

01.25 ER

14. Jahrgang
Januar 2025
Seiten 1–44

www.ERdigital.de

EnergieRecht

Herausgeber / Schriftleitung:

Prof. Dr. Tilman Cosack
IREK, Hochschule Trier

Wissenschaftlicher Beirat:

Prof. Dr. Markus Appel, LL.M., Linklaters LLP

Karsten Bourwieg, Bundesnetzagentur

Prof. Dr.-Ing. Martin Faulstich, TU Clausthal

Prof. Dr. Walter Frenz, RWTH Aachen

Dr. Michael Koch, BDEW e. V.

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.,
Universität Regensburg

Dr. Franziska Lietz, Ritter Gent COLLEGEN

Dr. Sebastian Lovens-Cronemeyer, LL.M.,
Universität Potsdam

Prof. Dr. Thorsten Müller,
Stiftung Umweltenergierecht

Margarete von Oppen,
Orth Kluth Rechtsanwälte

Dr. Christoph Richter, prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Katrin van Rossum, OLG Düsseldorf

Dr. Christian Schneller, Ohms Rechtsanwälte

Dr. Boris Scholika, Addleshaw Goddard

Prof. Dr. Thomas Schomerus,
Leuphana Universität Lüneburg

Dr. Miriam Vollmer,
relRechtsanwälte

Zeitschrift für die
gesamte Energierechtspraxis

Aus dem Inhalt:

Aufsätze

I. Eisenreich/R. Czudaj

Die neuen Duldungspflichten in §§ 11a, b EEG 2023

K. Rauch

Bedeutung gesetzlicher Fristen für die Wirksamkeit
einseitiger Preisänderungen in Energieverträgen

M. Lukas

Steuerentlastungsmöglichkeiten für Unternehmen des
produzierenden Gewerbes nach § 9b Stromsteuergesetz

Standpunkte

Interview mit Prof. Dr. Markus Ludwigs,
Universität Würzburg

Rechtsprechung

Auslegung des Kundenanlagenbegriffs
EuGH, Urt. v. 28.11.2024 – C-293/23

Wirksamkeit einer Abwendungsvereinbarung
zur Verhinderung von Lieferstopps
OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.10.2024 – I-20 UKI 4/24

Anspruch auf Abschluss eines Vergleichs nach
§ 104 Abs. 5 EEG 2021
LG Dortmund, Urt. v. 11.10.2024 – 3 O 541/23



Prof. Dr. Markus Ludwigs

Interview mit Prof. Dr. Markus Ludwigs

Universität Würzburg



ER: Seit Inkrafttreten der EnWG-Novelle 2023 kann und muss künftig die BNetzA in eigener Zuständigkeit die Bedingungen und Methoden zur Entgeltermittlung für den Zugang zu den Strom- und Gasversorgungsnetzen bundesweit festlegen. Dementsprechend wird die GasNEV zum Jahresende 2027, die ARegV und die StromNEV werden zum Jahresende 2028 außer Kraft treten. Halten Sie den stattdessen vorgesehenen „flächendeckenden“ Einsatz von Festlegungen nach § 29 EnWG grundsätzlich für geeignet, um die anstehenden Regulierungsfragen bewältigen zu können?

Ludwigs: Die EnWG-Novelle 2023 war mit Blick auf das mehr als zwei Jahre zuvor ergangene EuGH-Urteil überfällig. Das Festlegungs-Modell erscheint auch geeignet, den Unionsrechtsverstoß zu beheben und die Vorzüge der normierenden Regulierung zu bewahren. Zur Vorhersehbarkeit des Behördenhandelns trägt die gewählte Festlegungssystematik bei. Im Jahr 2024 hat das transparente und partizipative Vorgehen u. a. mit dem NEST-Prozess zur Anreizregulierung, der WANDA-Rahmenfestlegung zum Wasserstoff-Kernnetz und der KANU-Methodenfestlegung zu den Erdgasleitungsinfrastrukturen erkennen lassen, dass die BNetzA ihre neue Rolle auszufüllen vermag. Der laufende Diskurs zur Rechtsnatur von Festlegungen (samt der Konsequenzen für den Rechtsschutz) weist allerdings auf fortbestehenden Klärungsbedarf hin. Richtigerweise handelt es sich auch bei verordnungsersetzenden Rahmen- und Methodenfestlegungen um Verwaltungsakte in Gestalt von Allgemeinverfügungen *sui generis*. Hierfür spricht nicht zuletzt die seit bald zwei Jahrzehnten unveränderte Aussage in § 60a EnWG. Eine unzulässige Umgehung der Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG ist damit nicht verbunden. Dem Gesetzgeber steht es grundsätzlich frei, auch Maßnahmen als Verwaltungsakte zu qualifizieren, bei denen die Voraussetzungen des § 35 VwVfG nicht vorliegen.

ER: Sehen Sie die Gefahr eines Demokratiedefizits auf Grundlage des aktuellen Umsetzungskonzepts?

Ludwigs: Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ein Demokratiedefizit nicht erkennbar. Die im EnWG umgesetzten Binnenmarktrechtsakte geben den nationalen Regulierungsbehörden eine Reihe von politischen Zielen, Aufgaben, Maßstäben und Abwägungskriterien vor. Zwar mutet es euphemistisch an, wenn der Gerichtshof von einem „detaillierten“ normativen Rahmen spricht. Eine grundlegende Vorstrukturierung des Behördenhandelns erfolgt aber durchaus. Ein Verstoß der unionsrechtlich geforderten administrativen Regulierung gegen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes ist auch niemals substantiiert vorgetragen worden. Entsprechende Andeutungen in ersten Stellungnahmen zum EuGH-Urteil mussten schon deshalb als fernliegend erscheinen, weil die breitflächige Verlagerung des Regelungsrahmens auf Verordnungsebene gerade

die mangelnde Wesentlichkeit i. S. d. des Parlamentsvorbehalts dokumentierte. Nicht weiterführend erscheint auch die Kritik an der Befugnis der BNetzA, von den bis Ende 2028 sukzessive außer Kraft tretenden Rechtsverordnungen abweichende bzw. ergänzende Regelungen zu treffen. Eine Selbstentmachtung des Parlaments liegt hierin ebenso wenig wie eine Freistellung von Recht und Gesetz. Die steuernde Funktion des EnWG bleibt vielmehr uneingeschränkt erhalten.

ER: Hätten sich aus Ihrer Sicht ggf. auch andere Konzepte zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH-Urteils vom 02. 09. 2021 – C 718/18 angeboten?

Ludwigs: Die anderen Ansätze reichten von einer Hochzonierung der Vorgaben auf die Ebene des formellen Gesetzes über den Erlass von Verwaltungsvorschriften bis zur Subdelegation der Verordnungsermächtigung. Der Gedanke einer Verankerung von Verordnungsinhalten im EnWG scheiterte indes schon an der vom EuGH betonten „völligen Unabhängigkeit“ der Regulierungsbehörde auch gegenüber der Legislative. Ein Erlass von Verwaltungsvorschriften sah sich mit dem Problem ihrer fehlenden Außenwirkung konfrontiert. Zwar existiert mit den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften ein Sonderfall. Sowohl die genaue Reichweite der Außen- und Bindungswirkung als auch ihre konkreten Voraussetzungen sind aber umstritten. Als Alternative zum Festlegungs-Modell war daher nur eine Weiterübertragung der Verordnungsermächtigung auf die BNetzA denkbar. Eine einfache Subdelegation nach Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG hätte wegen des Gestaltungsspielraums der Bundesregierung (bzw. eines Bundesministers) als Erstdelegatar aber das Unabhängigkeitspostulat des Unionsrechts verletzt. Europarechtskonform wäre allein eine vorweggenommene Subdelegation. Danach wird neben der Verordnungsermächtigung an den Erstdelegatar im selben Gesetz die Weiterübertragung an den Subdelegatar angeordnet. Insoweit wurden freilich Bedenken im Hinblick auf eine drohende Aushebelung des *Numerus clausus* der Erstdelegatäre in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG geäußert. Vor diesem Hintergrund wies das Festlegungs-Modell die größte Gewähr für eine Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht auf.

ER: Sehen Sie einen effektiven Rechtsschutz der Netzbetreiber gegen die Entscheidung der BNetzA nach wie vor als gewährleistet an? Problematisch könnte doch insbesondere der Rechtsschutz gegen Rahmen- und Methodenfestlegungen sein.

Ludwigs: Für den Rechtsschutz folgt aus der Qualifizierung verordnungsersetzender Rahmen- und Methodenfestlegungen als Verwaltungsakte, dass gegen entsprechende Entscheidungen die Anfechtungsbeschwerde statthaft ist. Mit Blick auf eine drohende Bestandskraft wird zwar eingewandt, dass dann alle Netzbetreiber

vorsorglich Beschwerde gegen die Festlegungen einlegen müssten; anderenfalls könnte eine Gefahr für die Rechtssicherheit bestehen, weil die Beschwerdeentscheidung nach allgemeinen Grundsätzen nur zwischen den Beteiligten des Beschwerdeverfahrens wirkt. Bei Lichte betrachtet erscheint die Gefahr einer gespaltenen Wirkung und Aufhebung von Festlegungen aber beschränkt. *J. Buckler* hat jüngst (in NVwZ 2024, 1636) mit Recht darauf hingewiesen, dass die Regelungen der verordnungsersetzenden Rahmen- und Methodenfestlegungen typischerweise unteilbar sein dürften. Nach Maßgabe der einschlägigen BGH-Judikatur wirkt ihre Aufhebung dann auch zugunsten Dritter. Eine Nutzung des Instruments der Festlegung könnte die Position der hiervon betroffenen Netzbetreiber daher sogar stärken. Einer drohenden Überlastung der Gerichte durch eine Vielzahl von Einzelklagen ließe sich durch die amtswegige Wahl des neuen Musterverfahrens aus § 78a EnWG beugen.

ER: Ist aus Ihrer Sicht vor dem Hintergrund der aktuellen Festlegungs-Konzeption eine Ausweitung der gerichtlichen Kontrolldichte zu erwarten?

Ludwigs: Die Frage bedarf einer differenzierten Antwort. Nicht tragfähig erscheint es, wenn behauptet wird, die gerichtliche Kontrolle müsse umso intensiver sein, je geringer das Ausmaß der normativen Vorstrukturierung sei. Dazu genügt ein Hinweis auf die tendenziell gegenläufige BVerfG-Judikatur, wonach die gerichtliche Kontrolle nicht weiter reichen kann, als die materiellrechtliche Bindung der überprüften Instanz. Fragwürdig ist es zudem, wenn der Hinweis des EuGH auf einen effektiven Rechtsschutz genutzt wird, um Rückschlüsse auf eine unionsrechtlich geforderte Steigerung der Kontrollintensität zu ziehen. Insoweit bleibt unberücksichtigt, dass die Anforderungen an die gerichtliche Kontrolldichte aus Art. 47 GRCh hinter jenen aus Art. 19 Abs. 4 GG zurückbleiben. Nicht zu verkennen ist allerdings die rechtsstaatliche Herausforderung eines Dominoeffekts, wonach weisungsfreie Behörden gesetzlich nur elementar vorstrukturierte Entscheidungen treffen und dabei über gerichtlich nicht voll überprüfbare Entscheidungsspielräume verfügen. Es ist daher zu begrüßen, dass im neuen § 73 Abs. 1b EnWG mit der umfassenden Begründungspflicht der BNetzA und einer Bindung ökonomischer Analysen an den Stand der Wissenschaft voll kontrollierbare Anforderungen festgeschrieben werden.

ER: In seinem Urt. v. 28. 11. 2024 (1 BvR 460/23, 1 BvR 611/23) hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Regelungen des Strompreisbremsegesetzes (StromPBG) zur Abschöpfung von Überschusserlösen verfassungsgemäß sind. Wie beurteilen Sie die Entscheidung?

Ludwigs: Die Bewertung hat zwei Ebenen zu unterscheiden. In der Tagespresse wurde das Urteil vor allem mit Blick auf die Billigung der Regelungen über die Abschöpfung von Überschusserlösen wahrgenommen. Wenig überraschend hat der Erste Senat das Vorliegen einer unzulässigen Sonderabgabe mangels Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand verneint und den Eingriff in die Berufsfreiheit aufgrund der „Spezifika der Ausnahmesituation“ für gerechtfertigt erachtet. Bei näherer Betrachtung enthält das Urteil aber auch verallgemeinerungsfähige Aussagen, die für künftige Regulierungen von Bedeutung sind. Hervorhebung verdient zum einen die Klarstellung, wonach bei einer wettbewerblichen Preisbildung in Knappheitssituationen besonders hohe Gewinne oder Erlöse anfallen können, ohne dass dies für sich genommen eine Abschöpfung zugunsten der Verbraucher legitimieren würde. Zum anderen ist in einer Analyse für den Verfassungsblog vom 04. 12. 2024 (von *F. Maltzahn*) darauf hingewiesen worden, dass

mit dem Erfordernis eines spezifischen Näheverhältnisses zahlungspflichtiger Privater zu den vom Gesetzgeber mit einer Umverteilung unter Privaten verfolgten Gemeinwohlaufgaben (die außerhalb der betroffenen Privatverhältnisse liegen) ein neuartiger Maßstab für finanzielle Indienstnahmen formuliert wird. Insgesamt zeichnet sich das Urteil durch eine überzeugende Billigung der konkreten Regelungen bei gleichzeitiger Betonung abstrakter Leitplanken zur Wahrung unternehmerischer Freiheitsräume aus.

ER: Perspektivisch: Ab wann sollte und könnte Deutschland klimaneutral sein?

Ludwigs: Soweit die Frage das normative Sollen adressiert, kann nur auf die Regelungen im Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) und im Europäischen Klimagesetz mit den Zielvorgaben einer Treibhausgasneutralität bis 2045 für Deutschland und einer unionsweiten Klimaneutralität bis spätestens 2050 verwiesen werden. Was den Stand der Zielerreichung betrifft, so machen die Zahlen zu den Treibhausgasemissionen 2023 sowie die – allerdings umstrittenen – Projektionsdaten des Umweltbundesamtes zur künftigen Entwicklung deutlich, dass Deutschland jedenfalls sein Klimaziel einer Reduktion um mindestens 65 % bis 2030 erreichen kann. Die Entwicklung in den einzelnen Sektoren erweist sich dabei bekanntermaßen als heterogen. Die Problemsektoren Verkehr und Gebäude haben ihre bisherigen Sektorziele verfehlt. Umso bedenklicher erscheint die mit der Änderung des KSG vom 15. 07. 2024 etablierte sektorenübergreifende und mehrjährige Gesamtrechnung. Im Rahmen der anhängigen Verfassungsbeschwerden wird das BVerfG die Gelegenheit erhalten, seine Judikatur zur intertemporalen Freiheitssicherung zu präzisieren. Offene Fragen sind zudem mit dem Diskurs um den Erhalt der industriellen Wettbewerbsfähigkeit auf dem Weg zur Klimaneutralität verbunden. Mit Blick auf das Zwei-Grad-Ziel gilt es insoweit Kurs zu halten, was veränderte Akzentsetzungen nicht ausschließt.

ER: Zuguterletzt: Wo sehen Sie im Energierecht im Jahr 2025 den größten gesetzgeberischen Handlungsbedarf?

Ludwigs: Zunächst sind bestimmte Vorhaben wiederaufzugreifen, die aufgrund der Auflösung des 20. Deutschen Bundestags dem Grundsatz der sachlichen Diskontinuität zum Opfer fallen. Dies gilt vor allem für solche Gesetze, die einer Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben des Fit-for-55-Pakets sowie der Strombinnenmarkt-Richtlinie von 2024 dienen, sofern eine Verabschiedung nicht noch auf den letzten Metern gelingen sollte. Daneben existieren zahlreiche offene Fragen, die ungeachtet des Ausgangs der Bundestagswahl am 23. 02. 2025 nach politischen Antworten verlangen. Nur exemplarisch zu nennen sind eine Lösung des „Missing Money“-Problems durch Etablierung neuer Kapazitätsmechanismen, eine konstruktive Auseinandersetzung mit der ökonomisch begründeten Forderung nach regional differenzierten Strompreisen sowie die Schaffung von rechtlichen Rahmenbedingungen für CCS-/CCU-Technologien und den Bau von Fusionskraftwerken. Bei alledem sollte sich der Gesetzgeber von dem Gedanken möglichst marktbasierter, bürokratiearmer und komplexitätsreduzierter Lösungen leiten lassen. In der Vergangenheit ist dies zwar bisweilen ein frommer Wunsch geblieben. Aber gerade der Beginn eines neuen Jahres ist ja der Zeitpunkt für gute Vorsätze.

ER: Herr Ludwigs, ich danke Ihnen für dieses Gespräch.

Das Interview mit Herrn Prof. Dr. Ludwigs führte Prof. Dr. Tilman Cosack.