

# Regulierung außer Kontrolle?

Entscheidungsspielräume der Bundesnetzagentur im Energierecht

Lukas Muffler\*

## I. Die Überforderung der Elektrizitätsnetze als Herausforderung für die Bundesnetzagentur

Die Sicherstellung einer zuverlässigen, bezahlbaren und umweltverträglichen Energieversorgung zählt zu den größten Herausforderungen des 21. Jahrhunderts.<sup>1</sup> Sie ist für das Funktionieren einer modernen Industriegesellschaft essenziell und erfordert ein leistungsfähiges Elektrizitätsnetz. Die „Energiewende“ überfordert jedoch das bestehende Netz. Ursache ist, dass der aus Windenergie erzeugte Strom von der Nordseeküste nach West- und Süddeutschland transportiert werden muss. Zudem ist Deutschland aufgrund seiner zentralen Lage in Europa ein bedeutendes Transitland für Elektrizität. Schließlich hat der Netzausbau durch den im Sommer 2011 beschlossenen beschleunigten Atomausstieg zusätzliche Brisanz erhalten.

Vor diesem Hintergrund legte der Bundestag mit dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) die Grundlage für einen rascheren Netzausbau<sup>2</sup> und dessen Umsetzung in die Hände einer noch jungen Bundesbehörde: der Bundesnetzagentur (BNetzA). Dabei wird neben planungsrechtlichen Instrumenten auch das Energieregulierungsrecht eingesetzt,<sup>3</sup> wobei ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den durch Regulierungsrecht beeinflussten Investitionsfragen und der konkreten Planung der Stromtrassen besteht.<sup>4</sup> Der Erfolg des Jahrhundertprojekts „Energiewende“ könnte somit am Ende auch davon abhängen, welche planerischen und regulatorischen Entscheidungen die BNetzA trifft und treffen darf.

Die hier anklingende Frage nach den Entscheidungsspielräumen der BNetzA sowie damit verbunden die Frage nach der Intensität der gerichtlichen Kontrolle regulierungsbehördlicher Entscheidungen wird im Telekommunikationsrecht in Rechtsprechung und Schrifttum schon seit Jahren diskutiert. Zugleich handelt es sich, wie der Beitrag zeigt, um ein Kernproblem auch des Energieregulierungsrechts, das mit Blick auf die neuen Aufgaben der BNetzA beim Netzausbau aktuell in verändertem Kontext wieder auftaucht und das an rechtsstaatliche Grundfragen rührt; betroffen sind die Gewaltenteilung, die Machtbalance zwischen Exekutive, Parlament und Gerichten sowie der Rechtsschutz von Unternehmen gegenüber behördlichen Entscheidungen. Gleichzeitig ist es Aufgabe der BNetzA, auf monopolistisch strukturierten Märkten<sup>5</sup> einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb herzustellen. Letztlich geht es also um Möglichkeiten und Grenzen von Regulierung in einem demokratischen Rechtsstaat.

Der folgende Beitrag verschafft zunächst einen Überblick über das System administrativer Entscheidungsspielräume (II.). Anschließend werden die europäische und verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Entscheidungsspielräume der

*Wie unabhängig darf die Bundesnetzagentur sein und inwieweit sind ihre Entscheidungen einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich? Der Beitrag beschäftigt sich mit den Möglichkeiten und Grenzen von Regulierung in einem demokratischen Rechtsstaat.*

\* Der Autor ist Studierender der Rechtswissenschaften an der LMU München.

1 Erster Monitoring-Bericht „Energie der Zukunft“ des BMWi und BMU, S. 11.

2 Zuvor hatte sich der im Energieleitungsausbaugesetz (EnLAG) erstmals gesetzlich festgelegte Netzausbau infolge langer Genehmigungsverfahren nur schleppend entwickelt.

3 Zum Einsatz des Regulierungsrechts für den Netzausbau Glaser, DVBl. 2012, 1283.

4 Vgl. Durner, DVBl. 2011, 853 (856).

5 Zum natürlichen Monopol von Netzen: Bettzüge/Kesting, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2011, Kap. 4 Rn. 7 ff.

BNetzA dargelegt (III.) und ihr rechtlicher Bezugsrahmen entwickelt (IV.). Vor diesem Hintergrund können dann die Gestaltungsmöglichkeiten der BNetzA im Bereich des Energierechts (V.) und deren rechtsstaatliche Grenzen (VI.) näher bestimmt werden.

## II. Zur Systematik administrativer Entscheidungsspielräume

### 1. Die herkömmliche Dichotomie von Tatbestand und Ermessen

Die deutsche Verwaltungsrechtslehre unterscheidet traditionell zwischen dem Tatbestand einer Norm einerseits und der Rechtsfolge andererseits.<sup>6</sup> Auf Tatbestandsseite ist die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Exekutive grundsätzlich einer vollen Kontrolle durch die Gerichte zugänglich. Nur ausnahmsweise,<sup>7</sup> etwa bei Prüfungsentscheidungen, kann der Verwaltung bei der Subsumtion, nicht aber bei der Auslegung<sup>8</sup> solcher Normen ein Beurteilungsspielraum zukommen.<sup>9</sup> Auf Rechtsfolgenseite wird ein Ermessensspielraum anerkannt, wenn die Verwaltung zwischen verschiedenen Verhaltensweisen wählen kann.<sup>10</sup> Ein Ermessen schließt die gerichtliche Kontrolle zwar nicht aus, reduziert sie in ihrer Intensität jedoch dergestalt, dass die Gerichte<sup>11</sup> die behördliche Entscheidung lediglich auf das Vorliegen von Ermessensfehlern hin überprüfen können.<sup>12</sup>

Hintergrund einer strikten dogmatischen Trennung von Tatbestand und Ermessen sind normstrukturelle Überlegungen.<sup>13</sup> Die von der Verwaltung zu beachtenden Rechtsnormen bestehen herkömmlich aus einem Tatbestand („Wenn“) und einer Rechtsfolge („Dann“), sind also konditional strukturiert. Davon zu unterscheiden sind final strukturierte Vorschriften, die sich dadurch auszeichnen, dass bestimmte Ziele<sup>14</sup> möglichst weitgehend verwirklicht werden sollen, wobei öffentliche und private Interessen gegeneinander abgewogen und in Einklang gebracht werden müssen.<sup>15</sup> Es ist dies ein Charakteristikum moderner Regulierungsgesetzgebung,<sup>16</sup> die als Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers an die BNetzA verstanden werden kann.<sup>17</sup> Im

Bereich der final strukturierten Vorschriften wird der Verwaltung mit dem Planungsermessen ein Abwägungsspielraum eingeräumt.<sup>18</sup> Soweit – und nur soweit – der BNetzA ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zusteht, besitzt sie die Letztentscheidungskompetenz, deren Ausübung gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.

### 2. Die neue Rechtsfigur des Regulierungsermessens

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Entscheidungen der BNetzA mit den bekannten Fallgruppen hinreichend erfasst werden können. Das BVerwG hat der BNetzA nunmehr ausdrücklich ein sogenanntes Regulierungsermessen zuerkannt,<sup>19</sup> eine Entscheidung, die das BVerfG bestätigt hat.<sup>20</sup> Wenngleich vor einer unreflektierten Übertragung dieser zum Telekommunikationsgesetz (TKG) ergangenen Entscheidungen auf das Energierecht gewarnt werden muss,<sup>21</sup> bietet dies doch Anlass, die klassische Dichotomie von Tatbestand und Ermessen zu überdenken.

Anknüpfungspunkt für die neue Rechtsfigur des Regulierungsermessens ist die Normstruktur der streitbefangenen Vorschriften.<sup>22</sup> Es handelt sich um sogenannte Kopplungsvorschriften, deren Kennzeichen die Verknüpfung von unbestimmten Rechtsbegriffen mit Ermessensgewährungen ist.<sup>23</sup> In manchen Fällen, so das BVerwG, könne die durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung auf Tatbestandsseite nicht von der anschließenden Ermessensbetätigung auf Rechtsfolgenseite getrennt werden, und dies führe zu einer „gesetzlich ausgeformten Gestaltungsfreiheit“ der BNetzA, dem Regulierungsermessen.<sup>24</sup> Konsequenz ist eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte bei komplexen Entscheidungen der BNetzA.

Zwar bezieht sich das BVerwG bei der Fehlerlehre des Regulierungsermessens auf seine ständige Rechtsprechung zum Planungsermessen.<sup>25</sup> Unklar bleibt jedoch, ob das Gericht das Regulierungsermessen als Unterfall des Planungsermessens oder als neuen, eigenständigen Typus verstanden wissen will. Dies hat in der Literatur erneut Diskussionen darüber ausgelöst, ob die Dichotomie von Tatbestand und Ermessen allgemein und speziell im Regulierungsrecht sinnvoll ist. Dabei zeichnet sich eine starke Tendenz hin zu einem einheitlichen Grundmodell eines administrativen Entscheidungsfreiraums ab,<sup>26</sup> unter den konsequenterweise auch sämtliche Entscheidungen der BNetzA fielen. Der Begriff des Regulierungsermessens stünde dann ganz allgemein für das Vorliegen

6 Statt vieler: *Peine*, Allg. Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 203, 225, 243 f.

7 Zu den Ausnahmen im Einzelnen *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, 70. EL 2013, Art. 19 Abs. 4 Rn. 193 ff.

8 BVerwGE 77, 75 (85).

9 Ständige Rspr., vgl. nur BVerfG NJW 1991, 2005 (2006) m.w.N.

10 *Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 114 VwGO Rn. 13.

11 Für die Überprüfung von Entscheidungen der BNetzA sind im Energierecht kraft gesetzlicher Sonderzuweisung die Zivilgerichte zuständig, vgl. §§ 75 ff. EnWG.

12 *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 17.

13 *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 11 Rn. 16.

14 Im Energierecht sind diese Ziele in § 1 Abs. 1 EnWG normiert. Zu den Regulierungszielen im Energierecht *Britz*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 9 Rn. 6 ff.

15 *Maurer* (Fn. 12), § 7 Rn. 63.

16 *Durner*, DVBl. 2012, 299 (300) m.w.N.

17 *Schmidt-Aßmann*, Das allg. Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 141.

18 Zur dogmatisch ausdifferenzierten Abwägungskontrolle im Planungsrecht *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 19 Abs. 4 Rn. 211 ff.

19 BVerwG NVwZ 2008, 575.

20 BVerfG NVwZ 2012, 694.

21 Ein abstraktes, bereichsübergreifendes Regulierungsermessen gibt es nicht, *Proelß*, AöR 136 (2011), 402 (412 f.) m.w.N.

22 Vgl. §§ 21 und 30 TKG.

23 Näher *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 36, 39 m.w.N.

24 BVerwG NVwZ 2008, 575 (577).

25 BVerwG NVwZ 2008, 1359 (1364); allgemein zur Abwägungsfehlerlehre *Vofskuhle*, JuS 2008, 117 (119).

26 Statt vieler: *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 13), § 11 Rn. 27.

administrativer Entscheidungsspielräume im Bereich des Regulierungsrechts.<sup>27</sup>

### 3. Regulierungsentscheidungen als eigenständig zu lösendes dogmatisches Problem

Die Diskussion um die dogmatische Einordnung des Regulierungsermessens soll hier nicht vertieft werden, vermag sie doch zur zentralen Frage nach Bestand und Reichweite von Entscheidungsspielräumen der BNetzA wenig beizutragen. Denn mit der Zuordnung von Regulierungsentscheidungen zu einer der bekannten Fallgruppen ist in Wahrheit noch nichts gewonnen. Diese stellen lediglich historisch gewachsene Orientierungshilfen dar,<sup>28</sup> welche die für die Feststellung administrativer Letztentscheidungskompetenzen maßgeblichen sachlichen Kriterien bündeln, eine eigenständige Begründung aber niemals ersetzen können.<sup>29</sup> Es kann daher nicht um die „richtige Zuordnung“ zu einer der anerkannten Fallgruppen gehen.<sup>30</sup>

Der vom BVerwG zum Regulierungsermessens bemühte Vergleich mit dem ebenfalls eine finale Normstruktur aufweisenden Planungsrecht<sup>31</sup> ist ebenso wenig hilfreich, will man die kategorialen Unterschiede zwischen Raumplanung und Regulierung nicht „einebnen“.<sup>32</sup> Während Raumplanung ein Ausdruck weitreichender Gestaltungsansprüche des Staates ist, hat das Regulierungsrecht den begrenzten Auftrag, durch Marktöffnung einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb herzustellen, nicht aber zu ersetzen.<sup>33</sup>

Die Entscheidungsspielräume der BNetzA müssen somit eigenständig, losgelöst von den bekannten Fallgruppen und nach allgemeinen Grundsätzen entwickelt werden.<sup>34</sup> Die an vielen Stellen geforderte Neuorientierung in Richtung einer einheitlichen Systemkategorie könnte freilich dazu beitragen, den Blick hierfür zu schärfen.

## III. Grundlagen des Europa- und Verfassungsrechts

### 1. Zunehmende Vorgaben durch das Europarecht

Regulierung als staatliches Korrektiv zum natürlichen Monopol von Netzen<sup>35</sup> ist eng mit dem Ziel eines europäischen Binnenmarktes verbunden.<sup>36</sup> Zunächst gilt es daher zu klären, ob und gegebenenfalls inwieweit das Europarecht Vorgaben zu regulierungsbehördlichen Entscheidungsspielräumen enthält.

Zwar ist eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle bei komplexen Abwägungsvorgängen im Wirtschaftsver-

waltungsrecht europarechtlich anerkannt.<sup>37</sup> Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass das Europarecht weite Gestaltungsspielräume der nationalen Regulierungsbehörden auch fordert.<sup>38</sup> Der EuGH hat in seiner *Arcor*-Entscheidung ausdrücklich betont, dass die Art und Weise der richterlichen Kontrolle grundsätzlich Sache der Mitgliedsstaaten ist.<sup>39</sup> Das Ermessen der BNetzA im Verhältnis zur Judikative ist europarechtlich also nicht vorgegeben.<sup>40</sup> Im Verhältnis zur Legislative hat die Europäische Kommission immer wieder betont, dass sie bei der Marktregulierung grundsätzlich jede über die Richtlinienvorgaben hinausgehende gesetzliche Vorstrukturierung des regulierungsbehördlichen Ermessens<sup>41</sup> für unzulässig halte.<sup>42</sup> Da die gerichtliche Kontrolle auf die Reichweite der normativen Bindung begrenzt ist,<sup>43</sup> schließe dies unmittelbar auf die Kontrolldichte durch.

Insgesamt weist das Europarecht deutlich in Richtung einer verstärkten Gestaltungsmacht der nationalen Regulierungsbehörden. Ob sich die Unzulässigkeit jeglicher Vorstrukturierung durch den nationalen Gesetzgeber verfassungs- und europarechtlich rechtfertigen lässt, ist durchaus einer vertieften Diskussion würdig.<sup>44</sup> Letztlich ist die Frage nach der Reichweite regulierungsbehördlicher Entscheidungsspielräume aber zumindest im Energierecht europarechtlich (noch) nicht determiniert und vornehmlich durch nationales Recht zu entscheiden.<sup>45</sup>

## 2. Administrative Entscheidungsspielräume im Lichte der Verfassung

### a. Reduzierte Kontrolldichte und normgeprägte Rechtsschutzgarantie

Mit der Anerkennung administrativer Entscheidungsspielräume stets verbunden ist eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte. Indes gebietet die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich die vollständige rechtliche und tatsächliche gerichtliche Überprüfung behördlicher Entscheidungen.<sup>46</sup> Die materiell geschützte Rechtsposition ergibt sich jedoch nicht aus Art. 19 Abs. 4 GG selbst, sondern wird darin vorausgesetzt.<sup>47</sup> Vor diesem Hintergrund geht die normative Ermächtigungslehre davon aus, dass die Rechtsschutzgarantie normgeprägt

27 Ludwigs, JZ 2009, 290 (293).

28 Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 16. EL 2008, § 114 Rn. 58.

29 Eifert, ZHR 174 (2010), 449 (460).

30 v. Danwitz, DVBl. 2003, 1405 (1412).

31 BVerwG NVwZ 2008, 575 (577).

32 Kersten, VVDStRL 69 (2010), 288 (326 f.) m.w.N.; a.A. Masing, in: Verhandlungen des 66. DJT, Bd. 1, 2006, S. 160.

33 Gärditz, NVwZ 2009, 1005 (1008).

34 Eifert (Fn. 29), 461 m.w.N.

35 Zum Begriff der Regulierung Ruffert, in: Fehling/Ruffert (Fn. 14), § 7 Rn. 1 ff.

36 Proelß, AöR 136 (2011), 402 (406 f.) m.w.N.

37 Vgl. EuGH, Slg. 1991 I-935 Rn. 44.

38 So aber BVerwG NVwZ 2008, 575 (576), 1359 (1360), für das TKG; BVerfG NVwZ 2012, 694 (695), lässt dies offen.

39 EuGH MMR 2008, 523 Rn. 163 ff.; vgl. auch Wieland, DÖV 2011, 705 (710).

40 Ludwigs, Verw 44 (2011), 41 (68).

41 Der Begriff des Ermessens steht im Europarecht allgemein für die Existenz administrativer Entscheidungsspielräume, Kopp/Ramsauer, VwVfG, 14. Aufl. 2013, § 40 Rn. 9a.

42 Vgl. EuGH, Urt. v. 3.12.2009, Rs. C-424/07 mit Anmerkung Gärditz, JZ 2010, 195 ff.

43 BVerfG NVwZ 2008, 547 (548) m.w.N.

44 So besteht schon ein erhebliches Konfliktpotenzial mit der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie und dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot, vgl. Ludwigs (Fn. 40), 60 ff.

45 Winkler, DVBl. 2013, 156 (157) m.w.N.

46 St. Rspr., siehe bereits BVerfGE 7, 129 (154).

47 Sachs, in: ders., GG, 6. Aufl. 2011, Art. 19 Rn. 128 m.w.N.

ist, jede Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle also einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.<sup>48</sup> Dadurch wird dem Gesetzgeber die konstitutive Rolle bei der Zuerkennung von Entscheidungsspielräumen zugewiesen. Bestand und Reichweite der Entscheidungsspielräume der BNetzA sind somit für jede Rechtsnorm separat festzustellen. Schon deshalb ist die früher teilweise geforderte pauschale Annahme eines umfassenden Gestaltungsspielraums der BNetzA<sup>49</sup> abzulehnen.<sup>50</sup> Die Grenzen administrativer Letztentscheidungskompetenzen sind damit freilich noch nicht benannt. Zentral klärungsbedürftig ist, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigung zu stellen sind.

#### b. Grundrechte als Grenze gesetzgeberischer Disposition über Entscheidungsspielräume der Verwaltung

Die Entscheidungen der BNetzA weisen einen besonders grundrechtsintensiven Charakter auf. So werden beim Netzausbau die Grundstückseigentümer und Netzbetreiber spätestens durch den Planfeststellungsbeschluss in ihren Grundrechten, insbesondere in Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG, beeinträchtigt. Daneben begründet die Marktzutritts- und Entgeltregulierung zwar regelmäßig gerechtfertigte, aber gleichwohl intensive Eingriffe in die Berufs- und Eigentumsfreiheit der regulierten Unternehmen.<sup>51</sup>

Die gesetzgeberische Definitionsmacht findet ihre verfassungsrechtlichen Grenzen somit vor allem in den materiellen Grundrechten.<sup>52</sup> Das BVerfG hat immer wieder betont, dass der Gesetzgeber Entscheidungen über die grundrechtliche Freiheit der Bürger im Hinblick auf die Wesentlichkeitstheorie nicht durch vage Generalklauseln einseitig dem Ermessen der Verwaltung überantworten darf.<sup>53</sup> Zudem verlangt der Grundsatz der Gewaltenteilung für die Einschränkung von Grundrechten stets hinreichend gewichtige, an einem wirksamen Rechtsschutz ausgerichtete Sachgründe.<sup>54</sup> Gleichzeitig wurde im Regulierungsrecht auch immer wieder auf die Rechtfertigung gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume hingewiesen, wie sie sich insbesondere aus dem hohen sozialen Bezug der Netze, den Besonderheiten der Netzwirtschaften sowie der hohen Komplexität der zu treffenden Entscheidungen ergebe.<sup>55</sup>

Es ist festzustellen, dass die hohe Grundrechtssensibilität der Materie eine Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Einräumung von Entscheidungsspielräumen an die BNetzA gebietet.<sup>56</sup> Die Zuerkennung administrativer Entscheidungsspielräume durch den Gesetzgeber gestaltet sich so-

mit als verfassungsrechtlicher Balanceakt, den das BVerfG zu bewältigen versucht, indem es einerseits feststellt, dass es in der Hand des Gesetzgebers liege, „den Umfang und Gehalt der subjektiven Rechte der Bürger zu definieren“, andererseits aber die Bindung des Gesetzgebers „durch die Grundrechte sowie das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip“ betont.<sup>57</sup>

#### c. Das Demokratieprinzip und die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur

In der ansonsten breit geführten Diskussion um Bestand und Reichweite regulierungsbehördlicher Entscheidungsspielräume wird die weitgehende Unabhängigkeit der BNetzA vernachlässigt.<sup>58</sup> Dies überrascht gerade für die energiewirtschaftlichen Entscheidungen der BNetzA, werden diese doch gemäß § 59 Abs. 1 EnWG regelmäßig von Beschlusskammern getroffen, die laut Gesetzesbegründung eine „justizähnliche Unabhängigkeit“ genießen.<sup>59</sup> Diese Weisungsfreiheit der BNetzA gegenüber dem Bundeswirtschaftsministerium ist überdies auch europarechtlich abgesichert. Ziel ist es, die Entscheidungen der Regulierungsbehörden dem Einfluss der nationalen Politik zu entziehen. So sieht Art. 39 Abs. 4 der EltRL<sup>60</sup> vor, dass die Regulierungsbehörde „bei der Wahrnehmung von Regulierungsaufgaben keine direkten Weisungen von Regierungsstellen [...] einholt oder entgegennimmt.“ Soweit die BNetzA im Interesse des Netzausbaus als Planungsbehörde handelt, unterliegt sie mangels europarechtlicher Vorgaben hingegen uneingeschränkt dem ministeriellen Einzelweisungsrecht.<sup>61</sup>

Die Diskussion um die Unabhängigkeit der BNetzA<sup>62</sup> soll hier nicht aufgenommen werden. Es genügt festzustellen, dass das Demokratieprinzip eine hinreichende demokratische Legitimation der Exekutive fordert,<sup>63</sup> weshalb die BNetzA nicht vollkommen weisungsfrei gestellt sein darf,<sup>64</sup> dass aber das Legitimationsniveau auch dann noch ausreichend sein kann, wenn die sachlich-inhaltliche Legitimation regulierungsbehördlicher Entscheidungen durch eine weitgehende Weisungsfreiheit bzw. konkretisierungsoffene Rechtsgrundlagen abgesenkt ist.<sup>65</sup>

Was bedeutet die europarechtlich geforderte Unabhängigkeit von Regulierungsbehörden für die Frage nach den

48 Statt vieler: *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 7), Art. 19 Abs. 4 Rn. 185 ff. m.w.N.

49 Dabei wird insbesondere mit dem gestalterischen Charakter der Regulierung argumentiert, vgl. *Masing* (Fn. 32), S. 152 ff.

50 *Ludwigs* (Fn. 27), 294 m.w.N.

51 *Ludwigs*, NVwZ 2008, 954 (957 f.).

52 BVerfG NVwZ 2012, 694 (695) m.w.N.

53 BVerfG NJW 1989, 666 (667) m.w.N.

54 BVerfG NVwZ 2011, 1062 (1065); krit. *Broemel*, JZ 2014, 286 (289).

55 Zur Gewährleistungsverantwortung des modernen Staats: *Säcker*, AöR 130 (2005), 180 (186 ff.).

56 *Sachs/Jasper*, NVwZ 2012, 649 (651).

57 BVerfG NVwZ 2012, 694 (695)

58 Hierauf zumindest hin weist *Winkler* (Fn. 45), 159; *Eifert* (Fn. 29), 455 f., behandelt die Unabhängigkeit der BNetzA lediglich als „Parallelfrage“ zur Kontrolldichte; *Franzius*, DÖV 2013, 714 (717 f.), räumt einen Zusammenhang ein, der jedoch nicht „zu dramatisieren“ sei.

59 *BegrRegE*, BT-Drucks. 15/3917, S. 70.

60 Richtlinie 2009/72/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften über den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (ABL. EG L 211, S. 55).

61 Vgl. *Durner* (Fn. 4), 857, der zudem auf die besonders hohe Grundrechtssensibilität im Bereich der Netzplanung abstellt.

62 Mit ausführlicher Begründung für eine Zulässigkeit votierend etwa *Masing* (Fn. 32), S. 93 f.

63 St. Rspr. zur sog. Legitimationskette, vgl. nur BVerfGE 93, 37 (65 f.).

64 *Gärditz* (Fn. 33), 1007 m.w.N.

65 *Masing* (Fn. 32), S. 78.

Entscheidungsspielräumen der BNetzA im Bereich der Marktregulierung? Es ist zu differenzieren: Zum einen ist es der Gesetzgeber, der die Entscheidungen *ex ante* determiniert; zum anderen sind es die Gerichte, die getroffene Entscheidungen *ex post* überprüfen.<sup>66</sup> Die Unabhängigkeit der BNetzA betrifft ihre Rückbindung an die Legislative und schlägt nicht ohne Weiteres auf das Verhältnis zur Judikative und damit auf die Kontrolldichte durch.<sup>67</sup>

Daraus zu schließen, die weitgehende Unabhängigkeit der BNetzA sei für ihre Entscheidungsspielräume ohne Bedeutung, wäre jedoch verfehlt. Im Verhältnis zur Legislative muss eine hinreichende Legitimation der Entscheidungen der BNetzA stets gewährleistet sein. Sowohl Unabhängigkeit als auch Entscheidungsspielräume verringern aber die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation von Entscheidungen. Konsequenz ist, dass sich der Gesetzgeber in Bereichen, in denen die BNetzA weitgehend unabhängig ist, bei der Zuerkennung von Entscheidungsspielräumen besonders zurückhalten muss; die verfassungsrechtlichen Anforderungen sind hier besonders hoch. Kurz: Je größer die Unabhängigkeit, desto geringer dürfen die Entscheidungsspielräume sein. Angesichts der vom Europarecht geforderten weitgehenden Unabhängigkeit nationaler Regulierungsbehörden ist somit eine Zurückhaltung des Gesetzgebers geboten, wenn er der BNetzA im Regulierungsbereich Entscheidungsspielräume zuerkennt; zumal das Demokratieprinzip zum unantastbaren und damit integrationsfesten Kerngehalt der Verfassung nach Art. 79 Abs. 3 GG zählt. Daher ist die Unzulässigkeit einer gesetzgeberischen Vorstrukturierung von Regulierungsentscheidungen, wie sie die Europäische Kommission wohl fordert, auch bei einer wegen des Vorrangs des Unionsrechts gebotenen integrationsfreundlichen Auslegung des Demokratieprinzips nicht mehr hinnehmbar und mit dem Grundgesetz schlechterdings unvereinbar.

### 3. Zwischenfazit

Es bleibt festzuhalten, dass das Unionsrecht bislang zwar nicht zur Annahme umfassender Gestaltungsspielräume der BNetzA drängt, dass sich aber die Unzulässigkeit einer legislativen Vorstrukturierung abzeichnet. Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Entscheidungsspielräume der BNetzA stellt sich folgendermaßen dar: Sie festzulegen ist allein dem Gesetzgeber vorbehalten. Hierbei schränken die Grundrechte und das Erfordernis demokratischer Legitimation die gesetzgeberischen Dispositionsmöglichkeiten ein. Soweit sich aus der einschlägigen Norm keine Entscheidung zugunsten einer Ermächtigung der BNetzA zur Letztentscheidung ergibt, bleibt es beim verfassungsrechtlichen Regelfall gerichtlicher Vollkontrolle.

## IV. Letztentscheidungskompetenzen der Bundesnetzagentur als normative Verknüpfung von Gestaltungsauftrag und Befugnis

So eindeutig dieses Konzept zunächst auch scheint: Klare gesetzliche Bestimmungen, wonach Entscheidungen der Verwaltung einer gerichtlichen Nachprüfung entzogen sind, stellen die Ausnahme dar. Der Regelfall ist ein „Schweigen des Gesetzgebers“.<sup>68</sup> Die normative Ermächtigungslehre verweist zur Feststellung administrativer Entscheidungsspielräume letztlich nur auf die Auslegung der potentiell ermächtigenden Norm, gibt dem Normanwender hierfür aber keine spezifischen Kriterien an die Hand. Ein allgemeines Patentrezept für die Ermittlung administrativer Letztentscheidungskompetenzen gibt es nicht. Die zentrale Weichenstellung zur Bestimmung behördlicher Entscheidungsspielräume besteht deshalb in einer Einzelnormanalyse, die auf das Wesen der jeweiligen Aufgabe abstellt, deren Erfüllung die einschlägigen Rechtsvorschriften der BNetzA zuweisen.<sup>69</sup>

### 1. Die Gestaltungsaufgabe der Bundesnetzagentur

Der Gesetzgeber verlangt von der BNetzA regelmäßig den Ausgleich verschiedener, teils gegenläufiger Ziele. Regulierung ist also stets mit einem Gestaltungsauftrag an die BNetzA verbunden.<sup>70</sup> Für die Frage nach damit korrespondierenden Gestaltungsspielräumen der BNetzA sind zwei Merkmale des gesetzgeberischen Regulierungskonzepts von zentraler Bedeutung: Erstens hat sich der Gesetzgeber für eine ständige Marktbegleitung durch die BNetzA und nicht nur für punktuelle Marktinterventionen entschieden.<sup>71</sup> Und zweitens sind die Normierungsaufgaben der BNetzA in § 29 EnWG final ausgestaltet, indem sie regelmäßig auf die Verwirklichung der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Ziele Bezug nehmen. Diese Überlegungen münden in die Feststellung, dass eine nur punktuelle Vollkontrolle durch die Gerichte mit der gesetzgeberischen Entscheidung für eine ständige Marktbegleitung durch die BNetzA in Konflikt geraten kann. Wie stark sich der gesetzgeberische Gestaltungsauftrag auf die Entscheidungsspielräume auswirkt, hängt dabei von den einzelnen Befugnissen ab, die der BNetzA zur Erfüllung ihrer Aufgabe übertragen wurden.<sup>72</sup>

### 2. Kriterien zur Auslegung der konkreten Befugnis

Mit der Gestaltungsaufgabe verbunden ist eine besondere organisatorische und verfahrensrechtliche Ausgestaltung der BNetzA. Die Regulierungsentscheidungen werden von den Beschlusskammern als Kollegialorganen getroffen,<sup>73</sup> die fortlaufend durch Fachabteilungen unterstützt werden. Ihre aufgabenspezifische Organisation formt die BNetzA zu einer Behörde mit einer besonderen fachlichen Legitimation. Man kann sich durchaus fragen, ob die besondere fachliche

68 Schwarz (Fn. 10), § 114 VwGO Rn. 18.

69 Statt vieler: Burgi, NJW 2006, 2439 (2444).

70 Knauff, VerwArch 98 (2007), 382 (403) m.w.N.

71 Vgl. Eifert (Fn. 29), 463 f.

72 Burgi (Fn. 69), 2444.

73 Britz (Fn. 14), § 21 Rn. 46.

66 Grundlegend zu einer solchen Trennung: Schmidt, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 1977, S. 551 ff.

67 Soweit auch Eifert (Fn. 29), 455.

Legitimation ein geeignetes Kriterium zur Bestimmung von Letztentscheidungskompetenzen darstellt.<sup>74</sup> Denn soweit die Gerichte einzelne Probleme mangels Sachkompetenz nicht lösen können, handelt es sich um rein praktische Schwierigkeiten, die nichts am verfassungsrechtlichen Grundsatz vollständiger gerichtlicher Kontrolle ändern;<sup>75</sup> zumal das Gericht sachverständige Gutachter heranziehen kann.<sup>76</sup> Unabhängig davon ermöglicht die besondere fachliche Legitimation zwar eine sachgerechte Ausfüllung von Entscheidungsspielräumen, sie kann diese aber nur in Verbindung mit darauf abzielenden Befugnissen tragen.<sup>77</sup> Daneben haben sämtliche in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien<sup>78</sup> für die Bestimmung von Letztentscheidungskompetenzen lediglich eine Indizfunktion.<sup>79</sup>

Weiter stellt sich die Frage, ob Letztentscheidungskompetenzen nicht immer dann anzunehmen sind, wenn das gesetzliche Entscheidungsprogramm wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und seine Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig ist, dass die gerichtliche Kontrolle an ihre Funktionsgrenzen stößt.<sup>80</sup> Fachliche Komplexität und der Prognosecharakter von Entscheidungen allein können jedoch nicht ausreichen, um die Annahme von Letztentscheidungskompetenzen zu rechtfertigen.<sup>81</sup> Dies erst recht vor dem Hintergrund, dass der Sinn gerichtlicher Kontrolle nicht in vermeintlich klügeren Entscheidungen durch die Gerichte liegt, sondern im Gewaltenteilungsgrundsatz begründet ist.<sup>82</sup> Insofern kann es auch nicht darum gehen, ob „die Gerichte die besseren Regulatoren sind“<sup>83</sup>. Schließlich könnte man umgekehrt auch formulieren: „réguler n'est pas juger“<sup>84</sup>.

## V. Gestaltungsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur im Bereich des Energierechts

Im Energierecht halten sich die Zivilgerichte bei der Anerkennung von Entscheidungsspielräumen tendenziell zurück.<sup>85</sup> Gleichwohl können der BNetzA nach sorgfältiger und differenzierter Analyse der jeweiligen Befugnisnorm auch hier Entscheidungsspielräume einzuräumen sein.

### 1. Bei der Regulierung des Energiemarktes

Die Regulierung des Energiemarktes durch die BNetzA erfolgt durch zahlreiche Maßnahmen,<sup>86</sup> lässt sich letztlich

aber in zwei Stufen verstehen.<sup>87</sup> Auf der ersten Stufe muss die BNetzA allgemeine Konzepte entwickeln. Denn eine als Gestaltungsauftrag verstandene Regulierung erfordert konsistente und aufeinander abgestimmte Entscheidungen.<sup>88</sup> Auf der zweiten Stufe kann die BNetzA dann konkrete, unmittelbar auf das Marktverhalten der einzelnen Wettbewerber bezogene Anordnungen auf der Grundlage differenzierter Befugnisnormen erlassen.<sup>89</sup> Es erscheint daher sinnvoll, die Entscheidungsspielräume der BNetzA bei der Marktregulierung entlang dieser beiden Stufen zu untersuchen.

Im Energierecht erfolgen die regulatorischen Entscheidungen zur Konkretisierung der Regulierungsziele durch das Gesetz, vor allem aber durch die Netzzugangs- und Entgeltverordnungen. Ergänzend sehen die Verordnungen Festlegungen der BNetzA nach § 29 Abs. 1 EnWG vor. Indem die Festlegungen allgemeine Methoden und Bedingungen beim Netzzugang oder der Entgeltberechnung regeln, treten sie zwischen die gesetzlichen Vorgaben und die einzelnen Maßnahmen der BNetzA.<sup>90</sup> Da sie für die späteren Einzelmaßnahmen verbindlich sind,<sup>91</sup> ist die Frage nach den hierbei eröffneten Entscheidungsspielräumen von zentraler Bedeutung.

Schon der regulierungsspezifische und gestaltende Charakter der Festlegungsbefugnisse verweist auf einen gesetzlich eingeräumten Entscheidungsspielraum der BNetzA. So nehmen diese regelmäßig Bezug auf die allgemeinen Zielbestimmungen des § 1 Abs. 1 EnWG und lassen sich damit als final programmierte Gestaltungs- und Konkretisierungsaufträge an die BNetzA verstehen. Allerdings geben die Festlegungsbefugnisse bei der Abwägung der verschiedenen Rechtspositionen mit den allgemeinen Regulierungszielen kein hinreichend konkretes Entscheidungsprogramm vor. Bei Festlegungen sollen gerade die Kompetenz, die spezifische Sachnähe und die Praxiserfahrung der BNetzA genutzt werden.<sup>92</sup> All dies spricht hier für die Annahme von Gestaltungsspielräumen der BNetzA. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Kartellgerichte die Entscheidungen der Kartellbehörden regelmäßig einer vollständigen Kontrolle unterwerfen. Während die Kartellaufsicht missbrauchsabstellend und einzelfallbezogen ist, erfolgen die Festlegungen der BNetzA missbrauchsvorbeugend und auf den gesamten Markt bezogen.<sup>93</sup>

Mit Blick auf die zahlreichen Einzelentscheidungsbefugnisse im EnWG ist zunächst festzustellen, dass diese durchweg konditional strukturiert sind.<sup>94</sup> Eine Anknüpfung an die allgemeinen Zielbestimmungen des § 1 Abs. 1 EnWG fehlt. Der Umstand, dass die BNetzA Prognosen erstellen und Wertungen vornehmen muss, kann allein noch nicht

74 Zum sog. funktionell-rechtlichen Ansatz vgl. *Ludwigs*, RdE 2013, 297 (299).

75 *Attendorn*, DVBl. 2008, 1408 (1414) m.w.N.

76 Vgl. aber zu den Grenzen des durch einzelne Sachverständige vermittelbaren Wissens: *Eifert* (Fn. 29), 469.

77 Ebda.

78 Im Einzelnen *Schneider*, in: *Fehling/Ruffert* (Fn. 14), § 22 Rn. 23.

79 v. *Danwitz* (Fn. 30), 1412.

80 So BVerwG NVwZ 2008, 575 (577).

81 *Attendorn* (Fn. 75), 1413 f.

82 *Gärditz* (Fn. 33), 1010.

83 *Trute*, in: *Festgabe 50 Jahre BVerwG*, 2003, 857 (867 f.).

84 *Pielow*, DÖV 2005, 1017 (1024) mit Zitat von *Quilichini*.

85 Zum Konzept einer normierenden Regulierung im Energiesektor *Ludwigs* (Fn. 74), 304.

86 Zum „Instrumentenmix“ *Fehling*, in: *ders./Ruffert* (Fn. 14), § 20 Rn. 1 ff.

87 *Burgi*, DVBl. 2006, 269 (276).

88 Vgl. *Trute*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 293 (319 f.).

89 *Eifert* (Fn. 29), 472.

90 *Pielow*, in: *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Fn. 5), Kap. 42 Rn. 13.

91 *Franke*, in: *Schneider/Theobald*, *Recht der Energiewirtschaft*, 4. Aufl. 2013, § 19 Rn. 58.

92 *Eifert* (Fn. 29), 475.

93 *Burgi* (Fn. 87), 275.

94 Vgl. nur §§ 31, 65 Abs. 1 EnWG.

zur Anerkennung von Beurteilungsspielräumen führen.<sup>95</sup> Insgesamt ist der BNetzA hier sowohl durch den Gesetz- und Verordnungsgeber, als auch durch ihre eigenen Festlegungen ein relativ dichtes Normprogramm aufgegeben. All dies drängt nicht zu der Annahme, dass der Gesetzgeber die BNetzA bei Einzelentscheidungen über das herkömmliche Verwaltungsermessen hinaus zur Letztentscheidung ermächtigen wollte.<sup>96</sup> Die Einzelfallentscheidungen der BNetzA dienen regelmäßig nicht der Erfüllung einer Gestaltungsaufgabe, sondern setzen schlicht die gesetzlichen Vorgaben und die bereits vorliegenden Festlegungen um.<sup>97</sup> Dies unterliegt der gewohnten Kontrolle durch die Gerichte.

## 2. Beim Netzausbau

### a. Die neuen Planungsaufgaben der Bundesnetzagentur

Das NABEG98 sieht für den Netzausbau eine weitgehende Zuständigkeitskonzentration bei der BNetzA vor, die hier primär als Planungsbehörde auftritt und insoweit, wie bereits festgestellt, dem im Regulierungsbereich eliminierten Ministerweisungsrecht unterliegt. Die BNetzA ist zunächst für die Bundesfachplanung zuständig, mit der die Trassenkorridore festgelegt werden. Eine zentrale und über das herkömmliche Verwaltungsermessen hinausgehende Vorschrift stellt dabei der final programmierte § 5 Abs. 1 S. 1 NABEG dar: „Die BNetzA bestimmt in der Bundesfachplanung zur Erfüllung der in § 1 Abs. 1 des EnWG genannten Zwecke Trassenkorridore von im Bundesbedarfsplan aufgeführten Höchstspannungsleitungen.“ Schon die Anknüpfung an die allgemeinen Zielbestimmungen des § 1 Abs. 1 EnWG deutet auf einen gesetzlichen Gestaltungsauftrag hin. Für die komplexe Planung der Trassenkorridore soll gerade die Kompetenz, spezifische Sachnähe und Praxiserfahrung der BNetzA eingesetzt werden, wobei eine Vielzahl gegenläufiger Belange miteinander abgewogen und in Einklang gebracht werden müssen. All dies spricht hier für eine planerische Gestaltungsfreiheit bzw. ein Planungsermessen der BNetzA. Im anschließenden Planfeststellungsverfahren, in dem der genaue Verlauf der Trassen festgelegt wird, sind die Gestaltungsspielräume der BNetzA deutlich begrenzter. Zum einen ist dies auf einen insgesamt höheren Normierungsgrad zurückzuführen. Zum anderen ist die BNetzA im Planfeststellungsverfahren im Wesentlichen an den Bundesfachplan gebunden, so dass ihr auch insofern kaum Spielräume bleiben.

Insgesamt betrachtet verfügt die BNetzA bei ihren planungsrechtlichen Entscheidungen zum Netzausbau zwar über eine weitreichende planerische Gestaltungsfreiheit. Soweit sie als Planungsbehörde handelt, scheidet eine Übertragung der vom BVerwG entwickelten Dogmatik zum Regulierungsermessen aber schon mangels struktureller Vergleichbarkeit

<sup>95</sup> Vgl. *Winkler* (Fn. 45), 160.

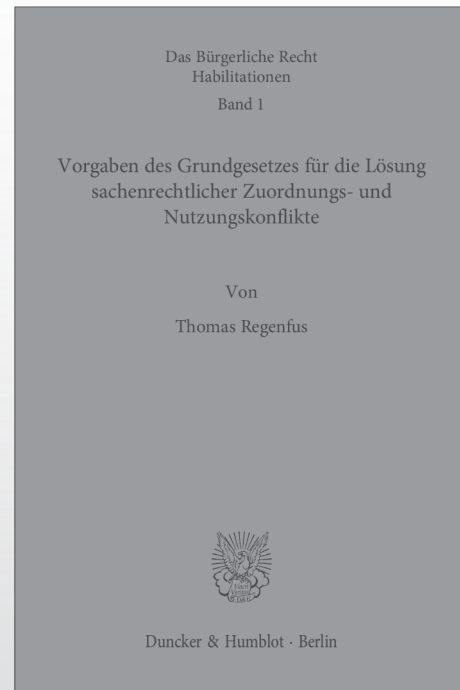
<sup>96</sup> *Burgi* (Fn. 87), 275.

<sup>97</sup> Gleichwohl sind die Gestaltungsspielräume der BNetzA insbesondere bei der Entgeltregulierung sehr umstritten, vgl. *Eifert* (Fn. 29), 477 ff.

<sup>98</sup> Zur Einbindung des planungsrechtlich ausgerichteten NABEG in das EnWG: *Erbguth*, NVwZ 2012, 326 (326 f.).

# DAS BÜRGERLICHE RECHT HABILITATIONEN

Der Verlag Duncker & Humblot hat eine neue Schriftenreihe für herausragende Habilitationsschriften aus allen Bereichen des Bürgerlichen Rechts in das Verlagsprogramm aufgenommen. Sie ist hochwertig ausgestattet, mit Festeinband, Schutzumschlag, Fadenheftung und Prägung.



Thomas Regenfus

## Vorgaben des Grundgesetzes für die Lösung sachenrechtlicher Zuordnungs- und Nutzungskonflikte

Das Bürgerliche Recht. Habilitationen, Band 1

782 Seiten, 2013

ISBN 978-3-428-14016-9, Lw. mit Schutzumschlag € 129,90

Auch als E-Book erhältlich

**T**homas Regenfus analysiert, welche Vorgaben das Grundgesetz für das Sachenrecht entfaltet und inwieweit die vom BVerfG entwickelten Grundsätze zur Eigentumsdogmatik dabei anwendbar sind.

Zivilrechtliche Normen unterliegen verfassungsrechtlichen Vorgaben und verfassungsgerichtlicher Kontrolle. Entwicklungen in der Eigentumsdogmatik machen daher nicht vor den Bestimmungen Halt, die die Konflikte zwischen dem Eigentümer und anderen Personen – Nachbarn, Inhabern dinglicher Rechte oder beliebigen Dritten – regeln. Thomas Regenfus untersucht daher, ob und inwieweit die Anspruchs- und Zuordnungsregeln im Sachenrecht und deren Anwendung durch die Fachgerichte den Anforderungen aus Art. 14 Abs. 1 GG genügen.

**Duncker & Humblot**

aus. Denn Regulierung ist keine hoheitliche Planung von Wettbewerb.<sup>99</sup>

#### *b. Das Regulierungsrecht als Instrument zur Durchsetzung der Netzausbaupflicht*

Im Interesse des Netzausbaus wird nunmehr auch das Regulierungsrecht eingesetzt, um die Netzbetreiber zu Investitionen in den Ausbau von Übertragungsnetzen zu bewegen. § 65 Abs. 2a S. 1 EnWG ermächtigt die BNetzA zur Durchsetzung einer materiellen Netzausbaupflicht: „Hat ein Betreiber von Transportnetzen aus anderen als zwingenden, von ihm nicht zu beeinflussenden Gründen eine Investition [...] nicht durchgeführt, fordert die Regulierungsbehörde ihn mit Fristsetzung zur Durchführung der betreffenden Investition auf.“

Auf der Ebene des Tatbestands enthält die Vorschrift zwar einen unbestimmten Rechtsbegriff („zwingende Gründe“), aber dies allein begründet noch keinen Beurteilungsspielraum;<sup>100</sup> zumal die mit Zwang durchsetzbare Verpflichtung zum Netzausbau als Berufsausübungsregelung in die Berufsfreiheit der Betreiber eingreift.<sup>101</sup> Die Angemessenheit dieses Eingriffs setzt zumindest einen effektiven Rechtsschutz voraus.<sup>102</sup> Die auf Koppelungsvorschriften ausgerichtete Dogmatik des BVerwG zum Regulierungsermessens kann schon aus normstrukturellen Gründen nicht auf die Regulierungsverfügung nach § 65 Abs. 2a EnWG übertragen werden. Die regulatorischen Entscheidungen der BNetzA zur Durchsetzung der Netzausbaupflicht unterliegen somit einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle.

#### **VI. Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zum unkontrollierten Regulierer?**

Auf die Frage nach den Entscheidungsspielräumen der BNetzA können und müssen nach alledem differenzierte Antworten gegeben werden. Es hat sich gezeigt, dass die BNetzA im Energierecht teilweise über eine erhebliche Gestaltungsmacht verfügt, deren Ausübung von den Gerichten überdies nur eingeschränkt überprüft werden kann. Im Interesse des herzustellenden wirksamen Wettbewerbs kann dies durchaus geboten sein; insofern ist ein unreflektierter Rückzug auf die Rechtsschutzgarantie abzulehnen. Mit Sorge zu beobachten ist jedoch eine Entwicklung, die zunehmend Parallelen der BNetzA zu den mit umfassenden Entscheidungsspielräumen ausgestatteten und nahezu vollkommen unabhängigen „Independent Agencies“ des US-amerikanischen Rechts offenbart.<sup>103</sup>

So haben der EuGH und die Europäische Kommission in den letzten Jahren immer wieder ihrer politisch motivierten Haltung Ausdruck verliehen, die Macht der Re-

gulierungsbehörden zu stärken. Aber auch der nationale Gesetzgeber klammert sich zunehmend an die Problemlösungskompetenz der BNetzA. Während man zunächst noch erwogen hatte, für den Netzausbau „die hohe demokratische Legitimation der Regierung“ zu nutzen,<sup>104</sup> sieht das NABEG nunmehr eine weitreichende Gestaltungsfreiheit der BNetzA vor. Gleichzeitig ist ein Rückzug der gerichtlichen Kontrolle aus komplexen Teilbereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts zu beobachten.

All dies stößt verfassungsrechtlich auf erhebliche Bedenken, besteht doch das Risiko, dass sich wohlgemeinte Regulierungsansätze zunehmend verselbstständigen.<sup>105</sup> Am Ende lautet die Gretchenfrage: Wie unabhängig und frei darf eine Behörde sein? In einem demokratischen Rechtsstaat dürfen Entscheidungen über die Freiheit der Bürger jedenfalls nicht einseitig der Verwaltung überlassen werden.<sup>106</sup> Das Regulierungsrecht ist kein „Erprobungsraum für ein modernisiertes Verwaltungsrecht“. <sup>107</sup> Ein freiheitsgerechtes Verständnis von Regulierung hat sich daher nicht auf die Frage zu beschränken, wie bestimmte Ziele möglichst effektiv verwirklicht werden können, sondern es muss stets auch um die rechtsstaatliche Form dieser Verwirklichung gehen.<sup>108</sup> Die Intensität der gerichtlichen Kontrolle ist in Deutschland – auch historisch bedingt – besonders hoch.<sup>109</sup> Dies gebietet die Verfassung. Eine nach amerikanischem Vorbild unabhängige und mit umfassenden Entscheidungsspielräumen ausgestattete BNetzA würde zum „trojanischen Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts“.<sup>110</sup>

99 Vgl. v. Danwitz (Fn. 30), 1409.

100 Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 114 Rn. 24a m.w.N.

101 Vgl. Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 11 Rn. 31 m.w.N.

102 Glaser (Fn. 3), 1287.

103 Vgl. Ludwigs (Fn. 40), 41 ff.; zur Rolle der Independent Agencies im US-amerikanischen Recht Masing, AöR 128 (2003), 558 (584 ff.).

104 SRU, Wege zur 100 % erneuerbaren Stromversorgung, Sondergutachten 2011, S. 314 f.

105 Di Fabio, ZWeR 2007, 266 (273).

106 Gärditz (Fn. 33), 1010.

107 Ludwigs (Fn. 74), 306, in diesem Kontext mit Zitat von Bullinger, DVBl. 2003, 1355 (1361).

108 Schorkopf, JZ 2008, 20 (28), der zudem vor einem „strukturelle(n) Rückbau des Rechtsstaats“ warnt.

109 Winkler (Fn. 45), 160.

110 Wendung von Huber, in: FG Giacometti, 1953, 59 (66), zum Ermessensbegriff.