Ludwigs*). Die vorliegende Arbeit entstand im Rahmen des Seminars „Aktuelle Streitfragen im Öffentlichen Recht“ unter der Leitung von Herrn Prof. Dr. *Markus Ludwigs* im Sommersemester 2022. Sie stellt eine geringfügig überarbeitete Fassung der eingereichten Seminararbeit unter Berücksichtigung der Korrekturhinweise dar und ist auf dem Stand von Ende März 2022. Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. *Markus Ludwigs* für die engagierte und konstruktive Betreuung im Rahmen der Erstellung der Seminararbeit sowie die Möglichkeit zur Publikation in den Würzburger Online-Schriften zum Europarecht.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	1
B.	Begriffsbestimmung: Normierende Energieregulierung	2
C.	Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit.....	3
I.	Unionsrechtlicher Regelungsrahmen.....	3
II.	Argumente der Parteien im Vertragsverletzungsverfahren	4
1.	Europäische Kommission	5
2.	Bundesrepublik Deutschland	6
III.	Diskussion in Rechtsprechung und Literatur.....	7
IV.	Entscheidung des EuGH.....	8
V.	Kritische Würdigung	10
VI.	Interpretation der Entscheidung.....	13
VII.	Zwischenergebnis	15
D.	Konsequenzen der Entscheidung für das deutsche Energierecht.....	15
I.	<i>De lege lata</i>	15
1.	Kontrollvorbehalte-Judikatur des BVerfG.....	15
a)	Identitätskontrolle	16
b)	<i>Ultra-vires</i> -Kontrolle	18
2.	Unmittelbare Richtlinienwirkung	19
a)	Mangelhafte Umsetzung trotz Fristablauf	19
b)	Hinreichende inhaltliche Genauigkeit	19
c)	Unbedingtheit.....	20
d)	Individuell begünstigende Wirkung als Voraussetzung?.....	21
e)	Nachteilige Wirkung der Richtlinien	21
f)	Objektive unmittelbare Richtlinienwirkung	23
3.	Zwischenergebnis	24
II.	<i>De lege ferenda</i> – Modelle einer Fortentwicklung	24
1.	„Hochzonung“ bisheriger Verordnungsinhalte.....	24
2.	Kombination aus „Hochzonung“ und „Herabzonung“	25
3.	Erweiterung des Begriffs der Regulierungsbehörde.....	26

4.	„Herabzonung“ in den Regelungsbereich der BNetzA.....	27
a)	Erlass von (normkonkretisierenden) Verwaltungsvorschriften	27
b)	Erlass von (subdelegierten) Rechtsverordnungen.....	29
aa)	Subdelegation der Verordnungsermächtigung.....	29
bb)	„Vorweggenommene“ Subdelegation.....	30
c)	Erlass von Rahmenfestlegungen.....	32
E.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	35
	Literaturverzeichnis	IV

A. Einleitung

Als „verfassungspolitischer Krisenbegriff“ bezeichnet die Entparlamentarisierung in Bezug auf die Bundesrepublik Deutschland eine Entwicklung, in der der Deutsche Bundestag und die Landesparlamente, als unmittelbar demokratisch legitimierte Organe, im politischen Geschehen zunehmend an Bedeutung verlieren.¹ Die Ursachen dafür sind mannigfaltig.² Sie reichen von einer stärkeren Kompetenzübertragung auf eine supranationale Organisation, wie die Europäische Union³, bis hin zur Kompetenzverlagerung auf Expertengremien⁴. Besondere Brisanz hat der Begriff bisweilen auch im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie erfahren.⁵

Doch nicht nur in Bezug auf das Pandemiebekämpfungsrecht hat der Begriff der Entparlamentarisierung jüngst an Aktualität gewonnen. Auch im deutschen Energieregulierungsrecht zeichnet sich eine zunehmende Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde gegenüber der Gesetzgebung ab.

So rügte die Europäische Kommission im Jahr 2018 in einer Aufsichtsklage nach Art. 258 AEUV gegen die Bundesrepublik Deutschland⁶ die nicht ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie 2009/72/EG⁷ und der Richtlinie 2009/73/EG⁸. Die Kommission erblickte in der mit dem sog. normierenden Regulierungsansatz einhergehenden intensiven normativen Vorstrukturierung durch das deutsche Energierecht eine Verletzung der Befugnisse und der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde.

Am 2. September 2021 gab der Europäische Gerichtshof der Klage statt und entschied, dass zentrale Parameter der Energieregulierung sekundärrechtlich dem Zuständigkeitsbereich der nationalen Regulierungsbehörde zugeordnet sind.⁹ Die intensive normative Vorstrukturierung würde mithin die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde sekundärrechtswidrig beeinträchtigen.¹⁰

¹ Vgl. *Puhl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. III, § 48 Rn. 1.

² Überbl. bei *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 38 Rn. 57 ff.

³ Dazu *Schenke*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. I, § 7 Rn. 20 ff.

⁴ Dazu *Vofßkuhle*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. III, § 43 Rn. 52 m. w. N.

⁵ *Barczak*, RuP 56 (2020), 458 (460 ff.); diff. *Ludwigs*, DVBl. 2021, 353 ff.

⁶ *Europäische Kommission*, Aufsichtsklage v. 16.11.2018 (Rs. C-718/18), ABl. C 2019 54/6.

⁷ RL 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211/55; aufgeh. durch RL (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2019, ABl. 2019 L 158/125.

⁸ RL 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211/94; zgd. RL (EU) 2019/692 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019, ABl. 2019 L 117/1.

⁹ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 103 ff. – Kommission/Deutschland.

¹⁰ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 114 ff. – Kommission/Deutschland.

Mit seiner Entscheidung stellt der Europäische Gerichtshof fest, dass „in erster Linie die Verwaltung, nicht der Gesetzgeber [zur Regulierung aufgerufen ist]“¹¹ und forciert damit einen Wandel in der deutschen Energieregulierung.

Ziel dieser Arbeit ist es, die Entscheidung des EuGH und dessen Folgen für die in Deutschland praktizierte normierende Energieregulierung zu beleuchten sowie Reaktions- und Handlungsmöglichkeiten für den deutschen Gesetzgeber aufzuzeigen. Dazu wird nach einem Kapitel, in dem zunächst das Steuerungskonzept der normierenden Energieregulierung näher erläutert wird (B.), das Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshofs dargestellt und das EuGH-Urteil einer kritischen Würdigung unterzogen (C.). Sodann sollen die Konsequenzen der Entscheidung *de lege lata* und Optionen für eine Strukturreform *de lege ferenda* diskutiert werden (D.). Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (E.).

B. Begriffsbestimmung: Normierende Energieregulierung

Der deutsche Energiegesetzgeber verfolgt bei der Regulierung¹² des Strom- und Gasnetzes schwerpunktmäßig das Konzept der sog. normierenden Regulierung.¹³

Dieses zeichnet sich durch ein hohes Maß an normativer Vorstrukturierung aus, die das regulierungsbehördliche Handeln zum Teil detailliert steuert.¹⁴ So werden zentrale Fragen der Zugangs- und Entgeltregulierung zum einen durch den parlamentarischen Gesetzgeber im EnWG geregelt. Daneben besteht aber auch ein umfassendes untergesetzliches Regelwerk aus fünf Begleitverordnungen.¹⁵ Diese wurden (u. a.) auf Grundlage des § 24 S. 1 EnWG erlassen. Danach ist die Bundesregierung – mithin als Regulierungsbehörde „im weiteren Sinne“¹⁶ – „ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates [...] die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Aus-

¹¹ So bereits *Britz*, EuZW 2004, 462 zu den Beschleunigungsrichtlinien 2003/54/EG (Strom) u. 2003/55/EG (Gas).

¹² Näher zum facettenreichen Regulierungsbegriff *Merk*, in: FS Schmidt-Preuß, S. 713 (714 ff.).

¹³ *Schmidt-Preuß*, in: Säcker (Hrsg.), *BerlKommEnR*, Einl. C Rn. 2 f.

¹⁴ Im Gegensatz dazu steht der Telekommunikationssektor, wo mit der Umsetzung des Richtlinienpakets 2002 der Wandel hin zu einem administrativen Regulierungskonzept erfolgte (anschaulich dazu EuGH, Rs. C-262/06, ECLI:EU:C:2007:703, Rn. 28 – Deutsche Telekom). Dieser Wandel wurde durch die „Neue-Märkte“-Entscheidung des EuGH vom 3.12.2009 (EuGH, Rs. C-424/07, ECLI:EU:2009:749 – Kommission/Deutschland) weiter verstärkt.

¹⁵ Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV) v. 25.7.2005, BGBl. I S. 2243; Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) v. 25.7.2005, BGBl. I S. 2225; Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) v. 3.9.2010, BGBl. I S. 1261; Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV) v. 25.7.2005, BGBl. I S. 2197; Anreizregulierungsverordnung (ARegV) v. 29.10.2007, BGBl. I S. 2529.

¹⁶ So *Pielow*, DÖV 2005, 1017 (1020).

gleichleistungen oder Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang [...] festzulegen“. In den fünf Begleitverordnungen werden so fast alle grundlegenden Fragen des Netzzugangs und der Netzentgelte für Strom und Gas *en détail* geregelt.¹⁷ Den nur begrenzt verbleibenden Spielraum füllt die Bundesnetzagentur (BNetzA) als zuständige nationale Regulierungsbehörde sodann mit sog. Festlegungen¹⁸ aus. Das Vertragsverletzungsverfahren stellt nunmehr die Unionsrechtskonformität der normierenden Energieregulierung und der damit einhergehenden intensiven normativen Vorstrukturierung grundsätzlich in Frage.

C. Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit

Zur Klärung der Frage, ob und inwieweit die normierende Energieregulierung gegen das Unionsrecht verstößt, werden im Folgenden der unionsrechtliche Regelungsrahmen (I.) und die zentralen Argumente der Parteien im Vertragsverletzungsverfahren dargestellt (II.). Ebenso werden die Auffassungen in der deutschen Rechtsprechung und Literatur zur Unionsrechtskonformität der normierenden Energieregulierung kurz skizziert (III.). Sodann werden die Kernaussagen der EuGH-Entscheidung vom 2. September 2021 vorgestellt (IV.) und einer kritischen Würdigung (V.) sowie einer Interpretation (VI.) unterzogen.

I. Unionsrechtlicher Regelungsrahmen

Bei einer näheren Beleuchtung des unionsrechtlichen Regelungsrahmens in Form der RL 2009/72/EG¹⁹ und der RL 2009/73/EG²⁰ ist zunächst festzuhalten, dass die zentrale Rolle in der Energieregulierung den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesen ist.²¹ So ordnet Art. 37 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) RL 2009/72/EG²² einen bestimmten Aufgabenkern explizit dem Zuständigkeitsbereich der nationalen Regulierungsbehörde zu. Es obliegt ihr, „anhand transparenter Kriterien die Fernleitungs- oder Verteilungstarife bzw. die entsprechenden Methoden festzulegen oder zu genehmigen“. Ferner ist sie dafür zuständig, „zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung folgender Bedingungen [...] festzulegen

¹⁷ Franke, Die Verwaltung 49 (2016), 25 (34).

¹⁸ Näher zum Rechtscharakter der Festlegung siehe S. 32 ff.

¹⁹ Die zur Diskussion stehenden Vorschriften der RL 2009/72/EG bleiben in der neuen RL (EU) 2019/944 großenteils unverändert, vgl. Art. 57 Abs. 4 u. Abs. 5 sowie Art. 59 Abs. 1 lit. a) u. Abs. 7 lit. a) u. b) RL (EU) 2019/944.

²⁰ Zum Entwurf einer neuen Gas-RL vgl. *Europäische Kommission*, Vorschlag v. 15.12.2021, COM(2021) 803 final. Die hier in Rede stehenden Vorschriften bleiben weitgehend unverändert, vgl. Art. 70 Abs. 4 u. Abs. 5 sowie Art. 72 Abs. 1 lit. a) u. Abs. 7 lit. a) u. b) des RL-Entwurfs.

²¹ Vgl. auch die Erwgrd. 33 f. der RL 2009/72/EG bzw. 29 f. der RL 2009/73/EG.

²² Sinngemäß auch Art. 41 Abs. 1 lit. a) u. Abs. 6 lit. a) u. b) RL 2009/73/EG.

oder zu genehmigen: a) die Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der Tarife für die Übertragung und die Verteilung oder ihrer Methoden [...]; b) die Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen“.

Darüber hinaus verpflichtet Art. 35 Abs. 4 und Abs. 5 RL 2009/72/EG²³ die Mitgliedstaaten dazu, „die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde“ zu gewährleisten. Diese Unabhängigkeit umfasst verschiedene „Dimensionen“.²⁴ Neben der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde gegenüber den von ihr regulierten Unternehmen²⁵ fordern die Richtlinien ferner die Weisungsunabhängigkeit der Behörde gegenüber der Regierung als Spitze der Exekutive²⁶. Bislang offen ist, ob den Richtlinien auch die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde gegenüber dem Normgeber zu entnehmen ist, mithin die Unabhängigkeit vor intensiver normativer Vorstrukturierung zu gewährleisten ist.²⁷

Im Hinblick auf das Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland stellen sich nun folgende Fragen: Zum einen ist fraglich, inwiefern Deutschland durch den Erlass der fünf Begleitverordnungen in den Zuständigkeitsbereich der BNetzA eingreift, der nach den Richtlinien exklusiv der nationalen Regulierungsbehörde vorbehalten ist. Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit der RL 2009/72/EG und der RL 2009/73/EG ein Verbot übermäßiger normativer Vorstrukturierung durch den Verordnungsgeber, womöglich sogar durch den parlamentarischen Gesetzgeber zu entnehmen ist.

II. Argumente der Parteien im Vertragsverletzungsverfahren

Die Europäische Kommission sah die sekundärrechtlich geforderte Aufgabenzuweisung und Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde durch die in Deutschland praktizierte normierende Regulierung als verletzt an.²⁸ Am 16.11.2018 erhob sie daher eine Aufsichtsklage nach Art. 258 AEUV vor dem Europäischen Gerichtshof gegen die Bundesrepublik Deutschland.²⁹ Im Folgenden werden die wesentlichen

²³ Sinngemäß auch Art. 39 Abs. 4 u. Abs. 5 RL 2009/73/EG.

²⁴ Vgl. dazu u. zur Unabhängigkeit ggü. der Judikative *Offenbacher*, RdE Sonderheft 2020, 40 (44).

²⁵ Art. 35 Abs. 4 lit. a) u. b) Ziff. i) RL 2009/72/EG bzw. Art. 39 Abs. 4 lit. a) u. b) Ziff. i) RL 2009/73/EG (sog. funktionale Unabhängigkeit).

²⁶ Art. 35 Abs. 4 lit. a) u. b) Ziff. ii) RL 2009/72/EG bzw. Art. 39 Abs. 4 lit. a) u. b) Ziff. ii) RL 2009/73/EG. Zum konfligierenden § 61 EnWG vgl. *Gundel*, RdE 2019, 493 (494 f.) m. w. N.

²⁷ Krit. insbes. *Jacob*, N&R 2020, 107 (110 f.).

²⁸ Ferner rügte die Kommission die unzureichende Umsetzung des Begriffs des „vertikal integrierten Unternehmens“ in § 3 Nr. 38 EnWG, die unzureichende Umsetzung der Karenzvorschriften in § 10c Abs. 2 u. 6 EnWG sowie die unzureichende Umsetzung des Veräußerungsgebots in § 10c Abs. 4 EnWG. Dazu EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 19–84 – Kommission/Deutschland.

²⁹ *Europäische Kommission*, Aufsichtsklage v. 16.11.2018 (Rs. C-718/18), ABl. C 2019 54/6.

Argumente der Europäischen Kommission (1.) und der Bundesrepublik Deutschland (2.) im Vertragsverletzungsverfahren vorgestellt.

1. Europäische Kommission

In ihrem Vorbringen rügte die Europäische Kommission die „Verletzung der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde“.³⁰

Indem § 24 S. 1 EnWG der Bundesregierung (als Ordnungsgeber) die Zuständigkeit für die Festlegung der Netzzugangsbedingungen, der Erbringung von Ausgleichsleistungen und der Methoden zur Bestimmung der Zugangsentgelte zuweise, liege ein Verstoß gegen die alleinige Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde und die unionsrechtlich geforderte Unabhängigkeit jener Behörde.

Aus Art. 37 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) RL 2009/72/EG sowie aus Art. 41 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) RL 2009/73/EG gehe hervor, dass diese Zuständigkeiten „ausschließlich“ der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen sind. Die (u. a.) auf Grundlage des § 24 S. 1 EnWG erlassenen Rechtsverordnungen³¹ seien keine – sekundärrechtlich zulässigen – „allgemeinen politischen Leitlinien der Regierung“ i. S. d. Art. 35 Abs. 4 lit. b) Ziff. ii) RL 2009/72/EG bzw. Art. 39 Abs. 4 lit. b) Ziff. ii) RL 2009/73/EG. Vielmehr handele es sich um „höchst detaillierte Anweisungen“, die die Befugnisse und die uneingeschränkte Ermessensausübung der nationalen Regulierungsbehörde erheblich „schmäleren“.

Die Kommission verwies auch auf ein – ihrer Auffassung nach dem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland gleichgeartetes – EuGH-Urteil³² aus dem Jahr 2009. Hier attestierte der EuGH dem Königreich Belgien einen Verstoß gegen die Zuständigkeitsregelungen der RL 2003/54/EG, da dem belgischen König – und nicht der belgischen Regulierungsbehörde – die Zuständigkeit für die Bestimmung der ausschlaggebenden Bestandteile zur Berechnung der Tarife in Bezug auf gewisse Stromleitungsanlagen übertragen wurden.

³⁰ Zusammenfassung in den SchlA des GA *Pitruzzella*, Rs. C-718/18, ECLI:EU:2021:20, Rn. 85–89 – Kommission/Deutschland.

³¹ Vgl. Fn. 15.

³² EuGH, Rs. C-474/08, ECLI:EU:2009:681 – Kommission/Belgien.

2. Bundesrepublik Deutschland

Die Bundesrepublik Deutschland stützte sich in ihrem Vorbringen im Wesentlichen³³ auf sechs Argumentationslinien.³⁴ Zunächst argumentierte sie verfassungsrechtlich mit dem Demokratieprinzip. So sei die Ermessensausübung der nationalen Regulierungsbehörde „vorstrukturiert“, um eine „ununterbrochene demokratische Legitimationskette sicherzustellen“.

Zudem würde der primärrechtliche³⁵ Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie für einen „Spielraum“ der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinien sprechen. Auch sei es aufgrund der unbestimmten sekundärrechtlichen EU-Vorgaben dem Umsetzungsgesetzgeber nicht verwehrt, „genauere und präzisere“ Bestimmungen als die allgemeinen Richtlinien zu erlassen.

Eine Vergleichbarkeit mit dem von der Kommission angeführten Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien aus dem Jahr 2009³⁶ lehnte die Bundesrepublik mit dem Verweis ab, dass es sich bei den auf Grundlage des § 24 S. 1 EnWG erlassenen Rechtsvorschriften um „materielle Gesetze“ und nicht um Weisungen der Bundesregierung handele.

Zudem rekurrierte die Bundesrepublik auf die *Meroni*-Doktrin³⁷. Diese sei im Fall der Aufgabenübertragung auf unabhängige Behörden der Mitgliedstaaten entsprechend anwendbar und würde eine Übertragung politischer Ermessensspielräume an die nationale Regulierungsbehörde verbieten.

Schließlich führte sie auch den Schutz der mitgliedstaatlichen Identität nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV ins Feld, wonach die Union das deutsche Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip zu achten habe.

³³ Zusammenfassung in den SchlA des GA *Pitruzzella*, Rs. C-718/18, ECLI:EU:2021:20, Rn. 90–97 – Kommission/Deutschland.

³⁴ Auf den (erfolglosen) prozessualen Einwand hinsichtlich einer unzulässigen nachträglichen Erweiterung des Streitgegenstandes sei an dieser Stelle hingewiesen, vgl. dazu EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 98 ff. – Kommission/Deutschland.

³⁵ Primärrechtl. Charakter verneinend z. B. *Schöndorf-Haubold*, in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Hrsg.), S. 25 (47); *Gundel*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), EuR, § 3 Rn. 109; a. A. statt vieler *Streinz*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. II, § 45 Rn. 44; *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417 (1419 f.); *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 127, jew. m. w. N. zum Meinungsstand.

³⁶ Siehe Fn. 32.

³⁷ EuGH, Rs. C-9/56, ECLI:EU:C:1958:7 – *Meroni* I; Rs. C-10/56, ECLI:EU:C:1958:8 – *Meroni* II; aus jüngerer Zeit EuGH, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 – *ESMA*.

III. Diskussion in Rechtsprechung und Literatur

Die Frage rund um die unionsrechtlich geforderte Reduzierung normativer Vorstrukturierung stieß in der deutschen Rechtsprechung und Literatur auf ein geteiltes Echo.

So bestätigte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Mehrerlösabschöpfung vom 21.12.2009 die Verfassungskonformität der normierenden Regulierung. Zudem stellte das BVerfG fest, dass die RL 2003/54/EG³⁸ den Mitgliedstaaten die Wahl überlasse, ob sie die einzelnen Inhalte „administrativ oder normativ“ regeln wollen.³⁹ Die Aussagekraft hinsichtlich der Richtlinienkonformität ist jedoch begrenzt, da sich das BVerfG lediglich zur Zulässigkeit der Ex-ante-Entgeltregulierung gem. § 23a EnWG äußerte.⁴⁰

Diese Einschränkung verkannte auch das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 26.4.2016.⁴¹ In dieser lehnte das Gericht ein Vorlageersuchen an den EuGH mit der Begründung ab, dass die normativen Regelungen – insbesondere die StromNZV und die StromNEV – keine Verletzung der unionsrechtlich durch Art. 35, 37 RL 2009/72/EG geforderten Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde darstellen.⁴² Dabei führte das Gericht an, dass die abstrakt-generelle Methodenbestimmung dem Schutz der nationalen Identität nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV unterstehe.⁴³

Gegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf wurde Rechtsbeschwerde zum BGH erhoben. Dieser ließ in seinem Beschluss vom 8.10.2019 aufgrund des (damals noch) anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens eine abschließende Klärung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschriften mit dem Unionsrecht explizit offen.⁴⁴ Dennoch ordnete er die in § 24 S. 1 EnWG enthaltene Verordnungsermächtigung „als zulässige Delegation der dem nationalen Gesetzgeber zustehenden Befugnis zur Normsetzung“ ein.⁴⁵

In der Literatur wurde die Frage rund um den gerügten Verstoß des normierenden Regulierungsansatzes gegen die RL 2009/72/EG und die RL 2009/73/EG kont-

³⁸ Laut BGH, EnWZ 2020, 61 Rn. 49 könne für die RL 2009/72/EG „nichts anderes gelten“.

³⁹ BVerfG, NVwZ 2010, 373 Rn. 35.

⁴⁰ Vgl. *Kegel*, „Europäisches Ermessen“ in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung, S. 248.

⁴¹ OLG Düsseldorf, EnWZ 2018, 267 Rn. 65.

⁴² OLG Düsseldorf, EnWZ 2018, 267 Rn. 59; der Entscheidung zust. *Mohr*, EuZW 2019, 229 (234); krit. *Strauß/Meyer*, EWeRK 2018, 185 (198 ff.); *Kegel*, „Europäisches Ermessen“ in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung, S. 247 ff.

⁴³ OLG Düsseldorf, EnWZ 2018, 267 Rn. 67; krit. *Ludwigs*, EnWZ 2019, 160.

⁴⁴ BGH, EnWZ 2020, 61 Rn. 59.

⁴⁵ BGH, EnWZ 2020, 61 Rn. 41; zust. *Jacob*, N&R 2020, 107 (110 f.); *Hahn*, EnWZ 2020, 65 ff.

rovers diskutiert. So fanden sich Stimmen, die die Auffassung der Kommission teilten⁴⁶ und in der intensiven normativen Steuerung durch die Begleitverordnungen einen Verstoß gegen das Unionsrecht sahen.⁴⁷ Die Gegenauffassung im Schrifttum plädierte für den normierenden Regulierungsansatz und wies die Aufsichtsklage teils mit scharfer Kritik zurück.⁴⁸

Der Generalanwalt *Giovanni Pitruzzella* schloss sich in seinen Schlussanträgen vom 14.1.2021 der Auffassung der Europäischen Kommission an und empfahl dem EuGH, die durch den normierenden Regulierungsansatz verursachte Vertragsverletzung festzustellen.⁴⁹

IV. Entscheidung des EuGH

Am 2. September 2021 entschied der Europäische Gerichtshof, dass die Bundesrepublik Deutschland Art. 37 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) RL 2009/72/EG sowie Art. 41 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) RL 2009/73/EG nicht ordnungsgemäß in innerstaatliches Recht umgesetzt hat und damit gegen ihre Verpflichtungen aus den Richtlinien verstoßen hat.⁵⁰

In seinem Urteil rekurriert der EuGH zunächst auf den Wortlaut der Vorschriften. So sei „unmittelbar aufgrund dieser“ die Zuständigkeit für die Bestimmung der Berechnungsmethoden oder die Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife ausschließlich der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen.⁵¹

Auch verweist der EuGH auf die Vorschriften zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde (Art. 35 Abs. 4 lit. a) und Abs. 5 lit. a) RL 2009/72/EG sowie Art. 39 Abs. 4 lit. a) und Abs. 5 lit. a) RL 2009/73/EG).

Zwar sei der Begriff der „Unabhängigkeit“ nicht in den Richtlinien definiert. Unter Verweis auf sein Urteil vom 11. Juni 2020⁵² definiert der EuGH jedoch die „Unabhängigkeit“ der nationalen Energieregulierungsbehörde als eine Stellung, in

⁴⁶ *Ludwigs*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), S. 11 (13); *ders.*, EnWZ 2019, 160 ff.; *Strauß/Meyer*, EWeRK 2018, 196 (201); *Kegel*, „Europäisches Ermessen“ in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung, S. 253; *Garstecki*, Das Regulierungsermessen, S. 192 f.

⁴⁷ Zu den Vorgängerrichtlinien bereits *Britz*, EuZW 2004, 462 ff.; *dies.*, EuR 2006, 46 (61); *Groebel*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, § 21a Rn. 7; a. A. *Pielow*, DÖV 2005, 1017 (1020); *Hardach*, Die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze, S. 88 f.

⁴⁸ Insbes. *Jacob*, N&R 2020, 107 (110 ff.); vgl. *Gundel*, RdE 2019, 493 (495); *ders.*, in: Mohr/Weyer (Hrsg.), S. 67 (82 f.); *Hahn*, EnWZ 2020, 65 ff.; *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R Beil. 1/2021, 1 (3 ff.); *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2021, 589 ff.

⁴⁹ GA *Pitruzzella*, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:20, Rn. 98–145 – Kommission/Deutschland.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 133 – Kommission/Deutschland.

⁵¹ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 105 – Kommission/Deutschland.

⁵² EuGH, Rs. C-378/19, ECLI:EU:C:2020:462, Rn. 32 f. – Präsident Slovenskej republiky.

der diese „völlig frei handeln kann und dabei frei vor jeglicher Weisung und Einflussnahme von außen geschützt“ sei.⁵³ Ausweislich von Art. 35 Abs. 4 lit. b) Ziff. ii) RL 2009/72/EG bzw. Art. 39 Abs. 4 lit. b) Ziff. ii) RL 2009/73/EG stehe diese Unabhängigkeit „allgemeine[n] politische[n] Leitlinien der Regierung“ nicht entgegen, allerdings dürften diese nicht im Zusammenhang mit den besonderen Regulierungsaufgaben und -befugnissen der nationalen Regulierungsbehörde stehen.⁵⁴ In Übereinstimmung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts *Pitruzzella*⁵⁵ betont der EuGH, dass diese „völlige Unabhängigkeit“ sowohl in Bezug auf die Marktteilnehmer als auch gegenüber politischen Stellen gelte, unabhängig davon, ob es sich um „Träger der exekutiven oder legislativen Gewalt“ handele.⁵⁶

In Bezug auf das deutsche Recht stellt der EuGH zum einen fest, dass § 24 S. 1 EnWG der Bundesregierung entsprechende Zuständigkeiten übertrage, die – ausweislich der Richtlinien – ausschließlich der nationalen Regulierungsbehörde vorbehalten sind.⁵⁷ Zudem sei die unionsrechtlich geforderte unabhängige Aufgabewahrnehmung durch die Regulierungsbehörde durch Begleitverordnungen sekundärrechtswidrig beschränkt.⁵⁸

Die von der Bundesrepublik Deutschland vorgebrachten Argumente weist der Gerichtshof vollständig zurück. Trotz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, „die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten“.⁵⁹ Aufgrund des „detaillierten normativen Rahmens“ auf Unionsebene bestehend aus Richtlinien, konkretisierenden Verordnungen und Netzkodizes könne der Bundesrepublik auch nicht gefolgt werden, wenn sie vom Erfordernis genauerer und präziserer Bestimmungen spreche.⁶⁰

Den demokratiethoretischen Einwänden der Bundesrepublik Deutschland entgegen der EuGH, dass sich der Grundsatz der repräsentativen Demokratie (Art. 10 Abs. 1 EUV) im Gesetzgebungsverfahren der Richtlinien widerspiegele.⁶¹ Auch stehe das weitgehende Unabhängigkeitspostulat der demokratischen Legitimation

⁵³ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 108 – Kommission/Deutschland.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 110 – Kommission/Deutschland.

⁵⁵ GA *Pitruzzella*, Rs. C-718/18, ECLI:EU:2021:20, Rn. 112 – Kommission/Deutschland.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 112 – Kommission/Deutschland.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 114 f. – Kommission/Deutschland.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 116 – Kommission/Deutschland.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 118 – Kommission/Deutschland.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 120 ff. – Kommission/Deutschland.

⁶¹ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 124 f. – Kommission/Deutschland.

jener Regulierungsbehörde nicht entgegen, da weiterhin zahlreiche parlamentarische Einflussmöglichkeiten bestehen bleiben würden (z. B. Ernennung der Behördenleitung und parlamentarische Kontrolle).⁶²

Auch wenn es sich bei den auf Grundlage des § 24 S. 1 EnWG erlassenen Rechtsvorschriften um „materielle Gesetze“ handeln sollte, sei die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nicht gewährleistet. Diese müsse sowohl gegenüber der Regierung als „auch gegenüber dem nationalen Gesetzgeber“ gelten.⁶³

In Bezug auf die *Meroni*-Doktrin lässt der EuGH offen, ob diese im Fall der Aufgabenübertragung auf mitgliedstaatliche Behörden überhaupt anwendbar ist. Jedenfalls sei diese nicht verletzt, da ein detaillierter normativer Rahmen in Form der Richtlinienvorgaben bestehen würde.⁶⁴

V. Kritische Würdigung

Im Rahmen der kritischen Würdigung der Entscheidung ist zunächst festzuhalten, dass die Ausführungen des Luxemburger Gerichtshofs im Ergebnis überzeugen können. Die Richtlinien sprechen nicht nur vom Wortlaut explizit die nationalen Regulierungsbehörden an.⁶⁵ Auch die teleologische und historische Auslegung der Richtlinien deutet eindeutig auf einen „Vorbehalt der Befugnisse“⁶⁶ zugunsten der nationalen Regulierungsbehörde hin. So sah das Dritte Energiebinnenmarktpaket 2009 explizit die Stärkung der Rolle der nationalen Regulierungsbehörde vor,⁶⁷ weshalb auch die Aufgaben und Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörde ausgeweitet wurden.⁶⁸ Die intensive Vorstrukturierung in den Begleitverordnungen zum EnWG stellt daher richtigerweise einen unzulässigen Eingriff in den Zuständigkeitsbereich der nationalen Regulierungsbehörde dar. Kritikwürdig erscheint es, dass der Gerichtshof von einem „detaillierten normativen Rahmen auf Unionsebene“ spricht.⁶⁹ Es lässt sich jedoch nicht von der Hand weisen, dass eine grundlegende Vorstrukturierung der Ziele, Aufgaben und Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörde durch die Richtlinien stattgefunden hat.⁷⁰

⁶² EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 126 ff. – Kommission/Deutschland.

⁶³ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 130 – Kommission/Deutschland.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 131 f. – Kommission/Deutschland.

⁶⁵ So auch *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (5).

⁶⁶ Wörtliches Zitat bei GA *Pitruzzella*, Rs. C-718/18, ECLI:EU:2021:20, Rn. 120 – Kommission/Deutschland.

⁶⁷ *Ludwigs*, in: Ruffert (Hrsg.), *EnzEuR*, § 5 Rn. 11.

⁶⁸ Siehe Erwgrd. 33 f. der RL 2009/72/EG bzw. 29 f. der RL 2009/73/EG.

⁶⁹ Krit. dazu insbes. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 304 (305).

⁷⁰ *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (613).

Dies zugrunde gelegt, erscheinen auch die Ausführungen zur *Meroni*-Doktrin stringent. Auch wenn das Fortwirken dieser Grundsätze in Teilen des Schrifttums⁷¹ angezweifelt wird⁷² und die Frage nach der Anwendbarkeit im Fall der Aufgabenübertragung auf nationale Behörden eindeutig erscheint⁷³, sind die Ausführungen zum – soeben thematisierten – „detaillierten normativen Rahmen auf Unionsebene“ konsequent.

Doch das Urteil fordert auch Kritik heraus.⁷⁴ Kritisiert wird unter anderem, dass der EuGH angesichts der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde die Bedeutung der gerichtlichen Kontrolle betont.⁷⁵ Das Urteil hätte jedoch aufgrund der Abschwächung der normativen Vorstrukturierung die Abschwächung jener gerichtlichen Kontrolldichte zur Folge.⁷⁶

Dem ist nur bedingt zu folgen. So ist zwischen der legislativen Vorstrukturierung einerseits und der gerichtlichen Kontrolldichte andererseits zu differenzieren.⁷⁷ In seiner Entscheidung äußert sich der EuGH grundlegend nur zum Verhältnis der Regulierungsbehörde gegenüber der Normgebung. Aus der unionsrechtlich geforderten Rücknahme jener normativen Vorstrukturierung folgt jedoch nicht automatisch auch die Abschwächung der Kontrolldichte.⁷⁸ Vielmehr hängt die Frage vom Umfang der gerichtlichen Kontrolle von der Umsetzung der EuGH-Entscheidung im nationalen Recht ab.⁷⁹

Kritik erfahren auch die Ausführungen des EuGH zur Verbindlichkeit von Richtlinien. So schränke der Gerichtshof den Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung weitgehend ein.⁸⁰ Es handele sich vorliegend um Richtlinien und nicht um Verordnungen. Richtlinien seien im Unterschied dazu nicht in allen ihren Teilen verbindlich, nicht unmittelbar in den Mitgliedsstaaten geltend und vor allem hinsichtlich der zu ergreifenden Mittel und Formen nicht bindend.⁸¹

Dieser Kritik ist nur teilweise zu folgen. Zwar stimmt es, dass der EuGH mit seinen Ausführungen weitgehend vom Charakter der Richtlinie als „Rahmenregelung“, welche durch den nationalen Gesetzgeber zu konkretisieren ist, abweicht.

⁷¹ Zu den Gründen *Lange*, JuS 2019, 759 (762) m. w. N.

⁷² Vgl. aber EuGH, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 41 ff. – ESMA.

⁷³ Zielt die Rspr. doch auf den Schutz des institutionellen Gleichgewichts *auf Ebene der Union* ab.

⁷⁴ Krit. insbes. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 304 ff.; *Schlotka*, EuZW 2021, 900 ff.

⁷⁵ Siehe EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 126, 128 – Kommission/Deutschland.

⁷⁶ *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 304 (306); *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2021, 589 (592).

⁷⁷ *Ludwigs*, Die Verwaltung 44 (2011), 41 (69 ff.).

⁷⁸ *Garstecki*, Das Regulierungsermessen, S. 192.

⁷⁹ So *Garstecki*, Das Regulierungsermessen, S. 193.

⁸⁰ *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 304 (306). Krit. dazu schon *Jacob*, N&R 2020, 107 (110).

⁸¹ Vgl. dazu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 398.

Allerdings sind Richtlinienbestimmungen, welche dem umsetzenden Mitgliedstaat kaum bis keinen Umsetzungsspielraum belassen, unionsrechtlich zulässig.⁸² Kritikwürdig erscheint dies dennoch im Hinblick auf die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie,⁸³ die ein tragender Grundgedanke beim indirekten Vollzug des Unionsrechts ist. Nach der Argumentation des Gerichtshofs wäre die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie weitgehend durch den Richtliniengesetzgeber einschränkbar, was dem Sinn und Zweck dieser eindeutig zuwiderlaufen würde.

Bisweilen werden aber auch dogmatische Einwände gegen die Entscheidung erhoben. So wird moniert, dass der EuGH nicht hinreichend zwischen den Vorschriften zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde und den Vorschriften über die Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsbehörde differenziere.⁸⁴ Dieser Kritik liegt das Verständnis zu Grunde, dass die Unabhängigkeit gleichbedeutend mit der Weisungsfreiheit ist.⁸⁵ Dies unterstellt, wäre dem Einwand freilich zuzustimmen. Allerdings greift die Kritik zu kurz. Die Richtlinien trennen in allen Sprachfassungen⁸⁶ deutlich zwischen der Unabhängigkeit („unabhängig von allen öffentlichen und privaten Einrichtungen“⁸⁷) und der Weisungsfreiheit („keine direkten Weisungen von Regierungsstellen“⁸⁸).⁸⁹ Die beiden Begriffe sind folglich nicht synonym zu verstehen. Vielmehr bildet die Unabhängigkeit den Oberbegriff, welcher sowohl die Unabhängigkeit gegenüber Weisungen, als auch – so die zutreffende Feststellung des EuGH – die Unabhängigkeit gegenüber intensiver normativer Vorstrukturierung erfasst.⁹⁰

⁸² *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), RdEU, Art. 288 AEUV Rn. 113; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 26.

⁸³ So auch *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (5); *ders.*, in: FS Säcker, S. 609 (614). Die Einordnung der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie als euphemistische Zustandsbeschreibung (so z. B. *Schoch*, Die Verwaltung Beih. 2 [1999], 135 [136]; *Gundel*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach [Hrsg.], EuR, § 3 Rn. 109) oder normativen Grundsatz (so z. B. *Galetta*, EuR Beih. 1/2012, 37 ff.; *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417 [1419 f.]) ist bis heute hoch umstritten; vgl. dazu die umfassende Darstellung des Streitstandes bei *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 127.

⁸⁴ *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (5).

⁸⁵ So auch *Gundel*, RdE 2019, 493 (495); *Jacob*, N&R 2020, 107 (110 f.).

⁸⁶ Die gleichwertige Verbindlichkeit folgt aus Art. 342 AEUV i. V. m. VO Nr. 1 des Rates v. 15.4.1958 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. L 17/385, zgd. VO (EU) Nr. 517/2013 des Rates v. 13.5.2013, ABl. L 158/1; vgl. dazu *Wichard*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 342 AEUV Rn. 17.

⁸⁷ Engl. „functionally independent“; frz. „indépendante de toute autre entité publique ou privée“.

⁸⁸ Engl. „do not seek or take direct instructions“; frz. „ne sollicitent ni n’acceptent d’instructions directes d’aucun gouvernement“.

⁸⁹ *Kegel*, „Europäisches Ermessen“ in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung, S. 91.

⁹⁰ Zu den verschiedenen Dimensionen der Unabhängigkeit siehe S. 4.

VI. Interpretation der Entscheidung

Die EuGH-Entscheidung deutet einen Systemwechsel in der deutschen Energieregulierung an und dennoch bleiben einige Fragen offen. Vor allem hinsichtlich der Intensität des Verbots normativer Vorstrukturierung ist fraglich, wie weit der vom Gerichtshof festgestellte Richtlinienverstoß reicht. In seiner Entscheidung spricht der EuGH von einer „völligen Unabhängigkeit“ der nationalen Regulierungsbehörde, wovon neben der exekutiven Gewalt ausdrücklich auch die legislative Gewalt erfasst ist.⁹¹

Prima facie deutet dies auf eine weite Interpretation der Entscheidung hin. Demnach könnte das Unionsrecht eine absolute Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde vom Gesetz fordern, sowohl im Verhältnis zur Rechtsetzung durch die Exekutive als auch durch den parlamentarischen Gesetzgeber.⁹² Allerdings vermag diese Auffassung nicht zu überzeugen. In der Entscheidung wird zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt, dass die Mitgliedsstaaten die Richtlinien in nationales Recht umsetzen müssen.⁹³

Denkbar wäre aber auch eine enge Interpretation der EuGH-Entscheidung dahingehend, dass sie in erster Linie die normative Vorstrukturierung durch die Exekutive verbietet. Dem parlamentarischen Gesetzgeber hingegen bliebe es nicht verwehrt, auch weiterhin in gewissen Bereichen eine grundlegende normative Vorstrukturierung des regulierungsbehördlichen Handelns vorzunehmen.⁹⁴

Für eine solche enge Interpretation spricht, dass sich die Klage primär gegen die detaillierten Vorgaben in den Begleitverordnungen richtet,⁹⁵ wohingegen die vom parlamentarischen Gesetzgeber erlassenen Umsetzungsnormen im EnWG (bis auf § 24 S. 1 EnWG) von der Kommission und dem EuGH nicht kritisiert wurden.

Gegen eine weitgehende Zurückdrängung des parlamentarischen Gesetzgebers spricht zudem, dass der EuGH in seiner Entscheidung zur Rechtfertigung der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde die effektive gerichtliche Kontrolle des regulierungsbehördlichen Handelns betont.⁹⁶ Jedoch kann der Umfang

⁹¹ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 112 – Kommission/Deutschland.

⁹² In diese Richtung *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2021, 589 (590, 592) allerdings zu den SchIA des GA *Pitruzzella*.

⁹³ *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (8).

⁹⁴ In diese Richtung *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 304 (307); *Schmidt-Preuß*, EnWZ 2021, 337 ff.; *Weyer*, KlimR 2022, 83 (86); im Vorfeld bereits *Burgi*, NVwZ-Editorial 23/2018.

⁹⁵ Zutr. *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 304 (307).

⁹⁶ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 126 – Kommission/Deutschland.

der gerichtlichen Kontrolle nicht weiter reichen als die jeweilige Rechtsgrundlage.⁹⁷ Eine gänzliche Aufgabe legislativer Vorstrukturierung kann vom EuGH folglich nicht bezweckt sein. Zwar ließe sich dem entgegenhalten, dass ein hinreichender normativer Rahmen auf Ebene der Union in Form der Richtlinien bestehen würde, welcher *in summa* 1:1 in nationales Recht zu überführen ist. Jedoch würde dies wiederum – so die Argumentation im Schrifttum – den mitgliedstaatlichen Spielraum bei der Umsetzung von Richtlinien im erheblichen Maße beschneiden.⁹⁸

Im Ergebnis vermag aber auch die enge Interpretation der Entscheidung nicht zu überzeugen. So ist es – wie bereits dargestellt – unionsrechtlich unzweifelhaft zulässig, dass die Richtlinien den Mitgliedstaaten kaum bis keinen Spielraum bei der Richtlinienumsetzung überlassen.⁹⁹ Dies verdeutlicht auch ein Blick auf die anderen Sprachfassungen von Art. 288 Abs. 3 AEUV, die im Gegensatz zur deutschen Sprachfassung statt dem zu erreichenden „Ziel“ vielmehr das zu erreichende „Ergebnis“¹⁰⁰ in Bezug nehmen.¹⁰¹

Ferner steht der engen Interpretation entgegen, dass der EuGH *expressis verbis* die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde auch gegenüber legislativer Vorstrukturierung fordert.¹⁰² Eine Auslegung der Entscheidung in dem Sinne, dass für den parlamentarischen Gesetzgeber weiterhin die Möglichkeit bestehe, das regulierungsbehördliche Handeln intensiv normativ zu steuern, würde dieses unionsrechtliche Unabhängigkeitspostulat konterkarieren. Geboten erscheint daher eine differenzierte Interpretation der Entscheidung dahingehend, dass es dem parlamentarischen Gesetzgeber lediglich verboten ist, Vorgaben für die Aufgabenerfüllung durch die nationale Regulierungsbehörde zu machen, die wesentlich über eine „Eins-zu-eins-Umsetzung“ der Richtlinienvorgaben hinausgehen.¹⁰³

In diese Richtung deutet auch der Erwägungsgrund 87 der RL (EU) 2019/944¹⁰⁴, der ebenfalls eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich macht.¹⁰⁵ Zwar spricht dieser davon, dass „den Mitgliedstaaten nicht jede Möglichkeit genommen

⁹⁷ Darauf hinweisend *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2021, 589 (593); *Weyer*, KlimR 2022, 83 (86).

⁹⁸ *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 304 (306).

⁹⁹ Vgl. S. 12 m. Fn. 82.

¹⁰⁰ Vgl. nach Art. 358 AEUV i. V. m. Art. 55 EUV die engl. Sprachfassung: „result to be achieved“.

¹⁰¹ *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (20 m. Fn. 232).

¹⁰² EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 112 – Kommission/Deutschland.

¹⁰³ *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (8); *Frenz*, ZRP 2022, 59 (61); pointiert auch GA *Pitruzzella*, Rs. C-718/18, ECLI:EU:2021:20, Rn. 120 – Kommission/Deutschland, wonach die Richtlinien „keinen Raum für nationale Eingriffe [...] lassen, die zwischen die Richtlinie und die Ausübung der Aufgaben durch die [nationalen Regulierungsbehörden] [...] treten“.

¹⁰⁴ RL (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der RL 2012/27/EU.

¹⁰⁵ Darauf hinweisend *Ludwigs*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), S. 11 (19).

[wird], ihre nationale Energiepolitik festzulegen und auszugestalten“. Auf der anderen Seite wird jedoch hervorgehoben, dass die Unabhängigkeit und Autonomie der Regulierungsbehörde nicht durch die energiepolitischen Leitlinien der Mitgliedstaaten beschnitten werden darf.

VII. Zwischenergebnis

Als erstes Zwischenergebnis ist nach alledem festzuhalten, dass der EuGH in seiner Entscheidung vom 2.9.2021 die Unionsrechtswidrigkeit des normierenden Regulierungsansatzes bestätigt hat. Die vom EuGH geforderte „völlige Unabhängigkeit“ der nationalen Regulierungsbehörde betrifft sowohl das Verhältnis zur Exekutive als auch zur Legislative. Ein Wechsel im Steuerungskonzept erscheint nach dem Urteil unumgänglich.¹⁰⁶

D. Konsequenzen der Entscheidung für das deutsche Energierecht

Fragt man nach den Konsequenzen der EuGH-Entscheidung für das deutsche Energierecht, zeichnen sich im Wesentlichen zwei Folgeprobleme ab. Zum einen erscheint fraglich, was bis zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers im *Interim* gilt (I.) und zum anderen stellt sich die Frage, wie der Wechsel im Steuerungskonzept *pro futuro* zu gestalten ist (II.).

I. De lege lata

De lege lata stellt sich neben einer etwaigen Pflicht zur Rücknahme bereits ergangener regulierungsbehördlicher Entscheidungen¹⁰⁷ vor allem die Frage, ob die in der Literatur bisweilen vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken in Form der Kontrollvorbehalte-Judikatur des BVerfG durchgreifen können (1.) und die Frage, ob die Richtlinien unmittelbare Wirkung entfalten (2.).

1. Kontrollvorbehalte-Judikatur des BVerfG

Die Grundrechtskontrolle scheidet im vornherein aus, sodass nachfolgend die Erfolgsaussichten der Identitätskontrolle (dazu unter a)) sowie der *Ultra-vires*-Kontrolle (dazu unter b)) diskutiert werden.

¹⁰⁶ *Straß/Meyer*, EWERK 2018, 196 (201); *Ludwigs*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), S. 11 (13).

¹⁰⁷ Dazu *Ludwigs*, EnWZ 2019, 160 (162); *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R Beil. 1/2021, 1 (10).

a) Identitätskontrolle

Bei der Identitätskontrolle, die im *Lissabon*-Urteil als selbstständiger Kontrollvorbehalt entwickelt wurde¹⁰⁸, prüft das BVerfG, ob durch eine Maßnahme der Europäischen Union die durch Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 20 GG verletzt wurden.¹⁰⁹ Mit Blick auf die EuGH-Entscheidung stellt sich die Frage, ob sie das in Art. 20 GG verankerte Rechtsstaats- und Demokratieprinzip beeinträchtigt.

In ständiger Rechtsprechung leitet das BVerfG aus diesen Strukturprinzipien den sog. Parlamentsvorbehalt ab.¹¹⁰ Dieser rückt die institutionelle Stellung des Parlaments in den Fokus¹¹¹ und verpflichtet den Gesetzgeber, „in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“¹¹². Der Parlamentsvorbehalt gehört zum integrationsfesten Kern der nationalen (Verfassungs-)Identität nach Art. 79 Abs. 3 GG.¹¹³

In Richtung einer solchen Beeinträchtigung der nationalen Verfassungsidentität deuten zunächst die eingangs erwähnten Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des BGH.¹¹⁴ So ordnete das OLG Düsseldorf die Möglichkeit einer abstrakt-generellen Methodenregulierung dem Schutz der nationalen Verfassungsidentität nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV zu.¹¹⁵ Zwar äußerte sich der BGH in seiner Entscheidung „zurückhaltender“,¹¹⁶ doch verwies er zur Begründung der Unionsrechtskonformität der normierenden Regulierung explizit auf das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, welche „vielmehr [gebieten], dass der Gesetzgeber die wesentlichen Fragen selbst regelt“.¹¹⁷

Bei einer kritischen Würdigung gilt es sich jedoch im Ausgangspunkt vor Augen zu führen, dass die EuGH-Entscheidung im Wesentlichen die Verordnungsermächtigung nach § 24 S. 1 EnWG und die darauf beruhenden fünf Begleitverordnungen betrifft.¹¹⁸ Mit § 24 S. 1 EnWG hat der Bundesgesetzgeber die Bundesregierung

¹⁰⁸ BVerfGE 123, 267 (344 ff.).

¹⁰⁹ BVerfGE 134, 366 Rn. 27.

¹¹⁰ BVerfGE 45, 400 (417 f.); 47, 46 (78 ff.); 61, 260 (275); 108, 282 (311); 150, 1 Rn. 191.

¹¹¹ Vgl. *Lepsius*, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), HVVerfR, § 12 Rn. 61.

¹¹² Wörtliches Zitat bei BVerfGE 150, 1 Rn. 191.

¹¹³ Vgl. *Ludwigs*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. II, § 44 Rn. 43.

¹¹⁴ Siehe S. 7.

¹¹⁵ OLG Düsseldorf, EnWZ 2018, 267 Rn. 67. Zum Verhältnis v. Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV u. Art. 79 Abs. 3 GG vgl. BVerfGE 134, 366 Rn. 29, wonach „sich die Identitätskontrolle im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG durch das Bundesverfassungsgericht *wesentlich* von der Überprüfung des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV durch den Gerichtshof [*unterscheidet*]“ (Herv. durch den Verf.); ausf. auch *Kahl*, in: ders./Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. II, § 37 Rn. 39; *Ludwigs*, ebd., § 44 Rn. 5 ff.

¹¹⁶ Vgl. *Ludwigs*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. II, § 44 Rn. 44 m. Fn. 263.

¹¹⁷ BGH, EnWZ 2020, 61 Rn. 44.

¹¹⁸ Siehe schon S. 13.

ermächtigt, verordnungsgeberisch für Regelungsbereiche tätig zu werden, die er selbst für nicht so bedeutsam erachtet hat, als dass sie durch ihn selbst geregelt werden müssten.¹¹⁹ Von „wesentlichen Fragen“ kann in Konsequenz dessen folglich nicht die Rede sein.¹²⁰

Ein anderes Ergebnis kann sich auch nicht aus der erwähnten Entscheidung des BVerfG vom 21.12.2009 ergeben.¹²¹ In dieser statuierte das BVerfG kein verfassungsrechtliches Gebot zur normierenden Energieregulierung, sondern bescheinigte nur deren Verfassungskonformität.¹²² Eine Aussage dahingehend, dass der normierende Regulierungsansatz dem integrationsfesten Kerngehalt des Art. 79 Abs. 3 GG zuordnen sei, ist in der Entscheidung nicht zu finden.¹²³

Zwar stimmt es, dass die Zusammenschau von reduzierter normativer Vorstrukturierung, ministerieller Weisungsfreiheit und reduzierter Kontrolldichte¹²⁴ durchaus verfassungsrechtlichen Zweifeln begegnet.¹²⁵ Allerdings wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass dieses Problem nicht rein im Unionsrecht wurzle, sondern schlicht auf der Tatsache beruhe, dass es der deutsche Gesetzgeber bisher versäumt habe, effektive Kontrollmechanismen sicherzustellen.¹²⁶ Die Zulässigkeit einer solchen Kontrolle wird durch den EuGH in seiner Entscheidung zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt. Vielmehr hebt er *expressis verbis* hervor, dass die Richtlinien „einer parlamentarischen Kontrolle dieser Behörden nach dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten [nicht] entgegen [stehen]“.¹²⁷

Nach der hier vertretenen differenzierten Deutung der Entscheidung bezweckt das Unionsrecht folglich auch keine vollständige Zurückdrängung des nationalen Gesetzgebers.¹²⁸ Vielmehr betont der EuGH, dass durch die Überführung des „detaillierten normativen Rahmen[s] auf Unionsebene“ in mitgliedstaatliches Recht die nationalen Regulierungsbehörden „Grundsätzen und Regeln [unterliegen], die [...] ihren Wertungsspielraum beschränken und sie daran hindern, Entscheidungen

¹¹⁹ So die pointierte Feststellung von *Gundel*, EnWZ 2021, 339 (343).

¹²⁰ Vgl. aber auch *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (176), wonach „gerade im grundrechtssensiblen Bereich der Entgeltregulierung [entsprechend der Wesentlichkeits-Doktrin] der Gesetzgeber berufen [ist].“ Zum Verhältnis v. Parlamentsvorbehalt u. Wesentlichkeitslehre vgl. *Lepsius*, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), HVerfR, § 12 Rn. 61.

¹²¹ BVerfG, NVwZ 2010, 373; vgl. hierzu S. 7.

¹²² Darauf hinweisend *Ludwigs*, N&R 2018, 262 (263).

¹²³ *Ludwigs*, in: Kühling/Zimmer (Hrsg.), S. 11 (16); *ders.*, N&R Beil. 2/2021, 1 (19).

¹²⁴ Zu den verschiedenen Dimensionen der Unabhängigkeit siehe S. 4.

¹²⁵ Vgl. insbes. *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2021, 589 ff.

¹²⁶ So *Ludwigs*, N&R 2018, 262 (263).

¹²⁷ Zitat bei EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 127 – Kommission/Deutschland.

¹²⁸ Siehe S. 14.

politischer Art zu treffen.“¹²⁹ Mithin erfährt das regulierungsbehördliche Handeln hinreichende normative Vorstrukturierung, welches im Ergebnis den Voraussetzungen des Parlamentsvorbehaltes entspricht.¹³⁰ Der Einwand der Gefährdung der nationalen Verfassungsidentität hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

b) *Ultra-vires*-Kontrolle

Bei der *Ultra-vires*-Kontrolle, die im *Maastricht*-Urteil entwickelt wurde¹³¹, behält sich das BVerfG die Kontrolle darüber vor, ob Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union, einschließlich der EuGH-Entscheidungen innerhalb der Grenzen des nationalen Zustimmungsgesetze erfolgen.¹³² Das nationale Höchstgericht misst sich mithin selbst die Befugnis zu, die Unabwendbarkeit von EU-Rechtsakten, die dieses Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung missachten (sog. „ausbrechende Rechtsakte“¹³³), in Deutschland zu erklären.¹³⁴ Das BVerfG betont aber auch, dass die *Ultra-vires*-Kontrolle zurückhaltend und europarechtsfreundlich auszuüben sei.¹³⁵ Demnach hat es sich zur Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV verpflichtet und nimmt einen *Ultra-vires*-Akt insbesondere nur an, wenn der Kompetenzverstoß „hinreichend qualifiziert“ ist.¹³⁶ Ein solcher Verstoß liege demnach nur vor, wenn das kompetenzwidrige Verhalten offensichtlich sei und zu einer strukturell bedeutsamen Kompetenzverschiebung zu Lasten der Mitgliedsstaaten führe.¹³⁷

Vor dem Hintergrund der skizzierten BVerfG-Judikatur erscheint der *Ultra-vires*-Einwand als wenig aussichtsreich. Auch wenn in der Literatur die sehr weitgehende Einschränkung des mitgliedstaatlichen Spielraums bei der Umsetzung der Richtlinien moniert wird,¹³⁸ wurde bereits hervorgehoben, dass ein solches Vorgehen primärrechtlich zulässig ist.¹³⁹ Entgegen mancher kritischer Stimmen im Schrifttum kann auch die weite Auslegung des Unabhängigkeitsbegriffs dogmatisch überzeugen.¹⁴⁰ Von „objektiver Willkür“ und einem Auslegungsergebnis,

¹²⁹ Zitat bei EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 132 – Kommission/Deutschland.

¹³⁰ So *Ludwigs*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. II, § 44 Rn. 44, der zudem darauf verweist, dass außerhalb der Debatte zur „Neue-Märkte“-Entscheidung (siehe Fn. 14, vgl. dazu *Herdegen*, MMR 2006, 580 [582]; *Gärditz*, JZ 2010, 198 [200]) gg. den administrativen Regulierungsansatz im TKG keine ernsthaften Einwände in Bezug auf den Parlamentsvorbehalt erhoben wurden.

¹³¹ BVerfGE 89, 155 (188) u. Verw. auf BVerfGE 58, 1 (30 f.); 75, 233 (235, 242).

¹³² BVerfGE 123, 267 (354); 126, 286 (303).

¹³³ Vgl. BVerfGE 89, 155 (188).

¹³⁴ *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (126).

¹³⁵ BVerfGE 126, 286 (303); 142, 123 Rn. 154.

¹³⁶ BVerfGE 126, 286 (304); 142, 123 Rn. 147.

¹³⁷ BVerfGE 126, 286 (304); 142, 123 Rn. 147; 151, 202 Rn. 150; 154, 17 Rn. 110.

¹³⁸ *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 304 (306).

¹³⁹ Vgl. S. 12 m. Fn. 82 u. S. 14 m. Fn. 100 f.

¹⁴⁰ Vgl. S. 12.

welches sich nicht „auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt“,¹⁴¹ kann freilich nicht die Rede sein.¹⁴² Im Ergebnis hat daher auch die *Ultra-vires*-Kontrolle keine Aussicht auf Erfolg,¹⁴³ sodass die Kontrollvorbehalte-Judikatur des BVerfG gegen die EuGH-Entscheidung nicht in Stellung gebracht werden kann.

2. Unmittelbare Richtlinienwirkung

Der EuGH fordert in ständiger Rechtsprechung für die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien, dass trotz des Ablaufs der Umsetzungsfrist eine korrekte Umsetzung der Richtlinien nicht erfolgte (dazu unter a)), die Richtlinie inhaltlich hinreichend genau ist (dazu unter b)) und insoweit unbedingte ist, als dass sie den Mitgliedstaaten keinen Spielraum bei der Umsetzung der entsprechenden Richtlinienvorschrift belässt (dazu unter c)).¹⁴⁴ Umstritten ist, ob als zusätzliche Voraussetzung eine individuell begünstigende Wirkung erforderlich ist (dazu unter d)). Problematisch erscheint vorliegend zudem eine mögliche belastende Wirkung im Fall der Direktwirkung (dazu unter e)).

a) Mangelhafte Umsetzung trotz Fristablauf

In seiner Entscheidung vom 2.9.2021 attestierte der EuGH der Bundesrepublik Deutschland eine nicht ordnungsgemäße Umsetzung des Art. 37 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) RL 2009/72/EG sowie des Art. 41 Abs. 1 lit. a) und Abs. 6 lit. a) und b) RL 2009/73/EG. Da diese bis zum 3.3.2011 umzusetzen waren,¹⁴⁵ hat Deutschland trotz Ablaufs der Umsetzungsfrist die Richtlinien nur unzureichend in nationales Recht umgesetzt. Die erste Voraussetzung liegt mithin vor.

b) Hinreichende inhaltliche Genauigkeit

Eine Richtlinie ist als „inhaltlich hinreichend genau“ zu qualifizieren, wenn sie bestimmte formulierte und unzweideutige Verpflichtungen der Mitgliedstaaten statuiert.¹⁴⁶ Zwar wird dies in Bezug auf die RL 2009/72/EG und die RL 2009/73/EG verschiedentlich in Frage gestellt.¹⁴⁷ Jedoch ist nach der hier vertretenen Auffassung die EuGH-Entscheidung dahingehend zu interpretieren, dass jede über die

¹⁴¹ Vgl. BVerfG, NVwZ 2020, 857 Rn. 112.

¹⁴² So auch *Gundel*, EnWZ 2021, 339 (343).

¹⁴³ Wohl auch *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (179); *Hoppe/Laboch-Semku*, NVwZ 2021, 1441 ff.

¹⁴⁴ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 406 m. w. N.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2009/72/EG bzw. Art. 54 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2009/73/EG. Zwar wurde die RL 2009/72/EG zwischenzeitlich durch die RL (EU) 2019/944 abgelöst (siehe Fn. 19), aber auch hier ist die Umsetzungsfrist nach Art. 71 Abs. 1 RL (EU) 2019/944 am 31.12.2020 abgelaufen.

¹⁴⁶ *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 93.

¹⁴⁷ So stützt sich die Bundesrepublik Deutschland in ihrem Vorbringen (vgl. dazu S. 6) auf das Fehlen von hinreichend genauen materiellen Vorgaben zur Ausgestaltung der Netzzugangs- u. Tarifierungsmethoden.

Richtlinienvorgaben hinausgehende normative Vorstrukturierung des regulierungsbehördlichen Handelns durch die Mitgliedstaaten sekundärrechtswidrig ist.¹⁴⁸ Folglich enthalten die unzureichend umgesetzten Richtlinien die inhaltlich hinreichend genaue und eindeutige Bestimmung, dass sich die Mitgliedstaaten einer weiteren Konkretisierung der Richtlinienvorgaben zu enthalten haben und stattdessen allein den nationalen Regulierungsbehörden die weitere Präzisierung zu überlassen ist.¹⁴⁹ Auch die zweite Voraussetzung ist damit erfüllt.

c) Unbedingtheit

Eine Richtlinienbestimmung ist unbedingt, wenn sie den Mitgliedstaaten in Bezug auf die umzusetzende Vorschrift keinen Umsetzungsspielraum belässt,¹⁵⁰ sie mithin „ihrem Wesen nach keiner weiteren Maßnahme“ der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten bedarf.¹⁵¹ Problematisch erscheint, dass in Bezug auf die beiden Binnenmarktrichtlinien in der Literatur bisweilen von einem Optionenwahlrecht der Mitgliedsstaaten die Rede ist. So obliege die Entscheidung über die Regulierungsmethodik (Methoden- oder Einzelentgeltregulierung) den Mitgliedstaaten.¹⁵² Als Indiz diene der Wortlaut des Art. 36 Abs. 6 RL 2009/72/EG¹⁵³, wonach es der „Regulierungsbehörde obliegt [...], *zumindest* die Methoden zur Berechnung oder Festlegung folgender Bedingungen [...] festzulegen oder zu genehmigen“.¹⁵⁴ Das Wort „zumindest“ würde für einen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten streiten, ob über die Methodenregulierung hinaus auch eine Einzelentgeltregulierung durch die Regulierungsbehörde erfolgen solle. Allerdings besitzt dieser Ansatz nicht die alleinige Deutungshoheit¹⁵⁵ und erscheint auch nach dem weiten Unabhängigkeitsverständnis des EuGH eher fernliegend. Geht man dennoch von einem Optionenwahlrecht der Mitgliedstaaten aus, spricht aber auch dieses im Ergebnis nicht gegen die Unbedingtheit der Richtlinien. Denn nach der ständigen Rechtsprechung¹⁵⁶ des EuGH steht dieser nicht entgegen, dass die Richtlinien den Mitgliedstaaten eine Wahl verschiedener Optionen zukommen lassen, solange sich den Richtlinien eine

¹⁴⁸ Siehe oben S. 14.

¹⁴⁹ So auch *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (8).

¹⁵⁰ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 406.

¹⁵¹ So die Formulierung bei EuGH, Rs. C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133, Rn. 13/14 – van Duyn.

¹⁵² *Kegel*, „Europäisches Ermessen“ in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung, S. 250 m. w. N.

¹⁵³ *Mutatis mutandis* Art. 59 Abs. 7 RL (EU) 2019/944 u. Art. 41 Abs. 6 RL 2009/73/EG.

¹⁵⁴ Herv. durch den Verf.

¹⁵⁵ Vgl. *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (9), wonach sich das Wort „zumindest“ auch auf das Verhältnis zw. Regulierungsbehörde u. den von ihr regulierten Unternehmen beziehen könnte.

¹⁵⁶ EuGH, Rs. C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7, Rn. 29 – Becker; verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90, ECLI:EU:C:191:428, Rn. 19 – Francovich.

„Mindestgarantie“ entnehmen lässt.¹⁵⁷ Trotz zweifelhafter Bejahung eines Optionenwahlrechts würde demnach eine „Mindestgarantie“ in Form der Methodenregulierung durch die Regulierungsbehörde bestehen.¹⁵⁸ Auch die dritte Voraussetzung ist daher erfüllt.

d) Individuell begünstigende Wirkung als Voraussetzung?

Als weitere Voraussetzung für die unmittelbare Richtlinienwirkung forderte die überwiegende Ansicht im älteren Schrifttum eine begünstigende Wirkung Einzelner.¹⁵⁹ Auch der BGH nahm dies in seiner Entscheidung vom Oktober 2019¹⁶⁰ als Voraussetzung an und stellte in Bezug auf die Bestimmungen der RL 2009/72/EG fest, dass sie „keine bestimmten Rechte zugunsten Einzelner vor[sehen]“, sondern „vielmehr die Aufgaben und Befugnisse einer Behörde [regeln]“.¹⁶¹

Allerdings finden sich in der Rechtsprechung des EuGH – bis auf die Rechtssache *Becker*¹⁶² – keine wirklichen Anhaltspunkte für diese Voraussetzung.¹⁶³ Die begünstigende Wirkung zugunsten Einzelner ist keine Bedingung für die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinien, sondern vielmehr deren mögliche Folge.¹⁶⁴ Daher erscheint es wenig ratsam, die unmittelbare Anwendbarkeit schlicht unter dem Hinweis auf die fehlende individuelle Begünstigung abzulehnen.¹⁶⁵

e) Nachteilige Wirkung der Richtlinien

Der BGH stellte daher zur Verneinung der unmittelbaren Anwendbarkeit ferner darauf ab, dass die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinien zu „eine[r] Belastung des Einzelnen“ führen könnte.¹⁶⁶ Insbesondere vor dem Hintergrund der breiten Diskussion in Rechtsprechung und Literatur¹⁶⁷ über die Zulässigkeit einer sog.

¹⁵⁷ *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 93 f.

¹⁵⁸ *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (9).

¹⁵⁹ Statt vieler *Papier*, DVBl. 1993, 809 ff.; *Calliess*, NVwZ 1996, 339 (340 f.).

¹⁶⁰ BGH, EnWZ 2020, 61. Näher zu dieser Entscheidung siehe S. 7.

¹⁶¹ BGH, EnWZ 2020, 61 Rn. 71. Näher dazu *Gundel*, EnWZ 2021, 339 (340 ff.).

¹⁶² EuGH, Rs. C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7, Rn. 25 – *Becker*: „einzelne können sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit diese Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können“.

¹⁶³ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 69.

¹⁶⁴ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 407; *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (11).

¹⁶⁵ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 31.3.2020 – EnVR 58/18 – Rn. 7 – juris, wonach „[d]er Senat [...] eine unmittelbare Anwendung nicht deshalb verneint, weil es an einem subjektiven Recht der Betroffenen fehlt“.

¹⁶⁶ BGH, EnWZ 2020, 61 Rn. 73; so auch BGH, Beschl. v. 31.3.2020 – EnVR 58/18 – Rn. 7 – juris.

¹⁶⁷ Das Meinungsspektrum in der Literatur reicht von einem generellen Ausschluss belastender individueller Wirkungen im Fall des Fehlens eines nationalen Umsetzungsaktes bis hin zur uneingeschränkten Zulässigkeit einer ausschließlich belastenden individuellen Richtlinienwirkung; instruktive Darstellung des Streitstandes bei *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (12).

drittbelastenden unmittelbaren Richtlinienwirkung¹⁶⁸ geben die knappen Ausführungen des BGH jedoch Anlass zu Kritik.¹⁶⁹

In der Rechtssache *Delena Wells* stellte der EuGH entsprechend seiner ständigen Rechtsprechungslinie¹⁷⁰ klar, dass zwar eine belastende Richtlinienwirkung für Private aufgrund des Grundsatzes der Rechtssicherheit prinzipiell ausgeschlossen sei.¹⁷¹ Dagegen akzeptierte er eine unmittelbare Richtlinienwirkung zulasten des Einzelnen, sofern die Verpflichtung des Staates nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Verpflichtung eines Privaten stehe, sondern stattdessen eine behördliche Entscheidung die negativen Auswirkungen auf die Rechte Dritter zeitige.¹⁷² Da im letztgenannten Fall die Belastung von der behördlichen Entscheidung und nur mittelbar von der Richtlinie ausgehe,¹⁷³ hält der EuGH eine unmittelbare Richtlinienwirkung bei solchen sog. „verwaltungsmittelnden Belastungen“¹⁷⁴ für zulässig.¹⁷⁵

Als problematisch erweist sich vorliegend, dass selbst im Falle einer bloßen „verwaltungsvermittelnden Belastung“ eine unmittelbare Richtlinienwirkung nur in Betracht kommt, wenn auch die nationalen Regelungen über die Zuständigkeiten und Kompetenzen der Behörde eine taugliche Ermächtigungsgrundlage darstellen.¹⁷⁶ Da nach der Entscheidung des EuGH die fünf Begleitverordnungen zum EnWG¹⁷⁷ mit den Bestimmungen der RL 2009/72/EG bzw. RL 2009/73/EG insgesamt unvereinbar sind, können folglich auch die in den Rechtsverordnungen enthaltenen Festlegungsbefugnisse nicht als taugliche Rechtsgrundlage für ein Tätigwerden der BNetzA herangezogen werden. Klärungsbedürftig wäre demnach, ob eine entsprechende Befugnisnorm unmittelbar aus der RL 2009/72/EG (nunmehr RL (EU) 2019/944) bzw. RL 2009/73/EG hergeleitet werden kann. Dies hätte jedoch letztlich zur Folge, dass die Richtlinienbestimmungen gegen den Einzelnen im eingriffsintensiven Bereich der Regulierungsentscheidungen unmittelbar zur Anwendung kämen und so unzulässigerweise „Verpflichtungen für einen einzelnen

¹⁶⁸ Anschaulich *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 415.

¹⁶⁹ Vgl. *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (11), wonach die Ausführungen „unterkomplex“ seien.

¹⁷⁰ Std. Rspr., vgl. nur EuGH, Rs. C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84, Rn. 48 – Marshall; aus jüngerer Zeit etwa EuGH, Rs. C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 65 – Popławski.

¹⁷¹ EuGH, Rs. C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12, Rn. 56 – *Delena Wells*.

¹⁷² So die Deutung bei *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 415.

¹⁷³ *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714 (728). Vgl. auch v. *Kielmansegg*, EuR 2014, 30 (45 ff.).

¹⁷⁴ So die Begriffswahl bei *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714 (727 ff.).

¹⁷⁵ EuGH, Rs. C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12, Rn. 57 f. – *Delena Wells*.

¹⁷⁶ Treffend *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714 (733 ff.), wonach „[d]as Gemeinschaftsrecht [...] eine innerstaatlich zur Durchführung befähigte Stelle voraus[setzt].“ Vgl. dazu – im vorliegenden Zusammenhang – auch *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (13).

¹⁷⁷ Vgl. Fn. 15.

begründen¹⁷⁸ würden.¹⁷⁹ Zusammengefasst folgt hieraus, dass der BGH zwar wegen seiner unzureichenden Begründung zu kritisieren ist. Im Ergebnis ist ihm aber zuzustimmen, wenn er eine unmittelbare Richtlinienwirkung aufgrund des unionalen Belastungsverbots verneint.

f) Objektive unmittelbare Richtlinienwirkung

Im Schrifttum wurde zum Teil erwogen, eine unmittelbare Anwendbarkeit der RL 2009/72/EG bzw. RL 2009/73/EG mittels der Rechtsfigur der objektiven unmittelbaren Richtlinienwirkung zu begründen.¹⁸⁰ Diese Kategorie der Richtlinienwirkung wurde im Anschluss an die Rechtssache *Großkrotzenburg*¹⁸¹ als eigenständige Wirkungsweise vor allem im deutschen Schrifttum Mitte der 1990er diskutiert.¹⁸² Eine objektive unmittelbare Richtlinienwirkung liege demnach vor, wenn die drei Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit erfüllt sind, es insoweit auf die Begünstigung oder Belastung eines Einzelnen nicht ankäme und stattdessen die Behörde von sich aus die fehlerhaft umgesetzte Richtlinie beachtet.¹⁸³ Verschiedentlich wird in diesem Zusammenhang von der Literatur sogar angenommen, dass diese objektive unmittelbare Richtlinienwirkung auch individuell belastende Rechtsfolgen herbeiführen könne.¹⁸⁴ Eine objektive unmittelbare Wirkung der RL 2009/72/EG bzw. RL 2009/73/EG ließe sich unter vorgenannter Ansicht daher durchaus begründen.

Dies ist aber abzulehnen. Nicht nur die Existenz der Figur einer rein objektiven unmittelbaren Richtlinienwirkung ist mangels gefestigter EuGH-Judikatur durchaus umstritten.¹⁸⁵ Jedenfalls würde auch hier eine objektive unmittelbare Richtlinienwirkung im Ergebnis an der Einschränkung in Form des unionalen Belastungsverbots scheitern.¹⁸⁶ Zwar fehlt in diesem Zusammenhang eine Leitentscheidung

¹⁷⁸ EuGH, Rs. C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84, Rn. 48 – Marshall.

¹⁷⁹ So *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (13), der zudem auf den – in der Rs. *Delena Wells* hervorgehobenen – Grundsatz der Rechtssicherheit abstellt. Auch eine Ummodellierung der in den Begleitverordnungen enthaltenen Festlegungsbefugnisse würde nach *Ludwigs*, N&R Beil. 2/2021, 1 (13) am unionalen Belastungsverbot scheitern und wäre überdies mit den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an eine taugliche Rechtsgrundlage „schwerlich“ vereinbar.

¹⁸⁰ In diese Richtung *Klahm/Fabritius*, ER 2021, 238 (241).

¹⁸¹ EuGH, Rs. C-431/92, ECLI:EU:C:1995:260 – *Großkrotzenburg*.

¹⁸² *Erbguth/Stollmann*, DVBl. 1997, 453 ff.; *Epiney*, DVBl. 1996, 409 ff.; *Gellermann*, DÖV 1996, 433 ff.; *Pechstein*, EWS 1996, 261 (264 f.).

¹⁸³ Näher dazu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 416.

¹⁸⁴ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), RdEU, Art. 288 AEUV Rn. 151; *Fisahn/Mushoff*, EuR 2005, 222 (224); im vorliegenden Zusammenhang *Klahm/Fabritius*, ER 2021, 238 (241).

¹⁸⁵ Krit. insbes. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 26; prägnant auch *Götz*, in: FS Ress, S. 485 (493 f.); vgl. ferner *Gundel*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), FK-EU, Art. 288 AEUV Rn. 59.

¹⁸⁶ So *Gundel*, EnWZ 2021, 339 (342).

des EuGH, jedoch stünde die Annahme der Zulässigkeit einer belastenden Wirkung im Fall der objektiv unmittelbaren Richtlinienwirkung im deutlichen Widerspruch zum Verbot der *umgekehrt vertikalen* unmittelbaren Richtlinienwirkung^{187, 188}

3. Zwischenergebnis

Als zweites Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die RL 2009/72/EG (bzw. RL (EU) 2019/944) und die RL 2009/73/EG im *Interim* keine unmittelbare Wirkung entfalten. Da auch die verfassungsrechtlichen Bedenken in Form der Kontrollvorbehalte-Judikatur des BVerfG nicht greifen, steht fest, dass der deutsche Energiegesetzgeber auf die EuGH-Entscheidung reagieren muss.

II. *De lege ferenda* – Modelle einer Fortentwicklung

Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, wie die Vertragsverletzung *de lege ferenda* zu beseitigen ist. Die Lösungsansätze reichen von einer „Hochzoning“ bisheriger Verordnungsinhalte (1.), über eine Kombination aus „Hochzoning“ und „Herabzoning“ (2.) und der Erweiterung des Begriffs der „Regulierungsbehörde“ (3.) bis hin zur vollständigen Überantwortung der Verordnungsinhalte in die Regelungsautonomie der Bundesnetzagentur (4.).

1. „Hochzoning“ bisheriger Verordnungsinhalte

Im Schrifttum wird bisweilen vorgeschlagen, der Vertragsverletzung mit einer umfassenden „Hochzoning“¹⁸⁹ der bisherigen Inhalte der fünf Begleitverordnungen¹⁹⁰ auf Ebene eines Parlamentsgesetzes entgegenzuwirken.¹⁹¹ Die Vorteile einer solchen Lösung wären zunächst die erhöhte Rechtssicherheit für die regulierten Unternehmen sowie eine Kompensation der weiten Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde durch die erhöhte parlamentarische Steuerung.¹⁹²

Allerdings ist diesem Vorschlag nicht zu folgen. In seiner Entscheidung fordert der EuGH eine „völlige Unabhängigkeit“ der nationalen Regulierungsbehörde, wovon *expressis verbis* auch die legislative Gewalt erfasst ist.¹⁹³ Eine intensive normative Vorstrukturierung sowohl durch den Ordnungs- als auch durch den parlamentarischen Gesetzgeber ist nach der Entscheidung des EuGH unzulässig. Die

¹⁸⁷ Vgl. dazu EuGH, Rs. C-80/86, ECLI:EU:C:1987:431, Rn. 10 – Kolpinghuis Nijmegen.

¹⁸⁸ Gündel, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), FK-EU, Art. 288 AEUV Rn. 59.

¹⁸⁹ Schmidt-Preuß spricht in RdE 2021, 173 (178) vom „Veredelungs-Modell“.

¹⁹⁰ Vgl. Fn. 15.

¹⁹¹ In diese Richtung Burgi, NVwZ-Editorial 23/2018; Hahn, EnWZ 2020, 65 (67).

¹⁹² Burgi, NVwZ-Editorial 23/2018.

¹⁹³ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 112 – Kommission/Deutschland.

Vertragsverletzung lässt sich mithin nicht durch den „bloßen Austausch des Normgebers“ beseitigen.¹⁹⁴ Auch spricht gegen eine Überführung der bisherigen Verordnungsinhalte in ein formelles Gesetz die zumeist sehr „technisch-fachlichen“¹⁹⁵ Inhalte jener Begleitverordnungen.¹⁹⁶ Bei einem Blick auf die Zwecke von Rechtsverordnung und Parlamentsgesetz im System der Rechtsquellen des Grundgesetzes, ist festzuhalten, dass die Rechtsverordnung gerade dazu dient, den parlamentarischen Gesetzgeber zu entlasten.¹⁹⁷ Indem sie sich auf die „technische[n] Details sowie fachspezifische Besonderheiten“ konzentriert, soll dem parlamentarischen Gesetzgeber die Möglichkeit gegeben werden, die „sachlich oder politisch bedeutsamen Fragen“ zu klären.¹⁹⁸ Angesichts der fachlich-technokratischen Details der fünf Begleitverordnungen (StromNZV, StromNEV, GasNZV, GasNEV, ARegV) ist daher von einer Überführung der Verordnungen in ein formelles Gesetz – neben den ohnehin bestehenden unionsrechtlichen Bedenken (s. o.) – im Ergebnis abzuraten.

2. Kombination aus „Hochzonung“ und „Herabzonung“

In der Literatur wurde daher erwogen, der Vertragsverletzung nicht nur einseitig entgegenzuwirken.¹⁹⁹ Demnach sollten einerseits Regelungsinhalte mit konkret-technischem Charakter (sog. „fine-tuning“²⁰⁰) in die Regelungsautonomie der BNetzA überantwortet werden. Die zentralen Verordnungsinhalte (sog. „policy-Entscheidungen“²⁰¹) sollten hingegen kraft ihrer wesentlichen Bedeutung auf Ebene eines formellen Gesetzes verlagert werden.²⁰² Von einer solchen Lösung versprechen sich die Befürworter vor allem, den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts entsprechen zu können.

Festzuhalten ist jedoch, dass dieser Lösungsansatz nur möglich wäre, wenn man einer engen Interpretation der Entscheidung folgen würde und annimmt, dass eine normative Vorstrukturierung durch den parlamentarischen Gesetzgeber in einem gewissen Umfang weiterhin möglich bliebe. Diese Deutung der Entscheidung ist

¹⁹⁴ So *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (615). Vgl. ferner *ders.*, EnWZ 2019, 160 (161); *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (178); *Gundel*, EnWZ 2021, 339 (343); *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R Beil. 1/2021, 1 (8); *Mussaues/Küper/Lamott*, RdE 2022, 9 (16).

¹⁹⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 132 – Kommission/Deutschland.

¹⁹⁶ So auch *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (178).

¹⁹⁷ *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V, § 103 Rn. 2 f.

¹⁹⁸ Wörtliche Zitate bei *Uhle*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), § 24 Rn. 7.

¹⁹⁹ *Burgi*, NVwZ-Editorial 23/2018; *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (174 ff.). Deutlich zurückhaltender *Gundel*, EnWZ 2021, 339 (343 f.); *Mussaues/Küper/Lamott*, RdE 2022, 9 (16).

²⁰⁰ Vgl. *Schmidt-Preuß*, EnWZ 2021, 337 (338).

²⁰¹ Vgl. *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (176 f.).

²⁰² Für die teilweise Fortgeltung der Verordnungen sogar *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (174 ff.).

aber aus den oben genannten Gründen abzulehnen.²⁰³ Vielmehr ist nach dem extensiven Unabhängigkeitspostulat des EuGH jede über die Richtlinienvorgaben hinausgehende normative Vorstrukturierung unzulässig, unabhängig davon, ob es sich um die Exekutive oder Legislative handelt. Ferner wurde bereits aufgezeigt, dass die vereinzelt geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken auch bei der hier vorgenommenen differenzierten Interpretation der Entscheidung nicht überzeugen können. Die Kombinationslösung kann im Ergebnis die Vertragsverletzung nicht beseitigen.

3. Erweiterung des Begriffs der Regulierungsbehörde

Im Schrifttum wurde des Weiteren vorgeschlagen, den Begriff der Regulierungsbehörde zu erweitern und die Bundesregierung sowie den Bundesrat als Teil einer „gesamtheitlich zu verstehenden Regulierungsbehörde“ zu subsumieren.²⁰⁴ In Anlehnung an § 48 GWB sollte das EnWG dahingehend geändert werden, dass die Bundesregierung gemeinsam mit der Bundesnetzagentur künftig als unabhängige nationale Regulierungsbehörde auftreten kann.²⁰⁵ Bei einer kritischen Würdigung dieses Vorschlags ist festzuhalten, dass der EuGH den Mitgliedstaaten „bei der Organisation und Strukturierung“ ihrer nationalen Regulierungsbehörden durchaus einen Gestaltungsspielraum zugesteht. Gleichzeitig wird jedoch betont, dass dieser „unter vollständiger Beachtung“ der Richtlinien auszuüben sei.²⁰⁶ Jenen Richtlinien ist zu entnehmen, dass sie unmissverständlich zwischen der „Regulierungsbehörde“ und den „Regierungsstellen“ differenzieren.²⁰⁷ Das durch das EuGH-Urteil gestärkte Unabhängigkeitspostulat entfaltet seine Wirkung gerade (auch) im Verhältnis von Regulierungsbehörde zur Regierung.²⁰⁸ Zudem ordnet Art. 35 Abs. 1 RL 2009/72/EG an, dass „auf nationaler Ebene [nur] *eine einzige* nationale Regulierungsbehörde“²⁰⁹ geschaffen werden darf. Insofern würde die Erweiterung des Begriffs der Regulierungsbehörde dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck der Richtlinien diametral entgegenlaufen und die Vertragsverletzung in keiner Weise beseitigen. Der Vorschlag ist daher abzulehnen.

²⁰³ Siehe S. 13 f.

²⁰⁴ So der Vorschlag von *Schwintowski*, EWERK 2021, 252 (253 f.).

²⁰⁵ Vgl. *Schwintowski*, EWERK 2021, 252 (253).

²⁰⁶ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 119 – Kommission/Deutschland. Vgl. aber auch zum Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers als nationale Regulierungsbehörde im TK-Sektor EuGH, Rs. C-389/08, ECLI:EU:C:2010:584, Rn. 22 ff. – Base u. a.

²⁰⁷ Vgl. nur Art. 35 Abs. 4 lit. b) Ziff. ii) RL 2009/72/EG.

²⁰⁸ Siehe zu den verschiedenen Dimensionen vgl. S. 4.

²⁰⁹ Herv. durch den Verf.; sinngemäß auch Art. 39 Abs. 1 RL 2009/73/EG.

4. „Herabzonung“ in den Regelungsbereich der BNetzA

Eine Überantwortung der bisherigen Verordnungsinhalte in den Regelungsbereich der Bundesnetzagentur erscheint nach der hier vertretenen differenzierten Interpretation der Entscheidung²¹⁰ unumgänglich. Doch welches verwaltungsrechtliche Handlungsinstrument bietet der BNetzA ein hinreichendes Maß an Unabhängigkeit und vermag auch aus verfassungs- bzw. verwaltungsrechtlicher Warte überzeugen? Die Vorschläge reichen vom Erlass (normkonkretisierender) Verwaltungsvorschriften (dazu sogleich, unter a)) und (subdelegierten) Rechtsverordnungen (dazu unten, unter b)) bis hin zum Erlass sog. Rahmenfestlegungen (dazu unten, unter c)).

a) Erlass von (normkonkretisierenden) Verwaltungsvorschriften

Als Normierungsinstrument kommt zunächst der Erlass von Verwaltungsvorschriften²¹¹ in Betracht. Bei diesen handelt es sich um abstrakt-generelle Anordnungen, die von einer übergeordneten Behörde an die ihr nachgelagerten Behörden oder von einer Behördenleiterin/einem Behördenleiter an die ihr unterstellten Bediensteten zwecks einheitlicher Gesetzesanwendung ergehen.²¹² Nach der herkömmlichen Konzeption entfalten Verwaltungsvorschriften ihre Wirkung nur im verwaltungsinternen Bereich (sog. „Innenrecht“),²¹³ sodass sie grundsätzlich keine Rechtspflichten gegenüber den regulierten Unternehmen begründen können.²¹⁴ Jedoch gilt es zu beachten, dass Rechtsprechung und Literatur vor allem aus den Bereichen des Umwelt- und Technikrechts heraus die dogmatische Sonderkategorie der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften entwickelt haben.²¹⁵ Anders als allgemeine Verwaltungsvorschriften erfahren diese unmittelbare Außenwirkung gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern²¹⁶ sowie unmittelbare Bindungswirkung gegenüber den Gerichten²¹⁷. Denkbar wäre folglich, die Vertragsverletzung dadurch zu beseitigen, dass die Bundesnetzagentur dazu befugt wird, weitgehende normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zu erlassen.

Dabei stellt sich aus unionsrechtlicher Perspektive das Problem, dass nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

²¹⁰ Siehe dazu S. 14.

²¹¹ Zur Rechtsnatur von Verwaltungsvorschriften *Maurer/Waldhoff*, § 24 Rn. 2 ff.

²¹² Statt vieler *Ehlers*, in: ders./Pünder (Hrsg.), § 2 Rn. 68.

²¹³ *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V, § 104 Rn. 5.

²¹⁴ *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (619).

²¹⁵ Grdl. BVerwGE 72, 300 (320 f.). Aus der Lit. *Hill*, NVwZ 1989, 401 ff.

²¹⁶ BVerwGE 122, 264 (266).

²¹⁷ BVerwGE 145, 145 Rn. 18.

ten nicht ausreichen, um Richtlinien ordnungsgemäß in nationales Recht umzusetzen.²¹⁸ Diese Rechtsprechung wäre vorliegend allerdings nicht einschlägig,²¹⁹ da die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften nicht die Richtlinien in mitgliedstaatliches Recht umsetzen würden, sondern vielmehr den administrativen Vollzug jener Umsetzung regeln würden.²²⁰

Ferner stellt sich jedoch mit Blick auf die Voraussetzungen für die unmittelbare Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften das Problem²²¹, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften kein autonomes Rechtsetzungsinstrument der Verwaltung sind.²²² Vielmehr wird die Verwaltung vom Gesetzgeber durch die Einräumung von Beurteilungsspielräumen ermächtigt, diese normativ mittels Verwaltungsvorschriften zu füllen, um so dem Bedürfnis nach einem einheitlichen Verwaltungshandeln zu entsprechen.²²³ Ob der Gesetzgeber der Verwaltung einen solchen Beurteilungsspielraum zugestehen wollte, beurteilen Rechtsprechung und Literatur nach der sog. normativen Ermächtigungslehre.²²⁴ Danach ist zu fragen, ob sich im Gesetz ausdrücklich oder im Wege der Auslegung ein solcher Beurteilungsspielraum ergibt.²²⁵ Gewendet auf die „Herabzonung“ der Verordnungsinhalte in den Regelungsbereich der Bundesnetzagentur wäre die Voraussetzung für die unmittelbare Außenwirkung der Verwaltungsvorschriften mithin, dass der Gesetzgeber bereits jetzt der Bundesnetzagentur in Bezug Regelungsinhalte der Verordnungen ein Beurteilungsspielraum zukommen lassen wollte.²²⁶ Angesichts der hohen Eingriffsintensität in die Grundrechte der Netzbetreiber und des Gebots effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG erscheint dies allerdings fragwürdig.²²⁷

Auch wird gegen die Geeignetheit der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften im Schrifttum vorgebracht, dass die soeben skizzierten Voraussetzungen

²¹⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-361/88, ECLI:EU:C:1991:224, Rn. 10 ff. – Kommission/Deutschland; Rs. C-59/89, ECLI:EU:C:1991:225, Rn. 9 ff. – Kommission/Deutschland.

²¹⁹ Anders *Pielow*, DÖV 2005, 1017 (1022).

²²⁰ *Britz*, EuZW 2004, 462 (463); *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (619).

²²¹ Darauf hinweisend *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (619 f.).

²²² Vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V, § 104 Rn. 78.

²²³ Vgl. BVerwGE 107, 338 (341).

²²⁴ *Erbguth/Guckelberger*, § 14 Rn. 28.

²²⁵ Grdl. dazu *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 186 ff.

²²⁶ So *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (619 f.).

²²⁷ Vgl. *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (620); *ders.*, N&R Beil. 2/2021, 1 (4 m. Fn. 35).

für ihre unmittelbare Außenwirkung und ihre genaue Reichweite bis heute umstritten sind.²²⁸ Festzuhalten ist daher, dass aus unionsrechtlicher Sicht die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften zwar ein geeignetes Mittel sind, um der nationalen Regulierungsbehörde ein hohes Maß an Autonomie zu ermöglichen. Allerdings ist angesichts der beschriebenen Problematiken aus nationaler Sicht von diesem Modell im Ergebnis abzuraten.²²⁹

b) Erlass von (subdelegierten) Rechtsverordnungen

Als weiteres Rechtsetzungsinstrument kommt ferner die Rechtsverordnung in Betracht. Denkbar wäre es, den Normgeber der fünf Begleitverordnungen zu wechseln. Mithin müsste in § 24 S. 1 EnWG nur das Wort „Bundesregierung“ durch „Bundesnetzagentur“ getauscht werden. Allerdings wäre ein solch profaner Weg nicht ohne weiteres möglich. Nach der erschöpfenden Aufzählung²³⁰ in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ist der Kreis möglicher Verordnungsgeber auf die Bundesregierung, die Bundesministerinnen und Bundesminister sowie die Landesregierungen beschränkt. Daher wäre es grundsätzlich nicht möglich, dass der Bundesgesetzgeber die Bundesnetzagentur als Bundesoberbehörde²³¹ unmittelbar zum Erlass von Regulierungsverordnungen ermächtigt.²³² In Betracht käme jedoch, dass der Bundesgesetzgeber die Verordnungsermächtigung subdelegiert.

aa) Subdelegation der Verordnungsermächtigung

Nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG besteht die Möglichkeit, dass der Bundesgesetzgeber den Kreis der Verordnungsgeber über die in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG abschließend Genannten hinaus erweitert.

Dazu müsste in einem ersten Schritt im Gesetz vorgesehen sein, dass die Bundesregierung respektive ein Bundesministerium die Verordnungsbefugnis an nachgeordnete Behörden oder juristische Personen des öffentlichen Rechts weiter übertragen kann. Dabei steht es dem Gesetzgeber frei, ob er den Kreis der potentiellen Subdelegatäre selbst im ermächtigenden Gesetz bestimmt.²³³ Der Gesetzgeber

²²⁸ So *Britz*, EuZW 2004, 462 (463); *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (620); ferner *Holznapel/Göge*, ZNER 2004, 218 (223), wonach „dieses Instrument für den ‚Normalbetrieb‘ [...] nicht [ge]eignet“ sei.

²²⁹ Abl. auch *Breuer*, NVwZ 2004, 520 (521, 527); *Burgi*, DVBl. 2006, 269 (273 f.); *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R Beil. 1/2021, 1 (9).

²³⁰ *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 22; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 80 Rn. 53; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V, § 103 Rn. 29; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 80 Rn. 74; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, Art. 80 Rn. 10.

²³¹ Vgl. § 1 S. 2 BEGTPG, selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des BMWi.

²³² *Britz*, EuZW 2004, 462 (463); *Holznapel/Göge*, ZNER 2004, 218 (223).

²³³ *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 40; *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 33; a. A. *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 80 Rn. 64.

könnte mithin die Bundesnetzagentur sogar explizit als möglichen Subdelegatar adressieren.

In einem zweiten Schritt müsste die Übertragung der Ermächtigung jedoch in einer subdelegierenden Rechtsverordnung angeordnet werden. Problematisch erscheint, dass der Gesetzgeber den Erstdelegatar nicht dazu verpflichten kann, von dieser Möglichkeit auch Gebrauch zu machen.²³⁴

Im Schrifttum wird daher zu Recht angemerkt, dass die subdelegierte Rechtsverordnung kein zuverlässiges Handlungsinstrument der Regulierungsbehörde sei, da die Ungewissheit bestehe, ob der Erstdelegatar überhaupt von seiner Ermächtigung Gebrauch mache.²³⁵ Ferner wird vorgebracht, dass nach der wohl vorwiegenden Meinung im Schrifttum²³⁶ der Erstdelegatar auch nach der Übertragung seine Rechtsetzungskompetenz nicht verliert.²³⁷ Mithin würde das Handeln der Regulierungsbehörde bei diesem Modell unter dem Damoklesschwert stehen, dass der Erstdelegatar nicht doch am Ende von seiner Rechtsetzungskompetenz gebraucht macht. Ob die „einfache“ Subdelegation dem unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeitspostulat entspricht, erscheint angesichts dessen zumindest fragwürdig. Aus Sicht einer möglichst weitreichenden Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde wäre daher die sog. „vorweggenommene“ Subdelegation zu präferieren.

bb) „Vorweggenommene“ Subdelegation

Die „vorweggenommene“ Subdelegation zeichnet sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber neben der Befugnis zur Subdelegation an den Erstdelegatar diesem zum einen vorschreibt, an wen sie zu erfolgen hat und zum anderen, dass sie zu erfolgen hat.²³⁸

Aus unionsrechtlicher Sicht hätte diese Lösung freilich den Vorteil, dass die „vorweggenommene“ Subdelegation – anders als die „einfache“ Subdelegation – einen Kompetenzverlust des Erstdelegatars bewirken würde.²³⁹ Der Bundesnetza-

²³⁴ Vgl. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 80 Rn. 82.

²³⁵ So *Britz*, EuZW 2004, 462 (463 f.).

²³⁶ *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V, § 103 Rn. 37; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 30; *Uhle*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), § 24 Rn. 46; a. A. *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 80 Rn. 67. Diff. *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 34, wonach es von „der Intention des zulassenden Gesetzes entweder zu einem Verlust der Rechtsetzungskompetenz des Erstdelegatars oder (regelm.) nur zu einer Ausdehnung des Kreises der zur Verordnunggebung Befugten“ kommt. So auch *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 80 Rn. 82.

²³⁷ *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (616).

²³⁸ *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V, § 103 Rn. 37.

²³⁹ Vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V, § 103 Rn. 37.

agentur würde so ein hohes Maß an Autonomie gewährt. Ähnlich wie die US-amerikanischen Independent Regulatory Agencies würde sie über eine eigene genuine Normsetzungsbefugnis verfügen (*rule making power*).²⁴⁰ Die auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen würden außerdem eine erhöhte demokratische Legitimation aufweisen als nach der „einfachen“ Subdelegation.²⁴¹

Allerdings bestehen aus verfassungsrechtlicher Sicht gewichtige Gründe, die trotz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes²⁴² im Ergebnis gegen die Zulässigkeit einer solchen „vorweggenommenen“ Subdelegation sprechen. Sie hätte mithin zur Folge, dass der Gesetzgeber die abschließende Aufzählung der statthaften Erstdelegatäre in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG unterlaufen könnte, indem er indirekt andere als der dort genannten Stellen zur Verordnungsgebung ermächtigt.²⁴³ Im Schrifttum wurde daher teilweise eine Verfassungsänderung erwogen.²⁴⁴ Aber auch *de constitutione ferenda* würde sich das Problem stellen, dass nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG aus Gründen des Schutzes parlamentarischer Steuerung²⁴⁵ Inhalt, Ausmaß und Zweck der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt sein müssen.²⁴⁶ Da die vom EuGH geforderte Unabhängigkeit auch das Verhältnis zur legislativen Gewalt umfasst,²⁴⁷ wäre in diesem Modell – zumindest in der Theorie – die Gefahr einer unzulässigen normativen Vorstrukturierung durch den Gesetzgeber veranlagt.²⁴⁸

In der Literatur wird zudem vorgebracht, dass die potentiell erforderliche Zustimmung des Bundesrates nach Art. 80 Abs. 2 Var. 4 oder Var. 5 GG, welche auch

²⁴⁰ Rechtsvergleichend dazu *Ludwigs*, Die Verwaltung 44 (2011), 41 (56 f.).

²⁴¹ Darauf hinweisend *Britz*, EuZW 2004, 462 (464); *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (617).

²⁴² Darauf verweisend *Ludwigs*, EnWZ 2019, 160 (162), der zudem auf den offenen Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 S. 1, 4 GG rekurriert. So auch *Britz*, EuZW 2004, 462 (464).

²⁴³ *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 22; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 80 Rn. 64; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V, § 103 Rn. 37; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 80 Rn. 74; *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 80 Rn. 16.

²⁴⁴ *Britz*, EuZW 2004, 462 (464); *Ludwigs*, EnWZ 2019, 160 (162).

²⁴⁵ Vgl. dazu BVerfGE 78, 249 (272); ferner auch *Morlok*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 37 (59), der in diesem Zusammenhang von „Parlamentsschutznormen“ spricht.

²⁴⁶ Näher zum Bestimmtheitsgebot etwa *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 32 ff.; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, Art. 80 Rn. 17 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die in Teilen des Schrifttums vertretene Auffassung, wonach angesichts der häufig nur geringen Gestaltungsspielräume bei der Richtlinienumsetzung den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nur eine verminderte Bedeutung zukäme; so *Calliess*, NVwZ 1998, 8 (12 f.); *Scheuing*, EuR 1985, 229 (234 f.); *Streinz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. X, § 218 Rn. 64 m. w. N.; a. A. *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 80 Rn. 43; *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 30; *Ossenbühl*, DVBl. 1999, 1 (6 f.); diff. *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, Art. 80 Rn. 28 f.; *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 37 jew. m. w. N.

²⁴⁷ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 112 – Kommission/Deutschland.

²⁴⁸ Vgl. *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (617 f.), der betont, dass „die Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß eng an den [...] Vorgaben des unionsrechtlichen Regelungsrahmens auszurichten“ sei.

beim Erlass von subdelegierten Rechtsverordnungen einschlägig ist,²⁴⁹ ebenfalls die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde beeinträchtigen könnte.²⁵⁰

Gegen das Modell werden aber auch ganz grundsätzliche Bedenken hinsichtlich dem vor allem in Art. 20 Abs. 2 GG verankerten Gewaltenteilungsgrundsatz geäußert. So hätte die Normsetzungsbefugnis der Bundesnetzagentur zur Folge, dass sie sowohl für den Normenerlass als auch für den Normenvollzug zuständig sei.²⁵¹ Mit hin würden die verfassungsrechtlichen Kernaufgaben der Gesetzgebung und des Gesetzesvollzuges bei der Bundesnetzagentur zusammenkommen.²⁵²

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass dieses Modell der Bundesnetzagentur zwar ein hohes Maß an Unabhängigkeit gewähren würde und auch vor dem Hintergrund der Beibehaltung eines normierenden Regulierungsrahmens seine Vorzüge aufweisen würde²⁵³. Jedoch bestehen sowohl in Bezug auch die „einfache“ sowie auch hinsichtlich der „vorweggenommenen“ Subdelegation unions- aber vor allem verfassungsrechtliche Bedenken. Der Erlass von (subdelegierten) Rechtsverordnungen durch die Bundesnetzagentur ist *de lege ferenda* wohl kein geeignetes Handlungsinstrument der Bundesnetzagentur.

c) Erlass von Rahmenfestlegungen

Als weiteres Handlungsinstrument kommt der Erlass von Rahmenfestlegungen in Betracht. Der Parlamentsgesetzgeber müsste dazu – anstatt die Bundesregierung nach § 24 S. 1 EnWG zur Verordnungsgebung – die Bundesnetzagentur ermächtigen, die bisherigen Verordnungsinhalte mittels Rahmenfestlegungen zu erlassen.

Die Rechtsnatur dieser Festlegung (§ 29 Abs. 1 EnWG) wird kontrovers diskutiert.²⁵⁴ Die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist dennoch der Ansicht, dass es sich bei der Festlegung um eine personenbezogene Allgemeinverfügung i. S. v. § 35 S. 2 Alt. 1 EnWG handele.²⁵⁵ Zur Begründung wird dabei

²⁴⁹ *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, Art. 80 Rn. 30; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, Art. 80 Rn. 41; diff. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 80 Rn. 159.

²⁵⁰ *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (618) m. w. N.

²⁵¹ *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R Beil. 1/2021, 1 (9); *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (177 f.).

²⁵² Krit. v. a. *Jacob*, N&R 2020, 107 (111 m. Fn. 57). Dies begründet für sich genommen keinen Verfassungsverstoß, wäre jedoch laut *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (178) „wenig wünschenswert“.

²⁵³ Vgl. dazu *Ludwigs*, in: FS Säcker, S. 609 (617).

²⁵⁴ Vgl. nur *Britz/Herzmann*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, § 29 Rn. 12 ff.

²⁵⁵ BGH, NVwZ 2009, 195 Rn. 7 ff.; RdE 2015, 183 (185); *Burgi*, DVBl. 2006, 269 (274); *Schmidt-Preuß*, in: Säcker (Hrsg.), BerlKommEnR, § 29 Rn. 56; *Wahlhäuser*, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 29 Rn. 26 ff. Anders hingegen u. für die Einordnung als Handlungsform *sui generis* wohl *Britz*, RdE 2006, 1 (7 f.), wonach „keine der bekannten Handlungsformen zur Vornahme einer Festlegung geeignet ist“.

auf den klaren Wortlaut des § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG verwiesen, der die Festlegung als Allgemeinverfügung bezeichnet.

Zwar stimmt es, dass die in Rede stehenden Rahmenfestlegungen für einen generellen Adressatenkreis bestimmt sind.²⁵⁶ Als konkret-generelle Regelung zeichnet sich die Allgemeinverfügung aber auch durch ihren Einzelfallbezug aus.²⁵⁷

Die Rahmenfestlegungen sollen allerdings die Funktion der Normergänzung zum EnWG erfüllen. Damit würden sie statt einer konkret-generellen Regelung – ähnlich der Rechtsverordnung – vielmehr eine abstrakt-generelle Regelungswirkung entfalten, sodass es sich der Sache nach um ein Gesetz im materiellen Sinne handeln müsste.²⁵⁸ Angesichts des eindeutigen gesetzgeberischen Willens, der in § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG deutlich zum Ausdruck kommt,²⁵⁹ wird man die Rahmenfestlegung jedoch als Allgemeinverfügung qualifizieren müssen. Richtigerweise erscheint es daher, die Rahmenfestlegung als Allgemeinverfügung *sui generis* einzuordnen.²⁶⁰ Da der Definition des Verwaltungsaktes kein Verfassungsrang zukommt,²⁶¹ steht einer solchen Einordnung § 35 VwVfG nicht entgegen. Dem Gesetzgeber ist es nicht verwehrt, Maßnahmen als Verwaltungsakt zu qualifizieren, obwohl sie die Voraussetzungen des § 35 VwVfG gar nicht erfüllen.²⁶²

Auch stellt dies keine unzulässige Umgehung des Art. 80 Abs. 1 GG und somit einen Missbrauch der verfassungsrechtlichen Handlungsformen dar.²⁶³ In der Literatur wird zur Begründung auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2002 zur Festsetzung von Festbeträgen für Arznei- und Hilfsmittel nach §§ 35, 36 SGB V hingewiesen.²⁶⁴ In dieser stellte das nationale Höchstgericht fest, dass es an der nur scheinbar scharfen Trennlinie²⁶⁵ zwischen Rechtsnorm i. S. d. Grundgesetzes und Allgemeinverfügung „[d]em Gesetzgeber [...] durch das Grundgesetz nicht verwehrt [ist], für den Vollzug hinreichend gesetzlicher Vorschriften die Form einer

²⁵⁶ Britz, EuZW 2004, 462 (463).

²⁵⁷ Statt vieler Ruffert, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), § 21 Rn. 35.

²⁵⁸ Darauf hinweisend Ludwigs, in: FS Säcker, S. 609 (620 f.).

²⁵⁹ Anders Britz/Herzmann, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, § 29 Rn. 13, wonach „[e]ine eindeutige Bezeichnung [...] (auch durch § 60a II 1) nicht vorgenommen“ wurde.

²⁶⁰ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 297; Ludwigs, in: FS Säcker, S. 609 (621).

²⁶¹ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 13.

²⁶² Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 3a.

²⁶³ Verstoß bejahend wohl Pielow, DÖV 2005, 1017 (1022).

²⁶⁴ Vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 297; Ludwigs, in: FS Säcker, S. 609 (621).

²⁶⁵ Vgl. Knauff, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 199.

Allgemeinverfügung auch dann vorzusehen, wenn deren Regelungen an einen unbestimmten, aber im Anwendungszeitraum bestimmbar Personenkreis gerichtet sind.²⁶⁶ Insoweit entfalte Art. 80 Abs. 1 GG keine Sperrwirkung.²⁶⁷

In seiner Entscheidung knüpft das BVerfG den Erlass solcher Allgemeinverfügungen *sui generis* allerdings an zwei rechtsstaatliche Grundvoraussetzungen.

Damit die Allgemeinverfügung *sui generis* ihrem „räumlichen Geltungsbereich öffentlich zugänglich“ wird, bedürfe es zum einen einer hinreichenden Verkündung.²⁶⁸ Diesem Erfordernis dürften die Regelung zur Veröffentlichungspflicht nach § 74 S. 1 EnWG bereits jetzt entsprechen.²⁶⁹

Ferner darf nach der BVerfG-Entscheidung die Wahl dieser Handlungsform die Möglichkeit eines effektiven Rechtsschutzes nicht beeinträchtigen.²⁷⁰ So gesehen würden sich die Rechtsschutzmöglichkeiten durch die Rahmenfestlegungen im Vergleich zu den bestehenden Rechtsverordnungen sogar verbessern, da hiergegen nach § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG unmittelbar Beschwerde zu den Kartellsenaten der zuständigen Oberlandesgerichte (§§ 75 Abs. 4, 106 Abs. 1 EnWG) erhoben werden könnte.²⁷¹ Verschiedentlich werden deshalb aber auch praxistaugliche Erwägungen gegen den Erlass solcher Rahmenfestlegungen vorgetragen. Um eine Bestandskraft der Rahmenfestlegungen zu verhindern, würden viele Netzbetreiber vorsorglich dagegen Beschwerde erheben.²⁷² Zwar sind diese Bedenken nicht ganz fernliegend. Dennoch zeigt dieser Einwand, wie einfach die vom BVerfG geforderte Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes mit diesem Modell zu gewährleisten wäre.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass durch den Erlass der Rahmenfestlegungen das unionsrechtliche Unabhängigkeitspostulat wohl erfüllt wäre. Auch vor dem Hintergrund der Beibehaltung eines normierenden Regulierungsrahmens erscheint dieses Modell vorteilhaft.²⁷³

Freilich kann in Bezug auf die Anerkennung und die Zulässigkeit von Allgemeinverfügungen *sui generis* von einer ausdifferenzierten Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts nicht die Rede sein. Aufgrund der „Spezialität und Komplexität der sozialrechtlichen Materie“ wird ferner auch die Grundsatzwirkung

²⁶⁶ BVerfGE 106, 275 (307); anders noch *BSG*, NZS 1995, 502 (508 ff.); näher *Wandschneider*, Die Allgemeinverfügung in Rechtsdogmatik und Rechtspraxis, S. 218 ff.

²⁶⁷ So die Schlussfolgerung von *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, § 35 Rn. 13.

²⁶⁸ Wörtliches Zitat bei BVerfGE 106, 275 (307).

²⁶⁹ *Ludwigs*, in: FS Säger, S. 609 (621).

²⁷⁰ BVerfGE 106, 275 (307).

²⁷¹ *Ludwigs*, in: FS Säger, S. 609 (621).

²⁷² *Jacob*, N&R 2020, 107 (111); *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R Beil. 1/2021, 1 (9).

²⁷³ *Ludwigs*, in: FS Säger, S. 609 (621).

der BVerfG-Entscheidung von 2002 bisweilen in Frage gestellt.²⁷⁴ Und dennoch gilt es daran zu erinnern, dass es keinen abschließenden *Numerus Clausus* für Handlungsformen gibt.²⁷⁵ Das deutsche Staats- und Verwaltungsrecht ist vielmehr offen für eine Weiterentwicklung der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen.²⁷⁶ Zwar erscheint die Qualifizierung von Verwaltungshandeln als eigenständige Handlungsform grundsätzlich nur sinnhaft, wenn die in Rede stehende Handlungsform bereichsübergreifend auftritt und auch ein rechtsdogmatisches Interesse an einer kategorialen Unterscheidung zu anderen Handlungsformen besteht.²⁷⁷ Da die normergänzenden Allgemeinverfügungen im Sozialrecht²⁷⁸, im Aufenthaltsrecht²⁷⁹, im Wertpapierhandelsrecht²⁸⁰ sowie im Energieregulierungsrecht²⁸¹ anzutreffen sind, kann von einer bereichsübergreifenden rechtsdogmatischen Bedeutung an der Einordnung als Handlungsform eigener Art durchaus die Rede sein.

E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Resümierend ist festzuhalten, dass sich der deutsche Energiegesetzgeber nach der Entscheidung des EuGH vom 2. September 2021 vom normierenden Energieregulierungskonzept verabschieden muss. Trotz kritischer Stimmen im Schrifttum kann das EuGH-Urteil vollumfänglich überzeugen. Auch die verfassungsrechtlichen Einwände in Form der Kontrollvorbehalte-Judikatur des BVerfG können gegen die Entscheidung nicht in Stellung gebracht werden. Zwar stimmt es, dass das EuGH-Urteil entsprechend dem „verfassungspolitischen Krisenbegriff“²⁸² der Entparlamentarisierung eine zunehmende Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur auch gegenüber der Normsetzung durch den parlamentarischen Gesetzgeber zur Folge hat. Im selben Atemzug hebt der Europäische Gerichtshof jedoch hervor, dass die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG „einer parlamentarischen Kontrolle dieser Behörden“ nicht entgegenstehen.²⁸³ Folglich zielt das EuGH-Urteil nicht auf eine vollständige Zurückdrängung des nationalen Parlaments ab, sondern vielmehr auf eine Verschiebung der Aufgabenwahrnehmung.

²⁷⁴ Vgl. *Wandschneider*, Die Allgemeinverfügung in Rechtsdogmatik und Rechtspraxis, S. 224.

²⁷⁵ *Ellerbrok*, DVBl. 2021, 1204 (1211) m. w. N.

²⁷⁶ *Schoch*, in: ders./Schneider (Hrsg.), VwVfG, Einleitung Rn. 39.

²⁷⁷ *Ellerbrok*, DVBl. 2021, 1204 (1211).

²⁷⁸ Hierzu *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 306.

²⁷⁹ Hierzu *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 298a.

²⁸⁰ Hierzu *Gurlit*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), WpHG, § 15 Rn. 22.

²⁸¹ Hierzu *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 297.

²⁸² Vgl. *Puhl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. III, § 48 Rn. 1 (Herv. durch den Verf.).

²⁸³ EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 127 – Kommission/Deutschland.

Aufgerufen ist nach der EuGH-Entscheidung nun der deutsche Energiegesetzgeber, den Vertragsverletzungsverstoß „unverzüglich“²⁸⁴ zu beseitigen. Eine Überantwortung der Verordnungsinhalte in die Regelungsautonomie der Bundesnetzagentur erscheint unumgänglich. Das Handlungsinstrument der Rahmenfestlegung bietet dabei ein hinreichendes Maß an unionsrechtlich geforderter Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur und kann auch aus verfassungsrechtlicher Warte überzeugen.

²⁸⁴ Näher dazu *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 260 AEUV Rn. 6 m. w. N.

Literaturverzeichnis

- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H./Mülbert, Peter O.* (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 7. Aufl., Köln 2019 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), WpHG].
- Barczak, Tristan*, Die „Stunde der Exekutive“. Rechtliche Kritik einer politischen Vokabel, RuP 56 (2020), S. 458–468.
- Breuer, Rüdiger*, Umsetzung von EG-Richtlinien im neuen Energiewirtschaftsrecht, NVwZ 2004, S. 520–530.
- Britz, Gabriele*, Erweiterung des Instrumentariums administrativer Normsetzung zur Realisierung gemeinschaftsrechtlicher Regulierungsaufträge, EuZW 2004, S. 462–464.
- dies.*, Behördliche Befugnisse und Handlungsformen für die Netzentgeltregulierung nach neuem EnWG, RdE 2006, S. 1–9.
- dies.*, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? – Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn, EuR 2006, S. 46–77.
- dies./Hellermann, Johannes/Hermes, Georg* (Hrsg.), EnWG. Energiewirtschaftsgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2015 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG].
- Burgi, Martin*, Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl. 2006, S. 269–277.
- ders.*, Verkehrte Welt: Vorbehalt der Verwaltung im Regulierungsrecht?, NVwZ-Editorial 23/2018.
- Calliess, Christian*, Zur unmittelbaren Wirkung der EG-Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung und ihrer Umsetzung im deutschen Immissionschutzrecht, NVwZ 1996, S. 339–342.
- ders./Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl., München 2022 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV].
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2015 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Dreier (Hrsg.), GG].
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert*, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: Juli 2021, München [zitiert als: *Autor/-in*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG].

- Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin 2016 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.)].
- Ellerbrok, Torben*, Die Handlungsformenlehre: Bestand, Leistungsfähigkeit und Herausforderungen, DVBl. 2021, S. 1204–1212.
- Epiney, Astrid*, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBl. 1996, S. 409–414.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, Stand: 50. Edition Februar 2022, München [zitiert als: *Autor/-in*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG].
- Erbguth, Wilfried/Stollmann, Frank*, Die Bindung der Verwaltung an die FFH-Richtlinie, DVBl. 1997, S. 453–458.
- ders./Guckelberger, Annette*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht, 10. Aufl., Baden-Baden 2020.
- Fisahn, Andreas/Mushoff, Tobias*, Vorwirkung und unmittelbare Wirkung Europäischer Richtlinien, EuR 2005, S. 222–230.
- Franke, Peter*, Rechtsschutzfragen der Regulierungsverwaltung, Die Verwaltung 49 (2016), S. 25–54.
- Frenz, Walter*, Unabhängige Bundesnetzagentur im Energiewirtschaftsgesetz, ZRP 2022, S. 59–61.
- Galetta, Diana-Urania*, Begriff und Grenzen der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, EuR Beih. 1/2012, S. 37–49.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Anmerkung, JZ 2010, S. 198–201.
- Garstecki, Marie*, Das Regulierungsermessen. Eine kritische Rekonstruktion, Berlin 2021.
- Gellermann, Martin*, Auflösung von Normwidersprüchen zwischen europäischem und nationalem Recht. Zu den Folgen der Gemeinschaftswidrigkeit der Übergangsvorschrift des § 22 UVPG, DÖV 1996, S. 433–443.
- Götz, Volkmar*, Rechtsstaatliche Grundsätze des Gemeinschaftsrechts als Grund und Grenze der innerstaatlichen Anwendung von EG-Richtlinien, in: Bröhmer, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Georg Ress, Köln u. a. 2005, S. 485–496.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: Januar 2022, München [zitiert als: *Autor/-in*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), RdEU].

- Gundel, Jörg*, Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit normativer Vorgaben der Mitgliedstaaten für die nationalen Energie-Regulierungsbehörden, RdE 2019, S. 493–499.
- ders.*, Zur Zulässigkeit normativer Vorgaben der Mitgliedstaaten für die nationale Energie-Regulierungsbehörden, in: Mohr, Jochen/Weyer, Hartmut (Hrsg.), Entwicklungen im Energieregulierungs- und Wirtschaftsrecht. Beiträge zum 80. Geburtstag von Prof. Dr. Gunther Kühne, LL.M., Frankfurt am Main u. a. 2021, S. 67–83.
- ders.*, Die Auswirkungen des Vertragsverletzungsurteils des EuGH zur Unabhängigkeit der Energieregulierung, EnWZ 2021, S. 339–344.
- Hahn, Paula*, Anmerkung zur Entscheidung des BGH, Beschluss vom 8.10.2019 (EnVR 58/18) – „Zur Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit von normativen Vorgaben für die Energie-Regulierungsbehörde und die Folgen für die Europarechtswidrigkeit“, EnWZ 2020, S. 65–67.
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias*, Europarecht, 12. Aufl., Tübingen 2020.
- Hardach, Felix*, Die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze, Baden-Baden 2010.
- Herdegen, Matthias*, Freistellung neuer Telekommunikationsmärkte von Regulierungseingriffen. Die gesetzliche Steuerung im Lichte des Verfassungs- und Europarechts, MMR 2006, S. 580–585.
- ders./Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), HVerfR].
- Hill, Hermann*, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, NVwZ 1989, S. 401–410.
- Holznagel, Bernd/Göge, Marc-Stefan*, Die Befugnisse der REGTP zur Regulierung des Netzzugangs nach dem EnWG-KE 2004, ZNER 2004, S. 218–224.
- Hoppe, Tilmann/Laboch-Semku, Lea*, Anmerkung zu EuGH (4. Kammer), Urt. v. 2.9.2021 – C-718/18 (Europäische Kommission/Deutschland) – Fehlende Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, NVwZ 2021, S. 1441–1443.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. III].

- dies.* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. V].
- dies.* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band X: Deutschland in der Staatengemeinschaft, 3. Aufl., Heidelberg 2012 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. X].
- Jacob, Martin*, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 8. Oktober 2019 – Az. EnVR 58/18, N&R 2020, S. 107–112.
- Jarass, Hans Dieter/Beljin, Saša*, Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien, EuR 2004, S. 714–737.
- ders./Pieroth, Bodo* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl., München 2020 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG].
- Kahl, Wolfgang/Markus, Ludwigs* (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. I].
- dies.* (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band II: Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. II].
- Kegel, Tamara*, „Europäisches Ermessen“ in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung. Europarechtlicher Einfluss auf die Letztentscheidungsbefugnis der Regulierungsbehörde in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung: Eine Untersuchung im Telekommunikations- und Energiesektor vor dem europarechtlichen Hintergrund, Berlin 2021.
- Graf von Kielmansegg, Sebastian*, Tücken im Dreieck – Die individualbelastende Richtlinienwirkung im Unionsrecht, EuR 2014, S. 30–61.
- Kluth, Winfried/Krings, Günter* (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u. a. 2014 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Kluth/Krings (Hrsg.)].
- Kment, Martin* (Hrsg.), Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2019 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Kment (Hrsg.), EnWG].
- Kopp, Ferdinand Otto/Ramsauer, Ulrich* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 22. Aufl., München 2021 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG].

- Kreuter-Kirchhof, Charlotte*, Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde? Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Rechtsbindung der Verwaltung, NVwZ 2021, S. 589–594.
- Lange, Felix*, Exekutive Rechtssetzung in der Europäischen Union, JuS 2019, S. 759–763.
- Ludwigs, Markus*, Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency? Europarechtliche Anstöße und verfassungsrechtliche Grenzen, Die Verwaltung 44 (2011), S. 41–74.
- ders.*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten. Euphemismus oder Identitätsfaktor?, NVwZ 2018, S. 1417–1422.
- ders.*, Gemeinwohlverfolgung und Regulierungsrecht vor neuen Herausforderungen?, N&R 2018, S. 262–267.
- ders.*, Zeitenwende der nationalen Energieregulierung? Das normierende Steuerungskonzept auf dem Prüfstand des EuGH, EnWZ 2019, S. 160–162.
- ders.*, Gemeinwohlverfolgung und Regulierungsrecht vor neuen Herausforderungen?, in: Kühling, Jürgen/Zimmer, Daniel (Hrsg.), Neue Gemeinwohlherausforderungen – Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung, Baden-Baden 2020, S. 11–40.
- ders.*, Entparlamentarisierung als verfassungsrechtliche Herausforderung, DVBl. 2021, S. 353–361.
- ders.*, Paradigmenwechsel in der Energieregulierung. Modelle eines Wandels von der normierenden zur administrativen Regulierung, in: Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Martin (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker, München 2021, S. 609–622.
- ders.*, Energieregulierung nach der Zeitenwende. Handlungsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur nach dem EuGH-Urteil zur normierenden Regulierung, N&R Beil. 2/2021, S. 1–24.
- ders./Sikora, Patrick*, Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG, EWS 2016, S. 121–131.
- Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl., München 2018 [zitiert als: *Autor/-in*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG].
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020.

- Meinzenbach, Jörg/Klein, Rebecca/Uwer, Dirk*, Grenzenlose Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde? Eine kritische Würdigung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs. C-718/18 und zugleich ein Ausblick auf mögliche Rechtswirkungen eines stattgebenden EuGH-Urteil auf das deutsche Regulierungssystem, N&R Beil. 1/2021, S. 1–12.
- dies.*, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 2. September 2021 – Rs. C-718/18, N&R 2021, S. 304–308.
- Merk, Sebastian*, Grenzen der Regulierung, in: Ludwigs, Markus (Hrsg.), Festschrift für Mathias Schmidt-Preuß, Berlin 2018, S. 713–723.
- Mohr, Jochen*, Energienetzregulierung als Zivilrechtsgestaltung, EuZW 2019, S. 229–235.
- Morlok, Martin*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, in: VVDStRL 62 (2003), S. 37–84.
- Münch, Ingo v./Kunig, Philip* (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl., München 2021 [zitiert als: *Autor/-in*, in: v. Münch/Kunig, GG].
- Mussaeus, Peter/Küper, Michael H./Lamott, Julien*, Auswirkungen der EuGH-Entscheidung vom 02.09.2021 zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden auf die Praxis, RdE 2022, S. 9–18.
- Offenbacher, Philipp*, Die normierende Entgeltregulierung im Energierecht. Reflexionen aus Anlass des Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland, RdE Sonderheft 2020, S. 40–45.
- Ossenbühl, Fritz*, Der verfassungsrechtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung, DVBl. 1999, S. 1–7.
- Papier, Hans-Jürgen*, Direkte Wirkung von Richtlinien der EG im Umwelt- und Technikrecht. Verwaltungsverfahrenrechtliche Probleme des nationalen Vollzuges, DVBl. 1993, S. 809–814.
- Pechstein, Matthias*, Die Anerkennung der rein objektiven unmittelbaren Richtlinienwirkung. Anmerkung zum UVP-Urteil des EuGH, S. 261–265.
- ders./Nowak, Carsten/Häde, Ulrich* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. IV: AEUV, Tübingen 2017 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), FK-EU].
- Pielow, Johann-Christian*, Wie „unabhängig“ ist die Netzregulierung im Strom- und Gassektor? Anmerkung zum neuen Energiewirtschaftsgesetz, DÖV 2005, S. 1017–1025.

- Ruffert, Matthias* (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2020 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Ruffert (Hrsg.), EnzEuR].
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München 2021 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Sachs (Hrsg.), GG].
- Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1 (Halbband 1): Energiewirtschaftsrecht – Energieplanungsrecht – Energiesicherungsgesetz, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2019 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Säcker (Hrsg.), BerlKommEnR].
- Scheuing, Dieter H.*, Rechtsprobleme bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, EuR 1985, S. 229–272.
- Schmidt-Preuß, Matthias*, Aktuelles zur Zukunft der normierenden Regulierung im Energiesektor. Empfehlungen an den Gesetz- und Verordnungsgeber, RdE 2021, S. 173–179.
- ders.*, Nach dem EuGH-Urteil vom 2.9.2021: das „Duale Modell“, EnWZ 2021, S. 337–338.
- Schoch, Friedrich*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung Beih. 2 (1999), S. 135–154.
- Ders./Schneider, Jens-Peter* (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Kommentar, Stand des Gesamtwerks: August 2021, München [zitiert als: *Autor/-in*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwVfG].
- Scholtka, Boris*, Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH, Urteil vom 02.09.2021 (C-718/18) – Zur Frage der Rolle der Bundesnetzagentur, EuZW 2021, S. 900–902.
- Schöndorf-Haubold, Bettina*, Gemeinsame Europäische Verwaltung: die Struktur der Europäischen Gemeinschaft, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schöndorf-Haubold, Bettina (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU, Tübingen 2005, S. 25–56.
- Schulze, Reiner/Janssen, André/Kadelbach, Stefan* (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl., Baden-Baden 2020 [zitiert als: *Autor/-in*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), EuR].
- Schwintowski, Hans-Peter*, Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 2.9.2021 in der Rechtssache C-718/18, EWeRK 2021, S. 252–255.

- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 9. Aufl., München 2018 [zitiert als: *Autor/-in*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*].
- Strauß, Philipp/Meyer, Jost Hanno*, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.4.2018, Az. VI-5 Kart2/16 (V). Zur Vereinbarkeit der Vorgabe der Netzzugangsbedingungen durch den Ordnungsgeber mit der Richtlinie 2009/72/EG – zugleich zur Klage der EU-Kommission gegen die Bundesregierung wegen nicht ausreichender Umsetzung der Richtlinie 2009/72/EG, *EWeRK* 2018, S. 185–201.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 3. Aufl., München 2018 [zitiert als: *Autor/-in*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*].
- Wandschneider, Steffen*, *Die Allgemeinverfügung in Rechtsdogmatik und Rechtspraxis. Entwicklung eines atypischen Rechtsinstituts im Spannungsfeld zwischen Norm und Einzelakt*, Frankfurt am Main u. a. 2009.
- Weyer, Hartmut*, „Normative Regulierung“ in der Kritik des EuGH, *KlimR* 2022, S. 83–87.