



Bericht

der Landesregierung

Initiativen und Untersuchungen zur Einrichtung einer Landesregulierungsbehörde

Federführend ist das Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein

Die Landesregierung hat sich mit Blick auf den Koalitionsvertrag zum Ziel gesetzt, zu prüfen, ob eine Kündigung der Organleihe bei der Bundesnetzagentur vorzunehmen ist, um eine eigene Landesnetzagentur oder eine gemeinsame Anstalt der norddeutschen Bundesländer anstreben zu können.

Im Rahmen der Ende Oktober 2005 wirksam gewordenen Anpassung des Verwaltungsabkommens mit dem Bund bzw. der Bundesnetzagentur zur Wahrnehmung der dem Land Schleswig-Holstein obliegenden Regulierungsaufgaben bzw. des dazu im Landtag verabschiedeten Zustimmungsgesetzes hat die Landesregierung dargelegt, dass das Zustimmungsgesetz nicht die Frage berührt, ob die Beauftragung der Bundesnetzagentur zukünftig beendet wird oder weiterhin Bestand haben soll (LT-Drucksache 18/2913, Seite 3).

Darüber hinaus hat die Landesregierung anlässlich der Beratung im Wirtschaftsausschuss des Landtages erklärt, dass sich die Landesregierung in Gesprächen mit dem Land Niedersachsen und mit dem Land Mecklenburg-Vorpommern bemühe, die bestehenden Möglichkeiten einer Kooperation auszuloten, und angeboten, dem Landtagsausschuss über den weiteren Fortgang zu berichten.

Der vorliegende Bericht enthält die Feststellung, dass nach den Ergebnissen der ersten Sondierungsgespräche mit den Ländern Niedersachsen und Mecklenburg-Vorpommern zeitnah mit einer Errichtung einer gemeinsamen Anstalt der norddeutschen Länder nicht zu rechnen ist bzw. für eine Kooperation der jeweiligen Regulierungsbehörden bis Anfang 2017 keine belastbaren Grundlagen geschaffen werden können. Es ist daher angezeigt, unabhängig vom Fortgang der Ausschussberatungen den Landtag insgesamt über den Stand der Prüfung und Überlegungen der Landesregierung zu unterrichten.

1. Status quo

Die staatliche Aufgabe der Energieregulierung wird sowohl vom Bund als auch von den Ländern ausgeübt. Das Land Schleswig-Holstein hat die ihm nach § 54 Absatz 2 Energiewirtschaftsgesetz zugewiesenen Aufgaben im Wege der sogenannten Organleihe auf die Beschlusskammern der Bundesnetzagentur übertragen. Von der Möglichkeit der Organleihe machen neben Schleswig-Holstein die Bundesländer Thüringen, Berlin, Bremen und Brandenburg Gebrauch.

Die Bundesnetzagentur übt die übertragenen Aufgaben im Namen des Landes aus. In Schleswig-Holstein sind derzeit rund 78 kleinere Netzbetreiberunternehmen – vor allem Stadt- und Gemeindewerke - mit ihren unterschiedlich strukturierten Strom- und Gasnetzen im Wege der Organleihe zu regulieren. Für Netzunternehmen mit 100.000 und mehr Netzkunden, wie u.a. die SH Netz AG, die Stadtwerke Kiel und die Stadtwerke Lübeck, ist originär der Bund bzw. die Bundesnetzagentur zuständig. Zu den gesetzlich abschließend benannten Aufgaben einer Regulierungsbehörde zählen neben der Missbrauchsaufsicht, der Überwachung der den Netzunternehmen obliegenden Systemverantwortung, der technischen Vorschriften und der Vorschriften zum Netzanschluss diverse jährliche und unterjährig Kostenprüfungs- bzw. Geneh-

migungsverfahren, die die Erlöse der Netzünternehmen betreffen. Mit den genehmigten Erlösen werden zugleich die Netzkosten bestimmt, die anteilig in den Strom- bzw. Gasrechnungen der Endkunden als Netzentgelte ausgewiesen und geltend gemacht werden können.

Für die Wahrnehmung der Landesregulierungsaufgaben durch die Bundesnetzagentur entstehen dem Land jährliche Kosten von rund 200.000 Euro. Diese Kostenpauschale deckt zugleich sämtliche Kosten ab, die durch die Vertretung des Landes Schleswig-Holstein in Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgerichts Schleswig anfallen. Die tatsächlichen Kosten der Regulierung der vorgenannten schleswig-holsteinischen Netzbetreiberunternehmen sind deutlich höher. Die die Kostenpauschale von 200.000 Euro übersteigenden Kosten werden aber durch entsprechende Einnahmen aus Verwaltungsgebühren gegenfinanziert bzw. neutralisiert. Die Einzelheiten der Organleihe und die der Kostenerstattung regelt ein mit dem Bund Ende 2005 abgeschlossenes und Ende 2015 aktualisiertes Verwaltungsabkommen.

Das Abkommen kann jährlich und unter Beachtung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten jeweils zum Jahresende beendet werden. Die Kündigung kann nicht durch eine oberste Landesbehörde ausgesprochen werden, sondern setzt einen Beschluss der Landesregierung voraus („Actus contrarius“). Im Fall einer Kündigung wäre das nächstmögliche Vertragsende der 31.12.2017. Die Wahl eines Vertragsendes zu einem späteren, nachfolgenden Jahr bleibt unbenommen.

2. Zur Option einer gemeinsamen Behörde mit dem Land Niedersachsen und einer Kooperation mit weiteren norddeutschen Ländern

Das Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume hat zwischenzeitlich mit dem Land Niedersachsen und im Weiteren auch mit dem Land Mecklenburg-Vorpommern Gespräche aufgenommen, um die Chancen und die Bereitschaft für eine norddeutsche Kooperation zu eruieren. Beide Länder sind grundsätzlich zu einer Kooperation bereit, wenn auch in unterschiedlicher Weise und unter dem Vorbehalt, dass deren Entscheidungen zu berücksichtigen sind, zunächst eigene Behörden aufzubauen und erst im weiteren Verlauf die Chancen einer Kooperation prüfen zu können.

a) Kooperation mit der Regulierungskammer Niedersachsen

Bereits im Verlauf des zwischen Minister Dr. Habeck und dem niedersächsischen Minister Wenzel in 2014 geführten Schriftwechsels und der weiteren Gespräche auf der Ebene der fachlich zuständigen Abteilungsleiter beider Länder hat das Land Niedersachsen deutlich gemacht, dass die niedersächsische Behörde frühestens im 2. Halbjahr des Jahres 2016 für Gespräche zur Vorbereitung einer Zusammenarbeit zur Verfügung stehen kann. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der Aufbau der seit dem 1. Januar 2014 errichteten Regulierungskammer mindestens ein bis zwei Jahre in Anspruch nimmt. Außerdem hat die Regulierungskammer, die für insgesamt rund 120 Netzbetreiberunternehmen zuständig ist, in dieser Zeit umfängliche Kostenprü-

fungsverfahren zu bewältigen, die die knappen Ressourcen der Behörde vollständig binden. Es ist absehbar, dass bis 2017 keine Kapazitäten zur Verfügung stehen werden, um zusätzlich für andere Bundesländer tätig werden zu können. Somit besteht bis dahin auch „keine Aussicht“, personell oder organisatorisch in die Vorbereitung einer Zusammenarbeit eintreten zu können.

Das Land Niedersachsen sieht zudem nur die Möglichkeit, dass die Regulierungskammer Niedersachsen im Wege der Organleihe für das Land Schleswig-Holstein tätig werden könnte. Eine gemeinsame Errichtung einer Regulierungsbehörde, ggf. zusammen mit weiteren norddeutschen Ländern, wird ausgeschlossen. Eine gleichlautende Stellungnahme bzw. Entscheidung wurde auch den Ländern Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen-Anhalt übermittelt, die ebenfalls Überlegungen über eine Zusammenarbeit an das Land Niedersachsen herangetragen hatten.

Zwischenbilanz:

Die in Landeszuständigkeit zu regulierenden schleswig-holsteinischen Netzbetreiber könnten - wie bei der Bundesnetzagentur - weiterhin im Wege der Organleihe reguliert werden. Eckpunkte einer entsprechenden Geschäftsgrundlage dürften unter Berücksichtigung der vom Land Niedersachsen angezeigten zeitlichen Restriktionen voraussichtlich erst Ende 2016 vorliegen. Zuvor sind im 2. Halbjahr 2016 neben Fragen zu Kostenansätzen, zur Personalausstattung und zu dem durch das Land Schleswig-Holstein zu tragenden Kostenanteil auch Fragen zur Bearbeitungs- und Betreuungsqualität hinsichtlich der rund 80 schleswig-holsteinischen Netzunternahmen zu erörtern bzw. zu klären.

b) Kooperation mit dem Regulierungsreferat im Ministerium für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung des Landes Mecklenburg-Vorpommern

Auf der Grundlage der zwischen Minister Dr. Habeck und Herrn Minister Pegel, Mecklenburg-Vorpommern, sowie des zwischen Frau Staatssekretärin Dr. Nestle und Frau Staatssekretärin Ulbrich, Mecklenburg-Vorpommern, geführten Gespräche fand Ende 2015 ein Austausch der zuständigen Regulierungsreferate mit dem Ziel statt, die Vorstellungen und Voraussetzungen zu einer Kooperation bzw. zu einer gemeinsamen Regulierungsbehörde zu eruieren.

Mecklenburg-Vorpommern hat seit dem 1. Januar 2016 begonnen, eine Regulierungsbehörde aufzubauen. Im Ministerium für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung des Landes Mecklenburg-Vorpommern wird derzeit ein weiteres Referat „Landesregulierungsbehörde“ mit vier Personalstellen geschaffen, wobei die Besetzung der Personalstellen voraussichtlich bis Mitte 2016 erfolgen soll. Ein Großteil der vor 2015 eingeleiteten Regulierungsverfahren werden – ähnlich wie in Niedersachsen – vorerst gemäß einer vom Land Mecklenburg-Vorpommern erbetenen Übergangsvereinbarung weiterhin von der Bundesnetzagentur abgewickelt. Der grundlegende Aufbau in Mecklenburg-Vorpommern dürfte mindestens ein bis zwei Jahre in Anspruch nehmen und damit die Erfahrungen des Landes Niedersachsen bezüglich

des Zeitbedarfs für den Behördenaufbau bestätigen. Vor dem Hintergrund dieser Sachlage bestand mit Blick auf die weitere Perspektive zwischen den Ländervertretern Einigkeit, dass der Aufbau einer gemeinsamen, länderübergreifende Behörde in einer Phase erfolgen sollte, in der nach Maßgabe der Regulierungsperioden dafür ein geeignetes Zeitfenster besteht.

Nach übereinstehender Einschätzung würde am Ende der 2. Regulierungsperiode bzw. nach Abschluss der Kostenprüfungsverfahren für Gasnetze in 2016 und für Stromnetze in 2017 und demgemäß im Jahr 2018 bzw. zum Beginn der 3. Regulierungsperiode in 2019 ein solches Zeitfenster bestehen. Damit könnte zugleich der Zeitbedarf für die Vorbereitung und Durchführung der Beratungen zu einem Staatsvertrag in beiden Ländern abgedeckt werden.

Die Anforderung, dass eine Landesregulierungsbehörde EU-konform und weisungsfrei agieren können muss, wird in Mecklenburg-Vorpommern – anders als in Niedersachsen und in sieben weiteren Bundesländern mit eigenen Landesregulierungsbehörden – vorerst nicht per Landesgesetz erfolgen. Die für die Landesregulierungsbehörde vorgesehenen Personalstellen werden organisatorisch in die Energieabteilung des Energieministeriums eingegliedert und lediglich per Organisationserlass als Referat mit besonderen Aufgaben kenntlich gemacht. Es bestand Einvernehmen, dass für den Fall einer Kooperation, die ohnehin auf einer gesetzlichen Grundlage (Staatsvertrag) bzw. durch eine Befassung der jeweiligen Länderparlamente erfolgen muss, eine solche Einbindung in die ministerielle Struktur des Landes Mecklenburg-Vorpommern nicht mehr fortgeführt werden kann und die europarechtlichen Organisationsvorgaben durch Gesetz, ggf. integriert im Staatsvertrag, zu regeln sind.

Zwischenbilanz:

Das Land Mecklenburg-Vorpommern kann derzeit schon angesichts des nicht vorhandenen Personals im neu eingerichteten Referat keine Grundlage für eine Kooperation bieten. Ebenso wenig stehen in Mecklenburg-Vorpommern fachliche und personelle Kapazitäten zur Verfügung, um mit dem Land Schleswig-Holstein in 2016 in die Vorbereitung einer Zusammenarbeit eintreten zu können.

In Schleswig-Holstein könnte, wie oben erläutert, das Organleiheabkommen mit dem Bund frühestens zum 31.12.17 beendet werden. Es liegt jedoch auf der Hand, dass zu diesem Termin keine gemeinsame Behörde mit Mecklenburg-Vorpommern errichtet werden kann. Allein die erforderlichen Beratungen in den Länderparlamenten hinsichtlich eines Staatsvertrages, die gebotene Wiederausgliederung des Referats „Landesregulierungsbehörde“ aus der Struktur des Ministeriums hin zu einer Regulierungskammer und die zeitnahe Bereitstellung personeller Kapazitäten für insgesamt rund 120 Netzunternehmen, davon rund 40 Netzunternehmen des Landes Mecklenburg-Vorpommern, geben hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die erforderlichen Vorbereitungsschritte selbst bei einem optimistischen und ambitionierten Herangehen nicht im Jahr 2017 abgeschlossen werden können. Ein Start der Behörde zum 1.1.2018 kann somit nicht gewährleistet werden.“

c) EU-Vorgabe der Unabhängigkeit

Eine Kooperation von Landesregulierungsbehörden bzw. die Errichtung einer gemeinsamen Behörde oder Anstalt der norddeutschen Bundesländer kann nur nach Maßgabe der EU-Vorgaben zur Unabhängigkeit von Regulierungsbehörden erfolgen. Ausweislich eines vom MELUR eingeholten Gutachtens zur Frage, welches Organisationsmodell zur Bewältigung der Aufgaben und zur Sicherung der Unabhängigkeit geeignet ist, wird zunächst festgestellt, dass die Einrichtung einer gemeinsamen Länderregulierungsbehörde mit den EU-Vorgaben vereinbar ist. Dazu können die Länder zusätzliche Regelungen treffen, dürfen aber insgesamt nicht hinter dem Niveau der Richtlinie zurück bleiben (Rechtsgutachten zur „Länderpraxis in der Ausgestaltung der Unabhängigkeit von Landesregulierungsbehörden“, Dr. Sarah Thomé, Februar 2016 – s. Anlage).

Die ausführende Stelle kann entweder eine Einrichtung eines der Sitzländer sein, oder es findet eine Kompetenzübertragung zweier Länder auf einen eigenständigen Rechtsträger statt.

Vorrangig bietet die Errichtung einer Anstalt des öffentlichen Rechts orientiert am Beispiel des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz (ULD) die größte Rechtssicherheit. Danach müsste eine gemeinsame Länderbehörde jeweils durch Parlamentsgesetze der beteiligten Länder errichtet und der parlamentarische Einfluss auf die Ernennung des Leitungsgremiums gewährleistet werden. Die gemeinsame Regulierungsbehörde unterliegt einer Rechenschaftspflicht und Transparenzverpflichtung gegenüber beiden Parlamenten. Den Länderparlamenten stehen Kontrollrechte zu; sie müssen dem Haushalt der Regulierungsbehörde zustimmen.

Diese gutachterliche Empfehlung zu einer Anbindung an die Länderparlamente wird grundlegend aus den EU-Vorgaben zur sachlichen, institutionellen und persönlichen Unabhängigkeit der Behörde abgeleitet.

Die sachliche Unabhängigkeit bedeutet, dass weder private noch staatliche Stellen direkten oder indirekten Einfluss auf die Entscheidungen der Regulierungsbehörde ausüben dürfen. Die gebotene sachliche Unabhängigkeit ist mit einer ministeriellen Ausübung einer Fach- und Rechtsaufsicht nicht vereinbar. Gleiches gilt bezüglich der Dienstaufsicht. Nach Ansicht des EuGHs gehe mit der Dienstaufsicht eine „weitreichende Befugnis zur Überwachung“ einher (Gutachten, S. 13). In diesem Zusammenhang müsse auch der Personalaustausch mit Ministerien in den Blick genommen werden. Das gesamte Personal und nicht nur das Leitungspersonal einer Regulierungsbehörde darf an keinerlei ministerielle Weisung gebunden sein. Auch Abordnungen nach dem Landesbeamtengesetz oder eine Zuweisung nach dem Beamtenstatusgesetz an die Regulierungsbehörde sind grundsätzlich nicht mit dem EU-Recht vereinbar. Allerdings räumt die EU-Kommission unter dem Aspekt, dass diese Mitarbeiter dann nicht mehr den Weisungen des entsendenden Dienstherrn unterstehen, die Möglichkeit ein, es letztlich der Regulierungsbehörde selbst zu überlassen, im Einzelfall zu entscheiden, ob Mitarbeiter hinreichend unabhängig sind.

Weiterhin muss die Regulierungsbehörde institutionell so eigenständig sein, dass sie ihre Entscheidungen frei von anderen staatlichen Stellen treffen kann. In finanzieller und personeller Hinsicht muss sie über ausreichende Ressourcen verfügen. Eine institutionelle Anbindung an ein Ministerium ist nicht zulässig. Dies bedeutet nach dem Ergebnis des Gutachtens jedoch nicht, dass die Regulierungsbehörde in keiner Weise auf andere staatliche Angebote oder Dienste zur Bewältigung ihrer Aufgaben zurückgreifen darf. Die Nutzung anderer staatlicher Dienste, wie z.B. IT- oder Beschaffungssysteme, Büroräume, Hausverwaltung und ähnliche allgemeine Leistungen, ist mit den Richtlinien vereinbar, so lange die andere Behörde keine Möglichkeit erhält, durch diese Kooperation mittelbar auf die Regulierungsentscheidungen Einfluss zu nehmen oder in die Organisationsabläufe der Regulierungsbehörde einzugreifen.

Insbesondere sehen die Richtlinien vor, dass der Regulierungsbehörde „jedes Jahr separate Haushaltsmittel zugewiesen werden, sodass sie den zugewiesenen Haushalt eigenverantwortlich ausführen kann und über eine für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben angemessene personelle und finanzielle Ressourcenausstattung verfügt“ (Artikel 35 Abs. 5 Buchstabe a Richtlinie 2009/72 EG). Im vorgenannten Gutachten wird auf Interpretationshinweise der EU-Kommission Bezug genommen, wonach man sich hinsichtlich der genauen Summe und der Anzahl der Mitarbeiter am Budget vergleichbarer Behörden auf nationaler Ebene oder ggf. an vergleichbare Behörden in anderen Mitgliedstaaten orientieren kann (Gutachten, S. 18).

Die persönliche Unabhängigkeit betrifft schließlich die jeweilige Leitung der Regulierungsbehörde. Zum einen muss die Leitung in ihrer Person die Gewähr dafür bieten, Entscheidungen allein nach den gesetzlichen Vorgaben zu treffen. Zum anderen müssen die Bedingungen der Amtsführung so gestaltet sein, dass andere politische oder private Akteure nicht willkürlich über diese Ämter verfügen oder auf die Leitung Einfluss nehmen können. Die Amtszeit sollte zwischen fünf und sieben Jahren betragen, wobei eine einmalige Wiederwahl zulässig ist.

Im Gutachten wird hervorgehoben, dass die Qualifikation der Behördenleitung ein wichtiges Merkmal zur Sicherung der Unabhängigkeit darstellt. Sie sollte über die Befähigung zum Richteramt oder über eine vergleichbare Qualifikation und über Erfahrungen im Bereich der Energieregulierung verfügen. Ergänzend wird auf die Besetzung der Beschlusskammern der Bundesnetzagentur hingewiesen. Danach müssen Vorsitzende und Beisitzende Beamte sein und die Befähigung zum Richteramt oder eine Laufbahn des höheren Dienstes haben (§ 59 Absatz 2 Satz 2 Energiewirtschaftsgesetz).

Auch die weiteren Mitarbeiter der Regulierungsbehörde sollten ausreichende Verwaltungserfahrung und die erforderlichen Kenntnisse über Netzregulierung und Energiewirtschaft besitzen (Gutachten, S. 21 und 22, unter anderem mit Hinweis auf die Anforderungen bzw. auf die Praxis in den Bundesländern mit Regulierungskammern). Die im Gutachten benannten Anforderungen werden insbesondere durch die Anforderungen an die Besetzung der Regulierungskammern in den Bundesländern bestätigt, wonach nicht zuletzt angesichts der vielfältigen Beschwerdeverfahren vor

den Oberlandesgerichten ein regulierungsrechtliches, netztechnisches und betriebswirtschaftliches Spezialwissen gleichermaßen zur Verfügung stehen muss (dazu siehe z. B. Regulierungskammergesetz Bayern, LT-Drucksache 16/13684, Seiten 9, 13, 14; Regulierungskammergesetz Rheinland-Pfalz, LT-Drucksache 16/2433, Seite 9).

Im Ergebnis ist dem Gutachten zu entnehmen, dass das in vielen Bundesländern gewählte Organisationsmodell, die Regulierungskammern als oberste Landesbehörde einzurichten, durchaus geeignet ist, die sachliche Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde zu sichern. Allerdings sind Regulierungskammern, die bei den Ministerien eingerichtet sind und teilweise auf deren Personal zurückgreifen, institutionell bzw. personell nicht in dem Umfang unabhängig, wie es von der EU-Kommission gefordert ist (Gutachten, Seite 32 f.). Demgegenüber könnten mit der vorgeschlagenen parlamentarischen Anbindung der Regulierungsbehörde, vergleichbar mit dem beim ULD gewählten Organisationsmodell, die EU-rechtlichen Vorgaben im Sinne der Interpretation der EU-Kommission vollständig umgesetzt werden (Gutachten, Seite 33).

Nach Artikel 35 der Richtlinie 2009/72/EG (Elektrizitätsbinnenmarkt) und Artikel 39 der RL 2009/73/EG (Erdgasbinnenmarkt), dem sog. Dritten EU-Energiebinnenmarktpaket, sind die Vorgaben für die Organisation und Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden, sowohl für den Bund als auch für die Länder, verbindlich. Die Verletzung der EU-rechtlich geforderten Unabhängigkeit kann ein Vertragsverletzungsverfahren durch die EU-Kommission gegen die Bundesregierung nach sich ziehen. Die daraus resultierenden Sanktionen und Kosten müssen von den Bundesländern, soweit sie für den Verstoß verantwortlich sind, getragen werden (Gutachten, Seite 33 f.). Dieser gutachterliche Hinweis ist nicht lediglich theoretischer Natur. Die EU-Kommission hat in 2014 gegen Deutschland ein Pilotverfahren als Vorstufe zu einem Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, das die Umsetzung der Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas in das deutsche Recht, insbesondere hinsichtlich der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden, zum Gegenstand hat.

3. Beendigung der Organleihe und Einrichtung einer eigenen Landesregulierungsbehörde in Schleswig-Holstein

Die Frage der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben durch eine Landesregulierungsbehörde betrifft einen komplexen Sachverhalt, bei dem rechtliche, organisatorisch und nicht zuletzt haushälterische Aspekte zu klären sind.

a) Anforderungen an die Unabhängigkeit

Zu der grundlegenden Anforderung, die Unabhängigkeit der Landesregulierungsbehörde sicherzustellen, wird auf die Ausführungen unter Punkt 2 hingewiesen. Um die in den Bundesländern in 2005 eingerichteten Referate, die mit der Regulierung beauftragt wurden, aus den ministeriellen Weisungsstrukturen herauszulösen, haben bisher die Länder Sachsen (Gesetz vom 18.10.2012), Bayern (Gesetz vom 11.12.2012), Hessen (Gesetz vom 27.05.2013), Rheinland-Pfalz (Gesetz vom 08.10.2013), Nie-

dersachsen (Gesetz vom 31.10.2013), Saarland (Gesetz vom 11.02.2015), Sachsen-Anhalt (Gesetz vom 13.05.2015), Nordrhein-Westfalen (Gesetz vom 02.03.2016) und Baden-Württemberg (Gesetzesentwurf vom 18.02.2016) die entsprechenden Errichtungsgesetze erlassen. In Hamburg ist mangels eines Strom- oder Gasnetzes, das in Landeszuständigkeit zu regulieren wäre, der Aufbau einer Landeskammer nicht erforderlich.

In sämtlichen Begründungen der vorgenannten Errichtungsgesetze wird hervorgehoben, dass eine Landesregulierungsbehörde keine politischen Gestaltungsspielräume eröffnet. Unabhängige Regulierungsbehörden sind nur dazu befugt, die detailreich reglementierte Regulierung der Strom- und Gasnetze durchzuführen. Das Land hat sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde weisungsunabhängig von Regierungsstellen ihrer Tätigkeit nachkommen kann. Die Bundesländer mit eigenen Regulierungsbehörden haben diese daher zwischenzeitlich sämtlich zumindest als weisungsunabhängige Regulierungskammern aufgestellt und diese Unabhängigkeit, mit Ausnahme des Landes Mecklenburg-Vorpommern, auch gesetzlich festgeschrieben.

Ergänzend ist anzumerken, dass bereits faktisch eine politische oder behördliche Gestaltung nicht in Betracht kommt, da die Schleswig-Holstein Netz AG aufgrund ihrer Größe ohnehin in originärer Zuständigkeit der Bundesnetzagentur verbleibt. Dieses in Schleswig-Holstein und für die regionale Energiewende in Schleswig-Holstein bedeutende Unternehmen, das die Netzentgelte der Endkunden in Schleswig-Holstein direkt und indirekt nicht unerheblich prägt, bleibt dauerhaft dem regulatorischen Zugriff einer Landesbehörde entzogen.

b) Gewährleistung hinreichender Personal- und Sachmittel

Derzeit stellt Schleswig-Holstein der Bundesnetzagentur Personal- und Sachmittel von jährlich rund 200.000 Euro zur Verfügung. Dies ist ausreichend, da die Bundesnetzagentur entsprechende Synergien innerhalb der Behörde nutzt und darüber hinaus Gebühren aus den Bescheiden als Landesregulierungsbehörde für das Land Schleswig-Holstein einnimmt. Diese Gebühren kämen im Falle der Rückübertragung zwar dem Landeshaushalt zugute. Zugleich müssten aber qualifiziertes Personal und die nötigen Sachmittel seitens des Landes bereitgestellt werden. Vergleiche mit anderen Ländern, die eigenständig regulieren, zeigen, dass für die rund 80 Netzunternehmen in Schleswig-Holstein realistischer Weise ein Personalbedarf in einer Spanne von 5-7 Mitarbeitern anzusetzen ist, darunter mindestens 3 Stellen des höheren Dienstes. Hessen beschäftigt zur Überwachung seiner 80 Strom- und Gasnetze 7 MitarbeiterInnen. In Sachsen-Anhalt mit rund 50 Netzunternehmen sind 5 MitarbeiterInnen mit der Regulierung betraut, davon 3 im höheren und 2 im gehobenen Dienst. In Mecklenburg-Vorpommern mit rund 40 Netzunternehmen werden Personalstellen für 4 Mitarbeiter geschaffen und jährliche Personal- und Sachkosten in Höhe von rund 400.000 Euro einkalkuliert. Schleswig-Holstein mit 80 Netzunternehmen dürfte auf Grundlage des Ländervergleichs und einer sehr knappen Kalkulation von 5 Personalstellen mindestens auf einem Kostenniveau von über 500.000 Euro jährlich einzuordnen sein. Vernachlässigt man die abnehmende Tendenz im Gebührenaufkom-

men, wie diese mit Blick auf die Entwicklung in den Jahren 2006 bis 2015 ersichtlich ist und stellt rückblickend und in optimistischer Weise auf den Durchschnitt der Gebühreneinnahmen dieses Zeitraums ab, können unter Ausschöpfung des Gebührenrahmens kostenmindernd bestenfalls jährliche Gebühreneinnahmen in Höhe von rund 100.000 Euro angesetzt werden. Danach wären im Falle einer eigenen Landesregulierungsbehörde weiterhin noch rund 200.000 Euro p.a. mehr aufzuwenden als dies aktuell in der Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur der Fall ist.

Ferner sind in diesem Kontext der einzukalkulierenden Kosten einer Regulierungsbehörde Ausgaben für Gutachten und Gerichtskosten zu berücksichtigen, die nicht oder nicht vollständig über Gebühren zu finanzieren sind. Solche Kosten verbleiben derzeit allein bei der Bundesnetzagentur und sind, wie im Verwaltungsabkommen vereinbart, mit den jährlichen Zahlungen an die Bundesnetzagentur abgegolten. Im Rahmen der Organleihe sind seit 2006 bis heute über 120 Klageverfahren mit schleswig-holsteinischen Netzbetreibern geführt worden bzw. teilweise noch anhängig; die aufsummierten Streitwerte liegen bei rund 14 Mio. Euro, wobei durch Unterliegen oder Vergleiche ein Streitwertanteil von rd. 3 Mio. Euro und damit im jährlichen Durchschnitt Verfahrenskosten in Höhe von rund 40.000 Euro von der Bundesnetzagentur zu tragen waren. Dass die gerichtlichen Verfahren und Verfahrenskosten nicht allein dadurch verringert werden, dass eine Landesregulierung und nicht die Bundesnetzagentur tätig wird, zeigt das Beispiel Baden-Württemberg. Die dortige Regulierungsbehörde hat seit 2006 insgesamt rund 280 gerichtliche Auseinandersetzungen führen müssen.

c) Weiteres Vorgehen

Zunächst wäre die personelle Ausstattung der Landesregulierungsbehörde schon deutlich vor Beginn der eigentlichen Regulierungstätigkeit zu konkretisieren, damit die Übergabe der Vorgänge und der damit verbundene Informationstransfer zwischen der Bundesnetzagentur und der Landesregulierungsbehörde sichergestellt ist. Beispielsweise hatte das Land Niedersachsen dazu einen Vorlauf von 1,5 Jahren einkalkuliert. Gleichwohl wurden in Niedersachsen über diese 1,5 Jahre hinaus ein zusätzlicher Zeitbedarf und zur Überbrückung eines weiteren Jahres eine Übergabvereinbarung mit der Bundesnetzagentur erforderlich (Niedersächsisches Ministerialblatt vom 29. Januar 2014, Seite 99).

Für die Kalkulation einer sachgerechten Zeitachse ist zu berücksichtigen, dass gemäß der oben erläuterten EU-Vorgaben zuvor ein Gesetz über eine Landesregulierungskammer Schleswig-Holstein in Kraft gesetzt werden muss. Hierfür ist ein entsprechender zeitlicher Vorlauf vonnöten. Gleiches gilt für die europarechtlich intendierte angemessene Finanzausstattung und separate Ausweisung der notwendigen Haushaltsmittel. Bei der Entscheidung über den Termin für die Errichtung einer eigenen Landesregulierungsbehörde spielen darüber hinaus auch regulatorische Gesichtspunkte eine Rolle. Hier gilt es das System der Anreizregulierung zu vergegenwärtigen. Die Grundlage dieses Systems bilden 5-jährige Regulierungsperioden, denen ein sogenanntes Basisjahr sowie ein Jahr der Kostenprüfung vorgeschaltet ist.

Nach Durchführung der Kostenprüfung erlässt die Regulierungsbehörde in der Folgezeit die Bescheide zu den Erlösobergrenzen, auf deren Grundlage die Netzbetreiber sodann ihre Netzentgelte kalkulieren. Die Regulierungsperioden im Strom- und Gasbereich laufen dabei zeitversetzt, um den Arbeitsanfall bei der Regulierungsbehörde gleichmäßig zu verteilen. Derzeit herrscht folgende Situation vor:

Stromsektor:

- 2. Regulierungsperiode läuft
- 2016 Basisjahr 3. Regulierungsperiode
- 2017 Kostenprüfung 3. Regulierungsperiode
- 2019 Beginn 3. Regulierungsperiode

Gassektor:

- 2. Regulierungsperiode läuft
- 2015 Basisjahr
3. Regulierungsperiode
- 2016 Kostenprüfung
3. Regulierungsperiode
- 2018 Beginn
3. Regulierungsperiode

Ungeachtet der Tatsache, dass eine Übernahme der Regulierungszuständigkeit mit entsprechenden Übergangsregelungen flankiert werden müsste, erscheint ein Wechsel der Zuständigkeit im Zeitraum zwischen der Kostenprüfung und dem Erlass der Erlösobergrenzen (EOG) ungünstig, da in diesem Falle die Landesregulierungsbehörde keine eigene Kostenprüfung durchführen könnte, sondern die EOG-Bescheide auf Basis der Kostenprüfung der Bundesnetzagentur erlassen müsste. Dies spricht gegen eine Übernahme der Regulierungszuständigkeit zum 1.1.2017 und 1.1.2018. Das Land Niedersachsen hat bei seiner Beendigung der Organleihe eine praktikable Lösung gewählt und den Zuständigkeitswechsel zum 1.1.2014 realisiert, also mit Beginn der 2. Regulierungsperiode Strom und ein Jahr nach deren Beginn im Gasbereich. Für Schleswig-Holstein wäre eine vergleichbare Lösung empfehlenswert und somit ein Zuständigkeitswechsel zum 1.1.2019 angezeigt.

4. Zwischenbewertung der Landesregierung

Die vorstehenden Ausführungen legen nahe, an dem bestehenden Organleiheabkommen vorerst festzuhalten. Nach Auffassung der Landesregierung könnte zum 1. Januar 2019 ein Zuständigkeitswechsel angestrebt werden. Dazu müssten spätestens bis Anfang 2017 in weiteren Verhandlungen und Gesprächen die Kooperationsmöglichkeiten der Länder Niedersachsen und Mecklenburg-Vorpommern, ggf. alternativ der Aufbau einer eigenen Regulierungskammer, abschließend sondiert werden, insbesondere hinsichtlich der europarechtskonformen und der finanziellen Rahmenbedingungen.

**Rechtsgutachten zur
„Länderpraxis in der Ausgestaltung der Unabhängigkeit
von Landesregulierungsbehörden“**

Im Auftrag des Ministeriums für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume
(MELUR) des Landes Schleswig-Holstein

Dr. Sarah Thomé
Berlin, Februar 2016

1 Energieregulierung in den Bundesländern

- 1.1 *Aufgabenteilung zwischen Bund und Ländern*
- 1.2 *Modelle der Energieregulierung*
- 1.3 *Energieregulierung in Schleswig-Holstein*
- 1.4 *Fragestellung*

2 Konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit

- 2.1 *Sachliche Unabhängigkeit*
 - 2.1.1 Unzulässigkeit der Fachaufsicht?
 - 2.1.2 Unzulässigkeit der Rechtsaufsicht
 - 2.1.3 Unzulässigkeit der (beschränkten) Dienstaufsicht
 - 2.1.4 Personalaustausch mit Ministerien
- 2.2 *Institutionelle Unabhängigkeit*
 - 2.2.1 Unionsrechtliche Zulässigkeit einer gemeinsamen Länderbehörde
 - 2.2.2 Erforderliche Mittel in personeller & finanzieller Hinsicht
 - 2.2.3 Nutzung gemeinsamer Ressourcen mit anderen staatlichen Stellen
- 2.3 *Persönliche Unabhängigkeit*
 - 2.3.1 Anforderungen an die Qualifikation
 - 2.3.2 Anforderungen an die Ernennung
 - 2.3.3 Dauer der Amtszeit
 - 2.3.4 Art des Amtsverhältnisses

3 Rechtliche Grenzen der Unabhängigkeit

- 3.1 *Alternative Mittel demokratischer & rechtsstaatlicher Kontrolle*
- 3.2 *Einzelfragen*
 - 3.2.1 Errichtung durch Parlamentsgesetz
 - 3.2.2 Anbindung an Länderparlamente – parlamentarische Kontrolle
- 3.3 *Besondere Anforderungen bei einer gemeinsamen Länderbehörde*
- 3.4 *Vergleichsbehörden*
 - 3.4.1 Unabhängiges Zentrum für Datenschutz (ULD)
 - 3.4.2 Bayrische Regulierungskammer
- 3.5 *Bewertung*
 - 3.5.1 Legitimationsniveau einer unabhängigen Regulierungsbehörde
 - 3.5.2 Organisationsmodell

4 Rechtliche Konsequenzen der Nichtumsetzung

- 4.1 *Allgemeine Einschätzung*
 - 4.1.1 Vertragsverletzungsverfahren

4.1.2 Individualrechtsschutz

4.2 Können sich Verstöße gegen die EU-Vorgaben auf die Rechtmäßigkeit der Genehmigungsbescheide (u.a. Erlösobergrenzenfestsetzungen) oder aufsichtsrechtliche Verfügungen auswirken

4.2.1 Verfahren nach § 75 EnWG

4.2.2 Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB

5 Zusammenfassung

Energieregulierung in den Bundesländern

Aufgabenteilung zwischen Bund und Ländern

Die staatliche Aufgabe der Energieregulierung wird sowohl vom Bund als auch von den Ländern ausgeübt: § 54 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) verteilt die Regulierungsaufgaben einerseits auf die Bundesnetzagentur (BNetzA) und andererseits auf die Landesregulierungsbehörden.¹ Letztere sind gemäß § 54 Abs. 2 EnWG in den dort aufgelisteten Fällen für diejenigen Netzbetreiber zuständig, an deren Netz weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind und deren Netze darüber hinaus nicht über die Landesgrenze hinaus reichen. Für die übrigen Betreiber und Aufgaben ist die BNetzA zuständig.²

Modelle der Energieregulierung

Die Bundesländer können die Energieregulierung nach § 54 Abs. 2 EnWG als eigene Aufgabe durch Landesregulierungsbehörden ausüben. Sie können diese Aufgabe jedoch auch im Wege der Organleihe³ auf die BNetzA übertragen.⁴ Von der letztgenannten Möglichkeit machen die Länder Berlin, Bremen, Brandenburg, Schleswig-Holstein und Thüringen Gebrauch.⁵ Die übrigen Bundesländer üben die Aufgabe der Energieregulierung mit eigenen Verwaltungsstellen aus.⁶ Dabei haben diese Bundesländer jedoch sehr unterschiedliche Organisationsstrukturen gewählt: Die Bundesländer Sachsen, Bayern, Hessen, Saarland, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen haben Gesetzesinitiativen zur Schaffung unabhängiger Länderregulierungsbehörden oder sogenannter Regulierungskammern erlassen bzw. solche bereits errichtet. In Bayern bei-

¹ Dazu ausführlich: *Angenendt, Gramlich, Pawlik*: Neue Regulierung der Strom- und Gasmärkte - Aufgaben und Organisation der Regulierungsbehörde(n), LKV 2006, S. 49 ff. Zu den außerhalb des EnWG geregelten Zuständigkeiten der Landesregulierungsbehörden siehe: *Theobald/Werk* in: *Danner/Theobald*, Energierecht, § 54 EnWG Rn. 90.

² Siehe zur Aufgabenteilung zwischen Landesregulierungsbehörden und BNetzA: *Neveling*: Die Bundesnetzagentur – Aufbau, Zuständigkeiten und Verfahrensweisen, ZNER 2005, S. 263 (266 ff.).

³ Siehe: *Holznapel/Göge/Schumacher*, Die Zulässigkeit der Übertragung von Landesregulierungsaufgaben im Energiesektor auf die BNetzA, DVBl. 2006, S. 471 ff.

⁴ *Theobald/Werk* in: *Danner/Theobald*, Energierecht, § 54 EnWG Rn. 39.

⁵ Stand Februar 2016, Quelle: BNetzA, im Internet abrufbar unter:

<http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Verbraucher/Rechte/rechte-node.html>.

⁶ Eine Liste mit den Internetauftritten sämtlicher Landesregulierungsbehörden ist im Internet abrufbar unter:

<http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Verbraucher/Rechte/rechte-node.html>.

spielsweise gibt es eine eigenständige Regulierungskammer⁷, während andere Bundesländer wie Baden Württemberg die Landesregulierungsbehörde organisatorisch einem Ministerium untergeordnet haben.⁸

Insgesamt ergibt sich daher kein einheitliches Bild, wie Energieregulierung in den Bundesländern ausgeübt wird. In den vergangenen drei Jahren haben sich jedoch mehrere Bundesländer (Bayern, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen) zur Einrichtung von „Regulierungskammern“ entschieden. Durch die justizähnliche Struktur dieser Kammern soll ein Minus an demokratischer Legitimation, welches durch den Wegfall der Weisungsgebundenheit entsteht, ausgeglichen werden. Bei diesem Modell haben sich die Bundesländer an den Vergabekammern nach §§ 104 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) orientiert. Die Vergabekammern sind gemäß § 105 GWB in sachlicher Hinsicht unabhängig, d.h. von Weisungen frei gestellt, in organisatorischer Hinsicht sind sie jedoch Teil der Exekutive. Die Vergabekammern werden bei Ministerien oder anderen Verwaltungsstellen eingerichtet und es findet ein intensiver Personalaustausch statt, so dass keine institutionelle Unabhängigkeit besteht.⁹ Auch die persönliche Unabhängigkeit der Mitglieder der Vergabekammern bleibt hinter dem Maß zurück, welches nach sektorspezifischem Unionsrecht gefordert wäre.¹⁰

Energieregulierung in Schleswig-Holstein

Das Land Schleswig-Holstein hat die ihm nach § 54 Abs. 2 EnWG zugewiesenen Aufgaben im Jahr 2005 mittels eines Verwaltungsabkommens¹¹ auf die BNetzA übertragen. Die BNetzA übt die Regulierungsaufgaben im Wege der Organleihe und somit im Namen des Landes aus. Das Modell der Organleihe führt dazu, dass die BNetzA in dieser Funkti-

⁷ <http://www.regulierungskammer-bayern.de/>; siehe weiter unten 3.4.2.

⁸ Vgl. Organisationsplan des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, im Internet abrufbar unter: https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/1_Ministerium/Aufgaben_und_Organisation/Organisationsplan.pdf

⁹ Horn/Hofmann in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar (2013), § 105 GWB, Rn. 18.

¹⁰ A.a.O., Rn. 19 ff.

¹¹ Gesetz zum Verwaltungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Schleswig-Holstein über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 12. Oktober 2015. Im Internet abrufbar unter: <http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/?quelle=jlink&query=EnWiGVwAbkG+SH+Art.+2&psml=bsshoprod.psml&max=true>.

on in die Behördenorganisation des Landes integriert wird. In dem Maß, in dem sie für das Land tätig wird, unterliegt sie gemäß Art. 2 Abs. 1 des Verwaltungsabkommens der Rechtsaufsicht des Ministers für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume in Schleswig-Holstein. Die Dienstaufsicht verbleibt gemäß Art. 2 Abs. 2 des Verwaltungsabkommens beim Bund. Ebenso ist der Bund gemäß dieser Regelung für den Aufbau und die innere Organisation der BNetzA zuständig.¹² Die Entscheidungen nach dem EnWG trifft die BNetzA gemäß § 59 Abs. 1 EnWG durch die Beschlusskammern. Diese sollen durch ihre justizähnliche Struktur die Gewähr dafür bieten, dass Entscheidungen unabhängig und transparent getroffen werden.¹³ Die Verhandlungen der Beschlusskammern erfolgen mündlich und öffentlich. Der vermeintlichen Autonomie der Beschlusskammern steht das Weisungsrecht des BMWi gegenüber der BNetzA entgegen, das gemäß § 61 EnWG vorausgesetzt wird. Diese Weisungsgebundenheit schränkt die sachliche Unabhängigkeit der BNetzA ein.

Fragestellung

Vor dem dritten EU-Legislativpaket gab es keine verbindlichen Vorgaben für die Einrichtung von Landesregulierungsbehörden. Diese wurden daher, wohl auch aus pragmatischen Gründen, in den meisten Fällen in die Landeswirtschaftsministerien ohne jedwede Sonderstellung eingegliedert.¹⁴ Mit der nun unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeit aller Regulierungsbehörden, muss diese Maßgabe aber auch von den Ländern umgesetzt werden. Diese Verpflichtung gilt unabhängig davon, ob die Aufgabe als eigene oder im Wege der Organleihe ausgeübt wird.

Angesichts der sehr unterschiedlichen Länderpraxis bei der Energieregulierung sowie in Anbetracht des Umstandes, dass die BNetzA die Anforderungen an die unionsrechtlich

¹² Die BNetzA ist gemäß § 1 Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNAG) eine oberste Bundesbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi). Die interne Organisation der BNetzA folgt gemäß § 3 Abs. 1 BNAG einer Geschäftsordnung, die zwar durch die Leitung der BNetzA erlassen, aber erst mit Zustimmung des BMWi rechtskräftig wird. Von dieser Geschäftsordnung unberührt bleiben gemäß § 3 Abs. 1 S. 3 BNAG andere Rechtsvorschriften über die Bildung von Beschlusskammern. Siehe zur Organisation der BNetzA: *Schmidt*: Neustrukturierung der Bundesnetzagentur – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme, NVwZ 2006, S. 907 ff.; *Neveling*: Die Bundesnetzagentur – Aufbau, Zuständigkeiten und Verfahrensweisen, ZNER 2005, S. 263 ff.

¹³ *Schmidt*: Neustrukturierung der Bundesnetzagentur – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme, NVwZ 2006, S. 907 (S. 908).

¹⁴ Vgl. *Bauer/ Seckelmann*: Zentral, dezentral oder egal? DÖV 2014, S. 951 (S. 952).

geforderte Unabhängigkeit nicht erfüllt, stellt sich die Frage, wie eine Länderenergiebehörde konkret ausgestaltet sein sollte. Dabei ist kritisch zu untersuchen, ob das Modell der „Regulierungskammer“ geeignet ist, eine Unabhängigkeit in sachlicher, persönlicher und institutioneller Hinsicht zu gewährleisten.

Konkrete Ausgestaltung der Unabhängigkeit

Sachliche Unabhängigkeit

Unzulässigkeit der Fachaufsicht?

Eine Fachaufsicht und damit verbundene Weisungsbefugnisse gegenüber der Energiebehörde sind mit der unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeit unvereinbar.¹⁵ Eine Weisungsgebundenheit besteht derzeit für die Beschlusskammern der BNetzA, die die Regulierungsbefugnisse im Wege der Organleihe ausüben. Da § 61 EnWG als Adressat von Weisungen nur „die BNetzA“ benannt wird teilweise vertreten, dass die Mitglieder der Beschlusskammern keinen ministeriellen Weisungen unterworfen seien, um dem unionsrechtlichen Gebot der Unabhängigkeit nachzukommen,¹⁶ bzw. dass das Weisungsrecht des BMWi auf „besonders gerechtfertigte Gründe“ beschränkt sein sollte.¹⁷

Dieser Interpretation entgegengehalten wurde, dass der Gesetzgeber in anderen Bereichen (z.B. § 105 Abs. 1 und Abs. 4 S. 2 GWB) ausdrücklich die Weisungsfreiheit normiert hat, so dass im Falle der Beschlusskammern nicht einfach davon ausgegangen werden könne, dass hier ebenfalls eine Einschränkung gewollt sei.¹⁸ Somit widersprechen sich unionsrechtliche Vorgaben und nationale Regelungen. Dieser Widerspruch wurde in der Literatur teilweise mit Verweis auf die „verfassungsrechtlich verbürgte Weisungsbefugnis“ hingenommen.¹⁹ Der deutsche Gesetzgeber hätte davon absehen können, „das richtlinienrechtliche Weisungsverbot 1:1 in das EnWG aufzunehmen.“²⁰

¹⁵ *Johnston/Bloch*: EU Energy Law Vol I (2012), S. 126 f.

¹⁶ *Wahlhäuser in Kment*: EnWG (2014) § 61, Rn. 9.

¹⁷ *Schmidt*: Neustrukturierung der Bundesnetzagentur - Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme NVwZ 2006, S. 907 (S. 908).

¹⁸ *Ludwigs*: Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency? Verw 44, 41 (51).

¹⁹ *Schmidt-Preuß in Säcker*: Energierecht, B I (2014), § 59, Rn. 13.

²⁰ Ebd.

Diese Argumentation widerspricht dem klaren Wortlaut der Richtlinien. In Art. 35 Abs. 4 Buchst. b Unterabs. ii RL 2009/72/EG heißt es, dass das Personal und Management der Regulierungsbehörde „bei der Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben keine direkten Weisungen von Regierungsstellen oder anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen“ einholen oder entgegennehmen soll.

Auch der Entstehungshintergrund der Richtlinie spricht für eine umfassende Unabhängigkeit. Die Unabhängigkeit hat sich mit dem dritten Energiepaket von einer rein funktionalen²¹ zu einer nunmehr auch politischen Unabhängigkeit²² gewandelt.²³ Kombiniert man diese beiden Elemente, gelangt man dazu, dass eine „völlige Unabhängigkeit“ erforderlich ist. Diese Annahme steht im Einklang mit der in Erwägungsgrund 34 RL 2009/72/EG getroffenen Formulierung, dass die Regulierungsbehörden „völlig unabhängig von anderen öffentlichen oder privaten Interessen sein (sollen).“

Für die nunmehr erforderliche Weisungsfreiheit spricht ein weiteres Argument: Die von den Gegnern der Weisungsfreiheit angemahnte fehlende politische Kontrolle, befindet sich auf einer anderen Ebene als diejenige, welche die umzusetzenden Gesetze erlassen hat.²⁴ Mit anderen Worten: Das deutsche Modell „lückenloser Ministerialverwaltung“ beruht auf einem rein nationalen System, in dem der Parlamentsgesetzgeber und die politischen Kontrollorgane (Minister/-innen) ihre Legitimation vom selben Legitimationssubjekt herleiten. Bei der Energieregulierung handelt es sich jedoch um den Vollzug von Unionsrecht. Angemahnt wird hier aber nicht eine fehlende Kontrolle durch die EU, sondern durch die Minister auf nationaler Ebene. Hier unterscheiden sich also die Legitimationssubjekte und ggf. auch der politische Wille. Die Unabhängigkeit der Regulie-

²¹ Unabhängigkeit von den Parteien, die reguliert werden sollen.

²² Freiheit von politischer Einflussnahme auf die Entscheidungen der Regulierungsbehörde.

²³ *Couzinet* schreibt hierzu: „Damit wandelt sich die Unabhängigkeit von einer *funktionalen* zu einer durch Weisungsfreiheit gekennzeichneten *sachlichen bzw. politischen Unabhängigkeit*.“ *Couzinet* legt dar, dass politische und sachliche Unabhängigkeit teilweise synonym verwendet werden, weist aber richtigerweise Weise darauf hin, dass die sachliche Unabhängigkeit nur einen Aspekt der politischen Unabhängigkeit darstellt. Politische Unabhängigkeit ist als Begriff umfassender und beinhaltet auch z.B. die personelle Unabhängigkeit, die ebenfalls von den RL gefordert wird. Somit wird hier nur der Begriff der politischen Unabhängigkeit verwendet. (*Couzinet*: Die Legitimation unabhängiger Behörden an der Schnittstelle von unionalem und nationalem Verfassungsrecht – Zur Zulässigkeit der unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Errichtung unabhängiger Behörde, in: *Debus* u.a.: Verwaltungsrechtsraum Europa, S. 213 (217) m.w.N.

²⁴ So *Classen*: Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Müller-Graff/Schmahl/Skouris* (Hg.): Europäisches Recht zwischen Bewahrung und Wandel, FS für *Scheuning*, 293 (303).

rungsbehörde zwecks „Vollzug des Unionsrechts“ von der nationalen politischen Einflussnahme wird aus dieser Perspektive zum notwendigen Element effektiven Gesetzesvollzugs. Eine politische Einflussnahme auf nationaler Ebene könnte die Effektivität des Vollzugs im Sinne des Unionsrechts hemmen.

Die Weisungsfreiheit muss auch ausdrücklich normiert werden. Ein bloßer Verzicht auf die Ausübung des Weisungsrechts würde den Maßstäben der Richtlinie nicht gerecht werden. Denn die nationale Umsetzung der EU-Richtlinien muss in einem verbindlichen und zwingenden Rechtsakt münden. Es genügt nicht, wenn lediglich auf eine bestehende Verwaltungspraxis oder die Nichtanwendung bestimmter Vorschriften (hier der Weisungsbefugnis) verwiesen wird, da dadurch keine ausreichende Rechtssicherheit gewährleistet wird.²⁵

Unzulässigkeit der Rechtsaufsicht

Auch eine Rechtsaufsicht widerspricht der unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeit. Gemäß Art. 2 Abs. 1 des Verwaltungsabkommens zwischen dem Land Schleswig-Holstein und dem Bund²⁶ hat der Minister für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume in Schleswig-Holstein die Rechtsaufsicht über die BNetzA, soweit sie die ihr übertragenen Regulierungsaufgaben für das Land ausübt.

Der EuGH hat in seinem Urteil zur Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht darüber entschieden, inwieweit staatliche Aufsicht die Unabhängigkeit einer Behörde beeinträchtigt:

„Hierzu ist festzustellen, dass die staatliche Aufsicht gleich welcher Art es der Regierung des betroffenen Landes oder einer Stelle der ihr untergeordneten Verwaltung grundsätzlich ermöglicht, auf Entscheidungen der Kontrollstellen

²⁵ *Nettesheim* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (56. Ergänzungslieferung 2015), Art. 288 AEUV, Rn. 121.

²⁶ Gesetz zum Verwaltungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Schleswig-Holstein über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 12. Oktober 2015. Im Internet abrufbar unter: <http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/?quelle=jlink&query=EnWiGVwAbkG+SH+Art.+2&psml=bsshoprod.psml&max=true>.

unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen bzw. diese Entscheidungen aufzuheben und zu ersetzen.“²⁷

Dies wurde in Deutschland mit dem Argument kritisiert, dass die Rechtsaufsicht keine politische Einflussnahme erlaube.²⁸ Das Urteil des EuGH wurde so gedeutet, dass die Rechtsaufsicht nur im Bereich des Grundrechtsschutzes entfallen könne, nicht jedoch, „wenn die mit Unabhängigkeit zu versehenen Behörde „normale“ Verwaltungstätigkeit“ ausübt“²⁹.

Gegen diese Interpretation sprechen jedoch drei Umstände: Erstens hat der Unionsgesetzgeber für beide Fälle den Wortlaut „völlige Unabhängigkeit“ gewählt. Zweitens bestehen im Fall der Energieregulierung viel weitergehendere und detailliertere Vorgaben als im Fall der Datenschutzaufsicht. Drittens „[...] soll die Regulierung durch unabhängige Behörden sicherstellen, dass die grundrechtliche Entfaltungsfreiheit auch realiter auf den früher staatlich reglementierten Märkten gewährleistet wird.“³⁰

Insofern ist die Aussage des EuGH zur Unzulässigkeit sämtlicher Aufsichtsarten auf die Energieregulierung übertragbar. Darüber hinaus hat die Kommission dargelegt, dass sämtliche hierarchischen Strukturen zwischen der Regulierungsbehörde und anderen staatlichen Stellen abgeschafft werden sollten.³¹ Zuletzt widerspricht die Rechtsaufsicht der Maßgabe, dass die Energiebehörde ihre Entscheidungen autonom von anderen staatlichen Stellen treffen soll, was impliziert, dass keine andere Stelle, ausgenommen die zuständigen Gerichte, die Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Nachhinein aufheben können sollte.³²

²⁷ EuGH, Urt. v. 09.03.2010, Rs. C-518/07 Kommission gegen Deutschland, Slg. 2010, I-1885, Rn. 32.

²⁸ *Couzinet*: Die Legitimation unabhängiger Behörden an der Schnittstelle von unionalem und nationalem Verfassungsrecht – Zur Zulässigkeit der unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Errichtung unabhängiger Behörde, in: *Debus u.a.: Verwaltungsrechtsraum Europa*, S. 213 (216) m.w.N.

²⁹ Ebd.

³⁰ *Classen*: Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Müller-Graff/Schmahl/ Skouris* (Hrsg), *Europäisches Recht zwischen Bewahrung und Wandel*, FS f. Scheuing, S. 293 (307), m.w.N.

³¹ „These provisions thus seem to rule out any hierarchical link between the NRA and any other body or institution“. (Commission Staff Working Paper/ Interpretative note on Directive 2009/71/EC concerning rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – the regulatory authorities (22.01.2010) Im Internet abrufbar unter: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf

³² „Moreover, the decisions by the NRA cannot be subject to review, suspension or veto by the government or the Ministry.“ (Commission Staff Working Paper/ S. 9).

Die Rechtsaufsicht ist auch kein alternativloses Instrument demokratischer und rechtsstaatlicher Kontrolle:

„Weder im Grundgesetz noch in den Landesverfassungen gibt es eine hinreichend eindeutige Aussage über die Notwendigkeit einer lückenlosen Aufsicht. [...] Auch bei der Frage der Kontrollmechanismen kommt dem Gesetzgeber ein Entscheidungsspielraum zu, der aufgabenspezifische Differenzierungen ermöglicht. Die Rechtsaufsicht ist hierbei zwar ein übliches und geeignetes Instrument der Kontrolle von Verselbstständigung. Es ist aber nicht ausgeschlossen, auch andere Mechanismen einzusetzen.“³³

Unzulässigkeit der (beschränkten) Dienstaufsicht

Die bislang in Art. 2 Abs. 2 des Verwaltungsabkommens³⁴ geregelte Dienstaufsicht widerspricht ebenfalls den unionsrechtlichen Vorgaben, wenngleich die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Entscheidungen der Regulierungsstelle hier geringer einzustufen ist. Denn die Dienstaufsicht erlaubt es der aufsichtsführenden Behörde nicht, die Entscheidungen der nachgeordneten Stelle unmittelbar zu beeinflussen oder aufzuheben. Darüber hinaus besteht in der Bundesrepublik Deutschland auch eine eingeschränkte Dienstaufsicht über die unabhängigen Richter³⁵, so dass angenommen wurde, eine Dienstaufsicht die die Grenzen der Unabhängigkeit (eingeschränkte Dienstaufsicht) wahre, sei mit dem europarechtlichen Gebot der Unabhängigkeit vereinbar.³⁶

Der EuGH legt das Kriterium der Unabhängigkeit jedoch so weit aus, dass jedes Mittel der Aufsicht einen Verstoß gegen das Erfordernis der Unabhängigkeit darstellt. Mit der

³³ Groß: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, S. 249.

³⁴ Gesetz zum Verwaltungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Schleswig-Holstein über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 12. Oktober 2015. Im Internet abrufbar unter: <http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/?quelle=jlink&query=EnWiGVwAbkG+SH+Art.+2&psml=bssshoprod.psml&max=true>.

³⁵ Dazu ausführlich: Hillgruber in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar (2015), Art. 97, Rn. 79 ff.

³⁶ So die Auffassung der Bundesregierung: „Die eingeschränkte Dienstaufsicht stelle lediglich sicher, dass die Person, über die die Aufsicht ausgeübt werde, pflichtgemäß handle. Sie berühre hingegen nicht die sachliche und persönliche Unabhängigkeit dieser Person und ermögliche insbesondere keine inhaltliche Einwirkung auf sie. In der deutschen Verfassungsrechtsprechung sei die Vereinbarkeit einer eingeschränkten Dienstaufsicht gegenüber Richtern mit dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit anerkannt.“ EuGH, Urteil vom 16.10.2012 - C-614/10, Rn. 35.

Dienstaufsicht geht nach Ansicht des EuGHs eine „weitreichende Befugnis zur Überwachung“³⁷ einher. Diese „Überwachungsfunktion“³⁸ widerspricht dem Erfordernis der völligen Unabhängigkeit.

Personalaustausch mit Ministerien

Eine, wenn auch nur zeitweise, Beschäftigung von Ministeriumsmitarbeitern, die weisungsgebunden sind, widerspricht dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 4 RL 2009/72 EG. Dort heißt es, dass auch das Personal (nicht nur das Management) an keinerlei Weisungen gebunden sein darf. Darüber hinaus macht die Richtlinie, anders als für das Personal des unabhängigen Übertragungsnetzbetreibers in Art. 19 RL 2009/72 EG, keine ausdrücklichen Vorgaben zum Austausch von Personal.

Schwieriger zu beurteilen sind daher Konstellation, in denen eine Abordnung nach § 28 Landesbeamtengesetz-SH oder eine Zuweisung nach § 20 Beamtenstatusgesetz an die Regulierungsbehörde als andere Dienststelle stattfindet. Die Mitarbeiter unterstehen dann nicht mehr den Weisungen des entsendenden Dienstherrn.³⁹ Die EU-Kommission vertritt die Auffassung, dass gar kein Austausch von Personal zwischen einem Ministerium und der Regulierungsbehörde stattfinden sollte.⁴⁰ Nach ihrer Ansicht sind schon diejenigen Mitarbeiter nicht mehr ausreichend unabhängig, die etwa in Teilzeit für ein Ministerium oder die Energiewirtschaft arbeiten.⁴¹ Als unzulässiges Beispiel werden etwa Wissenschaftler benannt, die auch Gutachten für die Energiewirtschaft verfasst haben.⁴²

Nach dieser Interpretation erscheint es naheliegend, dass die Abordnung oder Abstellung mit Art. 34 Abs. 4 RL 2009/72 EG unvereinbar ist. Auch die Praxis, die Regulierungskammer mit Beamten einer anderen Behörde, zum Beispiel aus dem Landesum-

³⁷ A.a.O., Rn. 49.

³⁸ A.a.O., Rn. 50.

³⁹ Siehe: *Battis* in: *Battis*, Bundesbeamtengesetz (2009), § 27, Rn. 5.

⁴⁰ Commission Staff Working Paper/ Interpretative note on Directive 2009/71/EC concerning rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – the regulatory authorities (22.01.2010), S. 6. Im Internet abrufbar unter: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf.

⁴¹ Commission Staff Working Paper/ Interpretative note on Directive 2009/71/EC concerning rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – the regulatory authorities (22.01.2010), S. 7. Im Internet abrufbar unter: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf

⁴² Ebd.

weltministerium, zu besetzen, erscheint aus dieser Perspektive mit der Maßgabe der sachlichen Unabhängigkeit unvereinbar. Die Kommission will es aber letztlich der Regulierungsbehörde selbst überlassen im Einzelfall zu entscheiden, ob Mitarbeiter hinreichend unabhängig sind. Um diese Entscheidung treffen zu können, sollte die Regulierungsbehörde selbst Kriterien aufstellen, nach denen das Personal ausgewählt wird.⁴³

Bei der Errichtung einer Länderenergiebehörde sollte darauf verzichtet werden, einen Personalaustausch mit einem Ministerium zu etablieren oder zeitweise auf Ministeriumsmitarbeiter zur Sachbearbeitung zurückzugreifen. In dieser Konstellation müsste im Konfliktfall nachgewiesen werden, dass die Mitarbeiter frei von dem Einfluss ihres entsendenden Dienstherrn gehandelt haben. Dies ist insoweit problematisch, als dass der EuGH der Ansicht ist, dass die bloße Gefahr der politischen Einflussnahme genügt, um eine Verletzung des Unabhängigkeitskriteriums zu begründen.⁴⁴ Die Gefahr der Einflussnahme durch das Ministerium bleibt bestehen, auch wenn die Weisungsgebundenheit aufgehoben wird, denn der entsendende Dienstherr kann weiterhin die wesentlichen Maßnahmen in Bezug auf die Rechtsstellung des abgeordneten Beamten treffen⁴⁵ und somit seine Entscheidungen mittelbar steuern.

Institutionelle Unabhängigkeit

Unionsrechtliche Zulässigkeit einer gemeinsamen Länderbehörde

Die Bundesländer haben die Möglichkeit, mittels Vertrag oder Verwaltungsabkommen gemeinsame Behörden zu errichten oder bestimmte Kompetenzen auf die Behörde eines anderen Bundeslandes zu übertragen.⁴⁶ Die ausführende Stelle kann entweder eine Einrichtung des Sitzlandes sein, oder es findet eine Kompetenzübertragung zweier Länder auf einen eigenständigen Rechtsträger statt. Ein Beispiel für den letztgenannten Fall bilden die Rundfunkanstalten der Länder: „Bei ihnen handelt es sich um selbstständige Rechtssubjekte, die keinem Land zugeordnet sind, die die Dienstherrnenfähigkeit besit-

⁴³ Ebd.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 09.03.2010, Rs. C-518/07 Kommission gegen Deutschland, Slg. 2010, I-1885, Rn. 36.

⁴⁵ Zur Abordnung siehe: *Battis*, in: *Battis*, Bundesbeamtengesetz (2009), § 27, Rn. 5; zur Zuweisung siehe: *Reich*, in: *Reich*, Beamtenstatusgesetz (2012), § 20, Rn. 15.

⁴⁶ Siehe im Einzelnen: *Kirchhof* in: *Maunz/Dürig*: GG (2015), Art. 83, Rn. 84 ff.

zen und einen eigenen Haushalt aufstellen.“⁴⁷ Gemäß § 9 LVwG-SH ist zur Errichtung einer gemeinsamen Energiebehörde ein Zustimmungsgesetz des Landesparlaments erforderlich. Eine gemeinsame Behörde wäre gemäß § 54 Abs. 2 S. 1 EnWG weiterhin nur für diejenigen Betreiber zuständig, deren Netze die jeweiligen Landesgrenzen nicht überschreiten.

Die Einrichtung einer derartigen Behörde muss jedoch mit Unionsrecht vereinbar sein. Konkret stellt sich die Frage, ob eine gemeinsame Behörde mit Art. 35 RL 2009/72/EG vereinbar ist. Die Richtlinie 2009/72/EG steht einer derartigen Kooperation im Energiebereich nicht entgegen, wenn sich Behörden in einer Region zusammenschließen und die gemeinsame Behörde nicht in direkte Konkurrenz zur Regulierungsbehörde auf Bundesebene tritt. Zwar heißt es in Art. 35 Abs. 1 RL 2009/72/EG ausdrücklich, dass die Mitgliedsstaaten „eine einzige“ Regulierungsbehörde errichten sollen, von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. Auf regionaler Ebene können gem. Abs. 2 weitere Behörden eingerichtet werden.

Der Sinn und Zweck der Regelung, nur eine Behörde mit Regulierungsaufgaben zu betrauen, besteht in erster Linie darin, dass die Kompetenzen nicht auf mehrere öffentliche Stellen verteilt werden sollten, um die Effektivität der Regulierung zu wahren. Diese soll nicht dadurch behindert werden, dass zum Beispiel eine Stelle Eingriffsbefugnisse hat, während eine andere Stelle Genehmigungsverfahren durchführt. Vor diesem Hintergrund sind Kooperationen der Länder zulässig, wenn einer gemeinsamen Behörde sämtliche Regulierungsbefugnisse übertragen werden. Unzulässig wäre es hingegen, mehrere gemeinsame Einrichtungen zu schaffen, die jeweils unterschiedliche Aufgaben im Bereich der Energieregulierung ausüben. Auch der Wortlaut der Richtlinie spricht dafür, dass sich Bundesländer zusammenschließen dürfen. Denn die Rede ist von Behörden auf „regionaler Ebene“, d.h. die Regelung knüpft an die geografische Lage und nicht an die Rechtsträgerschaft an.

Im Hinblick auf die Maßgabe der Unabhängigkeit stellt sich die Frage, ob eine gemeinsame Behörde in sachlicher, institutioneller und personeller Hinsicht unabhängig sein kann. Dazu müssen zunächst folgende Kriterien erfüllbar sein:

⁴⁷ W. Rudolf: Kooperation im Bundesstaat, in: *Stern*, Staatsrecht (2008) B VI, S. 1037.

- *Sachlich:* Weder private noch staatliche Stellen dürfen direkten oder indirekten Einfluss auf die Entscheidungen der Regulierungsbehörde ausüben.
- *Institutionell:* Die Regulierungsbehörde muss institutionell so eigenständig sein, dass sie ihre Entscheidungen frei von anderen staatlichen Stellen treffen kann. In finanzieller und personeller Hinsicht muss sie über ausreichende Ressourcen verfügen. Eine institutionelle Anbindung an ein Ministerium ist nicht zulässig.
- *Persönlich:* Das Leitungsgremium ist besonders vor Entlassungen geschützt. Die einzelnen Mitglieder müssen unvoreingenommen und unparteilich sein.

Gemessen an diesen Kriterien steht die Maßgabe der Unabhängigkeit der Einrichtung einer gemeinsamen Länderbehörde nicht entgegen. Auch eine, in der Vergangenheit geplante, Fusion der nach unabhängigen Institutionen des Berliner mit dem Brandenburgischen Datenschutzbeauftragten scheiterte, aus Sicht des Berliner Datenschutzbeauftragten, nicht an Unions- sondern an Landesrecht.⁴⁸ Verflechtungen zwischen Verwaltungsträgern berühren auf verfassungsrechtlicher Ebene den Grundsatz der Bundesstaatlichkeit, die demokratische Legitimation und Kontrolle sowie die rechtsstaatlich gebotene Transparenz und Korrigierbarkeit des Verwaltungshandelns.⁴⁹ Insbesondere im Hinblick auf die demokratische Legitimation einer derartigen Stelle müssen Strukturen geschaffen werden, die eine hinreichende Rückbindung an demokratisch legitimierte Institutionen in beiden Bundesländern erlauben. Bei einer interföderalen Kooperation mittels einer gemeinsamen Länderbehörde wird üblicherweise das Mittel der staatlichen Aufsicht genutzt, um das Kontrollrecht der jeweiligen Landesparlamente über die ministerielle Aufsicht zu sichern. Bei einer unabhängigen Behörde entfällt diese Aufsicht, so dass alternative Mittel nutzbar gemacht werden müssen. Diese Herausforderungen werden unter Punkt 3.3 näher thematisiert.

Darüber hinaus muss eine haushaltsrechtliche Lösung gefunden werden, um zu gewährleisten, dass der Regulierungsbehörde gemäß Art. 35 Abs. 5 Buchst. a) RL 2009/72/EG „jedes Jahr separate Haushaltsmittel zugewiesen werden, sodass sie den zugewiesenen Haushalt eigenverantwortlich ausführen kann und über eine für die Wahrnehmung ihrer

⁴⁸ Vgl. die Aussage von *Dix* abgedruckt in Landtag Brandenburg Ausschussprotokoll 4/717-1, im Internet abrufbar unter:

http://www.landtag.brandenburg.de/sixcms/media.php/5701/Prot_48_Si.T1_A3%20Anh%C3%B6r.2.10.08_4-717.pdf.

⁴⁹ *Winkler*: Verwaltungsträger im Kompetenzverbund (2009), S. 9.

Aufgaben angemessene personelle und finanzielle Ressourcenausstattung verfügt.“ Dies ist möglich, wenn jedes Bundesland jeweils ein Kapitel im eigenen Haushalt für den von ihm zu tragenden Anteil der gemeinsamen Behörde aufstellt. Dies würde voraussetzen, dass die gemeinsame Behörde, jeweils ein gesondertes Arbeitsprogramm für die jeweiligen Länder erstellt und daraus den erforderlichen finanziellen Bedarf herleitet.

Erforderliche Mittel in personeller & finanzieller Hinsicht

Die Richtlinien sehen vor, dass der Regulierungsbehörde „jedes Jahr separate Haushaltsmittel zugewiesen werden, sodass sie den zugewiesenen Haushalt eigenverantwortlich ausführen kann und über eine für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben angemessene personelle und finanzielle Ressourcenausstattung verfügt“ (Art. 35 Abs. 5 Buchst. a) RL 2009/72 EG). Die EU Kommission ist der Ansicht, dass sich die Angemessenheit danach bemisst, welche Mittel die Regulierungsbehörde nach ihrer eigenen Auffassung benötigt, um ihre Aufgaben effektiv und effizient ausüben zu können.⁵⁰ Dies beurteilt sich danach, welche Aufgaben die Regulierungsbehörde selbst in ihrem Jahresplan oder Arbeitsprogramm vorsieht und wie sie ihre Prioritäten setzt.

Hinsichtlich der genauen Summe und der Anzahl der Mitarbeiter, könnte man sich nach Meinung der Kommission am Budget vergleichbarer Behörden auf nationaler Ebene orientieren oder daran, welches Budget Energiebehörden in anderen Mitgliedsstaaten zur Verfügung gestellt bekommen. Dabei sollte bedacht werden, dass die Aufgaben der Regulierungsbehörde vielfältig und komplex sind. Um diese bewältigen zu können, muss die Regulierungsbehörde auch in finanzieller Hinsicht für hochqualifiziertes Personal attraktiv sein.⁵¹ Als „Vergleichsbehörden“ könnten die Landesregulierungsbehörden auf nationaler Ebene herangezogen werden. Auch Behörden in anderen Ländern könnten zum Vergleich herangezogen werden: In Belgien etwa gibt es drei Regulierungsbehörden auf regionaler Ebene⁵², deren Budget und Personalaufkommen ebenfalls zur Orientierung genutzt werden könnten. Darüber hinaus könnte man sich bei der Erstellung des

⁵⁰ Commission Staff Working Paper/ Interpretative note on Directive 2009/71/EC concerning rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – the regulatory authorities (22.01.2010), S. 10, im Internet abrufbar unter: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf

⁵¹ Ebd.

⁵² CWaPE (Commission Wallonne pour l'Energie); VREG (Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits-en Gasmarkt); BRUGEL (BRUxelles Gaz ELelectricité).

Haushaltsplans zunächst daran orientieren, mit welchen personellen und finanziellen Mitteln die BNetzA die Aufgaben erledigt hat, die ihr im Wege der Organleihe übertragen wurden. Mit der Übertragung der Aufgaben auf eine eigene Behörde können höhere Kosten verbunden sein. Im Gegenzug könnten aber auch Mehreinnahmen durch Gebührenerstattungen der Strom- und Gasbetreiber erzielt werden.⁵³

Die Regulierungsbehörde sollte selbst im Rahmen eines Haushaltsplans festlegen, wie hoch das Budget ausfallen soll und wie viel Personal zur Erledigung ihrer Aufgaben notwendig ist. Der erstellte Haushaltsplan kann jedoch unter den Vorbehalt der Genehmigung durch das Parlament gestellt werden. Das Parlament kann den Haushaltsplan in der Höhe der Positionen ablehnen, es darf jedoch nicht das Arbeitsprogramm oder die Prioritäten der Regulierungsbehörde ändern.

Nutzung gemeinsamer Ressourcen mit anderen staatlichen Stellen

Art. 35 Abs. 4 Buchst. a) RL 2009/72/EG verlangt, dass die Regulierungsbehörde „rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen und privaten Einrichtungen“ sein soll. Mit „rechtlich getrennt“ ist nach Auffassung der Kommission gemeint, dass die Behörde eine eigenständige Einrichtung darstellt, die weder rechtlich noch strukturell mit der Regierung oder einer anderen staatlichen Stelle, z.B. dem Kartellamt, verbunden ist.⁵⁴ Auch wenn der Wortlaut der Richtlinie hier nicht ganz deutlich ist, erscheint die Interpretation der Kommission überzeugend. So lange eine organisatorische Anbindung an eine andere staatliche Stelle besteht, kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Stelle die Entscheidungen der Energiebehörde mittelbar beeinflusst.

Konkret bedeutet dies, dass die Regulierungsbehörde weder einem Landesministerium noch einer anderen bestehenden Behörde untergeordnet oder angeschlossen werden sollte. Rechtlich und organisatorisch eigenständig im Sinne von Art. 35 Abs. 4 Buchst. a)

⁵³ Davon ging man jedenfalls bei der Kündigung des Verwaltungsabkommens zwischen dem Land Mecklenburg-Vorpommern und der BNetzA aus: Vgl. Landtag Mecklenburg-Vorpommern Drucksache 6/3882.

⁵⁴ „*Legally distinct means that the NRA must be created as a separate and distinct legal entity from any Ministry or other government body.*“ S.6 (Commission Staff Working Paper/ Interpretative note on Directive 2009/71/EC concerning rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – the regulatory authorities (22.01.2010), im Internet abrufbar unter: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf.

RL 2009/72/EG wären etwa Stellen, die den Status einer obersten Landesbehörde inne haben. Mit Art. 35 Abs. 4 Buchst. a) RL 2009/72/EG unvereinbar ist es daher, wenn die Landesregulierungsbehörde bei dem für Energiewirtschaft zuständigen Ministerium eingerichtet wird. Dies ist beispielsweise in Sachsen-Anhalt⁵⁵ der Fall.

Die Kommission hat ausdrücklich erklärt, dass mit der organisatorischen Selbstständigkeit verbunden ist, dass die Regulierungsbehörde weder Personal noch Büroräume mit einem Ministerium austauscht oder teilt.⁵⁶ Die Richtlinien treffen dazu keine genauen Regelungen. Hinsichtlich möglicher Kooperationen mit anderen Behörden heißt es in Art. 35 Abs. 4 Buchst. b) Unterabs. 2 RL 2009/72/EG: „Eine etwaige enge Zusammenarbeit mit anderen zuständigen nationalen Behörden oder allgemeine politische Leitlinien der Regierung, die nicht mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen gemäß Artikel 37 im Zusammenhang stehen, bleiben hiervon unberührt.“ Dieser Satz betrifft das Verbot der Weisungsgebundenheit der Regulierungsbehörde und soll klarstellen, dass die Regulierungsbehörde z.B. mit Kartellämtern oder anderen Stellen zusammenarbeiten kann, wenn sich deren rechtliche Kompetenzen in einem bestimmten Verfahren überschneiden.

Aus diesem Satz lässt sich ableiten, dass die Richtlinie die Vorgabe der „völligen Unabhängigkeit“ direkt auf die Ausübung der Regulierungsaufgaben bezieht. Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde soll im „Kernbereich“ der Tätigkeit gewahrt werden. Vergleichbar ist dies mit der Justiz: Die Unabhängigkeit wird im Kernbereich richterlicher Tätigkeit gewährleistet. So dass es zulässig ist, den Betrieb eines EDV-Netzes oder einer Telefonanlage auf andere Stellen außerhalb der Justiz zu übertragen, so lange es diesen Stellen dadurch nicht ermöglicht wird, die Rechtsfindung zu beeinflussen.⁵⁷

Die Maßgabe der Unabhängigkeit sollte daher nicht so weit verstanden werden, dass die Regulierungsbehörde gar nicht mehr auf andere staatliche Angebote oder Dienste zur Bewältigung ihrer Aufgaben zurückgreifen darf. Hier muss jedoch im Einzelfall abgewogen werden. Die Nutzung anderer staatlicher Dienste (z.B. gemeinsame IT- oder Beschaffungssysteme) ist mit den Richtlinien vereinbar, so lange die andere Behörde keine Mög-

⁵⁵ § 1 Gesetz über die Landesregulierungsbehörde des Landes Sachsen-Anhalt.

⁵⁶ Commission Staff Working Paper, a.a.O.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 6.10.2011 - RiZ(R) 7/10 = MMR 2012, S. 128 ff.

lichkeit erhält, durch diese Kooperation mittelbar auf die Regulierungsentscheidungen Einfluss zu nehmen oder in die Organisationsabläufe der Energiebehörde einzugreifen. Denn nach Ansicht der Kommission obliegen sämtliche Arbeits- und Organisationsabläufe allein der Regulierungsbehörde, wobei sie sich jedoch nach den nationalen Vorschriften des Verwaltungsrechts richten muss.⁵⁸ Kauft die Regulierungsbehörde lediglich bestimmte Dienstleistungen bei anderen staatlichen Stellen ein oder nimmt an Verbundsystemen teil, besteht diese Gefahr nicht.

Dies gilt aber nur, wenn es der Energiebehörde frei steht, den Dienst nach eigenem Ermessen zu wechseln oder aus einem gemeinsamen Verbundsystem mehrerer Stellen wieder auszuscheiden.

Persönliche Unabhängigkeit

Anforderungen an die Qualifikation

Die Richtlinien treffen keine ausdrücklichen Vorgaben in Bezug auf die notwendige Qualifikation derjenigen Personen, die die Regulierungsbehörde leiten.⁵⁹ Indirekt werden jedoch Vorgaben in dieser Hinsicht gemacht, denn Personal, das keine ausreichenden Sachkenntnisse hat, kann weder effektive noch unabhängige Entscheidungen treffen. Beides setzen die Richtlinien aber voraus. Würde die Behörde von Personen geführt, die nicht hinreichend qualifiziert sind, könnten diese leicht zum Spielball der Politik oder Wirtschaft werden. Somit stellt die Qualifikation der Behördenleitung ein wichtiges Merkmal zur Sicherung der Unabhängigkeit dar. Die Leitung muss in ihrer Person die Gewähr dafür bieten, Entscheidungen allein anhand des Gesetzes zu treffen. Da die Richtlinie keine abschließenden Vorgaben zur Sicherung der Unabhängigkeit macht, sollte dieser Aspekt bei der Errichtung einer Landesenergiebehörde besondere Beachtung finden.

Hinsichtlich der erforderlichen Qualifikation kann man sich in einem ersten Schritt an § 59 Abs. 2 S. EnWG orientieren. Darüber hinaus sollte aber sichergestellt werden, dass

⁵⁸ Commission Staff Working Paper/ Interpretative note on Directive 2009/71/EC concerning rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – the regulatory authorities (22.01.2010), S. 6, im Internet abrufbar unter: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf.

⁵⁹ Anders als § 59 Abs. 2 S. 2 EnWG, wo folgendes für die Besetzung der Beschlusskammern geregelt ist: „Vorsitzende und Beisitzende müssen Beamte sein und die Befähigung zum Richteramt oder für eine Laufbahn des höheren Dienstes haben.“

potenzielle Kandidaten über ausreichende Erfahrungen auf dem Gebiet der (Energie-) Regulierung oder damit verwandten Bereichen verfügen. Hier kann man sich etwa an der vergleichbaren Regelung für die Mitglieder des Bundesrechnungshofes in § 3 Abs. 3 Bundesrechnungshofgesetz orientieren, wo zusätzlich zur formellen Qualifikation verlangt wird, dass die Mitglieder über „eine vielseitige Berufserfahrung verfügen“ sollen. Für die Energieregulierung sollte zumindest ausreichende Verwaltungserfahrung im Bereich Regulierung gefordert sein.⁶⁰ Für die Regulierungskammern in den Bundesländern wird vielfach gefordert, dass die Mitarbeiter die für „die Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse über Netzregulierung und Energiewirtschaft haben“⁶¹ sollten. Durch eine derartige Anforderung wird die persönliche Unabhängigkeit in geeigneter Weise gestärkt.

Anforderungen an die Ernennung

Hinsichtlich der Benennung machen die Richtlinien ebenfalls keine detaillierten Angaben. Die Mitglieder des Leitungsgremiums der Regulierungsbehörde sollen gemäß Art. 35 Abs. 5 RL 2009/72/EG für einen festen Zeitraum ernannt werden. Nach Möglichkeit soll für die Leitungsebene ein Rotationsverfahren eingeführt werden. Die Mitglieder des Leitungsgremiums können nur entlassen werden, wenn sie entweder nicht mehr die Gewähr für die Unabhängigkeit bieten, oder sich eines Fehlverhaltens nach nationalem Recht schuldig gemacht haben. Im letztgenannten Fall kann nicht jedes „Fehlverhalten“ gemeint sein. Es sollte sich um ein Vergehen von gewissem Gewicht handeln. Als Orientierung können hier die Vorschriften für die Beendigung von Dienstverhältnissen von Richtern in § 24 Richterergesetz dienen. Da keine genauen Vorgaben zum Ernennungsvorgang gemacht werden, sollten auch hier ergänzende Regelungen gefunden werden, um die Unabhängigkeit in persönlicher Hinsicht umfassend zu gewährleisten. In den Bundesländern wird das Leitungsgremium üblicherweise durch die Regierung ernannt. Die Unabhängigkeit könnte dadurch verbessert werden, dass das Parlament einen Einfluss auf die Ernennung ausübt. Denkbar ist ein Vorschlags- oder Vetorecht. Letztlich sichert

⁶⁰ Vgl. § 1d Gesetz über die Zuständigkeiten zum Vollzug wirtschaftsrechtlicher Vorschriften – Bayern. (ZustWiG)

⁶¹ Vgl. § 3 Abs. 3 S. 1 Gesetz zur Einrichtung einer Regulierungskammer für das Saarland.

der Einfluss des Parlaments auch die demokratische Legitimation einer Regulierungsbehörde.⁶²

Dauer der Amtszeit

Die Dauer der Amtszeit beträgt gemäß Art. 35 Abs. 5 Buchst. b) RL 2009/72/EG fünf bis sieben Jahren, wobei eine einmalige Verlängerung zulässig ist. Eine längere Amtsperiode von sieben Jahren vermag die Unabhängigkeit des Leitungsgremiums tendenziell eher zu stärken. Denn erst mit einer gewissen Dauer im Amt können Entscheidungen effektiv getroffen werden. Dies gilt insbesondere, wenn ein Rotationsmechanismus eingeführt wird. Denn in diesem Fall müssen sich die Amtsinhaber jeweils einarbeiten und erst nach dieser Zeit können sie sich voll auf die Regulierungstätigkeit konzentrieren. Wird kein Rotationsregime eingeführt, kann eine Amtszeit von fünf Jahren ausreichen, um eine effektive Regulierungspraxis zu etablieren.

Art des Amtsverhältnisses

Die Mitglieder des Leitungsgremiums können entweder in einem öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnis zum Land stehen oder als Beamte auf Zeit ernannt werden. Die Ernennung zum Beamten auf Zeit steht der Unabhängigkeit nicht entgegen, wenn gesetzlich ausdrücklich geregelt wird, dass die Beamten keiner staatlichen Aufsicht und insbesondere keinen Weisungen unterstehen.⁶³ Aus Gründen der Klarstellung kann es aber vorzuzugswürdig sein, ein Angestelltenverhältnis zu begründen.

Rechtliche Grenzen der Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde wird nicht schrankenlos gewährleistet. Ebenso wie für andere Träger staatlicher Gewalt gelten für die Regulierungsbehörde die verfassungsrechtlichen Maßgaben, insbesondere das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip. So dass einerseits die Rechtmäßigkeit des Handelns der Regulierungsbehörde überprüfbar sein muss und andererseits muss eine hinreichende demokratische Legitimation bestehen. Die Richtlinie trifft eine grobe Aussage darüber, wie die Rechtmäßigkeit des Handelns der Regulierungsbehörde überprüft werden kann: In Erwägungs-

⁶² Siehe Punkt 3.2.

⁶³ Siehe dazu ausführlich: *Battis* in: *Battis*: BBG (2009) § 62, Rn. 6.

grund 34 RL 2009/72/EG heißt es dazu, dass weder eine gerichtliche noch eine parlamentarische Kontrolle die Unabhängigkeit beeinträchtigen.

Die Richtlinie macht den Mitgliedsstaaten jedoch keine Vorgaben, wie die Regulierungsbehörde demokratisch legitimiert werden kann. Die Ausgestaltung der Organisation soll sich nach den nationalen Vorschriften der Mitgliedsstaaten richten. Hierzu wurde immer wieder angemerkt, das Demokratieprinzip deutscher Prägung verhindere die Einrichtung unabhängiger Behörden, da mit der Weisungsgebundenheit auch die sachlich-inhaltliche Legitimation entfalle.⁶⁴ Die Einrichtung unabhängiger Behörden ist jedoch mit dem Demokratieprinzip vereinbar und stellt keine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme dar. „Sie gehört vielmehr zu den institutionellen Instrumentarien, die aufgaben- und problemspezifisch zur Erreichung politisch vorgegebener Steuerungsziele eingesetzt werden könne.“⁶⁵

Entscheidend ist die Frage, ob die demokratische Legitimation mittels alternativer Kontrollmechanismen effektiver erreicht werden kann als mit Hilfe der Eingliederung einer Organisationseinheit in die hierarchische Ministerialverwaltung. Bereits weiter oben⁶⁶ wurde angemerkt, dass die Aufsicht im Falle der Regulierungsbehörden als Mittel demokratischer Kontrolle Probleme aufwirft, „[...] weil die hier im Raum stehende politische Kontrolle der Verwaltung von einer anderen Ebene erfolgen würde als derjenigen, die das maßgebliche Recht erlassen hat.“⁶⁷ Es stellt sich also die Frage, welche alternativen Mittel demokratischer Legitimation- und Kontrolle genutzt werden können.

Alternative Mittel demokratischer & rechtsstaatlicher Kontrolle

Modelle demokratischer Kontrolle können vereinfacht in zwei Kategorien eingeteilt werden: Erstens, man versucht die möglichst gleiche „Input-Chance“ für alle Bürger zu erreichen, d.h. alle Bürger sollen in gleichem Maß Einfluss auf politische Entscheidungen

⁶⁴ Siehe dazu ausführlich Rechtsgutachten Teil 1 Punkt 5.2; *Classen*: Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Müller-Graff/Schmahl/ Skouris* (Hrsg): Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel, FS f. Scheuing, S. 293 (300 ff.).

⁶⁵ *Hermes*: Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: *Bauer/ Huber/ Sommermann*: Demokratie in Europa (2005), S. 457 (483).

⁶⁶ Punkt 2.1.1.

⁶⁷ *Classen*: Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *Müller-Graff/Schmahl/ Skouris* (Hrsg), Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel, FS f. Scheuing, S. 293 (303).

ausüben können. Zweitens, man versucht die Verwaltungsentscheidungen so zu steuern, dass der „Output“ der Behörde von einem möglichst breiten Anteil der Bevölkerung getragen wird.⁶⁸ Das erste Modell wird durch die lückenlose ministerielle Aufsicht abgebildet. Output-orientierte Modelle basieren auf der Partizipation von Betroffenen und der Einbindung möglichst hohen Sachverständes. Darüber hinaus gibt es allgemeinere Ansätze, welche Transparenz, Zurechenbarkeit und Verantwortlichkeit, die Selbststeuerung in Beziehungsnetzwerken oder die Funktionalität in den Mittelpunkt der Legitimationsanforderungen an eine moderne Verwaltung stellen.⁶⁹

Die in der jüngeren Wissenschaft vertretene pluralistische Legitimationstheorie erkennt neben den klassischen Aufsichtsmitteln ebenfalls andere Legitimations- und Kontrollformen an: Das Budgetrecht, Transparenz, die Partizipation und die Öffentlichkeit. Das „Kontrollmodell demokratischer Legitimation“⁷⁰ von *Tschentscher* zeichnet sich insbesondere durch eine starke Betonung der Kontrolle der inhaltlichen Richtigkeit staatlichen Handelns aus. Neben der Inhaltskontrolle, betont dieses Modell einen Kontrollbegriff, der über die wechselseitige Kontrolle der Staatsgewalten untereinander hinausgeht und die Kontrolle durch die „Betroffenen“ mit einbezieht.

Bei den Regulierungsbehörden handelt es sich um Stellen, deren Entscheidungen einerseits hoch komplex sind und einen hohen Sachverstand voraussetzen, andererseits haben die Entscheidungen einen gewichtigen Einfluss auf das Gemeinwohl auf der einen und die grundgesetzlich garantierten Freiheiten der regulierten Industrie auf der anderen Seite. Der Schwerpunkt der demokratischen Kontrolle sollte daher darauf liegen, ob die Regulierungsbehörden Entscheidungen treffen, die mit dem Gemeinwohl vereinbar sind, ohne Grundrechte unzulässig zu beschränken. *Schuppert* sieht das „Kontrollproblem“ von Regulierungsbehörden, die sich im Schwerpunkt mit einem bestimmten Industriezweig beschäftigen, darin, dass die öffentliche Stelle das „von ihr zu verfolgende öffentli-

⁶⁸ Siehe dazu: *Hermes*: Gemeinschaftsrecht, „neutrale“ Entscheidungsträger und Demokratieprinzip, in: *Gaitanides/ Kadelbach/ Iglesias*: Europa und seine Verfassung – FS für *Zuleeg* (2005), S. 410 (421).

⁶⁹ *Hermes*: Gemeinschaftsrecht, „neutrale“ Entscheidungsträger und Demokratieprinzip, in: *Gaitanides/ Kadelbach/ Iglesias*: Europa und seine Verfassung – FS für *Zuleeg* (2005), S. 410 (421).

⁷⁰ *Tschentscher*: Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006.

che Interesse als Interesse ihrer Klienten interpretiert.“⁷¹ Dies gelte besonders, wenn der öffentlichen Stelle weite Ermessensspielräume eingeräumt seien, wie dies bei den Regulierungsbehörden der Fall ist.⁷² Als geeignetes Mittel, um dieser Gefahr vorzubeugen, benennt er „die gezielte Auswahl des führenden Verwaltungspersonals.“⁷³ Auch die Verteilung der Regulierungsaufgaben auf unterschiedliche Behörden, wie in diesem Fall die BNetzA einerseits und die Landesregulierungsbehörden andererseits, erfüllt eine Kontrollfunktion.⁷⁴

Zusammenfassend können folgende alternative Mittel demokratischer und rechtsstaatlicher Kontrolle benannt werden:

- Einfluss des Parlaments auf Auswahl der Leitung der Regulierungsbehörde
- Hoher Sachverstand der Entscheidungsträger
- Transparenz der Entscheidungen/ Veröffentlichungspflichten
- Einbindung der Betroffenen in Entscheidungsprozesse/ Beteiligungspflichten
- Parlamentarische Kontrollrechte, ggf. institutionalisiert durch Ausschuss
- Gerichtliche Kontrolle
- Austausch mit anderen Länderbehörden und der BNetzA

Neben diesen Kontrollmitteln ist auch die Kontrolle durch den Landesrechnungshof zulässig und beschränkt in keiner Weise die Unabhängigkeit der Landesregulierungsbehörde.

Einzelfragen

Errichtung durch Parlamentsgesetz

Die Einrichtung weisungsfreier Stellen durch die Exekutive wurde in der Literatur bereits früh kritisiert.⁷⁵ Ein Weisungsverzicht sei der Regierung nicht möglich, da die

⁷¹ *Schuppert*. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten (1981), S. 339.

⁷² Ebd.

⁷³ A.a.O., S. 346.

⁷⁴ So das Fazit von: *Bauer/ Seckelmann*: Zentral, dezentral oder egal? DÖV 2014, S. 951, (S. 960).

⁷⁵ Vgl. *Klein*: Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes (1974), S. 216 m.w.N.

Kehrseite der Weisungsgebundenheit eine Pflicht der Regierung darstelle, die Kontrolle durch das Parlament zu ermöglichen.⁷⁶ Mit anderen Worten: Die Regierung selbst kann nicht auf das Weisungsrecht verzichten, weil dieses nicht ihr, sondern einem Fremdzweck dient, nämlich der Kontrolle durch das Parlament. Diesen „Verzicht“ kann somit nur das Parlament erklären und durch diesen Schritt wiederum das Legitimationsniveau der weisungsfreien Institution erhöhen.

Darüber hinaus zählt die Einrichtung unabhängiger Behörden zum „Kernbereich der Organisationsentscheidungen“⁷⁷, die einem organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt unterliegen.

Anbindung an Länderparlamente – parlamentarische Kontrolle

Eine Anbindung an die Länderparlamente erscheint insoweit sinnvoll, als dass eine verstärkte Kontrolle durch diese erfolgen sollte. Der EuGH hat sich im Verfahren zur mangelnden Unabhängigkeit der Datenschutzbehörden ausdrücklich zu der Frage geäußert, ob eine Kontrolle unabhängiger Institutionen durch das Parlament erforderlich ist und somit die Grenzen der Unabhängigkeit näher benannt: „Gewiss kommt ein Fehlen jeglichen parlamentarischen Einflusses auf diese Stellen nicht in Betracht. Die RL 95/46 schreibt jedoch den Mitgliedstaaten keineswegs vor, dem Parlament jede Einflussmöglichkeit vorzuenthalten.“⁷⁸ Als Mittel parlamentarischer Kontrolle kommen zum Beispiel ein Zitierrecht oder die Errichtung eines Ausschusses (bzw. Übertragung dieser Aufgabe auf den Wirtschaftsausschuss) in Betracht.⁷⁹ Darüber hinaus kann das Parlament demokratische Legitimation darüber vermitteln, dass es einen Einfluss auf die Auswahl der Leitung der Regulierungsbehörde ausübt.

Eine Anbindung in institutioneller Hinsicht erscheint jedoch aus unionsrechtlicher Sicht problematisch. Dies könnte die institutionelle Unabhängigkeit beeinträchtigen, denn jede Anbindung der Regulierungsbehörde an eine andere staatliche Stelle bringt zumindest für den Mitgliedsstaat eine gewisse Erklärungsnot mit sich: Er muss belegen, in-

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ *Hermes*: Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: *Bauer/ Huber/ Sommermann*: Demokratie in Europa (2005), S. 457 (484).

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 09.03.2010, Rs. C-518/07 Kommission gegen Deutschland, Slg. 2010, I-1885, Rn. 43.

⁷⁹ *Von Lewinski*: Völlige Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden, DVBl. 2013, S. 339 (S. 341).

wieweit, trotz organisatorischer Verflechtungen, sichergestellt ist, dass die Regulierungsbehörde „rechtlich getrennt und funktional unabhängig“ ist.⁸⁰

Besondere Anforderungen bei einer gemeinsamen Länderbehörde

Bei Länderkooperationen wird davor gewarnt, dass „der Aushebelung der Landtage Schranken gezogen sind.“⁸¹ Diese Problematik stellt sich insbesondere bei der Einrichtung einer nach Unionsrecht unabhängigen Stelle. Da hier die ministerielle Aufsicht, die das Kontrollrecht des Parlaments sichern soll entfällt. Bei einer gemeinsamen Länderbehörde erscheint es aber möglich, diese Aufsicht durch andere parlamentarische Kontrollrechte zu ersetzen:

- Die gemeinsame Länderbehörde wird jeweils durch Parlagengesetze der beteiligten Länder errichtet.
- Die jeweiligen Länderparlamente üben einen Einfluss auf die Ernennung des Leitungsgremiums aus.
- Den Länderparlamenten werden Kontrollrechte eingeräumt.
- Die gemeinsame Regulierungsbehörde unterliegt Transparenzverpflichtungen.
- Die gemeinsame Regulierungsbehörde unterliegt einer Rechenschaftspflicht gegenüber beiden Parlamenten (z.B. durch Vorlage von Berichten).
- Die jeweiligen Länderparlamente müssen dem Haushalt der Regulierungsbehörde zustimmen.

Das Demokratieprinzip verlangt auch die Klarheit der Verantwortungszuordnung. Zwar ist für die Vermittlung demokratischer Legitimation nicht allein die Form, sondern die Effektivität entscheidend. „Daran fehlt es aber, wenn die Aufgaben durch Organe oder Amtswalter unter Bedingungen wahrgenommen werden, die eine klare Verantwortungszuordnung nicht ermöglichen. Der Bürger muss wissen können, wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen kann.“⁸² Hier wird auch unter dem Stichwort „Verbot der Mischverwaltung“ das Gebot formuliert, dass jedes Verwaltungshandeln eindeutig einem bestimmten Verwaltungs-

⁸⁰ Cabau in: Jones, EU Energy Law Vol. I (2010), S. 224.

⁸¹ In Bezug auf intergouvernementale Gremien: W. Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, in: Stern, Staatsrecht (2008) B VI, S. 1046.

⁸² BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007 - 2 BvR 2433/04 = NVwZ 2008, S. 183 (S. 187).

träger zugeordnet werden kann. Diesem Problem hat der schleswig-holsteinische Gesetzgeber jedoch mit § 10 Abs. 1 LVwG bereits Rechnung getragen.

Auch das Rechtsstaatsprinzip setzt der freien Wahl des Gesetzgebers hinsichtlich der Verwaltungsorganisation Grenzen. Ein Stichwort lautet hier: „Verbot des Missbrauchs der Organisationsform“⁸³. Damit ist gemeint, dass die Wahl des Organisationstypus nicht zu einer Minderung der rechtsstaatlichen Grundsätze führen darf. Insbesondere dürfen die Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers nicht gemindert werden. Bei einer gemeinsamen Regulierungsbehörde zweier Länder wäre der Bürger jedoch hinsichtlich seiner Rechtsschutzmöglichkeiten nicht schlechter gestellt, als dies gegenwärtig der Fall ist.

Vergleichsbehörden

Unabhängiges Zentrum für Datenschutz (ULD)

Das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz (ULD) stellt eine öffentliche Stelle im Land Schleswig Holstein dar, die gemäß der unionsrechtlichen Vorgaben weitgehend unabhängig ist. Das ULD übt gemäß § 39 Abs. 2 LDSG SchH die Datenschutzkontrolle für den öffentlichen und den nicht-öffentlichen Bereich aus. Das ULD ist eine landesunmittelbare, rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts und wird vom Land Schleswig-Holstein eingerichtet; das Land ist auch Träger der Anstalt. Bei den Beratungen über die Einrichtung einer unabhängigen Datenschutzbehörde in Schleswig-Holstein wurde zunächst gefordert, diese als oberste Landesbehörde zu errichten. Da dieser Antrag jedoch nicht die erforderliche Mehrheit von Zweidritteln erlangte, entschied man sich für das Anstaltsmodell.⁸⁴ Das ULD unterliegt weder einer Rechts- noch einer Fachaufsicht.

Die Landesbeauftragte für Datenschutz ist Leiterin dieser Anstalt. Sie wird vom Landtag mit mehr als der Hälfte seiner Mitglieder gewählt, wobei die Fraktionen des Landtages vorschlagsberechtigt sind. Ihre Amtszeit beträgt fünf Jahre, wobei eine einmalige Wiederwahl möglich ist. Vor Ende der Amtszeit kann die Landesdatenschutzbeauftragte vom Landtag mit einer Mehrheit von Zweidritteln abgewählt werden. Während der Amtszeit ist die Landesdatenschutzbeauftragte Beamte auf Zeit. Ihr Dienstvorgesetzter

⁸³ Krebs: Verwaltungsorganisation, in: *Stern: Handbuch des Staatsrechts*, Band V, S. 457 (S. 512).

⁸⁴ Bäuml: Neue Informationsverarbeitungsgesetze in Schleswig-Holstein, NJW 2000, S. 1982 (S. 1985).

ist der Ministerpräsident. Die mit diesem Verhältnis begründete Dienstaufsicht darf die Unabhängigkeit der Datenschutzbeauftragten gemäß § 36 Abs. 3 S.2 LDSG-SchH nicht einschränken. Gegenüber den Mitarbeitern des ULD ist die Landesdatenschutzbeauftragte Dienstvorgesetzte. Sie selbst entscheidet darüber, wer ihre Stellvertretung ausübt.

Bayrische Regulierungskammer

In Bayern übt seit dem 1. Februar 2013 die sogenannte Regulierungskammer die Aufgaben der Landesenergiebehörde nach § 54 Abs. 2 EnWG aus. Im Vergleich zur BNetzA handelt es sich bei der Regulierungskammer um eine öffentliche Stelle, die von staatlichen Weisungen ausdrücklich frei gestellt ist. Die Unabhängigkeit der Regulierungskammer und ihrer Mitglieder wurde gesetzlich in Art. 1b Gesetz über die Zuständigkeiten zum Vollzug wirtschaftsrechtlicher Vorschriften (ZustWiG) geregelt. Sie wird in persönlicher Hinsicht dadurch gestärkt, dass der Vorsitzende der Regulierungskammer über die Befähigung zum Richteramt und über ausreichende Verwaltungserfahrung im Bereich der Regulierung verfügen muss. Auch die übrigen Mitglieder der Kammer müssen über vergleichbare Fachkenntnisse verfügen.

Die Mitglieder der Regulierungskammer werden gemäß Art. 1d ZustWiG vom Ministerpräsidenten ernannt. Art. 1g ZustWiG sieht eine Dienstaufsicht der Staatsministerin für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie vor, die die Grenzen der Unabhängigkeit wahren soll. Organisatorisch ist die Regulierungskammer mit einer Geschäftsstelle dem Staatsministerium angegliedert. Die Stellen sollen im Einvernehmen mit dem Vorsitzenden der Regulierungskammer besetzt werden. Die Mitarbeiter der Geschäftsstelle unterstehen nur den Weisungen und der Dienstaufsicht des Vorsitzenden der Regulierungskammer. Dieser entscheidet eigenverantwortlich über den Haushalt, der einzeln im Haushaltsplan des Staatsministeriums ausgewiesen wird.

Die Regierung kann andere Behörden benennen, die die Arbeit der Regulierungskammer unterstützen, die in diesem Fall zur Verfügung gestellten Mitarbeiter unterstehen dann der Fachaufsicht des Vorsitzenden der Regulierungskammer.

Aus unionsrechtlicher Sicht könnte die Unabhängigkeit der Regulierungskammer was die Ernennung und die Anbindung an das Staatsministerium sowie den Personalaustausch mit anderen Behörden betrifft weiter gestärkt werden. Im Vergleich zur BNetzA genießt die Regulierungskammer Bayern jedoch eine vergleichsweise hohe Unabhängigkeit. So wird in dieser Konstellation die sachliche Unabhängigkeit umfassend gewährleistet.

Bewertung

Legitimationsniveau einer unabhängigen Regulierungsbehörde

Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen stellt eine besondere Herausforderung an das Demokratieprinzip in seiner traditionell verstandenen Ausprägung dar, die vor allem darauf abzielt, dass sich die Ausübung staatlicher Macht lückenlos auf demokratisch gewählte Personen zurückführen lässt. Versteht man demokratische Legitimation unter diesem Aspekt, muss man aber auch ernsthafte Zweifel an der gegenwärtigen Organisation der Energieregulierung äußern:

„Bei der Organleihe [...] wird die Ernennung nicht durch eine demokratisch legitimierte Instanz *des Landesvolkes*, für das Hoheitsgewalt ausgeübt wird, vorgenommen, sondern durch die eines anderen Landesvolks. Es fehlt den Organwaltern insoweit „in kompensationsbedürftiger Weise an personeller demokratischer Legitimation durch das 'Teilvolk' des 'Entleihers'.“⁸⁵

Dieses Legitimationsdefizit soll im Fall der Organleihe durch Aufsichtsbefugnisse gelöst werden. Diese sind jedoch nicht mit Unionsrecht vereinbar, da die Regulierungsbehörden selbst Entscheidungen mit Letztverbindlichkeit treffen können sollen. Das Defizit an personeller Legitimation kann in dieser Konstellation nur noch durch den besonderen Sachverstand der Mitarbeiter ausgeglichen werden. Dieses Mittel erscheint prinzipiell zweckmäßig, kann jedoch alleine kein hinreichendes Legitimationsniveau schaffen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Organleihe auf einem Verwaltungsabkommen und nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Auch die generelle Möglich-

⁸⁵ Bauer/ Seckelmann: Zentral, dezentral oder egal, DÖV 2014, S. 951 (S. 955).

keit der Länder, derartige Verwaltungsabkommen zu schließen, basiert nicht auf einer gesetzlichen Grundlage.⁸⁶

Vor diesem Hintergrund erscheint die demokratische Legitimation einer unabhängigen Regulierungsbehörde, die durch ein Parlamentsgesetz errichtet wird und die der gesteigerten Kontrolle durch den Landtag unterliegt, nicht fragwürdig. Der Einfluss des Landtages auf die Ausgestaltung der Energieregulierung würde im Vergleich zur jetzigen Situation gestärkt. Das Beispiel des ULD zeigt, dass eine nach Unionsrecht unabhängige Stelle ihre Aufgaben effektiv erfüllen kann.

Organisationsmodell

Bei der Errichtung einer eigenen oder gemeinsamen Länderregulierungsbehörde stellt sich die Frage, welches Organisationsmodell zur Bewältigung der Aufgaben und zur Sicherung der Unabhängigkeit geeignet ist. Der Unabhängigkeit würde wohl am ehesten durch Errichtung einer obersten Länderbehörde Rechnung getragen. Dieses Modell erscheint aber bei einer Länderregulierungsbehörde, die voraussichtlich zwischen fünf und zehn Personen beschäftigt unsachgemäß. Bereits genannt wurde das Beispiel der Regulierungskammern, wie sie in vielen anderen Bundesländern bestehen. Diese Kammern sollen durch ihre justizähnliche Struktur die Gewähr dafür bieten, dass Entscheidungen neutral und sachgemäß getroffen werden. Das Modell der Regulierungskammer sichert insoweit die sachliche Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde und es erscheint mit Blick auf die Art und den Umfang der Aufgaben einer Regulierungsbehörde sachgemäß. Da die Regulierungskammer jedoch regelmäßig bei den Energieministerien eingerichtet werden und teilweise auf deren Personal zurückgreifen, sind diese nicht in dem Umfang unabhängig, wie es von der EU-Kommission gefordert ist. Darüber hinaus beeinträchtigt auch der Personaltausch mit den Energieministerien die Unabhängigkeit der Regulierungskammern. Somit verbleibt die Errichtung einer Anstalt des öffentlichen Rechts am Beispiel des ULD. In diesem Organisationsmodell können die unionsrechtli-

⁸⁶ Für eine gesetzliche Grundlage sprechen sich *Bauer/Seckelmann* aus: *Bauer/Seckelmann: Zentral, dezentral oder egal?* DÖV S. 951 (S. 958).

chen Vorgaben im Sinne der Interpretation der Kommission vollständig umgesetzt werden.⁸⁷

Rechtliche Konsequenzen der Nichtumsetzung

Allgemeine Einschätzung

Die Vorgaben der RL 2009/72/EG sollten bis zum 3. März 2011 durch die Mitgliedsstaaten umgesetzt werden. Für den Umfang der Umsetzungspflicht von EU-Richtlinien ist Art. 288 Abs. 3 EU-Arbeitsweisevertrag (AEUV) maßgeblich. Die Umsetzungsfrist muss von den Mitgliedsstaaten eingehalten werden. „Die Mitgliedstaaten (können) sich nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände ihrer internen Rechtsordnungen berufen, um damit die Nichtbeachtung der Verpflichtungen und Fristen zu rechtfertigen, die in den Richtlinien der Gemeinschaft festgelegt sind“.⁸⁸ Wie bereits erwähnt genügt es auch nicht, wenn die Mitgliedsstaaten darauf verweisen, dass bestimmte Regelungen nicht mehr zur Anwendung kommen, so dass die Umsetzung in verbindliches Recht erfolgen muss.

Vertragsverletzungsverfahren

Setzt ein Mitgliedsstaat die Vorgaben einer Richtlinie nicht um droht als rechtliche Konsequenz in erster Linie ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV und darauf folgend ein Verfahren vor dem EuGH. Stellt der EuGH fest, dass die entsprechende Verpflichtung durch den Mitgliedsstaat nicht umgesetzt wurde, so spricht er die Verpflichtung zur Umsetzung aus. Als weitere Folge der Nichtumsetzung kann ein Zwangsgeld drohen. Auch wenn im Verfahren vor dem EuGH die Bundesrepublik als Klagegegner auftritt, trifft eine Verurteilung auch die Bundesländer, die den rechtswidrigen Zustand „verursacht“ haben. Gemäß § 1 Lastentragungsgesetz werden die Kosten des Verfahrens „von derjenigen Ebene getragen, in deren innerstaatlichen Zuständigkeits- und Aufgabenbereich die lastenbegründende Pflichtverletzung erfolgt ist.“ Die Einrichtung von Landesregulierungsbehörden liegt gemäß Art. 84 Abs. 1 S. i.V.m. Art. 83 GG im Zu-

⁸⁷ Da der EuGH in den gerichtlichen Auseinandersetzungen über die Unabhängigkeit von Behörden jeweils der Rechtsauffassung der Kommission gefolgt ist, bietet diese Interpretation nach jetzigem Stand die größte Rechtssicherheit.

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 17. November 1992, C-236/91, Kommission/Niederlande, Slg. 1992, I-5899.

ständigkeitsbereich der Länder, so dass diese die Kosten zu tragen hätten. Dies gilt unabhängig davon, ob den Bund hier eine Mitschuld trifft.⁸⁹ Im Falle der Beteiligung mehrerer Bundesländer werden die Kosten nach dem „Königsteiner Schlüssel“ unter den Ländern aufgeteilt.

Individualrechtsschutz

Die Einrichtung unabhängiger Behörden dient einerseits der Realisierung des EU-Binnenmarktes und somit unionsrechtlichen Ziele, darüber hinaus sollen aber auch Individualinteressen geschützt werden.⁹⁰ Die Verletzung von Individualinteressen im Zusammenhang mit der Nicht-Umsetzung von Richtlinien kann einerseits Anlass zu einer Beschwerde bei der EU-Kommission bieten, die ein Vertragsverletzungsverfahren nach sich ziehen kann, andererseits können sich Betroffene auf einen Urteilspruch, der in einem Vertragsverletzungsverfahren ergangen ist berufen, wenn sie selbst Rechtsschutz suchen. So können Urteile des EuGH etwa präjudizierende Wirkung für etwaige Schadensersatzklagen haben.⁹¹ Darüber hinaus steht es den Betroffenen frei, Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten zu suchen.⁹²

Die Klage gegen eine bestimmte Organisationsform setzt die Verletzung von Individualinteressen voraus: „Angesichts des von den Grundrechten regelmäßig belassenen Organisationsspielraumes des Staates wird eine bestimmte Organisationsform nur ausnahmsweise gerichtlich erzwungen werden können; Gerichtsschutz gegen eine bestimmte grundrechtsverletzende organisatorische Gestaltung ist hingegen eher möglich.“⁹³

⁸⁹ *Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 260 AEUV, Rn. 75 m.w.N.

⁹⁰ *Classen*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 197 AEUV, Rn. 29.

⁹¹ *Karpenstein*, a.a.O., Art. 258 AEUV, Rn. 20.

⁹² A.a.O., Rn. 21.

⁹³ *Krebs*: Verwaltungsorganisation, in: *Stern*: Handbuch des Staatsrechts, Band V, S. 457 (S. 508).

Können sich Verstöße gegen die EU-Vorgaben auf die Rechtmäßigkeit der Genehmigungsbescheide (u.a. Erlösobergrenzenfestsetzungen) oder aufsichtsrechtliche Verfügungen auswirken

Zu den Rechtsfolgen von fehlerhaft errichteten Verwaltungsträgern gibt es keine einheitliche Rechtsprechung.⁹⁴ Insbesondere die Frage, nach der Auswirkung von Verstößen gegen unionsrechtliche Organisationsvorgaben, ist weitgehend ungeklärt. Im vergleichbaren Fall, der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden, führte die mangelnde Unabhängigkeit zu einer Verurteilung im Vertragsverletzungsverfahren durch den EuGH, wenn gleich eine (rechtswidrige) Entscheidung der weisungsgebundenen Aufsichtsbehörde den Anlass für die Beschwerde bei der EU-Kommission bot.⁹⁵ Damals bestand jedoch die Schwierigkeit, dass national relativ einheitlich vertreten wurde, die Weisungsgebundenheit der Aufsichtsbehörden sei mit dem Unionsrecht vereinbar, so dass zunächst eine Klärung vor dem EuGH erfolgen musste. Im Energierecht bietet sich nun eine andere Ausgangssituation, da die Richtlinien genauere Vorgaben enthalten.

Verfahren nach § 75 EnWG

Gemäß § 75 EnWG sind gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörden Beschwerden vor den jeweils zuständigen Oberlandesgerichten zulässig. Im Rahmen dieser Beschwerden wird die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verfügungen überprüft, wobei sich das Zivilgericht an § 35 VwVfG orientiert. Fehler in der Verwaltungsorganisation könnten im Rahmen dieser Prüfung dazu führen, dass der nach § 35 VwVfG erforderliche Behördencharakter entfällt. Dies wird jedoch in der Literatur mit Verweis auf die aus dem Zivilrecht entlehene Lehre vom Gesellschaftsrecht verneint.⁹⁶ Eine fehlerhaft organisierte Behörde hat danach „Behördencharakter“ und kann Verwaltungsakte erlas-

⁹⁴ *Stelkens*: Organisationsgewalt und Organisationsfehler - Voraussetzungen der Errichtung von Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Rechtsfolgen ihrer Missachtung, LKV 2003, S. 489, (S. 493).

⁹⁵ Mitursache für die Beschwerde war die Speicherpraxis von IP-Adressen durch die Deutsche Telekom AG, die das Regierungspräsidium Darmstadt für zulässig erklärte. Das Regierungspräsidium war zu diesem Zeitpunkt für die datenschutzrechtliche Aufsicht über die Privatwirtschaft in Hessen zuständig und unterstand der Fachaufsicht des Innenministeriums. Der Beschwerdeführer suchte gegen die Speicherpraxis des Providers Rechtsschutz vor den Zivilgerichten. Letztinstanzlich erklärte der BGH die Speicherpraxis und somit die Entscheidung des Regierungspräsidiums für rechtswidrig.

⁹⁶ Vgl. *Stelkens*: Organisationsgewalt und Organisationsfehler - Voraussetzungen der Errichtung von Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Rechtsfolgen ihrer Missachtung, LKV 2003, S. 489 (493 ff.).

sen.⁹⁷ „So ist ein von einem fehlerhaft errichteten Verwaltungsträger erlassener Verwaltungsakt nicht als Schein-Verwaltungsakt, sondern als „echter“ Verwaltungsakt anzusehen, weil er trotz fehlerhafter Errichtung des Behördenträgers dennoch von einer „Behörde“ i.S. des § 1 VwVfG bzw. der entsprechenden verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen der Länder erlassen worden ist.“⁹⁸

Fehler in der Organisationsstruktur führen auch nicht automatisch zur Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Fehler in der Organisation besonders schwerwiegend oder offensichtlich sind. Das Handeln einer unzulässigen Behörde würde beispielsweise die Aufhebung einer Verfügung bewirken. Im Fall der mangelnden Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden könnte sich die Offensichtlichkeit des Fehlers daraus ergeben, dass unionsrechtlich ausdrücklich eine Weisungsfreiheit gefordert ist. Würde ein Gericht aus der mangelnden Unabhängigkeit die Rechtswidrigkeit einer Verfügung herleiten, hätte diese Entscheidung allerdings nur eine Wirksamkeit ex nunc (ab dieser Entscheidung) zur Folge. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird dem Gesetzgeber außerdem vielfach eingeräumt, rückwirkend eine Rechtsgrundlage zu erlassen, die den Fehler heilt.⁹⁹

Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB

Die nach dem EnWG genehmigten Netzentgelte unterliegen außerdem einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB. „[... D] er Netzbetreiber [kann sich] zur Darlegung der Billigkeit der von ihm verlangten Netzentgelte – in einem ersten Schritt – auf die Entgeltgenehmigung nach § 23 a EnWG stützen. Diese stellt auf Grund der engen Vorgaben der Entgeltkontrolle nach den energiewirtschaftsrechtlichen Vorschriften und der damit verbundenen Prüftiefe durch die (*neutralen*) *Regulierungsbehörden* ein gewichtiges Indiz für die Billigkeit und Angemessenheit der genehmigten Entgelte dar.“¹⁰⁰ Der Netznutzer kann jedoch Tatsachen vortragen, um das Gericht von einer unangemessenen Erhöhung der Preise zu überzeugen. Mit einem derartigen Vortrag kann die Indizwirkung des Genehmigungsbescheids erschüttert werden. Geht man mit dem BGH davon

⁹⁷ Ruffert in: *Erichsen, Ehlers* Allgemeines Verwaltungsrecht (2015), § 21 Rn. 23.

⁹⁸ *Stelkens*, a.a.O., S. 494.

⁹⁹ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz (2014), § 35 VwVfG, Rn. 64.

¹⁰⁰ Vgl. BGH, Ur. v. 15.5. 2012 = NJW 2012, S. 3092 (S. 3094) – Hervorhebung nicht im Original.

aus, dass die Indizwirkung der Entgeltgenehmigung darauf beruht, dass die Regulierungsbehörden „neutral“ entscheiden, kann die Indizwirkung durch den Vortrag erschüttert werden, dass die Neutralität aufgrund der mangelnden Unabhängigkeit nicht gewährleistet ist.

Zusammenfassung

Sachliche Unabhängigkeit

- Die RL 2009/72/EG fordert die ausdrückliche Freiheit von Fachaufsicht. Ein bloßer Verzicht auf die Ausübung einer bestehenden Fachaufsicht genügt nicht.
- Die Rechtsaufsicht verstößt gegen die RL 2009/72/EG.
- Auch eine beschränkte Dienstaufsicht verstößt gegen Unionsrecht.
- Ein Personalaustausch mit Ministerien ist nicht mit der RL 2009/72/EG vereinbar. Ein Personalaustausch mit weisungsgebundenen Mitarbeitern einer anderen staatlichen Stelle verstößt ebenfalls gegen die RL 2009/72/EG. Unterliegen die Mitarbeiter keinen Weisungen muss die Regulierungsbehörde eine Entscheidung darüber treffen, ob diese ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen können.

Institutionelle Unabhängigkeit

- Die Einrichtung einer gemeinsamen Länderregulierungsbehörde ist mit der
- RL 2009/72/EG vereinbar.
- Die Regulierungsbehörde entscheidet entsprechend ihres Arbeitsplans über die notwendigen Mittel. Der Haushaltsplan der Regulierungsbehörde sollte der parlamentarischen Prüfung unterliegen.
- Die Nutzung anderer staatlicher Dienste (z.B. gemeinsame IT- oder Beschaffungssysteme) ist mit den Richtlinien vereinbar, so lange die andere Behörde keine Möglichkeit erhält, durch diese Kooperation auf die Regulierungsentscheidungen Einfluss zu nehmen oder in die Organisationsabläufe der Energiebehörde einzugreifen.

Persönliche Unabhängigkeit

- Mitarbeiter sollten über die Befähigung zum Richteramt oder über eine vergleichbare Qualifikation und über Erfahrung im Bereich Energieregulierung verfügen.
- Das Parlament sollte Einfluss auf die Ernennung der Mitarbeiter ausüben können.
- Die Amtszeit sollte zwischen fünf und sieben Jahren betragen, wobei eine einmalige Wiederwahl zulässig ist.
- Die Mitarbeiter sollten sich in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis befinden oder als Beamte auf Zeit ernannt werden.

Rechtliche Grenzen der Unabhängigkeit

- Alternative Mittel demokratischer Kontrolle:
 - Einfluss des Parlaments auf Auswahl der Leitung der Regulierungsbehörde
 - Hoher Sachverstand der Entscheidungsträger
 - Transparenz der Entscheidungen/ Veröffentlichungspflichten
 - Einbindung der Betroffenen in Entscheidungsprozesse/ Beteiligungspflichten
 - Parlamentarische Kontrollrechte, ggf. institutionalisiert durch Ausschuss
 - Gerichtliche Kontrolle
 - Austausch mit anderen Länderbehörden und der BNetzA
- Die Errichtung einer unabhängigen Länderregulierungsbehörde erfordert ein Parlamentsgesetz.
- Die Erweiterung der Kontrollbefugnisse des Parlaments erhöht die demokratische Legitimation.
- Die demokratische Legitimation einer unabhängigen Länderregulierungsbehörde ist stärker als beim Modell der Organleihe durch die BNetzA.
- Wird als Organisationsmodell die Anstalt des öffentlichen Rechts gewählt, können die unionsrechtlichen Vorgaben im Sinne der Interpretation der Kommission vollständig umgesetzt werden

Rechtliche Konsequenzen

- Die Verletzung der unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeit kann ein Vertragsverletzungsverfahren durch die EU-Kommission gegen die Bundesregierung nach sich ziehen. Die daraus resultierenden Sanktionen müssen von den Bundesländern anteilig getragen werden.
- Entscheidungen im Vertragsverletzungsverfahren haben präjudizielle Wirkung für Individualklageverfahren.
- Die mangelnde Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden kann die Rechtswidrigkeit von Verfügungen bewirken, wenn das Gericht diese als schwerwiegenden Fehler bei der Behördenorganisation erkennt.
- Die mangelnde Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde kann die Indizwirkung der Entgeltgenehmigung erschüttern.